

EL VIH SIDA EN PRISIÓN Y LA CONFIDENCIALIDAD MÉDICA

Elías Neuman

Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in memoriam. Ediciones de la  
Universidad de Castilla – La Mancha, Ediciones Universidad  
Salamanca, Cuenca, 2001

<http://www.cienciaspenales.net>

# EL VIH SIDA EN LA PRISIÓN Y LA CONFIDENCIALIDAD MEDICA

*Elías Neuman*

## **1. Características de la confidencialidad médica**

Cuando en 1981 se identifican los síntomas de la necrofílica enfermedad, se creyó que era una dolencia limitada a algún país africano. Pero muy pronto se constató el alcance de epidemia mundial causado por el virus de inmunodeficiencia humana (VIH) y se advirtió que se trataba de un problema que abarcaba y ponía a dura prueba a la sanidad internacional.

Los modos de transmisión de la enfermedad y la modalidad de la epidemia golpearon a los cuerpos legales de las Naciones. Las nuevas leyes tuvieron que cubrir aspectos referidos a las responsabilidades por la transmisión viral, la protección de los enfermos y el derecho de los sanos. Propósitos que movieron a frecuentes y aún irresueltas polémicas. También la ley se debió ocupar de la responsabilidad médica y de los hospitales aunque hoy, mediante la detección sanguínea y los adelantos técnicos parezca imposible trasfundir sangre infectada.

En casi todos los países existen reglas éticas y códigos de deontología médica que definen qué debe considerarse como confidencial. En lo sustancial implica que la enfermedad no puede ni debe ser revelada a terceros sin el consentimiento de quien la padece, salvo en casos de excepción

El paciente dentro de su dolorosa realidad se ha entregado. Sólo le queda transitar y traspasar esa entrega con gestos y pulsiones de total confianza en su médico. Y convencerse de que éste no lo ve como alguien que va a morir o en situación terminal, lo que resultaría una formulación iatrogénica.

La cuestión de la confidencialidad despunta matices complejos cuando es preciso anteponer serias razones de interés público e, incluso, familiares y amicales, cuando el secreto médico puede afectar a personas sanas que no saben, por ejemplo, que su pareja es portadora del VIH-Sida.

En buena parte de países es obligatorio a los servicios hospitalarios y a médicos particulares, la declaración de seropositividad de sus pacientes a autoridades que por ley lo receptan. Se pone en un juego de no fácil solución leyes y prácticas sanitarias que confieren inmunidad penal a los servicios y a los médicos y otras que protegen el derecho de las personas a la confidencialidad. Las posturas están tomadas a partir del severo interrogante que plantea con respecto a la exposición y transmisión del Sida que pone en serio peligro la salud de terceros. El secreto del llamado juramento hipocrático sufre un elocuente interrogante cuando se trata de la salvaguarda de la salud pública.

En la Argentina, la reglamentación de las visitas íntimas en las cárceles señala que, tanto el preso como la mujer, deben someterse de modo obligatorio al examen médico lo que deriva en los hechos en una excepción al secreto y la Recomendación de la Organización Mundial de la Salud (OMS) que lo recomienda. ¿Cómo no prestarse al examen obligatorio cuando el impulso sexual supera, en esos casos, cualquier molde incluso el que impone la privacidad?

Claro está que será preciso renovar los exámenes de tiempo en tiempo, en especial cuando se trata de una condena de varios años y por las peculiaridades de la detección que a veces impone el HIV, con el llamado “período ventana” que somete a la mayor incertidumbre al recluso, al médico y a la visitante.

El estricto secreto médico ha conducido a nuevos contagios. Creo que ha llegado el momento, y la vulnerabilidad en la transmisión que se registra en las cárceles propociona variados argumentos, de producir el intento de flexibilizar el criterio. Incluso para el mundo de extramuros. La persona que llega a la cárcel para mantener relaciones sexuales, corre severos riesgos (aunque exista un compromiso de no contagiar). Si el médico conoce a esas personas debería quebrar el secreto y, si fuese necesario, violar positivamente la ley en salvaguarda de la vida de terceros. Lo más propicio sería que se flexibilice a fondo el criterio legal hacia un estado de necesidad. Cabría recordar que el compañero del actor Rock Hudson demandó a dos de los médicos que lo trataron por sida, por no advertirle del padecimiento, sabiendo la relación que los unía.

A estas tangibles y por eso probables víctimas, será necesario prevenirles para evitar males mayores. Incluso, hay situaciones que merecen un trato diferenciado. Debe pensarse en criterios más extensivos, con respecto a terceras personas no identificables<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> La jurisprudencia en los Estados Unidos impuso el deber de advertir a esas terceras personas el peligro que proviene de la enfermedad trasmisible del paciente vinculada a ellas. En el año 1976 en el caso “Tarasoff Vs. Regents” en California, la Corte impuso a terapéutas la obligación de proteger a terceras personas de actos potencialmente peligrosos de sus pacientes. Se otorga discrecionalidad al profesional para tomar la decisión obligatoria en protección de la vida de terceros. A su vez, la corte de Nebraska en la causa “Liperi Vs. Sears Roebuck y Co.” fue más allá de esta interpretación declarando obligatoria la actitud del médico con respecto a la necesidad de protección de personas aunque éstas no fuesen identificables. Ver en Karina Huberman, “Sida: el secreto profesional y la Responsabilidad Médica” en *El Derecho*, 138-913.

Hace un siglo la sífilis, enfermedad mortal por entonces, planteaba similares situaciones en cuanto ponía en juego el ámbito de las relaciones íntimas y problemas éticos y legales que hacían surgir serios interrogantes sobre las funciones propias del Estado, de la sociedad en sí, de la profesión médica y la salud pública o social. Los atacados por la sífilis eran blanco de un señalamiento y estigma irracional que incluía el temor a la infección por el *treponema pallidum*. Ese pánico se ligaba al feroz rechazo a la prostitución como hoy lo es a los homosexuales, adictos a drogas por vía endovenosa y meretrices, cuando de Sida se habla.

Con cruel consecuencia la discriminación se manifiesta hoy con caracteres que parecen calcados del ayer: expulsión de niños de las escuelas, a los hombres de sus trabajos, falta o negación del tratamiento apropiado... olvido del dolor de las personas que padecen el mal. Y así como las prostitutas de antaño trataban de impedir la revisión de los servicios de salud y, en muchos países, eran privadas de libertad hasta ser curadas, hoy también los temores a la discriminación generan conductas aviesas y desánimos para prestar cooperación. Empero, se señala con énfasis, que el secreto médico tiene en estos casos la esencial finalidad de evitar la estigmatización y el señalamiento social.

Nada puede ser revelado sin el consentimiento del enfermo pero no son pocos los médicos que alegan que cabría trasgredir el principio si el interés de la comunidad global está en juego, por el evidente o potencial peligro a terceros si es que la epidemia –tal cual ocurre– avanza en forma vertiginosa.

El principio de la privacidad y el secreto sufren los embates de las legislaciones laborales, prematrimoniales y de leyes carcelarias para la llamada visita íntima, por ejemplo. Sin contar con la obligatoriedad de brindar datos al registro de portadores seropositivos, los que al ingresar en la maraña burocrática implica una nueva excepción.

## **2. Silencio cómplice y ocultamiento social**

El temor y la maledicencia tienen directa relación con ciertas políticas y sus estrategias. ¿Cuánto de pecaminoso o de perverso puede tener una enfermedad para ser ocultada socialmente? ¿Cuál es el bien común que se logra con ello?

Por lo pronto ocultar bajo la confidencialidad es subrayar la ignorancia social sobre la enfermedad y hacerse eco de la discriminación. Es meter miedo al miedo. ¿O es que la población sana debe permanecer ajena o dedicada a denostar en especial a los portadores seropositivos?

Quien agrega silencio agrega mayor enfermedad. El VIH-Sida es una dolencia distinta proyectada hacia el serio conflicto social que supone la dis-

crimación a las puertas del nuevo milenio. Allí principia el problema y es allí donde debe resolverse para producir conciencia.

Una epidemia debe estar excenta de temores añadidos a los habitantes y es posible que el conocimiento, el dar la cara de y por todos, constituya una forma social de presentar batalla. Algo similar ocurrió con la alcoholemia. Durante siglos el bebedor crónico y el agudo sufrieron el menoscabo social. El bebedor excesivo lo sabía y caía su autoestima a límites insoportables. Perdía empleos, amigos, avergonzaba a su familia que no sabía cómo convivir con él. Y ya se sabe que las consignas enclavadas en la conciencia de muchas personas perdieron consistencia en la medida que se demostró que el alcoholismo es una enfermedad individual, familiar o social, o todo ello mixturado, pero enfermedad al fin.

Es posible que dentro de pocos años el anonimato y la confidencialidad desaparezcan pero, entretanto, subsiste con su carga de miedos sociales y discriminación. Se ha dicho que el Sida, que celebra esponsales entre el sexo y la muerte, asuza antiguos mitos en el alma humana lo cual no debe sumir a los hombres, en los tiempos que corren, en un silencio cómplice como una conjura de equívoca y absurda autoprotección.

Es preciso aceptar y recibir a quien padece la infección, librando a los médicos de complejos rituales a los que deben ajustarse por mandato legal, compelidos por las circunstancias y los hechos para evitar un mal mayor. De ahí que un gran grupo ha optado por poner en conocimiento de familiares y amigos del paciente, sin consultar a éste, no sólo la fase de la enfermedad, sino los cuidados terapéuticos de todo tipo, psicológicos y afectivos que ella requiere.

Es importante defender con todo ímpetu el Derecho Humano a la privacidad. Pero no es serio hablar de la discriminación que pueda sentir un recluso por la enfermedad, cuando es la sociedad y la ley las que, como política de legitimación y reproducción de un sistema, lo discrimina mediante la cárcel que implica aislamiento social y consiguiente pérdida de los derechos fundamentales. La prisión es una lápida que aísla y duele por los hechos y circunstancias que en esos días calcados hay que vivir. Está hecha para eso... ¡y para discriminar! El verdadero infierno nunca es tibio.

Asumido el trauma de la enfermedad luego del consiguiente agotamiento reflexivo, en un mundo y un cubículo conviviendo con otras personas que él no eligió, con reflejos de perro pavloviano, el recluso siente, sabe, que la discriminación continúa estando preso y seguirá cuando regrese. Frente a la enfermedad que contrajo es posible que se vea obligado a callar. Pero, ¡a no engañarse!: la asistencia médica especializada, la medicación o la alimentación calórica, no han de pasar inadvertidas a otros reclusos que velozmente lo detectan. También la tristeza y lo sombrío de su rostro lo suele delatar.

### **3. El consentimiento informado**

La Organización Mundial de la Salud (OMS) sostiene un principio similar al que ha recomendado para la sociedad global: el consentimiento del preso para efectuarle exámenes debe ser requerido de manera previa. “La detección deberá realizarse siguiendo dos criterios básicos: consentimiento informado y confidencialidad”.

Desde un punto de vista principista se advierte que la Recomendación lleva impreso el respeto a la individualidad y a la autonomía de la voluntad que son elementos vinculados que subyacen en la privacidad.

El consentimiento informado implica una explicación previa de lo que se va a hacer y una posterior en que se notifican los resultados. Si se detecta la presencia de anticuerpos del VIH o de franca enfermedad, será preciso, dentro del secreto médico, una conversación mesurada sobre las alternativas y los pasos a seguir, en especial el tratamiento y la medicación y alimentación adecuada.

Tal cual ocurre en la sociedad libre, no poca cantidad de detenidos rebasa de temores irracionales y ansiedades y no desean saber si padecen o no la enfermedad. Al no someterse a exámenes corren el riesgo de no curarse, por un lado y de enfermar a su pareja y a otros detenidos, por el otro.

Hay presos que no se efectuarían jamás el examen para no enfrentar la carga adicional de una pena mayor a la de privación de libertad. Ante ello, el recluso –como cualquier mortal– sufre tensiones morales, emocionales y afectivas que se ahondan por el estado de segregación familiar y social en que se encuentra. Ello le causa un mayor deterioro. Es que los portadores del VIH-Sida requieren no sólo de tratamiento, sino de trato –de buen trato–, en especial, de afecto.

Las Recomendaciones de la OMS han envejecido en la medida en que la ciencia adelanta respuestas alentadoras sobre la disminución de la carga viral o su estabilidad y propuestas terapéuticas que previenen o negativizan la enfermedad.

### **4. El monitoreo y sus contradicciones**

Los problemas que hoy engendra la discreción y el secreto médico están sujetos, a otros de no menor valía. Es preciso partir del hecho sustancial de que la vida, vivir, es el principal Derecho Humano. De él dimana los otros. Si no hay vida nada es. De ahí que el bien vida es el más importante y preciado de todos los bienes protegidos por el sistema legal.

La sumisión carcelaria da lugar a que el Estado no sólo se apropie de la libertad deambulatoria del detenido con y sin condena. Se apropia, en rea-

lidad, de su vida y el ejercicio de elementales Derechos Humanos. Cabría decir que en el mundo de extrema coerción de la cárcel existe un devalúo: la vida vale menos. De modo que el encuadre de las posturas favorables o no al monitoreo o examinación médica obligatoria y no requerida de los detenidos pasa también por la protección de la población penal sana o no contaminada. He allí los términos salientes de esta necrófila ecuación que supone el enfrentamiento con los derechos de los reclusos infectados.

¿Cuál es el bien jurídico que debe prevalecer en el mundo carcelario tantas veces promiscuo y saturado de detenidos? ¿El derecho de los sanos o el de quienes se hayan infectados?

El derecho a la vida y su correlato, a la salud, los cobija a todos. Las dos posturas son extremas y la esgrima jurídica, si tiene en cuenta la situación real y el lenguaje de las cárceles más que su idealidad legal se presta no ya a un posible encuentro sinó a un encontronazo: A) examen obligatorio o, B) examen consentido.

Las trataré a continuación sin extraviar en momento alguno la confrontación de la ley y la realidad aludida.

### **5. A) Examen médico obligatorio Vs. privacidad**

Presupone efectuar el examen como una práctica obligatoria y exigible a los reclusos, para la detección de anticuerpos y del Sida. Se evita, de tal modo, el avance de la enfermedad y la posibilidad de transmisión a terceros encerrados en el mismo pabellón o en la misma celda.

Lo que se debe reconocer como ideal y por ello propiciarse es que producido el examen, ya sea con previo consentimiento o por obligación, descubierta la enfermedad, se debe seguir el tratamiento adecuado e intentar que el recluso lo acepte, mediante el aporte gratuito de las drogas más eficaces y actuales, exámenes espaciados de la carga viral e ir previendo la posibilidad no ya de aislarlos en la misma cárcel creando “sidarios” sino mediante formas alternativas de cumplimiento de la pena, por ejemplo, en comunidades terapéuticas con trabajo útil y productivo donde puedan cogestionar mediante el método de autoayuda. Habrá que comprender, entre otras cosas, que quien ingresa en una cárcel infectado o se contagia en ella, ya ha sido penado por la vida, o por la muerte, según se vea.

La medida es imprescindible y el examen debe sopesarse y justificarse desde la mira jurídica bajo el principio del estado de necesidad, tal cual ocurre con los donadores de sangre, a fin de evitar un mal mayor; subsidiariedad: el no poseer un medio menos grave que permita alcanzar similares objetivos; de proporcionalidad, que señala un mayor beneficio que un daño victimizador; y, de adecuación que implica no conculcar algún derecho básico.

Es indispensable comprender que la asistencia exitosa del infectado depende de la detección precoz de la dolencia y la urgente necesidad de protección de la salud de terceras personas, que están en prisión. No otro es el espíritu que campea en el art. 144 de la Ley Penitenciaria 24.660:

“...al ingreso o reingreso del interno a un establecimiento, deberá ser examinado por un profesional médico...” Se trata de la posibilidad de detectar desde lesiones o torturas a las que pudiera haber sido sometido hasta infecciones venereas que pudiera portar. Ésa es la interpretación habitual. Cabría agregar el VIH-Sida.

Por otra parte, la ley de lucha contra el sida, 23.798, ha establecido de modo expreso la confidencialidad como principio general pero recepta en su texto excepciones. El decreto que la reglamentó 1244/91 en su art. 2 establece de modo taxativo cuándo los médicos o cualquier persona que por su ocupación tome conocimiento de un infectado por el VIH-Sida puede dar a conocimiento a terceros tal infección y el nombre de su portador.

Según la enumeración puede ser revelada a:

“1. A la persona infectada o enferma, o a su representante si se trata de un incapaz.

“2. A otro profesional médico, cuando sea necesario para el cuidado o tratamiento de una persona infectada o enferma.

“3. A los entes del sistema Nacional de Sangre... así como a los organismos comprendidos en el art. 7 de la ley 21.541” (de registro estadístico).

“4. Al director de la Institución Hospitalaria o, en su caso, al Director de su servicio de Hemoterapia, con relación a personas infectadas o enfermas que sean asistidas en ellos, cuando resulte necesaria para dicha asistencia.

“5. A los Jueces, en virtud de auto judicial dictado por el Juez en causas criminales o en las que se ventilen asuntos de familia.

“6. A los establecimientos mencionados en el art. 11, inc. b) de la ley de Adopción 19.134. Esta información sólo podrá ser trasmisible a los padres sustitutos, guardadores, o futuros adoptantes.

“7. Bajo responsabilidad del médico a quien o quienes deban tener esa información para evitar un mal mayor”<sup>2</sup>.

La confidencialidad, según se advierte, sufre serios embates pues pasa por las manos de organismos burocráticos y personas (empleados administra-

---

<sup>2</sup> Cabría agregar, en otro orden de cosas, la obligatoriedad prevista por la ley en nuestro país, del examen médico para aspirar a un empleo.



tivos) y se torna ilusoria. Y en las elocuentes excepciones legales se advierte la aplicación del principio de fuerza mayor (lo señala el inc.7).

Si referimos esos extremos ecuacionales al examen exigible y la confidencialidad en las cárceles, el “mal mayor” sería el compromiso de la vida de quien padece la infección, a lo que se añade, la posibilidad de la transmisión a terceros. Y, el mal menor, la violación de la privacidad y el riesgo de divulgación.

La realidad carcelaria, al menos en Latinoamérica y aún en otras latitudes, presupone una cuestión insoslayable: ¿es posible la confidencialidad, el secreto en las cárceles? Resulta sumamente difícil guardar secretos en un mundo de tantas angustias y conductas impelidas y, por lo general, de contigüedad debida al hábitat y estructura y, cuando no, a la superpoblación y el hacinamiento.

El preso –que funge como la otra e ineludible parte de la idea de confidencialidad–, no puede (ni quiere) esconder su angustia, su problema ineludible, que le daña y le pertenece a perpetuidad. Casi siempre necesita dialogar y sus palabras por la naturaleza de la enfermedad se esparcen. Siempre en la población sana (el preso vive escudriñando) y, cabe insistir, se capta que algo serio ocurre con quien enfermo, en especial por los cambios operados en su persona, desde el momento en que toma conocimiento de su infección.

Hay infidencias médicas. La propia legislación obliga al médico a poner el diagnóstico en conocimiento del director del penal. Y en la realidad carcelaria, quien dice director de un penal, dice jefe de seguridad y sus empleados, hasta llegar a los celadores o custodios. Son circunstancias insoslayables, cotidianas, que superan a toda norma...Además están las entrevistas con infectólogos, psiquiatras y psicólogos que ponen a la luz del día la enfermedad frente a personas atentas.

Las historias clínica y judicial quedan a la mano y pasan a ser conocidas por la población carcelaria en especial cuando algún recluso trabaja en la administración. A veces son los parientes, esposas, concubinas, novias, padres, hijos, quienes hacen confidencias a familiares de otros reclusos y la noticia se esparce.

Las enfermedades oportunistas del Sida son ostensibles y están los continuos traslados al hospital del penal o algún otro de infecciosos. Datos infalibles capaces por sí de dar a conocer el padecimiento y sus actores.

En una palabra: la confidencialidad, si se la pretende como coraza de la difusión, es letra muerta.

En el mundillo activo de la prisión no es necesario arrastrar la enfermedad como una vergüenza. Hay muchos otros derechos perdidos y muchas formas de morir por falta de asistencia de enfermedades curables. Morir por sida no es distinto. Al menos en las prisiones de la Argentina se dan casos de

ayuda y solidaridad de los reclusos sanos. Ello no implica que haya quienes tengan muy serios temores, pero no con las características discriminatorias de extramuros.

## **6. B) Primacidad Vs. examen obligatorio**

Los fundamentos contra la postura intervencionista son precisos desde un punto de vista principista y de axiología jurídica. Se los instala dentro del espíritu de la defensa de los Derechos Humanos y la actitud garantista a que impelen en la Argentina, la Constitución Nacional y los Convenios y Pactos que versan sobre Derechos Humanos, agregados a ella (art.75 inc. 22).

Las leyes podrán ser excelentes pero, cuando de cárceles se trata, la realidad fáctica que se verifica en ellas no acompasa. Al contrario, las leyes se deslegitiman. De ahí la formidable asimetría con los Derechos Humanos. Es que las cárceles suponen, desde su clima interior y el sentido actual de mero castigo, un *desideratum* perverso de control social y de abuso de poder institucional.

Son circunstancias que no deberían ser ignoradas -frente a una pandemia como el sida- por los funcionarios de la OMS y los legisladores de diversas partes del mundo que suponen recomendaciones y leyes idílicas que nada tienen que ver con las monstruosas prisiones donde serán aplicadas.

En síntesis: no se admite la detección de la infección mediante el examen obligatorio, en orden a dos consideraciones esenciales:

- a) el derecho a la privacidad debe mantenerse incólume pues es un Derecho Humano que radica en lo más íntimo de hombres y mujeres; y,
- b) los perjuicios de obtener los exámenes de modo compulsivo y frente a resultados positivos, podrían dar lugar a los conocidos problemas de estigmatización y, además, actos de agresividad, por parte de la población carcelaria e incluso de empleados de las cárceles.

“Las acciones privadas de los hombres estan exentas del castigo de los jueces” y “nadie está obligado a hacer aquello que la ley no manda...” que son preceptos incertos en legislaciones de diversos países, explicitan que la persona humana está dotada para ejercer la más absoluta soberanía sobre su espíritu, cuerpo y salud, lo cual debe estimarse como un bien propio. Sólo ella es quien puede decidir cuando someterse a un monitoreo o análisis o a un tratamiento médico.

Son normas para hombres libres con decisión propia y albedrío, circunstancias que poco y nada tienen que ver con el preso que pierde toda posibilidad de opción y vive bajo durísimas situaciones donde la privacidad y la identidad y la autoestima dejan de ser.

En cárceles de distintos países se ha verificado el caso de huelga de hambre de reclusos reclamando mejor trato que se mantiene por varios días. Hay un momento en que médicos y paramédicos les aconsejan que desistan de esa actitud. En vano. Frente a la situación límite que importa la extrema debilidad de alguno de ellos se procede de hecho a inyectar suero, vitaminas y todo lo que posibilite salvar la vida. ¡Todo eso sin consultarles! O en el caso de tentativas de suicidio que implica una actitud y acción privada, excenta del castigo de la ley, en que la intervención médica es inmediata y, contraria a la voluntad del suicida que, en ciertas oportunidades hace saber a los gritos que no desea que lo curen, que quiere desangrarse...<sup>3</sup>.

La no exigencia de exámenes no está exenta de aspectos económicos criticables cuando se refieren al llamado “período ventana” que, es obvio, no permite detectar la condición de infectado. De modo que si se efectúan monitoreos de modo masivo con múltiples resultados negativos, bien podría tratarse de falsos negativos y los contagios propagarse pues no se tomarían medidas de bioseguridad. Habría que repetir temporalmente esos exámenes y eso implica un insoslayable gasto que acarrea el monitoreo en personas que, al fin y al cabo, han marginado la ley penal...

Al examen, según sostienen, se añadirá luego, de modo ineludible, la segregación de los infectados a fin de que no trasmitan el virus. Pasan a revestir en pabellones especiales sin acceder a trabajos, educación y recreación conjunta con los demás reclusos lo que implica una notoria discriminación. La población sana, entre tanto, no parece contar.

## 7. Comentarios ineludibles

Nadie salva vidas en especial cuando prima la confusión o el pánico que arrastran su propio lenguaje. En el caso del período ventana, habrá que continuar –aunque resulte muy oneroso– con las pruebas serológicas y el recluso seguir su vida habitual (ojalá que de estudio, trabajo útil y productivo y recreación) junto a sus compañeros de cubículo.

Los problemas de discriminación que se aducen no suelen ser tales. Parten de la reacción de los reclusos sanos frente al hecho de que, además de sufrir por orden legal un encierro que nadie quiere y pocos aceptan, debe admitir y obligarse a convivir con enfermos que pueden transmitir el Sida, en especial, cuando se trata de aquellas enfermedades oportunistas de carácter contagioso como la tuberculosis o las diversas hepatitis, por ejemplo.

---

<sup>3</sup> La ley 17.132, que regla el ejercicio de la medicina en la Argentina, indica en el art. 19 que: "...los profesionales deben respetar la voluntad del paciente en cuanto sea negativa a tratarse o internarse..." La fuerza mayor que dimana de los ejemplos expuestos y la garantía del derecho a la vida, convierte el precepto en letra muerta.

En casi todas las cárceles de Latinoamérica no se procede al tratamiento de estos enfermos que quedan en el pabellón hasta la muerte o, en el mejor de los casos, casi hasta la muerte. Suelen llegar entonces las medidas políticas de indultos o ayudar a la remanida muerte “con dignidad”. En tiempos en que el Sida no mata por los excelentes resultados que proporcionan las drogas (el coctáil) que cronifican la enfermedad o la remiten, lo que realmente mata es no proporcionar esos exámenes y esas drogas... Los presos suelen estar en Latino América y otras latitudes como en los inicios de la década del 80 cuando no existían drogas. Sólo les cabe esperar la muerte, cual si fuera una “operación limpieza” a encarar desde las cárceles. Verdadera pena de muerte extrajudicial.

Resulta imperativo defender por siempre la existencia de los principios antidiscriminatorios, según han sido plasmados en convenios y declaraciones internacionales<sup>4</sup> y frente al Sida, tener los ojos bien abiertos y aportar nuevas ideas que permitan sacar de esos antros de violencia y vulnerabilidad para la trasmisión, a seres portadores de VIH-Sida y conducirlos por medio de más amplias medidas procesales, como el diferimiento de la pena en arresto domiciliario o a establecimientos de nuevo tipo con menores seguridades contra la evasión, donde puedan efectuar cogestion y autoayuda con un tratamiento médico, terapéutico y farmacológico serio y responsable.

No se trata, me adelanto, de una forma de discriminación, sino de dirigirlos a métodos y medios sustitutivos de la prisión tradicional, que resulten benéficos para el cuidado de la salud y de admitir, de una buena vez, así como están las cosas, la corresponsabilidad estatal en la trasmisión de la enfermedad.

El drama del recluso parte de saber que, por un lado, es portador del virus pero que, a la vez, estar infectado no es sinónimo de enfermarse y menos aún morir y, por el otro, la irredimible amargura de saber también que sin tratamiento y la consecuente aplicación de las drogas necesarias, la enfermedad irreductible, seguirá su avance. Que, de tal modo, está penado no ya a pena de prisión sino a la de muerte.

La asistencia, en cambio, implica la inmediata consecuencia de proteger a la población sana y de manera mediata a la sociedad en su conjunto.

Los sentimientos de no discriminación sin una conciencia cabalmente ética tienen un tufillo de compasión apócrifa, de inmisericordia, que violentan tanto a los Derechos Humanos como la injusticia o la tortura.

---

<sup>4</sup> La Convención Internacional de los Derechos Humanos (art.5), Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art.7), Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (art.26), Convención Americana sobre Derechos Humanos (art.5).

## 8. Recomendaciones a las Naciones Unidas

El “examen médico” de los encarcelados al momento del ingreso resulta normal y así lo aconsejan las Normas para el Tratamiento de los Reclusos de Naciones Unidas (Ginebra, 1955) que siguen siendo de referencia obligada en múltiples legislaciones. Ciertamente es que esas normas son anteriores a la aparición del VIH-Sida.

El Principio 26 de las Reglas Mínimas, expresa:

“Se brindará a toda persona detenida o presa un examen médico apropiado con la menor dilación posible después de su ingreso, en el lugar de detención o prisión y, posteriormente, esas personas recibirán atención y tratamiento médico cada vez que sea necesario. Esa atención y ese tratamiento serán gratuitos”

Estas Recomendaciones resultaron ampliadas por el “Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión”, conocidas como Normas de Tokyo, adoptadas por la Asamblea de las Naciones Unidas que pormenorizan el examen médico. Señala el Principio 24-26:

“Se realizará a toda persona detenida o presa un examen médico apropiado con la menor dilación posible después de su ingreso en el lugar de detención o prisión y, posteriormente, esas personas recibirán atención y tratamiento médico cada vez que sea necesario. Esa atención y ese tratamiento serán gratuitos. Quedará debida constancia en registros del hecho de que una persona detenida o presa ha sido sometida a un examen médico, del nombre del médico y de los resultados de dicho examen”. Resulta similar al art. 144 de la Ley Penitenciaria de nuestro país, citado más arriba.

Se entendió que la norma regía para los casos de torturas y tratos inhumanos y degradantes, empero, el examen médico es obligatorio y sin consulta previa al detenido. Y un examen médico siempre implicó la extracción de muestras de sangre, en especial cuando se intenta detectar enfermedades venéreas. El análisis de laboratorio es parte elemental del chequeo.

En estos casos nadie le pregunta al detenido si acepta el examen in totum, no hay mayores recaudos sobre la confidencialidad y hasta, a veces, se omite brindarle un informe. Son mensajes contradictorios. En el caso de mención hay un avance contra la intimidad y la privacidad del detenido, en contra de lo que se sostiene para los casos de monitoreo del Sida en que parece imperioso el consentimiento, la confidencia y el asesoramiento posterior.

En los países Latinoamericanos suele haber millares de detenidos sin condena en sede policial... y no existen médicos destinados a cumplir los enunciados de La Haya o de Tokio, de las leyes penitenciarias nacionales y las

Recondaciones de la OMS. En la cruel incertidumbre que suscitan violaciones de derechos, el Derecho a la Salud, que es tanto como decir a la Vida, debe ser considerado más importante y urgente, en los casos de Sida, que el de la privacidad.

El Consejo de Europa se pronuncia de modo cauto aunque resulta partidario del no apartamiento de los presos, con una tajante excepción: "...a menos que los descubrimientos científicos indiquen en el porvenir otra cosa, los presos infectados por el VIH no deben ser aislados o separados, mientras no actúen de manera irresponsable"<sup>5</sup>.

## **9. Mi opinión**

Sostengo que frente a la pandemia del Sida y sus especiales características y la vulnerabilidad debido a las prácticas carcelarias<sup>6</sup>, que el examen para detectar la presencia de anticuerpos o la franca seropositividad debe ser obligatorio y el recluso deberá prestar acatamiento en salvaguarda de sus propia vida y la de los demás. Será preciso, si el caso se presenta, hablar claramente con el detenido y solventar con certeza sus interrogantes, a partir de ese momento<sup>6</sup>.

La presencia de la viremia implica ser portador de VIH en el organismo pero, portar, no significa tener Sida pues los síntomas pueden tardar en aparecer o manifestarse entre 2 a 15 y hasta 20 años. Nada dice un exámen aislado pues la enfermedad puede encontrarse oculta en el período ventana. El examen obligatorio supone la existencia de medios y servicios materiales y humanos para atacar en forma inmediata a la enfermedad. La asistencia debe prolongarse durante el encierro y la derivación, producido el regreso, hacia los centros de tratamiento que se consideren indóneos. Proporcionar alimentación adecuada, medicación constante y los análisis de cada caso. Si se poseen todos esos elementos ligados a la voluntad sería de salvar vidas ¿por qué no efectuar el testeo serológico?

Todo recluso al ingresar debería ser objeto de un interrogatorio de gran especificidad, mediante personal altamente calificado, a fin de detectar si en la vida libre tuvo conductas concretas que pudieran haberle infectado (drogas endovenosas, comportamientos sexuales, tatuajes, utilización de máquinas u hojas de afeitar, etc.), incluso si tiene conocimientos claros de lo que es el Sida y las formas de transmisión. La obligatoriedad atiende dos aspectos insoslayables:

---

<sup>5</sup> Recomendación 1080 (1988) sobre una política europea coordinada en materia de salud para prevenir la propagación del sida en las cárceles, Consejo de Europa, Asamblea de Parlamentarios, 30 de junio de 1988, párrafo A(iv).

<sup>6</sup> Vease en mi libro "Sida en prisión, un genocidio actual", p.127 y ss.

- a) la posibilidad de un diagnóstico precoz que permita encarar un tratamiento con excelentes perspectivas; y,
- b) la prevención con respecto a las personas sanas.

No deberá efectuarse una terapia obligatoria o compulsiva. Detectada la infección o la franca enfermedad explicar, lo antes posible al recluso, las circunstancias que atraviesa, los cuidados para sí y sus familiares y la población penal. Y, muy especialmente, los pasos que deberá seguir para el caso de que opte por el tratamiento sometido a su consideración, atención psicológica y régimen alimentario. En cada caso habrá que darle tiempo para que reflexione pues es su vida la que está en juego.

Se trata de una política preventivista y asistencial garantizadora de los derechos a la vida y a la salud que la idea de no exigencia de exámenes serológicos viene a conculcar por antipreventiva.

Existe en ciertos países la idea, sin ningún espacio para el matiz, de que es preferible no efectuar exámenes de seropositividad obligatorios o con consentimiento de los reclusos. Es la *política de la no política*. Es que luego vienen los costos de una enfermedad que dura mucho tiempo e incluye los sucesivos exámenes de la carga viral, los cócteles de drogas para el tratamiento, gastos médicos, seguimiento, comidas adecuadas, etc. Es un coste que ¡que duda cabe! se puede evitar con el silencio. Para las administraciones penitenciarias los gastos serían astronómicos. La Recomendación de la OMS sobre iguales derechos de los presos a un tratamiento como el que se ofrece en libertad, nivelando el reto de la desigualdad, resulta un buen deseo pero también un bumerán en cuanto a los costos de su aplicación.

Por temor a la discriminación carcelaria... preferimos no exigir que es casi lo mismo que no saber. Y no saber implica no gastar. Y no gastar la pérdida del sentimiento ético que debería despertar la vida humana convertida en un problema de coste-riesgo-beneficio.

Será mejor dejar morir e indultar en la fase final, o diferir la pena mediante la prisión domiciliaria o conceder la excarcelación extraordinaria. Desde los puntos de vista político y, en especial, económico es, sin duda, más redituable. Para quienes no quieren verlo de frente, será mejor continuar con el carácter riguroso del consentimiento previo.

Por lo demás si en esta economía globalizada, en este estado de feroz capitalismo financiero y de servicios, los pobres no interesan –y los presos lo son en su inmensa mayoría– como personas sanas, entre otras cosas, porque no consumen, ¿por qué van a interesar como enfermos...? Es éste un claro y dramático ejemplo de punición a la pobreza.

## BIBLIOGRAFÍA

- AMUCHASTEGUI HERRERA, Ana: “Aportaciones de las ciencias sociales para la prevención del Sida”, basado en la XI Conferencia Internacional de Sida de Vancouver, Canadá. Ed. Noriega, México, 1996, págs.117/140.
- BELDENAIN, Leonardo A. y VARELA María C.: “Terminalidad, cárcel y sida”, en *El Derecho*, T.156,págs. 1004/1006.
- BIDART CAMPOS, G.J.: “La ejecución diferida de la pena”, en *El Derecho*, 1994, T.159, págs.157/158.
- BLANCO, Luís Guillermo: “Sida, cultura y discurso jurídico”,en *Cuadernos de Bioética*, nº 0; págs.205/215, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1996.
- CAHAN, Pedro y colaboradores: *PSIDA, Un enfoque integral*, Ed. Paidós, Buenos Aires, 1992.
- ESCAFF SILVA, Elías:, “Cárceles en Chile: Consideraciones respecto a las drogas, sexo y el V.I.H.” en *Revista Chilena de Ciencia Penitenciaria y de Derecho Penal*, Mar./Dic. 1995, núm. 21, págs. 41/63, Ed. Gendarmería de Chile, Santiago, 1995.
- HARDING, T.W.: *Aids in prison*, Lancet, 1987; 1260-1263
- MIR PUIG, Santiago: *Problemas jurídico penales del Sida*, Ed. Instituto de Criminología de la Universidad de Barcelona, Barcelona 1992.
- NEUMAN, Elías: *El problema sexual en las cárceles*, Ed- Universidad, 3a. edición, Buenos Aires, 1997.
- NEUMAN, Elías: *Sida en prisión (Un genocidio actual)*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1999.
- SANCHEZ CARO J. y GIMÉNEZ CABEZON J. R.: *Derecho y Sida* Ed. Mapfre, Colección Derecho Sanitario, Madrid, 1995.
- STANISLAWSKI, Estanislao: *El médico frente al Sida*, Ed. Consejo Nacional de Prevención y Control del Sida (CONASIDA), México, 1989.
- TAMINI, Adolfo L.: “Comentarios a la ley de lucha contra el sida. La confidencialidad”, en *Jurisprudencia Argentina, Buenos Aires*, 1994, III, págs.851/854
- VAZQUEZ ACUÑA, Martín E.: *Derechos Humanos y Sida*, Eudeba, Buenos Aires, 1995.