



EL ROL DE LA JUSTICIA EN EL ACCESO EFECTIVO A LA SALUD

Debates actuales sobre salud y
derechos humanos

La foto de tapa pertenece a Alejandro Kuropatwa, uno de los más importantes fotógrafos argentinos, quien retrató a artistas como Charly García, Cerati y Fito Páez, y otras personas del mundo del espectáculo. Alejandro fue pionero en el reclamo por la accesibilidad a los tratamientos antirretrovirales. Esta obra pertenece a la serie "Cóctel" (1996) sobre los medicamentos que habían logrado frenar el avance del virus y cambiar la vida de las personas con VIH. Sus fotos mostraban la medicación como un bien de lujo, evidenciando el alto costo que tenían.

ÍNDICE

Presentación y Palabras iniciales	4	
Stella Maris Martínez, Defensora General de la Nación	7	
Pedro Cahn. Director Científico de Fundación Huésped	8	
Ricardo Gil Lavedra. Presidente del Colegio Público de la Abogacía de la Capital Federal	10	
Sección I. El acceso a la salud de personas en contextos de encierro	13	
Derecho a la salud en contexto penitenciario: análisis de la jurisprudencia federal de Río Negro y Neuquén	14	
Sabrina Ascani Torres y Guillermo Di Cola		
El acceso a la salud mental como derecho en contexto de arresto domiciliario .	40	
María Paz Andrada Krause, Bárbara Julieta Marcantonio y Mariano Andrés Poblet Machado		
Arresto domiciliario por considerar al consumo problemático de sustancias, una enfermedad no tratable en el penal. Un análisis con perspectiva de género	69	
Sabrina N. Mañas		
Sección II. Debates actuales sobre discriminación y criminalización	87	
Criminalización de la transmisión del VIH, consentimiento y vulneración de derechos. Un estudio de caso	88	
Romina Cavallo, Javier Fernández, Marcelo Gutiérrez, Natalia Nelson y Sandra Palacios		
El impacto de la criminalización de personas con VIH en el acceso a la salud: análisis jurídico y perspectivas legales	104	
Cecilia Alejandra Rodríguez.....	104	
Discriminación y exclusión laboral como aspectos significativos en la salud desde un enfoque integral. Análisis de jurisprudencia	128	
Romina Cavallo, Javier Fernández, Marcelo Gutiérrez, Natalia Nelson y Sandra Palacios		
¿Podemos autodefinir nuestra salud mental? La exigencia de su declaración en la afiliación de las empresas de medicina prepaga ...	146. Omisión reglamentaria y su impacto desproporcionado sobre grupos de especial vulnerabilidad	146
María Mercedes Schinoni		

Sección III. Experiencias comunitarias para la atención integral de la salud 177

La aplicación del modelo comunitario de atención integral a la salud mental.

Prácticas sociales y desafíos de la experiencia recabada en los CAPS y la asistencia pública a nivel local en la ciudad de Villa María, Córdoba

(2022-2023) 178

Nicolle Lea Barrozo Greig

Accesibilidad a la salud de personas mayores: reflexiones en torno a una experiencia de Recreación y Movimiento en un centro de salud de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires..... 198

Leticia Spinosa, Karina Duran, Nadia Narvaja, Marisol Castiñeira, Maria Ysabel Campos Santos, Paula Yamone y Micaela Andreatta



Presentación y Palabras iniciales



Presentación

Esta publicación es el resultado del trabajo coordinado entre Fundación Huésped y la Escuela de la Defensa Pública de la Defensoría General de la Nación a lo largo de 2023 y 2024, en el marco del concurso “El rol de la justicia en el acceso efectivo a la salud”. Los artículos que forman parte de esta obra colectiva han sido seleccionados entre decenas de propuestas elaboradas por profesionales del derecho y/o de otras disciplinas, integrantes de la sociedad civil y la academia. El objetivo del concurso, logrado con creces, fue el de investigar y sistematizar debates actuales sobre el derecho a la salud, explorar la jurisprudencia existente y fomentar instancias de diálogo a través de la producción y el análisis de reflexiones situadas. Por eso, el punto en común que reúne a estos artículos es el de pensar el rol de la justicia en el acceso efectivo a la salud, desde una perspectiva de derechos humanos, y atendiendo a diferentes poblaciones con derechos vulnerados desde una mirada interseccional.

Les agradecemos a todas las personas que participaron del proceso de publicación de esta Revista. En particular, a las organizaciones que formaron parte de la convocatoria: la Asociación Argentina de Salud Pública, el Observatorio de Salud de la Facultad de Derecho de la UBA, la Procuración Penitenciaria de la Nación, el Colegio Público de la Abogacía de la Capital Federal y CEDES. A los miembros del jurado; Agustina Ramón Michel, Ignacio Maglio, Marisa Aizenberg, Martín Sigal, y Ricardo Gil Lavedra. A quienes presentaron sus propuestas de artículos, que no están publicados en esta instancia, pero esperamos que continúen trabajando para promover la reflexión crítica, y la investigación con relación al acceso a la salud. A las autoras y autores que llegaron hasta el final de este recorrido de investigación, escritura y edición. Por último, y de manera central, a quienes trabajan en la promoción y garantía del derecho a la salud, para que todas las personas tengan acceso efectivo a ella de manera integral e igualitaria.

Palabras iniciales

La revista “*El rol de la justicia en el acceso efectivo a la salud. Debates actuales sobre salud y derechos humanos*” es el resultado de un trabajo colectivo coordinado desde la Escuela de la Defensa Pública junto con la Fundación Huésped. La obra reúne las reflexiones de autoras y autores con diferentes recorridos profesionales, quienes participaron de un concurso de artículos lanzado por ambas instituciones en septiembre de 2023. El objetivo de tal iniciativa fue fomentar un debate sobre temáticas poco exploradas en torno al derecho a la salud en los tribunales argentinos.

A fines de 2023, un jurado de expertas/os seleccionó, dentro de decenas de propuestas, los resúmenes que contenían las ideas más innovadoras. A principios de 2024 se inició un recorrido diseñado para acompañar a las/los ganadoras/es en la investigación y la escritura. En ese proceso, las/os autoras/es asistieron a encuentros de formación y consulta con profesionales de las ciencias de la comunicación y de las áreas de interés, en función de los temas escogidos. El posterior trabajo de edición abrió un espacio de intercambio permanente, a través del cual hubo de forjarse una red de académicos, profesionales de la salud, miembros de organizaciones de la sociedad civil, trabajadores/as sociales, abogadas/os particulares, integrantes del Ministerio Público de la Defensa y de otros ámbitos judiciales de todo el país, comprometidos con la temática e interesados en la investigación para la acción.

La obra colectiva que presentamos está dividida en tres secciones. En la primera de ellas, intitulada “El acceso a la salud de personas en contextos de encierro” se agrupan los aportes de diversos/as operadores/as judiciales y equipos interdisciplinarios de las provincias de Río Negro, Mendoza y Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Los textos dan cuenta de los obstáculos existentes en el acceso a la salud de quienes están privados de su libertad, ya sea en unidades penitenciarias o en sus viviendas, como parte de la modalidad de arresto domiciliario. Al igual que en el resto de la obra, estos trabajos están comprometidos con la definición de salud integral.

En la segunda sección, titulada “Debates actuales sobre discriminación y criminalización” se analizan, por un lado, problemas de segregación en el ámbito laboral que consolidan situaciones de exclusión social; y por el otro, casos complejos en torno a la criminalización primaria de la transmisión del VIH y su impacto en el acceso a la salud. Se incluye allí, asimismo, un trabajo crítico referido puntualmente a uno de los requisitos de afiliación que imponen las empresas de medicina prepaga, en particular, la obligación de declarar los antecedentes de salud y -entre ellos- los relacionados con los padecimientos mentales.

En la tercera y última sección, bajo el epígrafe “Experiencias comunitarias para la atención integral de la salud”, partiendo de la importancia de un enfoque interdisciplinario para la atención y la promoción de la salud de la población en situación de vulnerabilidad, los textos dan centralidad a la creación de redes para concebir a la accesibilidad como categoría relacional y a la atención integral y humanizada de los usuarios.

Esta publicación nace -en síntesis- de la vocación por integrar saberes de múltiples disciplinas, con el propósito de reflexionar sobre el acceso efectivo a la salud, con especial énfasis respecto de aquellas personas pertenecientes a grupos históricamente vulnerados. Confiamos en haber concretado un aporte valioso para ampliar las perspectivas sobre el derecho al bienestar físico, psíquico y social de todas y todos y, por añadidura, para fortalecer las redes de trabajo colaborativo, un rasgo que distingue tanto a la Fundación Huésped como a quienes pertenecemos al Ministerio Público de la Defensa.

Stella Maris Martínez
Defensora General de la Nación

Palabras iniciales

En Fundación Huésped trabajamos hace más de 35 años en prevención, ciencia y derechos, con el firme compromiso de garantizar que todas las personas accedan de manera igualitaria a la salud. Para hacerlo, promovemos la reflexión, el diálogo, y espacios de encuentro que nos permitan pensar y accionar en conjunto con distintos actores sociales.

Esta Revista es parte de una gran articulación entre Fundación Huésped y la Escuela de la Defensa Pública del Ministerio Público de la Defensa, con quienes compartimos la convicción de que trabajar de manera colaborativa es fundamental para potenciar nuestras instituciones en la promoción de la salud con una perspectiva de género y derechos humanos. Las múltiples acciones que hemos llevado adelante de manera conjunta, como la publicación del Boletín de jurisprudencia “La protección de los derechos de las personas con VIH” en el 2022, las Jornadas “El rol de la justicia en el acceso a la salud” en homenaje a Paco Maglio, realizadas en 2023 y 2024, y el curso “Conceptos clave sobre VIH, contra el estigma y la discriminación”, son sólo el inicio de un largo camino hacia el fortalecimiento del derecho a la salud.

Esta articulación, además de tratarse de experiencias enriquecedoras para quienes estamos involucrados, son claves para poder pensar en la salud de manera integral, generar reflexiones críticas y estrategias en pos de lograr avances en el acceso a la salud de toda la población. Consideramos que es necesario trazar lazos que nos permitan construir un consenso más amplio sobre qué entendemos por salud integral, cobertura universal de salud, y el rol de la participación social. Sólo con el compromiso de nuevos actores, equipos, organizaciones, e instituciones podemos lograr intervenciones colaborativas y efectivas que reduzcan las barreras existentes en el acceso a la salud.

La obra que se presenta a continuación explora de manera profunda y reflexiva diversas problemáticas vinculadas al acceso y ejercicio del derecho a la salud, la justicia y la no discriminación en contextos vulnerabilizados y de alta complejidad social. En cada capítulo encontrarán análisis y reflexiones de autores y equipos interdisciplinarios que han sido seleccionados en el concurso

“El rol de la justicia en el acceso efectivo a la salud” y ofrecen un panorama amplio y detallado sobre las intersecciones entre salud, el sistema de defensa pública y los derechos humanos.

En este análisis crítico y detallado sobre las situaciones que afectan a diferentes grupos poblacionales en Argentina, se identifican demandas y necesidades urgentes que constituyen un punto de partida clave para planificar acciones que respondan de manera efectiva a las necesidades de las comunidades en situación de vulnerabilidad. Estos artículos son una invitación a reflexionar colectivamente sobre cómo mejorar las condiciones de vida y garantizar los derechos de los grupos más afectados de nuestra sociedad. Y estos derechos requieren ser defendidos, hoy más que nunca.

Pedro Cahn

Director Científico de Fundación Huésped

Palabras iniciales

Hace ya varios años que la definición de salud dejó de ser simplemente el derecho a estar sano. La Organización Mundial de la Salud lo define de un modo integral, como “un estado de completo bienestar físico, mental y social y no solamente la ausencia de enfermedades. El goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica o social”.

Todas las personas tienen derecho, por su sola condición de tal, a gozar del más alto nivel posible de salud física y mental. A su vez, los Estados tienen la obligación de formular y aplicar leyes y políticas que garanticen el acceso universal a servicios de salud de calidad, que intenten remediar las causas profundas de las disparidades en materia de salud, incluidas la pobreza, la estigmatización y la discriminación.

Nuestra Corte Suprema de Justicia tiene dicho que la preservación de la salud implica el derecho a la vida y es una manda consagrada por la Constitución Nacional y por los tratados internacionales que tienen igual jerarquía, lo que implica la obligación impostergable del Estado Nacional para asegurar su disfrute a través de acciones positivas (Fallos 345:549; 344:1557; 344:1291; 342:459; entre muchos otros).

El derecho a la salud es indisoluble de otros derechos humanos, como el derecho a la educación, a la participación, a la alimentación, a la vivienda, al trabajo y a la información.

Para la Corte Interamericana de Derechos Humanos no basta con que los Estados se abstengan de violar los derechos, sino que es imperativa la adopción de medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades del sujeto de que se trate, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre como, por ejemplo, la discapacidad (“*Furlan y Familiares vs. Argentina*”, del 31 de agosto de 2012).

Este mismo tribunal, en estos últimos años, ha ido consolidando una jurisprudencia cada vez más expansiva e integral de protección del derecho a la salud. Así, por ejemplo, se pronunció sobre la obligación de los Estados de

brindar atención médica a los menores alojados en centros penitenciarios (*“Instituto de Reeducción del Menor vs. Paraguay”*, del 2 de septiembre de 2004); sobre el derecho a la integridad personal de los migrantes en su calidad de detenidos (*“Tibi vs. Ecuador”*, del 7 de septiembre de 2004 y *“De la Cruz Flores vs. Perú”*, del 18 de noviembre de 2004); sobre el deber de prestar atención médica a los detenidos (*“Montero Aranguren vs. Venezuela”*, del 5 de julio de 2006; *“Albán Cornejo y otros vs. Ecuador”*, del 22 de noviembre de 2007; *“Yvon Neptune vs. Haití”*, del 6 de mayo de 2008), acerca del derecho a la salud relacionado con el derecho a formar una familia, con el derecho a no ser discriminado por enfermedad y a gozar de los avances del progreso científico (*“Artavia Murillo y otros -fertilización in vitro- vs. Costa Rica”*, del 28 de noviembre de 2012) y a la protección debida a grupos vulnerables como niños, mujeres embarazadas y personas adultas mayores (*“Comunidad indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay”*, del 29 de marzo de 2006), entre muchos otros supuestos.

Esta publicación recopila los trabajos que han sido seleccionados en el Concurso de artículos jurídicos sobre “el rol de la justicia en el acceso efectivo a la salud”, una gran iniciativa que llevó adelante Fundación Huésped, en conjunto con la Escuela de la Defensa Pública del Ministerio Público de la Defensa.

Todos ellos son de candente actualidad.

Un grupo de artículos se relaciona con el derecho a la salud y a recibir asistencia adecuada que tienen las personas privadas de su libertad, como por ejemplo, la necesidad de encontrar formas alternativas a la prisión para las mujeres con consumo problemático para que puedan realizar un tratamiento de desintoxicación efectivo.

Otro grupo da cuenta de la importancia de evitar y erradicar prácticas estigmatizantes o discriminatorias en casos de personas viviendo con VIH, como por ejemplo, la criminalización por la transmisión del virus en relaciones consentidas; el requerimiento de testeos en exámenes preocupacionales o la divulgación de diagnósticos o la exigencia al pretense afiliado a una nueva obra social de tener que informar sobre todos sus antecedentes y patologías previas.

Un tercer grupo de publicaciones nos alerta sobre las demandas crecientes de un nuevo abordaje en los temas de salud mental, como por ejemplo, la necesidad de implementar un tratamiento interdisciplinar y comunitario, o sobre la posibilidad de incluir la perspectiva de salud mental en la ejecución de la pena.

Por último, el derecho a la salud es un derecho inalienable de las personas mayores, aquí se pone en discusión la necesidad de que cuenten con espacios de recreación que brinden oportunidades de bienestar físico, mental y social.

Los artículos seleccionados que conforman este libro constituyen, en síntesis, una valiosa contribución a la divulgación de aspectos muy importantes del polifacético derecho a la salud.

Ricardo Gil Lavedra
Presidente del Colegio Público de la
Abogacía de la Capital Federal



Sección I.

El acceso a la salud de
personas en contextos de encierro



Derecho a la salud en contexto penitenciario: análisis de la jurisprudencia federal de Río Negro y Neuquén

Sabrina Ascani Torres

Abogada (UBA). Especialista en Derecho Penal y Ciencias Penales (UNCO). Defensora Pública Coadyuvante con actuación ante los órganos judiciales de la Jurisdicción Federal General Roca, con funciones en la Unidad de Defensa Acusatorio General Roca.

Guillermo Di Cola

Abogado (UNCO). Especialista en Derecho Penal y Ciencias Penales (UNCO). Especialista en Justicia Constitucional y Derechos Humanos (Universidad de Bologna). Secretario de Cámara de la Cámara Federal de Apelaciones de General Roca.

I. Introducción. El desafío del derecho a la salud en el contexto penitenciario

¿Cuán complejo puede resultar para una persona privada de su libertad contar con un turno médico, lograr la atención extramuros y mantener un seguimiento razonable? ¿Cuál es el rol del poder judicial? A partir de esas preguntas desarrollaremos este trabajo y abordaremos el razonamiento judicial de un fallo específico, explorando los diferentes aspectos relacionados con el derecho a la salud durante el encierro.

Una primera aproximación nos permite afirmar que la privación de la libertad ambulatoria implica la restricción, accesoria, de diversas prerrogativas, facultades y derechos reconocidos constitucionalmente. Sin embargo, uno de los derechos que se ve particularmente afectado por las características propias de la pena de encierro es el acceso a la salud. En este sentido, advertimos que el

derecho a la salud puede analizarse desde distintas perspectivas, ya que se encuentra compuesto por varios elementos. Según las pautas de la Observación General N°14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, estos componentes pueden sintetizarse del siguiente modo: a) Disponibilidad; b) Accesibilidad; c) Aceptabilidad y d) Calidad. En ese contexto, el habeas corpus como herramienta legal se erige como herramienta clave para efectivizar el cumplimiento de las mandas constitucionales.

Con base en los análisis previos, en este trabajo estudiaremos un precedente dictado por el Juzgado Federal N°2 de Neuquén que abordó esta problemática, cuyo proceso actualmente se encuentra en trámite, puesto que allí se discute el rol del sistema público de atención de salud, del Servicio Penitenciario Federal y del propio poder judicial en la gestión y tramitación de turnos “extramuros” para las personas privadas de libertad¹.

Asimismo, ampliaremos el objeto de estudio para conocer el alcance del derecho en otro de los establecimientos penitenciarios de la jurisdicción federal de Río Negro y Neuquén, que presenta variantes de alojamiento y se emplaza en la ciudad de General Roca. Ello, estimamos, nos permitirá extender el campo de análisis y acercarnos a otra realidad, para descubrir similitudes o diferencias que sirvan para el litigio y las decisiones judiciales que se tomen en esta o en otra jurisdicción.

Es que, en el escenario actual, se evidencia un deterioro consistente y marcado en la gestión de políticas públicas dirigidas a garantizar este derecho fundamental -viéndose limitado no sólo para esta población sino también para la sociedad en general-, lo que de alguna manera nos tiene que interpelar para promover la gestión de ese conflicto.

El propósito fundamental de este trabajo es convertirse en una herramienta que contribuya a profundizar y facilitar el acceso efectivo al derecho a la salud de las personas privadas de libertad, mostrando la problemática y las dificultades ejecutivas que acarrea el tema, proponiendo recursos para promover su litigio y exponiendo argumentos que sirvan a la hora de judicializar el efectivo acceso a ese derecho.

¹ Defensoría Oficial N° 2 de Neuquén, en favor de internos alojados en el CPF V y otros s/habeas corpus (Expte. No FGR 8864/2021), Juzgado Federal N° 2 de Neuquén, 14 de julio de 2022.

II. Reseña del fallo en estudio. El contexto penitenciario federal en Río Negro y Neuquén

Iniciamos el análisis con el comentario de una decisión judicial que resolvió en favor del derecho a la salud de personas privadas de libertad, en el marco de un proceso en el que se puso en evidencia la conflictividad que acarrea el tema, a partir del desempeño de las partes intervinientes. Veamos.

a. El precedente “Defensoría Oficial N° 2 de Neuquén, en favor de internos alojados en el CPF N° V y otros s/ Habeas Corpus”, FGR 8864/2021 del Juzgado Federal N°2 de Neuquén

Las actuaciones se iniciaron en marzo de 2020 a partir del reclamo por la atención de salud que llevó adelante un colectivo de personas alojada en el Módulo 2 del Complejo Penitenciario Federal N° V de Senillosa (en adelante, CPFV) ante el Juzgado Federal N°2 de Neuquén, que dio intervención a la Defensoría Oficial Federal N°2 de esa ciudad para encauzar el pedido.

En noviembre de 2021, la defensoría presentó una acción de habeas corpus colectivo ante aquél juzgado, en representación de todas las personas privadas de libertad en el CPFV. Frente a ello, el magistrado decidió acumular las actuaciones por entender que coincidían los sujetos afectados y el objeto de la investigación.

La pretensión central de la acción fue denunciar que el mecanismo utilizado por el SPF para obtener turnos extramuros en los hospitales provinciales era ineficiente y necesitaba una urgente mejora. Cuestionaron tanto la herramienta informática utilizada para la petición, denominada “Sistema Andes”, como el hecho de tener que ser evaluados por médicos generalistas fuera de la unidad (aun cuando ya habían sido derivados por los galenos que trabajan dentro de ella) antes de ser derivados a un especialista.

Si bien originalmente estuvo dirigida contra el Servicio Penitenciario Federal, al intervenir el Ministerio Público Fiscal reclamó -luego de adherir a pretensión original, proponer medidas y pedir la ampliación del objeto- extender la legitimación pasiva y, en consecuencia, exigió la citación de la Subsecretaría de Salud de la Provincia de Neuquén. Esa propuesta fue acompañada por el SPF y la defensoría. El juez la desestimó y, ante ello, la fiscalía, el Servicio Penitenciario Federal y la defensoría apelaron la decisión. Centralmente sostuvieron que era necesario incorporar a la Subsecretaría de Salud de Neuquén al proceso, ya que era la responsable de garantizar la atención médica a las personas privadas de

libertad, obligación que, alegaron, era concurrente con la nación. Mencionaron limitaciones en los hospitales a los que el penal podía acceder y falta de protocolos claros. También refirieron que la incorporación se justificaba por razones de utilidad práctica y seguridad jurídica, ya que estaba obligada a velar por el derecho a la salud de los internos.

La Cámara Federal de General Roca revocó la decisión que había denegado extender la legitimación pasiva a la subsecretaría. Consideró que si la pretensión buscaba políticas articulares entre ambos organismos, para resguardar el derecho de defensa de la provincia era necesaria su incorporación al proceso y garantizar una eventual sentencia ejecutable².

Durante el transcurso del habeas corpus se celebraron diversas audiencias, según surge de lo reseñado por el juez de grado en su sentencia. En ellas participaron los afectados, la Coordinadora del Programa de Salud en Contextos de Encierro del Ministerio de Salud de la Nación, los representantes de los Ministerios Públicos y los demandados.

La directora del CPFV, inicialmente, aportó un documento detallado, entregado en diciembre de 2021, a través del cual describió cómo se gestionaban los turnos médicos extramuros. Reveló que, aunque un miembro del personal de enfermería estaba dedicado exclusivamente a gestionarlos a través del sistema Andes, los efectivamente conseguidos eran muy pocos en comparación con la demanda. Además, dijo que algunos se lograron obtener de manera personal, mostrando un esfuerzo por mejorar la situación, pero lejos de resolver las necesidades de las personas privadas de libertad.

En abril de 2022, la Subsecretaría de Salud de la Provincia presentó otro informe en el que explicó en detalle cómo funciona la plataforma Andes para la asignación de turnos al CPFV. Fue crucial para comprender las complicaciones técnicas y administrativas del sistema. Allí se destacó que la falta de capacitación adecuada entre el personal que gestiona el sistema estaba contribuyendo significativamente a la ineficacia del proceso.

También se puso de resalto los problemas de comunicación y coordinación entre los médicos del CPFV y los del hospital. Se reveló que, a pesar de algunos avances en la implementación de la telemedicina y la adición de nuevos profesionales, persistían serias limitaciones en el sistema que obstaculizaban el acceso efectivo a la atención médica especializada. La situación se ilustró aún

² Legajo de Apelación de Defensoría Oficial N°2 de Neuquén en favor de internos alojados en el CPF V, Azcona, L. A.; Comisión de Cárceles sobre habeas corpus (Expte. N° FGR 8864/2021/4/CA1), Cámara Federal de Apelaciones de General Roca, 9 de junio de 2022.

más con los datos sobre los turnos concedidos versus los turnos solicitados, evidenciando un déficit crítico en la capacidad del sistema para satisfacer las necesidades de salud de los internos. Además, varios declarantes dieron su testimonio sobre la situación y las medidas necesarias para abordar las deficiencias del sistema.

La directora del Complejo Penitenciario manifestó su preocupación por la incapacidad de obtener turnos a través del Sistema Andes y destacó la falta de capacitación adecuada de los profesionales de salud que trabajan en la cárcel, lo que afectaba la coordinación. Señaló que, aunque se habían incorporado nuevos galenos y se estaba avanzando en el uso de la telemedicina, el sistema aún enfrentaba obstáculos significativos para proporcionar la atención requerida.

El médico enviado por el Ministerio de Salud de la Provincia explicó que la plataforma Andes está diseñada para gestionar la atención médica, pero su uso efectivo requiere que los datos clínicos sean cargados directamente por un médico. Reconoció que hacía falta capacitación entre los profesionales que gestionaban el sistema, lo que había contribuido a una mala utilización y a un déficit en la atención.

También intervino la Coordinadora del Programa de Salud en Contextos de Encierro del Ministerio de Salud de la Nación, quien abogó por una articulación fluida entre los servicios de salud de la provincia y el sistema penitenciario. Mencionó que estaban trabajando para mejorar la atención extramuros a través de la telemedicina para mitigar los problemas con los turnos.

Otro testimonio clave fue el de la directora del hospital de Senillosa, quien ilustró las dificultades diarias que enfrentaba la institución para manejar las derivaciones de emergencia desde el CPFV. Aclaró que las demoras en la obtención de turnos no eran exclusivas de las personas privadas de libertad, sino que afectan a todo el público en general debido a la saturación del sistema de salud.

El director de Sanidad del SPF también reconoció los problemas con la obtención de turnos extramuros y detalló los esfuerzos para incorporar más especialidades a través de la telemedicina, para mejorar la eficiencia y efectividad del acceso a la salud para los internos.

Estas declaraciones resaltaron que existe una problemática compleja y multifacética que implicaba tanto deficiencias sistémicas en la gestión de la salud penitenciaria como desafíos en la integración con los servicios de salud provinciales, subrayando la necesidad urgente de reformas y mejoras

coordinadas para garantizar el derecho a la salud de los internos, todo lo cual fue receptado por la decisión judicial.

En ese marco, el 14 de julio de 2022, el juez declaró que las condiciones de detención de las personas privadas de libertad alojadas en el CPFV fueron agravadas por la deficitaria atención de su salud que recibieron extra muros por intermedio del sistema Andes³. Como consecuencia, condenó a las instituciones demandadas a realizar diversas acciones para cesar con ese agravamiento. Así, ordenó:

1. Capacitar al personal del SPF en el uso del sistema y el conocimiento del manual de procedimientos.
2. Instruir a las partes del Convenio Marco de Cooperación y Asistencia para establecer un acuerdo específico para la atención de la salud de los internos en el CPFV. Este acuerdo, ordenó, debe considerar aspectos como la capacidad de alojamiento, la vulnerabilidad de las personas privadas de libertad, las especialidades médicas no satisfechas internamente, entre otros.
3. Crear una Comisión Mixta integrada por el SPF, las autoridades del programa de salud en contexto de encierro del Ministerio de Salud de la Nación y autoridades de la provincia. Esta comisión realizaría un seguimiento del funcionamiento del protocolo.
4. Requirió a las autoridades del Complejo Penitenciario que informen la nómina de turnos solicitados que aún no han sido concedidos e intimó a la provincia a que los conceda en los efectores que corresponda conforme a un cronograma de atención.
5. Ordenó que tanto el Complejo Penitenciario como la provincia designen responsables administrativos para coordinar la actuación y solucionar las dificultades que se presenten en la utilización del sistema Andes.
6. Y, por último, dispuso la digitalización urgente de las historias clínicas de las personas privadas de libertad actualmente alojadas en el CPF V y de las que ingresen en el futuro.

Para decidir de ese modo el magistrado utilizó, centralmente, dos argumentos. Primero, destacó un dato objetivo: de los informes agregados advirtió que la diferencia entre los turnos extramuros solicitados entre julio y octubre del año

³ Defensoría Oficial N° 2 de Neuquén, en favor de internos alojados en el CPF V y otros s/habeas corpus (Expte. No FGR 8864/2021), Juzgado Federal N° 2 de Neuquén, 14 de julio de 2022.

2021 (141) y los efectivamente concedidos (32), era de tal magnitud que su sola enunciación evidenciaba “un déficit en la atención de salud de los internos”.

Luego, refirió que esa realidad violaba el “principio de igualdad” reconocido en el art. 16 de la Constitución Nacional debido a que “frente a una determinada aplicación diferenciada -como sucede en los casos de personas privadas de libertad frente a aquellas que no lo están- existe una desigualdad de trato fundado en un criterio justificado”. Así, señaló que quienes se encuentran en libertad tienen un mejor acceso a la atención médica que quienes no lo están ya que, agregó, no sólo está limitado su acceso al turno médico sino también a la elección de los horarios, lugares, prestadores, etc. Ello, dijo, obligaba al Estado a realizar acciones positivas para “evitar la exclusión de un grupo sobre otro, como consecuencia de una desigualdad estructural, basada en razones prohibidas por no ser de tipo funcional o instrumental”.

Podemos agregar que la sentencia que comentamos del Juzgado Federal N°2 de Neuquén no fue apelada y su ejecución continúa en trámite. Es relevante también señalar que durante el transcurso del proceso se llevaron adelante mesas de diálogo, capacitaciones, se promovieron incidencias por la discusión sobre la imposición de astreintes por incumplimientos y se discutió, además, la legitimación pasiva del Ministerio de Salud de la provincia.

Lo que nos interesa señalar es que se arribó a una decisión de ese carácter luego de la persistencia y creatividad en el litigio, y que se redefine a partir de las modificaciones que el contexto determina, lo que expondremos a continuación.

b. Coyuntura geográfica del contexto carcelario local

Las decisiones judiciales que se toman en el marco de un litigio se encuentran necesariamente atravesadas por el contexto en el que se establecen o se dictan. Es por ello que conocer el lugar en el que se asienta el establecimiento penitenciario es un factor condicionante porque determina, en gran medida, el goce de los derechos que se ven afectados con la privación de la libertad, como consecuencia indirecta de la pena de prisión.

En la órbita del SPF se encuentran distribuidos 3 centros de detención polivalentes⁴ en la jurisdicción federal de General Roca. En la provincia de Neuquén se ubica el CPFV, en la ciudad de Senillosa, en la provincia de Río Negro se emplaza la Unidad N°5, ubicada en General Roca y, en la ciudad de

⁴ La Resolución N° 845 de la Dirección Nacional del SPF estableció la polivalencia de los establecimientos penitenciarios, lo que implica se presenta como una estrategia de gobierno penitenciario que marca una tendencia hacia la expansión del modelo de máxima seguridad.

Viedma, la Unidad N°12. Vamos a efectuar un recorte descriptivo sólo de los primeros dos. Como justificación metodológica, vale destacar que el CPFV será analizado por ser el alcanzado por el fallo trabajado. En cuanto a la Unidad N°5, la utilidad de su análisis radica en la cercanía territorial que tiene con el CPFV (92 kilómetros), a pesar de que se encuentran en distintas provincias.

En primer lugar, Senillosa es una ciudad ubicada a 33 kilómetros de la ciudad de Neuquén, en la provincia homónima. La localidad tiene poco más de 8.000 habitantes y cuenta con un solo hospital que brinda atención, además, a pueblos aledaños. El CPFV fue inaugurado en 2015 para reemplazar a la vieja Unidad N° 9 del SPF en Neuquén. Se trata de un establecimiento de máxima seguridad, con capacidad para alojar 411 personas, exclusivamente de población masculina. Asimismo, cuenta con 506 agentes penitenciarios cumpliendo funciones allí⁵.

Este emplazamiento repercute también en relación con los escasos profesionales de salud que consideran trabajar allí por la distancia y la inaccesibilidad que implica incluso para quienes residen en Río Negro o Neuquén, considerando que el transporte público no funciona con la frecuencia y disponibilidad de que podría tener en otros puntos del país.

En segundo lugar, la ciudad de General Roca, provincia de Río Negro, cuenta con una población de casi 100.000 personas, siendo la segunda ciudad más poblada de la provincia. Allí se ubica la Unidad N°5, muy cercana al casco céntrico. Este establecimiento penitenciario, con nivel de seguridad media, se encuentra habilitado desde 1943. Aloja exclusivamente población masculina, tiene capacidad para 299 personas, distribuidas en 8 pabellones, cuenta con una casa de pre egreso y en ella se encuentran afectados 229 agentes penitenciarios⁶.

Este contexto nos permite amplificar las circunstancias que atraviesan a esta unidad y que se pueden replicar en otros casos. De esta manera obtenemos una perspectiva más amplia que puede servir como referencia para otras jurisdicciones del país que no necesariamente cuentan con un complejo penitenciario establecido y poseen características diferentes, como es el caso de la cárcel en General Roca.

Este enfoque nos permite trazar similitudes y diferencias que serán valiosas para el litigio y la toma de decisiones en esta materia. Además, facilita la identificación

⁵ Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. 2022. Informe anual SNEEP 2022. Recuperado de https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/2023/09/informe_sneep_spf2022.pdf

⁶ ibídem.

de patrones, contrastes y áreas de mejora de forma más integral, contribuyendo así a una comprensión más profunda de la situación penitenciaria en diversas localidades.

c. La mirada de los protagonistas: enfoque metodológico y entrevistas a personas privadas de su libertad, funcionarios/as penitenciarios y judiciales

Optamos por enfocar este tramo de nuestro trabajo desde la óptica de la metodología cualitativa. Esto implica, desde lo ontológico, sostener que la realidad es subjetiva y múltiple. En el plano epistemológico, busca reconocer a quien investiga en interacción con lo que desea investigar e, incluso, desde lo axiológico reconoce que sus valores formarán parte del proceso (Boniolo, Dalle, Elbert y Sautu, 2005).

En lo que respecta a lo metodológico, asumimos que hay conceptos que emergieron durante el proceso de investigación y que hay factores que se influyen mutuamente en un diseño flexible e interactivo de esta elaboración, lo que privilegió el análisis en profundidad y en detalle en relación al contexto.

De este modo, para iniciar el estudio de este capítulo, primeramente nos aproximamos a la experiencia de las personas que se encuentran allí privadas de su libertad. Así, se pretendió recuperar su voz y conocer el alcance de quien vivencia las dificultades y carencias del sistema sanitario del encierro. Estas circunstancias son las que, en el caso del fallo comentado, fueron representadas en el curso del habeas corpus por la defensoría oficial, la Comisión de Cárceles de la DGN y la fiscalía federal.

Para ello hemos optado por la técnica de entrevista, que, junto con “la observación, la narrativa y el análisis del discurso, son utilizados en estrategias cualitativas” y puede utilizarse para conocer la perspectiva de los actores sociales (Boniolo, Dalle, Elbert y Sautu, 2005; 38). En particular, y en contraposición con la encuesta, señalan los autores citados sus principales características:

La entrevista es una conversación sistematizada que tiene por objeto obtener, recuperar y registrar las experiencias de vida guardadas en la memoria de la gente. Es una situación en la que, por medio del lenguaje, el entrevistado cuenta sus historias y el entrevistador pregunta acerca de sucesos, situaciones. (48)

Para reconstruir la teoría subjetiva de las personas a entrevistar optamos por la entrevista semiestructurada, ya que en ella “es más probable que los sujetos entrevistados expresen sus puntos de vista en una situación de entrevista diseñada de manera relativamente abierta que en una entrevista estandarizada o un cuestionario” (Flick, 2007; 89). Durante ellas, el contenido de la teoría subjetiva se reconstruye; para eso se efectúa una guía con ítems flexibles que, sin influir sobre el entrevistado, permiten obtener información.

Desplegada esta aclaración metodológica, los subtítulos que componen este capítulo contienen las entrevistas semiestructuradas efectuadas a personas privadas de libertad en la Unidad N° 5 del SPF, al jefe del Área Médica de ese establecimiento penitenciario y a una funcionaria judicial abocada al trámite de ejecución de la pena privativa de libertad en esta jurisdicción.

c. 1. La visión de las personas privadas de su libertad. Entrevista a personas privadas de libertad

Hablar de la cárcel requiere hablar con las personas que viven, o intentan sobrevivir, allí. Además de que pueda resultar ineludible metodológicamente, nos interesa sobre todo como reivindicación a la voz de las personas privadas de libertad. Es que, recuperar la voz, adicionalmente, implica una escucha activa, necesaria para cualquier intervención con ese colectivo pero, además, también los recupera como sujetos y no como meros observadores de discusiones, judiciales y doctrinarias, que los ponen en una centralidad espectral. Esta estrategia metodológica

[...] permiti[te] partir de una epistemología del saber penal que achique la distancia con el “propio sujeto conocido”, provocando un cambio en las perspectivas únicamente centradas en categorías mono lingüistas que se reproducen como amalgamas teóricas intentando hablar de la prisión sin recuperar las palabras de los propios presos y, peor aun, aludiendo al espacio carcelario como un lugar exterior y objetivable cuya perspectiva carece de referencias empíricas concretas (Vacani, 2015; 89).

Para tomar una muestra representativa nos comunicamos, durante el mes de abril del año 2024, con una persona al azar de cada uno de los seis pabellones del establecimiento penitenciario, a quienes les hicimos saber de esta tarea de investigación y requerimos su consentimiento para mantener una entrevista anónima. Establecimos seis entrevistas semiestructuradas, aleatorias y anónimas con una serie de preguntas que elaboramos previamente y por las que pudimos conocer que:

1. Cinco de las seis personas provienen de Buenos Aires, donde estuvieron alojados en otras unidades penitenciarias en este mismo período de detención. Manifestaron que la atención médica es irregular en todas las unidades, salvo uno de los entrevistados, que expresó que en el CPFII de Marcos Paz tenía mayor periodicidad en la atención. Otro, preguntado por el sistema de salud en la Unidad N° 5, señaló: “el problema en esta Unidad es que te cagas de hambre”.
2. La mitad (tres personas) manifestaron que el procedimiento funciona. Explicaron que consiste en pedir una audiencia a través de un buzón colocado en el pabellón, que retira el encargado a la noche, y al otro día reciben la atención del área médica. La otra mitad refirió problemas con ese mecanismo, quizás no propios, pero sí por otros compañeros que se quejan por tener que reclamar y reiterar la atención.
3. En cuatro de los casos expresaron que la atención médica la recibieron por pedido específico de sus juzgados de ejecución, intervención de su defensoría o a través de la interposición de un habeas corpus. Una de las personas específicamente refirió: “amenazás con habeas corpus y atienden rápido”. En uno de esos casos, la persona vive con lupus y refirió mantener un control y seguimiento adecuados con la unidad que gestiona los turnos con el hospital local a través de la intervención de su juzgado de ejecución.
4. En cuanto a la variedad de profesionales, predomina la atención de los/las psicólogos/os de la unidad, seguido por la atención odontológica y, en un caso, por la de un traumatólogo. Respecto a la atención por telemedicina, la mitad refirió haber mantenido ese tipo de entrevista con profesionales de psiquiatría.
5. Preguntados por si en algún momento requirieron atención médica extramuros, la mitad respondió afirmativamente y agregó que para agilizar ese procedimiento establecieron contacto con su defensoría o presentaron habeas corpus. Dos de las personas que respondieron por la negativa manifestaron saber que acceder al hospital público “cuesta mucho” y “es muy difícil”.
6. Consultados por las modificaciones que creen necesarias para la mejora de la atención, las personas entrevistadas expresaron que se debería mejorar la atención, una de las personas ejemplificó: “te sentís mal y te revisan la garganta nada más” y que se podría profundizar en la atención para tener mejores diagnósticos.

c. 2. Entrevista al director y al jefe del Área Médica de la Unidad N° 5 del SPF

El 14 de marzo de 2024, a los fines de esta investigación, nos entrevistamos con el director y el jefe del Área Médica de la Unidad N° 5 del Servicio Penitenciario Federal, ubicada en General Roca, Río Negro. Este encuentro nos permitió obtener una mirada interna y profunda sobre los desafíos, las estrategias y las realidades que enfrenta el equipo de salud al brindar atención médica a la población penitenciaria.

Desde el inicio, los entrevistados resaltaron la importancia que le dan a la colaboración interinstitucional como herramienta clave para garantizar el acceso a la salud de las personas privadas de su libertad.

Una de las primeras cuestiones que resaltaron fue el convenio de reciprocidad que suscribieron con el hospital local que mantiene su vigencia, comentaron, aun después del cambio de autoridades de la entidad sanitaria. Indicaron que a partir de ese instrumento intercambian libremente servicios y recursos. Por un lado, por ejemplo, la unidad penitenciaria elabora ciertos implementos requeridos por el hospital, como los pies de suero fabricados en el taller de herrería. Por otro, el nosocomio estableció un procedimiento fluido para brindarle acceso a turnos médicos y servicios especializados no disponibles dentro de la propia unidad. Esta relación de cooperación mutua ha demostrado ser, según nos mencionaron, beneficiosa para las partes y, lo más importante, facilitó el acceso a la atención médica para las personas privadas de libertad.

En nuestro diálogo notamos que existe una fuerte conciencia de las autoridades sobre la responsabilidad especial que tiene el Estado en cuanto al acceso a la salud de los detenidos. En este sentido, resaltaron que el Estado no sólo tiene la obligación de proveerles los medios para que sean debidamente atendidos ante la demanda de atención médica, sino que, además, debe asumir un rol proactivo (mayor al que preventivamente realiza para la sociedad en general) para evitar que las personas privadas de libertad enfermen, se lastimen, transmitan infecciones, entre otros. En este sentido, reafirmaron que las personas privadas de la libertad se encuentran en una situación particular, ya que, al estar bajo la custodia y control directo del Estado, este tiene una doble responsabilidad: brindar atención médica cuando la requieran y tomar medidas preventivas, activas y decididas, para resguardar su bienestar físico y mental.

También abordamos el tema de la provisión de medicamentos en la unidad. Según nos explicaron, los fármacos provienen de tres fuentes principales: el Programa Remediar del Ministerio de Salud de la Nación, la Droguería Central

del SPF a nivel nacional y, en casos excepcionales, los adquieren mediante la compra directa a través de la caja de la propia Unidad N° 5.

En cuanto a la atención médica dentro de la colonia, el jefe del Área Médica nos explicó el mecanismo establecido para que los privados de libertad puedan solicitar asistencia. Cada pabellón cuenta con un buzón donde depositan los pedidos de consulta, los que son recolectados diariamente por enfermería. Luego, el jefe del Área Médica y el de Seguridad Interna revisan las solicitudes, priorizan urgencias y separan las historias clínicas para brindar la atención requerida ese mismo día.

Respecto a la atención extramuros, la Unidad N°5 cuenta con un solo vehículo y personal de seguridad externa limitado, lo que complejiza la logística para coordinar los traslados de internos a centros de salud externos. En este sentido, señalaron que se realiza una evaluación de la seguridad requerida para cada caso, asignando el personal acorde.

Otro tema abordado fue la gestión de turnos con el hospital local para atención especializada y realización de estudios médicos. Nos señalaron que el Área Médica envía mensualmente un correo electrónico al despacho del hospital con todos los pedidos de turnos, o en el mismo día en caso de urgencias. El hospital responde con las fechas de los turnos asignados o, en caso de no contar con el especialista requerido, indica que no puede cubrir esa solicitud en ese momento. Ante esta situación, la unidad debe volver a solicitarlo al mes siguiente o recurrir a la atención privada o a través de la guardia hospitalaria.

Durante nuestra visita, también nos detallaron la situación de los grupos vulnerables de alto riesgo allí alojados, como adultos mayores, personas con discapacidad, que viven con VIH o con SIDA, tuberculosis o enfermedades terminales. En ese momento, se encontraban entre cuatro y cinco personas con VIH recibiendo tratamiento, y el año anterior fue detectado un caso de tuberculosis en una persona que se mantuvo aislada hasta dar inicio al tratamiento⁷.

En cuanto a personas con movilidad reducida, no había casos presentes, pero nos informaron que, en casos de enfermedades terminales, en general opinan favorablemente para los trámites de arrestos domiciliarios, reconociendo la necesidad de brindar una atención adecuada y digna en esas circunstancias.

A lo largo de nuestra visita, también obtuvimos detalles sobre el personal y los recursos con los que cuenta el área médica. En cuanto al personal, tienen seis

⁷ Este es el proceder correcto. Más información en: <https://huesped.org.ar/informacion/tuberculosis/>

enfermeros/as, seis médicos/as, dos odontólogos/as, cuatro psicólogos/as, dos nutricionistas, un especialista en imágenes, una cardióloga y un traumatólogo. No poseen especialistas en kinesiología, dermatología, farmacia ni radiología.

En cuanto a recursos materiales, la unidad posee un equipo de radiología digital (aunque no cuentan con técnico), un ecógrafo, dos electrocardiogramas, dos desfibriladores (uno en el área de pabellón y otro en el área médica), equipos de rayos X y un tubo de oxígeno.

Si bien la unidad alberga actualmente una población de 280 personas, manifestaron que actualmente cuentan con una capacidad máxima para alojar 310 personas. Como mencionamos, cuenta con un equipo de seis médicos que realizan turnos y guardias pasivas de 12 horas, lo que significa que cada uno de ellos tiene a su cargo la atención de aproximadamente 47 personas. Si bien, a priori, pareciera poco, según nos mencionaron (lo cual, adelantamos, se condice con lo que las personas privadas de libertad nos señalaron) las urgencias se atienden de inmediato, las consultas durante el día y los turnos extramuros se conceden casi de manera inmediata -nos mostraron la lista interna y, salvo excepciones, el plazo máximo entre el pedido y la confirmación de la fecha no supera los 10 días-.

Además, señalaron que implementaron un sistema de telemedicina que les permite acceder a profesionales como psiquiatras y neurólogos que trabajan en otras unidades del SPF. Según nos dijeron, estos servicios se brindan a demanda y, de requerirse, se realiza un seguimiento presencial, como ocurrió el año anterior con un oculista, un psiquiatra y un psicólogo que concurrieron a la unidad.

c. 3. Entrevista a funcionaria judicial con competencia en la ejecución de pena

El 10 de mayo de 2024 nos entrevistamos con la secretaria delegada de Ejecución Penal que actúa en gran parte de la jurisdicción de la Cámara Federal de General Roca, específicamente sobre la Unidad N° 5 ubicada en la ciudad de General Roca y el Complejo Penitenciario Federal V de Senillosa.

Inicialmente explicó que toma conocimiento de las demandas específicas de las personas privadas de libertad a través de diversos canales, formales e informales, principalmente mediante oficios electrónicos judiciales (DEOS) que envían los Juzgados de Ejecución pero, también, a través de comunicaciones telefónicas espontáneas, solicitudes directas de las personas privadas de libertad o reclamos que realiza el área judicial de las unidades.

Su función, señaló, se centra en intervenir como nexo entre los juzgados y los detenidos que se encuentran a disposición de aquellos. Nos mencionó que la exagerada distancia que existe entre estos actores -la gran mayoría de los detenidos de las cárceles referidas provienen de la Ciudad de Buenos Aires- dificulta la fluidez comunicacional que deberían tener y que principalmente fue esta la razón por la cual la Cámara Federal de Casación Penal creó, en todo el país, estas secretarías.

Enfatizó en varias oportunidades que gran parte de los inconvenientes que surgen diariamente en las unidades se debe a la falta de información, porque ello le genera a la población carcelaria incertidumbre y ansiedad y que, en general, la mayor parte de las problemáticas se solucionan mediante comunicaciones adecuadas y rápidas.

Específicamente en cuanto a la atención médica de los privados de libertad de las cárceles en las que tiene competencia, refirió que, a su criterio y a grandes rasgos, el acceso a la salud es bueno. Destacó que, en términos generales, las unidades son completamente diferentes y que la ubicada en General Roca está mejor conectada geográficamente que la de Senillosa, reconociendo además que existen diferencias en la gestión y que ello se debe principalmente a las distintas realidades y contextos de cada provincia.

Nos señaló, además, que el nivel de demanda que representa el derecho a la salud dentro de los reclamos recibidos es significativo y mencionó otros problemas asociados, como la distancia que afecta las conexiones y comunicaciones con los familiares, que, destacó, muchas veces incide en la salud mental y en el ánimo de los detenidos.

Contó que una de las problemáticas que se dan en el Complejo Penitenciario Federal de Senillosa es que la atención médica se ve dificultada por la falta de profesionales dispuestos a trasladarse hasta esa localidad, por su lejanía e inaccesibilidad. Esta carencia de recursos humanos, indicó, repercute directamente en la capacidad de respuesta a las necesidades de salud de las personas alojadas en ese establecimiento.

Ante los reclamos relacionados con la atención médica, la entrevistada resaltó la importancia de seguir los protocolos establecidos, realizar audiencias y organizar un seguimiento adecuado a través de los diversos actores que tienen control en la ejecución de la pena. Sin embargo, también destacó la eficacia de la acción de habeas corpus como vía judicial para garantizar el acceso a la salud, especialmente cuando la respuesta requerida no depende específicamente del Servicio Penitenciario Federal.

Asimismo, mencionó la implementación de la telemedicina por parte del Consejo para la Transparencia del Poder Judicial (CODEJ) como una alternativa ante la falta de médicos en el Complejo Penitenciario Federal de Senillosa. Esta iniciativa surgió a raíz de un conflicto previo por la ausencia de profesionales médicos en el establecimiento.

En cuanto al precedente judicial que motiva este trabajo, nos señaló que la decisión generó un cambio positivo en la gestión de los turnos extramuros. Indicó que, a su parecer, mejoró la respuesta brindada por las autoridades penitenciarias, por las capacitaciones al personal y la designación de funcionarios de salud de la provincia de Neuquén para intermediar con la utilización del sistema de asignación denominado ANDES. Señaló que el habeas “funcionó como una verdadera acción constitucional” y que se enfocó en garantizar el acceso a la salud, independientemente de quién debía proveerlo.

Este es uno de los aspectos que más destacó, la amplitud de la legitimación pasiva. En varias oportunidades nos resaltó que el proceso en general tuvo como objetivo “gestionar el conflicto” y que, por esa razón, las partes que intervinieron lo hicieron a conciencia, con buena voluntad y de manera proactiva, lo cual, concluyó, impactó definitivamente en la calidad de la decisión y en su posterior ejecución.

Finalmente, la entrevistada sugirió algunas alternativas para mejorar el servicio de salud en las unidades penitenciarias de su jurisdicción. Entre ellas, destacó la necesidad de contratar más profesionales médicos para cubrir la demanda existente, así como la importancia de profundizar los canales de comunicación entre las diferentes instancias y actores involucrados. Según sus palabras, una adecuada comunicación y flujo de información contribuiría a reducir la conflictividad, limitando los reclamos y mejorando la convivencia.

III. Desarrollo crítico. El papel del habeas corpus, la disponibilidad y accesibilidad de la salud en la cárcel

A nuestro criterio, uno de los aspectos más interesantes del fallo es el compromiso del juez con la resolución efectiva del conflicto. Este compromiso se refleja, entre otras cuestiones, en la orden de crear una comisión mixta integrada por el SPF, las autoridades del programa de salud en contexto de encierro del Ministerio de Salud de la Nación y autoridades de la provincia. Esta comisión tiene el objetivo de realizar un seguimiento continuo del funcionamiento del protocolo de atención médica, lo cual es un enfoque innovador y práctico que podría ser replicado en otros contextos similares.

De igual forma, la jurisprudencia en análisis permite ver la dedicación de los y las litigantes para exponer el derecho vulnerado, coleccionar prueba pertinente y formular pretensiones originales para el desarrollo del proceso que se extendió por más de cuatro años.

Para adentrarnos en el análisis del caso en estudio, corresponde reseñar la complejidad inherente al vínculo entre el derecho a la salud en el contexto penitenciario. Esto exige un detenido análisis del marco normativo que regula esta temática.

En el sistema jurídico argentino, las disposiciones constitucionales y normativas nacionales e internacionales juegan un papel fundamental en la protección de los derechos de las personas privadas de libertad, especialmente en lo que respecta al acceso a la salud.

Todos los derechos elementales reconocidos exigen un desmembramiento metodológico para poder abordarlos pues, de lo contrario, se tornan, por amplios, inabarcables. Aquí no haremos una excepción.

Contrariamente a lo que podría suponerse, el derecho a la salud no fue un derecho al que le hayan prestado particular atención los constitucionalistas argentinos, como sí sucedió con la propiedad, la libre expresión o el derecho de defensa en juicio, por mencionar algunos. Exceptuando la redacción actualizada del artículo 42, que fue modificada en 1994 y aborda la cuestión al referirse a los consumidores o usuarios, y la formulación del año 1949 que desarrolló con mayor detalle el tema en su artículo 37, inciso 5, ninguna de las reformas constitucionales trató lo atinente al derecho a la salud.

Ello no impidió su reconocimiento, ya que la doctrina y la jurisprudencia se encargaron de señalar que estaba “implícito” en la previsión del artículo 33 de la Constitución Nacional⁸. Asimismo, considerando la actual redacción del art. 75 inc. 22, en alguno de los tratados que gozan jerarquía constitucional sí se lo previó de manera expresa⁹.

Por el contrario, sí existe un desarrollo minucioso y amplio en los instrumentos internacionales. Así, uno de los más importantes y resonantes -la CSJN habitualmente las incluye en sus decisiones-¹⁰ son las Reglas Mínimas de las

⁸ CSJN, Fallos 326:4931, entre muchos otros.

⁹ A modo de ejemplo, ver por el artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el artículo XI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, el artículo 6, inciso 1, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el artículo 12, inciso c, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y los artículos 4° y 5°, inciso 1, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

¹⁰ CSJN, Fallos: 333:1205; 328:1146; 336:2238, entre muchos otros.

Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos (Reglas Mandela) de Naciones Unidas (en especial las reglas N°24, 25, 16, 27, 30/35). También los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Resolución 01/08 (principalmente el Principio X) establecen un marco de referencia para el tratamiento de las personas privadas de libertad, insistiendo en la necesidad de un acceso igualitario a servicios de salud de calidad y en condiciones similares a las de la comunidad libre.

Por su parte, la Observación General N°14, de Naciones Unidas, específicamente refiere en su punto 34 que “los Estados tienen la obligación de respetar el derecho a la salud, en particular absteniéndose de denegar o limitar el acceso igual de todas las personas, incluidos, los presos o detenidos”.

La normativa tuvo su correlato casuístico en los tribunales internacionales. Uno de los precedentes más importantes de la Corte IDH sobre la materia fue "Hernández vs. Argentina". El caso de Raúl Hernández, detenido en 1996 y condenado en 2003, puso de manifiesto las deficiencias en la atención médica del sistema carcelario argentino. El reclamante contrajo diversas enfermedades, incluyendo tuberculosis, durante su encarcelamiento, evidenciando la precaria situación sanitaria de los reclusos. A raíz de ello denunció la falta de condiciones adecuadas de detención y la negligencia en la atención médica, lo que constituía una violación a los artículos 4 y 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que protegen el derecho a la vida y la integridad personal. Esta situación resaltaba la estrecha relación entre la salud física del detenido y su derecho a un trato humano bajo custodia estatal. El tribunal reconoció la omisión del Estado en la protección de estos derechos fundamentales, enfatizando el carácter esencial del derecho a la salud, especialmente en contextos donde las personas no pueden acceder a atención por sí mismas. Como consecuencia, se ordenó a Argentina compensar a Hernández y mejorar las condiciones carcelarias para cumplir con los estándares internacionales de derechos humanos, particularmente en lo que respecta al acceso a atención médica adecuada.

Por otro lado, en términos específicos y de derecho interno, la Ley 24.660, que regula la ejecución de la pena, garantiza al detenido el derecho a la salud. Esta normativa impone la obligación de brindarle asistencia médica integral de manera oportuna, asegurando la inalterabilidad de su acceso a consultas y tratamientos prescritos¹¹.

¹¹ Ver artículos 143 y 158 de la Ley N° 24.660.

Este marco normativo no puede hacerse efectivo en abstracto, requiere instrumentos e instituciones que lo encaucen y efectivicen. En el caso de las personas privadas de libertad, los jueces a cargo de la ejecución de la pena tienen una específica responsabilidad a partir del control judicial. Generalmente ello se realiza en el marco de los legajos de ejecución o en el trámite judicial de las personas privadas de libertad preventivamente, pero, fuera de ello, la acción de habeas corpus, en su función “correctiva”, se consolida como la vía más habitual para conseguir el ejercicio de los derechos vinculados con la salud.

Ello nos indica que uno de los actores determinantes en este proceso es el juez, tanto el de ejecución como el que recibe el habeas corpus. Así, vemos que el control judicial amplio y eficiente es ineludible a la luz de la normativa vigente. Debe ser el engranaje que articule, proactivamente, todas las instituciones que rodean la ejecución de la pena para lograr los complejos fines que reconocen las normas que regulan la privación de la libertad, criterio que ha sido adoptado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo “Romero Cacharane”¹².

Tal es así que, receptando esa doctrina, la Cámara Federal de Casación Penal sostuvo:

[E]l constituyente estableció [en el artículo 18 de la Constitución Nacional] de manera expresa el principio de humanidad en la ejecución de las medidas privativas de la libertad que debe regir como pauta de orientación de toda la actividad de los órganos estatales que intervienen en la Ejecución, y ese principio tiene consecuencias prácticas, pues impone al Estado la obligación de brindar a las personas que priva de libertad determinadas condiciones de trato que, de no cumplirse, tornan al encierro ilegítimo [...].¹³

Así entendido, el control jurisdiccional, amplio, efectivo -en el territorio-, periódico e interdisciplinario, garantiza la tutela judicial efectiva y, adoptando las medidas necesarias para asegurar la vigencia de esos derechos, refuerza la obligación primaria del Estado de respetar los derechos humanos de las personas privadas de libertad.

En este esquema, independientemente de las intervenciones específicas de control judicial, el habeas corpus se presenta como una herramienta fundamental por su especial naturaleza, que exige la adopción de un criterio de admisibilidad laxo que impide que deficiencias formales supongan un obstáculo para que un

¹² CSJN, “Romero Cacharane s/ejecución” (R.230. XXXIV, rto. El 9/3/04).

¹³ CFCP, Sala I. “AER”. Causa No 21882. 25/6/2018.

tribunal se pronuncie respecto de la posible violación de los derechos fundamentales que la acción pretenda tutelar¹⁴.

La acción de habeas corpus fue originalmente legislada en 1888 con la Ley 2.372. Luego, la norma tuvo reformas sucesivas hasta que se dictó la actual Ley 23.098, que “constitucionalizó” la acción en 1949, a pesar de ser luego derogada. Finalmente, volvió a ser reconocido en la Constitución Nacional sancionada en 1994 (Tauber, 2016). Así las cosas, se consolidó como el instrumento que, por su carácter sumario, es la más eficaz e inmediata herramienta para garantizar la tutela jurisdiccional, ante una detención (en sus variantes “reparador” o “preventivo”), o agravamiento de las condiciones de detención que no se haya sujetado a las formalidades legales¹⁵ (llamado “correctivo”). Ello hace que el modo en que se lo trata deba estar sujeto al escrutinio más estricto y a la adopción de obligaciones positivas por parte del Estado, derivadas de su especial posición de garante¹⁶.

Como señaló la CSJN:

Que con la extensión del procedimiento sumarísimo de hábeas corpus a la protección de la dignidad y respeto a la persona, con los que debe cumplirse la privación de libertad, el legislador ha buscado establecer un medio legal adicional, rápido y eficaz, para resguardar el trato digno en las prisiones y para solucionar situaciones injustas que allí se planteen. La norma citada dispone que estos actos u omisiones constituyen materia de amparo sin perjuicio de las facultades propias del juez de la causa. Pues lo que caracteriza al instituto sub examine es el objetivo de suministrar un recurso expeditivo para la protección de los derechos en juego cuando fuere urgente modificar el agravamiento de las condiciones de detención.¹⁷

Entonces, y en paralelo a lo que sucede con las personas en libertad que utilizan el amparo para reclamar judicialmente las cuestiones referidas a su derecho a la salud, el habeas corpus correctivo es el medio idóneo (más allá de los reclamos administrativos o de ejecución, como ya referimos) para reclamar judicialmente cuando lo que se discute es la atención médica en las cárceles. Pero, además, la flexibilidad de la acción permite, por ejemplo y a partir de una amplia interpretación realizada por la CSJN¹⁸, ampliar la legitimación activa y generar procesos de tipo colectivo ya que “[l]a obligación de los Estados de ‘garantizar’

¹⁴ CSJN, Fallos: 321 :3646, considerando 6° del voto de los jueces Fayt, Petracchi y Boggiano; considerando 20 del juez Bossert; y sus citas.

¹⁵ CFCP, Sala IV, Causa Nro. 592/13 caratulada “LEFIPÁN s/recurso de casación”, rta. 9/08/2013.

¹⁶ CSJN, Fallos: 328:1146.

¹⁷ CSJN, Fallos: 322:2735.

¹⁸ CSJN, Fallos: 328:1146.

el efectivo goce de los derechos fundamentales implica reconfigurar el concepto de ‘caso’ a fin de dotar al Poder Judicial de una herramienta efectiva para cumplir con sus funciones” (Tauber, 2016; 987).

En definitiva, vemos que existe una estrecha relación entre el derecho a la salud, su particular desenvolvimiento en la prisión, las obligaciones del Estado (en su faz administrativa y jurisdiccional) y la acción constitucional de habeas corpus que permite concretar efectivamente estos derechos, asegurando que las personas privadas de libertad tengan una herramienta eficaz para lograr que, en caso de no ver satisfecho debidamente el derecho a una atención médica adecuada, puedan movilizar las fibras del aparato estatal para intentar mejorar las condiciones en las que viven, conforme a los estándares mínimos de derechos humanos a los que Argentina se obligó.

IV. El impacto de la decisión en la jurisprudencia regional y perspectivas futuras

En primer lugar, advertimos que la problemática relatada no resulta ser un caso aislado. En los últimos años, las acciones de habeas corpus que se dirigieron a controvertir cuestiones referidas al derecho a la salud, en la jurisdicción federal de Río Negro y Neuquén, incrementaron exponencialmente. Las peticiones referidas a psicología crecieron, entre 2017 y 2023, un 233%; la desatención médica un 690%, en el mismo período, y aquellas relacionadas a cuestiones nutricionales un 75% solo entre 2022 y 2023. Por otro lado, lo atinente al fondo de reserva, traslados, educación, sanciones y problemas entre internos, entre otros, muestran estabilidad o una variación menor, lo que denota una situación, en estos aspectos, más controlada o menos problemática¹⁹.

Fuera del ámbito carcelario, advertimos también que la litigiosidad en la materia creció abruptamente en los últimos años. Solo por mencionar un ejemplo, la cantidad de decisiones cautelares sobre cuestiones de salud que dictó la Cámara Federal de Apelaciones de General Roca creció un 30% entre 2021 y 2023²⁰. El cruce de estos datos da cuenta de una crisis en el sistema sanitario que impacta en la población en general. Quienes se encuentran privados de libertad promueven su derecho a través del habeas corpus y quienes viven en el medio libre lo hacen a través del amparo. Las dos acciones constitucionales fueron

¹⁹ Estadísticas realizadas a los fines de la presente investigación a partir de relevamiento inédito de los procesos registrados por la Secretaría Penal de la Cámara Federal de Apelaciones de General Roca entre mayo y noviembre de 2024.

²⁰ Estadísticas realizadas a los fines de la presente investigación a partir de relevamiento inédito de los procesos registrados por la Secretaría Civil de la Cámara Federal de Apelaciones de General Roca entre mayo y noviembre de 2024..

pensadas, diseñadas y reguladas, en el siglo pasado, como extraordinarias y excepcionales: hoy representan la mitad de la actividad jurisdiccional en el ámbito penal y civil de la jurisdicción referida²¹.

Respecto del fallo analizado, una de las cuestiones a resaltar es la citación al Estado provincial como tercero. Claramente era un actor importante en la relación que se ventilaba y debía estar presente.

En particular, sobre el derecho a la salud en contextos de encierro y la ampliación de la legitimación pasiva, el Relator Especial de la ONU destacó en su informe sobre su visita a Argentina que:

[...] se hace eco con gran preocupación de la información según la cual, a pesar de los reglamentos vigentes, el personal médico no efectúa los reconocimientos de manera concienzuda y, en particular, no pregunta sobre las lesiones ni se esfuerza por tratar de encontrar su causa²².

Además, destacó:

[...] la importancia de traspasar la responsabilidad en materia de asistencia sanitaria de la administración penitenciaria al Ministerio de Salud y Desarrollo Social o al ministerio de salud provincial competente, ya que la actual cadena de supervisión en los centros de reclusión no contribuye a que los profesionales de la salud documenten y denuncien casos de tortura o malos tratos con total independencia²³.

Ello nos abre una incógnita: ¿debería admitirse la posibilidad de ampliar la legitimación pasiva y reconocer como destinatario del acto arbitrario a un particular debido a, por ejemplo, que es quien se encarga de realizar las viandas de comida que se entregan en las cárceles y estas no cumplen con una mínima calidad nutricional? En un precedente también del Juzgado Federal N°2 de Neuquén²⁴, en el que se discutió eso, no se convocó a la empresa prestataria del servicio y consideramos, de acuerdo a lo elaborado por Irastorza (2020), que lo correcto hubiese sido que se la incorpore al proceso ya que, como afirma la autora:

[...] nuestra ley fundamental no ofrece impedimento alguno para la interposición de hábeas corpus en contra de particulares. En este caso, la

²¹ Estadística interna de la Cámara Federal de Apelaciones de General Roca. En la Secretaría Penal los habeas corpus representan el 63% de las decisiones que se emiten. En la Secretaría Civil representan (contando el total de las sentencias interlocutorias y definitivas, sin distinguir su objeto) el 57% del total de los fallos dictados.

²² Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, 2019, párr. 50.

²³ Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, 2019, párr. 51.

²⁴ Juzgado Federal de Neuquén N° 2, FGR 2211/2020 (19 de mayo de 2020).

pretensión contra ese 'tercero' -que en realidad es parte en la relación jurídica sustancial- consistirá en obtener una condena a que cese el agravamiento de las condiciones de detención mediante la orden de cumplir la prestación adeudada (2020, 157).

La discusión de todas las cuestiones controvertidas que se den en el marco de esta relación jurídica compleja -por conexidad- deben tramitar en un mismo proceso. Ello permitirá agotar, o de mínima gestionar mejor, el conflicto entre las partes y asegurará un remedio eficaz para resolver directamente la cuestión de fondo lesiva de los derechos de quienes se encuentran privados de la libertad.

Por otro lado, de las entrevistas realizadas destacamos, en primer lugar, que las autoridades reconocen, abiertamente, que el Estado no sólo debe reaccionar ante las necesidades de salud de las personas privadas de su libertad, sino que también tiene que asumir un papel dinámico en la prevención y promoción de la salud, ya que estas dependen enteramente del cuidado estatal. Vemos positivamente el convenio que refirieron haber suscrito las autoridades del hospital de General Roca y la Unidad N°5 ya que este proceso demuestra un esfuerzo por organizar, optimizar y coordinar la atención médica extramuros, permitiendo identificar y atender oportunamente las emergencias, pero también las atenciones ordinarias.

También evidenciamos dificultades y desafíos allí. En primer lugar, vemos que si bien el mecanismo de petición de turnos para acceder al Área Médica pareciera ser fluido, consideramos que sería prudente y necesario que, ante el reclamo, el celador o enfermero que la retire del "buzón" extienda una especie de recibo que dé cuenta de esa presentación. Ello para, retomando una de las observaciones que nos hizo la funcionaria judicial referidas a los motivos por los que en general comienzan los conflictos en las unidades, evitar ansiedades, desconfianzas y malestar en la población carcelaria.

Por otro lado, vemos como problemático el hecho de no contar con ambulancia, ya que deja en evidencia los desafíos logísticos y de recursos que enfrenta la unidad. Además, creemos que el uso de la telemedicina, si bien muestra un esfuerzo por ampliar el acceso a servicios especializados, superando las limitaciones geográficas -que, en el caso, no son pocas- y de recursos humanos dentro de la propia unidad y de la ciudad, también plantea interrogantes sobre la calidad y efectividad de esta modalidad en comparación con la consulta presencial. De todos modos, consideramos que siempre una intervención temprana a cargo de un especialista, aún a distancia, es deseable y destacable.

Retomando el fallo que comentamos, nos parece oportuno señalar que el comienzo de ese proceso no es fortuito, y la respuesta de los involucrados lo confirma. Los demandados no solo optaron por no apelar la decisión del magistrado sino que también, durante las audiencias, reconocieron –cada uno desde su perspectiva– las fallas y la falta de articulación que generaron o profundizaron la precaria situación generalizada en materia de salud. Además, nos resultó interesante la actividad de la defensoría (interviniendo activamente e impulsando el proceso colectivo), la fiscalía (acompañando y proponiendo alternativas y hasta legitimados pasivos distintos) y el juez, que en todo momento tomó el rol proactivo que exige la CSJN.

Entendemos que el fallo que comentamos se trata de una jurisprudencia relevante ya que marcó un camino y no fue indiferente a un tema central como es el derecho a salud en contexto de encierro. Más aún, intervino de manera perspicaz al poner en discusión su goce a través de la salud pública provincial. En ese sentido, nos parece importante resaltar la labor desplegada por el MPD y el MPF en el compromiso para elaborar una solución concreta, a pesar de las dificultades que el contexto presenta, lo que enriquece cualquier discusión que en la materia pueda darse en otro punto del país.

Además, las partes durante el proceso, y el juez también, aunque continúe abierto luego de varios años, pretendieron constantemente abordar la problemática más allá de las concretas responsabilidades que a cada sujeto les corresponden. El abordaje, creemos, fue maduro y razonable. Esta es la manera en la que debemos encarar los conflictos pues, como señala Binder "el 'paradigma de gestión de conflictos' no es una mirada débil sino una mirada de mayor complejidad que busca resolver problemas de fondo, con mayor conciencia" (2009, 29).

Lo que nos interesa destacar, según ese paradigma, es que el alcance del precedente comentado no se agotó en su propio trámite; por el contrario, instaló a nivel judicial la problemática que acogió y se tradujo en fallos posteriores que reconocieron esa falencia y pudieron así resguardar el derecho afectado. Así, en el fallo "L., P. E. s/ habeas corpus"²⁵ la Cámara Federal local revocó el archivo de las actuaciones decidido por el Juzgado Federal N°2 de Neuquén luego de advertir, tal como fuera señalado por el MPF y MPD, que la pretensión inicial aún no había sido satisfecha en tanto no se había podido obtener, hasta esa fecha, una solución definitiva para el cuadro de salud por no haberse concretado el turno médico y, por tal, el archivo de las actuaciones lucía prematuro.

²⁵ Cámara Federal de Apelaciones de General Roca, "L., P. E. sobre habeas corpus" (Expte. No FGR 18347/2022/CA2), 10 de marzo de 2023.

No está de más agregar que el mecanismo utilizado, es decir, un habeas corpus “colectivo”, fue un método particularmente atinado por el desafío que implicaba la situación conflictiva que se presentaba ya que, como señala la CSJN, aunque la Constitución Nacional no mencione de forma expresa al habeas como un instrumento que también puede ser presentado de modo colectivo:

[...] tratándose de pretensiones como las esgrimidas por el recurrente, es lógico suponer que si se reconoce la tutela colectiva de los derechos citados en el párrafo segundo, con igual o mayor razón la Constitución otorga las mismas herramientas a un bien jurídico de valor prioritario y del que se ocupa en especial, no precisamente para reducir o acotar su tutela sino para privilegiarla²⁶.

V. Reflexiones finales

Sin pretender agotar la complejidad que el tema significa y no pudiendo prever el alcance que vayan a tener los recortes de las políticas públicas en materia de salud que puedan establecerse, notamos que el valor del compromiso de los actores y las mejoras en los canales de comunicación son sumamente relevantes.

Es desde ese punto que -con optimismo- creemos que pueden establecerse acciones concretas, desde los espacios que ocupamos, para promover litigios concienzudos dirigidos a abordar la conflictividad primaria. Como nos enseñó Mario Juliano: “está todo por hacerse, que hay que adoptar cierto desprejuicio, que hay que ser creativos, que hay que estudiar, que hay que pensar, que hay que arriesgarse, que tenemos que ser inconformistas con el orden establecido” (2019, 207).

El análisis realizado revela los desafíos del derecho a la salud en el contexto carcelario argentino. La decisión judicial centralmente estudiada, al promover la colaboración entre el sistema penitenciario y de salud pública, marca un hito importante en esta problemática. Sin embargo, las disparidades en el acceso y calidad de atención médica persisten, como evidencian las entrevistas y el análisis comparativo. A pesar de estos obstáculos, el compromiso de los actores involucrados y la mejora en la comunicación ofrecen un camino hacia adelante.

Es fundamental continuar con acciones concretas, litigios rigurosos y decisiones judiciales comprometidas para proteger efectivamente el derecho a la salud de las personas privadas de libertad.

²⁶ CSJN, Fallos: 328:1146.

Bibliografía

Binder, A. M. 2009. "El control de la criminalidad en una sociedad democrática: Ideas para una discusión conceptual". En: G. Kessler (Comp.), *Seguridad y ciudadanía: Nuevos paradigmas, reforma policial y políticas innovadoras* (1ª ed.). Buenos Aires: Edhasa.

Boniolo, P., Dalle, P., Elbert, R., & Sautu, R. 2005. *Manual de metodología. Construcción del marco teórico, formulación de los objetivos y elección de la metodología*. Buenos Aires: CLACSO. Disponible en: <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/clacso/formacion-virtual/20100719035021/sautu.pdf>

Flick, O. 2007. *Introducción a la investigación cualitativa*. Madrid: Ediciones Morata S.L. y Fundación Paidea Galiza.

Irastorza, M. 2020. "Un reclamo en el Complejo V SPF de Senillosa por la prestación del servicio de cantina. El rol del SPF y de la empresa en el proceso constitucional de habeas corpus". En: *Revista Jurídica AMFJN/Suplemento Habeas Corpus, Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional.

Juliano, M. A. 2019. "La aplicación de la medida cualitativa de la pena durante su ejecución: el fallo "Reyna" del Tribunal de Casación Penal Bonaerense". En: P. A. Vacani (Dir.), *La indeterminación de la pena en el proceso de ejecución penal: Nuevas herramientas teóricas y jurisprudenciales* (1ª ed.). Buenos Aires: Ad Hoc.

Tauber, N. 2019. "Hábeas Corpus". En: R. Gargarella & S. Guidi (Eds.), *Constitución de la Nación Argentina comentada* (pp. 955-992). Buenos Aires: La Ley.

Vacani, P. A. 2015. *La cantidad de pena en el tiempo de prisión: sistema de la medida cualitativa*. Buenos Aires: Ad Hoc.

Vacani, P. A. (Dir.). 2019. *La indeterminación de la pena en el proceso de ejecución penal: Nuevas herramientas teóricas y jurisprudenciales* (1ª ed.). Buenos Aires: Ad Hoc.

El acceso a la salud mental como derecho en contexto de arresto domiciliario

María Paz Andrada Krause

Abogada (UP). Lic. en Ciencias. Políticas (UCA). Trabaja en la Defensoría General de la Nación.

Bárbara Julieta Marcantonio

Lic. en Psicología (UBA). Integrante del Equipo Interdisciplinario de Ejecución Penal de la DGN.

Mariano Andrés Poblet Machado

Lic. en Trabajo Social (UBA), Mg. en Derechos Humanos (UNLa), Dr. en Salud Mental Comunitaria (UNLa). Integrante del Equipo Interdisciplinario de Ejecución Penal de la DGN.

*“No hay ningún sujeto anterior a sus construcciones; siempre es el
nexo,
el no-espacio de una colisión cultural, en la que la demanda de
resignificar o repetir los términos mismos que constituyen el “nosotros”
no puede rechazarse sumariamente, pero donde tampoco puede
acatarse en estricta obediencia”*

Judith Butler

I. Introducción

En el presente artículo analizaremos y reflexionaremos a partir de la descripción de un caso concreto abordado por una Defensoría Pública de Ejecución Penal (en adelante Defensoría) y un Equipo Interdisciplinario de Ejecución Penal de la Defensa²⁷ (en adelante EQUIEP), ambos pertenecientes a la Defensoría General de la Nación (DGN), en donde se puso en discusión el derecho a la salud mental

²⁷ Creado bajo resolución DGN N° 309/22.

de una persona que se encontraba cumpliendo una pena bajo la modalidad de prisión domiciliaria.

Se trató de un trabajo articulado ante la situación concreta de una mujer extranjera, atravesada por violencias, a quien se le había concedido el arresto domiciliario por su calidad de madre cuidadora de un niño. Es necesario señalar que, al momento de otorgarse esta modalidad de detención, no hubo un planteo específico respecto a la necesidad que la asistida realice un tratamiento o abordaje en salud mental. Será en la etapa de la ejecución penal que ello comenzará a tomar forma. Primero como un pedido de tratamiento centrado en consumos problemáticos de sustancias, a partir de informes elaborados por el organismo de control de la pena. Luego, como una necesidad de un tratamiento integral.

Tomando en consideración defensas recurrentes con relación a múltiples alertas generadas por el sistema de vigilancia y control electrónico, se efectuaron observaciones e intervenciones interdisciplinarias e intersectoriales. Así, estas diferentes salidas no autorizadas comenzaron a ser leídas como una manifestación que reflejaba la necesidad de abordar su situación en los términos que define la Ley Nacional de Salud Mental N° 26.657 (LNSM) en su artículo 3: “un proceso determinado por componentes históricos, socio-económicos, culturales, biológicos y psicológicos, cuya preservación y mejoramiento implica una dinámica de construcción social vinculada a la concreción de los derechos humanos y sociales de toda persona”.

Se buscó, a través de una escucha particular, dar lugar a la emergencia subjetiva de nuestra asistida y, enmarcado de un abordaje interdisciplinario e interinstitucional, articular con las políticas públicas vigentes que pudieran responder a sus necesidades. Ello implicó un trabajo extra judicial que no necesariamente suele quedar reflejado en los expedientes, volviéndose un punto que queremos recuperar en el presente artículo.

Tenemos por objetivo destacar el diálogo que se logró durante el desarrollo del presente caso entre profesionales de diferentes disciplinas. Se busca compartir prácticas efectuadas al momento de llevar adelante un trabajo interdisciplinario e intersectorial. También se propuso incorporar el paradigma de la salud mental comunitaria en la ejecución de la pena, dentro de un encuadre ético de no abandono y de acogimiento responsable (Pitta, 1996).

Señalamos que en este artículo se tomaron los resguardos éticos necesarios para garantizar la confidencialidad del caso y el anonimato de la persona asistida, quien se nombrará con el nombre de fantasía “Eva”. Aun así, contamos

con la conformidad de la protagonista de este proceso para poder compartir lo realizado. Por último, señalamos que los autores de la presente producción somos profesionales de la defensa pública provenientes de diferentes disciplinas, con trayectorias laborales, asistenciales y académicas diversas.

II. ¿Una nueva intimación?

Monitoreo²⁸ informó que el día anterior Eva²⁹ salió del hotel familiar en donde cumplía su arresto domiciliario una hora antes de la autorizada y volvió dos horas después. No tiene sentido llamarla antes del mediodía, ya que no va a responder el teléfono. Hace un año que venimos trabajando con ella. Lo mejor será dejarle un mensaje para que lo vea cuando despierte.

Cuando a una persona se le otorga el arresto domiciliario, cualquier egreso requiere de una autorización judicial solicitada con una antelación por escrito, con la carga de aportar luego una constancia que acredite la salida al lugar, día y en la franja horaria permitida. Ese control puede potenciarse más cuando, por decisión judicial, se decide la colocación en la persona condenada de un dispositivo electrónico o “tobillera”, que dará lugar a alertas ante ausencias del domicilio en donde cumple el arresto domiciliario fuera de lo que haya sido previamente autorizado y exige una justificación inmediata. Los incumplimientos pueden concluir en la revocación de la prisión domiciliaria y el regreso a un establecimiento penitenciario para el cumplimiento allí de la pena.

Eva responde pasado el mediodía que estuvo en el hospital, que salió antes porque no tenía saldo en su tarjeta SUBE, pero tampoco dinero para cargarla. En su camino de regreso se dio cuenta que se había dejado su cartera en la sala de espera y volvió a buscarla. “¿Podés creerlo?”, interpela y dice que va a enviar la constancia que estuvo en el hospital.

Sí, es posible creer que Eva hubiera olvidado su cartera en el hospital. Dice “la psicología en zapatillas” que los olvidos son actos fallidos que no son el resultado

²⁸ Nos referimos a la Dirección de Asistencia de Personas bajo Vigilancia Electrónica del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación Argentina.

²⁹ Como se indicó, a los fines de resguardar la privacidad de la persona implicada se decidió su anonimato. Para ello, se reconocen “tres principios fundamentales que deben guiar la conducta de los/as investigadores/as: el consentimiento informado de los sujetos investigados, el carácter confidencial de la información recibida, y el respeto al anonimato de los participantes de la investigación (Punch, 1986)” (Meo, 2010; 6). En este artículo, no se realizan fuentes primarias para el análisis, por lo que no va a ser necesario establecer un consentimiento informado. Como la confidencialidad se encuentra ligada al concepto de privacidad, se han efectuado los recaudos para que no se pueda identificar a la persona a la que se lleva adelante este proceso judicial (Meo, 2010). La anonimización busca cumplir con la regla que “los datos deberían ser presentados de tal manera que los entrevistados fueran capaces de reconocerse a ellos mismos, mientras que los lectores no deberían poder reconocer a los primeros” (Grinyer, 2002, citado en Meo, 2010; 12).

de la casualidad o el descuido, sino que estarían motivados por un deseo inconsciente que no encuentra mejor forma de aflorar a la conciencia. Su asistencia a pie nos dio la pauta que finalmente estaba implicada con el tratamiento en salud mental que realizaba allí, en ese espacio que habíamos logrado articular para y con ella.

Llegar a ese punto implicó sostener el arresto domiciliario de Eva, cuestionado por “*tantas*” salidas sin autorización. En los procesos fundamentalmente escritos se argumentan conceptos jurídicos, ideas o hechos. Por ello, una palabra, casi coloquial, puede pasar desapercibida. Sin embargo, “*tantas*” fue el puntapié para ponderar aquello.

Previamente, al momento de justificar sus múltiples salidas, en la Defensoría se construyó un cuadro que pudiera dar cuenta de cada salida -inicialmente no autorizadas pero cada una justificada- y el motivo de la misma. El listado permitió visualizar que, en su mayoría, se fundaron en a una necesidad concreta de salud, mientras que las restantes habían sido para abastecerse de alimentos o cuestiones de supervivencia básica³⁰. La construcción de esa tabla permitió desagregar y darles contenido a esas “*tantas*” salidas, dejando en evidencia los lugares visitados: farmacias, guardias médicas en hospitales, además de salidas a supermercados o el acceso a un cajero automático para retirar dinero.

Fue así que de manera concreta se solicitó que la situación de Eva requería ser analizada en el marco de la LNSM. Especialmente, en el reconocimiento del derecho que tenía a que su padecimiento mental no sea considerado un estado inmodificable y a recibir una atención sanitaria, social integral y humanizada, con el objetivo de asegurar la recuperación y preservación de la salud³¹.

El siguiente paso fue sustanciar que no bastaba elegir cualquier tratamiento en salud mental, sino que ese debía basarse en permitirse escuchar a la asistida y en encontrar aquel en el cual se sintiera cómoda y “alojada”³².

Luego, se trabajó contra las falencias propias del sistema para que Eva tuviera un espacio terapéutico, en horario de la tarde, una vez por semana en un día fijo. Asegurar la presencialidad fue nuestro acuerdo, para lo cual se llevaron adelante

³⁰ Una discusión que fue excluida de este artículo tiene que ver con las limitaciones en el acceso a derechos que implica una prisión domiciliaria. Y, en consecuencia, el incumplimiento de las obligaciones positivas que tiene el Estado en garantizarlos (Abramovich y Courtis, 1997). En este caso en particular, poder garantizar el derecho a la salud y salud mental de una persona que se encuentra cumpliendo un arresto domiciliario.

³¹ Ver LNSM, art. 7, inc. a y n.

³² A “alojar” la entendemos como una referencia clínica que implica darle un lugar a la demanda de un sujeto y su decir, desde una escucha sin juicios previos.

pequeñas pero constantes estrategias³³. En particular, dejarle un recordatorio o llamarla el día que debía concurrir al hospital o intercambiar mensajes entre nosotros al percibir en su voz alguna particularidad que pudiera requerir de una conversación más prolongada.

III. El cumplimiento de su pena

Eva fue condenada a cuatro años de prisión por considerarla autora penalmente responsable del delito de comercialización de estupefacientes. En su caso, se dispuso que la pena debía cumplirse bajo la modalidad de arresto domiciliario por ser madre de un niño menor de cinco años.

La Ley de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad N° 24.660 permite al juez disponer el cumplimiento de la pena impuesta en detención domiciliaria a “la madre de un niño menor de cinco años o de una persona con discapacidad a su cargo” (artículo 32, inc. c). Este artículo es considerado “especialmente importante en el caso de las mujeres por su rol de cuidadoras de los Niños, Niñas y Adolescentes, pues es la única medida de política criminal que ha sido pensada específicamente para la protección de ellos” (PPN, 2019; 157). Podemos pensar que mediante el mismo se intenta conciliar una sanción a una persona, en este caso a una mujer, por cometer un acto tipificado como ilícito, con los derechos que poseen los adultos y las niñas y niños, en particular, reconociendo sus necesidades de cuidados.

Pese a que no es objetivo de este trabajo abordar la figura de arresto domiciliario en profundidad, si nos parece necesario reconocer que:

Si bien este dispositivo viene a reconocer la situación de especial vulnerabilidad del colectivo de mujeres madres y la necesidad de especial protección de sus hijas e hijos, no deja de reforzar los estereotipos de género fuertemente cuestionados en nuestros días. En un marco de profundas transformaciones y deconstrucciones sociales, se vuelve necesario reconocer que en la diversidad de las conformaciones familiares existen referentes parentales varones —padres, abuelos, hermanos, tíos— que cumplen con el rol que se le ha asignado históricamente a la mujer, el de ser cuidadora de Niños, Niñas y Adolescentes (PPN, 2019; 158).

³³ La tarea del mensaje previo al turno en el hospital comenzó a ofrecer resultados directos en cuanto que ayudaron a mantener la asistencia una vez por semana. Pero hubo una intención que fue más allá de eso, que hacía a un gesto de querer acompañar y cuidar a Eva. Con el tiempo se hizo evidente que ese mensaje era esperado por ella y alguna vez hubo un “reclamo” cuando ese recordatorio llegó muy sobre la hora.

En este caso, a Eva se le otorgó el arresto domiciliario para que se encargara de las tareas de cuidado del niño. Sin embargo, esta modalidad de pena implica múltiples restricciones que también afectan a ese cuidado, que depende de permisos especiales -no siempre otorgados- como poder llevar al niño a jugar a la plaza, acompañarlo a la escuela y participar de eventos, etc.³⁴.

Los incumplimientos de esa regla pueden implicar la revocación de la prisión domiciliaria³⁵ y el regreso a la unidad penitenciaria, con el impacto negativo que tiene tanto para quien se encarga de las tareas de cuidados y todos los miembros de la familia, en especial, los niños y niñas que la componen. Por ello, parte del trabajo de la defensa implica tramitar las autorizaciones y justificar cualquier salida que exceda la necesidad y urgencia.

IV. Nuestro primer encuentro

Forma parte del trabajo extrajudicial del EQUIEP concurrir al lugar en donde una persona cumple su pena. Fue así que, una tarde de invierno, integrantes del equipo se adentraron en un hotel familiar ubicado en el barrio de San Cristóbal de la CABA para entablar un primer encuentro con Eva. Tras golpear la puerta de su habitación, ella abrió la puerta mientras pedía disculpas, con su bella tonada extranjera, por el desorden del cuarto. Su arresto domiciliario transcurría en una única habitación que funcionaba de dormitorio, comedor y cocina, en donde una hornalla encendida funcionaba a modo de estufa.

El EQUIEP se había conformado unos pocos meses atrás, como pedido de las defensorías de ejecución para intervenir en la inmensidad de casos en donde se requiere una tarea casi artesanal que excede lo meramente jurídico. Es decir, relacionadas con las particularidades psicosociales de las personas condenadas y se encuentran en la ejecución de la pena, bajo las diferentes modalidades que habilita la Ley N° 24.660. Dentro de estos casos, surge la posibilidad de

³⁴ En un reciente caso se tuvo en cuenta el interés superior del niño y el derecho a la salud de la condenada y en función de ello se decidió mantener el arresto domiciliario, pero bajo una modalidad muy restrictiva: se permitió salidas autorizadas con personal policial, pero “no está autorizada a realizar salida alguna con sus hijos, debiendo coordinar con sus familiares la concreción del traslado y acompañamiento de los mismos a eventos escolares, sociales y atención médica”. En: “P., V. P.”, Expte. FPA 7286/2018/TO1/5 (7 de diciembre de 2023).

³⁵ En el caso de Eva hubo una solicitud por parte del Ministerio Público Fiscal de revocación del arresto domiciliario por entender que se había verificado un quebrantamiento explícito de la obligación de permanecer en el lugar en donde debía cumplir su detención, la cual fue oportunamente evaluada por el tribunal y tomó en consideración los hechos que se sucedieron a partir de la introducción de cuestiones referidas a su salud mental.

acompañar a una persona condenada hasta el final de su pena, pese a la existencia de otros organismos específicos para ello³⁶.

Mientras Eva nos contaba su historia, tomábamos notas en nuestros cuadernos de trabajo, así ella nos fue regalando los jirones de su historia, diferentes aspectos de su semblanza autobiográfica. Esto le permitió, consciente o inconscientemente, señalarnos los sucesos que le generaban malestar.

Así pudimos conocer que Eva fue recibida en nuestro país con el estatus de refugiada, porque permanecer en su país de origen implicaba un riesgo de vida. Esta situación de excepcionalidad generó en ella una “marca subjetiva”, por la cual interpretamos que la ubicaba en una posición de, en algunas ocasiones, esperar un trato diferencial por parte de las instituciones. Comentó sobre sus padres, hermanos, hijos, sus ex parejas, su relación con la ley, entre múltiples tópicos. Desde muy joven comenzó con el uso de sustancias, siendo habitual el consumo de cocaína, que continuó por períodos intermitentes.

Nos retiramos de ese primer encuentro, con múltiples sensaciones, pero, sobre todo, reflexionando sobre la complejidad que conlleva sostener un arresto domiciliario. Pese a lo que pueda interpretar el sentido común, esta modalidad de pena implica muchas limitaciones y obstáculos. Podemos señalar que cuando se otorga una prisión domiciliaria se considera que las familias o su núcleo social deben proveer todos los elementos materiales necesarios para lograr sostener esta modalidad. Preguntándonos, si ello se debe a la falta de políticas públicas que otorguen un mínimo de asistencia material a quien se encuentra penado.

De aquella visita algo se generó: Eva empezó a sostener mensajes asiduos, audios de varios minutos de duración dando cuenta de diferentes demandas. Todas ellas apelaban a problemáticas reales: su situación habitacional y económica, el acceso a una comida diaria; además de las causas penales y de familia en curso.

Identificamos que también hablaba a varios equipos con la misma urgencia y repitiendo sus pedidos, como quien apunta a diferentes frentes con el objetivo de lograr algo. Nos dejaba plantados, se enojaba y no contestaba el teléfono o, por el contrario, nos llenaba de mensajes reclamando nuestra atención inmediata.

³⁶ En ocasiones, estos organismos presentan obstáculos por la gran cantidad de casos que acompañan, limitaciones presupuestarias, dificultades para articular con otras instituciones, características de los propios objetivos institucionales y otras restricciones vinculadas con los momentos políticos del país. Los trabajadores de estos organismos suelen realizar intervenciones con gran esfuerzo y compromiso, pese a los condicionamientos que encuentran en su tarea cotidiana.

En ese desorden comunicacional comenzó a ser claro que la abrumaba un malestar, producto de múltiples motivos que atravesaban varios aspectos de su vida. Empezamos a considerar que la clave estaba en ofrecerle un espacio de abordaje en salud mental para poder alojar dichos malestares y poder acompañarla en este momento tan particular de su vida. Para ello, fue necesaria una búsqueda de un espacio adecuado para ella y sus necesidades.

A su vez, pensamos -en un primer momento- en un tratamiento especializado en consumos problemáticos, por su historia de mujer con tendencia al consumo de cocaína. Pero también buscábamos recuperar sus propias experiencias y trayectorias en la atención de salud. Lugares que ella no quería ir, espacios que le interesaba, y que posibilidades reales ofrecía la política pública en ese momento.

En este momento resulta necesario realizar el señalamiento que, a partir de la sanción de la LNSM, se incorporan “a las adicciones y/ o consumos problemáticos como una problemática de salud mental, tendiendo así a retirarlas del ámbito penal y de la seguridad, para ubicarlas en la esfera de la salud”. A continuación, abordaremos algunas cuestiones sobre esta temática, tensionando con las concepciones vigentes en el ámbito penal.

V. Algunas reflexiones sobre los consumos problemáticos, su abordaje, la salud mental y el sistema penal

El entrecruzamiento entre la salud mental y lo penal se encuentra plagado de tensiones, contradicciones y solapamientos discursivos que emergen cotidianamente en los casos de distintas dependencias jurídicas, no solo en nuestro país, sino en toda la región (Hegglin, 2017; Mercurio, 2023; Poblet Machado, 2016, 2021, 2023).

El consumo de sustancias es uno de los temas más relevantes en el campo de la salud mental, donde conviven diferentes marcos teóricos, concepciones, valoraciones y discursos. Sin ser el objetivo abordar todos ellos, consideramos importante señalar algunos elementos que permitan tensionar los discursos dominantes en el campo penal, que luego sirvió para problematizarlos en el caso de Eva.

Nos interesa señalar que:

El consumo de sustancias es una problemática social compleja multicausal, dinámica y heterogénea. Los consumos de sustancias, en tanto prácticas sociales, se constituyen como parte de experiencias

biográficas y de momentos en las trayectorias subjetivas que no son lineales. Como muestran diferentes estudios (Rossi y Rangugni, 2004; Pawlowicz, Rossi y Touzé, 2006) las trayectorias se configuran en diferentes fases en las que las personas van variando sus patrones de consumo de acuerdo a múltiples situaciones vitales (OAD, 2023; 8).

Entender a esta situación como una problemática social compleja, da cuenta de la necesidad de una estrategia de intervención en el abordaje de los consumos problemáticos de forma intersectorial e interdisciplinar, como así también, con anclaje en la comunidad. Resulta importante aclarar que no necesariamente todo consumo es problemático. Se establece en Ley Nacional de Abordaje Integral de los Consumos Problemáticos N° 26.934 (Plan IACOP) que los consumos problemáticos son:

[a]quellos consumos que -mediando o sin mediar sustancia alguna- afectan negativamente (...) la salud física o psíquica del sujeto, y/o las relaciones sociales". Esta Ley establece que estos "consumos problemáticos pueden manifestarse como adicciones o abusos al alcohol, tabaco, drogas psicotrópicas -legales o ilegales- o producidos por ciertas conductas compulsivas de los sujetos hacia el juego, las nuevas tecnologías, la alimentación, las compras o cualquier otro consumo que sea diagnosticado compulsivo por un profesional de la salud.

A su vez,

[l]os consumos problemáticos de sustancias psicoactivas atraviesan a todas las clases sociales y constituyen fenómenos multidimensionales y complejos. Todo consumo problemático habla de un padecimiento y siempre tiene que ver con quién es la persona, con su cuerpo y con su trayectoria de vida en un contexto determinado (OAD, 2023; 9).

Las diferentes concepciones sobre el uso de sustancias han generado diferentes modalidades de abordaje. Pese a que no es el objetivo de este trabajo desarrollar a todas ellas, resulta necesario hacer una breve caracterización de dos de ellas, ya que eso se pone en juego en la discusión del caso de Eva, como también de otras personas en conflicto con la ley que usan drogas.

Prohibicionismo-abstencionismo

A partir de este paradigma, se considera al uso de sustancias psicoactivas en sí mismo como peligroso y a las personas que la utilizan como enfermos-delinquentes (OAD, 2023). La legislación que busca sancionar penalmente la tenencia de sustancias psicoactivas para uso personal se encuentra basada en

este paradigma. A su vez, las respuestas estatales ante el problema de las drogas consisten principalmente medidas coercitivas, como la criminalización de quienes consumen, como en su medicalización (Corda y otros, 2014, en OAD, 2023; Rubel, 2024).

En este paradigma

[e]l ámbito asistencial muchas veces lograr la abstinencia es condición necesaria de inicio del tratamiento. Si a lo largo de un tratamiento una persona consume, se lo plantea como recaída. La misma se homologa al concepto de 'recidiva', que designa la reaparición de una enfermedad algún tiempo después de transcurrido el padecimiento y su cura. En este sentido, una recaída implica pensar linealmente el consumo como una enfermedad (Rubel et al., 2024; 110).

Reducción de riesgos y daños

Desde esta segunda perspectiva, lo que se plantea es la elaboración de estrategias para prevenir

[...] los daños asociados al uso de sustancias psicoactivas más que prevenir dicha utilización, comenzó a ser considerado desde las políticas públicas, como una estrategia posible para facilitar el acceso de las personas que consumen sustancias psicoactivas a los servicios de asistencia, mejorar sus condiciones de vida y afirmar sus derechos como ciudadanos (OAD, 2023; 83).

Los objetivos de este abordaje buscan, en vez de la abstinencia, proponer objetivos intermedios, buscando modificar las conductas de quienes usan drogas. Así, en este

[...] paradigma se analiza el fenómeno del consumo por fuera de la lógica de curar un síntoma o una enfermedad. Por lo tanto, un tratamiento tiene por finalidad acompañar las decisiones de una persona, incluso si decidiera continuar consumiendo, para orientarlas hacia estrategias de salud y cuidado, tanto dentro del sistema de salud como en otras organizaciones de la comunidad, disminuyendo el umbral de exigencia para acceder a un tratamiento (Alli et al., 2020) (Rubel, 2023; 111).

El elemento central se relaciona con el acceso y la protección a los derechos de las personas con consumo problemático de drogas, en un marco de libertad, respeto y dignidad (OAD, 2023; Rubel, 2023). Cabe destacar que ambos paradigmas conviven en la actualidad en relación al abordaje del consumo

problemático de sustancias, como también en el marco legal y jurídico. Existe un marco jurídico

[r]espetuoso de los Derechos Humanos y en el marco de la LNSM y el Plan IACOP, [estableciendo] un abordaje centrado en las personas, sus trayectorias vitales y su constitución subjetiva, diferenciando de manera clara aquellos aspectos que deben ser atendidos desde la dimensión política de construcción de lazo social y la construcción de un proyecto de vida saludable, de aquellos otros que deben enfocarse desde el ámbito de la seguridad (OAD, 2023: 8).

Vale destacar que la vigencia de la Ley de Tenencia y Tráfico de Estupefacientes N° 23.737 entra en tensión con el marco normativo señalado, penalizando el uso de sustancias para uso personal. Esta situación lleva a que se pongan en práctica una serie de tratamientos compulsivos para personas usuarias de drogas. Así, “se establece así tanto una respuesta punitiva para quienes se consideran infractoras o infractores de un delito por tenencia de estupefacientes, como una respuesta curativa para quienes se considera que portan una patología” (Rubel, et al, 2023; 113).

En ese sentido el art. 18 de la mencionada norma que si se acredita que la tenencia es para uso personal y el procesado dependiera física o psíquicamente de estupefacientes “con su consentimiento, se le aplicará un tratamiento curativo por el tiempo necesario para su desintoxicación y rehabilitación y se suspenderá el trámite del sumario”.

Resulta relevante destacar la existencia del fallo Arriola³⁷, el cual buscó problematizar la lógica punitivista de la Ley de Estupefacientes, determinando la no punibilidad de la tenencia de drogas para consumo personal, cuando no afecte la salud pública. Se considera que

[e]ste fallo propició las condiciones para el reconocimiento de los derechos de las personas usuarias de drogas, que luego se expresó en la garantía del principio de autonomía en el proceso de atención y del respeto de su identidad establecida por la LNSM (Galante et al., 2012) (Rubel, et al, 2023; 114).

VI. De la apuesta a la puesta en acto

La importancia de la escucha en salud mental radica en poder encontrar aquellos significantes que el paciente, usuario o asistido nos revela en su decir. Implica

³⁷ CSJN, Fallos: 332:1963.

una posición ética frente a quien padece, que permita no solo comprender y hacer lugar a sus dichos y malestares, como también identificar y analizar el contenido latente de su discurso.

Coincidimos en señalar que el concepto de salud puede ser entendido como

[u]n proceso complejo de interrelación de dimensiones biológicas y corporales, psíquicas y sociales, es inútil definir taxativamente una especie de salud o de enfermedad que sería ‘mental’ y diferenciada de otra ‘biológica’. Sucede que quienes trabajamos en salud mental abordamos la dimensión psíquica (o subjetiva) como parte de este proceso, no como un objeto escindido de las otras dimensiones (Stolkiner, 2023; 18)

Por su parte, la salud mental se refiere a

[u]n estado de relativo equilibrio e integración de los elementos conflictivos, constitutivos del sujeto, de la cultura y de los grupos, equilibrio e integración progredientes, con crisis previsibles e imprevisibles, registrables subjetivamente u objetivamente, en la que las personas o los grupos participan activamente en sus propios cambios y en los de su entorno social (Galli, 1986) (Lodieu et al., 2012; 7).

Sin embargo, también se comprende a la salud mental como

Un campo de prácticas sociales que no es homogéneo, que reconoce diferencias y prácticas distintas en su interior y que es un sub-campo dentro del de la salud que lo determina de manera indirecta. Su especificidad es haberse configurado como respuesta, propuesta de transformación o alternativa al modelo asilar manicomial (...) No obstante, en nuestros países, el modelo asilar manicomial persiste hasta entrado el siglo XXI, coexistiendo muchas veces con propuestas alternativas y con las nuevas formas de medicalización de la vida y de segregación (Stolkiner, 2023; 18).

En concordancia a estas conceptualizaciones, la misma LSNM, ofrece una definición de la salud mental, en donde se la entiende como “un proceso determinado por componentes históricos, socio-económicos, culturales, biológicos y psicológicos, cuya preservación y mejoramiento implica una dinámica de construcción social vinculada a la concreción de los derechos humanos y sociales de toda persona”³⁸.

³⁸ Ver Ley N° 26.657, artículo 3°.

Su carácter dinámico hace que las personas presenten momentos de equilibrio con otros de crisis, los cuales vinculan con los eventos vitales de los sujetos, como también del medio social y comunitario en los ellos que participan. Ello implica reconocer que las crisis, no necesariamente tienen un carácter de excepcionalidad, si no, por el contrario, es propio del devenir de los sujetos.

Por otro lado, la incorporación en la definición del art. 3 de la LNSM de componentes históricos, sociales, económicos y culturales, posibilita intervenciones que superan lo meramente individual, ya sea una perspectiva únicamente biomédica como también centrado en el ámbito psi. De esta manera, las problemáticas de salud mental se conceptualizan de una manera no médica, integrándolos a los cuidados de salud, y comprendiéndolos en relación a la vida de las comunidades, de su cultura, de las condiciones de la vida social y económica (Lodieu et al., 2012). En concordancia, el abordaje de las problemáticas de salud mental vuelve necesario que se realice de manera interdisciplinaria, ya que

[n]inguna disciplina en su conjunto, y entre ellas la psiquiatría, encarna o expresa una postura única respecto de cómo se concibe la persona con un padecimiento psíquico, así como tampoco acerca de los tratamientos y los procesos de atención que debe asistir (Poblet Machado et al, 2021; 227).

El abordaje interdisciplinario también implica reconocer a los problemas en su complejidad. Precisamente, en el caso de Eva, su situación no solo estaba dada por elementos biológicos y psicológicos, sino sociales, culturales y, específicamente, judiciales, ya que se encontraba bajo la modalidad de prisión domiciliaria. Por ello, importa destacar que no solo fue necesaria la intervención de disciplinas que poseen características clínicas (como la psicología, psiquiatría, trabajo social, entre otras), sino que fue imprescindible la participación de profesionales del derecho, específicamente, mediante la Defensoría. Muchos de los determinantes sociales de las problemáticas de salud mental de Eva, estaban estrechamente vinculadas con su situación judicial.

VII. La necesidad del trabajo intersectorial

A partir de construir un vínculo con Eva, pudimos ubicar aquellos puntos nodales de su vida personal, su historia y sus malestares, volviendo evidente otro elemento de la intervención en el campo de la salud mental: el trabajo intersectorial. La situación de Eva y su posible abordaje, excede tanto el trabajo judicial que podrá efectuar la Defensoría, como el extra judicial que realizaba el EQUIEP.

Fue así que se comenzó a poner en marcha un dispositivo específico de acompañamiento y apoyo para Eva, en el contexto del cumplimiento de su pena bajo modalidad de arresto domiciliario. Dos elementos fueron centrales: la interseccionalidad, que implicaba trabajar la situación con otros sectores, no judiciales. Y la corresponsabilidad, lo cual implicaba llegar a acuerdos con dichos sectores y establecer funciones y estrategias de intervención de forma común con los actores intervinientes (Barcala et al., 2023).

A partir de estas premisas, se buscó articular la situación con diferentes instituciones con las que hemos tenido experiencias de trabajo compartido positivo, en el periodo que ha funcionado nuestro EQUIEP. Por un lado, articulamos con el Departamento Especializado de Salud Mental y DDHH del Ministerio Público Tutelar del Poder Judicial de la CABA. Dicho departamento propone un abordaje interdisciplinario que busca

[l]levar a cabo el abordaje de situaciones de personas usuarias de los servicios de salud mental atendiendo los principios de presunción de la capacidad y la autonomía para el ejercicio de los derechos de las personas como marco referencial, ético y político (Balado et al, 2022; 1).

Dentro de sus líneas de intervención, es de funcionar como apoyos extrajudiciales para personas usuarias de servicios de salud mental³⁹. A su vez, también se articuló con la Dirección de Asistencia de Personas bajo Vigilancia Electrónica, actualmente dependiente del Ministerio de Seguridad de la Nación. Esta dependencia, además de llevar a cabo el control mediante sistemas de geolocalización de las personas que cumplen arresto domiciliario, realizan otras intervenciones, con el objetivo de

[p]romover el acceso a los derechos de las personas que cumplen el arresto domiciliario u otra modalidad de detención o ejecución de la pena bajo la modalidad de monitoreo electrónico, brindando acompañamiento psicosocial a través de un equipo interdisciplinario, compuesto por psicólogos y trabajadores sociales. El objetivo es contribuir a la progresividad de la pena mediante el desarrollo de capacidades personales, fomentar la interacción social mediante el fortalecimiento de

³⁹ El concepto de apoyo proviene tanto de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad (ONU, 2008), como del Código Civil y Comercial (2015), e implican “una medida de carácter judicial o extrajudicial, que facilite a la persona que lo necesite la toma de decisiones para dirigir su persona, administrar sus bienes y celebrar actos jurídicos, y que deben promover la autonomía y favorecer las decisiones, en función de las preferencias de la persona” (Poblet Machado, 2016; 56). En la práctica, deben funcionar como “la primera alternativa al momento de adoptar medidas judiciales relativas a la capacidad de las personas, ya que se trata de la medida menos restrictiva y acorde a los estándares internacionales de derechos humanos” (Spinelli, 2015).

vínculos sociales saludables y la reinserción en la comunidad (MSeg, 2019).

Pero también, dicha estrategia interinstitucional que incluyó actores judiciales como extrajudiciales, debía ser acompañada con un especial de atención y cuidados en salud mental, que ninguno de los distintos dispositivos podría abordar.

VIII. El desenvolvimiento del acompañamiento

En el caso de Eva la posibilidad de adentrarnos en su sufrimiento llevó unos nueve meses, con derivaciones a espacios destinados a acompañar a personas con consumos problemáticos y donde Eva se dejaba afuera por diferentes motivos⁴⁰. Las intervenciones cotidianas también fueron dirigidas a articular para la obtención de turnos, gestionar las autorizaciones ante la justicia, para replicar luego con escritos dando cuenta que Eva no había concurrido.

“Me quedé dormida”, “Ese no es un lugar familiar para mí”, “¿Qué tipo de tratamiento van a brindarme?”, eran algunas de las respuestas ante la insistencia de cuidar ese lugar para el cual se había trabajado ceñido a los fines de conseguir una vacante. Parecía que hacía oídos sordos a nuestras explicaciones, cuando en realidad nos estaba pidiendo que respetemos su deseo⁴¹. Esto nos llevó a encauzar un tratamiento integral fundado en la escucha en un lugar que le pudiera resultar familiar.

La elección de dicho dispositivo estuvo relacionada por múltiples motivos. El principal, la opinión de Eva, a partir de sus propias trayectorias, deseos y experiencias en espacios de atención/cuidado de salud mental. También por

⁴⁰ Algunas de estas articulaciones no llegaron a formalizarse en el expediente ya que Eva las descartaba por motivos varios.

⁴¹ Aún con las limitaciones que puede implicar el acceso a la salud por parte de una persona privada de su libertad, uno de los principios que debe respetarse es la autonomía de los pacientes frente a su propia salud. “Las personas privadas de libertad tendrán derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel posible de bienestar físico, mental y social, que incluye, entre otros, la atención médica, psiquiátrica y odontológica adecuada; la disponibilidad permanente de personal médico idóneo e imparcial; el acceso a tratamiento y medicamentos apropiados y gratuitos; la implementación de programas de educación y promoción en salud, inmunización, prevención y tratamiento de enfermedades infecciosas, endémicas y de otra índole; y las medidas especiales para satisfacer las necesidades particulares de salud de las personas privadas de libertad pertenecientes a grupos vulnerables o de alto riesgo, tales como: las personas adultas mayores, las mujeres, los niños y las niñas, las personas con discapacidad, las personas portadoras del VIH-SIDA, tuberculosis, y las personas con enfermedades en fase terminal. El tratamiento deberá basarse en principios científicos y aplicar las mejores prácticas. *En toda circunstancia, la prestación del servicio de salud deberá respetar los principios siguientes: confidencialidad de la información médica; autonomía de los pacientes respecto de su propia salud; y consentimiento informado en la relación médico-paciente*” (OEA, Resolución 1/08. Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas. Principio X. El destacado nos pertenece).

cuestiones geográficas (proximidad del hotel donde residía Eva), pero también por cuestiones conceptuales compartidas.

Así que decidimos de forma conjunta intentar articular con el Hospital Nacional en Red “Lic. Laura Bonaparte” (Hospital Bonaparte). Dicha institución depende del Ministerio de Salud de la Nación, y una de sus principales características es que responde directamente a los lineamientos en la modalidad de atención, cuidados y abordaje del padecimiento mental que propone la LNSM.

Para argumentar y solicitar autorización judicial, se realizó un escrito dirigido al Tribunal actuante, en donde se señalaba que dicho

[d]ispositivo sanitario depende del Ministerio de Salud de la Nación, el cual tiene como característica que está especializado en salud mental y consumos problemáticos. Dicha institución posee servicios de demanda espontánea, guardias en salud mental de 24 hs., ofreciendo tratamientos interdisciplinarios en salud mental bajo la modalidad ambulatoria como de internación. También cuenta con dispositivos de Atención a la Demanda Espontánea, Servicio Ambulatorio y Ambulatorio Intensivo, entre otros. Con respecto a la modalidad del tratamiento que realizará la Sra. Eva, ello siempre será determinado por los profesionales tratantes en dicha institución, a partir de la evaluación que realicen los mismos y la disponibilidad de cupos y espacios terapéuticos que se encuentren disponibles. En el caso de la Sra. Eva habiéndose realizado, tanto la entrevista de admisión, se delineó un tratamiento en salud mental que consta en primera instancia de un encuentro semanal. Este se ha pautado para los días lunes de 18 hs. a 19 hs.

Es de destacar que la articulación con dicha institución sanitaria fue acompañada de un espacio de discusión y reflexión de la situación de Eva, en donde participaban los profesionales tratantes del Hospital, junto con el EQUIEP, tomando los resguardos éticos y de secreto profesional correspondientes.

La posibilidad de que Eva pueda concurrir a este espacio de atención/cuidados en salud mental implicó un aspecto positivo por el tribunal, teniendo en cuenta las concepciones clásicas de los tratamientos en psi en el campo penal.

Sin embargo, las dificultades que presentó Eva para sostener estos espacios, continuaron. Ello también se debía a otras problemáticas de índoles sociales y económicas que exceden al expediente.

IX. Las dificultades para el sostenimiento de la prisión domiciliaria

En paralelo a las estrategias para el abordaje de sus problemáticas de salud mental, se ponían en juego otros aspectos sociales que incidían directamente en la prisión domiciliaria de Eva.

La situación económica del país que se vivía en ese momento, generaba un aumento generalizado de los precios de los bienes y servicios. Al encarecimiento de los elementos de subsistencia elementales, como alimentos, también creció el monto del alquiler de la habitación en el hotel donde Eva cursaba el arresto domiciliario.

Sin embargo, la continuidad del tratamiento en salud mental que realizaba en el Hospital Bonaparte, resultó fundamental para el mantenimiento de dicha modalidad de pena. Mediante el dispositivo intersectorial de apoyo y acompañamiento conformado por las diferentes instituciones, se articularon distintas acciones en función de los recursos y políticas públicas disponibles⁴² relacionadas a programas de transferencia condicionada de ingresos, asistencia alimentaria y subsidios habitacionales.

En líneas generales, se trató de medidas asistenciales que apuntaban a que la situación de Eva no fuera de tal gravedad que le imposibilitara sostener la modalidad del arresto. No obstante, el sostén económico que recibió de su familia y amistades resultó clave, tanto en el aspecto habitacional como en el alimenticio. Esto pone en evidencia el déficit de políticas públicas que acompañen esta modalidad de pena.

X. La aparición de nuevas causas

La situación de Eva se complicaba con el transcurrir del tiempo. Nuevas causas judiciales le fueron informadas. Por un lado, una denuncia por amenazas telefónicas que le realizó el padre de su hijo, y en proceso civil donde se buscaba delimitar un nuevo régimen de contacto de Eva con el niño.

Esta nueva causa la preocupó en sobremanera, ya que podrían poner en riesgo su arresto domiciliario. A su vez, intervinieron nuevos juzgados, tanto civil como penal. En resumen, elementos que tensionan y complejizan el devenir de Eva.

⁴² Estas se las podría definir por presentarse de forma focalizadas, burocratizadas y descoordinadas entre sí (González, 2006).

Para ello, desde el EQUIEP nos pusimos en contacto con los representantes del Ministerio Público de la Defensa y del Ministerio Público Tutelar, ambos de CABA, para que estén al tanto de la situación judicial de Eva, señalando las intervenciones realizadas y el estado actual de ella. A su vez, coordinamos acciones con otro actor fundamental de la DGN: el Programa para la Asistencia Jurídica a Personas Privadas de Libertad⁴³, el cual

[b]rinda asesoramiento y asistencia jurídica en materia extrapenal, fundamentalmente en cuestiones de familia, a hombres y mujeres alojados en las unidades penitenciarias localizadas en Ezeiza, como así también a aquellos que, una vez asistidos por el Programa, recuperan su libertad. Excepcionalmente, además, se trabaja con mujeres en arresto domiciliario o personas alojadas en otras unidades penitenciarias (DGN, 2007).

Con el trabajo articulado con dicha dependencia, se acompañó a Eva en el nuevo proceso judicial del fuero civil, a fin de que pueda intervenir en la causa relacionada con el régimen de visitas de su hijo. En paralelo, se articuló para que Eva pueda tener la asistencia jurídica de la defensoría penal del Ministerio Público de la Defensa del Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires.

Pese a que ambos expedientes, el civil y el penal, se encontraban en trámite al momento de finalizar la intervención de Eva, destacamos la relevancia de poder articular acciones con nuevos organismos. Eso permitió que ejerciera su derecho de acceder a la justicia y tener una asistencia técnica en dichos procesos judiciales.

XI. El tratamiento de salud mental como elemento de la progresividad de la pena

En el tiempo que se fue acompañando a Eva, diferentes sucesos ocurrieron en su vida, que daban cuenta de la extrema situación de vulnerabilidad que atravesaba. Todos tenían repercusiones en su salud mental, generando en ella estados de angustia, preocupación por su futuro y el de sus hijos, sobre cómo seguirá su relación con ellos, entre otros.

Sin embargo, con dificultades, Eva continuó sosteniendo el espacio terapéutico en el Hospital Bonaparte. Con este fin, tanto desde la Defensoría como desde el EQUIEP, nos comunicábamos con ella para recordarle los turnos que tenía, como también remarcar la importancia que concurra. Esto último no era relevante únicamente en relación al trámite judicial, si no para su bienestar. Esto surgió en

⁴³ Creado bajo resolución DGN N°1966/2007.

las conversaciones que manteníamos con ella, quien refería que era algo que necesitaba.

Por otro lado, desde el EQUIEP nos reunimos y manteníamos el contacto con los profesionales tratantes para informarles de novedades del expediente judicial, como también, otros aspectos que consideramos conveniente articular.

En relación al seguimiento del arresto domiciliario, al mes de iniciado el tratamiento, se solicitó desde el tribunal actuante un informe sobre su evolución. Así, desde la institución sanitaria responden informando sobre algunas particularidades sobre el estado de salud mental de Eva. Se indica que ella

Es paciente del Hospital desde marzo de 2023. Actualmente se encuentra realizando tratamiento en el Dispositivo de Consultorios Externos donde recibe abordaje Interdisciplinario, presentando buena adherencia a todos los espacios y cumpliendo con las pautas terapéuticas, siendo el pronóstico y evolución del mismo sujeto a la evolución del cuadro. Desde el Equipo Tratante nos encontramos trabajando en la falta de contacto con su hijo, ya que esto es muy angustiante para la paciente. Eva manifiesta deseos de volver a vincularse con sus hijos, y querer estar presente durante su crecimiento para acompañarlo en cada etapa vital.

Como se observa, el informe viene a dar cuenta sobre el estado actual de Eva, y que estaría en un momento muy inicial para poder anticipar una posible evolución del cuadro. Sin embargo, con fecha 21 de abril de 2023, el tribunal vuelve a emitir un decreto, indicando que

Teniendo en cuenta que en el mencionado informe no se consignó, si el tratamiento de psicoterapia ambulatoria que está llevando a cabo Eva en dicho nosocomio puede ser considerado o no como de rehabilitación frente a la adicción al consumo de estupefacientes que padece la condenada, requiérase a la Defensoría un informe de la profesional interviniente en el que se responda acerca de esta cuestión. A su vez, hágase saber que en caso de que la aludida psicoterapia no se trate de un proceso de rehabilitación, la profesional tratante deberá hacer saber qué características debería tener un tratamiento para abordar dicha problemática y en qué institución se podría llevar a cabo.

A partir de lo indicado previamente en este documento, es factible identificar que el tribunal consideraba a los consumos problemáticos desde una perspectiva prohibicionista, habitual en el campo de la justicia penal. A fin de responder lo solicitado, desde el EQUIEP, realizamos una respuesta fechada el 8 de mayo del 2023. Allí establecemos que:

Realizamos el presente escrito a fin de complementar la información sobre el tipo de tratamiento que se realiza en el Hospital Bonaparte, institución a donde concurre la Sra. Eva. Dicho dispositivo es un Hospital Nacional que depende del Ministerio de Salud de la Nación. Una de sus principales características es que responde directamente a los lineamientos en la modalidad de atención, cuidados y abordaje del padecimiento mental que propone la LNSM. Como se indica en diferentes publicaciones, ‘en nuestro país, en un contexto de avance de las políticas de derechos humanos, la sanción de la LNSM en 2010 conformó un punto de inflexión, no sólo incluyendo a las adicciones como parte integrante de las políticas de salud mental, sino también priorizando los abordajes ambulatorios en los territorios. Cuatro años más tarde, el Plan IACOP -aún no reglamentada- avanzó en el mismo sentido y permite complejizar la lectura sobre las experiencias asociadas al consumo (Rubel et al, 2022: 123). De esta manera, desde la institución donde concurre la asistida se propone un abordaje de las problemáticas de salud mental de los sujetos y su grupo familiar desde una perspectiva integral, interdisciplinaria e intersectorial. Para ello, y enmarcados en la legislación vigente en salud mental y adicciones, propone prácticas clínicas e institucionales con una modalidad de trabajo interdisciplinario, entendida como la permanente puesta en relación de diferentes saberes disciplinares para la construcción e implementación de estrategias de abordaje integrales y concebidas de modo complejo en el área de salud mental y adicciones. Esto implica que los profesionales de salud mental intervengan desde una mirada integral de la salud, constituida por factores sociales, subjetivos, económicos, culturales, entre otros. Un proceso complejo que, lejos de reduccionismos, requiere del análisis e intervención singularizada y contextualizada, con profesionales de diferentes disciplinas y abordado desde distintos dispositivos. Así, se puede afirmar que el abordaje de salud mental que se lleva a cabo en dicha institución incorpora a las problemáticas relacionadas al consumo de sustancias. Precisamente, “en línea con las políticas y las legislaciones anteriormente mencionadas, en el año 2013 se realizó la intervención del CeNaReSo, y se modificó su denominación por Hospital Bonaparte, momento a partir del cual comenzaron a adecuarse muchos de sus abordajes a los principios establecidos por la LNSM” (Rubel et al, 2022; 121). Esta nueva denominación de la institución implicó una serie de modificaciones en donde “se cambió la mirada distintiva del establecimiento apuntando a la subjetividad. No se pretendía poner el acento en las sustancias, si no en el sujeto y su posición en relación al consumo problemático. De este modo, se introdujo un ordenamiento distinto en la relación sustancia-persona-contexto. El eje de la causa del problema fue desplazado de las drogas a la persona, de modo que el protagonista pasó a ser el sujeto. Siendo vital establecer, para orientar el tratamiento, el tipo de vínculo que la persona establece con la sustancia, cualquiera sea su status legal o farmacológico. Se instaló

desde el inicio del tratamiento un dispositivo que atiende las necesidades de cada paciente” (Ministerio de Salud de la Nación, 2020: 8). En esta lógica de una lectura complejizadora de las situaciones de salud mental, nos parece importante aclarar que la Sra. Eva se encuentra concurriendo al Hospital Bonaparte un tiempo acotado en el que es necesario escuchar, problematizar, y elegir la dirección de la cura, adecuada para su caso. Siendo parte del equipo que viene siguiendo la evolución de la Sra. Eva desde hace un año, hemos encontrado que en el espacio terapéutico que cuenta en la actualidad la Sra. Eva se encuentra en la primera etapa de todo tratamiento de salud mental, que es aquel en que se genera un lazo transferencial tanto con la institución como con los profesionales de la misma. Esta relación terapéutica, viene dándose satisfactoriamente. Pero siempre en código con la LNSM, se prioriza lo singular, por lo que no puede establecerse un plazo en su construcción y consolidación. Este tratamiento, específico y singular, no estandarizado, es lo que permitirá a la Sra. Eva avanzar con el abordaje de su padecimiento mental, el cual indefectiblemente el consumo de sustancias es un elemento central de su malestar (los resaltados no figuran en el documento original).

Como se observa, durante el escrito buscamos incorporar distintas categorías relacionadas con el abordaje de las problemáticas de salud mental y consumos problemáticos basadas en el marco legal vigente, como también el marco conceptual en el que apoyan. A su vez, problematizar algunas percepciones y conceptos habituales en el campo penal sobre dichas áreas. Con fecha de 10 de mayo, el tribunal plantea que

[e]n atención a lo que surge del informe del EQUIEP, requiérasele a la parte que acompañe una ampliación de dicho reporte, elaborada por los profesionales que vienen siguiendo el caso de Eva, en la que se ponga en conocimiento del suscripto de qué forma continuará el tratamiento de salud mental que está llevando a cabo en el Hospital Bonaparte, una vez que finalice la primera etapa mencionada en el documento acompañado y, en su caso, la evolución que haya tenido en ese espacio terapéutico.

En ese momento, desde la Defensoría y desde el EQUIEP consideramos nuevamente que solicitaban poder establecer expectativas a futuro del tratamiento. Para poder intentar una respuesta, desde el EQUIEP, nos reunimos con los profesionales tratantes, a fin de conversar sobre la situación actual y algunas características institucionales que sean relevantes a tener en cuenta. Luego, con fecha 23 de mayo, presentamos desde el EQUIEP un escrito. Así, indicamos que

[s]e llevó adelante una reunión con los profesionales tratantes. El objetivo de dicho encuentro fue referenciar las coordenadas del tratamiento de la

Sra. Eva a los fines de realizar la presente presentación. Como se indicó en los escritos realizados con anterioridad, la Sra. Eva se encuentra realizando tratamiento en salud mental en el Hospital Bonaparte desde el 20 de marzo. En este contexto, nos interesa remarcar que ha tenido ocho entrevistas con la psicóloga tratante, con una frecuencia semanal, mientras que ha tenido dos encuentros con la médica especialista en psiquiatría.

Con ambas integrantes del equipo interdisciplinario en salud mental, la encausada se encuentra construyendo un vínculo terapéutico en el cual se trabaja sobre múltiples aspectos de su historia vital y su situación actual. Al respecto, nos parece importante señalar que la Sra. Eva ha sido víctima de múltiples vulneraciones de derechos a lo largo de su vida, los cuales han generado elevados niveles de padecimiento mental.

En entrevista realizada con la profesional tratante por parte de quienes suscriben, ella señala que el tratamiento en salud mental que es efectuado en la institución responde a los lineamientos de la LNSM (...) ello implica la puesta en marcha de una perspectiva integral, interdisciplinaria e intersectorial. A su vez, esto se acompaña con una intervención singularizada y contextualizada, con profesionales de diferentes disciplinas y abordado desde distintos dispositivos.

Lo que posibilita esta lectura e intervención desde la singularidad de quien padece (en este caso concreto, la Sra. Eva), es que *no hay un plazo temporal establecido en el tratamiento, en relación a fases, etapas o cantidad de encuentros pre establecidos. Al contrario, las particularidades del abordaje y tratamiento en salud mental dependen de cada caso en particular, a partir de las necesidades de los usuarios del servicio de salud mental, y en continua vinculación con elementos contextuales y coyunturales que inciden directamente en el bienestar de la persona.* Sin embargo, nos parece relevante poder dar cuenta de algunas particularidades del tratamiento de la Sra. Eva, respetando las implicancias del secreto profesional propio de un espacio terapéutico en salud mental. A partir de la entrevista realizada con integrantes del equipo tratante, se da cuenta de un elevado malestar subjetivo de la encausada. Gran parte de su padecimiento se puede identificar en relación a dos grandes situaciones que la afectan: el vínculo con su hijo y los motivos subyacentes a su actual condena.

Señalan su buena adherencia al tratamiento, pudiendo identificar que este espacio es relevante para la asistida. Ella realiza esfuerzos para poder concurrir. Incluso, comentan que en una oportunidad ha asistido pese a que tenía un gran malestar odontológico. Refieren las integrantes del equipo tratante que la Sra. Eva posee capacidad intelectual y recursos

simbólicos para problematizar aspectos de su vida, como el consumo problemático de sustancias, el fallecimiento de sus hermanos, los motivos de su presente condena, una infancia vulnerada, etc., pudiendo ir reflexionando críticamente sobre estos y otros momentos vitales autobiográficos. A su vez, señalan que en los espacios terapéuticos, se establecen pautas más directivas en relación a su cotidianidad para disminuir su malestar. Refiriendo las profesionales que le encuentran permeable a estas indicaciones. Al respecto, en ocasiones estas orientaciones son necesarias repetirlas en varias oportunidades para hacer de soporte en momentos de angustia o gran padecimiento.

Por último, y en función a lo consultado desde el tribunal interviniente, *la profesional de la institución sanitaria señala que el consumo de sustancias es uno de los aspectos de su padecimiento mental, pero corolario de una dinámica psíquica subyacente de gran padecimiento. Refiere que efectivamente se aborda y se problematiza dicho consumo, el cual, posiblemente, sea un mecanismo defensivo que la Sra. Eva ha puesto en marcha a lo largo de su vida para canalizar el malestar que le puede generar aquellas situaciones que son conflictivas.* En la actualidad, parte del tratamiento consiste en problematizar este vínculo con las sustancias, a partir de reflexionar sobre las consecuencias negativas que puede haber generado dicho uso. Pasando de la a-dicción a la palabra como posibilitadora de generar una nueva forma de encauzar lo que produce dolor. La clínica de las adicciones muestra una lucha incesante contra la depresión y los sentimientos de vacío y de incompletud. En este sentido la llamada adicción da a los sujetos con carencias afectivas precoces reactivadas por las sucesivas pérdidas, un sentido, una permanencia, algo que de alguna forma los nombra. Se trataría entonces revertir esta posición y evocar a la palabra en vez de la a-dicción como mecanismo mortífero. En relación al devenir del tratamiento a futuro, *las profesionales refieren que no hay plazos ni fechas pre establecidas para la finalización del mismo, como tampoco cantidad de encuentros con los profesionales. Sin embargo, a partir de las características de personalidad de la Sra. Eva y sus capacidades reflexivas, consideran que puede preverse una buena evolución⁴⁴ en tanto la adherencia al tratamiento.*

Es necesario hacer mención, al hecho que *las restricciones contextuales que presenta la Sra. Eva, afectan su estado anímico y el devenir del tratamiento en salud mental que efectúa.* Al mismo tiempo, nos ha sido señalado por el equipo tratante que en la medida que vaya continuando el tratamiento en dicha institución, verían la conveniencia que, de ser posible

⁴⁴ Al respecto, entendemos que puede haber una contradicción entre entender a la salud mental como un proceso, y responder en función de su evolución. Sin embargo, al momento de realizar esta presentación, consideramos estratégico poder realizar una mediación entre la terminología propia del campo de la salud mental, con el judicial.

dada su situación legal, se trabaje en la inserción de la Sra. Eva en algún dispositivo grupal y comunitario, con el objetivo que pueda hacer lazo con otros desde un dispositivo institucional (los resaltados no figuran en el documento original).

En este escrito, queríamos señalar varias cuestiones. Primero, las características institucionales del Hospital Bonaparte. Luego, algunas evaluaciones parciales realizadas por el equipo de salud mental sobre la asistida. También, poder dar cuenta que los consumos son una parte integrante de las problemáticas de salud mental, pudiendo entenderlos como una forma de canalizar el malestar que padecía Eva. Pero, principalmente, buscábamos señalar la imposibilidad de establecer plazos y limitaciones en relación a un tratamiento de salud mental. Lo que implica, principalmente, dar cuenta que son procesos diferentes por cada sujeto, que tiene también extrema vinculación con otras áreas de la vida de los mismos, como recoge la LNSM en su artículo 3.

Así, se llegó a una conclusión de la necesidad que Eva continuará el tratamiento en el efector de salud. En la práctica, desde la Defensoría y desde el EQUIEP entendíamos que este tratamiento era un elemento central en la posibilidad que el tribunal mantenga la prisión domiciliaria, pese a los obstáculos que presentaba.

XII. La libertad condicional y el fin de la intervención del equipo

Contra todos los pronósticos, a Eva se le otorgó la libertad condicional⁴⁵ a cinco meses de iniciado su tratamiento en salud mental en el Hospital Bonaparte, bajo ciertas condiciones y reglas de conductas. Una de ellas fue, precisamente, que continúe con su tratamiento en salud mental en el mencionado nosocomio.

Hubo un primer llamado para poder darle la noticia, que la tomó por sorpresa. Fue una comunicación diferente a las otras, ya no era para recordarle de su próximo turno ni para pedirle constancia para justificar una salida no autorizada o consultarle por una alerta de Monitoreo. Luego, hubo una segunda comunicación, más profunda con el EQUIEP, momento de hacerle saber a Eva que nuestra intervención finalizaba.

El transcurrir de los días y su silencio, nos hizo saber que Eva hoy tenía recursos para caminar sola y nosotros debíamos “soltar su mano” confiando en la

⁴⁵ La libertad condicional fue promovida por la Defensa al cumplirse el requisito temporal y no contar con otros impedimentos legales. Cabe aclarar que este caso no fue alcanzado por la reforma de la Ley 24.660 del año 2017, en donde se excluye de la posibilidad de acceder a institutos de la progresividad de la pena a quienes fueran condenados por determinados delitos (Alderete Lobo, 2017).

trayectoria que ha realizado. Lo que nos invita a reflexionar que en tanto humanos no es sin cierta angustia que los profesionales transitamos por el fin de una intervención. No obstante, Eva mantuvo su contacto con la Defensoría en su nueva fase de la ejecución penal y su compromiso con su tratamiento en salud mental.

XIII. A modo de cierre

En el presente trabajo, quisimos dar cuenta de las múltiples intervenciones, judiciales y extrajudiciales, que se han llevado a cabo para un caso de intervención por parte de la Defensoría y el EQUIEP. Cabe aclarar que por cuestiones metodológicas se realizó un corte temporal, a los fines de concentrarnos en el momento en que se introduce la LNSM y sus principios en las presentaciones judiciales, como estrategia de intervención, hasta el momento en que se le concede la libertad condicional.

Destacamos la labor realizada por parte de diferentes integrantes de la Defensoría, tanto en las etapas previas aquí mencionadas como en los momentos que continuaron luego que se le concediera su libertad condicional. Entendemos que las situaciones sociales, de salud mental y jurídicas, se encuentran íntimamente relacionadas y vinculadas entre sí, por lo que es imposible que una sola manera de intervenir. El caso de Eva, da cuenta de lo valioso que resulta ser mantener una escucha particular con los asistidos en el marco de procesos.

La situación de Eva implicó un trabajo de múltiples actores, de diferentes campos (judicial, salud mental, asistencial, etc.), de distintos organismos, con objetivos y funciones particulares, con los cuales se intentó llegar a acuerdos generales y establecer estrategias en búsqueda del bienestar de ella. En esta lógica, destacamos la existencia de acuerdos básicos para poder llevar a cabo negociaciones, pese a las divergencias existentes. En este tipo de intervenciones, negociar y escuchar a los otros, y vincularlas con las necesidades de Eva, resultó algo central.

Por otro lado, también queremos señalar la potencia de un trabajo articulado entre la defensa pública y un equipo interdisciplinario, en este caso, el EQUIEP. Esto permitió intentar abordar situaciones que exceden la discusión jurídica y judicial, ya que en la vida de los asistidos no se limita únicamente a lo que refleja un expediente. Aspectos sociales, geográficos, económicos, psíquicos, y biológicos también repercuten en los asistidos. Y, como en el caso de Eva, también pueden poner en tensión la situación judicial, a partir de las dificultades

que le generaba poder sostener una modalidad de pena como es la prisión domiciliaria.

Destacamos la posibilidad de generar discusiones jurídicas en el campo de la ejecución de la pena, y la posibilidad que permitió incluir en el expediente el marco normativo de la LNSM. En la práctica, permitió en este caso, que se comprenda a los consumos desde una perspectiva que responda al actual marco normativo y a los paradigmas vigentes sobre abordaje de los consumos problemáticos, los cuales no son predominantes en el ámbito de la justicia penal.

Por último, señalamos la importancia y el compromiso de la Defensa Pública, en este caso la DGN, en situaciones complejas como la reseñada. Así como también, el interés de los asistidos, como en el caso de Eva, en poder vincularse con dicha defensa cuando encuentran instituciones que la pueden escuchar, alojar, intentar comprender sus necesidades y dificultades, y se busca construir de manera mancomunada algún tipo de estrategia, jurídica como extra jurídica, para poder desarrollar algún tipo de intervención que busque su bienestar general.

Referencias bibliográficas

Abramovich, V., y Courtis, C. 1997. "Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales: Estándares internacionales y criterios de aplicación ante los tribunales locales". En: M. Abregú y C. Courtis (Eds.). *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales* (pp. 283–350). Centro de Estudios Legales y Sociales.

Alderete Lobo, R. A. 2017. *Reforma de la ley 24.660. El fin del derecho de ejecución penal en Argentina*. Escuela de la Defensa Pública. DGN. Disponible en: <https://repositorio.mpd.gov.ar/jspui/handle/123456789/3847>.

Balado, B., Díaz Fornis, F., Martorano, L., Audisio, D., Girardi, A., Giménez, M., Ciccolella, L., Sidoli, G., y Farías Mosqueira, V. 2022. Reflexiones de un equipo interdisciplinario de Salud Mental en el Poder Judicial. XIII Jornadas de Salud Mental Comunitaria de la UNLa. "25 años promoviendo transformaciones en Salud Mental y Derechos Humanos. Formación, investigación, políticas, gestión y prácticas instituyentes en Salud Mental Comunitaria". Universidad Nacional de Lanús.

Barcala, A., Luciani Conde, L., Parra, M., y D'Angelo, M. 2023. "Infancias y Adolescencias". En: Wilner, A., y Torricelli, F. (Comps). *Praxis en salud mental. Abordajes y procesos de cuidado*. Ediciones de la UNLa.

González, C. 2006. “Familia, ciudadanía y políticas públicas: el caso de las políticas asistenciales”. En: C. Eroles (Ed.). *Familia(s), estallido, puente y diversidad: una mirada transdisciplinaria de derechos humanos*. Buenos Aires: Espacio Editorial.

Hegglin, M. F. 2017. “Las medidas de seguridad en el sistema penal argentino: su contradicción con principios fundamentales del Derecho penal y de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”. En: Documenta - Análisis y acción para la justicia social (Ed.), *Inimputabilidad y medidas de seguridad a debate: Reflexiones desde América Latina en torno a los derechos de las personas con discapacidad* (pp. 15–52). Ubijus Editorial. Disponible en: <https://bit.ly/3xvCyzf>

Lodieu, M. T., Longo, R., Nabergoi, M., y Sopransi, M. B. 2012. Material didáctico del Módulo I “Fundamentos de la Salud Mental y Estrategias Comunitarias” del Curso Salud Mental Comunitaria. Universidad Nacional de Lanús.

Meo, A. I. 2010. “Consentimiento informado, anonimato y confidencialidad en investigación social”. En: *Aposta. Revista de Ciencias Sociales*, 44, 1–30. Móstoles, España. Recuperado de: <https://bit.ly/3r4cx7G>

Meo, A. I., y Navarro, A. 2009. *La voz de los otros. El uso de la entrevista en la investigación social*. Buenos Aires: Omicron System.

Mercurio, E. 2023. “La incapacidad para ser juzgado y el modelo social de la discapacidad. retos, desafíos y tensiones para el derecho penal latinoamericano”. En: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. Disponible en: <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2022.163.17495>.

Ministerio de Salud de la Nación. 2020. Plan Estratégico 2020-2023 del Hospital Nacional en Red “Lic. Laura Bonaparte”. Disponible en <https://www.calameo.com/read/007029011204b09c1ab8f>.

Ministerio de Seguridad de la Nación. 2019. *Asistencia de personas bajo vigilancia electrónica*. Disponible en: <https://www.argentina.gob.ar/la-justicia-argentina/asistencia-de-personas-bajo-vigilancia-electronica>

Observatorio Argentino de Drogas (OAD). 2023. *Estudio sobre la implementación del modelo de abordaje integral y comunitario en dispositivos de atención y acompañamiento de la Sedronar*. Buenos Aires: Sedronar.

Pitta, A. M. F. 1996. "Cuidando de Psicóticos". En: J. Goldberg, *Clínica da Psicose: Um Projeto na Rede Pública*. Rio de Janeiro: Te Corá-Instituto Franco Basaglia.

Poblet Machado, M. A. 2016. "La relación entre la salud mental y justicia penal. El impacto de la incorporación de normativa de Derechos Humanos en Salud Mental en el sistema de administración de justicia penal del Poder Judicial de la Nación". Tesis de Maestría en Derechos Humanos. Universidad Nacional de Lanús. Disponible en: <https://doi.org/10.18294/rdi.2021.177202>

Poblet Machado, M. A. 2021. "Salud mental, inimputabilidad y medidas de seguridad en Argentina. Trayectorias jurídicas e institucionales a partir de un estudio de un caso (2016 – 2017)". Tesis de Doctorado en Salud Mental Comunitaria. Universidad Nacional de Lanús. Disponible en: <https://doi.org/10.18294/rdi.2023.178896>

Poblet Machado, M. A. 2023. "Acceso a la justicia para personas con discapacidad psicosocial y derecho penal. La figura de inimputabilidad y las medidas de seguridad en América Latina". En: *Revista de Las Defensorías Públicas Del MERCOSUR*, 80–95. Disponible en https://www.mpd.gov.ar/pdf/Revista_REDPO_Nro_10.pdf

Poblet Machado, M. A., Oberti, M., Faraone, S., y Bianchi, E. 2021. "Derribando mitos: Una contribución a la problematización en torno a la Ley Nacional de Salud Mental". En: *Revista Debate Público. Reflexión de Trabajo Social*, 22, 221–232. Disponible en: http://trabajosocial.sociales.uba.ar/wp-content/uploads/sites/13/2021/12/31_Poblet-Machado.pdf

Procuración Penitenciaria de la Nación. 2019. *Más allá de la prisión: paternidades, maternidades e infancias atravesadas por el encierro*. Buenos Aires: Argentina.

Programa para la Asistencia Jurídica a Personas Privadas de Libertad (DGN). 2007. Defensoría General de la Nación. <https://www.mpd.gov.ar/index.php/programa-para-la-aplicacion-de-instrumentos-de-derechos-humanos-3>

Rubel, L., Sabatini, L., López Bouscayrol, M., y Segatorri, M. 2022. "Crónica de muertes anunciadas: reflexiones tras más muertes en contextos de encierro". En: *Revista Salud Mental y Comunidad*, N° 12, Año 9, pp. 119-126. Universidad Nacional de Lanús. Disponible en: <http://saludmentalcomunitaria.unla.edu.ar/revista/salud-mental-y-comunidad-nro-12>.

Rubel, L., Sabatini, L., López Bouscayrol, M., y Segatorri, M. 2023. “Abordajes de los consumos problemáticos”. En: Wilner, A., y Torricelli, F. (Comps). *Praxis en salud mental. Abordajes y procesos de cuidado*. Ediciones de la UNLa.

Spinelli, G. 2015. “El nuevo Código reconoce protección y autonomía con un sistema de apoyos”. En: Infojus Noticias. Disponible en <http://www.archivoinfojus.gob.ar/nacionales/el-nuevo-codigo-reconoce-proteccion-y-autonomia-con-un-sistema-de-apoyos-9665.html>

Stolkiner, A., y Rosales, M. (2023). “Fundamentos de la Salud Mental Comunitaria”. En Wilner, A., y Torricelli, F. (Comps). *Praxis en salud mental. Abordajes y procesos de cuidado*. Ediciones de la UNLa.

Leyes y Decretos

Ley N.º 23.737. Ley de Tenencia y Tráfico de Estupefacientes (B.O. 10/10/1989).

Ley N.º 24.660. Ley de la Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad. (B.O. 19/05/1996).

Ley N.º 26.657. Ley Nacional de Salud Mental. (B.O. 5/11/2010).

Ley N.º 26.934. Ley Nacional de Abordaje Integral de los Consumos Problemáticos. (B.O. 28/05/2014).

Jurisprudencia y Fallos

P., V. P. Expte. FPA 7286/2018/TO1/5 (7 de diciembre de 2023).

Arriola, Sebastián y otros s/ Recurso de Hecho. Causa N.º 9080. CSJN. (25 de agosto de 2009).

Resoluciones

Organización de los Estados Americanos (OEA). Resolución 1/08. Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas. Disponible en: <https://cidh.oas.org/pdf%20files/resolucion%201-08%20esp%20final.pdf>

Arresto domiciliario por considerar al consumo problemático de sustancias, una enfermedad no tratable en el penal. Un análisis con perspectiva de género

Sabrina N. Mañas

Especialista en derecho penal por la Universidad de Mendoza, Magister en derecho penal por la Universidad de Sevilla (España). Doctoranda por la Universidad de Mendoza. Profesora Adjunta de Filosofía Jurídica de la Universidad de Congreso. Integrante de la Unidad de Defensa Pública de San Rafael, Mendoza.

I. Introducción

El objetivo de este pequeño artículo es, a raíz de un caso, mostrar el estigma y los estereotipos negativos que existen alrededor del uso de sustancias ilícitas y del consumo problemático de las mismas.

Este entramado social de significaciones, ya de por sí complejo, se agrava aún más cuando quienes sufren esas discriminaciones son mujeres, pues, se suman los estereotipos de género.

La idea es indagar en cómo algunas etiquetas y prejuicios negativos pueden ser un verdadero obstáculo en el acceso a la salud y en la justicia, especialmente, cuando se está ante la Ley de Narcotráfico (ley 23.737).

II. Normativa de la prisión domiciliaria

De modo introductorio y aclaratorio para quienes no sean de la disciplina jurídica, brevemente defino al arresto domiciliario. Es un instituto que constituye una forma alternativa de ejecutar la pena privativa de la libertad, es decir, permite reemplazar el encierro en la cárcel por el aislamiento en el propio domicilio de la persona condenada o a quien se le aplica la prisión preventiva (medida cautelar para la espera del juicio).

En esta línea, el art. 10 Código Penal argentino y en el mismo sentido la Ley de Ejecución Penal (ley 24.660) establecen:

Podrán, a criterio del juez competente, cumplir la pena de reclusión o prisión en detención domiciliaria: a) El interno enfermo cuando la privación de la libertad en el establecimiento carcelario le impide recuperarse o tratar adecuadamente su dolencia y no correspondiere su alojamiento en un establecimiento hospitalario; b) El interno que padezca una enfermedad incurable en período terminal; c) El interno discapacitado cuando la privación de la libertad en el establecimiento carcelario es inadecuada por su condición implicándole un trato indigno, inhumano o cruel; d) El interno mayor de setenta (70) años; e) La mujer embarazada; f) La madre de un niño menor de cinco (5) años o de una persona con discapacidad a su cargo⁴⁶.

III. Presentación del caso

Catalina⁴⁷ tenía 21 años cuando fue detenida en el Complejo Penitenciario de Cacheuta de Mendoza, el 03/11/2018 por transportar 9 kilos de marihuana. El caso llegó a la Defensoría Oficial luego de que Catalina revocara a su defensa particular, quien había solicitado un arresto domiciliario a su favor por ser madre de un niño de 3 meses. El pedido estuvo encuadrado en la causal f) del art. 10 del Código Penal: *la madre de un niño menor de cinco (5) años*. Sin embargo, el pedido fue rechazado por el Juez de Instrucción y por la Cámara de Apelaciones de Mendoza, por considerar que:

El menor se encontraba en mejores condiciones sin su madre biológica, ya que al nacer se encontró “droga y alcohol en sangre” al menor, debido al consumo que había tenido su madre durante el embarazo. La imputada, estando internada en maternidad, sustrajo del carro del hospital, el alcohol de uso medicinal y lo ingirió, por lo que debió ser atendida por el equipo de salud mental de dicha institución. A su vez, se señaló que, el Servicio Social del Hospital, informó que xxxxxx consume desde los 12 años y que decidió no permanecer en el estar maternal con su hijo, debido a su deseo incontrolable de consumo⁴⁸.

Ante esta situación, la Defensa Oficial solicitó un nuevo arresto domiciliario por considerar al consumo problemático que padecía Catalina una enfermedad que no podía ser tratada adecuadamente dentro del complejo penal. El nuevo pedido

⁴⁶ Artículo sustituido por art. 4° de la Ley N° 26.472, B.O. 20/1/2009.

⁴⁷ Se ha modificado el nombre real de la imputada y de su hijo para proteger la privacidad de ambos.

⁴⁸ FMZ 69495/2018/1/CA1 incidente de Prisión Domiciliaria. Resolución de la Cámara Federal de Apelaciones Mendoza, fecha 23/04/2019.

de arresto domiciliario se encuadró en el inc. a del art. 10 del Código Penal: “a) El interno enfermo cuando la privación de la libertad en el establecimiento carcelario le impide recuperarse o tratar adecuadamente su dolencia y no correspondiere su alojamiento en un establecimiento hospitalario”⁴⁹.

La Defensa Oficial argumentó y probó, que Catalina no podía tratar adecuadamente su dolencia intramuros, pues la privación de su libertad en un establecimiento carcelario le impedía recuperarse, mientras que el arresto domiciliario era mejor vía para poder continuar con su tratamiento de rehabilitación ambulatorio en un centro preventivo de adicciones (CPA). Por otro lado, el planteo defensorista indicó que esta opción era la mejor y única vía para que Catalina pudiera recuperar o restablecer el vínculo con su hijo pequeño, quien se encontraba en estado de adoptabilidad.

El pedido estuvo acompañado de informes del Equipo Interdisciplinario de la Defensoría, compuesto por una Licenciada en Trabajo Social -Especialista en Salud Mental- y por una Psicóloga Clínica. Las profesionales indicaron que para la problemática de consumo que presentaba la acusada era:

(...) necesario viabilizar su inclusión en dispositivos de salud que traten dicha problemática desde una perspectiva integral de salud mental. Pensar el consumo problemático de sustancia desde la salud mental, permite ampliar la mirada en pos de garantizar un derecho fundamental, al tiempo que evita su judicialización y criminalización.⁵⁰

También incorporó la Defensa Oficial informes del Centro Preventivo de Adicciones al que había asistido Catalina cuando gozaba de libertad. Adjuntó la respuesta del Complejo Penitenciario donde Catalina estaba alojada, en la que surgía que “no disponía de instalaciones ni programa activo en el área de desintoxicación por droga-dependencia”⁵¹.

Por último, en la presentación la defensa hizo saber que el contexto social y la trayectoria de vida de Catalina eran realmente muy complejos, con la ayuda del Equipo Interdisciplinario se relevaron otros factores de grave vulnerabilidad. Catalina fue víctima de violencia de género a la edad de 21 años por su pareja, que tenía 50 años (quien también estaba imputado en la causa y al inicio se había dado a la fuga). Esta violencia había sido denunciada judicialmente por la madre de Catalina. Al Equipo Interdisciplinario, Catalina les dijo que cuando tenía 11 años había sido víctima de una violación en grupo. Después de ese evento, comenzó a consumir estupefacientes y estuvo institucionalizada muchos años

⁴⁹ Arresto domiciliario presentado por la Defensa Oficial de San Rafael, Mendoza en fecha 11/07/2019.

⁵⁰ Informe del Equipo Interdisciplinario de la DGN, Mendoza, fecha 27/05/2019.

⁵¹ Informe del Penal de fecha 06/06/2019, en respuesta de oficio remitido por la Defensa Oficial.

por ausencia de contención familiar. Refirió que en la actualidad su pareja la obligaba a consumir cocaína.

En el incidente del arresto, tomó intervención el Ministerio Pupilar, en representación del hijo de Catalina. La opinión del Ministerio Pupilar fue que, en resguardo del interés superior del niño, correspondía conceder el beneficio de prisión domiciliaria con el compromiso de Catalina de someterse a tratamiento psicológico y de rehabilitación. El fundamento fue que el derecho del niño a ser criado por su madre se veía afectado por la falta de respuesta del Estado al abordaje de la problemática adictiva que sufría su madre detenida en un Complejo Penitenciario y que la prisión domiciliaria aparecía como la vía adecuada para que ella pueda tratar su dolencia y así, generar las condiciones necesarias para la posible y futura vinculación con hijo. De lo contrario, la posibilidad de dicha vinculación se tornaba inviable.

El juez de primera instancia rechazó el pedido de arresto domiciliario, pero luego fue concedido por la Cámara Federal de Apelaciones de Mendoza, tras haber deducido apelación la defensa oficial⁵².

La alzada consideró que debía otorgarse el arresto domiciliario a Catalina con el compromiso de someterse a un “Tratamiento de Desintoxicación de droga dependencia”. En los fundamentos de la resolución, los jueces indicaron que “el caso ameritaba un análisis cuidadoso, contextualizado y conglobante de la condición de la causante”. En esta línea, tuvieron en cuenta el complejo escenario familiar y las circunstancias de vulnerabilidad⁵³.

IV. El concepto de estigma

El sociólogo Erving Goffman (2006) definió en 1963 el concepto de estigma y el proceso social de estigmatización en su libro “Estigma: la identidad deteriorada”. En su obra se muestra cómo las sociedades establecen los mecanismos para categorizar a las personas y a sus atributos. Indica el autor que, al encontrarnos frente a un extraño, las primeras apariencias nos permiten prever en qué categoría ella se halla y cuál es su “identidad social”. Así, la persona puede demostrar ser dueño de un atributo que lo diferencie de los demás y lo convierta en alguien menos apetecible. Entonces, sucede que de verlo entonces como una persona total y corriente para reducirlo a un ser menospreciado. Un atributo de estas características es un estigma, en particular, cuando produce en los demás

⁵² Apelación del rechazo al arresto domiciliario presentado por la Defensa Oficial de San Rafael, Mendoza en fecha 30/09/2019

⁵³ FMZ 69495/2018/5/CA5 incidente de Prisión Domiciliaria. Resolución de la Cámara Federal de Apelaciones Mendoza, 28/04/2020.

un descrédito amplio. Goffman (2006) siempre estuvo interesado con el trasfondo de los “desviados”, ya puesta de manifiesto en internados, y esta obra es el un estudio psicosocial de los “anormales”, de los que portan la marca diferenciadora del estigma.

Para llegar a definir al concepto de estigma, Goffman (2006) remonta a los tiempos de la antigua Grecia, donde se creó el término para referirse a signos corporales con los cuales se intentaba exhibir algo malo, poco habitual o anormal, en el status moral de quien los presentaba. Estos signos consistían en cortes o quemaduras en el cuerpo, y tenían la función de advertir a la sociedad que su portador era un esclavo, un criminal o un traidor, a quien debía evitarse, especialmente en lugares públicos.

Por ejemplo, en Estados Unidos en la época de la esclavitud, se hacían señales con hierro a fuego sobre la piel de los esclavos (de la misma manera que en la actualidad se hace con el ganado). Sobre todo, se aplicaba a aquellos esclavos considerados “rebeldes”, que se habían fugado de las plantaciones o tenían un mal comportamiento. Se los marcaba para advertir de esta cualidad a los futuros propietarios. Además, esa marca devaluaba el precio que tenían en el mercado (claro que las personas esclavizadas eran tratadas como cosas). En algunos países de Latinoamérica, esta marca a los esclavos con hierro a fuego, fue llamada *carimba*, tenía forma de una letra o símbolo y era colocada principalmente en el hombro, pómulo o en la frente. Las señas tenían la función de indicar el propietario del esclavo y determinar el pago de impuestos por su entrada como mercancía (Rosal Miguel, 2013).

Indica Goffman (2006) que durante el cristianismo, se agregó al uso del término estigma un significado metafórico que hacía alusión a signos corporales de la gracia divina que aparecían en las personas de espontánea, se asemejaba a un milagro y tomaban la forma de brotes eruptivos en la piel, similares a las heridas que había sufrido, según la fe católica, Jesús durante su crucifixión (solían aparecer en manos, pies, cabeza que recordaba la coronación de espinas). Este otro aspecto del estigma se ilustra en la película *Estigma* escrita y dirigida por José Ramon Larraz (1980). Sin embargo, esta última acepción no es la prevaleció en nuestros días.

En la actualidad, la palabra estigma es ampliamente utilizada con un sentido bastante parecido al original, es decir, una marca o etiqueta para mostrar lo *desviado*, *malo*, o *anormal* de ciertas personas. Para designar preferentemente a *un mal en sÔ mismo* y no ya a sus manifestaciones corporales (Goffman, 2006).

En el punto de partida, el estigma permite categorizar a qué grupo social pertenece una persona, es decir, la identidad social. La estigmatización aparece como un proceso social en el que se da una categorización y el estigma es un atributo por el cual un individuo es clasificado y etiquetado de manera negativa. Este proceso es un rasgo del funcionamiento de la cognición social y un mecanismo de clasificación cognitivo (RIOD, 2019).

Así, se distingue entre la identidad social virtual y la real: la primera es aquella en la que se clasifica el individuo según expectativas previas que pueden cumplirse o no. Mientras que la identidad social real es aquella en la que se han confirmado los atributos. El estigma aparece cuando en el proceso de clasificación de una persona o un grupo se aplican atributos negativos que acarrearán ciertas consecuencias a diferentes niveles. Señala Goffman (2006) que existen tres tipos de estigmas que se clasifican en función del objeto: aquellos relacionados al cuerpo (*i*); los asociados al carácter (*ii*) y los relacionados con la etnia, religión o nacionalidad (*iii*). Cuando cualquiera de estos tres estigmas se asocie con un individuo, la sociedad tratará de distanciarlo o excluirlo, lo que combinará diferentes ejes de vulneración.

Vázquez y Stolkiner citan a Conrad (1982) quien indicaba que, así como la historia ha producido variaciones en cuanto al concepto y al uso del estigma, pueden analizarse en ese mismo orden un conjunto de cambios en lo que respecta a la definición de anormalidad: que ha pasado de ser religiosa, a moral, luego estatal, hasta médico- científica. Estas variaciones van cambiando en función de quiénes sean los administradores del control (iglesia, Estado, ciencia).

A su vez, han variado las definiciones sociales del comportamiento anormal (en algunos casos se mantiene la definición de comportamiento desviado, pero ya no se considera un problema sobre el cual hay que intervenir médicamente; ej. en la homosexualidad). Por último, también se transforman los métodos de control social: aislamiento y encierro propiamente dicho, imposición de tratamiento y sometimiento a medicación. Todas estas variaciones esconden, bajo el discurso de la humanización, un desplazamiento que mantiene una misma constante: el control social como objetivo central (Vázquez; Stolkiner, 2009).

Entonces, el concepto de estigma, ha sido utilizado para definir una serie de situaciones deshonrosas en términos de lo que una comunidad concreta considera tolerable o no. En esta línea, las personas estigmatizadas representan, para el conjunto de las normas y valores de una sociedad, aquello indeseable que merece ser rechazado por esa sociedad.

En definitiva, la estigmatización es un proceso social y cultural en el cual un grupo poderoso atribuye una etiqueta a otro grupo impotente. Atributos negativos asociados a la raza, sexo, género, capacidad expresan la separación entre “ellos” y “nosotros” como una forma de discriminación y validación del discurso negativo contra las disidencias a lo “normalizado” (Vázquez; Stolkiner, 2009).

Son muchos los agentes implicados en los procesos de estigmatización, los medios de comunicación y las redes sociales, ocupan un papel muy importante en este proceso como medios de construcción simbólica, es que crean imaginarios sociales que se condicen con los intereses de la clase dominante (Derderian, 2024).

Además del estigma, existen los estereotipos prejuiciosos negativos. Los estereotipos en general, son asociaciones ampliamente aceptadas de un determinado grupo social y de uno o más atributos. En este sentido, los estereotipos pueden tener una valencia neutra, positiva o negativa, en función de si el atributo es indiferente, elogioso, o despectivo, respectivamente. En esta ocasión importa tratar los estereotipos prejuiciosos negativos que son los que se vinculan con el estigma, y generan perjuicios, concretamente, discriminación. Los estereotipos prejuiciosos negativos son aquellas concepciones compartidas respecto de atributos asignados a otro grupo de personas, que son disvaliosos y generan discriminación (Fricker, 2017). Podría decirse que el estereotipo prejuicioso negativo es parte del proceso de estigmatización, siendo el estigma la propia “etiqueta” que conlleva a la exclusión social.

A continuación, analizaré los preconceptos de estigma y estereotipos que definen el “problema del consumo de sustancias ilícitas”.

V. El estigma en el uso de drogas y el consumo problemático

Es muy relevante hacer la distinción entre el usuario de sustancias y quien posee un consumo problemático, pues se trata de supuestos diferentes, pero ambos cargan con el estigma y los estereotipos negativos. Con frecuencia se trata a quien usa sustancias ilegales como “adicto” o un “enfermo”. Como indica el médico Gady Zabicky Sirot (2021) existen dos estigmas en esta área.

En primer lugar, el estigma hacia el usuario de sustancias estupefacientes que no presenta un uso problemático, pero que, sin embargo, se lo juzga por su estilo de vida. Cuando se habla de personas que consumen estupefacientes, pareciera que se describe a una persona cuya principal característica es que consume drogas. Se dice es un “vicioso”, “drogadicto”, “marihuano”, “yonkee”, “zombie” (Gady, 2021). No obstante, el hecho de que algunas personas utilicen sustancias

es simplemente un aspecto más de su vida y no el eje principal. Por otro lado, llama la atención que este prejuicio no suele presentarse con quien fuma cigarrillos industriales, bebe alcohol, utiliza ansiolíticos para dormir o relajarse. Aquí es donde aparece la gran paradoja entre las sustancias legales y las ilegales. En esta línea, señala Victoria Derderian que en el propio concepto de “droga”:

El estereotipo otorga relevancia a algunas sustancias (cocaína, cannabis, opiáceos) en tanto excluye o considera mucho menos relevantes a otras (alcohol, tabaco, psicofármacos). Esta distinción no se funda en el daño social, la nocividad o la dependencia que podrían ocasionar tales sustancias. El efecto de este estereotipo es que, para la representación social de la “droga”, esta se asocia a un producto ilícito, “mortalmente dañino”, lo que justificaría la prohibición de su uso, invisibilizando que las sustancias permitidas también son drogas y pueden ocasionar iguales o peores trastornos (Derderian, 2024, p. 244).

Por otro lado, la autora nos indica el estereotipo prejuicioso negativo del usuario de drogas:

De acuerdo con las distorsiones en las representaciones sociales, para el caso de las sustancias ilegales no se reconocen diferencias en los patrones de consumo. Esto es, el consumidor -cualquiera sea la dosis, frecuencia y circunstancia del uso - es considerado un adicto y siempre se lo identifica con una personalidad autodestructiva y con una actitud despreocupada respecto de su salud (Derderian, 2024; 245)

Este punto fue tratado en otro artículo (Mañas, 2023) donde si bien se habló del uso del cannabis medicinal, se hizo alusión al estigma que en general sufre el usuario de sustancias ilegales. “Es que la aparición del usuario de cannabis medicinal expuso al absurdo todos los prejuicios, la falta de información y el daño que podía ocasionar el Estado mediante su política prohibicionista” (Osler & Basalo, 2019; 194).

Pues, el consumidor de cannabis medicinal, ya no se auto percibe bajo la discriminatoria y estereotipada dicotomía “adicto” o “delincuente”, porque comenzó a concebirse como un sujeto que, en realidad, ejerce sus derechos humanos: derecho a la salud y a autodeterminarse. Sucede, que los prejuicios han operado de manera negativa, incluso en los propios usuarios de cannabis, que forman parte del entramado social. Con perspectiva histórica, el consumidor de marihuana se ha percibido a sí mismo como un *outsider*, un delincuente, un ilegal, alguien que debía y merecía habitar en las sombras. En este camino, ha representado una enorme y extensa lucha la construcción de una contracultura

alrededor de la marihuana, que le permitiera a este colectivo cuestionarse esa imagen y comenzar a auto percibirse simplemente como personas que ejercen sus derechos. Esto ha implicado un marcado reclamo hacia el Estado, no sólo para modificar su criminalización, sino también para asumir la posición de sujetos de derecho legítimamente integrados a la sociedad y, con ello, pensar y debatir cuál debería ser la injerencia del Estado en la temática (Osler & Basalo, 2019).

Tanto los usuarios de cannabis y de otras sustancias ilegales, con un uso medicinal, recreativo o lúdico, no hacen más que una elección de su modo de vida y es justamente ese ámbito de autonomía personal lo que constituye el principal ejercicio de un derecho humano, presupuesto básico de un Estado de Derecho, reconocido por art. 19 de la Constitución Nacional (Mañas, 2023).

En segundo lugar, está el estigma hacia el usuario con un consumo problemático. Expresa el psiquiatra Gady (2021) que generalmente se tiene sensibilidad, empatía, comprensión respecto de enfermos que padecen cáncer, diabetes, o enfermedades similares. Se suele decir que es por “mala suerte” y no se le atribuye la culpa por haberse enfermado. Sin embargo, cuando hablamos de un sujeto dependiente de sustancias estupefacientes o incluso de alcohol, aún en casos extremos que incluyen convulsiones, cirrosis, desempleo, pérdida de la contención familiar, es frecuente que se le atribuya de manera prejuiciosa a que “ellos mismos se lo buscaron”. Las manifestaciones de la patología se le endilgan a quien padece la enfermedad como su propia responsabilidad. Esto sucede porque socialmente en las adicciones no se ve la manifestación de una enfermedad que está más allá del deseo y la voluntad del paciente. No es fácil que el entramado social comprenda que hay un problema psíquico que impide la abstinencia al consumo.

Los procesos por los que se construye el estigma son transversales. En el contexto de las drogodependencias, en la formación del estigma se acentúa la falta de motivación por la búsqueda de ayuda o el miedo a tener problemas con las autoridades a raíz de la estigmatización que sufren las personas con trastornos adictivos. Quienes sufren un trastorno adictivo son frecuentemente vinculadas, y de manera prejuiciosa, con la violencia, el narcotráfico y la prostitución (esto último especialmente en el caso de mujeres cis o trans, será ampliado en el punto siguiente). Otra cosa que sucede, es que se etiqueta a estas personas como responsables de su problema, que se asocia con el concepto de “vicio” y con la “falta de voluntad”, omitiendo que un consumo problemático es una cuestión de salud. Asimismo, las consecuencias de dichos estigmas comportan un trato discriminatorio, una baja adhesión al tratamiento y el abandono e inconsistencia en su seguimiento (RIOD, 2019).

El acceso a derechos como a la salud y a la justicia encuentran como barreras al estigma y a la discriminación que continúan afectando a las personas con consumos problemáticos en diferentes ámbitos de la vida. El obtener un empleo formal es un desafío, el acceso al tratamiento también presenta barreras que se profundizan en contextos de pobreza, inmigración, y mucho más, en las personas que se encuentran privadas de su libertad en cárceles.

VI. “Mujeres criminales” y “drogas”: el género en juego

VI.1 Usuarías de sustancias ilícitas

“Una de las principales formas de discriminación y trato desigual que sufren las mujeres se produce por la aplicación de estereotipos negativos de género” (MPD, 2015; 61).

El género es una categoría compleja de análisis, que refiere a los atributos socialmente impuestos a la diferencia sexual. El género es una herramienta de análisis para mirar de manera crítica la manera en que se atribuyen roles. Hace referencia a un sistema de organización social que establece lo masculino y lo femenino, en base a la dicotomía hombre-mujer, lo cual se relaciona con un sistema de poder patriarcal.

Un ejemplo de un estereotipo de género es que a las mujeres se les haya asignado históricamente y exclusivamente el rol de “cuidadoras” de sus hijos e hijas (también de personas enfermas y de sus progenitores). A la mujer, históricamente, la sociedad la ha ido definiendo. Es en esta línea que la célebre filósofa Simone de Beauvoir (1949) indica: “la mujer se conoce y se elige, no en tanto que existe por sí, sino tal y como el hombre la define” (2022; 315). Entonces, al cuerpo de las mujeres le han sido atribuidos determinados roles y características, y es de tal atribución que deviene la vulnerabilidad. Esto ha sido socialmente impuesto.

El género, al igual que lo hace en otros ámbitos de la vida de las mujeres, condiciona el acceso a muchos derechos, y el derecho a la salud no es ajeno a ello. La variable género se ha tenido en cuenta de manera escasa tanto en investigaciones epidemiológicas y clínicas, como en las acciones que se llevan a cabo en el ámbito de la salud, que ha dado lugar a interpretaciones reduccionistas de los resultados y de las observaciones de campo, ayudando a perpetuar ideas y estereotipos negativos en relación a las mujeres (RIOD, 2019).

Asimismo, es muy complejo acceder a datos diferenciales basados en género, cuando esta variable es muy importante, ya que hay diferencias entre varones y mujeres en la percepción de la salud, experiencia y vulnerabilidad al enfermar. Por otro lado, los pocos estudios sobre la salud de las mujeres suelen centrarse en: salud materna, VIH, salud mental y violencia (Camarotti & Romo Avilé, 2016).

Así, se ha generado en el ámbito de los consumos problemáticos un fenómeno de infrarrepresentación de las mujeres que desean acceder al sistema de salud y de cuáles son sus circunstancias concretas que ellas atraviesan, habiéndose realizado siempre estudios bajo una mirada androcentrista que considera al hombre como el sujeto neutro y centro del universo, y por lo tanto, una visión reducida del fenómeno.

La falta de perspectiva para entender los problemas singulares de las mujeres representa una barrera enorme en el derecho al acceso a la salud. En la atención a mujeres con consumos problemáticos es necesario tener en cuenta ejes fundamentales, distintos a los de los varones, como: el sentimiento de vergüenza y culpa, temor a perder el cuidado personal e los hijos; la preocupación por la confidencialidad del tratamiento; la baja percepción o aceptación del problema; la exposición a traumas como violencia y abusos; la escasa red social; el fenómeno del consumo invisibilizado relegado al ámbito doméstico; el mayor deterioro social; el bajo apoyo de familiares y amistades, y, en muchas ocasiones, la menor independencia económica (RIOD, 2019).

Un estudio realizado en España, en la ciudad de Barcelona, demostró que, en los programas de tratamiento, las mujeres drogodependientes están en situación de clara desventaja con respecto a los hombres a la hora de acceder a ellos “por el riesgo adicional que sienten de fracasar en el ejercicio de su rol de cuidadoras, y el consecuente aislamiento y rechazo social” (RIOD, 2019; 15). Entonces, ante la misma situación de consumo problemático y vulnerabilidad entre hombres y mujeres, a ellas se les retira la custodia de los hijos o hijas en una proporción significativamente superior, lo cual pone de manifiesto una cultura patriarcal que castiga y judicializa de manera más acentuada a las mujeres.

El consumo problemático por parte de la población femenina permanece invisibilizado (alcohol en soledad, psicofármacos y sustancias ilegales) lo cual queda sin detección o en la red de atención primaria con el riesgo de sobreprescripción de psicofármacos. El retraso de las usuarias con consumos problemáticos en solicitar atención médica se debe a: el rol de cuidadoras, la falta de apoyo social, y el sobrediagnóstico clínico, sobre todo de trastornos de personalidad y del estado de ánimo. Todos estos factores además influyen en la

cronicidad de la drogodependencia y en el deterioro de múltiples áreas de la vida de estas mujeres (RIOD, 2019).

Los procesos de estigmatización han fungido como mecanismos de control informal, que en el caso de las mujeres han sido sumamente poderosos y utilizados para diferenciar y subordinar. Las mujeres que se han salido de estos roles han sido etiquetadas como una manera de reconducirlas a lo que la sociedad espera de ellas. De esta manera, la noción de estigma en el conjunto de explicaciones sobre la desviación y el delito, hace también referencia a la creación de una imagen deseada y esperada sobre las mujeres, que cuando no se cumple implica prejuicios y segregación (RIOD, 2019).

En esta línea, son las mujeres quienes deben cuidar su aspecto y modales constantemente puesto que aún persiste en los imaginarios los roles y atributos que deben tener las mujeres. Ellas deben ser: educadas, respetuosas, calladas, obedientes, bellas, jóvenes, saludables etc. Claro, cuando en estos moldes de mujeres ideales irrumpe la usuaria de sustancias ilícitas, las miradas prejuiciosas se radicalizan, es que se subvierte todo aquello que se espera de una “buena mujer”.

Por otro lado, el consumo problemático de sustancias en mujeres, conlleva a mayores posibilidades de sufrir violencia física y sexual, así como otras formas de violencia (directa, estructural, cultural y/o simbólica), que producen alta vulnerabilidad y marginalización.

En este sentido, indican Camarotti & Romo Avilé (2016):

Es probable que las rupturas que llevan a cabo las consumidoras sobre el modelo de “identidad femenina” construida e idealizada, genere un doble rechazo social, son “las otras”, “las pobres”, “las drogadictas”. Pierden dignidad social y sienten el rechazo del medio que las rodea. “No se sienten lindas y están sucias”, adoptan un modelo masculino y en él incorporan estrategias femeninas para enfrentar el doble rechazo (p. 99).

VI.2. Imputadas por narcotráfico

El asunto se complejiza aún más cuando esas mujeres son acusadas de cometer un delito e ingresan al derecho penal, en este caso que analizo, en el ámbito de la Ley de Estupefacientes (Ley 23.737).

Los delitos de drogas constituyen la principal causa de prisionización de la mujer, y siempre se trata de su participación en los eslabones débiles de la infraestructura que permite el tráfico de drogas, aquellos que serán más

fácilmente descubiertos, y que sufrirán con mayor dureza las consecuencias de la intervención penal (Carrera, 2019).

A nivel social las mujeres son vistas como esposas, madres, hermanas, descendientes; es decir, componentes de la familia, con un rol dependiente. De esta misma manera son vistas las mujeres en el Derecho Penal argentino. En esa línea, tanto la maternidad, como la sexualidad y la dependencia son los atributos o características de la mujer como objeto dicotómico de tutela del derecho, y al mismo tiempo, de represión (Carrera, 2019).

Por otro lado, las relaciones de género son uno de los elementos causales de cómo y por qué las mujeres cometen delitos de drogas. En tal sentido, las mujeres suelen involucrarse en estos actos ilícitos a partir de sus relaciones familiares o sentimentales, ya sea como novias, esposas, madres e hijas, y en cumplimiento de los roles asignados por relaciones de género marcadas por una asimetría entre hombres y mujeres.

Por su parte, el papel asignado por los operadores judiciales a la mujer posee un fuerte contenido cargado de concepciones estereotipadas sobre su rol dentro de la familia y el hogar. Así, se pone de manifiesto la falsa neutralidad del derecho, que adquiere mayor potencia en el campo del derecho penal (Carrera, 2019; 10).

Estas mujeres con sus acciones ponen en tela de juicio aún más las significaciones y prácticas que le son atribuibles a las “buenas mujeres” y especialmente, a las “buenas madres”.

Para ilustrar esto, a continuación, transcribo el fragmento de otra sentencia que rechazó un pedido de la Defensa Oficial de un arresto domiciliario (por el art. 10 inc. f del Código Penal) a una mujer acusada también de transportar estupefaciente, y que era madre de una niña de 6 años⁵⁴: “La actividad puesta de manifiesto por la Sra. xxxxxx es clara muestra de la desaprensión que tuvo, que en nada se asemeja al comportamiento propio de una madre”.

El juez para rechazar el arresto domiciliario hizo una asociación directa entre el delito que se le imputaba a la acusada y su idoneidad para ser madre. Consideró que, como la imputada se había desapegado de la ley, al mismo tiempo, se había desapegado de los deberes que se esperan de una “buena madre”⁵⁵.

⁵⁴ Arresto domiciliario presentado por la Defensa Oficial de San Rafael- Mendoza en causa FMZ 69467/2018, fecha 13/11/2018.

⁵⁵ FMZ 69467/2018 Juzgado Federal de San Rafael, incidente de Prisión Domiciliaria. Resolución de fecha 18/12/2018.

Ahora bien, las consideraciones acerca del modo en que las mujeres deberían ejercer su maternidad cuando no hay evidencia de que se hayan afectado derechos de las niñas y/o niños no encuentran asidero en nuestro ordenamiento jurídico. Por el contrario, esas consideraciones parecen responder a un modelo de Estado de tipo perfeccionista y al deseo de ciertas operadoras y operadores jurídicos de imponer sus propias valoraciones morales por sobre los estándares de derechos humanos aplicables al caso (MPD, 2015; 89).

En el caso “Campo Algodonero” (González y otras vs México, 2009), la Corte Interamericana de Derechos Humanos definió el estereotipo de género como “una preconcepción de atributos o características poseídas o papeles que son o deberían ser ejecutados por los hombres y mujeres respectivamente”. Para la Corte IDH, la situación de subordinación de las mujeres se vincula con prácticas basadas en estereotipos de género socialmente dominantes y persistentes, “condiciones que se agravan cuando los estereotipos se reflejan, implícitamente o explícitamente, en políticas y prácticas, particularmente en el razonamiento y el lenguaje de policía judicial”. Los instrumentos internacionales sobre derechos humanos establecen pautas claras sobre la importancia de erradicar los prejuicios de género en las prácticas institucionales. En especial la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, y la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer destacan el deber de los Estados de eliminar patrones discriminatorios basadas en ideas de superioridad o inferioridad de los sexos (MPD, 2015; 90).

VII. Consideraciones del caso

Desde la perspectiva de género que pretende comprender cómo las mujeres en el ámbito de un consumo problemático tienen dificultades para acceder al sistema de salud/justicia y de cuáles son sus circunstancias concretas que ellas atraviesan, podemos ver que en el caso de Catalina se dan todos los supuestos que son transversales a esta mirada.

En primer lugar, parece que el temor de ellas a perder el cuidado personal de sus hijos o hijas no es un miedo imaginario. Como puede verse en el caso de análisis, fue la primera medida que tomó el Estado. Este punto está íntimamente ligado a la preocupación de las mujeres por la confidencialidad del tratamiento y por las reticencias a querer iniciarlo.

Otro de los ejes a tener en cuenta en esta problemática es la exposición a traumas como violencia y abusos. En este sentido, cabe recordar que Catalina

había sido violada a los 11 años, motivo por el cual comenzó a utilizar estupefacientes. A su vez, era víctima de violencia de género perpetrada por su pareja, que la obligaba a consumir cocaína.

Asimismo, en el ámbito de la justicia penal es indispensable la mirada en el cómo las mujeres se involucran en actos ilícitos a partir de las relaciones sentimentales y de dependencia económica, en cumplimiento de los roles asignados por una asimetría entre varón y mujer. Con relación a ella, la pareja de Catalina era co-imputado en la misma causa por la que ella estaba privada de su libertad, y en el primer momento en que personal policial los interceptó transportando la sustancia estupefaciente, él se dio a la fuga.

La problemática de consumo problemático con perspectiva de género también requiere tener en cuenta la escasa red social que pueden tener las mujeres. En el caso, Catalina estuvo institucionalizada muchos años por ausencia de contención familiar.

El foco debe también ponerse en la menor independencia económica que ellas pueden tener. En el caso de Catalina, dependía económicamente de su pareja. Además, pertenecía a sectores socioeconómicos bajos, con una trayectoria educativa interrumpida que concluyó en el abandono escolar a temprana edad.

A lo anterior se suma que el fenómeno del consumo invisibilizado queda relegado al ámbito doméstico. En el caso de Catalina, tanto el consumo problemático como las violencias sufridas se dieron siempre en el ámbito privado, sin la intervención del Estado.

Ahora bien, cuando su problemática trascendió al ámbito público, fue para el castigo y no para su protección. Aquí se advierte claramente la mención que hace Carrera (2019) “la mujer como objeto dicotómico de represión y/o tutela del derecho” (p. 3).

VIII. Conclusiones

Como se ha querido mostrar existe el estigma y estereotipos prejuiciosos negativos alrededor del consumo problemático de sustancias ilegales, situación que se profundiza aún más, cuando quien lo padece es una mujer en situación de pobreza. Son estas estas barreras sociales las que impiden las mejores respuestas estatales. Por esta razón, el fallo de la Cámara Federal de Apelaciones de la provincia de Mendoza aparece como una resolución novedosa.

Pues, el hecho que el Tribunal le haya concedido a Catalina el arresto domiciliario para que pueda realizar un tratamiento de rehabilitación ambulatorio, de alguna manera, hizo honor al título: *El rol de la justicia en el acceso a la salud*. Se encausó correctamente un problema de salud, atemperando la criminalización.

Pero, además, el fallo es importante porque los jueces se sensibilizaron al conocer, mediante la defensa oficial, las circunstancias concretas de vida de la acusada. En este sentido, la CFA dijo que “el caso ameritaba un análisis cuidadoso, contextualizado y globante de la condición de la causante”.

Es fundamental que tanto los profesionales de la salud como los operadores judiciales adviertan la existencia de los estigmas y estereotipos que rodean el uso y el consumo problemático de sustancias estupefacientes para poder mitigarlo. Una buena técnica puede ser incorporar habilidades de escucha y de resistencia a las pautas de atribución. Empezar a comprender los contextos culturales –lo que puede llegar a significar vivir en la pobreza, cuáles son las presiones psicológicas, traumas y las limitaciones que afectan a las decisiones de las personas, sean pacientes o imputadas en un proceso penal– puede dar luz a mejores respuestas.

Animarse a trabajar de manera interdisciplinaria con diferentes saberes. Desde este aspecto, se resalta la importancia de los equipos interdisciplinarios dentro del Ministerio Público de la Defensa.

Es esencial aplicar la perspectiva de género interseccional (herramienta hermenéutica de interpretación con raigambre constitucional, CEDAW).

A su vez, se debería integrar todo el derecho argentino, para que el mismo no quede obturado por el derecho penal. La legislación penal en materia de estupefacientes en Argentina se ha desarrollado sin correlato con un problema de salud pública de envergadura, a pesar de que existe desde el año 2010 la Ley de Salud Mental. Tampoco existe una integración del derecho penal con la Ley de Cannabis Medicinal (27.350), ni la Ley de Cáñamo Industrial (27.669).

Analizar las causas penales de estas maneras, aunque parezca una ilusión, puede traer luz para encontrar mejores respuestas y acercarnos más a la justicia. Con mejores herramientas de interpretación y comprensión, lo que en muchas ocasiones es considerado un acto ilícito puede ser simplemente una elección de vida, como es el caso del consumo personal de sustancias ilícitas, incluso, el ejercicio de un derecho, como es el caso del cannabis medicinal. En otros supuestos, lo que se concibe como un delito pueda ser visto como un problema

de salud, que deba ser encauzado por esa vía y no judicializado ni criminalizado, como ocurre con el consumo problemático de sustancias ilícitas. En otros contextos más marginados, la comercialización de drogas quizás sea el único medio de subsistencia, lo que debe necesariamente impactar en un menor reproche penal. Por último, en el caso de muchas mujeres, puede que sean víctimas del mismo delito del que se las acusa (como ocurre muchas veces con quienes realizan el transporte de drogas) las que asumen los riesgos delictivos y cargan con el castigo.

Bibliografía

Camarotti, Ana Clara; Romo Avilés, Nuria; Jiménez Bautista, Francisco. 2016. "Vulnerabilidad y prácticas de cuidado en mujeres consumidoras de pasta base del área metropolitana de Buenos Aires". En: *Acta Psiquiátrica y Psicológica de América Latina*. Fundación Acta Fondo para la Salud Mental.

Carrera, M. L. 2019. "Mujeres de las circunstancias y delitos de drogas. Responder penalmente por lo que no se ha cometido". En: *Estudios de jurisprudencia*. Defensoría General de la Nación, 1-23.

De Beauvoir, S. 2022. *El segundo sexo*. Buenos Aires: Debolsillo.

Derderian, M. V. 2024. "Estereotipos sobre el consumo de drogas ilegales en los medios de comunicación. Perspectivas y desafíos. Tomo 3". En: M. Masaro & P. Odoñez, *Estupefacientes. Tópicos de la justicia penal federal* (págs. 239-255). Buenos Aires: Editores del Sur.

Fricker, M. 2017. *Injusticia epistémica, El poder y la ética del conocimiento*. Barcelona: Pensamiento Herder.

Gady, Z. S. 2021. *Estigma y usuarios de drogas*. Obtenido de Youtube: <https://www.youtube.com/watch?v=gJvxMv6j9TU>

Goffman Erving. 2006. *Estigma: la identidad deteriorada*. Madrid: Amorrortu.

Corte IDH. 16 de noviembre 2009. "González y otras vs México".

Mañas, S. (2023). "Marihuana: ¿estupefaciente o medicamento? Un estudio de la valoración jurídico penal y social de la conducta de venta, cultivo y tenencia de cannabis con fines medicinales". En: *Estudios sobre Jurisprudencia*. Ministerio Público de la Defensa, 199-200.

Ministerio Público de la Defensa. 2015. *Punición y maternidad. Acceso al arresto*. Buenos Aires.

Osler, L. & Basalo, G. 2019. "Cannabis medicinal y derechos humanos. El nuevo paradigma defensista." En: *Cannabis Medicinal: una cuestión de derechos* (págs. 193-205). MPD.

RIOD. 2019. *Estigma, consumo de drogas y adicciones. Conceptos, implicancias y recomendaciones*. España.

Rosal, M. 2013. "Carimba. Las marcas de los esclavos en el Buenos Aires Colonial". En: *Estudios históricos*.

Vázquez, A.; Stolkiner, A. 2009. "Procesos de estigma y exclusión en salud. Articulaciones entre estigmatización, derechos ciudadanos, uso de drogas y drogadependencia". *Facultad de psicología, UBA, Anuario de investigaciones*, 296-303.



Sección II.

Debates actuales sobre
discriminación y criminalización



Criminalización de la transmisión del VIH, consentimiento y vulneración de derechos. Un estudio de caso

Javier Fernández

Abogado (UBA) con orientación en Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Ha cursado estudios en la carrera de Medicina (UBA).

Natalia Nelson

Abogada (UCSE). Tiene una especialización en sistema de salud y seguridad social (ISALUD). Maestranda en Derecho del Trabajo y relaciones laborales internacionales (UNTREF).

Romina Cavallo

Abogada (UBA). Mediadora.

Sandra Palacios

Estudiante avanzada de la carrera de Abogacía (Universidad de Morón)

Marcelo Gutiérrez

Abogado y maestrando en Derechos Humanos (UNTREF).

I. Introducción

La situación epidemiológica argentina en torno al virus de inmunodeficiencia humana (VIH) se encuentra en un amesetamiento de acuerdo a un análisis comparativo de los últimos Boletines Epidemiológicos elaborados por el Ministerio de Salud de la Nación (2023). Se estima que unas 140.000 personas viven con el virus, con un 13% que desconocen su serología, según el último boletín epidemiológico N° 40. La cantidad de personas diagnosticadas en los últimos 5 años fue en promedio de 5.300 por año. Mientras en el Área

Metropolitana de Buenos Aires se registra una lenta tendencia descendente, otras regiones como el centro parecen haber estabilizado sus descensos.

La Patagonia permite reconocer una nítida baja mientras que la región norte se encuentra al alza, especialmente en el noroeste argentino. Sin embargo, los índices más bajos, como en las regiones metropolitana de Buenos Aires y en el centro del país, no necesariamente reflejan una caída de la transmisión y circulación del virus. Por el contrario, esta puede obedecer a la existencia de un subregistro. Finalmente, en relación a las vías de transmisión, se advierte que más del 99% de las personas diagnosticadas en los últimos tres años adquirieron el virus en el marco de relaciones sexuales sin uso correcto de preservativo (Ministerio de Salud de la Nación, 2023).

Partiendo de este estado, nos proponemos realizar una presentación sobre un tema que consideramos de importancia en la esfera legal y de la salud pública que puede incidir en relación a la situación epidemiológica local. Nuestro artículo se centra en el estudio crítico de la intervención del Poder Judicial y Ministerio Público Fiscal tendiente a propulsar la persecución penal como una herramienta legítima del estado para el abordaje de situaciones de transmisión de VIH por la vía sexual en el marco de relaciones sexuales consentidas. En lo específico, nuestro enfoque se dirige hacia un cuestionamiento basado en derechos humanos y salud pública respecto de la legitimidad de la criminalización en relación a la transmisión de VIH.

La legislación actual a través de la Ley N° 27.675 de respuesta integral al VIH, hepatitis virales, otras infecciones de transmisión sexual y tuberculosis, representa un cambio significativo al rechazar de manera contundente la criminalización en el contexto del VIH. Esta postura se fundamenta en principios de derechos humanos y busca limitar el uso desmedido del poder punitivo, especialmente en situaciones de posible transmisión del VIH a través de relaciones sexuales consensuadas y sin el uso de preservativos. A través de seis menciones explícitas en la ley y su correspondiente decreto reglamentario, se destaca la necesidad de considerar alternativas a la criminalización a la hora de abordar casos que involucren a personas afectadas por el VIH.

Este enfoque legislativo no surge de manera aislada, sino que se encuentra respaldado por documentos internacionales que, a lo largo de los años, han abogado por evitar estrategias de criminalización en el ámbito de la salud pública, como la Declaración de Oslo sobre la criminalización del VIH (2012) y la Declaración de consenso de expertos sobre la ciencia relativa al VIH en el contexto del derecho penal (2018), entre otros.

Sin embargo, a pesar de estos avances normativos, la realidad jurisprudencial refleja una situación compleja y contradictoria. El artículo 18⁵⁶ de la Ley N° 12.331, conocida como ley de profilaxis, sancionada en 1936, persiste como una herramienta que legitima el poder punitivo, utilizada para perseguir a personas afectadas por el VIH bajo la acusación de transmitir el virus en el contexto de relaciones sexuales consensuadas. Otro tanto sucede con el artículo 202 del Código Penal⁵⁷, que impone penas ante la “propagación de enfermedades peligrosas y contagiosas” para las personas, invocado para similares usos.

En este artículo, buscamos exponer las contradicciones que se ponen de manifiesto entre la reciente legislación y la aplicación de normativas más antiguas que refuerzan la criminalización. Además, con el objetivo de contribuir a la construcción de un paradigma que consideramos más justo y razonable, sistematizamos algunos de los principales argumentos en contra de la criminalización, tanto desde una perspectiva de derechos humanos como de salud pública.

Finalmente, presentamos la situación concreta atravesada por L.C., un consultante de los servicios de Promoción de Derechos de Fundación Huésped, para contribuir de un modo crítico a la revisión del funcionamiento de un engranaje judicial que favorece a la persecución en este contexto.

II. Algunas consideraciones previas

La epidemia de VIH ha representado uno de los mayores desafíos de salud pública en las últimas décadas. Desde su descubrimiento en la década de 1980, millones de personas en todo el mundo se han visto afectadas, provocando no solo una crisis sanitaria, sino también una serie de problemas sociales y de derechos humanos.

En este trabajo buscamos explorar la intersección entre el VIH y los derechos humanos, analizando cómo la construcción de ciertas respuestas a la epidemia desde una perspectiva penal puede resultar ineficaz, contraproducente y afectar la dignidad, la igualdad y las libertades fundamentales de las personas viviendo con VIH. Además, se abordarán los desafíos actuales y las estrategias necesarias para garantizar que los derechos humanos de estas personas sean respetados y promovidos.

⁵⁶ Que indica que “[s]erá reprimido con la pena establecida en el artículo 202 del Código Penal, quien, sabiéndose afectado de una enfermedad venérea transmisible, la contagia a otra persona”.

⁵⁷ Que indica: “Será reprimido con reclusión o prisión de tres a quince años, el que propagare una enfermedad peligrosa y contagiosa para las personas”.

El VIH fue identificado por primera vez a principios de la década de 1980. Desde entonces y en distintos niveles y proporciones, tanto el estigma y la discriminación han ido acompañando la evolución de la epidemia. Al principio, el VIH estaba estrechamente asociado con ciertos grupos sociales cuya satisfacción de derechos se veía vulnerada de modo estructural. Una rápida y espontánea asociación entre el virus y grupos sociales específicos contribuyó en reforzar la estigmatización y discriminación, no solo hacia las personas viviendo con VIH, sino también hacia estos grupos sociales en general.

El miedo y el desconocimiento sobre la transmisión del virus muchas veces desalientan a las personas a acceder a la práctica del testeo o análisis de sangre, únicas herramientas para un diagnóstico. El mismo miedo y desconocimiento también llevaron a respuestas políticas y sociales que a menudo violaron los derechos humanos fundamentales. Las personas con VIH fueron sometidas a pruebas obligatorias, aislamiento y, en muchos casos, se les negó atención médica adecuada. La estigmatización también se tradujo en violaciones del derecho a la privacidad y a la confidencialidad, con el estatus serológico a menudo expuesto sin el consentimiento de la persona afectada o situaciones similares.

A medida que la epidemia del VIH continuó desarrollándose, se hizo evidente que una respuesta eficaz requería un enfoque basado en los derechos humanos. Diversos documentos han subrayado la importancia de proteger y promover los derechos humanos de las personas con VIH como parte de una estrategia integral y general para abordar la epidemia. Estos documentos han reconocido que el estigma y la discriminación son barreras importantes para la prevención, el tratamiento y el cuidado del VIH, y que abordar estos problemas es esencial para controlar la epidemia. Una respuesta eficaz y con perspectiva en derechos humanos requiere contemplar la multiplicidad de esferas involucradas en el abordaje, incluyendo aspectos relativos a la salud, a la no discriminación, a la dignidad, entre otros. Así entonces en los últimos años se desarrolló un nuevo consenso político y científico internacional orientado a promover estrategias de prevención combinada para la construcción de una respuesta a la epidemia del VIH (ONUSIDA, 2015). Estas estrategias exigen contemplar los componentes biomédicos, pero integrados en relación a factores comportamentales y estructurales. La consideración conjunta de la multiplicidad de variables puestas en juego y que se intersectan resulta en una perspectiva de abordaje epidemiológico más compleja. En este marco la no criminalización en torno al VIH se revela como parte del componente estructural a considerar (Ministerio de Salud de Nación, 2022).

La estrategia de prevención combinada es un enfoque integral que se utiliza en la búsqueda de construir una respuesta eficaz al VIH para reducir la transmisión del virus a nivel global. Esta estrategia reconoce que no existe una única solución para la prevención del VIH y, en su lugar, propone la combinación de diversas intervenciones que abordan tanto los factores biomédicos, conductuales y estructurales que influyen en la propagación del virus. Al integrar estos tres componentes, la prevención combinada busca generar un impacto más amplio y sostenido, adaptando las intervenciones a las necesidades específicas de cada contexto y población.

El componente biomédico de la prevención combinada incluye intervenciones basadas en avances científicos y médicos, como el uso de profilaxis pre-exposición (PrEP), el tratamiento antirretroviral (TAR) como prevención (TasP), la profilaxis post-exposición (PEP) y la promoción del uso de preservativos. Estas herramientas son esenciales porque reducen directamente la posibilidad de transmisión del VIH. Por ejemplo, el tratamiento antirretroviral permite a las personas que viven con VIH alcanzar una carga viral indetectable, lo que significa que si sostienen esta condición en el tiempo, entonces no pueden transmitir el virus a otras personas a pesar de tener relaciones sexuales sin uso de preservativo. Este concepto es conocido como indetectable igual intransmisible o I=I.

El componente conductual se centra en la modificación de comportamientos personales y colectivos para reducir la exposición al VIH. Este aspecto incluye educación sexual integral (ESI), campañas de sensibilización, la promoción del testeo regular y el fortalecimiento de las habilidades de las personas para negociar el uso de métodos de prevención, como el uso del preservativo. La educación y la concientización son esenciales en este ámbito, ya que la información precisa y accesible puede empoderar a las personas para tomar decisiones informadas y reducir conductas de riesgo.

El componente estructural aborda las barreras sociales, económicas, legales y culturales que pueden aumentar la vulnerabilidad de ciertas poblaciones al VIH. Este es el aspecto más amplio de la estrategia y comprende la lucha contra el estigma, la discriminación y la violencia, así como la defensa de los derechos humanos y el acceso equitativo a servicios de salud. Dentro de este componente, se reconoce que la criminalización de ciertos comportamientos asociados al VIH, como el trabajo sexual, el uso de drogas o las relaciones entre personas del mismo sexo, puede tener efectos negativos en los esfuerzos de prevención. La criminalización genera miedo y estigma, lo que desalienta a las personas a acceder a los servicios de salud, realizarse pruebas de detección o adherirse a los tratamientos. Muchas de aquellas leyes han demostrado ser ineficaces desde

el punto de vista de la salud pública y contraproducentes, ya que fomentan un ambiente de miedo y rechazo que aleja a las personas más vulnerables de los servicios de prevención y tratamiento. La respuesta estructural en la prevención combinada debe enfocarse en la eliminación de estas leyes punitivas y la creación de entornos legales y sociales que favorezcan el acceso a la salud y los derechos humanos, ya que la criminalización obstaculiza la lucha efectiva contra el VIH.

Como podemos advertir, la estrategia de prevención combinada propone una visión holística, en la que se reconocen tanto los determinantes médicos como los factores sociales y conductuales que influyen en la transmisión del VIH. Esta estrategia aboga por intervenciones que no solo traten al virus, sino también las barreras que perpetúan su transmisión, particularmente las relacionadas con la criminalización, el estigma y la discriminación. Sin embargo, la estrategia de prevención combinada convive con persistentes barreras para acceder a servicios de salud adecuados. Estas barreras incluyen la falta de disponibilidad de medicamentos, costos prohibitivos y discriminación en los entornos de salud. La discriminación contra las personas viviendo con VIH es una violación grave de sus derechos humanos y puede ocurrir en varios ámbitos, incluyendo el empleo, la educación, los servicios de salud y la vida social en general. En este sentido, las leyes y políticas deben proteger explícitamente a las personas con VIH contra la discriminación, asegurando que puedan vivir y trabajar sin temor a ser tratadas de manera injusta debido a su estado serológico.

A nivel mundial, varios países han implementado leyes antidiscriminatorias específicas para proteger a las personas con VIH. Sin embargo, la aplicación de estas leyes puede ser inconsistente, y en muchos lugares, la discriminación persiste debido a actitudes y prejuicios profundamente arraigados. Por lo tanto, contar con leyes protectoras es solo el primer paso para la construcción de una sociedad más inclusiva.

Otra esfera fundamental se vincula al derecho a la privacidad y la confidencialidad. La divulgación del estado serológico sin el consentimiento de la persona puede tener consecuencias muy negativas, incluyendo la pérdida de empleo, el rechazo social y la violencia. Los sistemas de salud deben asegurar que la información de las personas usuarias se mantenga confidencial y solo se comparta con su consentimiento explícito.

Los derechos a la confidencialidad e intimidad son fundamentales para las personas que viven con VIH, y su respeto es crucial tanto desde una perspectiva de derechos humanos como en el contexto de la salud pública. La protección de estos derechos garantiza que la información personal y de salud de las personas

con VIH sea manejada de manera segura y respetuosa, evitando que sean expuestas a discriminación, estigmatización o exclusión social. Esto implica necesariamente que la información relacionada con el estado serológico de una persona no debe ser divulgada. En este aspecto es solo la persona misma quien puede ejercer el derecho de compartir su diagnóstico de un modo libre. Este principio protege la privacidad del individuo y asegura que la revelación del diagnóstico no sea utilizada en su contra, especialmente en entornos laborales, educativos o de atención médica. Las leyes y normativas de muchos países, incluidos tratados internacionales, estipulan que la información médica debe ser tratada con absoluta reserva. En el caso del VIH, donde el estigma y la discriminación siguen siendo preocupaciones importantes, el respeto por la confidencialidad se vuelve crítico. El derecho a la intimidad, por su parte, implica la capacidad de las personas para controlar qué aspectos de su vida personal desean compartir y con quién. Para las personas que viven con VIH, este derecho asegura que puedan decidir cuándo y cómo revelar su condición, sin presiones externas o temores a consecuencias negativas. La vulneración de este derecho puede llevar a una serie de repercusiones graves, desde la pérdida de empleo o rechazo social hasta el impacto en la salud mental y el bienestar emocional. Sin embargo, en la práctica, la vulneración de estos derechos ocurre con frecuencia. Las personas con VIH a menudo enfrentan situaciones donde su confidencialidad es comprometida, ya sea en el ámbito laboral, al ser obligadas a revelar su estado serológico para mantener su empleo, o en el acceso a servicios de salud, donde la falta de protocolos adecuados puede derivar en la exposición involuntaria de su condición. Estas violaciones no solo generan desconfianza hacia el sistema de salud, sino que también actúan como barreras para que las personas busquen diagnóstico y tratamiento, temiendo que su privacidad no sea respetada.

El respeto al derecho a la confidencialidad y la intimidad en relación al VIH también juega un papel importante en términos de prevención combinada. Si las personas sienten que su información de salud será manejada de manera confidencial, es más probable que se sometan a pruebas de detección y que busquen tratamiento sin miedo a ser expuestas. Asimismo, un entorno en el que la privacidad esté garantizada fomenta la adhesión al tratamiento antirretroviral, lo cual es clave para la salud individual y la reducción de la transmisión del VIH. Los derechos a la confidencialidad e intimidad son esenciales para proteger a las personas que viven con VIH de discriminación y estigmatización. Su respeto no solo refuerza los principios de dignidad y autonomía, sino que también es un pilar central en la respuesta efectiva al VIH desde el punto de vista de la salud pública. La promoción y defensa de estos derechos debe ser prioritaria en cualquier estrategia de prevención y tratamiento del VIH.

En algunos casos, las políticas de pruebas obligatorias y la divulgación forzada del estado serológico han socavado estos derechos. Es esencial que las políticas de salud respeten la privacidad de las personas y promuevan un entorno donde se sientan seguras al buscar testeos y tratamiento. La confianza de las personas usuarias respecto a los efectores de salud es un elemento fundamental. En este sentido, el estigma y discriminación no solo afecta la salud y el bienestar de las personas, sino que también puede intervenir como un factor disuasivo respecto de la búsqueda de testeos, tratamiento y apoyo.

Aquí las campañas de sensibilización pública son esenciales para combatir el estigma y promover una comprensión más integral y basada en los derechos humanos de las personas afectadas por VIH. En algunos países, la transmisión del VIH, la no “confesión” del estado serológico positivo y la exposición al VIH en el marco de relaciones sexuales, aun consensuadas, son penalizadas por ley. Estas leyes, conocidas como leyes de criminalización del VIH, pueden tener efectos negativos, incluyendo el aumento del estigma y la disuasión de las personas de hacerse la prueba o de revelar su estado serológico.

La criminalización del VIH no solo es ineficaz para reducir la transmisión del virus, sino que también socava los derechos humanos de las personas viviendo con VIH. Este tipo de barreras legales y políticas pueden impedir u obstaculizar que las personas con VIH accedan a servicios de salud y protección de sus derechos. Las reformas legales y políticas son necesarias para crear un entorno más habilitante para la respuesta al VIH, asegurando que todas las personas, independientemente de sus circunstancias, puedan acceder a la atención y el apoyo que necesitan. De aquí que la educación y la sensibilización sean fundamentales para combatir el estigma y la discriminación relacionados con el VIH.

III. Nuestra perspectiva de trabajo

Fundación Huésped (FH) es una organización de la sociedad civil fundada en 1989 para favorecer la promoción de la salud y los derechos humanos, con un enfoque especial en el VIH/sida, las infecciones de transmisión sexual (ITS), y la salud sexual y (no) reproductiva. A lo largo de más de tres décadas de trabajo, se ha consolidado como una de las instituciones de referencia en la materia de defensa de los derechos de las personas afectadas por el VIH y en la promoción de políticas públicas inclusivas y basadas en evidencia científica. La misión de FH es contribuir a mejorar la calidad de vida de las personas mediante la investigación, la intervención social y la incidencia en políticas públicas, siempre desde un enfoque de derechos humanos. La organización tiene un compromiso

con las poblaciones más vulnerables, como las personas que viven con VIH, las mujeres, los jóvenes, las personas LGBTQ+, y las personas en situación de pobreza, para garantizar su acceso igualitario a la salud y al pleno ejercicio de sus derechos. Una de las áreas clave de trabajo de Fundación Huésped es la prevención y tratamiento del VIH. Desde su creación, la organización ha desarrollado campañas masivas de sensibilización y educación sobre el VIH/sida, buscando derribar mitos y combatir la estigmatización que rodea a las personas que viven con el virus. Además, FH participa activamente en la provisión de servicios en colaboración con los efectores de salud locales, y brinda apoyo psicológico y social a las personas diagnosticadas con VIH. FH también realiza estudios e investigación científica para generar datos precisos sobre el impacto del VIH en diferentes poblaciones, lo que permite adaptar las estrategias de intervención a los contextos específicos. Estos estudios, además, han servido de base para influir en el diseño de políticas públicas tanto en Argentina como en otros países de la región. Otro eje fundamental de trabajo radica en relación a la salud sexual y (no) reproductiva, incluyendo el acceso a métodos anticonceptivos, la educación sexual integral (ESI) y la defensa del derecho a la interrupción legal del embarazo (IVE). A través de talleres, capacitaciones y material educativo, se busca empoderar a las personas para que tomen decisiones informadas sobre su salud sexual y reproductiva, promoviendo una cultura de respeto y cuidado hacia el cuerpo y la sexualidad. Además, FH impulsa estrategias de incidencia política impulsando cambios legislativos y contribuyendo a la implementación de programas de salud pública inclusivos y equitativos. En este aspecto la comunicación y la sensibilización son componentes esenciales del trabajo de la fundación.

Dentro del Programa de Atención Personalizada de FH ofrecemos servicios gratuitos de consejería en temas relacionados a VIH y otras ITS, enfermedades prevenibles por vacunas, acceso a servicios de salud sexual y reproductiva y atención en temas relacionados a salud de población trans y no binaria. Brindamos psicoterapias focales individuales para personas con VIH y en cuestiones de género para personas trans y no binarias, tenemos grupos semanales de reflexión para personas con VIH, encuentros abiertos a la comunidad, acompañamiento en la adherencia al tratamiento, asesoramiento y defensa legal en casos de discriminación y vulneración de derechos.

Para ello, contamos con un equipo interdisciplinario, el cual realiza una primera escucha mediante la que se intenta delimitar que lleva a cada consultante a acercarse a Fundación Huésped. Si se advierte una situación específica para intervenir, es derivado a los distintos equipos de la institución o a otras

organizaciones u organismos en el caso de que esté fuera de nuestro ámbito de competencia.

Uno de los principales objetivos de este dispositivo, es la promoción de derechos, que cada persona conozca, se apropie de sus derechos y pueda hacerlos valer en caso de vulneración.

Específicamente en los servicios de Promoción de Derechos de Fundación Huésped trabajamos brindando un servicio jurídico integral y gratuito para las personas que nos consultan en relación a las temáticas que trabajamos. Todo ello, desde un enfoque de derechos humanos en el ámbito de la salud, particularmente en relación con el VIH, lo cual constituye un paradigma esencial para promover la equidad, la dignidad y la justicia social.

Todo abordaje e intervención en salud requiere contemplar la naturaleza de los derechos humanos, su intersección con la salud y la importancia de considerar estos principios en la respuesta integral al VIH en particular.

Los derechos humanos son aquellos atributos fundamentales inherentes a cada persona, reconocidos universalmente sin discriminación alguna (ONU, 1948). Estos derechos abarcan áreas esenciales como la vida, la libertad, la igualdad y la dignidad. En el contexto de la salud, los derechos humanos se manifiestan en el acceso equitativo a servicios médicos, la no discriminación y el respeto a la autonomía y la privacidad, entre otros.

La importancia de considerar los derechos humanos en el ámbito de la salud se encarna fundamentalmente en colocar la dignidad humana en el centro de todas las intervenciones. Cada persona, independientemente de su condición de salud, merece ser tratada con respeto y consideración igualitaria sin distinciones arbitrarias o ilegítimas. Este principio es particularmente vital en el contexto del VIH, donde el estigma y la discriminación han signado fuertemente las intervenciones y persisten, aún reconvertidos, bajo nuevas formas y expresiones.

La igualdad y la no discriminación también son pilares fundamentales del derecho humano a la salud. En el contexto del VIH, donde la discriminación ha afectado a las personas afectadas, el enfoque de derechos humanos para la construcción de una respuesta eficaz aboga por la eliminación de barreras sociales y legales que reproducen las condiciones de vulneración social de los derechos a los que son expuestas las personas.

Asimismo, los derechos humanos exigen el acceso universal a servicios de salud de calidad. En el caso del VIH, esto implica garantizar que todas las personas,

independientemente de su condición socioeconómica o geográfica, tengan acceso a pruebas, tratamiento y atención integral. El acceso equitativo no solo es un derecho, sino también, una estrategia efectiva para controlar la propagación del virus.

Finalmente, también creemos importante destacar como una perspectiva de derechos humanos supone el fomento en la participación activa de las personas en las decisiones relacionadas con su salud. En el caso del VIH, esto implica el derecho a estar informado, dar consentimiento informado y participar en la gestión de su propia atención médica. La autonomía del sujeto se convierte en un principio rector insoslayable.

IV. A favor de la no criminalización

La epidemia del VIH ha revelado de manera contundente las brechas en el respeto a los derechos humanos en el ámbito de la salud. Desde la estigmatización hasta la criminalización, las personas afectadas por el VIH han enfrentado numerosas violaciones de sus derechos fundamentales. Integrar un enfoque de derechos humanos en la respuesta al VIH es esencial para corregir estas injusticias y garantizar una atención justa, equitativa e incluso, más eficaz (ONUSIDA, 2021; Declaración de Oslo, 2012).

El principal argumento en favor de la no criminalización del VIH se basa en los derechos humanos y la preservación de la dignidad. Criminalizar a las personas afectadas por el VIH crea un estigma adicional que socava su dignidad y viola sus derechos fundamentales. La Ley N° 27.675, al enfocarse en un marco de derechos humanos, reconoce la importancia de tratar a las personas con respeto y equidad, independientemente de su estado serológico.

Pero la criminalización del VIH no solo infringe los derechos, sino que también puede tener consecuencias negativas en términos de prevención. Al penalizar la transmisión del VIH, se crea un entorno de miedo que desincentiva el acceso al testeo para conocer el estado serológico así como la búsqueda de ayuda médica o de salud.

Planteado en términos sencillos, una persona podría optar por no testear, desconocer su estado serológico. Así evitaría la comisión de un delito ante la transmisión de un virus cuyo diagnóstico desconocía. Un enfoque no punitivo, como el propuesto por la ley actual, facilita la comunicación abierta y la participación en programas de prevención, promoviendo así un ambiente más saludable y seguro.

Asimismo, también podemos mencionar una serie de desafíos científicos y jurídicos respecto de la transmisión. La dificultad de establecer con certeza la fuente de transmisión del VIH se presenta con notoria complejidad. La ciencia no siempre puede determinar de manera concluyente quién transmitió el virus a quién (PNUD, 2021). Imponer cargos penales en casos de transmisión puede conducir a situaciones abiertamente injustas bajo cualquier perspectiva, y a la criminalización de personas sin pruebas sólidas o suficientes.

Desde una perspectiva de salud pública, la criminalización del VIH ha demostrado ser ineficaz en la gestión de la epidemia. La estigmatización asociada a la penalización puede actuar como un obstáculo para el acceso al testeo y al tratamiento, generando condiciones favorables a una continua propagación del virus. La ley actual adopta un enfoque más pragmático, priorizando estrategias de prevención combinada y basadas en la evidencia que fomentan la detección temprana, el tratamiento oportuno y la prevención efectiva, en detrimento de una perspectiva de juzgamiento que culpabilice a las personas.

Finalmente, la no criminalización del VIH contribuye al desarrollo de la confianza en el sistema de salud. Cuando las personas sienten que pueden buscar ayuda médica sin temor a represalias legales, están más dispuestas a participar en programas de prevención y tratamiento. Esta confianza es fundamental para construir una sociedad saludable y solidaria en la elaboración de una respuesta eficaz frente al VIH.

V. El caso de L.C. y una intervención judicial desatinada

En el mes de agosto del año 2022, los servicios de Promoción de Derechos de Fundación Huésped fuimos contactados por una persona que se presentó en nombre de un amigo suyo -L.C.-, quien veía amenazados sus derechos. Solicitó asesoramiento respecto a una situación de divulgación del diagnóstico por parte de la ex pareja de su amigo. Asimismo, destacó cómo esto impactaba desfavorablemente en la posibilidad de acceder a trabajos respecto de la persona denunciada. El afectado, L.C., se contactó directamente y se explicó brindando más información. L.C. contó que tras separarse de su ex pareja, V., en mayo del año 2022, tomó conocimiento de tener una denuncia penal.

Por otro lado, relató que V. divulgó públicamente la condición serológica de L.C. en distintos ámbitos y por medio de redes sociales, lo cual había tenido como consecuencia la pérdida de varias oportunidades laborales por dicho suceso y a atravesar varias situaciones estigmatizantes y de discriminación en esos espacios. También manifestó que había tomado conocimiento en aquel entonces

de la causa iniciada en su contra por la imputación de la infracción al art. 18 de la ley 12.331 y art. 202 del Código Penal de la Nación. Fue por ello que, tomó contacto con su Defensor Oficial, por no contar con los medios económicos para poder acceder a una defensa particular.

Tras ponerse en contacto con su defensa a través de medios virtuales, finalmente se reunieron momentos antes de que L.C. fuera informado por el fiscal de los hechos que se le imputaban. Allí su defensor, le recomendó a L.C. negarse a declarar, y se comprometió a presentar un escrito con posterioridad para aportar el descargo y la prueba pertinente del caso. Tras ello, L.C. nos contactó nuevamente y desde el equipo de Promoción de Derechos de la Fundación, intentamos articular, a pedido del consultante, con el Ministerio Público de Defensa de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a fin de proporcionar información vinculada a la materia para que pueda esgrimir la correspondiente defensa técnica. Así fue que les compartimos los contenidos de documentos internacionales que abordan la temática, como la Declaración de Oslo sobre la criminalización del VIH (2012), entre otros. Además, les brindamos información sobre la dificultad probatoria para determinar de manera acabada quién transmitió el virus a quién.

Entre los argumentos compartidos para facilitar la estrategia defensiva, resaltamos algunos puntos especialmente relevantes:

- Es imposible definir la cadena de transmisión del VIH certeramente dado que no hay herramientas para acreditar la vía de transmisión.
- Es usual que en el marco de procesos judiciales se advierta con frecuencia la difusión de información privada y sensible cargada de representaciones estereotipadas que refuerzan prejuicios.
- Gracias al avance científico de las últimas décadas, el VIH dejó de considerarse una enfermedad incurable con la consiguiente carga estigmatizante y obstaculizante a las medidas de prevención y respuesta que ello suponía, y pasó a ser actualmente una enfermedad cuyo tratamiento resulta crónico.
- El uso de la historia clínica como una prueba instrumental puede acaso ofrecer información contextual, pero no es demostrativo en términos de la transmisión entre dos personas que mantuvieron relaciones sexuales consentidas sin uso de preservativo. La amenaza punitiva desalienta el acceso al testeo y al tratamiento. En términos de prevención combinada,

estas medidas son indispensables para prevenir y evitar nuevas infecciones.

- Resulta fundamental que el diagnóstico y estado de salud sean tratados cuidadosamente y en el marco de la confidencialidad para evitar una vulneración de los derechos a la intimidad y a la privacidad. Un enjuiciamiento penal puede ser una oportunidad de alta exposición a información sensible, respecto de la persona imputada como de la considerada víctima.
- Cuando se está frente a una situación de exposición al VIH, como la rotura de un profiláctico, la falta de utilización de este último con una pareja de la cual se desconoce su condición serológica o al encontrarse en presencia de violencia sexual, en el sistema de salud, se debe brindar obligatoriamente el tratamiento profilaxis post exposición (PEP) gratuitamente a fin de evitar la potencial transmisión del virus.

Finalmente, advertimos sobre el perjuicio que trae para la salud pública la posible imputación de penas bajo estas figuras dolosas, ya que, además de las dificultades propias del sistema de salud para poder abordar adecuadamente la gestión de la epidemia, se le agregaría la posibilidad de que estas personas puedan ser pasibles de la imputación de un delito doloso, sólo por el hecho de conocer la propia condición serológica.

A medida que fue transcurriendo el tiempo, fue tornándose cada vez más difícil contactarnos con la defensa de L.C., por lo que solo pudimos acceder a la información a través de lo que nos iba compartiendo el consultante. Cabe destacar que durante todo el acompañamiento realizado a L.C., refirió sentirse muy preocupado y disconforme ante la dificultad de comunicación con su representante legal y la falta de presentación de descargo alguno, a pesar de sus reiterados pedidos realizados a su defensoría.

Además, a lo largo de nuestra intervención, nos manifestó la falta de cuidado por parte de los distintos funcionarios en relación al manejo de datos sensibles respecto a su condición de salud y el hecho de que, en ninguna instancia se había tomado medida alguna respecto a la divulgación de su diagnóstico por parte de V. en todo su entorno social y laboral.

Finalmente, ante una falta de estrategia defensiva y ante la posibilidad de una condena mayor en la etapa oral., L.C. terminó aceptando un acuerdo de juicio abreviado, y fue condenado a la pena de 3 años de prisión en suspenso.

VI. Algunas consideraciones finales

Lamentablemente, situaciones como la descrita no resultan excepcionales. El rol del poder judicial en este aspecto viene demostrando ambigüedades que requieren ser corregidas mediante la brújula conjunta de los derechos humanos y la salud pública. El poder judicial puede y debe colaborar en la construcción de una respuesta eficaz a la problemática del VIH en Argentina. La punición o su amenaza presentan una serie de complejidades en relación a la temática del VIH que, lejos de colaborar, podrían agravar las condiciones epidemiológicas y de circulación del virus.

La no criminalización en torno al VIH ha sido un tema insistentemente abordado por la 27.675. Esto presupone, que a medida que la sociedad avanza hacia un paradigma de creciente reconocimiento de los derechos humanos y menos punitivo, es crucial comprender y analizar críticamente las intervenciones del poder judicial para que estas no resulten contrapuestas.

Referencias bibliográficas

AAVV. 2012. “La Guerra contra las Drogas y el VIH/SIDA: Cómo la Criminalización del Uso de Drogas fomenta la Pandemia Global”. En: *Revista Pensamiento Penal*.

Declaración de consenso de expertos sobre la ciencia relativa al VIH en el contexto del derecho penal. 2018. Disponible en: <https://www.hivjusticeworldwide.org/wp-content/uploads/2018/07/Spanish-Expert-Consensus-Statement.pdf>

Declaración de Oslo sobre la criminalización del VIH .2012. Disponible en: <https://toolkit.hivjusticeworldwide.org/es/resource/declaracion-de-oslo-sobre-la-criminalizacion-del-vih/>

ONU.1948. Declaración universal de los derechos humanos.

ONUSIDA. 2015. Acción acelerada para la prevención combinada. Hacia la reducción de nuevas infecciones por el VIH a menos de 500.000 de aquí a 2020. Disponible en: https://www.unaids.org/sites/default/files/media_asset/JC2766_Fast-tracking_combination_prevention_es.pdf

ONUSIDA. 2021. La penalización del VIH. Serie de folletos informativos sobre derechos humanos. Disponible en:

https://www.unaids.org/sites/default/files/media_asset/01-hiv-human-rights-factsheet-criminalization_es.pdf

PNUD. 2021. Orientaciones para fiscales sobre casos penales relacionados con el VIH. Nueva York. Disponible en: https://www.undp.org/sites/g/files/zskgke326/files/2022-08/undp-guidance-for-prosecutors-on-hiv-related-criminal-cases-sp_0.pdf

Welbourn A. 2009. *Mujeres, VIH y derechos humanos: la crisis de la criminalización.*

El impacto de la criminalización de personas con VIH en el acceso a la salud: análisis jurídico y perspectivas legales

Cecilia Alejandra Rodríguez

Abogada. Referente Nacional Adjunta y responsable del área de legales de la Comunidad Argentina de Mujeres con VIH (ICW Argentina).

I. Introducción

El presente artículo tiene por finalidad examinar los efectos adversos y las consecuencias derivadas de la criminalización de las personas con VIH, así como también su impacto en el acceso a la salud. Además, se propone realizar un análisis desde una perspectiva legal, centrándose en la violación de los derechos que se produce cuando se recurre a la criminalización, así como en el impacto negativo en el acceso efectivo a la salud.

En términos conceptuales la criminalización se refiere a la aplicación del derecho penal a las personas con VIH basándose únicamente en el estado serológico de VIH positivo, ya sea a través de leyes penales específicas para el VIH o aplicando leyes penales generales que permiten el sometimiento judicial de la transmisión no dolosa del VIH, la exposición potencial o percibida al VIH cuando éste no se ha transmitido, y/o la no revelación del diagnóstico.

Se analizan algunos casos precedentes a nivel mundial y local. A nivel internacional, ha habido condenas por no revelar el estado serológico, así como por exposición o transmisión del VIH. Sin embargo, en ninguno de estos casos se pudo demostrar la intención dolosa, ni se presentaron pruebas de calidad científica, a pesar de las recomendaciones emanadas de las directrices internacionales sobre derecho penal y VIH.

En Argentina se han registrado varios casos de criminalización relacionados con la transmisión del VIH. Uno de los primeros ocurrió en la provincia de Santa Fe

en el año 2003, seguido por otro en el año 2021 en la provincia de Córdoba. En agosto de 2022, un tribunal de la provincia de San Luis emitió advertencias judiciales sobre la posible iniciación de acciones penales por el riesgo de transmisión del VIH mediante la lactancia materna exclusiva. En 2023 se registró otro caso en la provincia de Santa Fe, y el más reciente tuvo lugar en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en septiembre de 2024. Estos casos evidencian la persistente tendencia a judicializar situaciones vinculadas con la transmisión del virus, en lugar de abordarlas desde una perspectiva de salud.

Los precedentes nacionales registrados han violado normativas de diversos niveles jerárquicos, a nivel general desde recomendaciones de la Organización Mundial de la Salud, convenciones y declaraciones internacionales, así como derechos constitucionales como el derecho a la salud, el derecho a la no discriminación, el principio de legalidad y las garantías del debido proceso. Y en particular derechos contemplados en la Ley Nacional N° 27.675 de Respuesta Integral al VIH, Hepatitis Virales, Tuberculosis y otras infecciones de transmisión sexual, incluido el derecho a un trato digno y libre de criminalización, el derecho al resguardo de la confidencialidad, el derecho a la información, los derechos del paciente y el derecho a no sufrir violencia institucional.

La criminalización disminuye la eficacia y obstaculiza la prevención, el tratamiento, la asistencia y el apoyo relacionados con el VIH. Expertos y organismos internacionales de derechos humanos recomiendan la eliminación de las leyes penales específicas sobre el VIH, ya que no sólo vulneran los derechos humanos, incluidos el derecho a la salud, la intimidad, la igualdad y la no discriminación, sino que también inhiben los esfuerzos para abordar eficazmente la epidemia del VIH.

El presente artículo destaca la necesidad urgente de eliminar las leyes penales específicas relacionadas con el VIH y promover un enfoque basado en los derechos humanos para garantizar un acceso equitativo y sin discriminación en el acceso a la salud para las personas seropositivas.

II. El concepto de criminalización

En muchas jurisdicciones del mundo, las personas que viven con VIH pueden enfrentar un proceso penal si son acusadas de transmitir el VIH, de exponer a otra persona a un riesgo potencial o percibido de infección o de no revelar su

estado serológico (por ejemplo, a una pareja sexual). El uso del derecho penal de esta manera se conoce comúnmente como “criminalización del VIH”.⁵⁸

La criminalización del VIH se define como la aplicación del derecho penal exclusivamente a las personas con VIH basándose en su estado serológico positivo, y apoyándose en conceptos erróneos e ignorancia sobre el VIH y sus modos de transmisión. Pero se ve agravado por el efecto del estigma relacionado con el VIH, que señala al VIH como un daño individual y social particularmente atroz.⁵⁹

Esta práctica puede conllevar acciones penales por transmisión no dolosa (no intencional) del VIH, exposición potencial al virus o por la no divulgación del diagnóstico.

En otras palabras, la criminalización del VIH constituye un uso inapropiado del derecho penal, enfocado únicamente en el diagnóstico de VIH positivo de las personas afectadas.

Al día de hoy, el estigma relacionado con el VIH sigue influyendo en la forma en que la sociedad percibe y trata a las personas que viven con VIH. Este estigma, literalmente una "marca de vergüenza", degrada a las personas afectadas y puede desembocar en un trato discriminatorio basado únicamente en el estado serológico⁶⁰.

A su vez, la criminalización del VIH representa un uso indebido del derecho penal para controlar y castigar a las personas que viven con el virus. Es crucial abordar este tema desde una perspectiva de derechos humanos y de salud pública para garantizar una respuesta justa y equitativa para todas las personas afectadas por el VIH.

Los expertos y organismos internacionales vienen desaconsejando toda realización de prácticas de criminalización de personas con VIH, afirmando que el punitivismo y las leyes específicas para criminalizar la transmisión de VIH no son efectivas en la respuesta al virus. Se han elaborado documentos que aportan

⁵⁸ Ver concepto de *criminalización* en PNUD (2021) “Orientaciones para fiscales sobre casos penales relacionados con el VIH” [.nes-para-fiscales-sobre-casos-penales-relacionados-con-el-vih/](https://www.unaids.org/es/resources/documents/2021/20211110_jc1601_policy_brief_criminalization_long_es.pdf)

⁵⁹ Ver más en <https://www.hivjusticeworldwide.org/es/3644-2/>.

⁶⁰ “La aplicación inadecuada o exageradamente amplia del derecho penal a la transmisión del VIH crea además un riesgo real de aumentar el estigma y la discriminación de las personas que viven con el VIH y de alejarlas aún más de los servicios de prevención, tratamiento, atención y apoyo relacionados con el VIH”. Cita extraída del Informe de política: “Penalización de la Transmisión del VIH”. PNUD-ONUSIDA 2007. Disponible en: https://www.unaids.org/es/resources/documents/2008/20081110_jc1601_policy_brief_criminalization_long_es.pdf

datos y recomendaciones como la “Declaración de Oslo sobre la criminalización del VIH”, la “Declaración de Consenso de Expertos sobre la Ciencia relativa al VIH en el contexto del derecho penal”, “10 razones para oponerse a la penalización de la exposición al y la transmisión del VIH”, “Informe de política. Penalización de la Transmisión del VIH.PNUD-ONUSIDA” entre otros. En líneas generales estos concluyen en que la criminalización genera más daños que beneficios tanto para la salud pública como para los derechos humanos.

Por otro lado, resulta importante destacar que la noción de criminalización no se limita únicamente al proceso penal, es decir, no se reduce únicamente a la presentación de una denuncia ante las autoridades del fuero penal. Más bien, también puede abarcar una serie de acciones previas que pueden constituir actos de criminalización, como por ejemplo una intimación formal, una denuncia administrativa o civil.

En resumen, la criminalización del VIH representa un enfoque equivocado y perjudicial para abordar la epidemia de VIH. Es esencial promover una respuesta basada en derechos humanos y en evidencia científica para garantizar un tratamiento justo y equitativo a todas las personas afectadas por el VIH.

III. Análisis de casos precedentes

En el mundo ha habido varios casos de criminalización de personas con VIH en los que se han aplicado leyes penales para controlar y castigar a individuos basándose únicamente en su estado serológico positivo. Según un documento publicado por ONUSIDA⁶¹, en 2020, 92 países comunicaron a ONUSIDA que penalizan la exposición al VIH, la transmisión del virus y el ocultar el estado serológico por medio de leyes específicas o generales⁶². A continuación, se presentarán algunos casos precedentes que ejemplifican la criminalización.

III. 1. Ámbito Internacional

En numerosos países, se han registrado casos de procesamiento de personas con VIH bajo acusaciones de no revelar su estado serológico previo a relaciones sexuales (no revelación del VIH), exponer a otros al virus (exposición al VIH) y/o transmitir el VIH a terceros. Además, se han reportado casos relacionados con

⁶¹ ONUSIDA: El Programa Conjunto de las Naciones Unidas sobre el VIH/Sida. Ver más en: <https://www.unaids.org/es>

⁶²ONUSIDA (2021).“La penalización del VIH”. Folletos informativos ONUSIDA. https://www.unaids.org/sites/default/files/media_asset/01-hiv-human-rights-factsheet-criminalization_es.pdf

acciones como morder, escupir, arañar e incluso amamantar. En muchos de estos casos, se han dictado condenas, incluso cuando no se ha podido demostrar la intención de causar daño no existiendo pruebas científicas que respalden la posibilidad o probabilidad de transmisión.

Desde el primer caso registrado en Estados Unidos en el año 1986⁶³, se han reportado situaciones similares en más de 80 países. Aunque menos de la mitad de estos casos se han basado en leyes específicas sobre el VIH, los restantes han empleado diversas disposiciones legales generales. Según un informe de los organismos expertos⁶⁴, en los últimos años, países como Rusia, Bielorrusia, Uzbekistán y Estados Unidos han registrado un mayor número de casos. Es importante señalar que todos estos países cuentan con leyes específicas relacionadas con el VIH. Aunque la incidencia varía según el estado en Estados Unidos, aquellos que poseen leyes penales específicas sobre el VIH tienden a registrar más casos que aquellos que aplican disposiciones legales generales.⁶⁵

CASO O.G. Y OTROS Vs. GRECIA 23-01-2024

En este reciente precedente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos se condena al estado de Grecia por violación del derecho a la intimidad.

Hechos

En abril de 2012, en el marco de un operativo policial llevado a cabo en el centro de Atenas, un total de noventa y seis mujeres, trabajadoras sexuales, fueron trasladadas a la comisaría de policía de Atenas, quienes supuestamente se encontraban incitando a los policías con gestos obscenos y por encontrarse ejerciendo trabajo sexual de manera irregular⁶⁶. Una vez detenidas les realizaron pruebas médicas para detectar infecciones de transmisión sexual sin su consentimiento. El cual arrojó resultado positivo de VIH para once de ellas.

Posteriormente, las mujeres fueron procesadas por el delito de lesiones graves en grado de tentativa por haber expuesto a sus clientes a la transmisión de VIH.

⁶³ Se estima que el primer caso registrado de criminalización por VIH, ocurrió en Illinois, Estados Unidos, donde se acusó a un hombre de ocultar su diagnóstico seropositivo en el momento de donar sangre. Para conocer sobre casos de criminalización por VIH en el mundo, véase el registro de casos realizado por “La red de la Justicia del VIH” en el sitio <https://www.hivjustice.net/cases/>

⁶⁴ Según la base de datos de The Hiv Justice Net, organismo que aboga contra la criminalización del VIH <https://www.hivjustice.net/global-hiv-criminalisation-database/>

⁶⁵ La base de Datos Mundial sobre Criminalización del VIH también cuenta con una herramienta de búsqueda interactiva y un mapa global que ofrece una descripción visual de dónde se aplican distintos tipos de leyes, dónde se han denunciado distintos tipos de casos y dónde operan las organizaciones. <https://www.hivjustice.net/global-hiv-criminalisation-database/>

⁶⁶ En Grecia el trabajo sexual se encuentra legalizado y regulado.

Por lo que el fiscal interviniente ordenó que se publicaran los nombres y fotografías de las imputadas junto con la información de que tenían VIH, con el objetivo de alertar a sus clientes de la existencia de un posible riesgo para su salud.

El auto que ordena la medida de la publicidad expresaba:

[...] la sociedad estará protegida y el Estado logrará más fácilmente su objetivo de reprimir los delitos antes mencionados, con la revelación de la posible comisión de actos similares por su parte, a través de la incitación a todos aquellos que ya han cometido delitos. tenido relaciones sexuales con ellas para someterse a exámenes médicos y para evitar el pánico que podrían apoderarse de todos aquellos que han tenido relaciones sexuales con prostitutas de similares características⁶⁷.

El caso llegó a tener sentencia ante el Tribunal Penal de Atentas en 2016 donde finalmente las mujeres fueron sobreseídas por el delito de lesiones en grado de tentativa a causa del estado serológico de VIH positivo.

Si bien en el caso se dieron varias violaciones de derechos, a efectos de ejemplificar un hecho de criminalización de personas con VIH, la exposición del mismo se remite sólo a ese aspecto.

Comentarios sobre el caso

Este precedente ejemplifica claramente la criminalización de personas con VIH. Este tipo de criminalización tuvo múltiples efectos negativos, tanto para las personas involucradas como para la salud pública en general.

En primer lugar, las pruebas de VIH se realizaron sin el consentimiento de las mujeres, violando su derecho a la privacidad y a la autonomía sobre su propio cuerpo. Luego, once de ellas fueron procesadas por el delito de lesiones graves en grado de tentativa simplemente por su estado serológico positivo. Esta acusación se basó en la suposición de que haber ejercido trabajo sexual siendo VIH positivas constituía una amenaza para la salud de sus clientes, sin considerar si realmente hubo una transmisión intencional o siquiera exposición al virus.

La orden del fiscal de publicar los nombres y fotografías de las mujeres junto con su estado de VIH fue una violación grave de su privacidad y dignidad. La justificación de "proteger a la sociedad" y "evitar el pánico" fue contraproducente,

⁶⁷ Según fallo traducido al español en : <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2024/02/Caso-OG-y-otros-vs.-Grecia-LPDerecho-1.pdf>

generando estigmatización y discriminación contra estas mujeres, y posiblemente contra otras personas viviendo con VIH.

Este tipo de criminalización tiene varios efectos negativos que pueden ser destacados.

Fomenta el estigma y la discriminación: Al hacer pública la identidad y el estado serológico de las mujeres, se perpetúa el estigma asociado al VIH, disuadiendo a otras personas de hacerse pruebas y buscar tratamiento por miedo a repercusiones similares.

Afecta la salud pública: La criminalización de personas con VIH no promueve comportamientos más seguros ni reduce la transmisión del virus. En cambio, crea un ambiente de miedo y desconfianza hacia las autoridades sanitarias y judiciales, dificultando los esfuerzos de prevención y tratamiento. Atravesar un diagnóstico de VIH positivo junto con un proceso judicial en contra puede ser más que contraproducente para la salud de la persona afectada.

Violación de derechos humanos: Las mujeres en este caso fueron sometidas a pruebas de VIH sin su consentimiento y luego expuestas públicamente, lo que constituye una clara violación de sus derechos humanos. Estas acciones son contrarias a las recomendaciones de ONUSIDA y los expertos, que abogan por un enfoque no punitivo y respetuoso de los derechos de las personas con VIH.

Ineficacia del enfoque punitivo: La eventual absolución de las mujeres en 2016 por el Tribunal Penal de Atenas subraya la ineficacia de usar el sistema penal para abordar cuestiones relacionadas con el VIH. En lugar de lograr justicia o protección de la salud pública, el caso causó daño adicional a las víctimas y desvió recursos que podrían haberse utilizado en programas de apoyo y prevención.

En conclusión, la criminalización de las trabajadoras sexuales VIH positivas en este caso no solo fue injusta y discriminatoria, sino también contraproducente para los objetivos de salud pública. Un enfoque que priorice el apoyo, la educación y la prevención, en lugar de la penalización, es fundamental para abordar de manera efectiva la epidemia de VIH y proteger los derechos humanos de las personas afectadas.

III. 2. **Ámbito Nacional**

En Argentina, también se registran algunos casos de criminalización por el estado serológico de VIH positivo. En la Provincia de Santa Fe en el año 2003 y

2024, en Córdoba en 2023, en San Luis en agosto de 2022 y en Buenos Aires en 2024. La mayoría de estos han sido de público conocimiento debido a la trascendencia relevada a través de los medios de comunicación. Sin embargo, a efectos de realizar un análisis jurídico no ha sido posible acceder a los fallos o expedientes completos de la totalidad de estos, por eso a continuación se expondrá un análisis pormenorizado de dos precedentes.

“B., D. N. p.s.a. infracción ley 12.331 profilaxis enfermedades venéreas–lesiones gravísimas calificadas” (Expte. SAC N.º 9050009). 6 de octubre de 2021

Hechos

Un hombre de 23 años había sido acusado de haber perpetrado dos delitos contra su pareja. Respecto del primero se trataba de un hecho de violencia y por el segundo (y el objeto de análisis) se lo acusaba específicamente por haber tenido relaciones con su pareja en forma reiterada sin usar preservativo y haberle transmitido VIH.

Según la acusación la fecha del hecho no había podido ser determinada con exactitud, pero era ubicable entre los meses de febrero y agosto de 2018. Se le reprochaba que, aun conociendo su estado serológico de VIH positivo, sabiendo que se trataba de una infección de transmisión sexual, ocultó el diagnóstico a su pareja a quien le habría transmitido el virus.

El Tribunal se planteó; 1- si los hechos relatados existieron y si el acusado habría participado de estos, 2- la calificación aplicable al caso, 3- y qué pronunciamiento correspondía dictar.

El acusado declaró en etapa de la Investigación Penal Preparatoria que conoció su diagnóstico en el momento que su pareja le advirtió que se había realizado prueba de VIH arrojando resultado positivo, siendo en ese momento donde procedió a realizarse la prueba. Manifestó que la relación había durado un año aproximadamente.

El imputado fue procesado con prisión preventiva por infracción a la “ley de Profilaxis Antivenérea” N° 12.331 y por lesiones gravísimas.

Durante la etapa de juicio, la defensa argumentó durante los alegatos, respecto del art. 18 de la ley 12.331 y del art. 202 del Código Penal, señalando que el primero de ellos establece que el que “sabiéndose” afectado mientras que el segundo artículo dice el que “propagare”. Destacó que la Real Academia Española, define que propagar es multiplicar, extender y señaló que el acusado, D. N. B., no propagó la enfermedad a nadie porque no sabía, sino que habría

tomado conocimiento de la infección con posterioridad a que su ex pareja (la mujer denunciante) se realizara la prueba de VIH durante un control de su embarazo quien le comunicó esta situación.

Resaltó también que los testimonios no son de valor contra una prueba científica que son los estudios de sangre. Y que por eso solicitó prueba informativa de un perito médico infectólogo para que ilustre sobre los síntomas de la infección. También solicitó se libren oficios a hospitales y a dieciséis centros de salud para que informen si existían historias clínicas, estudios de sangre de VIH y si estas dos personas, los cuales no arrojaron datos positivos.

Remarcó que D. N. B. desconocía la enfermedad al momento de la acusación, siendo la única prueba verdadera, según la declaración del médico infectólogo, es la de resultado científico. Por estos motivos solicitó el sobreseimiento.

Decisión

La Cámara en lo Criminal y Correccional de Sexta Nominación, Sala unipersonal 1 expresó que existían diversos elementos que indicaban que D. N. B. contrajo VIH antes de emprender su relación con la damnificada, y que, al menos, durante el tiempo que estuvieron juntos, nunca trató su infección. Que no había referencia a situaciones concretas de las que pudieran inferirse riesgos concretos de transmisión de VIH de la denunciante anteriores a su relación con el acusado. Señalaron que:

“En el caso de D. N. B., el progreso de la enfermedad⁶⁸ ha sido tres veces superior al de P. V. L., a quien el médico tratante consideró contagiada en forma reciente debido a la carga de sus primeros resultados”.

“La prueba reunida permite sostener que él sospechaba claramente padecer de VIH al momento de iniciar su relación con P. V. L. Esto es, que, al menos, se representaba la posibilidad concreta de *estar enfermo*

⁶⁸ El resaltado en negrita de la cita me pertenece, ello obedece a que los términos empleados no se ajustan a las recomendaciones existentes sobre el uso del lenguaje apropiado para referirse tanto al VIH como a las personas que tienen VIH. Existen guías con orientaciones sobre el lenguaje recomendable para evitar estigmatizar a las personas con VIH. En este sentido, para referirse a la transmisión del VIH se recomienda no utilizar la palabra “contagio”. Asimismo, la expresión “estar enfermo” no es recomendable, toda vez que tener diagnóstico de VIH no implica necesariamente estar enfermo. Ver “*Orientaciones terminológicas de ONUSIDA*”-Versión 2015- Disponible en: https://www.unaids.org/es/resources/documents/2015/2015_terminology_guidelines También puede consultarse: “*La protección de los derechos de las personas con VIH*”. Boletín de jurisprudencia. Fundación Huésped. Ministerio Público de la Defensa. Pág. 11. “lenguaje clave” https://repositorio.mpd.gov.ar/jspui/bitstream/123456789/4035/1/Versi%3%b3n%20final_2022.11.23.%20Bolet%3%adn%20HIV.pdf.

y, por ende, de *contagiar* a su pareja al mantener múltiples relaciones sexuales con ella, sin verificar ni tratar esa posible enfermedad, ni usar ninguna clase de protección –como los profilácticos– para neutralizar ese peligro” (Lo resaltado pertenece a la autora).

En atención a estos argumentos, el tribunal declaró culpable a D. N. B., por el delito de lesiones leves doblemente calificadas en concurso ideal y lesiones gravísimas doblemente calificadas en concurso ideal (arts. 92 en función del 91 y del 89, 80 incs. 1º, 80 inc. 11º y 54 CP), todo ello en concurso real (art. 55 CP) y absuelto por el delito de amenazas que se le atribuía (hecho 1), (art. 149 bis, 1er. párrafo, 1er. supuesto del CP). Se impuso la pena de tres años y seis meses de prisión, accesorias de ley y costas.

Comentarios sobre el caso

Este precedente constituye otro ejemplo de criminalización de una persona con VIH por presumirse una transmisión del virus. Pese a que no se pudo comprobar que el acusado conocía su diagnóstico, por lo tanto, no se acreditó la existencia de una intencionalidad o dolo, aplicando criterios subjetivos y vulnerando principios y garantías constitucionales.

A continuación, se resaltan algunos aspectos que se relacionan directamente con los efectos negativos que produce la criminalización.

Arbitrariedad de la sentencia: La acusación y condena se basaron en la suposición de que el condenado conocía su estado serológico antes de tener relaciones sexuales con su pareja, aunque él alegó haberse enterado de su diagnóstico al mismo tiempo que su pareja. Sin embargo, no hubo prueba fehaciente que demostrara que había tomado conocimiento de su diagnóstico con anterioridad a que su pareja le informara de su propio diagnóstico positivo. Tanto la acusación como la condena, se sustentaron en suposiciones más que en pruebas científicas concluyentes, como en dichos de testigos que declararon sobre sospechas de que el acusado conocía su diagnóstico con anterioridad, como el análisis realizado sobre los valores de las cargas virales de la pareja los cuales arrojaron una carga viral más alta en el hombre que la mujer. Siendo que este factor no es científico, no hay evidencia que compruebe este criterio.

Violación de derechos humanos: La acusación y el proceso judicial implican una invasión a la privacidad del acusado, similar a otros casos de criminalización de personas con VIH. La sentencia no solo penaliza a una persona potencialmente sin conocimiento de su estado serológico, sino que también perpetúa el estigma asociado al VIH. También se vulnera el derecho a la

confidencialidad del diagnóstico y a las garantías penales del debido proceso por falta de certeza de la prueba. Se dejó de lado el principio in dubio pro reo.

Estigmatización y discriminación: La criminalización de la transmisión del VIH, especialmente en ausencia de intención dolosa, refuerza el estigma social contra las personas que viven con el virus. Este estigma puede desalentar a otros de hacerse pruebas o revelar su estado serológico por miedo a enfrentar consecuencias legales y sociales similares. En el presente caso no se pudo establecer con certeza el momento en que el imputado conoció su diagnóstico, pero se lo condenó por tener VIH, lo que configura una clara violación del derecho a la no discriminación.

Impacto en la salud pública: Penalizar la transmisión del VIH puede llevar a un efecto contraproducente donde las personas eviten hacerse la prueba o informar a sus parejas, lo que incrementa el riesgo de transmisión no diagnosticada. La salud pública se ve afectada negativamente cuando la criminalización disuade comportamientos proactivos de prevención y tratamiento. De hecho, *en el informe elaborado por la Lic. en Psicología se desprende que el acusado tenía sentimientos de vergüenza lo que repercutió en su estado de ánimo*. Inclusive, consta en autos que el hombre había abandonado su tratamiento antirretroviral lo cual pudo haber sido generado por estigma y la discriminación vividos.

Desincentiva la prueba diagnóstica de VIH y el tratamiento: Al asociar el diagnóstico con potenciales consecuencias legales, las personas pueden optar por no hacerse la prueba de VIH, lo cual incrementa la propagación del virus.

No resuelve el problema de fondo: La aplicación del derecho penal no aborda las causas subyacentes de la transmisión del VIH, como la falta de acceso a la educación sexual, la disponibilidad de condones, y el tratamiento antirretroviral.

Injusticia y desproporcionalidad: Las sentencias pueden ser desproporcionadas y no reflejar la realidad de la situación. En este caso, la sentencia de tres años y seis meses de prisión puede considerarse excesiva dado que no hubo evidencia concluyente de intención dolosa.

El caso del hombre acusado de transmitir VIH a su pareja subraya las serias implicancias negativas de la criminalización de personas con VIH. La falta de pruebas concluyentes sobre el conocimiento previo de su estado serológico y la severidad de la sentencia impuesta demuestran una respuesta legal desproporcionada y punitiva. Este enfoque no solo vulnera los derechos humanos del acusado, sino que también socava los esfuerzos de salud pública al perpetuar el estigma y disuadir el comportamiento preventivo. Un enfoque

basado en la educación, el apoyo y la prevención sería más efectivo para manejar la transmisión del VIH y proteger los derechos humanos. Además, el fallo viola el derecho a la no discriminación, atribuye la responsabilidad de cuidado al acusado sólo por su situación de VIH positivo dejando de lado la responsabilidad compartida en el uso del preservativo, y la errónea suposición de que las personas con VIH están obligadas a revelar su condición. Fomenta al develamiento del diagnóstico violando el derecho a la confidencialidad y privacidad.

Juzgado de Familia, Niñez, Adolescencia y Violencia N 2 de la Primera Circunscripción judicial de la provincia de San Luis. "Maternidad Dra.Teresita Baigorria comunica situación de la Sra. G.F.B" Expte.N° 335346/22

Si bien este precedente no aconteció en el ámbito de la justicia penal, sino del fuero de Familia, también representa un caso de criminalización por presunto riesgo de transmisión del VIH a través de lactancia materna exclusiva.

Se interpuso un recurso de revocatoria con apelación en subsidio contra una medida cautelar dictada por un juzgado de familia que advirtió a una mujer con VIH que se abstenga de alimentar a su hija por nacer a través de lactancia materna exclusiva (LME) ⁶⁹ bajo pena de afrontar acciones civiles y penales.

El planteo de revocatoria fue concedido parcialmente, mientras que la apelación fue rechazada.

La sentencia fue dictada en fecha de diciembre de 2022, en la Provincia de San Luis.

Por la complejidad que requiere abordar la lactancia en mujeres con VIH, a continuación, se realizarán algunos comentarios previos para mejor comprensión del tema.

En este caso se criminalizó a una mujer con VIH que decidió acceder a su derecho de elegir la forma de alimentar a su bebé a través de la LME. Cabe señalar que dicha práctica forma parte de los derechos reproductivos que asisten a toda mujer o persona gestante con VIH, que como todo derecho humano los Estados tienen el deber de respetar y garantizar. Desde ya se advierte que la LME en mujeres con VIH no es una práctica ilícita que esté prohibida en el ordenamiento jurídico argentino y que incluso, en algunos países del mundo

⁶⁹ Con la sigla LME se hace referencia a "lactancia materna exclusiva".

existen guías⁷⁰ de acompañamiento para las personas que deciden alimentar a sus hijos de esta forma.

Desde el inicio de la pandemia del VIH-Sida hasta la actualidad, se han logrado importantes avances médicos que permiten a las personas con VIH, bajo tratamiento antirretroviral efectivo (TARV), disfrutar de una calidad de vida similar a la de aquellos que no tienen el virus.

La afirmación "indetectable=intransmisible", respaldada por estudios como el "Estudio Partner"⁷¹, establece que una persona con VIH, con adherencia al TARV y carga viral indetectable, no puede transmitir el virus por vía sexual. Esto significa que cuando la carga viral es indetectable, la transmisión del VIH por vía sexual no es posible.

El Ministerio de Salud Nacional *recomienda*⁷² suprimir la lactancia materna para prevenir la transmisión perinatal del VIH, es decir de la persona gestante a su hijo. Sin embargo, se reconoce que las personas con VIH bajo tratamiento antirretroviral y carga viral indetectable presentan un riesgo de transmisión por LME sumamente bajo, según estudios como el Promise, siendo que el riesgo de transmisión del VIH por LME es de aproximadamente 0.3% si la persona está bajo tratamiento antirretroviral y carga viral indetectable, comparado con un 30% si no lo está.⁷³

*Hechos*⁷⁴

Una mujer de 26 años, embarazada y diagnosticada con VIH desde hace nueve años, con carga viral indetectable, fue denunciada por una clínica al expresar su

⁷⁰ Guías: En Inglaterra: *General information on infant feeding for parents living with HIV* <https://www.bhiva.org/file/5bfd308d5e189/BF-Leaflet-2.pdf>. En Australia: *Breastfeeding for women*. <https://napwha.org.au/wp-content/uploads/2021/08/NAPWHA-Living-Well-Breastfeeding-for-Women-living-with-HIV-Community-Resource-2021-web.pdf>

⁷¹ A. Rodger, V. Cambiano, T. Bruun, P. Vernazza, S. Collins, G.M. Corbelli, et al. Risk of HIV transmission through condomless sex in MSM couples with suppressive ART: The PARTNER2 Study extended results in gay men. Program and abstracts of the 22nd International AIDS Conference; July 23-27, 2018; Amsterdam, the Netherlands. Abstract WEAX0104LB.

⁷² Algoritmos de diagnóstico y tratamiento para el control de las infecciones perinatales por el VIH, Sífilis, Hepatitis B y Chagas. Iniciativa ETMI-PLUS. Argentina 2022.

⁷³ La guía de la OMS sobre el VIH y la alimentación infantil indica que las personas con VIH pueden amamantar durante al menos 12 meses, aunque la Comunidad Argentina de Mujeres con VIH/SIDA recomienda limitar la lactancia a 3 a 6 meses. Ver más en <https://academy.hivjustice.net/es/resource/documento-sobre-caso-de-criminalizacion-por-riesgo-de-transmision-del-vih-a-traves-de-la-lactancia-materna-exclusiva/>

⁷⁴ Para obtener más detalles sobre este caso específico, se puede consultar un video producido por ICW Argentina. <https://www.youtube.com/watch?v=JzbFeayMHOQ>

decisión de amamantar a su hija por nacer. Ella se había informado sobre la posibilidad de amamantar y, junto con su pareja, decidió seguir las recomendaciones de la Organización Mundial de la Salud y las guías internacionales de lactancia para mujeres con VIH, que aconsejan un acompañamiento especial y un seguimiento riguroso.

La mujer había presentado un plan de parto fundamentado y respaldado por evidencia científica sobre LME, pero la clínica insistió en que se abstuviera de amamantar a su hija. La Dirección Nacional de Respuesta al VIH, Its, Hepatitis Virales y Tuberculosis, oportunamente se expidió sobre el tema, quienes, habiendo examinado el plan de parto presentado por la mujer, señalaron que, aunque en Argentina no se recomienda la lactancia materna en casos de VIH, se debe respetar la decisión de los padres y brindar recomendaciones para garantizar la seguridad del proceso. A pesar de esto, la clínica presentó una denuncia ante el Juzgado de Familia y obtuvo una medida cautelar que advertía a los padres por consecuencias civiles y penales si no seguían las recomendaciones de la institución, la cual expresaba lo siguiente:

INTÍMESE a la Sra. y al Sr. a dar estricto cumplimiento a las indicaciones respecto a la salud de la persona por nacer que le indiquen los profesionales de la salud de la clínica, todo ello bajo apercibimiento de iniciar acciones legales tanto civiles como penales que pudieren corresponder por su inobservancia.

Posteriormente este proveído fue recurrido a través de una revocatoria presentada por la patrocinante de la denunciada, sosteniendo los siguientes argumentos;

[...] que se los intima a acatar un pseudo protocolo la clínica, en el que se impide a la madre gestante amamantar a su hija por nacer , bajo apercibimiento de iniciar acciones civiles y penales en su contra , que no se especifica cual es la prohibición legal en la que se funda dicha medida judicial que es absolutamente violatoria de los más fundamentales derechos de mi clienta discriminándola a ella y a su hija por su situación de mujer con VIH con carga viral negativa e indetectable de hace más de seis años. Con adherencia al tratamiento documentado. Dejando además aclarado que mis representados se encuentran debidamente asesorados por especialistas, infectóloga, especialista en VIH, y la infectólogo pediatra, única en la provincia cuyas recomendaciones no fueron tenidas en cuenta por el personal y directivo de la institución médica. Que mis representados presentaron plan de parto respetado, el que se adjuntara oportunamente, junto con resumen de historia clínica y análisis bioquímicos de carga viral actualizado , resultando contundentemente acreditado la inexistencia de riesgo de transmisión viral a la niña por nacer

y como se dejara expresado no existiendo condición legal alguna en la materia y bajo los preceptos de las leyes específicas de parto respetado N° 25.929, de no discriminación y respeto a la intimidad, pudor y no discriminación de cualquier índole que establece la ley 26485, la ley de lactancia materna 26.873 , y 27.611 atención y cuidado de la salud en el embarazo y primera infancia , la nueva ley nacional de respuesta integral al VIH 27.675, que ponen en total evidencia que no existe prohibición alguna respecto al derecho de elección de la madre gestante , a priorizar los beneficios de la lactancia, sobre un eventual y absolutamente mínimo riesgo de transmisión en su contexto específico de supresión viral sostenida durante seis años con estudios actualizados presentados en el plan de parto. Que asimismo la directora nacional de la Dirección Nacional de Respuesta al VIH, remitió informe especializado , único, ya que otros informes presentados por los directivos de las recomendaciones del Ministerio de Salud, *simplemente hacen una recomendación de sustitución de lactancia materna como medida de prevención , pero , dicha recomendación solo debe ser tomada como una instancia de consejería,* priorizando en este caso concreto la madre gestante y su compañero los beneficios de la lactancia materna.⁷⁵

El recurso de revocatoria fue concedido parcialmente y se dispuso “I) Rechazar parcialmente la revocatoria interpuesta en fecha 17/08/2.022. II) Revocar el apercibimiento de iniciar acciones legales y penales, proveyendo en su lugar: Bajo Apercibimiento de ley...”.

Posteriormente, la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Ambiental, Familia, Niñez, Adolescencia, Violencia y Laboral de San Luis rechazó la apelación de la madre, respaldando la decisión de la clínica y argumentando el riesgo de transmisión del VIH a través de la lactancia materna. Además, se ordenó la intervención de trabajadores sociales en el hogar de los padres y la comunicación regular del estado de la madre y su bebé por parte de la clínica.

Dentro de sus fundamentos, el juez expresó que:

La recurrente persigue se revoque la interlocutoria de la Pretorio de grado de fecha 19 de agosto 2022, donde rechaza parcialmente la reposición deducida, en cuanto no hace lugar al pedido de los padres del menor por nacer e hijo de los impetrantes, de ser alimentado con leche materna, una vez producido el nacimiento. Aduciendo al efecto la enfermedad viral de la madre (HIV), respaldándose en los estudios y recomendaciones médicas acompañadas en autos y por lo que concluye que no se encuentra asegurado ni demostrado que exista un porcentaje de 100% de

⁷⁵ La redacción de la cita fue modificada sólo a efectos de proteger datos sensibles.

no transmisión de la enfermedad al lactante. Considero que el recurso intentado no debe prosperar, en primer lugar en atención al resguardo de los derechos y protección integral del niño y en segundo término – tal y como también lo sostiene el Sr. Defensor – ESE RIESGO DE TRANSMISIÓN VERTICAL A TRAVÉS DE LA LACTANCIA MATERNA, NO ES IGUAL A CERO....

Comentarios sobre el caso

Este caso ejemplifica los desafíos y las barreras que enfrentan las personas con VIH en el ejercicio de sus derechos reproductivos y de crianza, así como la persistencia del estigma y la discriminación en el ámbito de la salud. Este ejemplo de criminalización de una persona con VIH subraya los efectos negativos de la criminalización y la discriminación basadas en el estado serológico, y cómo estas prácticas perjudican tanto a los individuos como a la salud pública.

-Denuncia basada en decisiones personales de salud: La mujer y su pareja decidieron amamantar a su hija siguiendo recomendaciones internacionales y con un plan de parto extensamente fundamentado y respaldado por evidencia científica. A pesar de esto, la clínica presentó una denuncia ante el Juzgado de Familia, obteniendo una medida cautelar que imponía severas consecuencias civiles y penales si la madre no cumplía con las recomendaciones de la clínica.

-Falta de consideración de la evidencia científica: La decisión de la madre se basó en información proporcionada por especialistas en VIH y la Dirección Nacional de Respuesta al VIH, que destacaron la posibilidad de amamantar con un seguimiento adecuado. Sin embargo, las autoridades judiciales y la clínica ignoraron estas recomendaciones, optando por medidas coercitivas en lugar de respetar la autonomía y las decisiones informadas de la madre.

-Intervención intrusiva del Estado: La orden judicial no sólo imponía restricciones sobre la lactancia, sino que también involucraba la intervención de trabajadores sociales en el hogar de los padres y la comunicación regular del estado de salud de la madre y su bebé, lo que constituye una invasión de la privacidad y una supervisión innecesaria basada en el estigma del VIH.

Algunos efectos específicos vinculados a la criminalización son:

Estigmatización y discriminación: En el presente caso puede apreciarse como una medida judicial refuerza el estigma contra las personas con VIH, tratándolas como un riesgo inherente y no como individuos capaces de tomar decisiones informadas sobre su salud y la de sus hijos. La discriminación basada en el

estado serológico contribuye a la marginalización y al aislamiento social de las personas con VIH.

Impacto en la salud pública: La criminalización puede desincentivar a las personas con VIH a buscar tratamiento y asistencia médica por temor a ser denunciadas o sometidas a medidas legales punitivas. Al promover un entorno de miedo y desconfianza, se socavan los esfuerzos para un manejo efectivo del VIH, incluyendo la adherencia a tratamientos y la participación en programas de prevención. En este caso el acompañamiento médico era fundamental por la complejidad que requiere la práctica de la lactancia materna exclusiva, y más aún tratándose de una madre primeriza.

Violación de derechos humanos: Las decisiones judiciales que imponen restricciones sin considerar la evidencia científica y las recomendaciones de expertos violan los derechos de las personas a tomar decisiones informadas sobre su salud. La medida cautelar y la intervención intrusiva en la vida privada de la familia son ejemplos de violaciones de derechos fundamentales, como el derecho a la privacidad y a la autonomía.

El caso de la mujer denunciada por la clínica y sometida a medidas judiciales coercitivas por su decisión de amamantar ilustra los peligros de la criminalización de las personas con VIH. En lugar de fomentar un enfoque basado en la educación, el apoyo y el respeto por las decisiones informadas, la criminalización perpetúa el estigma y socava la salud pública. Es esencial que las políticas y prácticas relacionadas con el VIH se basen en la evidencia científica y los derechos humanos, promoviendo un entorno donde las personas con VIH puedan tomar decisiones informadas sin temor a represalias legales.

IV. Vulneración de derechos y normas como consecuencia de la criminalización por el estado serológico positivo

La criminalización viola normativas de diversos niveles jerárquicos, desde recomendaciones internacionales hasta derechos constitucionales y legislación nacional. Esto incluye el derecho a la salud, la no discriminación, el principio de legalidad y las garantías del debido proceso. Entre ellos se encuentran:

Derecho a la no discriminación: La criminalización perpetúa la estigmatización y la discriminación hacia las personas con VIH, lo que puede llevar a la exclusión social y dificultar el acceso a la atención médica adecuada. La percepción de las personas con VIH como criminales- delincuentes también puede llevar a la negación de servicios de salud e incluso a la violencia institucional. La

discriminación se configura al impedir, obstruir o menoscabar los derechos y garantías de las personas acusadas por motivo del estado serológico en el sentido de la Ley Antidiscriminatoria N°23.592. El derecho a la igualdad y no discriminación se encuentra también establecido en diversa normativa como el Ar.16 de la Constitución Nacional, Art. 37 y Art. 75 incisos 2, 19, 22 y 23. Asimismo también cuenta con protección en diversos instrumentos internacionales que gozan de igual jerarquía.

Derecho a la intimidad y al resguardo de la confidencialidad: La revelación forzada del estado serológico de VIH, ya sea por orden legal o como resultado de procesos judiciales, viola el derecho a la privacidad y confidencialidad de la información médica de las personas afectadas. Esto puede generar temor a buscar atención médica y a divulgar su diagnóstico, lo que a su vez puede tener consecuencias negativas para su salud y la de la comunidad en general al dificultar la detección temprana y el tratamiento del VIH. En este sentido se cita la normativa que contempla el derecho referido a nivel nacional, como la Ley Nacional N° 27.675 de Respuesta Integral al VIH, Hepatitis Virales, Tuberculosis y otras Its, la cual protege la confidencialidad del diagnóstico en el artículo 6°, inciso c); también la Ley de Derechos del Paciente N° 26.539 y la Ley de Protección de los Datos Personales N° 25.326.

Derecho a la salud: La criminalización puede disuadir a las personas con VIH de buscar tratamiento y atención médica, por temor a ser criminalizadas o estigmatizadas. Esto puede resultar en un descenso en el acceso a la atención médica preventiva, al tratamiento antirretroviral y a la atención continua, lo que a su vez aumenta el riesgo de complicaciones de salud y de transmisión del VIH a otras personas. El derecho a la salud es un derecho humano que además de estar protegido en instrumentos internacionales, también posee jerarquía constitucional. Y en particular la Ley Nacional N° 27.675 de Respuesta Integral al VIH, Hepatitis Virales, Tuberculosis y otras Its, Art.6 inciso a).

Derecho al trato digno y libre de criminalización: Ambos derechos se encuentran contemplados en la ley Nacional N° 27.675 de “Respuesta Integral al VIH, Hepatitis Virales, Tuberculosis y otras infecciones de transmisión sexual”. Art 2; Art. 6 inc a, b, c; Art. 11 inc a. En particular el Artículo 6 inc b establece el *derecho de toda persona con VIH a recibir un trato digno y libre de criminalización por su estado de salud.*

En este sentido el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo ha expresado que “[l]a penalización fortalece el estereotipo que las personas que viven con VIH son criminales inmorales y peligrosos en vez de, como pasa con

el resto, personas que tienen responsabilidades, dignidad y derechos humanos”⁷⁶.

Atención integral: La asistencia y atención integral a toda persona con VIH es un derecho que también se puede ver amenazado. El miedo al sometimiento judicial puede causar que una persona con VIH abandone el tratamiento, sumado a los efectos causados en la salud mental que generan la criminalización. A su vez, el estigma y la discriminación en los entornos de atención médica pueden llevar a un trato desigual, falta de respeto a la autonomía y dignidad de las personas con VIH, lo que afecta negativamente su bienestar físico y emocional.

Derechos reproductivos: En el caso de la criminalización por lactancia materna exclusiva, se vulneran los derechos reproductivos, ya que la decisión sobre la forma de alimentar a un recién nacido es parte integral del ejercicio de dichos derechos. De acuerdo con la Declaración de los Derechos Sexuales y Reproductivos de la Federación Internacional de Planificación de la Familia (IPPF)⁷⁷, las mujeres con VIH tienen el derecho a tomar decisiones informadas sobre su salud reproductiva. Los derechos reproductivos están intrínsecamente ligados a los derechos humanos, ya que abarcan no solo la salud reproductiva, sino también la capacidad de ejercer libremente decisiones sobre el propio cuerpo. Poder tomar decisiones libres, autónomas y responsables respecto al cuerpo es una condición indispensable para el pleno goce de los derechos humanos⁷⁸.

Derechos del paciente (Ley N° 26.539): la cual reconoce el derecho a asistencia sin discriminación, trato digno y respetuoso, intimidad, confidencialidad, autonomía de la voluntad (incluido para infancias), a la información sanitaria y la interconsulta médica. Regula el consentimiento informado y la historia clínica.

V. Impacto en el acceso a la salud

La criminalización obstaculiza la prevención, tratamiento, asistencia y apoyo relacionados con el VIH, afectando negativamente a las personas con VIH y sus derechos fundamentales. Además, crea barreras significativas para la atención

⁷⁶ PNUD. “10 razones para oponerse a la penalización de la exposición al y la transmisión del VIH”.

⁷⁷ IPPF es una organización no gubernamental de ámbito mundial que tiene como objetivos generales la promoción de la salud reproductiva y la salud sexual.

⁷⁸ IIDH Instituto Interamericano de Derechos Humanos. UNFPA- ASDI. (2008). “Los derechos reproductivos son derechos humanos”

médica adecuada y para abordar eficazmente la prevención y control de la epidemia de VIH y promover la salud pública, socavando la respuesta al VIH.

Una denuncia ya sea dentro del ámbito judicial o administrativo, aleja a las personas de la atención médica y de la realización de testeos. Es preferible fomentar un entorno donde las personas puedan hacerse pruebas, buscar apoyo y tratamiento, y revelar su estado serológico de VIH positivo sin temor a tener que enfrentar repercusiones legales.

Aunque podría haber un papel limitado para la ley penal en casos excepcionales de transmisión dolosa (intencional) del VIH, se debe priorizar el apoyo y empoderamiento de las personas desde el diagnóstico para prevenir incluso estos casos.

Criminalizar a las personas con VIH tiene un impacto devastador en su salud y en los esfuerzos por controlar la epidemia. En lugar de proteger a la población o reducir la transmisión del virus, las políticas punitivas crean un entorno de miedo y estigmatización que aleja a las personas de los servicios de salud, empeorando la salud pública.

Además, la criminalización perpetúa el estigma social y la discriminación, afectando la salud mental de las personas con VIH y profundizando su vulnerabilidad. El impacto negativo no solo se refleja en el deterioro de la salud física y emocional, sino que también socava los principios de los derechos humanos, especialmente el derecho a la salud ya la no discriminación. El punitivismo no puede ser la respuesta del Estado; las políticas deben orientarse hacia la prevención efectiva y el acceso universal al tratamiento, no hacia la persecución.

VI. Conclusiones generales

Los casos aquí expuestos demuestran cómo la criminalización puede afectar negativamente a las personas con VIH y sus derechos, así como generar controversia sobre la efectividad y justicia de este enfoque en la respuesta al VIH y evidencian que “[l]a criminalización de la no revelación del estatus VIH, de la exposición potencial y de la transmisión no intencional está generando más daños que beneficios en términos de impacto en la salud pública y en los derechos humanos”⁷⁹.

⁷⁹*Declaración de Oslo sobre la criminalización del VIH*. 2012. Disponible en: https://www.hivjustice.net/wp-content/uploads/2012/03/declaracion_de_oslo_spanish.pdf

Asimismo, es imprescindible que se asegure un acceso equitativo y no discriminatorio a la atención médica para las personas con VIH. La criminalización de estas personas no solo vulnera sus derechos humanos y legales, sino que también crea barreras significativas para la prevención, diagnóstico y tratamiento del VIH. El estigma asociado con la criminalización impide que muchas personas se sometan a pruebas, busquen tratamiento o revelen su estatus serológico, lo cual incrementa el riesgo de transmisión no diagnosticada y afecta negativamente la salud pública.

Por otro lado, se destaca la necesidad urgente de eliminar las leyes penales específicas sobre el VIH y promover un enfoque basado en derechos humanos para garantizar un acceso equitativo y sin discriminación a la atención médica para las personas con VIH. En particular el artículo 18 de la ley de Profilaxis Antivenérea N° 12.331 y Art 202 Código Penal deberían ser derogados. Tales normas además son inconstitucionales ya que menoscaban derechos con jerarquía constitucional como lo son el derecho a la confidencialidad y a la salud, entre otros.

Como ya se ha expresado reiteradas veces,

[...] la penalización de la transmisión del VIH sólo se justifica cuando una persona deliberadamente o maliciosamente transmita el VIH a otra persona con la intención de perjudicarla. En esos limitados casos, las leyes penales pueden y deben ser utilizadas, en vez de aprobarse leyes específicas de VIH.⁸⁰

Debe tenerse en cuenta de que no existe un método científico que compruebe cuál fue el momento de la transmisión del virus como así tampoco existe evidencia que demuestre la identidad de la persona transmisora. En este punto se sugiere la lectura de un documento elaborado por científicos que enuncian recomendaciones a la hora de aplicar el derecho penal en personas con VIH, sobre todo, en la importancia de conocer la evidencia científica actualizada⁸¹. En el mismo sentido existe una recomendación emitida por ONUSIDA dirigida al Ministerio Público Fiscal con indicaciones a tener en cuenta a la hora de intervenir en casos de personas seropositivas para evitar caer en la

⁸⁰ PNUD, Open Society Institute, Arasa Aids Rights Alliance of South Africa. 2007. *“10 Razones para oponerse a la penalización de la exposición y a la transmisión del VIH.* https://www.opensocietyfoundations.org/uploads/77bf72d5-1b0b-4588-a3f8-ba23f04c7cfa/spanish10_20081205_0.pdf

⁸¹ Declaración de consenso de expertos sobre la ciencia relativa al VIH en el contexto del derecho penal. <https://www.hivjusticeworldwide.org/wp-content/uploads/2018/07/Spanish-Expert-Consensus-Statement.pdf>

criminalización, sin embargo, se puede afirmar que al momento no estarían acatando dichas recomendaciones.⁸²

Bibliografía

Busta Moore D, Catlin A. "Lactation suppression: forgotten aspect of care for the mother of a dying child". *Pediatr Nurs*. 2003; 29:383-384. Disponible en: <https://web.archive.org/web/20180324224424/https://pdfs.semanticscholar.org/31cb/efb18dd6f2df78cca0cdeda3b0f6941e255b.pdf>

Declaración de consenso de expertos sobre la ciencia relativa al VIH en el contexto del derecho penal. Disponible en: <https://www.hivjusticeworldwide.org/wp-content/uploads/2018/07/Spanish-Expert-Consensus-Statement.pdf>

Dirección Nacional de Respuesta Integral al VIH, Hepatitis Virales, Tuberculosis e Its. 2022. "Cómo comunicar sobre VIH y sida. Guía de recomendaciones". Disponible en: https://bancos.salud.gob.ar/sites/default/files/2022-06/comunicar-VIH-2022_0.pdf

Dirección de Respuesta al VIH, ITS, Hepatitis Virales y Tuberculosis, Ministerio de Salud de la Nación. 2022. *Iniciativa ETMI-PLUS. Algoritmos de diagnóstico y tratamiento para el control de las infecciones perinatales por el VIH, Sífilis, Hepatitis B y Chagas*.

ICW Argentina. 2021. *Estudio de violencia y mujeres con VIH de Argentina 2021*. Disponible en: <https://icwlatina.org/wp2/wp-content/uploads/2022/01/estudio-sobre-violencia-y-mujeres-con-vih-en-argentina-2.pdf>

Fundación Huésped. Ministerio Público de la Defensa. 2022. *La protección de los derechos de las personas con VIH. Boletín de Jurisprudencia*. Disponible en: https://repositorio.mpd.gov.ar/jspui/bitstream/123456789/4035/1/Versi%3%b3n%20final_2022.11.23.%20Bolet%3%adn%20HIV.pdf

HIV Justice Network, HIV Justice Worldwide. 2019. "Promover la justicia del VIH 3. El crecimiento del movimiento global en contra de la criminalización del VIH". Disponible en: <https://toolkit.hivjusticeworldwide.org/wp-content/uploads/2020/01/Promover-la-justicia-del-VIH-3.pdf>

⁸² PNUD. 2021. Orientaciones para fiscales sobre casos penales relacionados con el VIH. https://www.undp.org/sites/g/files/zskgke326/files/2022-08/undp-guidance-for-prosecutors-on-hiv-related-criminal-cases-sp_0.pdf

HIV Justice Toolkit. “Compendio de casos de defensa de la criminalización del VIH”. (2018). Disponible en: <https://toolkit.hivjusticeworldwide.org/es/resource/compendio-de-casos-de-defensa-de-la-criminalizacion-del-vih/>

NAPWHA (National Association of People with HIV Australia) and Positive Woman. 2021. “Breastfeeding for women. Australia”. Disponible en: <https://napwha.org.au/wp-content/uploads/2021/08/NAPWHA-Living-Well-Breastfeeding-for-Women-living-with-HIV-Community-Resource-2021-web.pdf>

OMS. 2017. *Guía consolidada sobre salud y derechos sexuales y reproductivos de las mujeres que viven con VIH*. Disponible en: <https://www.paho.org/es/documentos/guia-consolidada-sobre-salud-derechos-sexuales-reproductivos-mujeres-que-viven-con-vih>

OMS (2023). *Alimentación infantil para la prevención de la transmisión materno-infantil del VIH* (Recomendación). Disponible en: www.who.int/tools/elena/interventions/hiv-infant-feeding#:~:text=Mothers%20known%20to%20be%20HIV-infected%20

ONUSIDA. 2021. “La penalización del VIH. Serie de folletos informativos sobre los derechos humanos”.

ONUSIDA. 2015. *Orientaciones terminológicas de ONUSIDA*. Documento de referencia. Disponible en: https://www.unaids.org/sites/default/files/media_asset/2015_terminology_guidelines_es.pdf

ONUSIDA. 2013. “Poner fin a la penalización excesiva por la no revelación, exposición y transmisión del VIH: importantes consideraciones científicas, médicas y jurídicas. Nota orientativa”. Disponible en:

https://www.unaids.org/sites/default/files/media_asset/Guidance_Ending_Criminalisation_es_0.pdf

PNUD-ONUSIDA (2007). “Penalización de la Transmisión del VIH”. Disponible en: https://www.unaids.org/es/resources/documents/2008/20081110_jc1601_policy_brief_criminalization_long_es.pdf

PNUD, Open Society Institute, Arasa Aids Rights Alliance of South Africa. 2007. “10 Razones para oponerse a la penalización de la exposición y a la transmisión del VIH”. Disponible en:

https://www.opensocietyfoundations.org/uploads/77bf72d5-1b0b-4588-a3f8-ba23f04c7cfa/spanish10_20081205_0.pdf

RAJAP, ATTA, ICW Argentina. 2020. *Índice de Estigma y discriminación a personas con VIH 2.0*. Disponible en: <https://rajapp.files.wordpress.com/2022/03/segundo-indice-de-estigma-y-discriminacion-hacia-las-personas-con-vih-en-la-argentina-2021.pdf>

Red de Justicia para el VIH y la Red Mundial de Personas que Viven con el VIH (GNP+). 2016. "Advancing HIV Justice 2". Disponible en: <http://www.hivjustice.net/advancing2/>

Rodriguez, C., Iacono, M. 2022. "Documento sobre caso de criminalización por riesgo de transmisión del VIH a través de la lactancia materna exclusiva". Disponible en: <https://academy.hivjustice.net/wp-content/uploads/2024/05/Argentina-Breastfeeding-ICW-Caso-Criminalizacion-por-Lactancia.pdf>

Sociedad Civil Internacional. 2012. *Declaración de Oslo sobre la criminalización del VIH*. Disponible en: https://www.hivjustice.net/wp-content/uploads/2012/03/declaracion_de_oslo_spanish.pdf

The Well Project. 2023. "La criminalización del VIH y las mujeres". Disponible en: https://www.thewellproject.org/informacion_sobre_el_vih/vih-informacion-basica/criminalizacion-del-vih-y-las-mujeres

The Well Project. 2024. "¿Puedo dar el pecho mientras vivo con VIH?". Disponible en: https://www.thewellproject.org/informacion_sobre_el_vih/mujeres-ninosas-y-familia/puedo-amamantar-mientras-vivo-con-vih-un-resumen#:~:text=Aunque%20que%20el%20riesgo%20de,caso%20de%20la%20transmisi%C3%B3n%20sexual

Material audiovisual

Caso de Criminalización por lactancia materna exclusiva. Agosto 2023. "Lactancia y VIH: Esta es la historia de una mujer con vih que decidió amamantar y fue denunciada". Youtube: <https://www.youtube.com/watch?v=JzbFeayMHOQ>

Discriminación y exclusión laboral como aspectos significativos en la salud desde un enfoque integral. Análisis de jurisprudencia

Javier Fernández

Abogado (UBA) con orientación en Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Ha cursado estudios en la carrera de Medicina (UBA).

Natalia Nelson

Abogada (UCSE). Tiene una especialización en sistema de salud y seguridad social (ISALUD). Maestranda en Derecho del Trabajo y relaciones laborales internacionales (UNTREF).

Romina Cavallo

Abogada (UBA). Mediadora.

Sandra Palacios

Estudiante avanzada de la carrera de Abogacía (Universidad de Morón)

Marcelo Gutiérrez

Abogado y maestrando en Derechos Humanos (UNTREF).

I. Introducción

La discriminación en el ámbito laboral debido al Virus de Inmunodeficiencia Humana (VIH) es un tema crucial que afecta no solo a la salud de las personas, sino que se extiende a todos sus derechos humanos.

Tal como se evidencia en el estudio publicado en 2021 bajo el nombre Índice de estigma y discriminación 2.0 hacia personas con VIH en Argentina (PNUD, 2021), las relaciones de trabajo continúan siendo una instancia de gran estigma

para las personas con VIH. Un 35% de las personas encuestadas declaró no conocer las leyes que refieren al VIH o directamente consideraron que no existían. Asimismo, también evidencian experiencias de discriminación y estigma significativas. De aquí la importancia de erradicar el estigma y garantizar la igualdad de oportunidades para todas las personas, independientemente de su estado serológico.

En este trabajo nos proponemos presentar el estado legislativo y revisar sucintamente jurisprudencia reciente en materia de derecho al trabajo de personas afectadas por el VIH. También apuntamos a visibilizar ciertas conexiones intrínsecas y relevantes entre los derechos al trabajo, a la igualdad y a la intimidad con respecto al derecho a la salud desde una mirada integral.

En este sentido, la discriminación se define como "distinciones injustificadas entre las personas en función de los grupos, clases u otras categorías a las que se percibe que pertenecen", mientras que el estigma:

[e]s la identificación que un grupo social crea sobre una persona o grupo de personas, a partir de algún rasgo físico, conductual o social que se percibe como divergente (...) que devalúa, degrada o rebaja a la persona o al grupo de personas que lo poseen en un contexto determinado y en un momento social determinado (PNUD, 2021; 17).

La discriminación asociada al VIH puede describirse como un proceso de desvalorización hacia las personas afectadas, lo cual dificulta el goce y ejercicio de sus derechos. ONUSIDA (2007) reconoce al estigma y a la discriminación hacia las personas con VIH como las principales barreras que limitan el acceso a los servicios de salud e inserción socio-laboral, considerando la lucha contra aquellas como uno de sus objetivos prioritarios. Partir del reconocimiento de prejuicios y discriminación en el entorno social, laboral y sanitario de personas con VIH permite asumir un problema complejo cuyo abordaje requiere de la interdisciplinariedad en pos de comprender cómo se produce, los efectos en las personas que lo padecen e intentar, en función de ello, establecer las estrategias necesarias para abordarlo. En especial, teniendo presente que el derecho a la intimidad es uno de los derechos fundamentales protegido por la Constitución Nacional junto al derecho a la igualdad y no discriminación.

En su espíritu la nueva Ley Nacional de Respuesta Integral al VIH, Hepatitis Virales, otras Infecciones de Transmisión Sexual –ITS– y Tuberculosis –TBC– sancionada en Argentina en julio de 2022 bajo el N° 27.675 y enmarcada en el paradigma de los derechos humanos apunta a proteger de manera integral los derechos de las personas que viven con VIH. Así establece, por un lado,

prohibiciones dirigidas a la parte empleadora al momento de requerir ciertos datos en los exámenes preocupacionales, y por el otro, reconoce diversos derechos laborales.

Puntualmente en lo que a los derechos laborales concierne, si bien ya existían tutelas a nivel probatorio con respecto al despido discriminatorio, la nueva normativa incorpora una presunción legal *iuris tantum*. El trabajador despedido no deberá probar la discriminación, por lo que se invierte la carga de la prueba y queda en cabeza del empleador demostrar lo contrario.

Así, la normativa nacional admite la existencia de restricciones de hecho que afectan la plena inserción laboral de las personas afectadas por VIH y el carácter discriminatorio de las exclusiones basadas en este criterio. Sin dudas, nos encontramos al amparo de una norma con una impronta en antidiscriminación que propende a evitar la vulneración de derechos. Toma como punto de partida que el mundo laboral constituye un ámbito de posible discriminación que actualmente padece el colectivo de personas viviendo con VIH. Esto se evidencia tanto en el proceso de búsqueda y selección como en el transcurso de la relación laboral y aún tras la finalización o desvinculación del trabajo.

Garantizar un ambiente de trabajo libre de estigma y discriminación aporta a la promoción y goce efectivo de los derechos humanos de las personas afectadas por VIH. Pero también contribuye en términos de la estrategia de prevención combinada. Ésta se basa en la implementación de un conjunto de intervenciones, tanto biomédicas como conductuales y estructurales, que buscan reducir la transmisión del virus y mejorar la calidad de vida de las personas que viven con VIH. Esta estrategia se destaca por su enfoque integral, que no solo abarca el acceso a la atención médica y al tratamiento antirretroviral, sino también la promoción de políticas que favorezcan la equidad y la protección de los derechos humanos de las personas con VIH.

Uno de los componentes clave de esta estrategia es la lucha contra la discriminación y el estigma, especialmente en el ámbito laboral. La discriminación laboral basada en el estado serológico también tiene consecuencias negativas en la salud pública, ya que fomenta el miedo a realizarse pruebas de VIH y, por lo tanto, impide un diagnóstico temprano y el acceso a tratamiento. Esta barrera estructural afecta la efectividad de las estrategias de intervención frente a la epidemia, al socavar la capacidad de las personas de acceder a intervenciones de salud cruciales como el tratamiento antirretroviral, que no solo mejora su salud, sino que también reduce el riesgo de transmisión (ONUSIDA, 2015).

II. Nuestra perspectiva de trabajo en Fundación Huésped

Desde Fundación Huésped (FH) trabajamos para promover un estado saludable en las personas con VIH y su entorno, entendiendo a la salud como el bienestar integral que contempla aspectos físicos, psíquicos, sociales y ambientales. Dentro del Programa de Atención Directa ofrecemos servicios gratuitos de consejería en temas relacionados con VIH, otras infecciones de transmisión sexual, enfermedades prevenibles por vacunas, acceso a servicios de salud sexual y reproductiva, así como también la atención en temas vinculados con la salud de población trans y no binaria. A su vez, brindamos psicoterapias focales individuales para personas con VIH y en cuestiones de género para personas trans y no binarias. Finalmente, aspiramos a proveer asesoramiento y defensa legal en casos de discriminación y vulneración de derechos. Uno de los principales objetivos del servicio es la promoción de los derechos humanos, que cada persona conozca y se apropie de sus derechos y pueda hacerlos valer en caso de vulneración.

Desde el equipo de Promoción de Derechos ofrecemos un servicio jurídico integral y gratuito en la defensa y promoción de derechos de las personas que nos consultan sobre las temáticas que trabajamos en FH. Las acompañamos legalmente para que vean garantizados sus derechos y puedan vivir su vida tal como la planean, sin que el VIH o su identidad de género sean un motivo de menoscabo de sus derechos. Generamos alternativas extrajudiciales que resuelvan conflictos con el menor desgaste de tiempo, energía y dinero para quienes nos convocan. También transmitimos conocimiento específico en la materia a través de consultas, talleres y capacitaciones. De este modo, trabajamos en la promoción de derechos y fomentamos el empoderamiento de las personas consultantes.

En el presente artículo nos proponemos abordar algunos lineamientos que recepta nuestra jurisprudencia a partir de casos que hemos acompañado judicialmente, así como otros de resolución extrajudicial. De esa manera, intentaremos poner de relieve la interdependencia entre el derecho al trabajo, a la igualdad y a la salud y la retroalimentación de la jurisprudencia con los casos que no llegan a la justicia, pero marcan tendencias en cuanto a acciones del Estado dirigidas al resguardo y la protección de los derechos humanos en el ámbito laboral. Dos de los casos se resolvieron de modo extrajudicial, a través de acciones de incidencia pública promovidas desde FH en ámbitos estatales, uno en Ciudad Autónoma de Buenos Aires y otro en un municipio de la provincia de Buenos Aires. Esto supuso contactar a las autoridades competentes, solicitar

reuniones, planificar e implementar capacitaciones, entre otras gestiones. En los tres casos restantes el Poder Judicial dictaminó a favor de la parte trabajadora.

III. Algunas consideraciones previas

El VIH ha desencadenado una de las pandemias más significativas de la historia moderna. Su impacto global ha cambiado la forma en que se perciben las infecciones y ha generado un importante debate sobre salud pública, derechos humanos y políticas sanitarias. El origen de la epidemia del VIH a nivel mundial y su llegada a Argentina sucedieron en un contexto de gran desconocimiento sobre el virus, sus implicancias y vías de transmisión.

La epidemia de VIH se hizo visible a principios de la década de 1980, cuando médicos en Estados Unidos comenzaron a observar un aumento inusual de infecciones oportunistas y cánceres raros, como el sarcoma de Kaposi, en varones jóvenes previamente sanos, sobre todo en la comunidad gay o en varones que tenían sexo con otros varones. En 1981, se publicaron los primeros informes oficiales sobre lo que luego se identificaría como VIH. En 1983, investigadores franceses identificaron al VIH como el virus que causaba el síndrome de inmunodeficiencia. Desde entonces el VIH se propagó rápidamente por todo el mundo y afectó a millones de personas.

La falta de información y una alta tasa de transmisión contribuyeron a su rápida expansión. En muchos países, la epidemia afectó desproporcionadamente a ciertos grupos que padecían una vulneración estructural con relación a sus derechos humanos, incluidos los varones que tienen relaciones sexuales con varones, las personas usuarias de drogas inyectables, los y las trabajadoras sexuales y las personas trans. La aparición inicial de los primeros casos vinculados a ciertos grupos de personas favoreció una falsa creencia que asociaba al virus de modo inmediato, e incluso exclusivo, con esas grupalidades. El estigma y la discriminación hacia las personas viviendo con VIH complicaron aún más la respuesta a la epidemia. Aquí se observó una superposición de estigmas que sobredeterminaban la vulneración de derechos. La falta de acceso a servicios de salud adecuados junto con la marginación social y laboral llevaron a muchas personas a no buscar pruebas ni tratamiento, lo que posibilitó una mayor propagación de la infección.

En Argentina, los primeros casos de VIH se reportaron en la década de 1980. Al igual que en otros lugares, se identificaron principalmente en varones homosexuales y que tenían sexo con otros varones. En 1982, se diagnosticó el primer caso conocido en el país y en los años siguientes se observó un aumento

constante en el número de casos. La respuesta inicial en Argentina, como en muchos otros países, estuvo marcada por la incertidumbre y el temor. La falta de conocimiento sobre las vías de transmisión del virus llevó a reacciones que incluso pueden ser caracterizadas como de pánico social (Thompson, 2014). En los primeros años, la falta de información precisa sobre cómo se transmitía el VIH provocó que muchas personas temieran el contacto casual con personas diagnosticadas y creyeran erróneamente que podían adquirir la infección a través de besos, saliva, compartir utensilios, ropa o simplemente cohabitar un espacio de trabajo.

Las primeras respuestas políticas y de salud pública fueron lentas y, a menudo, inadecuadas. Sin embargo, a medida que se fue comprendiendo mejor la naturaleza del virus y sus modos de transmisión, se implementaron políticas más informadas y efectivas.

Durante las décadas de 1990 y 2000, la epidemia de VIH en Argentina continuó expandiéndose. En la década de 1990, la aparición de la terapia antirretroviral (TARV) transformó al VIH en una infección crónica mucho más manejable. La implementación de TARV a gran escala permitió mejorar significativamente la calidad de vida de las personas viviendo con VIH y reducir la mortalidad asociada al síndrome de inmunodeficiencia adquirida. Asimismo, se ha demostrado que las personas que tienen una buena adherencia al TARV y adquieren un estado de indetectabilidad en su carga viral sostenido en el tiempo, no transmiten el virus mediante relaciones sexuales aunque no haya uso de preservativo. Esto se conoce como indetectable igual intransmisible o I=I (ONUSIDA, 2018).

Sin embargo, la discriminación y el estigma siguieron siendo barreras importantes. En efecto, las personas con VIH enfrentan desafíos para acceder a empleo, educación y servicios de salud debido a aquella discriminación y al miedo infundado. Las campañas de sensibilización pública y las reformas legales fueron esenciales para abordar estos problemas y proteger los derechos humanos de las personas afectadas, pero ciertas representaciones sociales ya habían tenido un fuerte arraigo que todavía hoy es complejo de erradicar. Por ejemplo, en lo que respecta a las vías de transmisión del virus o a la caracterización negativa de las personas afectadas.

La vía de transmisión más común del VIH en Argentina es mediante las relaciones sexuales sin uso correcto de preservativo, concentrando aproximadamente un 99% de las nuevas infecciones que se producen cada año (Ministerio de Salud de la Nación, 2023). Esto incluye el sexo vaginal, anal y oral. El virus se encuentra en los fluidos corporales como el semen, el líquido preseminal, las secreciones vaginales y el rectal. Puede ingresar al cuerpo a

través de membranas mucosas presentes en los genitales, el recto y, en menor medida, la boca. El VIH también puede transmitirse a través del contacto con la sangre. Esto puede ocurrir mediante el uso compartido de agujas y jeringas no debidamente esterilizadas, transfusiones de sangre no controladas y otros procedimientos médicos o estéticos que involucren instrumentos cortopunzantes no esterilizados.

Las personas usuarias de drogas inyectables son particularmente vulnerables a esta forma de transmisión si comparten agujas o equipos de inyección. En respuesta a esta situación, muchos países han implementado programas de intercambio de agujas y tratamiento de sustitución de opiáceos para reducir la transmisión del VIH entre esta grupalidad.

Con relación a las transfusiones de sangre, si bien en los primeros años de la epidemia, muchas personas contrajeron el VIH a través de esta vía, recientemente se han implementado pruebas rigurosas y procedimientos de selección para garantizar que los suministros de sangre sean seguros. Por lo tanto, la probabilidad de adquirir VIH a través de transfusiones de sangre es extremadamente baja en los países donde se realizan estas pruebas.

Finalmente, el VIH puede transmitirse de una persona gestante a su hijo durante el embarazo, el parto o la lactancia. Esta forma de transmisión se denomina vertical o perinatal. Sin embargo, con el tratamiento adecuado, el riesgo de transmisión vertical puede reducirse significativamente. Las personas embarazadas con VIH que reciben terapia antirretroviral y atención médica adecuada pueden dar a luz a bebés sin el virus.

Como podemos advertir, los modos de transmitir el virus son acotados y específicos. Sin embargo, este conocimiento actual sobre las vías de transmisión convivió durante mucho tiempo con mitos y conceptos erróneos. Algunos de los más comunes incluyen que el VIH puede transmitirse a través de besos o saliva. Sin embargo, la concentración de VIH en la saliva es extremadamente baja y no hay evidencia de que el virus se transmita de esta manera, ni siquiera a través de besos profundos. Muchas personas creían también que el VIH podía transmitirse mediante el contacto casual, como abrazos, apretones de manos, compartir utensilios, ropa, o asientos de inodoros. Estas formas de contacto no implican la transmisión de fluidos corporales que contengan suficiente cantidad de virus para causar una infección. Incluso circuló con cierta extensión que las picaduras de insectos, como mosquitos, eran una posible vía de transmisión, lo cual resulta a todas luces desacertado ya que el VIH no puede sobrevivir ni reproducirse dentro del cuerpo del insecto.

Las representaciones sociales (Moscovici, 1979) no solo explican cómo las sociedades crean los significados compartidos, sino también cómo estos significados influyen en comportamientos, actitudes y políticas, con implicancias profundas en temas como la salud, la discriminación y la inclusión social. En este aspecto, la proliferación de desinformación y mitos sobre las vías de transmisión del VIH han tenido un impacto significativo y duradero en la sociedad, sedimentando un sentido común con un cariz peligrosista.

Ello no solo ha reproducido el miedo y la discriminación hacia las personas viviendo con VIH, sino que también ha obstaculizado los esfuerzos de prevención y tratamiento de la infección. El miedo irracional, las representaciones estereotipadas y los conceptos erróneos sobre la transmisión del VIH han contribuido a una profunda estigmatización de las personas que viven con el virus. La creencia equivocada de que el VIH puede transmitirse a través del contacto casual ha llevado a la exclusión social, al rechazo y a la discriminación en diversos entornos, incluyendo el lugar de trabajo, entre otros.

Los mitos y representaciones negativas sobre el VIH también han influido en las políticas y prácticas de salud pública. El desconocimiento y el miedo al VIH llevaron a la implementación de políticas discriminatorias y restrictivas, como pruebas obligatorias y restricciones de viaje para las personas con VIH. Estas políticas no sólo violaron los derechos humanos de las personas afectadas, sino que también demostraron ser ineficaces para controlar la propagación del virus. En este marco puede inscribirse la práctica de incluir análisis serológicos en el marco de estudios preocupacionales y ocupacionales para detectar el virus entre postulantes o personas trabajadoras ya contratadas.

IV. Protección de Derechos Humanos y VIH

La epidemia del VIH ha recrudecido las brechas en el respeto a los derechos humanos en el ámbito laboral. Desde la estigmatización hasta la criminalización, las personas afectadas por el VIH han enfrentado numerosas afectaciones de sus derechos fundamentales. De ello deviene fundamental el poder integrar un enfoque de derechos humanos en la respuesta al VIH en orden a corregir estas injusticias y garantizar una atención justa, equitativa e incluso, más eficaz.

Los derechos humanos son aquellos atributos y necesidades fundamentales inherentes a cada persona según el contexto histórico y que merecen ser reconocidos universalmente sin discriminación alguna, pues abarcan áreas esenciales como la vida, la libertad, la igualdad y la dignidad (ONU, 1948). En

particular en el ámbito laboral ello se traduce en la importancia de colocar la dignidad humana en el centro de todas las intervenciones.

Cada persona, independientemente de su condición de salud, merece ser tratada con respeto y consideración. Este principio es particularmente vital en el contexto del VIH, donde el estigma y la discriminación han signado fuertemente las intervenciones y persisten, aun reconvertidos, bajo nuevas formas y expresiones. La igualdad y la no discriminación también son pilares fundamentales del derecho humano al trabajo. El enfoque de derechos humanos para la construcción de una respuesta eficaz propugna la eliminación de barreras sociales y legales que reproducen las condiciones de vulneración social de los derechos a los que son expuestas las personas afectadas por VIH.

La ley 27.675 recepta en su articulado la protección de los derechos fundamentales de las personas viviendo con VIH. En su artículo 8 prohíbe "...la oferta y la realización de la prueba diagnóstica de VIH, hepatitis virales y otras ITS en los exámenes médicos preocupacionales, como así también durante el transcurso y como parte de la relación laboral". Luego agrega, a fines de evitar discriminaciones laborales en el acceso al empleo, que las ofertas de trabajo "...no podrán contener restricciones por estos motivos". Con el objetivo de evitar posibles comportamientos discriminatorios del empleador durante el transcurso de la relación laboral que menoscaben el acceso a oportunidades, establece:

En el caso de accidentes de trabajo podrá requerirse la prueba diagnóstica de VIH, hepatitis virales y otras ITS, al sólo efecto de proteger la salud de la persona afectada. No podrá condicionarse la permanencia o promoción en los puestos de trabajo a la realización o al resultado de esta prueba.

Este articulado reconoce como antecedente inmediato dentro del plexo normativo una resolución del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social emitida en el año 2015 bajo el número 270, la que expresamente establecía en su artículo 4:

Podrá ser motivo de denuncia por violación de las Leyes N° 23.592, 23.798 y 25.326, la exigencia de realización de estudios de laboratorio con el objeto de detectar el Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida o V.I.H. en los postulantes a trabajador o trabajadora dentro de los exámenes preocupacionales.

En virtud de esta resolución se habilitaban denuncias por discriminación por ante el INADI y las autoridades de contralor, tanto el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de la Nación como el Ministerio de Salud de la Nación.

V. Presentación de algunos casos recepcionados en Fundación Huésped

V.1. Caso N°1

La Policía Metropolitana de la Ciudad de Buenos Aires era la fuerza de seguridad porteña, creada en el 2010. Entre sus requisitos de ingreso se solicitaba el testeo serológico para la detección de VIH y, ante el resultado positivo, la persona aspirante era rechazada. Este reglamento afectaba a los aspirantes a la fuerza y en consecuencia a toda la comunidad, por tratarse de un acto discriminatorio originado por el propio Estado.

En el caso particular, nos encontramos acompañando a un joven de 22 años, estudiante de derecho, empleado como telefonista en una agencia de alquiler de automóviles, que vivía con su familia en la provincia de Buenos Aires. Su padre, su hermano y otros integrantes de la familia eran policías y su aspiración era seguir esa carrera.

El joven se había postulado para ingresar a la policía metropolitana un año atrás. En ese momento había atravesado las cinco instancias de evaluación, a saber, una entrevista grupal, una individual con un policía y un psicólogo y test psicológico, estudios de laboratorio –con pedido de testeo para detección de VIH–, examen de destreza física y examen nivelatorio de contenidos sobre historia argentina, derechos humanos, instrucción cívica e información general de la ciudad. En esa oportunidad, le informaron los resultados de laboratorio junto a su madre, que lo había acompañado a retirarlos. Le dieron el diagnóstico VIH positivo y le dijeron que, si bien había aprobado todas las instancias de examen, le convenía ocuparse de su salud durante ese año y tratar de ingresar nuevamente el año siguiente.

El joven inició tratamiento médico y al año siguiente se volvió a postular. En esta oportunidad, también aprobó todas las instancias de evaluación, menos el test psicológico, motivo por el cual quedó fuera de la preselección, sin tener acceso al resultado del test. Ante esa circunstancia, decidió contactar con Fundación Huésped, toda vez que se sintió discriminado en virtud de su diagnóstico VIH positivo.

La situación configuraba un problema legal toda vez que este accionar violaba normativa nacional e internacional y recomendaciones en la materia, como el Repertorio de recomendaciones prácticas de la OIT sobre el VIH/SIDA y el mundo del trabajo de la Organización Internacional del Trabajo (OIT, 2001); la Recomendación sobre VIH y SIDA en el mundo del trabajo de la OIT (2010); los derechos al trabajo, a la dignidad e intimidad, reconocidos en la Constitución

Nacional e instrumentos de derechos humanos con rango constitucional (art. 14 bis, 19, 75 inc. 22, etc.), la Ley Nacional de SIDA N° 23.798 y su Decreto Reglamentario N° 1.244/91, la Ley Nacional contra Actos Discriminatorios N° 23.592, la Ley Nacional de Protección de Datos Personales N° 25.326, el Código Civil y Comercial de la Nación así como antecedentes jurisprudenciales.

Al inicio, se analizaron variables tales como si el caso era un problema de injerencia pública, si involucraba directamente al Estado como actor principal, si era una situación extendida a todas las fuerzas armadas y de seguridad del país y de la región, entre otras. Se decidió acompañar el caso particular para solicitar la revisión del ingreso del consultante y además realizar una acción de incidencia pública tendiente a eliminar el pedido de testeo para VIH dentro de los exámenes de ingreso, así como elaborar e implementar un plan de capacitación y sensibilización en el tema a los altos mandos y cadetes ingresantes. En caso de negativa, se iniciarían las acciones judiciales por discriminación.

Se solicitó una reunión al responsable de Recursos Humanos de la Policía y posteriormente se llevaron a cabo varias reuniones con los altos mandos de las distintas áreas que componían la fuerza, donde tuvimos la oportunidad de tomar conocimiento de sus creencias, estrategias y modos de implementar el reglamento. En ese marco, advertimos las siguientes cuestiones:

- Solicitaban el testeo porque estaban convencidos de que era necesario conocer el diagnóstico para cuidar al resto de las personas y evitar posibles transmisiones. Creían que alguien con VIH difícilmente podría cumplir con las tareas requeridas.
- Para notificar un diagnóstico VIH positivo se regían por el Protocolo EPICEE (un protocolo de seis pasos “para la comunicación de malas noticias”).
- Se postulaban anualmente alrededor de 11.000 personas, de las cuales 650 quedaban como cadetes ingresantes.
- El curso de entrenamiento duraba un año, en el transcurso del cual los cadetes (en general entre 19 y 26 años) convivían en el mismo predio de lunes a viernes, en un pabellón para mujeres y otro para hombres.
- En el campus no estaba permitido tener relaciones sexuales, ni había acceso a preservativos. Sin embargo, contaban con un alto índice de mujeres embarazadas durante la preparatoria, que se veían obligadas a abandonarla.

- Comentaban que por las noches se escuchaban ruidos extraños en las habitaciones, motivo por el cual cada tanto iba un cura a rociar con agua bendita los pabellones.

Al cabo de algunas reuniones, las autoridades se mostraron dispuestas a escuchar e incorporar fundamentos de derechos humanos para abordar la situación. Entonces, se acordó firmar un convenio de colaboración y se elaboró un programa de capacitación con foco en derechos humanos, discriminación, salud sexual y reproductiva y medidas de bioseguridad, que fue impartido en simultáneo a 600 cadetes ingresantes. También se manifestó a las autoridades la importancia de facilitar métodos de cuidado a los cadetes ingresantes, como el acceso irrestricto a preservativos.

Como resultados de la acción de incidencia se eliminó el pedido de testeo para la detección de VIH en el ingreso, se capacitó y sensibilizó a altos mandos y cadetes ingresantes en un proceso de incidencia que duró aproximadamente tres meses y medio.

V.2. Caso N° 2

F.Z. se contactó en noviembre de 2023 con la Fundación para asesorarse sobre sus derechos como trabajador, puesto que según relatara en aquel entonces, en el marco del proceso de selección había sido discriminado por su diagnóstico de VIH. Contó que luego de aplicar para ingresar a trabajar como personal de maestranza en un consultorio odontológico público dependiente de uno de los municipios de la Provincia de Buenos Aires, llegó a la instancia del examen preocupacional en la consulta médica. Al evacuar el cuestionario de rigor en estos casos, decidió informarle a la profesional médica que lo entrevistaba que se encontraba en tratamiento antirretroviral, condición clínica que la médica dejara asentada en la ficha, lo cual ocasionó que la expedición del apto médico laboral quedara en suspenso hasta que F.Z. pudiese aportar a la médica a cargo los estudios de control actualizados. Días después consultó a la municipalidad sobre su incorporación y le dijeron que, hasta que él no le acercara los estudios complementarios a la médica, no podrían determinar la contratación. Luego de casi dos meses del examen preocupacional F.Z. fue contactado desde el municipio para ofrecerle un puesto diferente al de maestranza para el cual originalmente se había postulado.

Luego de evaluado el caso y analizadas diferentes líneas de trabajo en el equipo y previa anuencia del consultante, desde el equipo de Incidencia de Fundación Huésped se trabajó en el planteo del caso ante el Municipio correspondiente. El

objetivo era que prácticas como la relatada fueran desestimadas del proceso de contratación e incorporación de nuevos trabajadores al empleo formal por estar expresamente prohibidas por la normativa vigente.

El caso tuvo buena acogida y resolución por parte del municipio, ya que se le ofreció a F.Z. un nuevo puesto laboral en similares condiciones para las cuales aplicara oportunamente. Además, resultó el puntapié inicial de un proceso de capacitación y sensibilización en la temática para todo el municipio a cargo de Fundación Huésped.

V.3. Caso N° 3

M.M. fue seleccionado para ingresar a trabajar a un sanatorio como operario de ropería, a principios de junio de 2019. El examen preocupacional se llevó a cabo dentro del mismo sanatorio, donde le hicieron el test de VIH sin previo consentimiento. Luego de que le informaran los resultados del estudio, recibió un correo del empleador donde se excusaba de la contratación y le anunciaba que “seguirían en la búsqueda”.

M.M. decidió judicializar la situación para lo cual fue asistido legalmente desde Fundación Huésped en miras del inicio de una acción por daños y perjuicios. En la etapa procesal oportuna, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil Sala C en autos: “D., P. R. c/ Silver Cross América Inc. SA s/ daños y perjuicios” el 23 de octubre de 2023 determinó que:

[d]el plexo probatorio aportado se podía concluir en que la ‘...no contratación del actor se debió exclusivamente a su condición de persona afectada por el virus de la inmunodeficiencia humana, lo que constituye sin hesitación un acto discriminatorio que asimismo menoscaba su derecho a trabajar’.

Se hizo lugar a la demanda y se condenó a la demandada al pago de una suma indemnizatoria en concepto de daños y perjuicios. En este caso, el juzgado tuvo en cuenta no sólo la vulneración al derecho a la confidencialidad y a la intimidad sino además el menoscabo a su derecho a trabajar ante un acto discriminatorio evidente. Tras la sentencia y en el marco del acuerdo de pago, se acordó la confidencialidad de las partes involucradas en el pleito.

V.4. Caso N° 4

H.L. trabajó durante 27 años en la Armada Argentina y en uno de los estudios ocupacionales anuales le informaron su diagnóstico de VIH. Luego, fue sometido

a una evaluación de la Junta de Reconocimientos Médicos de las Fuerzas y, a partir de ese momento, vio restringido su derecho a trabajar. Tras examinar el caso, la Junta determinó que, según “normativa aplicable por las Fuerzas Armadas”, el diagnóstico de VIH de H.L. era motivo de una “incapacidad permanente” que le imposibilitaba continuar en el escalafón de ascensos correspondientes a su categoría laboral. Además de afectarse la confidencialidad de la condición de salud y su dignidad, se le impusieron algunas limitaciones al desempeño. En concreto, le impidieron subir en el escalafón, navegar, cumplir campañas y comisiones al exterior por lapsos de tiempo mayores a treinta días, entre otras tareas.

Una vez interpuesta una acción judicial se logró sentencia favorable. Se declaró la nulidad de la disposición de las FF.AA. que determinaba el cambio de categoría e impedía el ascenso para H.L. por carecer de justificación idónea.

V.5. Caso N° 5

En 2019 J.B. participó de un proceso de selección como cajero del turno noche en un hospital privado. Decidió iniciar un reclamo a raíz de la discriminación que había sufrido en el proceso, del cual se le terminó excluyendo ante un resultado de VIH positivo en sus exámenes preocupacionales. Luego de sortear exitosamente todas las instancias en el proceso de selección (en las cuales lo tuvieron como “apto” para ser contratado) y tras la realización de exámenes preocupacionales, decidieron contratar a otro candidato que se encontraba en una posición inferior en el proceso de selección. En el marco de los estudios preocupacionales se les ofreció la firma del consentimiento informado para la realización de los estudios de VIH.

Si bien aún no estaba vigente la ley actual, ya se había emitido la Resolución 270/2015 del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de la Nación, la cual establecía que la exigencia de tests de VIH dentro de los exámenes preocupacionales era motivo de denuncia ante los organismos correspondientes. En este contexto, el poder judicial consideró “natural que la persona se vea inducida a postergar eventuales reservas a la invasión de su información personal médica, en pos de coronar el proceso con la obtención del empleo al que aspira”.

Por otra parte, desde los tribunales destacaron que, “el plexo normativo de referencia se encuentra vigente a fin de impedir eventuales situaciones de ‘bloques de entrada’ al mercado laboral en función de características personales del candidato, como el padecimiento de ciertas enfermedades”. Esto

merece una especial consideración teniendo en cuenta el ánimo favorable a efectivizar la contratación de J.B. y de muchas personas en esa situación. Por tal motivo, en el fallo los jueces condenaron a la demandada al pago de una indemnización en concepto de daños y perjuicios. Por pedido expreso de reserva de confidencialidad solicitada por las partes intervinientes en el mencionado proceso, se preservan los datos del fallo citado.

VI. Algunas consideraciones finales

La legislación y la jurisprudencia en Argentina buscan proteger los derechos laborales, la igualdad y la salud de las personas afectadas por el VIH. Resulta fundamental seguir avanzando en la lucha contra la discriminación en pos de promover un entorno laboral inclusivo y justo para todos. Partiendo de la revisión jurisprudencial, podemos establecer algunas conexiones significativas entre los derechos al trabajo, a la igualdad y a la salud con relación a personas afectadas por el VIH y que han sufrido discriminación al intentar acceder a un empleo.

La legislación vigente establece que las personas con VIH tienen derecho a la igualdad de oportunidades en el ámbito laboral y en otros aspectos de la vida. La jurisprudencia analizada ha reforzado esta protección con la sanción de cualquier forma de discriminación basada en el estado serológico. La discriminación basada en el VIH es inaceptable y contraría a los principios de igualdad y no discriminación.

El acceso al trabajo, asimismo, debe ser reconocido sin discriminación más que la mera idoneidad de las personas. Las personas con VIH no pueden ser excluidas a priori de oportunidades laborales debido a su diagnóstico. Al igual que en los casos precedentemente relatados la jurisprudencia también ha abordado la confidencialidad en una conexión sensible e intrínseca con el derecho al trabajo. Según ésta, los empleadores deben respetar la privacidad de la información sobre el VIH de sus empleados sin ejercitar una posición de poder privilegiada para forzar la firma de consentimiento informado. La persona postulante, probablemente ávida de acceder al puesto de trabajo, se encuentra en una posición muy desventajosa para ejercitar su derecho a la libertad y voluntariedad en este aspecto.

Los mitos y la desinformación sobre las vías de transmisión del VIH y las representaciones estereotipadas sobre las personas afectadas dificultan la educación efectiva sobre el VIH y la sensibilización pública. Si no se comprende correctamente cómo se transmite el VIH, es menos probable que se adopten comportamientos seguros y cuidadosos. La educación basada en evidencia es

crucial para desmontar muchos mitos y fomentar una comprensión precisa del VIH. Las campañas de sensibilización pública pueden colaborar en este sentido para abordar y corregir conceptos erróneos, así como para reducir el estigma, promover la salud pública y favorecer la inclusión social y laboral de las personas afectadas.

El VIH ha sido una de las epidemias más desafiantes y estigmatizadas de nuestra era. Desde sus primeros días, el miedo y la desinformación han jugado un papel significativo en la forma en que la sociedad ha respondido al virus. Comprender los orígenes de la epidemia y las verdaderas vías de transmisión, tanto a nivel mundial como en Argentina, es fundamental para abordar la crisis de manera efectiva. Desarmar los mitos sobre la transmisión del VIH a través de la educación y la sensibilización es crucial para reducir el estigma, promover el diagnóstico temprano y asegurar que las personas con VIH reciban el tratamiento y el apoyo que necesitan. Solo mediante un enfoque basado en la evidencia y los derechos humanos podemos esperar controlar la epidemia y garantizar que todas las personas, independientemente de su estado serológico, puedan vivir con dignidad y sin discriminación. El poder judicial cumple entonces aquí un rol de importancia indiscutible.

De las intervenciones reseñadas surge un ánimo favorable en pos de erradicar el estigma y la discriminación a través del reconocimiento del derecho a la igualdad y al trabajo y de la prohibición del testeo de VIH en los estudios preocupacionales y/o en cualquier instancia del vínculo laboral.

Como corolario de ello, partiendo de la premisa fundamental que las personas con VIH poseen plena capacidad laboral, deviene necesario destacar que la participación activa en el mercado laboral remunerado es una vía destacada para la obtención de reconocimiento social. Esto último termina impactando en la valoración social y autopercebida por las personas y así entonces también en su salud desde un enfoque integral.

Es en este sentido que podemos decir que en materia legislativa y jurisprudencial se contribuyó a la protección de los derechos de las personas con VIH y a la promoción un entorno laboral inclusivo y libre de discriminación. Sin dudas, queda un largo camino por transitar a fin de erradicar este tipo de prácticas y garantizar los derechos de las personas con VIH a trabajar libremente.

Bibliografía

Maglio, I. (coord.). 2020. *Guía de Buenas Prácticas ético legales en VIH/sida*. Disponible en: <https://huesped.org.ar/wp-content/uploads/2017/05/Guia-de-Buenas-Practicas-etico-legales-en-VIH-sida.pdf>

Ministerio de Salud de la Nación. 2023. *Boletín epidemiológico: Respuesta al VIH e ITS en Argentina* N° 40. Disponible en: <https://bancos.salud.gob.ar/sites/default/files/2023-11/boletin-ndeg-40-respuesta-al-vih-y-las-its-en-la-argentina.pdf>

Moscovici, S. 1979. *El Psicoanálisis, su imagen y su público*. 2da. edición. Buenos Aires: Ed. Huemul.

PNUD. 2021. *Índice de estigma y discriminación hacia las personas con VIH en Argentina* 2.0. Disponible en: <https://www.undp.org/es/argentina/publicaciones/indice-de-estigma-y-discriminacion>

ONU (1948) Declaración universal de los derechos humanos.

OIT. 2001. *Repertorio de recomendaciones prácticas de la OIT sobre el VIH/SIDA y el mundo del trabajo*. Disponible en: [wcms_113788.pdf](#)

2010. *Recomendación sobre VIH y sida en el mundo del trabajo*. Disponible en: [Recomendación 200: Recomendación sobre el VIH y el SIDA y el mundo del trabajo | International Labour Organization](#)

ONUSIDA (2007) *Reducir el estigma y la discriminación por el VIH: una parte fundamental de los programas nacionales del sida. Recurso para las partes interesadas en la respuesta al VIH en los diferentes países*. Disponible en: https://data.unaids.org/pub/report/2009/jc1521_stigmatisation_es.pdf

2015. *Acción acelerada para la prevención combinada. Hacia la reducción de nuevas infecciones por el VIH a menos de 500.000 de aquí a 2020*. Disponible en:

https://www.unaids.org/sites/default/files/media_asset/JC2766_Fast-tracking_combination_prevention_es.pdf

2018. *Indetectable = intransmisible. La salud pública y la supresión de la carga vírica del VIH*. Disponible en:

https://www.unaids.org/sites/default/files/media_asset/undetectable-untransmittable_es.pdf

Thompson, K. 2014. *Pánicos morales*. Bernal: UNQ.

¿Podemos autodefinir nuestra salud mental? La exigencia de su declaración en la afiliación de las empresas de medicina prepaga

Omisión reglamentaria y su impacto desproporcionado sobre grupos de especial vulnerabilidad

María Mercedes Schinoni

Abogada (Universidad de Belgrano).

Especialista en Derecho de Familia (UBA).

Integrante de la Fiscalía General ante las Cámaras Nacionales de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal y en lo Contencioso Administrativo Federal.

I. Introducción

Desde la década de los '90, el Estado argentino habilitó a los privados a participar del sistema de salud al permitirles comercializar la garantía de su cobertura mediante los contratos prestacionales, dando nacimiento a las denominadas empresas de medicina prepaga. Ahora bien, el Estado argentino, como principal garante del derecho a la salud de todos los ciudadanos en condiciones de igualdad y libertad, debió demarcar los límites a partir de los cuales esas firmas podrían desempeñarse, en orden a la función primordial que invisten. De esa forma, el Poder Legislativo nacional logró regular su actividad en 2011 al sancionar la Ley N° 26.682.

Mediante esa norma, se estableció el marco de derechos y obligaciones del afiliado y la empresa de medicina prepaga, a fin de dotar de especial protección esa relación de consumo, cuya particularidad radica en su objeto, que es garantizar el desarrollo de un derecho personalísimo como es el acceso al sistema de salud.

El contrato prestacional se caracteriza por ser aleatorio, dado que las empresas se obligan a garantizar la atención de salud ante una futura necesidad que no se

representa a la fecha en que afilian a la persona. Como contracara de esa moneda, los afiliados tampoco saben cuán redituable será esa contratación, dado que abonarán, en forma mensual, un servicio que desconocen si necesitarán; es decir, el pago responde a la seguridad de poder acceder a una multiplicidad de servicios de salud.

Partiendo de ese entendimiento y a fin de velar por la buena fe en la celebración de estos contratos, el Poder Legislativo argentino le prohibió a esas empresas la posibilidad de negarse a contratar con una persona de acuerdo a sus antecedentes de salud o edad, pero sí les reconoce, en virtud de la naturaleza futura del objeto de contratación, su derecho a exigir un valor diferencial por esos cuadros preexistentes, a fin de determinar una contraprestación justa que refleje la cobertura potencial que se obliga a garantizar en la realidad.

Sin perjuicio de ello, ese diferencial será cuantificado por la Superintendencia de Servicios de Salud y solo podrá ser identificado a partir de una declaración jurada que los pretensos afiliados deberán completar al ingresar denunciando su estado de salud.

En línea con ese deber, la Ley N° 26.682 prevé como sanción para aquella persona que omita denunciar un antecedente médico tendiente a evadir la determinación de ese diferencial, la facultad de la empresa de medicina prepaga de rescindir el contrato, al detectar su mala fe.

Ahora bien, resulta necesario indagar acerca de los alcances de esa declaración jurada, principalmente en lo que refiere a aspectos de salud como las afecciones emocionales o enfermedades de transmisión sexual a fin de comprender cuánto se le puede exigir informar a las personas y en qué ámbito.

Definir nuestra salud, partiendo de su concepto integral⁸³, implica, en cierta medida, definirnos. En ese orden, cabe preguntarnos cuánta consciencia del estado de salud podemos exigir de un ser humano, y cómo juega la estigmatización en esa declaración. Cómo afectaría a una persona sentirse etiquetada por un antecedente de salud. Estas preguntas no son antojadizas. Menos aún, en un Estado que construyó su sistema jurídico sobre la base de asumir compromisos internacionales tendientes a garantizar el ejercicio de salud en condiciones de igualdad y libertad, teniendo como norte el respeto por la dignidad de todo ser humano.

⁸³ En la Constitución de la Organización Mundial de la Salud (1946) se define a la salud como “un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades”.

Mediante la presente investigación, se pretende ahondar en el concepto de tales preexistencias, en particular, referentes a la salud mental y cómo opera la obligación de los futuros afiliados en denunciarlas al ingresar a las empresas de medicina prepaga. Para ese fin, se abordará la paradigmática solución de la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal al revocar recientemente la rescisión promovida por el Hospital Británico respecto de una persona que omitió denunciar en su ingreso antecedentes de un cuadro depresivo y una internación previa por intento de suicidio. En ese marco, el tribunal adoptó una interpretación integral de nuestras normas para comprender cuál es la voluntad del Estado argentino en estos casos. Tuvo en cuenta cómo operan los prejuicios y la estigmatización en torno a las afecciones de salud mental en nuestra realidad para arribar a una decisión que vela, en forma efectiva, por el resguardo de personas en condiciones de especial vulnerabilidad.

Siguiendo la línea expuesta en un primer estudio que desarrollé sobre esta temática, corresponde indagar cómo opera la exigencia de declarar antecedentes de salud mental, teniendo en cuenta la variabilidad y multifactorialidad de tales diagnósticos. En esencia, no solo por la capacidad de consciencia de quien lo vivencia, sino también de la libertad que siente de poder asumirlo y denunciarlo en el marco de un formulario de declaración jurada (Schinoni, 2023; 7).

Así planteada la cuestión, se buscará analizar hasta qué punto se le exige a los seres humanos ser conscientes de sus propios cuadros de salud mental, cuánto infieren los estigmas sociales en la culpabilidad de su ocultamiento y qué consecuencias irroga la omisión reglamentaria de la normativa que regula esta operatoria.

II. El derecho a la salud y su cumplimiento libre e igualitario. La introducción de las empresas de medicina prepaga al Sistema Sanitario Argentino

El Estado argentino ejerce el rol de máximo garante del derecho a la salud de todos sus integrantes⁸⁴.

⁸⁴El Estado argentino reconoció el derecho a la salud y asumió el consiguiente deber de garantizarlo al suscribir el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 12, inciso c), Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 6°, inciso 1°), la Convención Americana sobre Derechos Humanos –Pacto de San José de Costa Rica– (artículos 4° y 5°, inciso 1), la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (artículo 11) y la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 25).

Para comprender el alcance de este deber, cabe preguntarnos, qué es la salud. Su concepto ha variado a lo largo del tiempo, en la medida que originariamente se lo vinculaba con la ausencia de enfermedades, pero posteriormente fue evolucionando hasta comprender el completo bienestar físico, psíquico y social, que ha significado, además, “la asistencia para el adecuado desarrollo del ser desde antes de su nacimiento y el mejoramiento de su calidad de vida” (Brena, 2004; 104).

En ese sentido, en el Preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud (OMS) de 1948 se define a la salud como:

Un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de enfermedad o dolencia. Dentro del contexto de la promoción de la salud, la salud ha sido considerada no como un estado abstracto sino como un medio para llegar a un fin, como un recurso que permite a las personas llevar una vida individual, social y económicamente productiva. La salud es un recurso para la vida diaria, no el objetivo de la vida. Se trata de un concepto positivo que acentúa los recursos sociales y personales, así como las aptitudes físicas (2004; 104).

El derecho de todo ser humano a la salud reviste el carácter de fundamental, universal, interdependiente e indivisible con todo el resto de los derechos humanos que resguardan la vida. En este sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha expuesto que esta prerrogativa:

[...] está íntimamente relacionado con el derecho a la vida, siendo este último el primer derecho de la persona humana que resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional; ello así por ser el hombre el eje y centro de todo el sistema jurídico, siendo su vida y su persona un valor fundamental, con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental (Corte Suprema de Justicia de la Nación, 2015, Fallos: 338:1110).

De esta forma, se entiende que la salud no solo configura un fin, sino un medio, es el presupuesto del desarrollo en libertad de la individualidad de todo ser humano. Partiendo de esa base, resulta esencial el rol del Estado, a fin de promover un ambiente propicio para el cumplimiento de esta prerrogativa en igualdad, mediante la gestión de los recursos existentes.

En la Argentina, el debate sobre políticas de salud adquiere importancia creciente desde la década de los cincuenta. La preocupación sobre el tema se debió a variadas situaciones y especialmente, a los impactos que origina la

incorporación de nuevas tecnologías en el campo de la medicina y al crecimiento de formas organizacionales comunitarias con financiación solidaria intragrupos laborales (obras sociales)⁸⁵.

La formulación de estas políticas implica entender a la salud como una materia pública, en la cual el Estado asume un rol activo y explícito, y su formulación representa una serie de valores (equidad, eficiencia, solidaridad) en base a los cuales se asignan recursos para satisfacer las necesidades de salud de la comunidad. Las diversas medidas adoptadas a largo de la historia conforman el sistema de salud⁸⁶ que existe hoy en nuestro país.

El Estado asume por sí mismo, a través del subsistema público, la garantía de esos servicios, pero también reconoció la posibilidad de delegar en los propios individuos el cumplimiento de esa función, siendo debidamente observada y controlada.

De esta forma, las asociaciones sindicales asumieron el rol de nuclear y garantizar estos servicios para sus afiliados, creando así un sistema solidario que protege mediante la redistribución de los ingresos de las personas jóvenes, en pos de garantizar la mayor demanda de cobertura en favor de la comunidad de mayor edad.

La delegación del cumplimiento de este derecho se extendió al nivel que, hacia 1930⁸⁷, los particulares incluso comenzaron a comercializar una mejora en la atención de la salud a cambio de un valor en dinero. El objetivo de esta apertura al mercado radicaba en fomentar la competencia con el resto de los agentes y lograr una mejora generalizada de estas prestaciones.

Ahora bien, se planteó el debate de hasta qué punto se podía comercializar el cumplimiento efectivo de un derecho humano. Esa disyuntiva se presentó en todos los conflictos que surgían en su operatoria diaria, tal como se evidencia en la evolución jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

En casos analizados durante los años 2001 y 2005 en los que se discutía la obligación de estos agentes de garantizar la atención del VIH, como de prestaciones en favor de personas con discapacidad, el máximo tribunal explicó que:

⁸⁵ Ver González García. y Torres (2010; 27-28).

⁸⁶ El concepto "sistema de salud" refiere al modelo de organización social que se adopta para dar respuesta a los problemas de salud de la población. Es la atención que la misma sociedad brinda ante los problemas de salud que presenta; Ver: González García. y Torres (2010; 27-28).

⁸⁷ Respecto de la historia de las empresas de medicina prepaga, ver: Garay, O. E. (2017) "La medicina prepaga". *DELS*, disponible en <https://www.msal.gob.ar/dels/entradas/la-medicina-prepaga>.

[...] el Estado está facultado para intervenir por vía de la reglamentación en el ejercicio de ciertas industrias y actividades a efecto de restringirlo o encauzarlo en la medida que lo exijan la defensa y el afianzamiento de la salud, la moral y el orden público (Corte Suprema de Justicia de la Nación, 2001, Fallos: 324:754).

En esa línea, al resolver el caso “Etcheverry” especificó que:

[...] más allá de su constitución como empresas, los entes de medicina prepaga tiene a su cargo una trascendental función social que está por encima de toda cuestión comercial”, tendiendo, junto con las obras sociales, a procurar “...el pleno goce del derecho a la salud para todos los habitantes del país, sin discriminación social, económica, cultural o geográfica (Corte Suprema de Justicia de la Nación, 2001, Fallos: 324:677).

En el marco del precedente “Cambiaso Peres de Nealon”, el Máximo Tribunal explicó que:

[...] si bien la actividad que asumen pueda representar determinados rasgos mercantiles: en tanto ellas tienden a proteger las garantías constitucionales a la vida, salud, seguridad e integridad de las personas (v. arts. 3, Declaración Universal de Derechos Humanos; 4 y 5, Convención Americana sobre Derechos Humanos y 42 y 75, inc. 22, de la Ley Fundamental), también adquieren un compromiso social con sus usuarios”, que obsta a que puedan desconocer un contrato, o, como ocurre en el sub-lite, invocar sus cláusulas para apartarse de obligaciones impuestas por la ley (v. doctrina de Fallos: 324:677), son consecuencia de contrariar su propio objeto que debe efectivamente asegurar a los beneficiarios las coberturas tanto pactadas como legalmente establecidas (v. doctrina de Fallos: 324: 677) (Corte Suprema de Justicia de la Nación, 2007, Fallos: 330:3725).

En esa época regía la primigenia Ley N 24.754 que pretendía efectuar una mera regulación de cobertura sobre estos agentes y que se la individualizaba como:

[...] un instrumento al que recurre el derecho a fin de equilibrar la medicina y la economía, puesto que pondera los delicados intereses en juego, integridad psicofísica, salud y vida de las personas, así como también que más allá de su constitución como empresas los entes de medicina prepaga tienen a su cargo una trascendental función social que está por encima de toda cuestión comercial (Corte Suprema de Justicia de la Nación, 2007, Fallos: 330:3725).

En su voto en disidencia, Lorenzetti explicó con gran claridad la puja de intereses en conflicto, siendo el derecho de “propiedad” entendido como todos los intereses apreciables que un ser humano puede poseer fuera de sí mismo, fuera de su vida y de su libertad, abarcando la libertad de contratación, como de ejercer industria lícita, en contraposición al deber del Estado de garantizar las condiciones óptimas a toda persona para que pueda desarrollar su individualidad⁸⁸.

Los interrogantes que surgieron en las diversas contiendas judiciales fueron marcando la ponderación de intereses y principios constitucionales en juego en esta práctica, que se receptaron finalmente en 2011 mediante la Ley N° 26.682. Tras observar durante un largo período el desarrollo de estas empresas en el sistema de salud, el Estado Federal argentino reguló su actividad, reconociendo los derechos y obligaciones que recaían en las partes de esa relación contractual.

Se observa, en estos términos, cómo el Estado ejerce una continua función de rectoría –al trazar los lineamientos generales de la política sanitaria a adoptar por todo el país–, de regulación y, ante todo, de control del servicio de salud brindado por todos los actores intervinientes.

Resulta pertinente ponderar que nuestro país asumió su deber de garantizar el derecho a la salud de todos los habitantes al suscribir tratados internacionales como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 12, inciso c), Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 6°, inciso 1°), la Convención Americana sobre Derechos Humanos – Pacto de San José de Costa Rica– (artículos 4° y 5°, inciso 1), la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (artículo 11) y la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 25). Pero, en verdad, esa prerrogativa recién se introdujo, en forma expresa, en nuestra Constitución Nacional, mediante la reforma de 1994.

Más allá de la sorpresa que puede conllevar el no tan lejano reconocimiento expreso de este derecho, lo más interesante fue la forma en que se incorporó al plexo constitucional, emparentándolo con el derecho de los consumidores.

En efecto, mediante el artículo 42 se expuso la existencia de derechos de incidencia colectiva, entre los cuales se decidió reconocer especial protección a las personas en su calidad de consumidores, al hacer notar la posición desigual

⁸⁸ Corte Suprema de Justicia de la Nación. (28 de agosto de 2007). *Cambiaso Peres de Nealon Celia María Ana y otros c/ Centro de Educación Médica e Investigaciones Médicas s/ amparo*. Fallos: 330:3725, voto del Dr. Ricardo Lorenzetti.

en la que se encuentran frente a la empresa proveedora de bienes y servicios. En ese marco, se garantiza a todo consumidor el resguardo de su salud, seguridad e intereses económicos en el marco de esa relación de consumo.

La Corte Suprema ya había reconocido esta relación de consumo en los precedentes antes referenciados, exponiendo que los afiliados se encontraban en una “posición de subordinación estructural y urgida ciertamente de tutela”, reconociendo que era un contrato de adhesión⁸⁹.

De este modo, los afiliados a estas empresas revisten una doble protección, como consumidores y en orden al objeto perseguido en esa contratación, que es el efectivo desarrollo del derecho de su salud; aspectos que justifican un control más estricto por parte del Estado sobre su desarrollo mercantil.

Esta interpretación integral del plexo normativo parte de observar las vulnerabilidades que afectan individualmente a la persona, como aquella que se le presenta al ser un consumidor, en una condición de desigualdad frente a la empresa.

En consecuencia, las protecciones no se excluyen entre sí, sino que, contrariamente, ayudan a analizar los problemas desde todas las aristas posibles. En esa línea, la Secretaría de Comercio Interior identificó el concepto de “consumidor hipervulnerabilizado” refiriendo a aquellas personas que pueden encontrar agravada su situación en razón de su edad, género, condición psicofísica, nacionalidad, entre otras, lo que obliga a la adopción de medidas de tutela diferenciada sobre estos sujetos⁹⁰.

El Estado argentino asumió un rol activo en la proyección de políticas públicas positivas tendientes a compensar las situaciones de desigualdad⁹¹ y estos contratos no dejan de ser uno de los ambientes más propicios donde el aprovechamiento de la vulnerabilidad es moneda corriente, teniendo en cuenta que lo que apremia es la atención de la salud.

⁸⁹ Corte Suprema de Justicia de la Nación. (13 de marzo de 2001). *Etcheverry Roberto Eduardo c/ Omint Sociedad Anónima y Servicios s/ amparo*. Fallos: 324:677.

⁹⁰ Resolución N° 139/2020 de la Secretaría de Comercio Interior del Ministerio de Desarrollo Humano, publicada el 28/05/2020.

⁹¹ Artículo 75, inciso 23, de la Constitución Nacional Argentina.

III. La naturaleza del contrato prestacional. La buena fe contractual a la luz de la aleatoriedad

Las empresas de medicina prepaga entablan con sus afiliados una relación de consumo⁹², tras celebrar un acuerdo en el que estas se comprometen a garantizarles la atención eventual de su salud a cambio de una contraprestación monetaria, generalmente, periódica y anticipada. El contrato celebrado resulta de adhesión, en tanto el/la afiliado/a no tiene la posibilidad de discutir los términos, condiciones y alcances de la cobertura garantizada, sino que su libertad se circunscribe a decidir si desean contratar o no el plan por ella ofrecido.

La empresa comercializa un servicio a futuro, de naturaleza potencial, cuyo precio variará en orden a la multiplicidad de prestadores y al nivel de atención que ofrecerá garantizar en el caso que el afiliado lo necesite. La característica principal de estos negocios jurídicos es que, a través del ahorro consistente en pagos anticipados verificados en el transcurso del tiempo, los pacientes se protegen de riesgos futuros en su vida o salud⁹³.

Otra de las notas distintivas de estos contratos es su naturaleza eminentemente aleatoria, dado que

[...] las partes no saben si se van a requerir los servicios médicos o no, lo cual depende de un acontecimiento que es la enfermedad (el contrato aleatorio ha sido definido por la doctrina como aquel en el que las partes no conocen la entidad de las ventajas al momento de contratar, sino en un momento posterior). Las partes no saben las ventajas y desventajas, ya que habrá casos en que el paciente paga diez años y no se enferma, pero habrá otros en los que se enferma al primer año y gastara mucho más de lo que pagó (Lorenzetti, 2011; 171).

La aleatoriedad, en consecuencia, afecta a ambas partes (2011; 172), la empresa ofrece garantizarle al afiliado servicios de salud frente a eventos futuros y no sobre los que ya ocurrieron que, en ese orden, son conocidos y, por ende, excluidos por la propia aleatoriedad; fundamento por el cual se exige al pretenso afiliado declarar al momento de contratar cuál es su estado de salud. Para estimar la cuota, este tipo de empresas realizan cálculos actuariales que permiten establecer –con cierto grado de certeza– los riesgos que podrá afrontar

⁹² En la medida que los contratantes son destinatarios finales del servicio prestacional de salud que pretenden adquirir para su propio beneficio; conforme artículo 1° de la Ley N° 24.240; criterio reconocido por *Etcheverry Roberto Eduardo c/ Omint Sociedad Anónima y Servicios s/ amparo*. Fallos: 324:677.

⁹³ Corte Suprema de Justicia de la Nación. (13 de marzo de 2001). *Etcheverry Roberto Eduardo c/ Omint Sociedad Anónima y Servicios s/ amparo*. Fallos: 324:677, voto del Dr. Vázquez, considerando 9°.

conforme la edad del usuario y sus características de salud, estableciendo un margen de ganancia⁹⁴.

Tal como se adelantó en la introducción, uno de los principales límites que el Estado impuso en la libertad de desarrollo comercial de estas empresas fue la prohibición de rechazar la admisión de usuarios por enfermedades preexistentes o por causa de la edad⁹⁵.

El Estado argentino reviste el rol de principal garante del derecho a la salud de toda su población. De modo que, aún habiendo reconocido la posibilidad de que las personas puedan comercializar la cobertura de la atención médica, ejerce el poder de policía sobre el mercado propuesto por estas empresas, al dictar una norma de orden público que prima por sobre las pautas contractuales. En ese marco, delinea los límites de este negocio, teniendo en cuenta la función eminentemente social que ejercen estos operadores, a fin de mejorar el bienestar general y promover un acceso igualitario en su consumo (Schinoni, 2023; 7).

Ahora bien, en pos de la naturaleza aleatoria del contrato, también se reconoce el derecho de la empresa de valorar esas patologías preexistentes, dado que el riesgo que asume al brindar el seguro de asistencia sanitaria hacia el futuro se ve agravado por un cuadro que, en los hechos, puede preverse le demandará mayor atención. De esta forma, conocer ese antecedente médico desafía la aleatoriedad del vínculo y, en consecuencia, obliga a adaptar las cláusulas y la contraprestación del acuerdo.

Sin perjuicio de ello, los legisladores entendieron que la tarea de valorar y examinar cómo afecta en la cuota mensual ese antecedente de salud también le corresponde a un organismo estatal, como es la Superintendencia de Servicios de Salud. Ello, a fin de evitar actos discriminatorios y que tal circunstancia, en forma aparente, se convierta en otra salida para habilitar la afiliación diferencial que se pretende prohibir, al permitirle a estas empresas imponer sumas exorbitantes imposibles de cubrir, que los obliguen a cesar en la contratación⁹⁶.

IV. ¿Cómo definimos nuestra salud? Las preexistencias y su ocultamiento culposo

En orden a esa necesidad de establecer el aleas de la relación de consumo, la Ley N° 26.682 reconoce en cabeza de la persona que pretende afiliarse el deber

⁹⁴ Corte Suprema de Justicia de la Nación. (13 de marzo de 2001). *Etcheverry Roberto Eduardo c/ Omint Sociedad Anónima y Servicios s/ amparo*. Fallos: 324:677, voto del Dr. Vázquez, considerando 12.

⁹⁵ Decisión fuertemente resistida por el sector en el debate parlamentario de la Ley N° 26.682.

⁹⁶ Artículo 10 de la Ley N° 26.682 de Medicina Prepaga (B.O. 17/05/2011).

de informar su estado de salud y antecedentes relevantes en el marco de un formulario con carácter de declaración jurada, que funcionará como punto de partida para configurar las condiciones de contratación. Es por esa razón que la declaración de enfermedades preexistentes solo podrá efectuarse al inicio de la contratación, dado que marcará el punto de partida de la relación de consumo.

Las preexistencias que la demandada podrá requerir valuar a la Superintendencia de Servicios de Salud pueden ser de carácter crónico, de alto costo o, incluso, de naturaleza temporaria.

En ese orden, Lorenzetti explica que la preexistencia refiere a la manifestación de una enfermedad, ya sea diagnosticada, como la declaración de su sintomatología perceptible (Lorenzetti, 2011; 195).

Uno de los principios medulares que rige toda dinámica contractual es el de buena fe, siendo un “factor de moralización de las relaciones intersubjetivas” (Caramelo G., Picasso S. y Herrera M, 2015; 340), a partir del cual, se delimitan los alcances de las obligaciones asumidas por los contratantes, más allá de lo estipulado.

A fin de promover la realización de ese principio rector, la Ley N° 26.682 les reconoce a quienes comercialicen planes prestacionales, la facultad de rescindir el contrato de consumo “cuando el usuario haya falseado la declaración jurada” al afiliarse.

El Decreto Reglamentario N° 1993/2011 aclara que:

para que la entidad pueda resolver con justa causa el contrato celebrado, deberá poder acreditar que el usuario no obró de buena fe en los términos del artículo 961 del CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN. La falta de acreditación de la mala fe del usuario, determinará la ilegitimidad de la resolución. (artículo 9, inciso b).

El referido artículo 961 del CCCN dispone que:

Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe. Obligan no sólo a lo que está formalmente expresado, sino a todas las consecuencias que puedan considerarse comprendidas en ellos, con los alcances en que razonablemente se habría obligado un contratante cuidadoso y previsor.

De esta forma, queda evidenciada la finalidad sancionatoria del precepto, al castigar a aquel consumidor que pretende beneficiarse del contrato celebrado a costa de la empresa al desnaturalizar la aleatoriedad de ese acuerdo, en tanto

vicia la voluntad de esta última al comprometerse a asegurar un riesgo que él ya conocía y podía identificar demandaría una atención médica mayor a la media esperada (Schinoni, 2023; 7). Mediante el artículo 9° de la Ley N° 26.682:

[...] se busca sancionar a aquella persona que a fin de eximirse de una pérdida (dada por el deber de abonar un importe adicional por enfermedad preexistente) oculta maliciosamente información de su estado de salud, habiendo sido expresamente consultado sobre ella. (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, 2023, L., J. E. c/ Hospital Británico s/ amparo de salud).

De este modo, la norma es clara al exigir un deliberado ocultamiento de un padecimiento de salud, es decir, una conducta dolosa, con un objetivo claro que es evadir el costo diferencial.

Ahora bien, partiendo del concepto integral de salud y de la figura del consumidor “cuidadoso y previsor”, cabe indagar sobre qué extremos debe fundar una empresa de este tipo para ejercer esta atribución, ¿acaso la mera certificación de un diagnóstico previo omitido en el formulario justifica la rescisión del contrato?

Tal como postuló el Procurador General:

[...] para la procedencia de la rescisión por parte de la empresa de medicina prepaga, no basta verificar la simple omisión de información, sino que se exige que el usuario, obrando sin la buena fe requerida, haya falseado la declaración [siendo la rescisión una] consecuencia gravosa [que] encuentra plena justificación en las reglas de confianza que la propia norma prevé respecto del tratamiento de las enfermedades preexistentes, al prescribir en el artículo 10, que éstas sólo pueden establecerse a partir de la declaración jurada del usuario y que no pueden ser criterio del rechazo de su admisión (Procurador General de la Nación Víctor Ernesto Abramovich, 2020, A. B. R. c/ Swiss Medical S.A Medicina Privada s/ amparo ley 16986 y C. H. c/ Swiss Medical s/ prestaciones médicas).

Sobre este aspecto, Lorenzetti (2011; 200) puntualiza que si bien recae en el pretense afiliado el deber de denunciar sus antecedentes médicos al contratar, “la empresa de medicina prepaga tiene la carga de establecer la existencia de una enfermedad determinada o la exclusión de otra a través del examen médico de ingreso y la declaración jurada del beneficiario”.

Es decir, una contratación de buena fe también demanda de estos agentes pautas claras de contratación, una explicación certera sobre qué función cumple esta declaración de salud y las implicancias de su concepto.

Sobre esas bases, para que la empresa de medicina prepaga pueda ejercer la facultad de rescindir el contrato, deberá exponer la deliberada intención del afiliado de omitir denunciar su real estado de salud al contratar sus servicios. Para ello, deberá demostrar acreditar que aquel tenía un real conocimiento y consciencia ya sea de la patología en sí, o bien de su sintomatología a la fecha de la afiliación, como a su vez, que en el formulario de la declaración jurada le consultó específicamente por tales antecedentes médicos. Solo de este modo, se logra exponer que tal ocultamiento resultó doloso, es decir, que obedeció a la intención del consumidor de beneficiarse sobre la otra parte contractual al omitir denunciar un riesgo ya conocido, tergiversando la aleatoriedad propia de este tipo de acuerdos.

El ejercicio de esta prerrogativa por parte de estos agentes ha sido, por lo general, judicializado, al discutirse el carácter doloso de la omisión de un antecedente de salud. Se expone la delgada línea existente entre velar por la buena fe contractual y habilitar un acto discriminatorio que valide en forma subyacente la exclusión de afiliados que demandarán más costos de salud.

La amplitud del concepto de salud expone la multiplicidad de casos que se presentaron ante los estrados judiciales derivados del ejercicio de esa función. Entre ellos se puede distinguir la exclusión de personas que viven con VIH, o la de grupos familiares al detectar que uno de sus hijos presentaba retraso madurativo de desarrollo.

Al analizar el primer caso mencionado, la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal declaró la ilegitimidad de la rescisión ponderando la vulnerabilidad del actor como consumidor, por su desconocimiento de las ciencias médicas, así como por la condición de salud que presentaba. La cronicidad de ese diagnóstico no podía, sin más, justificar la mala fe de su omisión, por lo que era un cuadro asintomático. Y aún en el supuesto que lo conociera, ¿cómo juegan los estigmas sociales en esa declaración?

Los operadores judiciales deben arribar a una solución conteste con todo el ordenamiento jurídico argentino, neutralizando cualquier tipo de discriminación hacia estos grupos de especial vulnerabilidad. Además, deben tener en cuenta la especial protección que Argentina le asigna a estas personas, más allá de las vulnerabilidades que los atraviesan en su individualidad, en su calidad de consumidores, al observar la posición desventajada en la que se encuentran en esa relación contractual.

Partiendo de esa base constitucional, el análisis probatorio respecto de la mala fe se agudiza y recae también en la buena fe de la empresa en adoptar medidas tendientes a evitar omisiones dolosas ante la falta de entendimiento de esa declaración.

V. La protección de la salud mental y sus aristas

A fin de exponer este conflicto hasta sus fronteras más complejas, corresponde preguntarnos: ¿somos capaces de comprender nuestra salud mental en todo su alcance? ¿Acaso existe un componente genético, desde el origen de la persona que demarca su salud mental, o bien su estado se encuentra en constante fluctuación y se construye? ¿Es inmodificable? En caso de admitir esa última premisa, podría afirmarse que una persona es plenamente consciente de su estado de salud mental como para denunciarlo en este tipo de formularios.

Las respuestas a todas estas preguntas marco logran delinear cómo nuestra sociedad concibe la salud mental y cuál es el enfoque y alcance que se dará a su protección.

Argentina fue construyendo un camino en este proceso de conceptualizar a la salud mental, primero mediante la protección que asumió garantizar al suscribir los tratados internacionales, para luego evolucionar en su regulación interna respecto a la perspectiva con la que se observa las patologías de índole mental. El Estado Argentino –en línea con un cambio mundial– evolucionó de una mirada paternalista e incapacitante sobre este tipo de afecciones, hacia una perspectiva alineada con los derechos humanos de la persona que lo padece⁹⁷. El cambio de paradigma se perfeccionó con la sanción de la Ley N° 26.657 sobre el derecho a la protección de la salud mental, el 2 de diciembre de 2010.

En el marco de esa ley, se define a la salud mental como un fenómeno complejo, multifactorial. Tal como se evidenció en el debate parlamentario de esa ley “[e]s fundamental comprender que factores genéticos, biológicos, ambientales y sociales determinan conjuntamente la aparición de enfermedades mentales. El ser humano es una unidad indisoluble, lo físico se une a lo mental y a lo histórico-social”⁹⁸.

En esa línea, la Ley N° 26.657, en su artículo 3°, define a la salud mental como “un proceso determinado por componentes históricos, socio-económicos,

⁹⁷ Sobre este tema, ver Kraut, A. J. (2006).

⁹⁸ Argumentos desarrollados por la diputada Arrieta, en el marco de la 7° sesión ordinaria del 14/10/2009, versión taquigráfica, p. 408; como también por la senadora Ríofrío, en la 17° sesión ordinaria celebrada el 24 y 25/11/2010, versión taquigráfica, p. 580.

culturales, biológicos y psicológicos, cuya preservación y mejoramiento implica una dinámica de construcción social vinculada a la concreción de los derechos humanos y sociales de toda persona”.

Ese dinamismo ínsito lleva a reconocer el derecho de toda persona a que su “padecimiento mental no sea considerado un estado inmodificable”⁹⁹.

También como correlato de esa variabilidad constante y la injerencia del contexto de cada persona para su configuración, los legisladores receptaron uno de los “Principios para la protección de los enfermos mentales y el mejoramiento de la atención de la salud mental” adoptados por la Asamblea General de las Naciones Unidas, al establecer en el artículo 3 que se prohíbe la determinación de un diagnóstico de salud mental sobre la base exclusiva de la mera existencia de antecedentes de tratamiento u hospitalización. En el mismo sentido, el artículo 5° aclara que la existencia de diagnóstico en el campo de la salud mental tampoco autoriza en ningún caso a presumir riesgo de daño o incapacidad, lo que solo puede deducirse a partir de una evaluación interdisciplinaria de cada situación particular en un momento determinado.

Estas normas no hacen más que evidenciar el carácter circunstancial y fluctuante de los factores que determinan la salud mental y establecen como principio norte para todo tratamiento o controversia que se plantee en torno a estas afecciones el deber de indagar sobre las condiciones actuales de salud, sin guiarse por un diagnóstico o antecedente de esta índole ni asignarle el carácter de permanente.

De la misma forma, la Ley N° 26.657 reconoce que toda persona con una afección de este tipo tiene derecho a “no ser identificado ni discriminado por un padecimiento mental actual o pasado” y a “recibir un tratamiento personalizado en un ambiente apto con resguardo de su intimidad, siendo reconocido siempre como sujeto de derecho, con el pleno respeto de su vida privada y libertad de comunicación”¹⁰⁰. Cobra vital importancia el reconocimiento de estas prerrogativas teniendo en cuenta la evolución histórica del pensamiento que la sociedad argentina construyó en torno a la salud mental.

Si bien el Estado argentino asumió una perspectiva tuitiva y tendiente a deconstruir la mirada patológica e incurable que se sostuvo sobre estos padecimientos, el cambio de paradigma social lleva mucho más esfuerzo que la sanción de normativas. Los resultados de la construcción de prejuicios sostenidos en el tiempo acerca de estos padecimientos calaron hondo en el

⁹⁹ Artículo 7°, inciso n, de la Ley N° 26.657 sobre Derecho a la Protección de la Salud Mental (B.O. 03/12/2010).

¹⁰⁰ Artículo 7°, incisos i y l, de la Ley N° 26. 657 de Derecho a la Protección de la Salud Mental.

inconsciente colectivo y, en particular, en el individual de aquellas personas que debieron enfrentarse a un diagnóstico de esta índole.

La particular situación de vulnerabilidad personal, social y jurídica en la que se encuentran aquellas personas que presentan una afección mental fue reconocida por la Corte Suprema de Justicia Argentina¹⁰¹, como también por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, si bien al analizar la violación sistemática de sus derechos fundamentales ante casos de internación involuntaria, todos los supuestos, en mayor o menor escala, responden a la preconcepción de estos padecimientos¹⁰². En efecto, “[e]n diversos lugares del mundo, la sociedad moderna estigmatiza, devalúa, discrimina, abandona, aparta y excluye a muchos sufrientes mentales cuya dignidad se ve seriamente afectada” (Kraut, A. J. y Diana, N., 2011; 92).

Tal como expuse en un estudio anterior:

El estigma obedece a un estereotipo sostenido en el tiempo que configura una discriminación estructural sobre ese colectivo, desacreditando sus decisiones, y quien se sabe portador de él suele ‘mantenerse íntimamente alerta sobre lo que los demás consideran como su defecto’ (Schinoni, 2023; 8).

De esta forma, el sociólogo Goffman caracteriza tal estima como un “atributo profundamente desacreditador”¹⁰³.

En esa línea, la Organización Mundial de la Salud reconoció en su “Informe Mundial sobre la Salud Mental” del 2022 que la “estigmatización y discriminación” que se vincula a los trastornos mentales es tal que constituye una de las razones por las cuales las personas demoran su acceso a los servicios de salud mental¹⁰⁴.

¹⁰¹ La Corte Suprema de la Nación ha reconocido que “las personas con padecimiento mental conforman un colectivo social en particular situación de vulnerabilidad, fragilidad, impotencia y abandono”, y ha reafirmado que las personas institucionalizadas por razones de salud mental son titulares de derechos fundamentales con ciertas limitaciones derivadas de su reclusión, respecto de los cuales la regla debe ser el reconocimiento, ejercicio y salvaguardia especial de esos derechos, destacando la necesidad de establecer una protección normativa plena y eficaz; Corte Suprema de Justicia de la Nación (19 de febrero de 2008). *R. M. J. s/ Insania*. Fallos: 331:211, voto mayoritario, considerando 6.

¹⁰² Corte Interamericana de Derechos Humanos (4 de julio de 2006). *Ximenes Lopes vs. Brasil*. Párr. 101. En esa oportunidad, el Tribunal ha expresado sobre “la especial atención que los Estados deben a las personas que sufren discapacidades mentales en razón de su particular vulnerabilidad”.

¹⁰³ Citado por el Fiscal General Cuesta R. (2022). Dictamen en la causa *L., J. E. c/ Hospital Británico s/ amparo de salud*. Fiscalía General ante las Cámaras Nacionales de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal y en lo Contencioso Administrativo Federal.

¹⁰⁴ Organización Mundial de la Salud (2022). *Informe Mundial de Salud Mental*. p. 4.

La afección mental –pese a ser íntima– se la ha calificado como “el padecimiento más social” en tanto tiene una significación social y cultural que ninguna enfermedad no psíquica posee¹⁰⁵.

En orden a luchar contra ese estigma y sus consecuencias, el Estado Argentino también declaró de interés nacional la prevención del suicidio mediante la Ley N° 27.130 estableciendo un plan de abordaje sistémico. En ese marco, ponderó la importancia de incluir una previsión vinculada a la confidencialidad:

[...] porque en general, sucede que quien ha tenido un intento fallido de quitarse la vida, viene a sumar a los padecimientos que llevaron a la toma de esa decisión, el estigma que supone ser identificado como una persona que ha intentado trágicamente terminar con su vida[, razón por la cual] reviste fundamental importancia que los equipos interdisciplinarios, las obras sociales, los trabajadores de la salud que hubieran tomado intervención, contacto o tenido conocimiento, guarden reserva de la identidad. (Fundamentos de Ley N° 27.130, expediente parlamentario N°4975-D-2013, p. 6)

De esta forma, el tratamiento de este tipo de información de salud responde a un resguardo de la intimidad, como decisión en orden a la dignidad de ese ser humano.

La concepción propia de quien padece un trastorno de salud mental, en orden a la estigmatización que opera en torno a esas afecciones, afecta, en primer lugar, su propia autoconcepción, y en segundo lugar, la libertad de su manifestación.

VI. Casos paradigmáticos sobre preexistencias de salud mental

Partiendo de los derechos y obligaciones que se imponen a las personas que desean afiliarse a las empresas de medicina prepaga, corresponde preguntarnos si los antecedentes de salud mental pueden ser considerados preexistencias a denunciar en esta contratación y, en caso afirmativo, en qué marco se le exige a la persona informarlo.

La complejidad que plantea el autoreconocimiento de un padecimiento de índole mental y su consiguiente “denuncia” en una contratación quedó expuesto gracias a diversos casos que se presentaron ante la Justicia argentina. Se logra ver una

¹⁰⁵ Expresión utilizada por Scull, A. (2019; 30) citado por el Fiscal General Cuesta R. (2022). Dictamen en la causa *L., J. E. c/ Hospital Británico s/ amparo de salud*. Fiscalía General ante las Cámaras Nacionales de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal y en lo Contencioso Administrativo Federal.

evolución por parte de los tribunales en el razonamiento de este tipo de controversias.

En un primer momento, los jueces que entendieron ante las acciones de amparo promovidas por aquellas personas que eran desafiliadas de esas empresas con el fundamento de haber omitido denunciar una afectación de índole mental –en la mayoría de los casos respecto de niños y adolescentes que recibían un diagnóstico de retraso madurativo del desarrollo– les reconocieron su derecho a mantenerse afiliados, al destacar la falta de consciencia de sus padres acerca del avance de su cuadro. De ese modo, consideraban que la omisión había sido culposa, es decir, sin intención de engañar a la empresa y sacar un rédito económico¹⁰⁶.

En contraposición con esos criterios, también se plantearon casos en los que los jueces validaron la desafiliación de aquellas personas que conocían haber padecido un trastorno de índole mental, como puede ser la depresión, al tener en cuenta que esas personas habían acudido a consultas previas, habían obtenido el diagnóstico correspondiente, como también habían iniciado tratamientos previos para su abordaje. De esta forma, entendían que haber omitido tales antecedentes en la declaración jurada sobre su estado de salud al afiliarse, demostraba –solo por su conocimiento previo– la intención de esas personas de engañar a la empresa para evitar una cuota de afiliación diferenciada.

Entre esas sentencias, se puede destacar la emitida por la Sala A de la Cámara Federal de Apelaciones de Rosario que validó la desafiliación de una joven que no había informado haber sufrido depresión, patología que debió develar tras haber sufrido un intento de suicidio cuando ya se encontraba afiliada. El punto a remarcar en esa sentencia es el voto en disidencia de uno de los integrantes del tribunal, en el que pudo adelantar el conflicto que genera adoptar un análisis simplista, meramente objetivo, basado en el cotejo de fechas y estudios previos, de la autopercepción de la salud mental. En esencia, el juez expuso la disyuntiva de si correspondía juzgar de la misma forma la omisión de denunciar antecedentes de salud mental con respecto a cualquier padecimiento de índole físico. Si bien este planteo no fue contestado en esa oportunidad, y menos aún destacado por el voto de la mayoría, al convalidar la desafiliación de esa joven,

¹⁰⁶ Cámara Federal de Córdoba (2015). P. M., F. c/ Swiss Medical S.A. s/amparo ley 16.986 (Sala A, 23 de diciembre); Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal (2020). M., F. y otro c/ OSDE s/ amparo de salud (Sala III, 13 de agosto); entre otros.

lo cierto es que implicó un primer acercamiento a la controversia en análisis (Schinoni, 2023).

El hito en cuestión lo marcó la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal en la reciente decisión del 9 de febrero de 2023¹⁰⁷, en la que le exigió a una de estas empresas reafiliar a un joven que padecía depresión y un intento de suicidio que no había denunciado en su declaración jurada, tras analizar cómo operaba la variabilidad misma de la salud mental y la estigmatización en torno a su padecimiento sobre la persona para asumirla y denunciarla en el marco de esas declaraciones juradas. El caso trata de un joven de 22 años que promovió una acción de amparo contra el Hospital Británico de Buenos Aires a fin de que lo reafiliara al plan que contrató, con el argumento de haber omitido denunciar, con mala fe, sus antecedentes de depresión, que había justificado su internación en 2017 por un intento de suicidio y el tratamiento farmacológico que desarrollaba. Al ingresar en el plan, L. solo informó que padecía miopía.

Tras gozar durante más de un año de esa cobertura, acudió al servicio de emergencias del Hospital Británico por una derivación de su médica psiquiatra al presentar ideación suicida. La psiquiatra de guardia informó que el joven reconoció en la consulta el antecedente de un Trastorno de la Regulación Afectiva recurrente de larga data –desde su pubertad–, por lo que tomaba medicación. Para estabilizar su cuadro, accedió a una internación voluntaria que se extendió de mayo a junio de 2021. Tras su alta, el Hospital Británico le informó su desafiliación.

El Juzgado de primera instancia rechazó la acción y convalidó la rescisión del Hospital Británico, tras considerar que la historia clínica evidenciaba que él tenía conocimiento de su depresión al momento de contratar. Al apelar esa decisión, L. reiteró que no tuvo intención de omitir esos antecedentes médicos, sino que, en verdad, no lo concebía como una patología crónica susceptible de denunciar en ese marco, sino como “episodios aislados de depresión”. Además, manifestó que el asesor del referido Hospital le había advertido que no era necesario aclarar que se encontraba realizando psicoterapia.

La Sala II del fuero admitió ese recurso de apelación, propiciando revocar la decisión del juez de grado al compartir el análisis jurídico-fáctico desarrollado por el Fiscal Federal acerca de cómo debía interpretarse la omisión endilgada a la luz de los principios promovidos por la Ley de Salud Mental N° 26.657. El representante del Ministerio Público hizo especial énfasis en el carácter variable

¹⁰⁷ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal. (2023). *L., J. E. c/ Hospital Británico s/ amparo de salud*. (Sala II, 9 de febrero).

del estado de salud mental y en el estigma que irroga un sufrimiento de esa índole, entendiéndolos como factores que impedían tener por acreditada la intencionalidad maliciosa del accionante de omitir su información al contratar el plan prestacional. La variabilidad del cuadro emocional permitiría afirmar que, al no gozar de conocimientos médicos, el actor bien podría haber entendido que, al momento de suscribir su declaración jurada, no poseía un padecimiento mental que dar a conocer. Además, la estrecha vinculación del estado de salud mental con la identidad personal, dado el fuerte estigma social asociado a su diagnóstico, también obstaba a su declaración libre. Más aún, en el contexto de mera atención comercial, mediante un formulario en términos genéricos e imprecisos, sin recibir asistencia adecuada (Schinoni, 2023).

Ponderó que también se lo inculpó por no denunciar que, en su adolescencia, debió ser internado por otro intento de suicidio, sin tener en cuenta la especial protección sobre la privacidad de ese tipo de episodios que reconoce la Ley N° 27.130. Postuló que tampoco podía resultar dolosa su omisión, en tanto “tal proceder se encuentra amparado en los mecanismos legales de protección de la dignidad de las personas que han atravesado dicha situación” (Schinoni, 2023)¹⁰⁸.

En tales términos, el tribunal concluyó que el Hospital Británico rescindió el contrato con el actor sin comprobar su mala fe al completar el formulario referenciado, tal como exige la norma para tener por válida esa facultad, en tanto la justificó a partir de un mero cotejo de datos objetivos -como es la fecha de internación y de prescripciones médicas- que no lograban demostrar, atendiendo a las particularidades que reviste una afección mental, su mala intención de ocultar tales padecimientos al afiliarse a ella. El caso logra exponer la complejidad que implica pretender de una persona la denuncia de su salud mental, no solo por la circunstancia objetiva que resulta un estado de constante fluctuación, sino por la estigmatización que rodea su padecimiento.

Esto nos lleva a preguntar: ¿en qué contexto se pretende recabar esta información de carácter personalísimo? ¿Se respeta la intimidad del consumidor?

Por otra parte, ¿Hasta qué punto un trastorno de salud mental puede configurar una preexistencia susceptible de ser valuada como una cuota diferencial? ¿Cuánto riesgo económico le puede implicar a una empresa afiliarse a una persona que cometió un previo intento de suicidio? ¿Es acaso constitucional valorar

¹⁰⁸ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal. (2023). *L., J. E. c/ Hospital Británico s/ amparo de salud*. (Sala II, 9 de febrero).

semejante antecedente como una variable en un contrato de consumo? ¿Cómo opera el resguardo de la dignidad de todo ser humano en estas contrataciones?

En los casos previos a la paradigmática sentencia, muchos jueces les adjudicaron a las empresas la omisión de no haber adoptado recaudos, tales como someter a los pretensos afiliados a exámenes médicos previos para celebrar el contrato prestacional, para evitar la omisión culposa de sus antecedentes de salud en la declaración jurada de ingreso¹⁰⁹.

Si bien la exigencia de estudios médicos para la contratación de esos servicios podría plantear ciertos reproches constitucionales –cuya complejidad impide su análisis en el marco de esta investigación–, no caben dudas que quienes comercialicen planes prestacionales deben extremar las medidas necesarias a fin de evitar el accionar culposos de sus pretensos afiliados al completar los formularios en los que declararán cuál es su estado de salud al momento de ingresar. Una política muy útil en este sentido sería brindarles un asesoramiento profesional adecuado al momento de completarlos, tendiente a combatir la vaguedad de los términos empleados.

No debe soslayarse que, además de la vulnerabilidad que presenta por la afección de salud, al pretenso afiliado se le reconoce protección constitucional en su condición de consumidor, ante la posición vulnerable que se encuentra frente a la empresa de medicina prepaga. En ese orden, recae en esta última el deber de brindarle la debida información, en términos claros, así como de dispensarle un trato digno y no discriminatorio.

Además, el Poder Legislativo reconoció que esa posición desigual justifica el principio de interpretación favorable al consumidor en caso de dudas sobre el desarrollo del contrato celebrado¹¹⁰, al:

[...] deriva[r] de una exigencia de justicia que impone que en aquellas situaciones en las que se enfrentan las prerrogativas de un sujeto profesional con las de otro inexperto, resulta necesario establecer

¹⁰⁹ Como un ejemplo de varios, la Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, al confirmar la ilegitimidad de la exclusión por OSDE de una niña que presentaba un retraso en el lenguaje, postuló que, al recaer en la demandada la carga probatoria de acreditar la mala fe que habría dirigido el accionar de la contratante –no solo desde un cotejo objetivo, sino demostrando el aspecto subjetivo que exige la intención dolosa–, debería extremar los medios tendientes a corroborar el estado de salud de los consumidores al momento de ingresar. En esa línea, destacó la facultad de esos agentes de promover una revisión médica de los pretensos afiliados con profesionales a su cargo, en vez de limitar la declaración de enfermedades preexistentes a un mero formulario plagado de términos médicos que el contratante de esa cobertura ha de responder a su sola conciencia y sin asistencia profesional; CNACCF, Sala III, en causa 5125/2019 “M., F. y otro c/ OSDE s/amparo de salud”, decisión del 14 de agosto de 2020.

¹¹⁰ Artículo 37 de la Ley N° 24.240 y artículos 1094 y 1095 del Código Civil y Comercial de la Nación.

vínculos equilibrados que contribuyan a la paz social (Junyent Bas, F. y Meza, M. I., 2016; 951).

En la medida que esta relación de consumo demanda inevitablemente la declaración de información de carácter sensible, su recolección y resguardo deberían estar dotados de especiales salvaguardas.

En efecto, el derecho a la información se encuentra receptado en el artículo 4° de la Ley N° 24.240¹¹¹, imponiéndole al proveedor brindar toda aquellos datos atinentes a las características de los bienes y servicios, como a las condiciones de su comercialización, en forma adecuada, veraz y en términos claros, velando porque el caudal informativo sea comprensible para su destinatario (Müller, 2018, 468). Resulta imprescindible que la información sea suficiente, clara, sin términos técnicos complejos y adaptados al nivel sociocultural del usuario (Weingarten, C. y Lovece, G. I., 2020; 883).

La particularidad en estos casos se da por la información sensible, referente a la salud, que los afiliados se encuentran obligados a declarar. El resguardo de su derecho a la intimidad/privacidad en el ámbito de prácticas médicas gira en torno al "...hasta dónde permite el acceso, para qué, por quién y durante cuánto tiempo" (Outomuro, D. y Mirabile, L. M., 2012; 84). Es decir, el objetivo justifica la intromisión en uno de los derechos personalísimos de todo ser humano que protege su ámbito de individualidad.

En estos términos, la Ley de Derechos del Paciente N° 26.529 reconoce dentro de los derechos esenciales en la relación entre el paciente y los agentes del seguro de salud el derecho a la intimidad, como a la confidencialidad. La primera prerrogativa implica que:

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. (artículo 2, inciso c).

Por su parte, conceptualiza el derecho del paciente a la confidencialidad al postular:

[...] 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

¹¹¹ En línea con el artículo 1100 del Código Civil y Comercial de la Nación.

de autoridad judicial competente o autorización del propio paciente.
(artículo 2, inciso d).

En estos términos, correspondería conformar un protocolo de buenas prácticas tendientes a generar un ambiente propicio y cómodo para la declaración del estado de salud, velando por el respeto a su dignidad, haciendo explícita la información necesaria para prevenir cualquier omisión culposa.

Como pautas ejemplificadoras a fin de diagramar esta atención se puede adoptar la “Guía de intervención mhGAP para los trastornos mentales, neurológicos y por consumo de sustancias en el nivel de atención de salud no especializada” elaborada por la Organización Panamericana de la Salud y la Organización Mundial de la Salud. revé pautas específicas vinculadas con la promoción del respeto y la dignidad de la persona que se halla en tal situación, y la necesidad de emplear “habilidades de comunicación eficaces” en ese contexto. En particular, se recomienda “cre[ar] un ambiente que facilite la comunicación abierta”, lo que necesariamente implica destinar un espacio de privacidad así como también explicar a la persona que “la información abordada durante la visita se mantendrá confidencial y no se intercambiará sin autorización previa” (consejo de comunicación n° 1). También se sugiere pedir aclaraciones para el caso de que los antecedentes reseñados sean poco claros (extracto del consejo de comunicación N° 3), “[p]ermitir que la persona haga preguntas acerca de la información suministrada” (extracto del consejo de comunicación n° 5), y “[r]espond[er] con sensibilidad cuando las personas revelen experiencias difíciles (por ejemplo, acerca de agresión sexual, violencia o lesiones autoinflingidas)” (consejo de comunicación n° 6)¹¹².

En estos términos, más allá del diseño que se adopte para la recepción de esta información, también implica un deber del Estado reglamentar la forma que deben guardar los formularios de ingreso.

VII. Omisión reglamentaria y su impacto desproporcionado sobre este grupo de especial vulnerabilidad

Tal como se describe en el artículo de La Ley (2023):

A fin de echar luz a la declaración de preexistencias como la configuración de su omisión dolosa, el Decreto Reglamentario N° 1993/2011, en su artículo 9°, le impuso a la Superintendencia de Servicios de Salud de la

¹¹² Fiscal General Cuesta R. (2022). Dictamen en la causa *L., J. E. c/ Hospital Británico s/ amparo de salud*. Fiscalía General ante las Cámaras Nacionales de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal y en lo Contencioso Administrativo Federal.

Nación el deber de reglamentar “las características que deberán contener las declaraciones juradas y el plazo por el cual se podrá invocar la falsedad” allí incurrida (Schinoni, 2023; 7).

La norma evidencia la relevancia que presenta el factor temporal en la detección de estas preexistencias y delimita el derecho de rescisión en favor de estas empresas. El reconocimiento de un límite temporal para alegar preexistencias brindaría seguridad jurídica a esta relación de consumo y ayudaría a definir, aún con más claridad, que antecedente de salud podría calificar o no como una enfermedad preexistente, al establecer que, luego de un tiempo determinado, su manifestación o la de su sintomatología ya no puede serle endilgada al afiliado como previa a la contratación. Es decir, el paso del tiempo convalida su desconocimiento.

Con la misma finalidad, la imposición de ciertos requisitos de forma en la confección de estos formularios no solo brindaría uniformidad, sino claridad a la información que se pretende recabar a partir de ellos. La realización de las mismas preguntas, en términos simplificados y claros, por parte de todas las empresas promovería la construcción de una mayor conciencia social acerca de su funcionalidad y los aspectos a denunciar en ese marco (2023).

Se podría aspirar, incluso, a que esa regulación no solo recepte esas declaraciones mediante formularios, sino que la conceptualice como una circunstancia que requiere de un asesoramiento y el debido resguardo de la información brindada. En consecuencia, no debería limitarse a establecer un modelo uniforme de formularios, con preguntas claras y simples sobre el estado de salud, sino, velar por el momento en que el pretense afiliado deberá contestar esos interrogantes, regulando que sea en el marco de una consulta con un debido asesoramiento, en un ambiente de privacidad y comodidad, con plena consciencia de la función de esa declaración, y sabiendo que sus datos se encontrarán resguardados.

Sin perjuicio de su importancia, a la fecha, la autoridad administrativa no emitió una norma de alcance general sobre estos aspectos.

Tal como reconocen los tribunales del país, la falta de regulación de una norma no puede redundar en un perjuicio para la persona que pretende ampararse en ella¹¹³. De este modo, en un caso judicial, la indeterminación de las preguntas

¹¹³ La Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene establecido que la falta de reglamentación legislativa no obsta a la vigencia de ciertos derechos que, por su índole, pueden ser invocados, ejercidos y amparados sin el complemento de disposición legislativa alguna; Corte Suprema de Justicia de la Nación (7 de julio de 1992). Ekmekdjian, Miguel Angel c/ Sofovich, Gerardo y otros, Fallos: 315:1492; (15 de octubre de 1998).

formuladas en la declaración jurada, como la rescisión de contrato por parte de estas empresas luego de varios años de haber formalizado la relación de consumo, serán factores que, en los hechos, demostrarán la equivocación del afiliado y no un obrar malintencionado para aprovecharse de esas firmas.

Ahora bien, esa solución no previene a la persona de tener que atravesar el agobio de ser desafiliado de la empresa que contrató para resguardar su salud, como cursar todo un proceso judicial para exigir que se lo mantenga en las mismas condiciones, con todos los costos que ello conlleva.

Como se puede observar de la sentencia en análisis, el Poder Judicial logró garantizarle al actor, el efectivo acceso a los medios que garanticen su salud, pero corresponde preguntarnos si, a través de este Poder, no se podría evidenciar, en el marco de una sentencia, una dimensión más estructural del problema, para promover una solución que no solo vele por el derecho de quien acciona, sino que intente prevenir que otra persona como ella, deba atravesar esa situación.

Si se adopta una perspectiva más amplia del problema que plantean las preexistencias, se puede observar que la omisión estatal de reglamentar el artículo 9° del Decreto N° 1993/2011 conlleva mayores implicancias sobre un grupo de especial vulnerabilidad, como son las personas con padecimientos mentales.

Tal como se explicó en los apartados anteriores, el estigma social que se le asigna a esos trastornos como su variabilidad continua, complejizan la consciencia de quienes lo padecen de denunciarlos en un mero formulario de adhesión. En consecuencia, la mala fe de su omisión parecería, en cierta medida, presuponerse. Partiendo de esa premisa, se observa que las normas dispuestas en los artículos 9 y 10 de la Ley N° 26.682, y en su decreto reglamentario N° 1993/2011, si bien presentan una apariencia “neutral” al exigir al consumidor el deber de denunciar sus antecedentes de salud previo a contratar, al no establecer condiciones válidas para el entendimiento de qué aspectos encuadrarían en ese concepto en particular, respecto de afecciones de índole emocional, terminan implicando -en los hechos- una actividad discriminatoria que genera un impacto desproporcionado sobre ese colectivo de especial vulnerabilidad (Schinoni, 2023; 7).

Urteaga Facundo Raúl c/ Estado Nacional – Estado Mayor Conjunto de la FFAA s/ amparo ley 16.986, Fallos: 321:2767.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, al entender en el caso “Castillo”¹¹⁴, tuvo oportunidad de ahondar en un nuevo estándar para comprender la discriminación desde una faz estructural. Basado en una interpretación desarrollada por la Justicia de Estados Unidos¹¹⁵, el Máximo Tribunal del país ponderó que se debía analizar el derecho a la igualdad:

[...] desde una perspectiva estructural que tiene en cuenta al individuo en tanto integrante de un grupo. El análisis propuesto considera el contexto social en el que se aplican las disposiciones, las políticas públicas y las prácticas que de ellas se derivan, y de qué modo impactan en los grupos desventajados, si es que efectivamente lo hacen (Corte Suprema de Justicia de la Nación, 2017, Fallos: 340:1795).

Partiendo de esa base, la Corte Suprema de Justicia de la Nación observó que se puede ver afectado el principio de igualdad a partir de normas que, en su literalidad, aparecen como neutras, al no efectuar una distinción entre grupos para reconocer o no derechos –que por sí sola no ofrece ningún reparo de constitucionalidad–, pero que su aplicación en un contexto social determinado produce un impacto desproporcionado en un grupo determinado. Ello así, a efectos de analizar su constitucionalidad, “resultara necesario [...] comprobar la manera en que [...] se ha implementado [...] [debiendo] el tribunal anali[zar] los efectos que su aplicación ha generado en la realidad”¹¹⁶.

De esta forma,

La falta de reglamentación de esas normas en apariencia neutrales, aplicadas a un contexto social en el que aún persiste el estigma sobre el abordaje de la salud mental, conlleva imponerle a ese colectivo de especial vulnerabilidad no solo el deber de asumir su padecimiento, sino el de informarlo en el marco de formularios de adhesión redactados en términos imprecisos. Sentado lo expuesto, corresponde asignarle efecto discriminatorio a la falta de reglamentación y no ya a la conducta basada en la norma indeterminada, dado que “...el efecto negativo de la ley se perpetuará más allá de que, una y otra vez, se invaliden las prácticas,

¹¹⁴ Corte Suprema de Justicia de la Nación. (12 de diciembre de 2017). *Castillo, Carina Viviana y otros c/ Provincia de Salta - Ministerio de Educación de la Prov. de Salta s/ amparo*, Fallos: 340:1795. En ese marco, declaró la inconstitucionalidad del artículo 27, inciso ñ, de la Constitución de la provincia de Salta, al establecer la instrucción religiosa en “los planes de estudio y dentro de los horarios de clase, atendiendo a la creencia de los padres y tutores quienes deciden sobre la participación de sus hijos o pupilos”, al sostener que esa norma, en apariencia neutral, tenía un impacto desproporcionado contra las personas que profesaban una religión distinta a la católica, o ninguna religión.

¹¹⁵ U.S. Supreme Court. (1971). *Griggs v. Duke Power Co.*, 401 U.S. 424.

¹¹⁶ Corte Suprema de Justicia de la Nación. (12 de diciembre de 2017). *Castillo, Carina Viviana y otros c/ Provincia de Salta - Ministerio de Educación de la Prov. de Salta s/ amparo*, Fallos: 340: 1795.Voto mayoritario, considerando 21.

pues ellas solo concretizan la discriminación encubierta que una lectura perniciosa de la norma admite...”¹¹⁷ (Schinoni, 2023, p. 8).

al resolver un caso particular como el de estudio, el Poder Judicial tiene las herramientas para ir más allá de su solución y evidenciar que tal padecimiento no sólo estaría afectando al actor, sino que resulta una situación de discriminación estructural que repercute en todas aquéllas personas que estarían o podrían estar en esa situación.

VIII. Acceso a la justicia a fin de resguardar el derecho a la salud y la dignidad de todos los consumidores

El Poder Judicial, conforme el sistema republicano de nuestro Estado, asume la función de velar por el cumplimiento de los derechos de nuestra sociedad, al verificar que las normas y actos emitidos por el resto de los poderes se alineen con las bases constitucionales de nuestra sociedad. En efecto, la justicia resulta un aliado del pueblo y debemos acudir a su auxilio ante la discriminación y la afectación del desarrollo de derechos en igualdad.

En esta línea:

[...] le corresponde ‘al Poder Judicial de la Nación buscar los caminos que permitan garantizar la eficacia de los derechos y evitar que estos sean vulnerados, como objetivo fundamental y rector a la hora de administrar justicia y de tomar decisiones en los procesos que se someten a su conocimiento y no debe verse en ello una intromisión indebida del Poder Judicial cuando lo único que hace es tender a tutelar derechos, o suplir omisiones en la medida en que dichos derechos pueden estar lesionados’ (Fallos: 328:1146; 341:29; 343:1704; voto de los jueces Maqueda y Lorenzetti, en Fallos: 344:3011) (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, 2022, C., E. V. c/ EN-M Salud de la Nación y otro s/ Amparo Ley 16.986).

Partiendo de esa base, casos como el analizado resultan una oportunidad para el desarrollo de litigio estratégico tendiente a demarcar nuevas soluciones que velen por el ejercicio igualitario de derechos.

¹¹⁷ Corte Suprema de Justicia de la Nación. (12 de diciembre de 2017). *Castillo, Carina Viviana y otros c/ Provincia de Salta - Ministerio de Educación de la Prov. de Salta s/ amparo*, Fallos: 340: 1795.Voto mayoritario, considerando 23.

Otra de las grandes herramientas con la que la sociedad cuenta para exigir al Poder Judicial solución a problemas estructurales que afectan a un número indeterminado de individuos son las acciones colectivas¹¹⁸.

Cabe destacar que, mediante acciones colectivas como la planteada en el caso “Padec”¹¹⁹, asociaciones civiles en representación de los derechos de los consumidores han demandado a empresas de medicina prepaga con el objeto de declarar la ineficacia de ciertas cláusulas de su contrato de adhesión, como a su vez contra otros agentes de salud como el INNSJP a fin de exigirle el cumplimiento de la cobertura integral de prestaciones en favor de las personas con discapacidad beneficiarias de pensiones no contributivas de acuerdo a lo establecido en las leyes 22.431 y 24.901¹²⁰.

De esta forma, ya sea mediante un litigio estratégico que exponga la omisión estatal, o bien, una acción colectiva en representación de todas aquellas personas que padecieran alguna afección de índole mental y pretendieran contratar los servicios de cobertura prestacional brindado por este tipo de empresas, el Poder Judicial ocupa un rol fundamental a la hora de hacerse cesar esta omisión reglamentaria, que discrimina indirectamente un especial grupo de vulnerabilidad en nuestra sociedad. Grupo que, tal como expuso el relator de la Organización de Naciones Unidas¹²¹, todos podemos integrar, porque la salud mental se caracteriza por una fluctuación constante determinada por factores externos que escapan de nuestro control.

Partiendo de este enfoque, el activismo judicial no puede ni debe ser confundido con la intromisión en una prerrogativa que no es propia de los magistrados, como es la de legislar (Lorenzetti, R. L., 2010).

Mediante estos precedentes, el Poder Judicial logra exponer la necesidad de que el resto de los poderes intervenga en la tarea de simplificar los conceptos en los formularios de ingreso, de establecer protocolos para recabar esta información, de cristalizar las preexistencias, generando un lenguaje claro para toda la

¹¹⁸ Mediante la reforma constitucional de 1994, en el artículo 43, se reconoció legitimación no solo en la persona afectada, sino a las asociaciones y organizaciones civiles que propendan a los fines de proteger estos derechos. La reforma constitucional de 1994 no solo implicó el reconocimiento de derechos de incidencia colectiva como el ambiente y aquellos que atañen a los usuarios y consumidores, sino que, además, reconoció la legitimación procesal para promover causas ante los estrados judiciales en representación de una clase o colectivo de la sociedad que se ve afectado por un mismo acto u norma

¹¹⁹ Corte Suprema de Justicia de la Nación. (21 de agosto de 2013). *PADEC c/ Swiss Medical S.A. s/ nulidad de cláusulas contractuales*, Fallos: 336:1236.

¹²⁰ Corte Suprema de Justicia de la Nación. (10 de febrero de 2015). *Asociación Civil para la Defensa en el Ámbito Federal e Internacional de Derechos c/ Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados s/ Amparo*, Fallos 338:29.

¹²¹ Informe del relator especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental (A/HCR/35/21), 2017, citado por Kraut, A. J. (2020; 70).

comunidad tendiente a tomar conciencia de qué consisten estos contratos y cuál es su norte con necesidades urgentes en los tiempos que vivimos.

Al intervenir en litigios como el analizado en este marco, el Poder Judicial ejerce su principal función de interpretar todas las normas que imperan la vida de la sociedad argentina de una forma armónica y sistémica, en concordancia con los principios rectores que impone nuestra Constitución Nacional, velando por la protección de los grupos más vulnerables. En efecto, que el Estado autorizara a comercializar servicios tendientes a garantizar su derecho a la salud, también implicó que se extremaran las políticas públicas tendientes a resguardar al individuo en la relación de consumo entablada con las empresas que se desarrollaban en esa función, estableciendo ciertos límites al mercantilismo tradicional, en orden a la función social que desempeñan.

A través de sentencias como las aquí analizadas, los operadores judiciales logran ir más allá de los intereses planteados por las partes de la controversia, indagando en el contexto en el que se desarrollan. Es solo a través de una mirada estructural de todas las aristas de esta controversia que se puede arribar a una solución que respete los derechos fundamentales de los involucrados, compensando la discriminación operada por la omisión reglamentaria.

Asimismo, estas sentencias permiten echar luz a un conflicto estructural que debe ser abordado por todos los poderes del Estado argentino para garantizar el ejercicio del derecho a la salud en condiciones de igualdad, con el debido respeto y trato digno de todo individuo.

Bibliografía

Abramovich, V. y Pautassi, L. 2008. "El derecho a la salud en los tribunales. Algunos efectos del activismo judicial sobre el sistema de salud en Argentina". En: *Salud Colectiva*, septiembre-diciembre 2008, 4(3).

Aren, J. 2012. *Régimen legal de las Obras Sociales. Agentes del Seguro Nacional de Salud* (2° ed.). Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Bergallo, P. 2005. "Justicia y experimentalismo: la función remedial del poder judicial en el litigio de derecho público en Argentina". En: *Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política Papers (SELA)*.

Brena, S. I. 2004. *El derecho y la salud- Temas a reflexionar*. Universidad Nacional Autónoma de México.

Garay, O. E. 2017. “La medicina prepaga”. *DELS*. Disponible en: <https://www.msal.gov.ar/dels/entradas/la-medicina-prepaga>.

Gherzi, C. y Weingarten, C. (Dir.). 2011. *Tratado del derecho a la salud*. (Tomos I y II). Buenos Aires: La Ley.

González García G. y Torres, R. 2010. “Módulo 5: Políticas de Salud”. En: *Colección Salud social y comunitaria - Las políticas de salud en la Argentina*.

Goffman, E. 2006. *La identidad deteriorada* (1°ed). Buenos Aires: Amorrortu Editores.

Hernández, A. M. 2003. “Reflexiones constitucionales sobre el Derecho a la Salud. En: *Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba*.

Kraut, A. J. (Dir.). 2020. *Derecho y Salud Mental. Una mirada interdisciplinaria* (Tomo I). Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.

Kraut, A. J. 2006. *Salud mental. tutela jurídica* (1° ed). Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.

Kraut, A. J. 2021. *Pacientes Mentales y Derecho Privado. Tutela Jurídica* (1° ed.) Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.

Kraut, A. J. y Diana, N. 2011. “Derecho de las personas con discapacidad mental: hacia una legislación protectoria”. En: *La Ley*. 08/06/2011.

Lorenzetti, R. L. 2010. “La decisión judicial en casos constitucionales”. En: *La Ley*. 01.11.2010.

Lorenzetti, R. L. 2011. *La empresa médica* (2ª ed.). Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.

Medina, G. (Dir.) 2011. “Régimen Jurídico de la medicina prepaga”. En: *La Ley Suplemento especial*.

Müller, G. E. 2018. *Cuestiones del Derecho del Consumidor II* (1° ed). San Miguel de Tucumán: Bibliotex.

Schinoni, M. M. 2023. “La declaración de antecedentes médicos en la afiliación a empresas de medicina prepaga a la luz de la Ley Nacional de Salud Mental”. En: *La Ley*.

Outomuro, D. y Mirabile, L. M. 2012. “Derecho a la intimidad y su vinculación con la salud”. En: *Revista Latinoamericana de Bioética*, 12 (1). Bogotá.

Organización Mundial de la Salud. 2022. *Informe Mundial de Salud Mental*.

Weingarten, C. y Lovece, G. I. 2020. *Tratado de Derecho a la Salud*, (2° ed, Tomo I). Buenos Aires: La Ley.



Sección III.

Experiencias comunitarias para
la atención integral de la salud

La aplicación del modelo comunitario de atención integral a la salud mental. Prácticas sociales y desafíos de la experiencia recabada en los CAPS y la asistencia pública a nivel local en la ciudad de Villa María, Córdoba (2022-2023)¹²²

Nicolle Lea Barrozo Greig¹²³

Abogada y estudiante del Profesorado de Ciencias Jurídicas (Facultad de Derecho - UNC). Integrante del MPD, Defensoría Pública Oficial ante el Juzgado Federal de Villa María. Colaboradora en equipo de investigación PIDTA Línea Consolidar.

I. Introducción

La atención a la salud mental afrontó un rotundo cambio a nivel nacional, tanto en el plano normativo como ideológico, a partir del enfoque instituido por la Ley Nacional 26.657 que propone un abordaje integral y humanizado de la persona con padecimientos de salud mental para garantizar su participación, pleno desarrollo y vinculación en la comunidad de modo igualitario y universal.

Al mismo tiempo, el paradigma instaurado se focaliza en la atención primaria a la salud mediante el trabajo conjunto entre profesionales y distintos efectores para la detección temprana y paliativa a fin de evitar una prematura institucionalización de la persona. Busca garantizar, principalmente, la accesibilidad de las prestaciones desde un plano preventivo para desplazar la

¹²² Si bien se analizan las experiencias anteriores, el artículo también trata de las estrategias de superación propuestas para el 2024.

¹²³ Agradezco a las personas entrevistadas para la elaboración de este artículo por su entera colaboración y predisposición al diálogo y a la Lic. Bibiana Bantle de la Asistencia Pública por ser el nexo inicial con la asistencia pública.

anterior perspectiva biologicista asociada al manicomio como principal centro de control institucional, y una auténtica eficiencia de los servicios para tratar la complejidad del ser humano (Carmona, 2012).

Otro de sus aspectos centrales tiene que ver con el intercambio interdisciplinar e intersectorial, lo que conlleva a una organización de los servicios de acuerdo con las características epidemiológicas y sociales de un territorio para la construcción de redes de trabajo.

La propuesta del enfoque comunitario o modelo social¹²⁴ invita a la creación de redes de servicios comunitarias mediante el esfuerzo colectivo para favorecer una mejor calidad de vida para el individuo con padecimientos mentales y, especialmente, una plena inclusión.

El objetivo del siguiente artículo es describir y analizar la efectiva implementación del enfoque comunitario o social de atención primaria a la salud mental a partir de las prácticas sociales y la toma de decisiones a nivel local de la experiencia recabada en los Centros de Atención Primaria a la Salud (CAPS) y la asistencia pública en la ciudad de Villa María, provincia de Córdoba, desde que se presentó la Estrategia Federal de Abordaje Integral de la Salud Mental del Poder Ejecutivo Nacional (Presidencia de la Nación, 25 de abril de 2022).

Es de suma importancia poder visibilizar el impacto de las actitudes, roles y políticas sociales en el modo en que los individuos viven los trastornos de salud que pueden transformarse en desigualdades sociales que condicionan y crean barreras actitudinales, sociales y culturales que dificultan su inclusión. Es decir, el modelo social se focaliza en “la interacción del individuo con un entorno que no da cabida a las diferencias y límites del individuo o impide su participación en la sociedad” (Eurosocial, 2013; 18).

II. La salud mental: un problema prevalente

La Organización Mundial de la Salud (OMS) define al derecho a la salud como un estado de completo bienestar físico, mental y social, no solamente asociado con la ausencia de afecciones o enfermedades (1946). Se encuentra íntimamente ligado a la calidad de vida de la persona en su faz interna y a factores externos, tales como la accesibilidad y la calidad de los bienes y servicios, el acceso a la información, la disponibilidad de los establecimientos en

¹²⁴ A los efectos de este artículo, serán utilizados indistintamente los conceptos de modelo social o comunitario para referir a este mismo enfoque.

condiciones sanitarias adecuadas, la capacitación y respeto del personal de salud, entre muchos otros.

Concretamente, el Estado Nacional tiene publicado en su sitio web oficial que la salud mental se vincula al “bienestar emocional, psíquico y social, que permite llevar adelante los desafíos de la propia vida y de la comunidad en la que vivimos” (Dirección Nacional de Abordaje Integral de Salud Mental y Consumos Problemáticos, s.f.). Y allí divulga que los estudios de la OMS y la Organización Panamericana de la Salud (OPS) demuestran que los padecimientos mentales “no son un problema poco frecuente”, sino que se ubican dentro de las cinco primeras causas de enfermedad en América, asociadas mayormente a los trastornos de ansiedad, del estado de ánimo y al consumo de sustancias. Puntualmente en Argentina, una de cada tres personas presenta un problema de salud mental desde sus veinte años.

A partir de los datos elaborados a nivel local por el Observatorio de Salud de la Secretaría de Salud de la Municipalidad de Villa María, los trastornos mentales y del comportamiento tienen entre el segundo y tercer lugar entre las demandas prevalentes en los distintos espacios de atención de la Secretaría de Salud (Vega et. al., 2022; 127).

II.i La transición hacia un modelo comunitario de atención a la salud mental

La incorporación de lo social junto a los factores físico y mental tradicionalmente considerados para describir a la salud significó un cambio sustancial en el modo de concebirla, porque dejó de depender exclusivamente del mundo de la sanidad para integrarse también en el mundo social (Rodríguez et.al., 2015). Los condicionantes sociales de la salud cumplen un papel fundamental para entender “cómo la sociedad y las diferentes formas de organización social influyen la salud y el bienestar de los individuos y las poblaciones” (OPS, 2002; 7).

La premisa fundacional del nuevo modelo de salud mental abandona la anterior concepción manicomial que respondía al encierro prematuro en instituciones psiquiátricas y no permitía abordar cabalmente la problemática. Se trata, entonces, de pensar ahora desde una perspectiva de derechos humanos que “focaliza como principal campo de intervención el entorno, incluyendo el entorno como espacio a modificar e intervenir. Desde esta perspectiva, el sustrato de los desafíos ya no está en la persona individual sino en la sociedad” (Eurosocial, 2013;18).

Se empieza a hablar en un plano discursivo de “universalidad”, “accesibilidad” e “inclusión”: “En el campo de la salud mental, el cambio de orientación hacia la inclusión social ha encontrado como obstáculo las dificultades de los servicios y, dentro de estos, de los trabajadores del campo, para pensar en términos de categorías relacionales” (Ardila-Gómez et al., 2016; 267).

En esta transición de un modelo a otro, es posible identificar tres líneas principales de análisis: a) el paso de la hospitalización psiquiátrica hacia la promoción de una red de servicios destinados a la *prevención y atención primaria a la salud*; b) la intervención del profesional o la profesional de salud para dar una respuesta *integral e interdisciplinar*, con aptitud para contemplar la complejidad y dignidad humana; y c) el rol activo de los usuarios y las usuarias, junto al compromiso y la *participación de la comunidad* en el modo de concebir a la salud mental.

El presente artículo va a ceñirse a estos tres ejes temáticos (la atención primaria-preventiva, la interdisciplinariedad y lo comunitario) para intentar demostrar cómo se articulan en la puesta en práctica del modelo comunitario.

III. La presentación de la Estrategia Federal de Abordaje Integral de la Salud Mental

Con posterioridad a la emergencia sanitaria dispuesta por la Ley 27.541, la Nación incluyó en su agenda política el tema de la salud mental e ideó la Estrategia Federal de Abordaje Integral de la Salud Mental (25 de abril del 2022). Por su incipiente implementación y la complejidad que demandaría su tratamiento, solo se hará una breve presentación del programa, ya que excede a este artículo. Se sancionó en línea con su antecedente directo “Bases del Plan Federal” (2004), que proponía un rol protagónico del Estado y cursos de acción asociados a la construcción de un nuevo modelo sanitario.

El sitio web oficial de la Presidencia anunció: “Vamos a cuidar la salud mental desde una perspectiva de derechos, libre de violencias y desde el respeto a las diversidades, y a priorizar saldar la deuda con la plena implementación de la Ley de Salud Mental”¹²⁵. Esta estrategia propuso numerosos objetivos: ampliar la red asistencial por telemedicina, crear la diplomatura en salud mental comunitaria, duplicar la cantidad de efectores del primer nivel de salud, transferir fondos a las provincias, continuar con los procesos de investigación y capacitación, crear dispositivos de cuidados y guardias interdisciplinarias, contratar personal con

¹²⁵ <https://www.argentina.gob.ar/noticias/junto-al-presidente-vizzotti-puso-en-marcha-la-estrategia-federal-de-abordaje-integral-de>

perfil interdisciplinario y crear diversos programas de acción con despliegue territorial, entre muchos otros.

De este modo, la decisión del Estado en la manera de intervenir frente a la atención a la salud pone al descubierto los distintos intereses que se conjugan en la agenda política. Cabe preguntarse qué desafíos prácticos se presentan para una eficaz prestación del servicio, con real incidencia en la sociedad que la demanda y para que no quede relegada tan solo a anuncios oficiales y sanciones legislativas.

IV. La salud mental en Villa María. Trabajo de campo local

A los fines de este artículo, se realizó un trabajo de campo a nivel local en la ciudad de Villa María para intentar describir y analizar la efectiva implementación del enfoque comunitario de atención a la salud mental, en su faz netamente práctica.

IV. 1. El escenario: la ciudad

Villa María es cabecera del departamento General San Martín de la provincia de Córdoba. Está atravesada por las principales rutas de acceso RN9, RN158 y autopista 9. Se localiza a 150 km de la ciudad de Córdoba (capital), a 244 km de Rosario, Santa Fe y a 571 km de Buenos Aires. De acuerdo al último censo, alberga a 88.600 habitantes (Municipalidad de Villa María, s.f.).

IV. 2. El marco regulador: el PGTI

El municipio sancionó el Programa de Gestión Territorial Integral (PGTI) Salud, Familia y Comunidad, dependiente de la Secretaría de Salud de la Municipalidad de Villa María. Fue aprobado por el Concejo Deliberante mediante la Ordenanza N° 7.122 y Decreto N° 339 (23 de marzo de 2017) para captación, evolución y monitoreo de la población bajo cuidado. Se estructuró territorialmente en cinco zonas definidas como “áreas programáticas” para lograr una amplia cobertura.

La delimitación geoterritorial está dada por el agrupamiento de los barrios Ramón Carrillo, Belgrano y Parque Norte; La Calera y Almirante Brown; Roque Sáenz Peña y Güemes; Las Acacias, Vista Verde y Mariano Moreno; Carlos Pellegrini y Trinitarios; Nicolás Avellaneda y Botta; San Nicolás y San Martín norte; San Martín y Lamadrid; Horizonte, San Juan Bautista y 400 Viviendas; San Justo y San Juan Bautista; Los Olmos, San Juan Bautista y San Justo; Las

Playas, Evita, Villa Albertina y Barrio del Río; Rivadavia, Industrial y Barrio del Río; y Barrio Centro.

Existen a nivel municipal quince Centros de Salud (CAPS) replegados en los distintos barrios, más la asistencia pública en zona céntrica. En cada uno hay distintos efectores de salud que prestan servicio exclusivamente para esa población bajo su cuidado o que se movilizan a otros sectores.

El decreto confiere el encuadre reglamentario para garantizar la accesibilidad formal de la salud –en sentido amplio– en consonancia con la Ley Nacional de Salud Mental, la que expresamente reconoce:

El proceso de atención debe realizarse preferentemente fuera del ámbito de internación hospitalario y en el marco de un abordaje interdisciplinario e intersectorial, basado en los principios de la atención primaria de la salud. Se orientará al reforzamiento, restitución o promoción de los lazos sociales (art. 9).

En el marco del referido programa se diseñaron veinticuatro dispositivos de atención primaria a la salud, entre ellos, dos específicos en materia de salud mental, que funcionan de manera alternativa a la internación de la persona (Vega et. al., 2022). Por un lado, el Hospital de Día Encuentro¹²⁶, que es un espacio de contención, mayor al ambulatorio, para personas con un padecimiento subjetivo (psicosis). Articula con los CAPS e instituciones de referencia de cada territorio y otras de mayor complejidad. Se orienta a realizar una primera entrevista y valoración diagnóstica, conformar una red de trabajo, consolidar estrategias terapéuticas y lograr la participación de familiares y del círculo cercano de la persona bajo cuidado.

Por el otro lado, está el Dispositivo de Salud Mental Comunitaria materializado en la red de Centros de Primer Nivel de Atención (los CAPS), que se encuentran geolocalizados estratégicamente en los barrios para la prevención y promoción de la salud integral, la participación comunitaria y la conformación de redes de atención en un primer nivel. Ello implica necesariamente generar una red de establecimientos interconectados con el objeto de brindar distintas ofertas de atención y acompañamiento a las problemáticas de salud mental. A partir de una primera entrevista de preadmisión en el mismo CAPS se realiza una evaluación diagnóstica y se trabaja en referencia y contrarreferencia con el tercer nivel de atención a la salud (Hospital Regional Dr. Louis Pasteur).

¹²⁶ Funciona en Lisandro de la Torre 158, Villa María (contiguo a la asistencia pública).

En paralelo a estos dos dispositivos principales en materia de salud mental funciona el servicio municipal de Emergencias y Urgencias 107 (ambulancia a domicilio) las 24 horas del día para la atención domiciliaria, que opera conjuntamente con los dispositivos en el ingreso de pacientes por guardia del hospital, así como en la referencia y contrarreferencia para derivación de aquellos casos que, dada su complejidad, atañen a otro nivel de atención a la salud.

Otro de los mecanismos previstos por el PGTI que se vincula con la problemática son los *grupos de acompañamiento emocional*, que permiten interactuar con otras personas que se encuentran en una situación similar a partir del aprendizaje colaborativo y de compartir experiencias para enfrentar situaciones dolorosas o de enfermedades. Fue diseñado como un espacio de escucha y acompañamiento en red. Su propósito se centra en el fortalecimiento del bienestar emocional, las relaciones interpersonales y el crecimiento personal.

IV. 3. La puesta en acción: desafíos institucionales eminentemente prácticos

Desde el paradigma comunitario, no cabe lugar a dudas que una persona en situación de vulnerabilidad merece un abanico de opciones, preferiblemente interdisciplinarias, capaces de suministrar los cursos de acción posibles para afrontar su problemática de la manera más efectiva para hacer valer sus derechos y oír su voz (Gutierrez et.al., 2017).

No obstante, existen “[r]esistencias que se dan en las prácticas, en creencias, en la no aceptación de la diversidad que impone el cumplimiento de la ley de salud mental” –tal como aboga el MPD (s.f.)– que constituyen verdaderas barreras para el acceso al servicio de salud.

Entonces, ¿con qué desafíos se enfrenta la aplicación del modelo comunitario de atención primaria a la salud mental? Para dar respuesta a este interrogante y a los fines de este artículo, se empleó un método cualitativo de recolección de datos mediante entrevistas individuales y semiestructuradas, dirigidas a informantes claves del servicio público municipal, precisamente a miembros del Servicio de Salud Mental de la Secretaría de Salud dependiente de la municipalidad de Villa María.

No hubiera sido posible este artículo sin la colaboración de agentes sociales clave de dos instituciones públicas referentes en la temática, a saber, la asistencia pública y los CAPS, con aptitud suficiente para aportar información

fidedigna y compartir sus experiencias y desafíos frente a la implementación del modelo.

Las entrevistas estuvieron orientadas a reunir información vinculada con las prácticas sociales durante el último tramo de la gestión municipal, específicamente en el primer nivel de atención a la salud mental. La propuesta de este artículo consiste en esbozar una síntesis, por un lado, de los desafíos encontrados en la prestación del servicio y, por el otro, de las estrategias de acción contra los posibles obstáculos que representan barreras de accesibilidad para los usuarios y las usuarias. Cabe tener en cuenta que no es un análisis estadístico, sino que busca plasmar las vivencias de quienes prestan el servicio de salud mental en la ciudad de Villa María.

Para facilitar la lectura y la comprensión, los testimonios relevados durante el trabajo de campo van a ser presentados de acuerdo a las tres líneas de análisis referidas inicialmente.

IV.3.i. Primera línea de análisis: la atención primaria y preventiva

La primera de las dimensiones de análisis intenta demostrar cómo –en esta transición del modelo asistencialista al enfoque comunitario– se invierte la premisa de un encierro prematuro hacia la regla de la atención primaria-preventiva y de la internación voluntaria de la persona con problemas en salud mental como último recurso terapéutico posible. Es allí donde “la atención primaria en materia de salud mental se convierte en la estrategia de trabajo más representativa de la ley y más conveniente a la hora de determinar las intervenciones profesionales” (Vega et al., 2022; 127).

En función de ello, el actual enfoque propone la reformulación de los servicios de atención con una idea de integrar la promoción, la prevención y la atención, con base territorial para la coordinación de cuidados.

Con relación a esta dimensión de análisis se destacaron cuatro estrategias centrales para la atención primaria y preventiva extraídas a partir de los testimonios: el anclaje territorial, el trabajo en red, la pre admisión y los dispositivos grupales.

(a) Anclaje territorial

En ese contexto fue pensado el marco regulador PGTI, donde la dimensión territorial asume un papel predominante para garantizar la accesibilidad de las prestaciones. En la entrevista realizada con el Director General de Gestión

Sanitaria, Lic. en Psicología y Mgter. en Salud Mental, Pablo Sebastián Arriaga¹²⁷ (PA), a meses de su asunción en el cargo, destacó la cobertura territorial del municipio:

En cuanto a salud mental, lo que vimos es que, la municipalidad de Villa María hizo todo un recorrido histórico de acercar, de regenerar la accesibilidad mediante el acercamiento geográfico [...] en tener el recurso cerca de casa o en el barrio. Antes llamados dispensarios y ahora CAPS, están muy bien distribuidos, son 15 en total, hay una muy buena cobertura geográfica, con buenas instalaciones, que es un ejemplo para muchas municipalidades y gestiones en todo lo que se ha trabajado e invertido en esto.

Un somero y transversal recorrido histórico del lado de Andrea Polverini (AP), Lic. en Trabajo Social y especialista en salud social y comunitaria, referente clave en la asistencia pública y encargada de la capacitación y educación permanente en servicios de la Secretaría de Salud de la Municipalidad de Villa María, ponía en evidencia el paulatino proceso que se fue dando por descentralizar la atención de la salud hacia los barrios. Anteriormente concentrada en un único espacio físico de la Dirección Provincial de Salud Mental, pasó a distribuirse a los dispensarios (más tarde llamados CAPS) para priorizar la atención territorial entre los años 2015 a 2023.

Con relación a ello, el Psiquiatra Guillermo Gauna (GG) del CAPS de Barrio San Martín y especialista en salud social y comunitaria, sostuvo que “la persona de cada barrio tiene la posibilidad de atención de su demanda en el centro de atención, que se llama CAPS. Hay demanda espontánea, las personas van y consultan directamente. Puede ser un familiar, un vecino, en el CAPS de su barrio”.

(b) Trabajar en red

En plan de diseñar una nueva política en salud mental, el actual director refirió que, durante una primera etapa diagnóstica de su gestión, se realizaron –y realizan– reuniones con distintos profesionales de todas las ramas de la salud en las que hablaron de “una política de asistencialismo muy fuerte anterior a la pandemia, y que luego de ella, se profundizó”. En este punto, la psicóloga Natalia Copertino (NC) del CAPS de Barrio San Martín, especialista en salud social y comunitaria, relató:

Nos atravesó muy fuertemente la pandemia. Lo que es la salud primaria se vio atravesada con mucho asistencialismo... Y en relación al

¹²⁷ Gestión 13/12/2023 a la actualidad

cuestionamiento de nuestras prácticas, empezamos a querer volver un poco al modelo social comunitario (que nunca se dejó de hacer), pero tratamos de tomar un poco más de enfoque en ese punto.

En efecto, se produjo un fuerte arraigo de la “atención en consultorio” como principal metodología de trabajo. Aunque distribuida estratégicamente en los CAPS de cada barrio no dejaba de ser una realidad sesgada, ya que el modelo social comunitario va más allá de una cobertura territorial.

Las propias vicisitudes del sistema no tardaron en hacerse notar, y la demanda empezó a superar a las posibilidades reales para atender a la gran cantidad y variedad de consultas localizadas en los barrios:

[L]o que estaba pasando, era que estaban saturados los consultorios y estaban dando turnos cada 20 días, un mes, mes y medio, eso lo iban manejando de acuerdo a las características de cada caso [...] Muchas veces, la persona o familia o escuela esperaba un mes el turno y cuando llegaba era derivado a un pediatra o psicopedagogo. Entonces se generaba todo un circuito burocrático que eran barreras a la accesibilidad (PA).

[E]se primer nivel está sobrecargado en consultas, sin recursos, pocos psicológicos (AP).

[N]os encontramos atravesados por sobre demandas, pero bueno, no hay que dejar de tener en cuenta que, hoy en día, el contexto social actual no está bien, y contamos con más usuarios que han dejado de pagar obras sociales entonces tenemos más gente en la parte pública, y sí, los recursos humanos se vieron conmovidos (NC).

Se hacían las admisiones, como se entiende, en cada centro de salud, en cada CAPS, pero claro, se veían desbordados por la cantidad de turnos, entonces no daba el tiempo para hacer una admisión más detenida ni para distinguir las situaciones (GG).

La saturación dejó al descubierto que la respuesta inmediata no podría ser siempre una asistencia individual de tipo psicoterapéutica en consultorio barrial, ni tampoco acudir a la psicología como única disciplina responsable para cuidar a la salud en un primer nivel de atención.

Aparecen, entonces, tres cuestiones principales: por un lado, la necesidad de articular en red con otros dispositivos e instituciones, de primero, segundo o tercer nivel, de acuerdo a la complejidad y a la especificidad de la problemática;

por el otro, la de realizar un proceso de admisión de demandas para identificar la problemática, de manera individual o mediante dispositivos grupales; y, por último, fomentar respuestas interdisciplinarias.

Se trata de dirigir a distintas entidades donde se puede hacer una distinción de problemáticas, orientado de acuerdo a la problemática: si es violencia, si es consumo, si es de niñez o adolescencia [...] para que no sea asistencial sino preventivo [...] y que pueda pasar, en definitiva, a un segundo nivel o a instituciones ya formadas para hacer el abordaje de problemáticas más específicas [...].

Por ejemplo: violencia a la mujer va al Polo de la Mujer. Si es problemática de escuela también trabajamos con el gabinete y pedimos informes, derivamos a un psicólogo del municipio o [...] privado. Cuando está con algún problema de adicción derivamos al Consejo Municipal de Adicciones [Consejo Municipal de Prevención de las adicciones y del uso indebido de sustancias psicoactivas]. Cuando hay cuestiones judiciales por restricciones o porque han salido de prisión y hay que hacerle algún seguimiento, derivamos al Hospital Pasteur con un psicólogo (GG).

No es que debe desaparecer la asistencia, pero tiene que ser observada para casos que realmente lo requieran, teniendo siempre en cuenta que no es la prioridad en el primer nivel ni en un nivel de gobernanza municipal, aunque tampoco desentendernos de los casos crónicos ni de complejidad mayor, sino que es articular con las demás instituciones y generar red, [...] con equipos que trabajan determinadas temáticas de la asistencia para generar acuerdos y trabajos conjuntos (PA).

Si bien ya existía una referencia y contrarreferencia entre diversas instituciones, no se acudía a ellas sino como derivaciones para casos puntuales o, en ocasiones, de manera tardía, siempre teniendo presente que para casos de urgencias los usuarios y las usuarias recurren al servicio 107.

La importancia radica en poder distinguir de manera temprana y eficaz hacia dónde trabajar la problemática que llega a conocimiento del CAPS, si es posible abordarla desde un primer nivel de atención o si, por su complejidad, debe ser derivada a otras instituciones con mayor especificidad en la materia. Entonces, ¿cómo detectarlo en tan comprimida agenda? Para superar este desafío las personas involucradas en la prestación del servicio propusieron las estrategias de preadmisión y abordaje grupal.

(c) Pre admisión y dispositivos grupales

La nueva gestión apunta a fortalecer un servicio de admisiones y urgencias para detectar con inmediatez y efectividad cómo dar respuesta a las demandas iniciales. Lo definen como “un equipo itinerante que tiene un cronograma de días y va por distintos barrios” (PA), “que está en proceso de rearmado y de organización” (NC) y que busca “agilizar las derivaciones para que la gente sea orientada en tiempo y forma lo más rápidamente posible” (GG).

Está conformado por un agente sanitario, una psicóloga, un psiquiatra y planean la incorporación de una persona de la rama de la psicopedagogía y otra de la nutrición. La psicóloga Natalia Copertino (NC) y el psiquiatra Guillermo Gauna (GG) integran este equipo de admisión.

Este dispositivo de admisiones cuenta con tres posibilidades: que sea una escucha, un esclarecimiento y un cierre (que no necesariamente es una entrevista, pueden ser dos o tres, o las que sean, aunque no mucho más porque dejaría de ser admisión); la segunda opción es que se pueda incluir en una cuestión más comunitaria-grupal; y la tercera posibilidad es que sea para un espacio o proceso psicoterapéutico (un tratamiento individual, psicológico, más puntualmente, clínico). Incluso se puede pensar en la emergencia y urgencia como una entrevista de admisión y ahí que sea recibido en el centro de salud que corresponde [...] de manera más urgente.

Eso es la admisión, pensar estrategias y modalidades que pueda estar necesitando y que no sea únicamente un ingreso a psicoterapia individual (NC).

En ese aspecto, la tendencia a ofrecer dispositivos grupales como talleres aparece como una opción preventiva y comunitaria que conmueve la asistencia clínica individual y permite detectar, en un grupo de personas, indicadores de cierto tipo de problemáticas para activar los procesos de atención más personalizados solo en el caso de ser necesario y, a la vez, optimiza la agenda. Por ejemplo, duelos, intentos de suicidio, ideas de muerte, riesgos para sí o para terceros, situaciones de angustia o depresión, adicciones, consumo de sustancias o violencias, al mismo tiempo, en articulación con las instituciones específicas frente a una mayor complejidad.

Otro de los aspectos novedosos tiene que ver con la reciente implementación de una línea telefónica exclusiva para este servicio¹²⁸, provista por la Secretaría de Salud, que unifica las demandas de toda la ciudad.

Antes, era el teléfono particular de cada profesional y el administrativo del CAPS y, por supuesto, siempre estuvo la guardia 107, quienes tenían que tomarse el trabajo -solos- de derivar los casos y ahí se generaba ese no saber si había un seguimiento o no [...]. Incluso la familia que está en su domicilio sabe que tiene otra alternativa cuando no es urgencia y emergencias (GG).

Se suma a esta propuesta la cobertura de una guardia pasiva:

[T]ratamos ahora sí de hacer una cobertura también los fines de semana, por ejemplo, con una guardia pasiva que se está empezando a sostener (para eso tenemos que tener recursos). Por ejemplo, todas estas familias que están con problemáticas de género, son atendidas por urgencias y emergencias. Vamos a hacer un seguimiento para que sepan que está el equipo para atenderlos durante el horario que no están abiertos los centros de salud. A partir de las 17 hs. tendríamos que tener una cobertura, eso se está hablando hoy (GG).

IV.3.ii. Segunda línea de análisis: el abordaje integral e interdisciplinar

No es accidental la conformación del equipo de admisiones con profesionales de distintas disciplinas, ya que lo que se busca es dar respuestas integrales a las demandas sociales.

Así, la segunda de las líneas transversales de este análisis intenta organizar la información referida al abordaje interdisciplinar de la persona, entendida desde la mirada de un profesional “no aislado ni en un único lugar centralizado” (AP).

El enfoque comunitario propone que las personas que acudan a los centros de salud puedan acceder a una red que posibilite mecanismos de atención primaria y no de servicios aislados, a partir de decisiones profesionales compartidas. En este aspecto, el actual director observó que:

[N]o había una mirada de salud mental como un campo interdisciplinario. Cuando mucho, había en algunos espacios intervenciones multidisciplinarias, por ejemplo, para ponerte un caso concreto, la

¹²⁸ Se encuentra disponible la línea telefónica exclusiva del servicio de admisión y urgencias municipal 0353-4285220.

psicóloga hacía un taller para adolescentes e invitaba a que se sumara la nutricionista. Pero no había un trabajo en conjunto en relación a la salud mental, sino que cada uno aportaba la especificidad de su materia (PA).

En cualquiera de los casos, las preocupaciones de parte de las personas entrevistadas giraron en torno a un principal factor: el recurso humano. Fueron coincidentes los relatos en cuanto a considerar que: “en relación a la gestión anterior, lo que era salud mental estaba territorialmente descentralizado y en el mejor de los casos había un psicólogo por centro de salud” (NC). La sobrecarga de trabajo atrasada por una variedad de demandas en consultorio, que no eran interpeladas desde la admisión, más las condiciones laborales de contratación, fueron percibidas como algunos de los factores incidentales.

Al preguntar por el mayor desafío que los atravesó como equipo interdisciplinario, el entrevistado GG reflexionó acerca de la consolidación de los equipos de trabajo y de pensar al entorno barrial como una familia:

[H]ay que consolidar los equipos en cada barrio (cada centro de atención), consolidar el trabajo interdisciplinario e intersectorial. Esas son las dos palabras de la salud mental comunitaria, y realizar el trabajo para abordar lo más cercano y acompañando a la familia lo más cercano y próximo posible e integrado con las familias (porque son familias los barrios) y donde se habitúa la vida comunitaria y territorial. Dicho así parece fácil, pero es un andar en cada barrio e instalar eso.

Mientras tanto, la apuesta más fuerte continúa siendo el fortalecimiento del equipo de admisiones conformado por un grupo variado y heterogéneo (profesionales de distintas ramas) para trabajar de manera conjunta en la detección de necesidades y el abordaje inicial de la persona: “[n]osotros [haciendo alusión a este nuevo servicio] tomamos como base a la salud mental integral, entonces se trabaja de manera interdisciplinaria. En los centros de salud encontrás médicos, psicólogos, nutricionistas, trabajadores sociales, enfermeros [...]” (NC). De esta manera, “en reunión se tratan todos los casos, [...] y ahí se hace un primer planteo o estrategia de abordaje de cada familia, de cada persona que demanda atención. Eso es un trabajo interdisciplinario desde los CAPS” (GG).

IV.3.iii. Tercera línea de análisis: lo comunitario

La tercera de las líneas de análisis alude a la participación de la comunidad a través de asociaciones y de familiares, tanto en la planificación como en la creación y la gestión de los más diversos dispositivos asistenciales, sin perder

de vista el esfuerzo colectivo y la ruptura de estructuras sociales que puede generar esta dimensión:

[A]lgo que también sucede es que los indicadores y las formas de pensar instituidas tienden a concentrarse en lo individual [...] Ello resulta particularmente problemático para los servicios de carácter comunitario, los cuales son los que tienen más dificultades para dar cuenta de su quehacer, dado que sus acciones tienden a incluir, de diversas maneras, a otros actores más allá de los 'pacientes' (Ardila-Gómez et al., 2016; 267).

Dentro de una comunidad, los distintos actores sociales asumen un rol protagónico como agentes de cambio y portadores de un discurso positivo, en especial, en la articulación de "redes de colaboración entre actores definidos como `clave` de la población" (Mascayano Tapia et. al., 2015; párr. 24) y al mismo tiempo posibilitan la reciprocidad de los vínculos (Ardila-Gómez, et. al., 2016; 275).

Este abordaje en comunidad supone –además de la actuación de los CAPS y de la asistencia pública que ofrecen la atención de profesionales de distintas disciplinas– la provisión de otras herramientas de las más variadas. Para citar algunas de ellas: los servicios en cooperativas de trabajo, centros de capacitación, casas de día, de medio camino y de convivencia, centros comunitarios, talleres y espacios de inclusión en escuelas, entre muchos más.

En torno a este eje de análisis, es posible destacar dos propuestas fundamentales a partir de los testimonios, que aluden al fomento de espacios culturales y capacitación permanente de agentes:

(a) Iniciativas culturales

La diversidad de propuestas de participación comunitaria apuesta a enriquecer la articulación entre la ley nacional y el anclaje territorial a nivel local. La síntesis de los testimonios da cuenta de la variedad de propuestas culturales que nacen desde el municipio para integrar y convocar a la comunidad en general:

En Villa María, la Salud mental está más allá de los centros de salud [...], hay muchos talleres, mucha propuesta de cultura, de deportes, de educación. No sé si la población llega, creo que el fomento y la participación se intenta. Hay unas políticas públicas que intentan llegar a que pueda participar y ser activo el usuario. Podemos tener fallas, pero lo veo de manera más global y desde ese punto, hay posibilidad. Después, cómo llega al dispositivo de salud (que somos nosotros), viene de muchos lugares. Después pensar como nosotros lo vamos a alojar (NC).

La municipalidad, desde el área de cultura, ofrece distintas opciones para la comunidad, y esos espacios son utilizados también. Aparte hay entidades como Narcóticos Anónimos que trabajan muchísimo en esa especificidad, grupos para personas que han perdido seres queridos y ONG, desde el sector público, y personas autoconvocadas.

En Alcohólicos Anónimos y Narcóticos Anónimos vemos mucha participación y hacemos seguimiento, porque justamente estamos con un equipo especializado en prevenciones, participan nuestros equipos y también otras instituciones. Nosotros los derivamos y trabajamos conjuntamente. Sabemos que ellos en general cubren un montón de horarios, que nosotros como municipio no estamos, por ejemplo, el fin de semana (GG).

(b) Educación permanente

El Director de Gestión calificó como una deuda pendiente la generación de más instancias de participación de la comunidad con los usuarios y las usuarias: “necesitamos primero estar, nosotros, mínimamente organizados en relación a la salud mental comunitaria”. Refirió, además, que:

falta mucha formación en nuestros equipos para comprender por qué es tan importante la participación de los usuarios en las distintas decisiones y acciones que se implementan. Hay que trabajar en un profesional de la salud mental que no tenga miedo a ser interpelado, que entienda que la salud mental es diálogo. Porque venimos de un modelo donde la salud mental es un conocimiento que tiene el profesional y les baja a los pacientes, no hay un ida y vuelta. Eso tenemos pendiente, pero vamos camino a eso (PA).

Además, destacó la importancia de tomar la iniciativa y generar los consensos con los equipos que “vienen de una determinada modalidad de trabajo, y esto genera una ruptura en las lógicas” en las maneras de pensar y trabajar a las que estaban habituados.

Precisamente, una de las estrategias plasmadas en el marco regulador municipal PGTI consiste en la educación permanente de la sociedad, en especial, del personal de salud: “para el desarrollo del recurso humano y de las capacidades institucionales que permitan mejorar la calidad del cuidado de la salud y buscar la transformación cualitativa del trabajador de la salud, para mejorar así su práctica [...]” (artículo 8).

Ello así, porque la accesibilidad también tiene que ver con “que el empleado municipal esté más abierto ante una persona que manifieste un sufrimiento” (PA)

para que su respuesta frente a un primer acercamiento no genere una experiencia negativa en la persona.

A modo anecdótico, PA recordó que en una reunión entre concejales se cuestionaron cómo hacer para estar preparados ante una situación del estilo y que asertivamente alguien comentó “justamente saber, al menos, qué no debemos hacer”.

Para dar respuesta a esto, se comenzó a gestar un Proyecto de Capacitación en Herramientas para el acompañamiento en salud mental junto a la trabajadora social Andrea Polverini –aquí entrevistada–, dirigido a todo el personal municipal y que aspira al carácter obligatorio como Ley Micaela o Ley Yolanda, con algunos módulos optativos de acuerdo a lo que esté trabajando cada empleado y acorde a su tarea (obligatorios para el personal de salud).

Lo que busca es “sensibilizar, concientizar, trabajar los prejuicios, las actitudes segregadoras, los etiquetamientos, cuestionar la medicalización, reflexionar sobre la locura. Creo que estas cuestiones van a ayudar a entender que la salud mental parte de todos, no solamente del efector profesional” (PA). Dicho de otro modo, se trata de comenzar a trabajar desde adentro hacia afuera, para facilitar el manejo de un cuerpo teórico de conocimientos básicos para su desenvolvimiento y cuestionamiento de prácticas actuales.

V. Conclusiones

Las experiencias empíricas compartidas por las y los profesionales de los servicios de salud permiten reflejar una realidad más tangible a los textos legales y anuncios oficiales. A partir de los desafíos que plantean, demuestran cómo es posible generar conciencia y crear estrategias para superarlos. En el andar se construyen soluciones, acuerdos y desacuerdos, articulaciones y desarticulaciones constantes, se ponen en tensión el orden preexistente y las estructuras organizativas a las que se están acostumbradas, e incluso acerca agentes que no pertenecen al mundo de la sanidad (Rossetti y Monasterolo, 2016). Esto motiva a repensar las prácticas actuales y generar nuevas estrategias a partir de las experiencias empíricas institucionales (Gutiérrez et. al., 2017).

Podría decirse que, para superar las grandes demandas en la atención a la salud mental, la apuesta de la gestión municipal de Villa María en la materia hoy reposa en tres grandes estrategias para la atención primaria-preventiva: en el servicio de admisión y urgencias, en la creación de dispositivos grupales para

trabajar con la problemática y en la gestión centralizada de turnos con guardias pasivas.

En paralelo, para facilitar el primer contacto y el abordaje de la persona en situación de vulnerabilidad, se impulsa la capacitación obligatoria de agentes de la sanidad y de todo el personal municipal, con el propósito de brindar las herramientas conceptuales necesarias y poder trabajar en la empatía y sensibilización del personal del sector público, con la popularmente llamada “campaña del buen trato”.

La necesidad de trascender el mundo sanitario para abordar la salud se presenta como una constante en el discurso social. Se comienzan a incorporar los vocablos de “universalidad”, “accesibilidad” e “inclusión” en materia de atención a la salud mental y a fomentar los vínculos recíprocos con la sociedad desde una mirada no sólo multidisciplinar, sino, también, multisectorial. La problemática de salud deja de ser una cuestión individual de la persona que la padece para ser concebida como un fenómeno social (Eurosocial, 2013) que exige esfuerzos de toda la sociedad en su conjunto, más allá del sector de la salud (OPS, 2002).

Resulta impensado intentar superar los obstáculos eminentemente prácticos sin suponer un real compromiso de la comunidad en su conjunto para dar un trato humanizado. Al mismo tiempo, se vuelven factores necesarios –mas no suficientes por sí solos para garantizar la accesibilidad a los servicios– la asignación de una partida presupuestaria específica, la inclusión de la temática en la agenda estatal, la cantidad de agentes trabajando al servicio, la disponibilidad de tiempo, de espacio, de materiales y el dominio del marco conceptual de actores sociales directa e indirectamente involucrados. Sin ello, no es posible llevar a cabo una efectiva aplicación del modelo comunitario, comenzando desde adentro hacia afuera.

Bibliografía

Ardila-Gómez, S., Hartfiel, M. I., Fernández, M. A., Ares Lavalle, G., Borelli, M., y Stolkiner,

A. 2016. *El desafío de la inclusión en salud mental: análisis de un centro comunitario y su trabajo sobre los vínculos sociales*. Salud colectiva, 12(2), 265-278. Disponible en: <https://dx.doi.org/10.18294/sc.2016.1000>

Arriaga, P. S. 2024. *Mejorar el trato humano es fundamental para mejorar la salud mental*. Grupo Radial Centro. Disponible en:

<https://gruporadialcentro.com.ar/audio-pablo-arriaga-mejorar-el-trato-humano-es-fundamental-para-mejorar-la-salud-mental/>

Carmona, J. (2012). "El foro de salud mental y la salud comunitaria". En: *Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría*, 32(114), 221-222. Disponible en: <https://dx.doi.org/10.4321/S0211-57352012000200001>

Presidencia de la Nación. 2022. "El presidente puso en marcha la Estrategia Federal de Abordaje Integral de la Salud Mental". Publicado en: <https://www.casariosada.gob.ar/slider-principal/48682-el-presidente-puso-en-marcha-laestrategia-federal-de-abordaje-integral-de-la-salud-mental>

Eurosocial. 2013. Protocolo para el acceso a la justicia de las personas con discapacidad. Disponible en: <https://www.mpd.gov.ar/index.php/biblioteca-mpd-n/libros/5221-protocolo-para-el-acceso-a-la-justicia-de-las-personas-con-discapacidad>

Gutiérrez, M. H., Roberto C., Marta, L. y Meincke J. (2017). "El trabajo de acceso a la justicia". En: *Revista del Ministerio Público de la Defensa de la Nación*, 12, 83-95. Disponible en: <https://www.mpd.gov.ar/index.php/biblioteca-mpd-n/publicaciones-seriadas>

Mascayano Tapia, F. Lips Castro, W., Mena Poblete, C. y Manchego Soza, C. 2015. "Estigma hacia los trastornos mentales: características e intervenciones". En: *Salud Mental*, 38(1). Disponible en: https://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0185-33252015000100008

Ministerio Público de la Defensa de la Nación (s.f.). "Día mundial de la salud mental: más de la mitad del país cuenta con órganos de revisión provinciales". Disponible en: <https://www.mpd.gov.ar/index.php/component/content/article/190-secretaria-ejecutiva-del-organo-de-revision-de-salud-mental/noticias/4748-dia-mundial-de-la-salud-mental-mas-de-la-mitad-del-pais-cuenta-con-organos-de-revision-provinciales?Itemid=101>

Ministerio de Salud y Ambiente de la Nación. 2004. El Plan Federal de Salud: Un proyecto de construcción colectiva. Atención Primaria de la Salud, Boletín PROAPS-REMEDIAR, 3(2); 1:24. Disponible en: <https://bancos.salud.gob.ar/sites/default/files/2020-06/boletin-remediar-11.PDF>

Municipalidad de Villa María (s.f.). La ciudad de Villa María. <https://www.villamaria.gob.ar/la-ciudad-villa-maria>

Organización Panamericana de la Salud. 2002. Introducción a la Epidemiología Social. Boletín epidemiológico/OPS, 23(1). Disponible en: https://www3.paho.org/Spanish/SHA/be_v23n1-episocial.htm

Rodriguez, M., Couto, M. D., Díaz, N. (2015). "Modelo salutogénico: enfoque positivo de la salud. Una revisión de la literatura". En: *Acta odontológica venezolana*, 3(53). Disponible en: <https://www.actaodontologica.com/ediciones/2015/3/art-19/>

Rossetti, A., y Monasterolo, N. (Coords.). 2016. *Salud mental y derechos humanos: reflexiones en torno a un nuevo paradigma*. Espartaco.

Vega, J., Becco, V., Tottus, L., Nicoletti, R., Polverini, A., y Treccode, P. (2022). Dispositivos de cuidado de la Salud. Programa de Gestión Territorial Integral, Secretaría de Salud, Municipalidad de Villa María 2019-2022. Gráfica del Sur. 400 p.

Normativa

Ley 26.657, Derecho a la protección de la salud mental. B.O. 03 de diciembre de 2010

Ley 27.541, Emergencia sanitaria. B.O. 23 de diciembre de 2019

Ordenanza Municipal 7122, Programa de Gestión Territorial Integral (GTI), Salud, Familia y Comunidad. B.O. 182, Sanción 23 de marzo de 2017, Promulgación por Decreto Municipal 399, 07 de abril de 2017. Disponible en: <https://www.villamaria.gob.ar/boletin-oficial>

Preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud, 22 de julio de 1946.

https://www3.paho.org/gut/index.php?option=com_docman&task=doc_download&gid=351&Itemid=

Accesibilidad a la salud de personas mayores: reflexiones en torno a una experiencia de Recreación y Movimiento en un centro de salud de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Leticia Spinosa

Licenciada en Comunicación Social con orientación Científica por la Universidad Nacional de Moreno (UNM). También es Magíster en Comunicación y Especialista en Gestión de las Comunicaciones por la Universidad Nacional de Lomas de Zamora (UNLZ), donde integra el Programa en Comunicación Comunitaria y Educomunicación de la Facultad de Ciencias Sociales. Actualmente, se desempeña como Jefa de Residentes en el Área Programática del Hospital General de Agudos José María Penna, en la Residencia Interdisciplinaria de Educación y Promoción de la Salud (RIEPS).

Karina Duran

Licenciada en Antropología Social y Cultural por la Universidad Nacional de San Martín. Diplomada en Géneros, Participación y Política por la Universidad Nacional de General Sarmiento y Diplomada en Educación Sexual Integral por la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales. Actualmente es Residente de la Residencia Interdisciplinaria de Educación y Promoción de la Salud del área programática del Hospital General de Agudos José María Penna, y maestranda en Salud Pública por la Universidad Nacional de Rosario.

Nadia Narvaja

Licenciada en Nutrición de la Universidad Nacional de la Matanza. Maestranda en Antropología Social y Política de la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO). Residente de tercer año de la Residencia Interdisciplinaria de Educación y Promoción de la Salud (RIEPS) del área programática del Hospital General de Agudos José María Penna.

Marisol Castiñeira:

Licenciada en Psicología de la Universidad de Buenos Aires (UBA) y estudiante de Abogacía (UBA). Maestranda en Género, Sociedad y Políticas de la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO). Es egresada de la Residencia Interdisciplinaria de

Educación y Promoción de la Salud (RIEPS) y fue jefa de residentes de la misma, en el Área Programática del Hospital General de Agudos José María Penna. Actualmente, integra la Residencia Interdisciplinaria de Sistemas de información en Salud (RISIS), en la Dirección General de Sistemas de Información Sanitaria (DGSISAN), dependiente del Ministerio de Salud del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires.

Maria Ysabel Campos Santos

Licenciada en Enfermería por la Universidad Nacional de La Plata. Egresada de la especialidad de Enfermería en Cuidados Críticos de Adulto por la Sociedad Argentina de Terapia Intensiva (SATI) y del Profesorado Universitario por la Universidad de la Ciudad de Buenos Aires. Actualmente es residente del segundo año de la Residencia Interdisciplinaria de Educación y Promoción de la Salud (RIEPS) del Área Programática del Hospital de Agudos José María Penna.

Paula Yamone

Licenciada en Trabajo Social por la Universidad de Buenos Aires. Egresada de la Residencia Interdisciplinaria de Educación y Promoción de la Salud. Actualmente, se desempeña en las áreas de consumos problemáticos de sustancias y de derechos de las niñeces.

Micaela Andreatta

Licenciada en Psicología de la Universidad de Buenos Aires (UBA). Se encuentra realizando una formación en Psicodrama Grupal en la Escuela de Psicodrama Grupal Pavlovsky. Residente de tercer año de la Residencia Interdisciplinaria de Educación y Promoción de la Salud (RIEPS) del área programática del Hospital General de Agudos José María Penna.

I. Introducción

El presente artículo tiene como objetivo la sistematización de una reflexión colectiva por parte de la Residencia Interdisciplinaria de Educación y Promoción de la Salud (RIEPS)¹²⁹ del Ministerio de Salud de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CABA) en torno a la construcción de accesibilidad a la salud en personas mayores a partir de la estrategia de Atención Primaria de la Salud (APS)¹³⁰. Dicha

¹²⁹ La RIEPS forma parte de las Residencias del Equipo de Salud del Ministerio de Salud de la Ciudad de Buenos Aires. Prevé la formación de profesionales de diferentes disciplinas del campo de la salud y de las ciencias sociales, en Educación y Promoción de la salud y la prevención de enfermedades, en el marco de la Salud Pública / Colectiva y la estrategia de Atención Primaria de Salud (APS).

¹³⁰ La APS es un concepto muy difundido desde la Conferencia de Alma Ata de 1978. A partir de allí ha sido redefinida en diversas ocasiones y con distintos énfasis en función de los intereses de los diversos actores del campo de la salud, muchas veces antagónicos (Rovere, 2012).

reflexión surge desde nuestra experiencia de promoción de la salud¹³¹ para personas mayores a través de un taller de Recreación y Movimiento coordinado y sostenido durante trece años por el Equipo Gerontológico¹³² de un Centro de Salud y Acción Comunitaria (CeSAC) del barrio de Constitución, en la zona sur de la ciudad.

Nuestras prácticas se desarrollan en el marco del subsistema de salud público de la CABA, donde rige la Ley Básica de Salud (Ley N° 153/1999). Ésta se caracteriza por su concepción integral de la salud, entendida no como mera ausencia de enfermedad sino como “la satisfacción de necesidades de alimentación, vivienda, trabajo, educación, vestido, cultura y ambiente” y plantea “el acceso y utilización equitativa de los servicios, que evite y compense las desigualdades sociales y zonales” (Art. 3). Esta ley organiza el sistema de salud de la CABA en torno a la estrategia de Atención Primaria de la Salud, jerarquizando el primer nivel de atención¹³³, definido como “todas las acciones y servicios destinados a la promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación, en especialidades básicas y modalidades ambulatorias” (Art. 18).

Nos centramos para nuestro análisis en los aspectos simbólicos de la accesibilidad, considerando la “importancia de la dimensión cultural [en tanto] conjunto de vivencias, creencias, pensamientos, saberes y representaciones de salud de una población [...] que rescatan la posibilidad de que el imaginario social y las representaciones pueden constituirse en barreras de acceso a los servicios” [así como en facilitadores de la accesibilidad] (Garbus, 2012; 21). Tomamos la noción de “usuarios-guía” de Bezerra Gomes (et al, 2023), según la cual las personas usuarias no son objetivadas como “casos” sino incorporadas como analizadoras de los servicios y de su salud (Garbus, 2012).

Comes et al. (2006) invitan a pensar la accesibilidad como categoría relacional, considerando los sentidos y prácticas del personal de salud y de las personas usuarias. En esta ocasión, las personas participantes del espacio nos guiaron a comprender el significado que encuentran en su participación, en relación con su proceso de salud-enfermedad-atención-cuidado (PSEAC)¹³⁴. Para ello,

¹³¹ La promoción de la salud es una estrategia que se dirige a promover la vida en sus múltiples dimensiones mediante el fortalecimiento de las capacidades individuales y colectivas para transformar las condiciones de vida y de trabajo que subyacen a los problemas de salud (RIEPS, 2022).

¹³² Conformado por profesionales de trabajo social, kinesiología, medicina general, psicopedagogía, promotores de salud y las residencias de trabajo social, psicopedagogía y RIEPS.

¹³³ El primer nivel de atención está conformado por los Centros Médicos Barriales y los Centros de Salud (anteriormente denominados Centros de salud y acción comunitaria (CeSAC)). El segundo nivel lo conforman los Hospitales Generales de Agudos y el tercer nivel los Hospitales especializados y/o de alta complejidad.

¹³⁴ Entender a la salud como un proceso de salud, enfermedad, atención, cuidado (PSEAC) supone alejarse de la perspectiva biológica y tener en cuenta las condiciones sociales de la comunidad, en las que inciden múltiples determinantes.

realizamos cuatro entrevistas semiestructuradas a personas mayores que asistieron al taller de Recreación y Movimiento durante el año en curso. Por otro lado, nos nutrimos de conversaciones informales que hemos establecido con otros miembros del Equipo Gerontológico a lo largo de nuestro recorrido, así como del proyecto escrito elaborado por el equipo, lo cual nos ha permitido abrir nuevos interrogantes y enriquecer nuestras reflexiones. De esta metodología provienen todos los testimonios citados en este artículo. Mantuvimos la confidencialidad de las personas que participaron, modificando sus nombres.

II. Discusiones teóricas en torno al concepto de accesibilidad

A partir de la década del '50 y en pleno desarrollismo, desde la Salud Pública¹³⁵ se comenzó a pensar en la “accesibilidad” como problema y se desarrollaron distintos modelos que permitieran medirla (Garbus, 2012). A grandes rasgos, pueden diferenciarse aquellos modelos que proponen un alcance acotado, lo cual es generalmente abordado a través de encuestas, contribuyendo a abordajes cuantitativos; y modelos con un alcance amplio (Ballesteros, 2015). Estos últimos son más complejos y su especificidad excede el objetivo de nuestro trabajo, pero nos importa destacar su consideración de los aspectos culturales y simbólicos de las personas usuarias de los servicios de salud como aspectos clave, aunque con diferente énfasis y relativa importancia.

Ante la complejidad que revisten las categorías de *acceso* y *accesibilidad* para el análisis de las prácticas concretas de salud, buscamos trascender estas nociones a partir de algunas propuestas que permiten arrojar luz sobre lo que elegiremos denominar *accesibilidad*. A diferencia de aquellas miradas que se reducen al análisis de la oferta, la propuesta de Comes et al. (2006) permite visibilizar la complejidad de la construcción de *accesibilidad* mediante el *encuentro* entre personas usuarias y profesionales de la salud. Los sentidos, discursos y prácticas de la población usuaria se vuelven de este modo elementos claves a analizar: “al pensarlo como un problema de encuentro/desencuentro entre la población y los servicios de salud, es ineludible la inclusión de las prácticas de vida y salud de la población en cada estrategia para mejorar el acceso” (Comes et al, 2006; 202). La autora propone diferenciar la *accesibilidad inicial* de la *accesibilidad ampliada*. La primera suele ser entendida como “la posibilidad que tienen los usuarios de ingresar al sistema” (205) en consonancia con lo que Garbus (2012) denomina *acceso*, analizada desde la unilateralidad

¹³⁵ La Salud Pública es a es un concepto social y político, abarca el conjunto de actividades sociales y políticas destinadas a mejorar la salud, prolongar la vida y mejorar la calidad de vida de las poblaciones mediante la promoción de la salud, la prevención de la enfermedad y otras formas de intervención sanitaria (OMS, 1998).

de la oferta de servicios de salud. La *accesibilidad ampliada*, en cambio, da cuenta de cómo la dignidad en la atención aporta a la accesibilidad, “en tanto cuando se respetan los derechos, se facilita la construcción y solidificación del vínculo entre población y servicios [...] lo que permite que [...] se mantenga a lo largo del tiempo” (Comes *et al.*, 2006; 205). Con base en esta propuesta analítica relacional, hacemos foco en el análisis de los sentidos que las personas usuarias y otros trabajadores de la salud construyen a través de sus relatos. Siguiendo a Comes, y en consonancia con los aportes de Didier Fassin (2002), creemos que una categoría ineludible para repensar la promoción de la salud es la de *dignidad*. No solo aquella entendida como la *atención* guiada por el respeto a los derechos de las personas, en particular aquellos estipulados en la Ley Básica de Salud (Ley N° 153/1999)¹³⁶, sino en consonancia con la *calidad de vida* como factor “perceptible en términos de autonomía, emancipación o realización personal” (Fassin, 2002; 19). Quizás, esto permite descentralizar el centro de salud, llevar el foco a las personas y ampliar la mirada a sus prácticas de vida. Por esto, consideramos que la accesibilidad implica tener en cuenta ambas nociones de dignidad, tanto en la atención a partir del respeto a los derechos de la población usuaria de los servicios, como en la consideración de la dignidad de las personas más allá de dicho encuentro. Aún así, consideramos que lejos de una cuestión individual o de la díada usuario/profesional, el complejo proceso de accesibilidad se materializa con la participación real de la comunidad en la producción de su salud y su cuidado.

En esta línea, podemos sumar los aportes de Bezerra Gomes, que entiende la *producción de cuidado* como el objeto del campo de la salud, y recupera el enorme potencial afectivo que se presenta en la cotidianidad del trabajo: “interacción, comunicación, aprendizaje, tacto, sensibilidad...” (2023; 14). Desde nuestras prácticas de promoción de la salud es pertinente trascender la pregunta por la accesibilidad, para centrarnos en cómo producimos cuidado desde nuestro rol de residentes de educación y promoción de la salud.

III. Envejecimiento poblacional y perspectivas sobre el envejecimiento

El envejecimiento poblacional ha cobrado relevancia política en la agenda pública internacional: la Asamblea General de las Naciones Unidas declaró el periodo 2021-2030 como la Década del Envejecimiento Saludable, dado que se

¹³⁶ En el Art. 4º se definen los derechos de todas las personas en su relación con el sistema de salud y con los servicios de atención. En relación a lo abordado, destacamos: el respeto a la personalidad, dignidad e identidad individual y cultural; la inexistencia de discriminación de orden económico, cultural, social, religioso, racial, de sexo, ideológico, político, sindical, moral, de enfermedad, de género o de cualquier otro orden; y la intimidad, privacidad y confidencialidad de la información relacionada con su proceso salud-enfermedad.

trata de un fenómeno global con consecuencias sociales ineludibles¹³⁷. En nuestro país, la denominada *esperanza de vida* es de 74,90 para varones y de 81,44 para mujeres, y según proyecciones del INDEC en el año 2040 será de 78,44 para varones y 84,72 para mujeres, y se estima que seguirá creciendo en los próximos años (INDEC, 2013).

Desde un enfoque *poblacional*, se observa un fenómeno urbano y femenino, ya que las personas mayores residen en su mayoría en ciudades y la mayor mortalidad se da en varones, lo que da cuenta de un proceso de feminización de la vejez. La Encuesta Nacional sobre Calidad de Vida de Adultos Mayores realizada por el INDEC en el año 2012 evidencia un mayor porcentaje de mujeres en relación al de varones en todos los grupos etarios y muestra un crecimiento de esta proporción a medida que se avanza en la edad (INDEC, 2014).

Ante esta realidad, existen distintas perspectivas sobre la vejez y el envejecimiento que se han desarrollado a través de los años. Es habitual que se asocie a la vejez con la enfermedad, lo inútil, lo descartable, como una carga social, reproduciendo una desvalorización de la experiencia y saberes que las personas mayores aportan al desarrollo social y cultural (Ludi, 1997). Como respuesta a estas nociones de sentido común, se han desarrollado distintos modelos de envejecimiento. Entre algunos, destacamos el de *envejecimiento exitoso*, *envejecimiento saludable* y *envejecimiento activo*. El primero es entendido como la “habilidad para mantenerse en bajo riesgo de enfermar, con un alto nivel de actividad y comprometido con la vida por medio del mantenimiento de vínculos y de la participación social” (Brigeiro, 2005; 103). Por su lado, el *envejecimiento saludable* es una propuesta de la Organización Mundial de la Salud (OMS) del año 1998, que tiene que ver con la posibilidad de desarrollar hábitos saludables desde edades tempranas. Luego, en 2002, la misma OMS enunció la noción de *envejecimiento activo* para enfatizar la relevancia de la participación continua en aspectos sociales, económicos, culturales, espirituales y cívicos (Alvarado García y Salazar Maya, 2014). Cabe mencionar que estas nociones, si bien hacen énfasis en la importancia de la actividad y la participación social, pueden resultar individualizantes, sin tener en cuenta cómo las condiciones estructurales determinan de manera específica las formas particulares de vivir y enfermar, es decir, los procesos de salud-enfermedad-atención-cuidados singulares.

Ante estas limitaciones, el Enfoque de Curso de Vida [(ECV) Ministerio de Salud, Dirección Nacional de Abordaje por Curso de Vida, s/f)] propone un paradigma novedoso e integrador que comprende la salud integral como resultado de

¹³⁷ <https://www.who.int/es/initiatives/decade-of-healthy-ageing>

influencias biológicas, psicológicas y sociales y que promueve un abordaje interdisciplinario de la vejez. Desde esta mirada, se aborda el envejecimiento desde la *identidad narrativa* de los sujetos, lo que supone una construcción de significados que otorga sentidos a la experiencia de vida particular. Destaca así el modo en que cada persona entiende los cambios que vivencia a partir de un contexto determinado (Iacub, 2011).

El taller de Recreación y Movimiento que analizamos contribuye a mitigar las concepciones de vejez que la diferencian en “normal” o “exitosa”: por un lado, al entenderla como un proceso complejo que abarca aspectos físicos, biológicos, psicosociales y emocionales, condicionado por el contexto y la cultura en el que interacciona la persona (Ludi, 1997); y por otro, al fomentar espacios de inclusión social en pos de la promoción de la salud. En consonancia con el ECV, pone en discusión cómo la historia, los condicionantes estructurales y los cursos de vida individuales moldean diferentes vejezes. En línea con este enfoque y retomando a Fassin, resulta pertinente su crítica a la *esperanza de vida* como indicador poblacional. El autor enfatiza sobre cómo las vidas pueden ser sufrientes a pesar de su duración en el tiempo:

[...] la esperanza de vida, entonces, debe entenderse como una *expectativa de vida*, es decir, la proyección de un futuro en el curso de una existencia [...] por un lado, ¿cuántos años podemos esperar vivir? Por el otro, ¿*qué podemos esperar de la vida*? El paso de la primera a la segunda formulación desplaza radicalmente la perspectiva [...] *Ya no se habla entonces de cantidad, sino de calidad; tampoco ya de longevidad, sino de dignidad* (Fassin, 2002; 56. El destacado es nuestro).

IV. El derecho a la protección de las personas mayores: Recreación y Movimiento en el ámbito de la salud

El taller de Recreación y Movimiento se enmarca en el Programa Gerontológico de Salud del Ministerio de Salud del Gobierno de la CABA y está especialmente diseñado para construir accesibilidad a la atención integral de la salud de las personas mayores. El espacio del taller forma parte de una propuesta más amplia del Equipo Gerontológico del centro de salud que tiene como objetivos generales:

[...] generar acciones tendientes al logro de la atención integral de los adultos mayores dentro del CeSAC, propiciar la formación de una red interinstitucional que permita optimizar recursos destinados a los adultos mayores, fomentar espacios de inclusión social para los adultos mayores, resolver las necesidades de asistencia, fomentando la prevención de

enfermedades y la promoción de la salud y fomentar la utilización saludable del tiempo libre (Proyecto del Equipo Gerontológico, CeSAC 10, 2014).

Si bien el espacio está orientado a la población adulta mayor, es abierto a la comunidad en su totalidad. Entre sus acciones, cobran protagonismo actividades de prevención y promoción de la salud. Para eso se destina el tiempo necesario a las planificaciones de las mismas, así como a la elaboración de material didáctico y el acondicionamiento del espacio físico: el SUM¹³⁸ del CeSAC, donde se realiza el taller.

Esta actividad se encuadra en la normativa internacional y nacional vigente, especialmente en la Convención Interamericana sobre Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, ratificada en la Ley N° 27.360/2017; una ley que garantiza su protección a nivel nacional y las reconoce como sujetos de derecho. Establece, a su vez, que la edad por la cual una persona debe ser considerada mayor es a partir de los 60 años y define el abuso y el maltrato contemplando las distintas aristas de dicha problemática. El objeto de la Convención es “promover, proteger y asegurar el reconocimiento y el pleno goce y ejercicio, en condiciones de igualdad, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales de la persona mayor, a fin de contribuir a su plena inclusión, integración y participación en la sociedad” (Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, 2017, Capítulo I, Artículo 1). En su artículo 22, se plantea que la persona mayor tiene derecho a la recreación, la actividad física, el esparcimiento y el deporte. A su vez, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en el artículo 12 expresa que los Estados Parte reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental (ONU, 2016).

A nivel local, la Ley Básica de Salud N° 153 (Ley 153/1999) de CABA define al primer nivel de atención como “todas las acciones y servicios destinados a la promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación, en especialidades básicas y modalidades ambulatorias” (art. 18), siendo un antecedente para la creación de dispositivos preventivo-promocionales orientados a la población adulta mayor. Por su parte, la Ley de Prevención y Protección Integral contra Abuso y Maltrato a los Adultos Mayores (Ley N° 5420/2015) establece que el Poder Ejecutivo de la Ciudad debe impulsar acciones orientadas a estos fines. Entre ellas, el “empoderamiento de los Adultos Mayores a través de cursos y espacios de encuentro cuya finalidad sea reforzar

¹³⁸ SUM: Salón de Usos Múltiples.

su autoestima y autonomía, hacerles conocer sus derechos, promover sus potencialidades, reforzar o crear lazos y redes, evitar el aislamiento y constituirlos en partícipes principales en la toma de decisiones” (Art. 10).

En 2022, se redactó el Proyecto de Ley Nacional de Recreación, que hace referencia al derecho a la recreación como la posibilidad de acceso a prácticas diversas basadas en lo lúdico, cuya orientación es la participación activa, colectiva y placentera que surge de la vivencia del tiempo libre. En este sentido, la recreación es una práctica para todas las personas en la que se integran múltiples dimensiones (social, histórica, política, económica, ambiental, espiritual y cultural). De esta manera, el ejercicio del derecho a la recreación tiene que ver con la posibilidad de las personas de acceder a programas recreativos adecuados a su edad, así como el ejercicio de prácticas corporales y expresiones artísticas de cultura. A partir de los principios de indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos, es posible concebir que la ausencia de espacios y dispositivos de recreación repercuten en el ejercicio de otros derechos, así como su efectivización posibilita el ejercicio de varios en función de la interdependencia (Proyecto de Ley Nacional de Recreación, 2022).

Este es el marco legal que justifica la necesidad de construir espacios de recreación para la población adulta mayor. Aún así, puede surgir la pregunta: ¿por qué en el marco de un centro de salud? ¿Cómo contribuye un taller de recreación y movimiento a la accesibilidad a la salud?

V. Prácticas y conceptualizaciones de las personas mayores en torno a su participación en el taller

Una de las particularidades del CeSAC es que se encuentra en un predio compartido con otras instituciones dependientes también del gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, entre ellas un centro de día y un hogar de residencia permanente, ambas destinadas a personas mayores. Teniendo en cuenta los objetivos del Equipo Gerontológico, nos preguntamos sobre los motivos por los cuales las personas mayores concurren habitualmente al centro de salud a participar del espacio de taller. María cuenta que ella también viene al centro de día. Otros y otras participantes habitan en el hogar residencial y con solo cruzar una calle interna llegan al SUM del CeSAC donde se realiza el taller. Aún así, muchos otros viven en barrios aledaños, a varias cuadras del centro de salud y llegan caminando o en transporte público:

Hay cerca de mi casa ahora, pero no quiero, vengo hasta acá con la psicóloga al centro de salud. Me gusta. Hago un viaje, no me importa. Vengo acá porque me hallo bien acá (María, 68 años).

Testimonios como este dan cuenta de los recorridos que las personas hacen por las distintas instituciones en búsqueda de atención integral. Muchas de ellas cuentan con la cobertura del Programa de Asistencia Médica Integral para Jubilados y Pensionados (PAMI):

Venía anteriormente [...] pero una vez que me jubilé [...] tenía turnos totalmente en días que estábamos ocupadísimos, entonces de esa manera me fui a PAMI [...] tengo mi médica de cabecera en PAMI, y bueno acá cuando tengo alguna cosa me siguen atendiendo [...] acá también tengo mi historia clínica para cualquier cosa, hago eso (María, 68 años).

A partir de este testimonio, observamos que la búsqueda de atención trasciende el subsector público de la salud. A su vez, María acude cotidianamente al primer nivel de atención, pero se atiende en el segundo nivel cuando requiere atención especializada: “Sí, en el Penna [...] Por ejemplo, me estoy tratando oftalmología que acá no hay. Y estoy así, en el Penna y acá”.

De esta forma, además, algunas personas generan vínculos más estrechos con la institución:

Estuve con el médico clínico, con la nutricionista, trabajo social, cada uno su rubro, su especialidad. Me atendieron muy bien. Más aún cuando estaba formando parte del grupo, sí que para mi eso me apego más *como una familia*” (el destacado es nuestro) [...] para mi es una... justamente es una necesidad. Porque lo tomé como mi lugar, mi espacio. [...] Yo tengo muchos problemas entonces para mi es eso, es venir a *mi espacio*, desenchufarme, disfrutarlo y compartir (Laura, 77 años; el destacado es nuestro).

Yo me hallo muy bien acá en el centro de salud hace ya van a ser *12 años que vengo*, serían 14 con la pandemia que hubo (María, 68 años; el destacado es nuestro).

Como dijimos, el espacio que se construye es intergeneracional, pero, además, está fuertemente atravesado por la diversidad social y cultural, la cual es positivamente valorada por las personas que participan:

Hay personas de diferentes culturas. Eso es muy importante, es como un encuentro en donde... a veces por ejemplo nos ponen música, hoy pusieron música latina, por ejemplo. Pero también a veces está la cumbia, tango, rock, folclore, cantamos inclusive música de nuestra época.

Entonces es como que nos hace revivir, y te hace trabajar la memoria también todo eso. Como te digo, es un encuentro de culturas diferentes y eso es lindo. Entonces vos entendés al otro, o sea, el otro también forma parte de tu entorno, le das importancia porque está en tu grupo, es algo lindo [...] Después *hay de diferentes culturas, estratos sociales* nosotros trabajamos toda la vida y ahora somos jubilados, pero me parece que hay algunos que ni siquiera son jubilados, gente que no tiene recursos o que viven acá. Nosotros tenemos casa, pero hay gente que vive acá. Después hay gente boliviana, peruana, paraguaya, con otra cultura. Es cuestión de adaptarse (Laura, 77 años. El destacado es nuestro).

Además, observamos que se valora especialmente la construcción de espacios grupales y participativos:

Una de las cosas que aprendés de eso es que una persona mayor tiene que establecer un grupo, y yo también lo hacía ya con personas que eran de mayoría de edad cuando yo era más joven. Y lo aprendemos también acá, a adaptarse y convivir con los demás. Eso es lo lindo del grupo (Héctor, 64 años).

Además, esta valoración enfatiza la importancia de la gratuidad de este tipo de prestaciones para facilitar el acceso de quienes no podrían pagar por estos servicios:

La verdad que si, lo valoramos mucho. Ojalá que sigan existiendo y que haya más, en otros lugares, para otras personas que también lo necesitan. Hay muchos como nosotros. Que por ahí no lo saben o no tienen las posibilidades. Nosotros si tuviéramos que ir a pagar [...] en un centro para ir a hacer esto, no lo podríamos pagar (Laura, 77 años).

Desde la cotidianidad de nuestro trabajo como profesionales de salud, abocadas exclusivamente a las tareas de Promoción de la salud, observamos que muchas veces, la especificidad y la relevancia de este área de trabajo no es debidamente reconocida. A partir de la Declaración de Alma Ata (URSS, 1978) se reconoce que la Atención Primaria de la Salud integra la promoción, prevención, tratamiento y rehabilitación. Sin embargo, se la suele asociar, desde el sentido común y desde las perspectivas biomédicas hegemónicas, a la consulta clínica individualizada. Así, resulta especialmente interesante lo que surge de los relatos con relación a la “atención”:

Vengo acá al Centro de Salud porque tenemos mucha *atención*, están preparadas para [...] recibarnos, son psicólogas, psicopedagogas y bueno, tenemos muchas actividades. La *atención* es buenísima (en relación al

Taller de recreación y movimiento) (Maria, 68 años; el destacado es nuestro).

El nivel de atención está también ligado a la afectividad y emocionalidad que se ponen en juego en el espacio, y al lugar que encuentran las y los participantes en el desarrollo de su subjetividad. Con relación al rol del equipo de salud:

Nos entienden, hablamos, conversamos sobre las cosas que nos pasan, por eso me encanta venir (Maria, 68 años).

En cuanto al equipo, encontré un equipo de salud maravilloso (Laura, 77 años).

Sí, te olvidás. Entonces como que te ayuda. Aparte hay como una empatía con las chicas, entonces todo eso hace que uno se sienta como bien, y cuando uno sale al menos respiraste por un momento algo bueno. Y eso es algo que valoramos (Hector, 64 años).

Los y las participantes encuentran un espacio de cuidado, de producción de salud integral, un cuidado que se nombra como “atención”. De todos modos, en la valoración que las personas entrevistadas hacen del Equipo Gerontológico es importante identificar que quienes realizamos las entrevistas somos residentes que hemos formado parte del Equipo en distintos momentos de nuestra trayectoria formativa, lo que evidentemente podría condicionar las respuestas.

El espacio de Recreación y Movimiento se percibe como una necesidad, como “un espacio de disfrutar libremente”, de “desenchufarme, disfrutarlo y compartir”. “Me gusta, soy activa, me divierto” (Laura, 77 años).

Un lugar que produce alegría, satisfacción, encontrarme con gente con quien tengo simpatía o no, hablar con alguien diferente que no sea de tu entorno, con algunos más que con otros. compartir, compartimos cosas alegres, para momentos tristes esta la vida diaria (Laura, 77 años).

De acá mismo me voy a casa, feliz, le cuento a mi esposo lo que hicimos, que bailamos, cantamos, le cuento todas las actividades que hicimos, porque hacemos de todo, me voy contenta, siempre llego a casa, feliz, entonces es una ayuda a muchas personas, al menos para mí, estoy chocha, me siento muy feliz y agradecida (Maria, 68 años).

Los distintos testimonios dan cuenta de que, si bien es un espacio vinculado principalmente a la alegría, es ante todo un lugar donde se sienten libres para expresar las distintas emociones que atraviesan en su cotidianidad.

El espacio es vivenciado como un quiebre, como una ruptura con la vida cotidiana, que se manifiesta problemática. Y así lo expresan:

Entonces esto nos viene bien [...] porque sabemos que también nos va a aliviar el estrés [...] Es como una salida de escape. Te olvidas, aunque sea por un momento, de los problemas

(Héctor, 64 años).

Necesito este espacio porque es una descarga para mí (Laura, 77 años).

Estos relatos tienen vínculo directo con las nociones que quienes integran el Equipo Gerontológico tienen en torno a la autonomía y la dignidad de las personas mayores. Ellas construyen el espacio como propio porque se brinda esa posibilidad. En relación a esto, el Proyecto de Ley Nacional de Recreación, mencionado anteriormente, establece que “será función de la persona que coordine los procesos el garantizar, acompañar y posibilitar que las personas encuentren la posibilidad de ser protagonistas de su propia experiencia tomando decisiones y generando propuestas”.

El espacio del taller es asumido como propio por quienes participan, muchos de ellos, participan hace años y perciben la grupalidad que se genera como una familia:

Uno forma como una empatía con las personas. Y como ya estoy acostumbrado con los abuelos, es como estar con un grupo familiar, donde nos conocemos todos. También tenemos nuestras diferencias, pero bueno, uno sabe sobrellevar ciertas cosas, entonces la paso bien (Héctor, 64 años).

A través del relato de los y las protagonistas de este espacio se evidencia cómo se hace efectiva su accesibilidad a los servicios de salud, tal como establece La Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores. Las personas mayores tienen derecho a un sistema integral de cuidados que provea la protección y promoción de la salud, cobertura de servicios sociales, seguridad alimentaria y nutricional, agua, vestuario y vivienda; promoviendo que la persona mayor pueda decidir permanecer en su hogar y mantener su independencia y autonomía (Art. 12, a). Este derecho no compete solamente a esta instancia, sino que forma parte de las trayectorias de vida de todas las personas. El envejecimiento no debe ser un obstáculo para el disfrute de una vida plena, independiente y autónoma, con salud, seguridad, integración y participación activa en las esferas económica, social, cultural y política de sus sociedades (Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, 2017, Preámbulo).

Finalmente, podemos advertir que desde la perspectiva de las y los participantes, el taller promueve un *envejecimiento* tanto *activo*, como *saludable*. Es decir, la optimización de oportunidades de bienestar físico, mental y social por medio de la participación en una actividad social, con el objetivo de promover calidad de vida aportando también a sus familias:

Estás todo el tiempo quieto sin hacer nada, en la cama tirado, o encerrado, eso te afecta la salud. [...] El taller se relaciona con la salud tanto física como psíquica. Yo por lo menos vengo por las dos cosas. Porque me hace bien psíquicamente pero además también físicamente. Los martes que vamos a la plaza, a hacer ejercicio, al aire libre, hace bien (Laura, 77 años).

Trato de estar siempre activo, caminar, test de memoria, todas estas cosas que tienen que ver con el tema de la salud. [...] La salud es lo más importante, más importante que el dinero, más importante que todo. Sin eso, no viviría. Y le doy mucha importancia, por eso me estoy haciendo chequeos siempre, para tratar que no me sorprenda, porque si uno va demasiado tarde después el médico no puede hacer nada. Trato al menos cada año de hacerme un chequeo, del corazón, del tema de la vejez (Héctor, 64 años).

En estos testimonios aparece la importancia del taller como parte de la rutina de cuidados de la salud, vinculado a los controles médicos. Así, la promoción del *envejecimiento activo y saludable* emerge con la puesta en valor de un enfoque integral del bienestar. En un contexto difícil, el Taller de Recreación y Movimiento es encuentro, compañía y escucha:

Para mi es fundamental porque en la actualidad la vida está muy acelerada y con la economía, con todas estas cosas que estamos pasando, genera mucho estrés, sobre todo los mayores, estamos con problemas. Entonces esto nos viene bien, por eso también participamos, porque sabemos que también nos va a aliviar el estrés (Héctor, 64 años).

Más allá de la planificación de las actividades específicas para cada día, el taller es un lugar de esparcimiento donde se promueve la grupalidad y se fortalecen los lazos sociales, aspectos relevantes en el acceso a la salud. Los recorridos que llevaron a cada participante son diversos: “y así fue como entré, como se dice, jugando” (Maria, 68 años).

VI. Interdisciplina: hacia la integración de la atención clínica y la promoción de la salud

El Equipo Gerontológico está integrado por dos trabajadoras sociales, tres promotores de salud, un kinesiólogo, una médica generalista, estudiantes y residentes¹³⁹. Es decir, que está conformado por muchas personas de diversas edades, pero todos ellos menores de 60 años. Esto ofrece un ámbito muy diverso e intergeneracional, en línea con la recomendación que incorpora la Ley N° 5420/2015 de CABA de implementar actividades intergeneracionales (Art. 10), sumado a la apertura y participación de personas menores de 60 años. Además, se trata de un equipo constituido interdisciplinariamente, que incorpora como objetivos secundarios, “facilitar el acceso a los distintos servicios de salud, identificar patologías asociadas al envejecimiento patológico, promover hábitos saludables a través del intercambio de saberes entre el equipo de salud y las personas mayores de la comunidad, fortalecer los lazos sociales existentes y de estimular capacidades cognitivas y creativas” (Proyecto del Equipo Gerontológico, CeSAC 10, 2014). En este sentido, en el marco del equipo se realizan actividades asistenciales, a partir del abordaje de entrevistas y consultas con Servicio Social; la detección y seguimiento de situaciones problemáticas complejas; la derivación a especialistas o tratamientos en caso de necesidad, así como la articulación con el segundo y tercer nivel de atención a partir de la atención primaria. Asimismo, suelen pensarse y planificarse jornadas comunitarias para el Día internacional de toma de conciencia del abuso y maltrato hacia la vejez (15 de junio) y el Día internacional de las personas mayores (1 de octubre).

La Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores (2017) establece en términos de salud, que los Estados Parte:

“... deberán diseñar e implementar políticas públicas intersectoriales de salud orientadas a una atención integral que incluya la promoción de la salud, la prevención y la atención de la enfermedad en todas las etapas, y la rehabilitación y los cuidados paliativos de la persona mayor a fin de propiciar el disfrute del más alto nivel de bienestar, físico, mental y social” (Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, 2017, capítulo III, Artículo 19).

¹³⁹ Además de nosotras (RIEPS), por el equipo pasan residentes de Trabajo Social, Psicopedagogía y estudiantes de medicina de distintas universidades que llegan para realizar sus prácticas durante su último año de estudio de grado.

Si bien la asistencia clínica individual suele pensarse y abordarse de manera disociada de las actividades promo-preventivas en salud, la experiencia del Equipo Gerontológico da cuenta de la potencia que tiene un proyecto que incluye e integra ambas dimensiones del abordaje de la salud de la población, en este caso, de las personas mayores. Lo que observamos es una retroalimentación e integración de ambos espacios, que permite responder a una pregunta que posiblemente pueda formularse al encontrarse con esta experiencia: ¿por qué un espacio recreativo y de juego en el ámbito de la salud?

Si bien no entrevistamos a profesionales del equipo, nuestra propia participación nos ha permitido toparnos con historias como la de Marta, a partir de conversaciones informales con profesionales de planta e integrantes del Equipo Gerontológico. Según relata la médica generalista del equipo, Marta (77 años) es una mujer que recibía atención clínica con ella y al inicio del vínculo se encontraba atravesando un cuadro depresivo. La médica pudo identificar los cambios en su situación de salud mental al tiempo de participar de los espacios colectivos, como el de Recreación y movimiento.

Son los testimonios de las personas usuarias los que permiten, asimismo, visualizar una articulación entre la atención clínica individualizada y los espacios grupales de promoción y prevención de la salud. Lo que identificamos es una retroalimentación entre ambas modalidades de atención. En muchos casos, llegar al CeSAC en búsqueda de atención clínica es la puerta de entrada al espacio grupal:

Yo vine por el tema de los medicamentos, ¿viste que dan medicamentos? Y bueno, me recetaron unos medicamentos. Vine, hice la fila, pero en eso *vi unos cartelitos* para hacer test en la sangre, y subí acá a este piso y acá me comentaron de los talleres (Héctor, 64 años; el destacado es nuestro).

Yo acompañaba a mi hijo a hacer terapia acá de adicción. Esperando, *vi los carteles*, entonces me llamó la atención [...] esperando, viendo los carteles, dije “ah, vengo”. Y por eso empecé a venir (Laura, 77 años; el destacado es nuestro).

Otras veces, y en el sentido inverso, es la participación en el grupo lo que genera acceso a la atención clínica: la alimentación de un vínculo cotidiano con el personal de salud facilita el acceso a turnos. Como ejemplo, luego de algunos meses de asistir a los talleres impulsados por el Equipo Gerontológico, Laura (77 años) inició sesiones individuales de terapia psicológica en el mismo centro de salud.

La constitución interdisciplinaria del equipo permite el fortalecimiento de las redes entre distintos profesionales hacia dentro del CeSAC, así como la integración de la atención individual (tratamiento y rehabilitación) con las actividades grupales de promoción de la salud comprendida en términos integrales.

VII. Reflexiones finales

Tradicionalmente, en el marco del sistema de salud las actividades destinadas a las personas mayores están vinculadas a la enfermedad y a la atención en consultorio, mientras la recreación y el movimiento son ofertadas por otros sectores. No obstante, creemos que el taller de Recreación y Movimiento es un ejemplo de otra promoción del cuidado, al complementar la atención clínica con espacios de promoción que incentivan la participación, el compartir, la circulación de saberes y sentimientos, así como la promoción de la actividad física y cognitiva, lo que impacta en la calidad de vida y la dignidad de las personas mayores.

A lo largo del trabajo mostramos distintas formas de entender la atención en salud, y pudimos registrar una retroalimentación entre la atención clínica individualizada y los dispositivos grupales de promoción de la salud.

Advertimos que desde la perspectiva de los y las participantes no pareciera haber una dicotomía entre el concepto de atención y el de promoción, como se suele percibir desde la gestión o del trabajo en salud. Los sentidos que las propias personas le otorgan a la salud son disímiles. Por un lado, algunas la asocian al autocuidado y a la atención clínica. Por el otro, se reconoce una mirada más integral, al incluir a la salud física y a la psíquica.

Si bien en este artículo proponemos algunas reflexiones, consideramos que están en constante movimiento y retroalimentación con nuestras prácticas en salud. Este trabajo pretende ser un punto de partida para próximas investigaciones. Ser un aporte a repensar e idear otros modos de abordaje, tanto a nivel institucional como desde la micropolítica, en torno a la accesibilidad a la salud de las personas mayores.

Bibliografía

Alvarado García, A. M. y Salazar Maya, Á. M. 2014. *Análisis del concepto de envejecimiento*. Gerokomos, 25(2), 57-62.

Ballesteros M. S., Freidin B. 2015. "Reflexiones sobre la conceptualización y la medición del acceso a los servicios de salud en Argentina: el caso de la encuesta Nacional de Factores de riesgo 2009". En: *Salud colectiva*;11(4):523-535.

Bezerra Gómes, et al. 2023. "Micropolítica del trabajo en salud: *contrabando* de ideas para explotar los pensamientos sobre la salud y para hacer las prácticas más intensas". En: Merhy, E.E (Coord.), *Micropolítica del trabajo en salud: teoría, métodos y aplicaciones*. Serie Salud & Centroamérica. 1a Ed. Porto Alegre /Brasil; Managua/Nicaragua.

Brigeiro, M. 2005. "'Envejecimiento exitoso" y "tercera edad": Problemas y retos para la promoción de la salud". En: *Investigación y Educación en Enfermería*, 23(1), 102-109.

Carballeda, A. J. M. 2001. "La interdisciplina como diálogo. Una visión desde el campo de la salud". En *Revista Margen* N° 23.

Comes, Y., et al. 2006. "El concepto de accesibilidad: la perspectiva relacional entre población y servicios". En: *Anuario de Investigaciones*, 14, 201-209.

Dirección Nacional de Abordaje por Curso de Vida, Ministerio de Salud de la Nación. (s/f.). *El enfoque por curso de vida. Repensar las intervenciones en salud*.

Fernández, E. M. 2019. "Personas mayores y sus motivos para participar de un taller grupal de estimulación de la memoria en Parque Patricios, Ciudad Autónoma de Buenos Aires (2012-2019)". Tesis de maestría, Instituto Universitario de Ciencias de la Salud - Fundación H. A. Barceló. Facultad de Medicina. Maestría en Gerontología Clínica.

Fassin, Didier. 2002. *¿Cuánto vale una vida? O cómo pensar la dignidad humana en un mundo desigual*. Ed. Siglo XXI.

Garbus, P. 2012. "Accesibilidad a la atención en salud. La revisión teórica de una categoría tan clásica, como de moda". En: *Revista de la Asociación Médica de Bahía Blanca*, 22(1), 15-25.

GCBA-RIEPS. 2022. Dispositivos de Intervención en Prevención, Promoción, Educación y Comunicación para la Salud.

Iacub, R. 2011. *Identidad y envejecimiento*. Cap 4: "La perspectiva psicoanalítica sobre la vejez" (pp. 195 - 208). Ed. Paidós.

Instituto Nacional de Estadística y Censos (INDEC). 2013. *Estimaciones y proyecciones de población 2010-2040: Total del país* (1a ed.). Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

2014. *Encuesta Nacional sobre Calidad de Vida de Adultos Mayores, 2012*.

Ludi, M. 1997. *Llegar a viejo*. Editorial de la Universidad Nacional de Entre Ríos.

Ministerio de Salud de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. 2022. Subsecretaría de Planificación Sanitaria. Gerencia Operativa de Epidemiología. *Análisis de Situación de Salud de la Ciudad de Buenos Aires*.

Organización Mundial de la Salud. 1978. Declaración de Alma-Ata. Conferencia Internacional sobre Atención Primaria de Salud, Alma-Ata, URSS.

Proyecto Equipo Gerontológico, CeSAC 10. 2014. *Programa gerontológico de salud*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

World Health Organization. 1998. *Promoción de la salud: glosario* (No. WHO/HPR/HEP/98.1).

Rovere, M. 2012. *Atención primaria de la salud en debate*. Saúde em Debate, 36, 327-342.

Testa, M. 1996. "Atención ¿Primaria o Primitiva de la Salud?". En: M. Testa (Ed.), *Pensar en Salud* (pp. 161-176).

Marco normativo

Ciudad Autónoma de Buenos Aires. 1999. Ley 153: Ley Básica de Salud de la CABA.

Ciudad Autónoma de Buenos Aires. 2015. Ley 5420 de Prevención y Protección Integral contra Abuso y Maltrato a los Adultos Mayores.

Congreso de la Nación Argentina. 2009. Ley 26.529: Ley de Derechos del Paciente.

Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores. 2017. Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Organización de las Naciones Unidas 2016. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. - 1a ed . - Ciudad Autónoma de Buenos

Aires: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación. Secretaría de Derechos Humanos y Pluralismo Cultural.

Congreso de la Nación Argentina. 2017. Ley 27.360: Ley sobre Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores.

Proyecto de Ley Nacional de Recreación. 2022. Diputados Argentina.