

DIRECTORES

MATÍAS FERNÁNDEZ PINTO – MARÍA JOSÉ FAUDA

COORDINADORES

MARÍA AMELIA EXPUCCI - PABLO ORDÓÑEZ - SILVINA BRANCAMONTE

Reflexiones sobre el Derecho a la Salud

TOMO II

AUTORES

EDUARDO ÁVALOS - SILVINA ANDREA BRANCAMONTE - JOSÉ LUIS CASSINERIO -
ALBERTO CUEVAS - SANTIAGO DÍAZ CAFFERATA - EMILIO SANTIAGO FAGGI -
GUILLERMO M. GARONE - MARÍA CRISTINA INTERLANDI Y MAURICIO GODOY -
MERCEDES MAQUIEIRA - ALEJANDRO JORGE NOBILI - PABLO ORDÓÑEZ Y
GUSTAVO NEBOZENKO - PILAR PINTO KRAMER - LUIS EZEQUIEL RECIO BOGNI -
CECILIA SARMIENTO - RICARDO MARCELO TAHHAN

COMITÉ ACADÉMICO

IGNACIO REBAUDI BASABILVASO - JOSÉ LUIS CASSINERIO - PATRICIO MARANIELLO



 EDITORES
FONDO EDITORIAL



REFLEXIONES SOBRE EL DERECHO A LA SALUD

DIRECTORES

MATÍAS FERNÁNDEZ PINTO

MARÍA JOSÉ FAUDA

COORDINACIÓN

MARÍA AMELIA EXPUCCI

PABLO ORDÓÑEZ

SILVINA ANDREA BRACAMONTE

COMITÉ ACADÉMICO

IGNACIO REBAUDI BASAVILBASO

JOSÉ LUIS CASSINERIO

PATRICIO MARANIELLO

TOMO II

2023

 EDITORES
FONDO EDITORIAL

Reflexiones sobre el derecho a la salud / Compilación de Matías Fernández Pinto ; María José Fauda ; Coordinación general de María Amelia Expucci ; Pablo Ordoñez ; Silvina Andrea Bracamonte. - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : IJ Editores, 2023.
304 p. ; 15 x 23 cm.

ISBN 978-631-302-004-1

1. Derecho a la Salud. I. Fernández Pinto, Matías , comp. II. Fauda, María José , comp. III. Expucci, María Amelia , coord. IV. Ordoñez, Pablo, coord. V. Bracamonte, Silvina Andrea , coord.

CDD 340.1

Las posturas doctrinarias expresadas en los artículos aquí incluidos son de exclusiva responsabilidad de sus autores y no necesariamente reflejan los puntos de vista de la Editorial, la Institución, los Directores ni del Comité Editorial.

Se prohíbe la reproducción total o parcial
de esta obra sin la autorización expresa.

IJ International Legal Group

Dirección y correspondencia: Lavalle 1115 - PB,
Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina

CP: 1048

TE: +54 011 5276-8001

Impreso en Argentina

Derechos reservados por la Ley N° 11.723

AUTORIDADES DE LA AMFIN

PRESIDENTE

Marcelo Gallo Tagle

VICEPRESIDENTE ESTAMENTO JUECES

Mariano Llorens

VICEPRESIDENTE MP FISCAL

Fabiana León

VICEPRESIDENTE MP DEFENSA

María Fernanda López Puleio

VICEPRESIDENTE FUNCIONARIOS

Agustín Dávila Marks

SECRETARIO GENERAL

Marcelo Peluzzi

PROSECRETARIA GENERAL

Jimena Monsalve

TESORERO

Leandro Gómez Constenla

PROTESORERO

Maximiliano Callizo

SECRETARIA DE ACTAS

Paula Castro

VOCALES

Alicia Braghini

Diego Stringa

Sergio Pinto

Nadia Sasowsky
Osvaldo Facciano
Manuel Pizarro
María Fernanda López Puleio
Mónica Cuñarro
Ariel Ovelar
Adriana Valinotti
Rosalía Romero
Jorge Di Lorenzo
Graciela Monseti
Patricia Russo
Enrique Comellas
Gabriel González Da Silva

REVISORES DE CUENTAS

Federico Calvete
José Fabián Asís
María Alejandra Provítola

AUTORIDADES COMISIÓN DE REVISTA Y BIBLIOTECA

PRESIDENTA

María Amelia Expucci

COORDINADOR

Pablo Ordoñez

ÍNDICE

Prefacio

MARCELO GALLO TAGLE..... 9

Prólogo

MARÍA JOSÉ FAUDA | MATÍAS FERNÁNDEZ PINTO | MARÍA AMELIA
EXPUCCI..... 11

Obras sociales provinciales: ¿Competencia federal o local?

El nuevo enfoque de la Corte Suprema de Justicia de la Nación
EDUARDO ÁVALOS..... 17

Fertilización asistida. Criopreservación. Embriones no implantados.

Su regulación, evolución de la jurisprudencia y desarrollo de la doctrina
SILVINA ANDREA BRACAMONTE..... 29

Subrogación de vientre. Pautas de ponderación. Aspectos bioéticos

JOSÉ LUIS CASSINERIO..... 53

Personas mayores en el amparo de salud. El rol del Ministerio Público Fiscal.

Situaciones problemáticas y la construcción de un sistema real de acceso
a la justicia y tutela de sus derechos
ALBERTO CUEVAS..... 73

El trámite del amparo de salud

SANTIAGO DÍAZ CAFFERATA..... 95

Los honorarios en los amparos de salud

EMILIO SANTIAGO FAGGI..... 113

Reflexiones sobre la Ley de Respuesta Integral al VIH.

Un cambio de paradigma necesario
GUILLERMO M. GARONE..... 125

Amparos de salud, razonabilidad, seguridad y eficacia de la prescripción médica. Controversia. Intervención del Cuerpo Médico Forense	
MARÍA CRISTINA INTERLANDI MAURICIO GODOY.....	139
Ley 26.743: identidad de género y prestaciones de salud	
MERCEDES MAQUIEIRA.....	153
El rol del juez y las normas procesales en el Derecho “Salutífero”	
ALEJANDRO JORGE NOBILI.....	167
Uso medicinal del cannabis y sus derivados: Sistema convencional tuitivo del derecho a la salud. La incidencia del fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación	
PABLO ORDOÑEZ GUSTAVO NEBOZENKO.....	193
Trasplante de órganos: una mirada descriptiva con eje en la persona humana	
PILAR PINTO KRAMER.....	217
Las notificaciones electrónicas en los amparos de salud	
LUIS EZEQUIEL RECIO BOGNI.....	233
Dos cuestiones puntuales respecto del falseamiento u omisión en la declaración jurada en el contrato de salud	
CECILIA SARMIENTO.....	245
Migración internacional de niños, niñas y adolescentes, acceso a la salud y a los derechos humanos	
RICARDO MARCELO TAHHAN.....	267

PREFACIO

MARCELO GALLO TAGLE*

Tengo el agrado de presentar el Tomo II de *Reflexiones sobre el derecho a la salud*, una iniciativa de asociados y asociadas que han tomado con seriedad y responsabilidad el desarrollo y el debate de un tema de vital importancia para el ser humano.

En tiempos de pospandemia que dejaron en evidencia los defectos de los sistemas de salud en todo el mundo e incrementaron los litigios sobre el acceso a la salud y la obligación de los prestadores en el cumplimiento de las prestaciones de prácticas médicas, medicamentos, etc., la dirección de la obra, encabezada por **Matías Fernández Pinto** y **María José Fauda**, ha sabido captar la necesidad de continuar persistentemente con el debate de cuestiones que se suscitan cotidianamente en los tribunales con competencia en la materia. Su pasión y su compromiso no pueden dejar de ser valorados y son una muestra vital de la calidad de funcionarios con los que cuenta el Poder Judicial y los Ministerios Públicos.

La concreción de la obra no habría sido posible sin la labor de la Comisión de Revista y Biblioteca de nuestra Institución, que genera los espacios para la elaboración de contenidos de calidad y presta apoyo y colaboración, coordinando y asistiendo en este como en otros proyectos que nuestra Asociación ha venido elaborando. Por ello, quiero agradecer a la coordinación de la obra: **María Amelia Expucci**, **Pablo Ordoñez** y **Silvina Andrea Bracamonte** y a los/as integrantes de la Comisión.

Este agradecimiento a quienes silenciosamente trabajan día a día no es solamente mío, sino, estoy seguro, es un agradecimiento de todos nuestros/as asociados/as, quienes tienen las puertas abiertas para participar activamente en la elaboración de proyectos académicos y de todos/as aquellos/as que se verán be-

* *Presidente de la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional.*

neficiados con el material de consulta, que posee un valor agregado, la *expertise* académica de sus autores: la experiencia cotidiana en el manejo y la resolución de casos donde se pone en juego la salud.

El nivel académico de los trabajos que se desarrollan en esta edición está garantizado por un Comité Académico de especialistas que, como decía, también tienen como tarea cotidiana en tribunales la gestión y resolución de estos casos. Por ello, quiero agradecer a **Ignacio Rebaudi Basavilbaso**, **José Luis Cassinerio** y **Patricio Maraniello** por su desinteresada colaboración.

Por último, doy gracias a los verdaderos protagonistas de esta edición, los y las autores seleccionados: **Eduardo Ávalos** (magistrado de la Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba); **Silvina Andrea Bracamonte**, **José Luis Cassinerio**, **Mercedes Maquieira** y **Alejandro Nobili** (magistrados/as Juzgados Federales CABA); **Alberto Cuevas** (Secretario de Fiscalía, Lomas de Zamora, prov. de Bs. As); **Santiago Díaz Cafferata** (Secretario del Juzgado Federal, San Francisco, Córdoba); **Emilio Santiago Faggi** (Secretario de la Cámara Federal de Apelaciones de La Plata); **Guillermo M. Garone** (Defensor Público, Río Grande, Tierra del Fuego); **María Cristina Interlandi** y **Mauricio Godoy** (integrantes del Cuerpo Médico Forense, CSJN); **Pablo Ordóñez** y **Gustavo Nebozenko** (Defensor Oficial ante la Cámara Federal de Apelaciones de La Plata y Secretario de la DGN, respectivamente); **Pilar Pinto Kramer** (Prosecretaria Letrada de la Defensoría Oficial ante los tribunales de Córdoba); **Luis Ezequiel Recio Bogni** (Secretario Juzgado Federal, San Juan); **Cecilia Sarmiento** (Secretaria Juzgado Federal, Corrientes) y **Ricardo Marcelo Tahhan** (Secretario del Juzgado Federal, Santiago del Estero), quienes desarrollan distintas aristas de las problemáticas actuales que se debaten en los amparos de salud, salvaguardando la mirada federal y dando un pantallazo de lo que sucede en los distintos puntos del país.

También quiero agradecer a **IJ Editores** por acompañarnos en cada travesía que emprendemos desde esta AMFJN.

Por último, invito a todos a la lectura de esta nueva obra que, seguramente, será de mucha utilidad a asociados y asociadas en sus tareas cotidianas. Además, como siempre digo, los animo a participar activamente en las propuestas académicas que ofrece nuestra Institución, que se nutre día a día a través de trabajos como este y que fomenta el intercambio de opiniones en la búsqueda de la construcción de una Justicia cada día mejor.

¡Felicitaciones y muchas gracias!

PRÓLOGO

MARÍA JOSÉ FAUDA
MATÍAS FERNÁNDEZ PINTO
MARÍA AMELIA EXPUCCI

Nos resulta grato ofrecer este segundo número, el cual ha sido posible gracias al generoso aporte de quienes brindaron su tiempo y experiencia para hacernos llegar nuevas reflexiones sobre las temáticas vinculadas con el derecho a la salud. En el año de celebración de los cuarenta años de democracia, estamos lejos de hacer efectivos muchos de los derechos que declamamos. El derecho a la salud no resulta ajeno a este contexto, en tanto advertimos que, pese a estar protegido como derecho humano fundamental, carece en muchos casos de operatividad, aún ante la existencia en el orden interno, de regulaciones normativas claras en algunas materias. Una de las posibles, y seguramente numerosas, razones para que ello acontezca podría encontrar causa en la presencia de un accionar anómico de los diversos y múltiples actores destinados a cumplir esos mandatos legales, lo que gravita en un incremento de la litigiosidad, con aumento de costos y tiempos, que revictimizan a sectores vulnerables.

Carlos Nino, en “Un País al margen de la Ley”, refiere a ciertas situaciones de anomia o ilegalidad que producen ineficiencia social que, sin duda, afectan el desarrollo de una comunidad. Dice el autor que: “Hay anomia boba solo cuando la acción colectiva en cuestión se caracteriza por la inobservancia de normas y hay al menos una cierta norma que conduciría a una acción colectiva más eficiente en la misma situación”¹. Este tipo de ilegalidad o anomia produce una frustración colectiva, señala.

¹ NINO, Carlos S., “Un país al margen de la ley”, Emecé Editores S.A., 1992, Buenos Aires, Argentina, Segunda Edición, p.37.

Por otro lado, la salud como concepto complejo que presenta un gran dinamismo exige cada día con más énfasis una mirada interdisciplinaria y, por tal razón, nuestro enfoque, desde la arista jurídica, impone procesos ágiles y comprometidos con demandas que estos avances generan para posibilitar respuestas éticas, equitativas y justas a un sujeto vulnerable que debe ser tratado con dignidad, respeto por su autonomía y alto nivel de protección.

Estos datos dan cuenta de la necesidad de avanzar constantemente, acompañando esta realidad, y estamos convencidos de la alta responsabilidad que nos cabe, por lo que nos comprometemos de manera colectiva, compartiendo nuestro saber y hacer en pos de un aporte a la tarea de brindar justicia.

En esta edición el lector podrá profundizar en distintos temas de interés. Los autores acercaron sus ensayos, valiosos en contenido, sobre todo, porque brindan las diversas perspectivas que, desde los tribunales y/o Ministerios Públicos de diversos puntos del país y desde las diferentes labores, suman mérito a esta obra plural.

Sobre aspectos procesales, encontraremos los trabajos de **Eduardo Ávalos**, quien nos propone un detallado análisis de la competencia —federal y ordinaria— en materia de salud a la luz del fallo dictado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación el pasado 21 de diciembre de 2022, donde la Corte Federal revisó su doctrina y definió la competencia de los tribunales locales inherente a temas de salud en relación con las obras sociales provinciales. **Santiago Díaz Cafferata** desarrolla con mirada práctica el procedimiento de la acción de amparo, destacando un cierto margen de dificultad para los operadores. Con un detallado análisis jurisprudencial, invita a repensar las principales vicisitudes en el trámite de la ley 16.986 y su reinterpretación a partir de la reforma constitucional de 1994 y de los compromisos internacionales asumidos. **Luis Ezequiel Reccio Bogni** aborda cuestiones procesales y prácticas relativas a las notificaciones electrónicas en los amparos de salud, detallando minuciosamente la evolución de las normas en esta materia y la influencia de la pandemia por COVID-19, y la utilización de casilla de correo electrónico. **Emilio Faggi** analiza la temática de los honorarios en las acciones de amparo de salud y la posibilidad morigeratoria judicial por aplicación del artículo 1255 del CCyCN en casos de evidente desproporción. **Alejandro Nobili** trata metódicamente el rol del juez en los amparos de salud, las formas jurídicas y las relaciones de poder, haciendo un desarrollo del contexto actual de la salud en el marco del avance tecnológico,

la actividad legislativa, los costos de la salud y su distribución entre los subsistemas del “sistema argentino de salud”.

En lo relativo a derechos reproductivos y de género, **Silvina Andrea Brancamonte, José Luis Cassinero y Mercedes Maqueira** se abocan a desarrollar, detallando minuciosamente doctrina y jurisprudencia, el tema de la fertilización asistida, la criopreservación de embriones no implantados, la subrogación de vientres y los tratamientos hormonales desde una perspectiva de género, respectivamente.

Luis Alberto Cuevas se encarga de analizar el tratamiento de la internación de adultos mayores, el consentimiento, la judicialización, haciendo foco en la ley de salud mental. Hace hincapié en la importancia de la intervención del Ministerio Público Fiscal y de que el servicio de justicia se mantenga actualizado en el campo del derecho de las personas mayores.

Guillermo Garone realiza una comparación entre la antigua ley 23.798 y el texto de la nueva 27.675. Destaca la diversidad de los momentos históricos de ambas leyes, con un abordaje inicial de “luchar contra el SIDA”, enfoque que fue cambiando hacia el reconocimiento integral de una serie de derechos vinculados con las personas afectadas, lo que ha generado una positiva modificación de la postura estatal en torno al fenómeno. **María Cristina Iterlandini y Mauricio Godoy**, como médicos integrantes del Cuerpo Médico Forense, nos introducen en las funciones del organismo, sus problemáticas, el acceso y las normas que reglamentan su accionar.

Pablo Ordoñez y Nebozenco abordan un tema muy actual recientemente definido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo “Asociación Civil MACAME y otros”: el uso medicinal del cannabis y sus derivados. Los autores, de gran experiencia en el tema, participaron ante la CSJN representando a la Defensoría General de la Nación. Refieren que el fallo confirmó la importancia del cannabis para mejorar la salud de quienes lo necesitan, diferenció las situaciones de consumo medicinal y recreativo, y dejó claro que, en su faceta medicinal, el Estado debe estar presente. Destacan su valor de herramienta para un sistema que viene evolucionando en clave con la apertura y el reconocimiento de derechos vinculados con el goce del más alto disfrute de la salud en una necesaria interrelación entre las autoridades nacionales y las autoridades locales como modo de confluir en una mejor elaboración de políticas públicas encaminadas a la satisfacción del derecho a la salud mediante derivados del cannabis.

Pilar María Pinto Kramer nos introduce en la llamada “Ley Justina” y los procedimientos que regula para la donación de órganos. Destaca la importancia del fomento de la donación, el respeto por la dignidad humana, la autonomía de la voluntad y la solidaridad, a través de la introducción de la figura de “donante presunto rígido”, elevándose la tasa de donación para trasplantes. Propone reforzar los derechos que le asisten a la persona donante y destaca la importancia de que los juzgados y tribunales federales del interior del país pudiesen contar con equipos técnicos que, desde sus conocimientos científicos, puedan coadyuvar en una solución justa para los conflictos que se plantean.

Cecilia Sarmiento desarrolla dos cuestiones puntuales respecto del falseamiento u omisión en la declaración jurada en el contrato de salud: 1) cómo deben proceder las empresas de medicina prepaga ante un posible falseamiento u omisión en la declaración jurada del afiliado, y 2) cuáles deberían ser la/s consecuencia/s que podría/n generarse después de acreditada debidamente la mala fe del afiliado, teniendo en cuenta los derechos constitucionales involucrados y las características de consumo del contrato de salud.

Por último, **Ricardo Tahhan** visibiliza los derechos de la niñez en el contexto migratorio en el cual niñas, niños y adolescentes pueden enfrentar discriminación múltiple por motivos de edad, nacionalidad, y situación migratoria, con señalamiento de los instrumentos más relevantes del sistema universal y regional de derechos humanos. Entre los aspectos de la migración que suscitan mayor preocupación, señala la afectación de la salud física y mental de este sector vulnerable.

Como podrá apreciar el lector, los trabajos que se ofrecen en este segundo número dan cuenta de la fecunda labor que desde diversos aspectos colocan el acento en estos puntos, en procura de procesos judiciales que sean verdaderos instrumentos de protección sustancial y efectiva de los derechos.

Estamos muy contentos con esta nueva edición que nos llena de orgullo. Fruto de los y las autores que, en su agitada tarea cotidiana, han encontrado un espacio para compartirnos su conocimiento.

Nuestro agradecimiento al presidente de la Asociación, Dr. Marcelo Gallo Tagle, y a través de él a toda la Comisión Directiva de nuestra Institución que, este año, cumplió su 95mo. aniversario de servicio permanente y continuo a asociados y asociadas, por el acompañamiento y aliento cotidiano en la concreción de este proyecto. Y, por supuesto, a IJ Editores por confiar en nosotros y llevar a la luz este trabajo que con tanto esfuerzo se ha logrado.

A modo de cierre, es nuestro anhelo que el camino emprendido con estas reflexiones, desde el espacio de la Comisión de Revista y Biblioteca de la Asociación —a través del cual nos acompañamos, compartimos y enriquecemos nuestra labor diaria— siga despertando el interés de participar de quienes conformamos este grupo de personas en comunión vocacional por una mejor justicia.

OBRAS SOCIALES PROVINCIALES: ¿COMPETENCIA FEDERAL O LOCAL? EL NUEVO ENFOQUE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

EDUARDO AVALOS*

I. Introducción

La provisión del sistema de salud en nuestro país se encuentra dividida entre el sector de la seguridad social —que comprende a las obras sociales nacionales, provinciales y municipales, como además, las entidades creadas por leyes específicas como la Obra Social del Poder Judicial de la Nación, Fuerzas de Seguridad, Fuerzas Armadas, obras sociales universitarias y el PAMI—; el sector público, conformado por los hospitales y dispensarios estatales; y el sector privado, integrado por las empresas de medicina prepaga, las cooperativas, las mutuales, las asociaciones civiles y las fundaciones que prestan servicios de salud.

Es clara la competencia federal en relación con las obras sociales, empresas de medicina prepaga y afines, en cuanto agentes del seguro de salud en el marco de las leyes 23.660 y 23.661, en especial en función de lo dispuesto por el art. 38 de la ley referida en último término. La citada norma establece su sometimiento exclusivo a la jurisdicción federal (conf. Fallos: 315:2292; 323:3006 entre muchos otros), pudiendo renunciar a tal fuero cuando actúen como actoras. La materia federal de las leyes 23.660 y 23.661 está configurada por la instrumentación y la planificación de los servicios médico-asistenciales y por las prestaciones de salud que el Congreso de la Nación, a través de esas leyes, dejó a cargo de las obras sociales.

* Juez de la Sala "A" de la Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba. Doctor en Derecho y Ciencias Sociales (UNC). Especialista en Derecho Público (UNC) Especialista en Justicia Constitucional y Derechos Humanos (Universidad de Bolonia). Profesor Universitario en las materias Derecho Administrativo y Procesal Administrativo (UNC).

Menos sencillo ha sido discernir la competencia inherente a temas de salud en relación con las obras sociales provinciales, las que claramente no integran el seguro nacional de salud por estar fuera del ámbito de las leyes 23.660 y 23.661, pero igualmente se ha considerado a su respecto la competencia federal en razón de la “materia” del pleito.

No obstante, el pasado 21 de diciembre de 2022, el Alto Tribunal, con un nuevo enfoque², ha establecido la competencia de los tribunales locales en esta cuestión, dando una vuelta de tuerca al problema. De esto nos ocuparemos en estas líneas.

II. La competencia federal. Algunas reflexiones

Recordemos brevemente que la jurisdicción federal es la facultad conferida al Poder Judicial de la Nación para administrar justicia en los casos, sobre las personas y en los lugares especialmente determinados por la Constitución. La Justicia Federal ejerce su función jurisdiccional en todos aquellos casos en que está en juego directo un interés federal. Ese interés federal encuentra su apoyatura, ya sea porque la materia en cuestión, las personas intervinientes o el territorio donde se producen los hechos tienen una incumbencia, relación o dependencia decisiva con respecto al orden o gobierno federal.

La competencia federal “en razón de la materia” procede cuando en la solución del pleito está en juego la aplicación del derecho federal, correspondiéndole ello a la justicia federal como principal custodio de su supremacía. Asimismo, el pleito debe tener una relación directa e inmediata con las normas federales implicadas, de manera que la decisión de aquel dependa fundamentalmente de las normas de ese carácter. Su propósito es afirmar las atribuciones del gobierno federal en las causas relacionadas con la Constitución, los tratados y las leyes nacionales —con la reserva hecha en el art. 75 inc. 12, así como lo concerniente a almirantazgo y jurisdicción marítima—.

En lo que aquí interesa podemos señalar que son “leyes federales” aquellas que se refieren a las materias delegadas por las provincias al Estado federal, como también las que hacen a la existencia u organización del Estado Nacional, o bien reglamentan la actuación de los órganos de poder establecidos por la Constitu-

² CSJN, Fallos 345:1496. CSJ 2758/2021/CS1 “G., M.P. c/ IOMA s/acción de amparo”

ción. Si una causa está regida directa e inmediatamente por una ley federal, debe radicarse desde su inicio ante un tribunal de esa naturaleza. Nuestro más Alto Tribunal ha sostenido que:

...Las cuestiones que conducen, en último término a la aplicación e interpretación de normas, reglamentos y decisiones concernientes a la estructura del sistema de salud implementado por el Estado Nacional, que involucra tanto a las obras sociales como a las prestadoras privadas de servicios médicos; relaciones que se hayan regidas o alcanzadas por normas federales, deben tramitar ante dicha jurisdicción “*ratione materiae*”³.

La competencia federal “en razón de las personas” está vinculada con las personas que intervienen como parte en el proceso. Aquí, por lo tanto, no interesa la materia, la naturaleza o la regulación que rige el pleito ni el lugar en que sucedieron los hechos. Lo que se tiene en cuenta es la investidura federal de alguna de las partes. Se basa en la calidad subjetiva o en la posición de las personas, lo que es elemento determinante de su atribución al conocimiento de los tribunales federales.

La competencia federal es excepcional, limitada, restrictiva y de orden público. No puede ser atribuida exclusivamente por acuerdo de partes, pero puede ser renunciada cuando lo es en función de la intervención de alguna persona aforada. La fijación de la competencia se determina en base a la pretensión esgrimida en la demanda, analizando el derecho que se invoca y la naturaleza de la relación jurídica involucrada (art. 5 del CPCN; Fallos: 328:73; 329:5514). Los jueces federales deben declarar de oficio la incompetencia de la justicia federal cuando —aún en cualquier etapa del pleito— adviertan que la causa no es de competencia federal. Sin embargo, este principio ha sido morigerado por la doctrina de la CSJN, en función del estado de avance de la causa, a fin de evitar una suerte de denegatoria de justicia. Así, se ha dicho que:

...la oportunidad para el planteamiento de cuestiones de competencia reconoce la limitación establecida por las correspondientes disposiciones procesales, pues sin perjuicio del carácter de orden público de las normas

³ Fallos: 330: 810

que reglan aquélla, debe tenerse presente que la misma condición tienen los preceptos legales que tienden a lograr la pronta terminación de los procesos, cuando no se oponen a ellos principios fundamentales que puedan impedirlo (Fallos 234:786, 256:780 y 307:569). Su fundamento radica en hacer prevalecer la seguridad jurídica y el principio de economía procesal, pues tienen igual carácter de orden público tanto las normas que reglan la competencia como los preceptos que tienden a lograr la pronta tramitación y terminación de los procesos (Fallos: 254:470; 261:291; 307:569; 311:621 y 324:2495).

También se ha determinado que:

...la oportunidad de los magistrados de origen para declarar su incompetencia sólo puede verificarse de oficio al inicio de la acción, o bien al tiempo de resolver una excepción de tal índole (Fallos: 311:621; 320:2023; 324:898, 324:2492; 328:4099; 329:2810, 329:4184; 340:221), y no luego de encontrarse las actuaciones en estado de dictar sentencia, ya que dicha situación importó la aceptación de su competencia para entender en la causa (Fallos: 330:1629; 340:221; 343:181). Ello reconoce fundamento tanto en la seguridad jurídica, como en la economía procesal (Fallos: 234:786; 256:580; 307:569; 308:607; 311:621; 311:2308; 329:2810, 340:221).

III. Las obras sociales provinciales: ¿Competencia federal o local?

En las provincias, a lo largo del tiempo se fueron creando obras sociales para atención médica de empleados públicos provinciales y municipales, activos o jubilados, extensiva a sus respectivos grupos familiares. Tienen sus regulaciones propias, a partir del dictado de una ley o un decreto provincial, y se financian con los aportes de trabajadores y empleadores, eventualmente con aportes de los gobiernos provinciales, constituyendo, por lo general, entidades descentralizadas con personería jurídica propia. Podemos mencionar, en la provincia de Buenos Aires, el Instituto de Obra Médico Asistencial de la Provincia de Buenos Aires (IOMA); en la CABA la Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires

(ObsBA); en la Provincia de Córdoba, la Administración Provincial del Seguro de Salud (APROSS); en Santa Fe, el Instituto Autárquico Provincial de Obra Social (IAPOS), entre otras.

Evidentemente, estas obras sociales no son agentes del seguro de salud, no están incluidas en el art. 38 de la ley 23.661, no integran de este modo el Sistema Nacional del Seguro de Salud. Se trata de litigios generalmente entablados por un vecino de una provincia contra uno de sus entes autárquicos, por lo que no se trata de un reclamo de naturaleza federal en razón de las personas (doct. del art. 116 de la Constitución Nacional, arts. 2 inc. 6 y 12 de la ley 48, y art. 111 inc. 5 de la ley 1893). Sin embargo, en los últimos años, prescindiendo de esta situación, se adjudicó la competencia federal en causas contra obras sociales provinciales, reclamándose prestaciones de salud, con el argumento consistente en que:

...incumbe estar a la doctrina según la cual los litigios que versan, en último término, sobre situaciones alcanzadas por reglas federales deben tramitar ante ese fuero por razón de la materia (Competencia CSJ 2542/2019/CS1, C. G., M. F. c/ IOMA s/ amparo, del 26/12/2019), entre muchos otros.

En esta línea, cabe destacar el fallo de la CSJN recaído el 12 de marzo de 2019, en autos “P. L., S. c/APROSS y otro s/amparo ley 16.986”, donde la actora en relación con la obra social estatal de la provincia de Córdoba perseguía, en lo esencial, que se condenara a APROSS a cubrir integralmente los tratamientos médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida de alta complejidad con ovodonación (FIV-ICSI), la medicación y las técnicas que sean necesarias y prescriptas por su médico para el éxito del tratamiento de fertilidad, según lo previsto en la resolución 201/2002 del Ministerio de Salud de la Nación, la ley 26.862 de Fertilidad Médicamente Asistida y su decreto, reglamentario 956/2013 y en los instrumentos internacionales con jerarquía constitucional. El Alto Tribunal, remitiéndose al dictamen de la Procuradora Fiscal, determinó la competencia federal, quien argumentó que:

...Más allá de la índole compleja de los contratos de medicina pre-paga que, como lo establece el arto 4 de la ley 26.682, abarcan as-

pectos propios del consumo, lo decisivo es que los asuntos relativos a la extensión de la cobertura que deben brindar estas entidades, así como otros prestadores del servicio de salud, me refiero también a los ámbitos públicos y de la seguridad social, hacen referencia a las obligaciones y derechos atinentes al campo de la salud. Conducen, en definitiva, a la aplicación e interpretación de normas, reglamentos y resoluciones concernientes a la estructura del sistema de sanidad implementado por Estado Nacional que involucra, entre otros, a prestadoras de servicios médicos como la demandada. Consecuentemente, entiendo que en el sub lite resulta aplicable el concepto rector sentado por el Alto Tribunal, entre otros, en los precedentes publicados en Fallos: 328: 4095 (“Kogan”); 329:1693 (“Joseph”) y 329:2823 (“Chacón”), donde se concluyó que los litigios que versan sobre situaciones jurídicas que —*prima facie*— se hallan regidas por normas de índole federal, como ocurre aquí con la ley 26.862 de Reproducción Médicamente Asistida, que es de orden público, con vigencia en todo el territorio de la República y que abarca a todos los prestadores del servicio de salud de los ámbitos públicos, de la seguridad social y privado (v. arts. 8° y 10 de la ley), y su decreto reglamentario 956/2013 (cf. Fallos: 338: 779 y causa CCF 004612/2014/C8001 “Yapura, Mónica Valeria y otro e/ I08E s/ amparo de salud”, dictamen del 6 de junio de 2017 y sentencia del 14 de agosto de 2018), deben tramitar ante dicho fuero *ratione materiae* (S.C.Comp. 903, “L. XLIX; G. de I., M. A. c/ ACA Salud s/ amparo”, sentencia del 14 de octubre de 2014; y CSJ 2597/2015/CS1, “G., M. del C. c/ ACA Salud s/ amparo”, dictamen del 7 de mayo de 2015; Fallos: 340:1660, entre otros)...

En un caso similar al anterior, la Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba insistió en la competencia local⁴, aún con posterioridad a aquel decisivo. Se había demandado al ente provincial —APROSS— reclamando por una prestación de fertilización asistida. Se dijo que:

⁴ CFed.Cba., Sala “A”, “B., M. D. y otro c/APROSS s/Leyes Especiales”, del 20/12/19.

...No se aprecia que el Estado Nacional sea parte en el proceso, ni se alega incumplimiento alguno emanado de su jurisdicción. Así las cosas y en el entendimiento que en los presentes obrados se encuentra en discusión el proceder de la obra social APROSS, sin encontrarse comprometidos intereses del Estado Nacional, ni en discusión su accionar, se considera que corresponde dirimir la pretensión ante los tribunales locales. Cabe agregar que siendo la APROSS —entidad creada por Ley 9722 y descentralizada del Poder Ejecutivo provincial, cuya función es organizar y administrar un seguro de salud para los habitantes de la provincia de Córdoba— y subsidiariamente la provincia de Córdoba, las encargadas directas de velar por el cumplimiento de las prestaciones que eventualmente, y en caso de corresponder la obligan frente al reclamo entablado por el actor, ello impide la intervención de la justicia federal en relación a las mismas, precisamente porque se discuten derechos y obligaciones que le son propias y atribuidas por la ley de su creación y que forman parte del orden jurídico provincial. Asimismo, la mencionada Obra Social en razón de ser una entidad autárquica provincial, no se encuentra incluida en el régimen de la Ley 23.660, no habiendo adherido al Sistema Nacional del Seguro de Salud de la Ley 23.661. Por otra parte, en el ámbito nacional, la Ley 26.862, de Acceso integral a los procedimientos y técnicas médicoasistenciales de reproducción médicamente asistida, obliga a las obras sociales y entidades en el marco de la Ley 23.660 e invita en su art. 10 a las Provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a sancionar, para el ámbito de sus exclusivas competencias, las normas correspondientes. Por ello, en la provincia de Córdoba, se sancionó la Ley No. 9695 que modificó la Ley 9277 (que crea el APROSS) y se dispuso su reglamentación mediante la Resolución No. 178/09 (B.O. 21/12/2009). Es decir, APROSS tiene su propia cobertura de fertilización conforme normativa provincial...

En suma, se consideró que la normativa provincial vigente establecía expresamente el principio de cobertura de tratamientos de fertilización asistida a fin de promover el desarrollo familiar de aquellos afiliados que acrediten las con-

diciones que establece la reglamentación, lo que permitió concluir que el conocimiento y la decisión de la causa correspondía a los jueces de la provincia, por no ser materia del pleito la ley 26.862.

No obstante, dado que la justicia local no aceptó su competencia, la Corte Federal resolvió el conflicto y ratificó la competencia de la Justicia federal, considerando que el proceso debía quedar radicado ante la justicia federal en razón de la “materia”, por estar en juego el estudio de las obligaciones impuestas por la ley 26.862 de Reproducción Medicamente Asistida:

...norma de índole federal y de orden público, con vigencia en todo el territorio de la República, que abarca a todos los prestadores de salud de los ámbitos público, de la seguridad social y privado (arts. 8 y 10 de la ley 26.862 y su dec. Reglamentario 956/2013) ...⁵.

Advertimos que, en su pronunciamiento, el Alto Tribunal no consideró el hecho puesto de resalto por la Cámara, consistente en que la provincia de Córdoba no había adherido a la ley de Fertilización Asistida y contaba con una reglamentación local propia. En esas condiciones la materia del pleito no podía ser federal.

IV. El nuevo enfoque de la CSJN

Recientemente, el pasado 21 de diciembre de 2022, la CSJN dio un giro en su jurisprudencia, abandonando la postura que consideraba de resorte de la justicia federal por la “materia” las causas por prestaciones de salud en contra de obras sociales provinciales⁶.

Se trató de un conflicto de competencia suscitado entre el Juzgado en lo Correccional de la ciudad de Tres Arroyos, Departamento Judicial de Bahía Blanca, y el Juzgado Federal de Necochea, ambos con asiento en la provincia de Buenos Aires, quienes se declararon incompetentes para intervenir en una acción de amparo promovido en contra del Instituto de Obra Médico Asistencial (IOMA), con el objeto de obtener la cobertura integral de un tratamiento indicado para

⁵ CSJN, “B., M.D. y otro c/ APROSS s/ leyes especiales”, del 24/9/2020

⁶ CSJN, Fallos 345:1496.

retrasar el avance de la esclerosis múltiple que padecía la accionante, solicitando como medida cautelar la entrega inmediata de la medicación “Interferon”. El dictamen del Procurador Fiscal ante la Corte reiteró la aplicación del criterio anterior, opinando que el caso correspondía al fuero federal en “razón de la materia”. Expresó que:

La situación así planteada encuentra suficiente respuesta en el pronunciamiento de esa Corte en los autos CSJ 1511/2021/CS1, “E.M.A. c/IOMA s/ amparo”, del 7 de octubre de 2021 —y sus citas—, a cuyos términos cabe acudir, en lo pertinente, por razón de brevedad (asimismo, CSJ 1140/2020/CS1, “S., A. M. c/ I.O.M.A. s/ amparo ley 16.986”, decisión del 29 de octubre de 2020, entre otros). Se dijo allí que los procesos que versan, en último término, sobre situaciones alcanzadas por disposiciones federales, deben tramitar ante ese fuero por razón de la materia (CSJ 89/2019/CS1, “B., S. T. c/ A.M.E.B.P.B.A. s/ amparo”, del 7 de marzo de 2019).

Apartándose del dictamen fiscal, el Alto Tribunal hizo un análisis exhaustivo de la temática que nos ocupa. Comenzó señalando, en relación con el tema de la competencia, que dicha contienda reconoce antecedentes jurisdiccionales que han recibido respuestas disímiles, por lo que invoca el ejercicio de la elevada misión que le incumbe de ser custodio de la Constitución Nacional en cuanto al resguardo de los derechos y garantías allí enunciados y a garantizar el respeto del federalismo como uno de sus principios cardinales, por lo que consideró que se imponía la necesidad de revisar la doctrina que, hasta entonces, había guiado la solución de estos asuntos. Enfatizó que la subsistencia y la proliferación de criterios encontrados en la materia perjudican la buena tramitación de los procesos judiciales y provocan un marcado dispendio jurisdiccional, demorando los procesos y que el esclarecimiento del punto encuentra su justificación en el caso concreto en pos del afianzamiento de la seguridad jurídica y del respeto por las autonomías provinciales.

Luego de esta introducción, el Tribunal se preguntó si se estaba en presencia de un supuesto de competencia federal en razón de las personas. Evaluó que se trataba de un litigio entablado por una persona que posee domicilio real en la ciudad de Tres Arroyos, provincia de Buenos Aires, contra su obra social pro-

vincial IOMA, una entidad autárquica local que regida por la ley provincial 6982, que no se encuentra incluida dentro del Sistema Nacional de Seguro de Salud previsto por la ley 23.661, ni inscrita en el Registro Nacional de Obras Sociales creado por la ley 23.660 (conf. arts. 15 y 38 de la ley 23.661, y 1, 6 y 27, inc. 4, de la ley 23.660). Puso de resalto que, habiéndose limitado el reclamo de la cobertura médica a dicha entidad autárquica local, no se advertía elemento alguno que determinara la intervención del fuero de excepción por la razón señalada.

Descartada la competencia federal en “razón de las personas”, abordó el interrogante acerca de si se trataba de un supuesto de competencia federal “en razón de la materia”, aspecto que tampoco consideró configurado. Para llegar a esa conclusión tuvo en cuenta que no se apreciaba que, en forma directa e inmediata, se encontrara en juego la aplicación e interpretación de normas de carácter federal de modo que la solución de la causa dependiera esencialmente de ello, toda vez que la pretensión, en definitiva, se dirigía a procurar la prestación que, según estimó la peticionante, correspondía que la entidad autárquica local demandada le otorgara en función de la normativa provincial que la rige en su ámbito territorial de aplicación, para cuya resolución se imponía el examen del ordenamiento provincial pertinente. Destacó que el respeto del sistema federal y de las autonomías provinciales exige que se reserve a los jueces locales el conocimiento y la decisión de las causas que versen, en lo sustancial, sobre aspectos propios del derecho provincial, sin perjuicio de que las cuestiones federales que también puedan comprender esos pleitos sean susceptibles de adecuada tutela por la vía del recurso extraordinario previsto en el art. 14 de la ley 48. Finalmente, remarcó la necesidad de impedir que se desnaturalice la jurisdicción de los jueces federales, convirtiéndolos en magistrados del fuero “común”, ordenando la radicación de la causa ante el juzgado provincial.

V. Conclusiones

Resulta auspicioso que la Corte Federal haya revisado su propia doctrina, como lo señala en el fallo en comentario, determinando claramente que las demandas por prestaciones médico asistenciales promovidas en contra de las obras sociales provinciales no corresponden a la justicia federal. En efecto, como quedó evidenciado, se ha puesto claridad a un tema que generó pronunciamientos con-

tradictorios y que además recargó de causas a los tribunales federales quienes, en la mayoría de los casos, para resolver los reclamos respectivos, tuvieron que aplicar la legislación local, ya que las obras sociales provinciales, por lo general, se manejan con reglamentaciones propias. De esta manera, se afianza el sistema federal, en respeto por las jurisdicciones locales, ya que aquel exige que sean los jueces locales los que intervengan en las causas de esta naturaleza.

También es una manera de evitar que se sigan suscitando conflictos de competencia por estas cuestiones, con la dilación de los procesos en un tema que requiere urgente respuesta jurisdiccional.

**FERTILIZACIÓN ASISTIDA. CRIOPRESERVACIÓN.
EMBRIONES NO IMPLANTADOS.
SU REGULACIÓN, EVOLUCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA
Y DESARROLLO DE LA DOCTRINA**

SILVINA ANDREA BRACAMONTE*

El objetivo de este trabajo es establecer la relación entre las tres prestaciones, su regulación, las diferentes interpretaciones y soluciones brindadas por la doctrina y la jurisprudencia, recorriendo las diferentes etapas por las que atravesó su judicialización hasta la actualidad.

Para esto tenemos que tener en cuenta que lo que comenzó como un reclamo general de cobertura de fertilización in vitro (FIV) con el tiempo se fue complejizando, producto del avance constante de la ciencia médica en cuanto a estudios y tratamientos relacionados, el reconocimiento amplio a la salud reproductiva y las personas que se encuentran amparadas por ese derecho.

Si bien las técnicas de reproducción asistida tuvieron una gran cantidad de proyectos de ley que nunca se concretaron en una norma, podemos afirmar que, con antelación a 2008, los reclamos judiciales sobre esta materia fueron prácticamente inexistentes.

En esa época se requería el dictado de medidas cautelares para compeler a las obras sociales y entidades de medicina prepaga a brindar la cobertura, las cuales, en un principio fueron rechazadas, con fundamento en el carácter restrictivo con el que debían apreciarse las medidas innovativas; en que se confundían con la solución a la que se pretendía arribar en la sentencia definitiva; en la celeridad que caracterizaba a los trámites de amparo —lo cual determinaba

* *Abogada (1992, UBA). Jueza titular del Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial No. 1 (2017). Tiene publicaciones nacionales e internacionales relacionadas con el Derecho a la Salud. Es docente de posgrado de seminario "Panorama Global de los Derechos a la Salud" de la Escuela de Abogados del Estado de la Procuración del Tesoro de la Nación.*

que no se verificaba el recaudo de peligro en la demora—; y en la falta de previsión expresa legislativa sobre las prestaciones reclamadas¹.

También se rechazaron coberturas de criopreservación y transferencia de embriones, considerándose que, por la complejidad de la tecnología, suponía una fuerte exigencia para los fondos solidarios y comunes y que solamente un marco legislativo era idóneo para contemplar todos los aspectos jurídicos y bioéticos involucrados².

Si bien los reclamos no eran masivos, fueron acrecentándose con el dictado de la Ley provincial No. 14.208 de 2010, que estableció la cobertura de fertilización en la provincia de Buenos Aires. En lo que hace a las sentencias definitivas, las pretensiones fueron admitidas, fundándose, en general, en que la salud reproductiva involucra la salud psicofísica³.

Se sostuvo que no corresponde efectuar una interpretación taxativa del PMO, que la mera alegación de que el sistema de salud pueda verse afectado no es apta, si no se constata que sea lo suficientemente significativa para ir en detrimento de todos los asegurados y que la trascendencia de los valores en juego determina que debe preservarse el derecho a la salud⁴.

En dichos pronunciamientos se observaron diversos alcances de las condenas, en tanto ordenaron la cobertura del 100 % de la prestación en forma ilimitada hasta lograr el embarazo, el otorgamiento de la prestación con cobertura integral, pero para uno o dos intentos, o bien imponer al prestador el pago del 50 % del tratamiento de fertilización in vitro, sin límites de intentos⁵.

Como podemos ver de este recorrido fueron fluctuantes las decisiones del poder judicial, siendo claramente la regulación la vía apta para dar cauce a las variadas soluciones de un reclamo que claramente iba acrecentándose a través de su judicialización.

Para ese momento ya había consenso en que se encontraba comprometido el derecho a la salud y, en el caso, específicamente la **salud reproductiva**, definiéndose que **“la imposibilidad de procrear es una deficiencia que puede afectar en forma real y efectiva la calidad de vida, ya que la salud reproductiva**

¹ CNFed. Civ. y Com., Sala I, causas 11174/08 del 12.2.09; 7955/08 del 23.12.08; 621/08 del 16.12.08; 8044/09 del 29.9.09; íd. Sala II, causa 8751/08 del 21.10.08.

² CNFed. Civ. y Com. Sala I, causa 7957/08 del 30.10.08.

³ CNFed. Civ. y Com. Sala I, causa 7957/08 del 30.10.08.

⁴ CNFed. Civ. y Com. Sala III, causa 3093/09 del 1.7.10.

⁵ CNFed. Civ. y Com. Sala III, causa 8179/10 del 7.10.10; íd. Sala I, causa 3578/10 del 12.7.13; íd. Sala III causas 6614/10 del 10.12.10 y sus citas; 3093/09 del 1.7.10.

involucra la salud psicofísica”, de modo que *las circunstancias por las cuales las personas peticionarias se ven impedidas de procrear representan un desmedro en su salud y, por ende, se constituyen como un derecho enteramente pasible de protección*⁶.

Entonces llegamos al dictado de la Ley nacional 26.862 de Fertilización Humana Asistida y su decreto reglamentario 956/13 que, si bien dio un marco normativo general a estas cuestiones, **no** provocó el cese de los reclamos, los cuales comenzaron a centrarse en la interpretación hecha por pacientes y prestadores sobre el alcance de esta regulación, por lo que vamos a detallar las controversias más relevantes, en cuanto a la referida interpretación de la norma.

Libre elección del paciente, del médico y/o institución para efectuar el tratamiento

En la gran mayoría de los reclamos que se judicializan, quien pretende la cobertura ya se encuentra en tratamiento con un médico o una institución especializada en fertilidad, por lo que invariablemente solicita que se ordene la prestación con ellos.

En un principio, y antes de la regulación, los agentes del seguro de salud no tenían entre sus prestadores a estos especialistas, porque claramente no era una cobertura regulada, entonces en la mayoría de los casos, cuando en la sentencia definitiva se hacía lugar al reclamo, se ordenaba que financien los tratamientos con estos médicos o instituciones, fundamentando esa decisión en que no habían puesto a disposición del afiliado prestadores propios que pudieran realizar los tratamientos.

Ahora bien, esta cuestión no quedó zanjada con la Ley 26.862 ni con su decreto reglamentario, que solo prevé la “creación de un registro en el que deben estar inscriptos los establecimientos sanitarios habilitados para realizar procedimientos y técnicas de reproducción médicamente asistida, quedando a cargo de la autoridad de aplicación los requisitos de habilitación” (art. 4 y 5 Ley 26.862).

Entonces, por un lado, es claro que los procedimientos solo pueden ser realizados en esos establecimientos habilitados pero, no habiendo una previsión

⁶ CNFed. Civ. y Com., Sala I, causa 621/08 del 16.12.08 y sus citas; íd. Sala II, causa 4525/15 del 13.10.15.

expresa sobre la libre elección del paciente, los tribunales interpretaron casi en forma invariable hasta la actualidad, tal como se hace con otras prestaciones, que el sistema no contempla —como principio— la libre elección de médicos y/o prestadores, sino que está estructurado en función de los profesionales e instituciones contratados por las obras sociales y/o empresas de medicina prepaga para la atención de sus afiliados.

En función de eso se decidió que el tratamiento debía realizarse en la institución elegida, solo en caso de que sea prestador de la demandada y cumpla con los recaudos de la normativa, agregándose que, de lo contrario, de accederse a los requerimientos de cobertura de los afiliados en instituciones no contratadas o a través de profesionales que no pertenecen al staff de la entidad asistencia, se desbarataría el sistema sobre el que se articula el funcionamiento de las obras sociales y entidades de medicina prepaga⁷.

Medicación

En relación con la medicación, la discusión tuvo eje en el pedido de cobertura del 100 %, mientras que los agentes de salud invocaban los distintos porcentajes de cobertura previstos para sus afiliados.

Respecto de esto se decidió que ni la ley 26.862 ni su decreto reglamentario establecen que su cobertura se pueda encontrar supeditada a los porcentajes reconocidos por cada obra social o empresa de medicina prepaga y, por el contrario, dispone la “...**cobertura integral** e interdisciplinaria del abordaje, el diagnóstico, los **medicamentos** y las terapias de apoyo y los procedimientos y las técnicas...” (*conf. art. 8 de la ley 26.862*), por lo que habitualmente, e interpretando esa cobertura integral prevista en la norma, se resolvió que la medicación debía ser financiada en un 100 % por los efectores⁸.

Este cuestionamiento quedó finalmente zanjado con el dictado de la Resolución 1045/18 del Ministerio de Salud de la Nación (BO 05/06/18), que establece expresamente que “...todo medicamento aplicado a cualquier tratamiento de reproducción médicamente asistida previsto por la ley 26.862, deberá ser

⁷ CNFed. Civ. y Com. Sala III, causa 7297/17 del 10.4.18 y sus citas; íd. causa 2876/18 del 13.7.18 y sus citas; Sala II, causa 7406/09 del 13.7.00; Sala I, causa 6711/20 del 10.3.21.

⁸ CNFed. Civ. y Com. Sala I, causas 6359/10 del 26.2.15; 906/15 del 12.4.16; íd. Sala II, causa 6464/13 del 27.2.15; íd. Sala III, causa 4206/14 del 21.4.15; 59707/14 del 13.5.15.

brindado con cobertura del ciento por ciento (100%) por los agentes obligados enunciados en el artículo 8 de dicha ley...”, por lo que en la actualidad no genera controversias⁹.

Extensión de la cobertura

Respecto de la extensión de la cobertura, el **art. 8 del decreto reglamentario 956/13** dispone que: “...una persona podrá acceder a un máximo de 4 tratamientos anuales con técnicas de reproducción médicamente asistida de “baja complejidad” y hasta 3 tratamientos de reproducción médicamente asistida con técnicas de “alta complejidad”, con intervalos mínimos de 3 meses entre cada uno de ellos...”.

Entonces, está claro que, por la redacción de la norma, los tratamientos de baja complejidad no generaron ningún tipo de discusión, y la controversia se centró en la cantidad de tratamientos de alta complejidad, en virtud de la interpretación contrapuesta efectuada por pacientes y agentes del seguro de salud de la letra del decreto reglamentario.

Sobre este punto, se decidió en una primera etapa que considerar que la cantidad de tratamientos establecidos en la norma era anual implicaba en la práctica un alcance casi ilimitado, que no resultaba compatible con el texto del decreto, con la naturaleza de la prestación y con la extensión reconocida anteriormente en otras jurisdicciones (*Leyes provinciales 14.208 de la provincia de Buenos Aires y 9695 de la provincia de Córdoba, y sus respectivas normas reglamentarias; Res. Gral. 450/09, Anexo I, provincia de la Pampa; y Res. 157 OSEP, provincia de Mendoza*), resolviéndose que la expresión “hasta 3 tratamientos” significaba el tope máximo que debía ser financiado¹⁰.

Ello finalmente dio lugar a un pronunciamiento dictado por la Corte Suprema de la Nación en la causa “YMV”¹¹, en el que estableció que los tres tratamientos de alta complejidad previstos por el decreto reglamentario deberán computarse de modo anual, y al fallo *plenario* dictado por la Cámara Civil y Co-

⁹ <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/resoluci%C3%B3n-1045-2018-311207/texto>

¹⁰ CNFed. Civ. y Com. Sala I, causa 3578/10 del 21.7.13; íd. Sala III causas 1601/15 del 30.6.15; 8314/10 del 16.9.14.

¹¹ CSJN “Y, M.V y otro c/ IOSE s/ amparo de salud” CCF 4612/14 del. 14.8.18.

mercial Federal en la causa “Gayoso”¹², en el cual se estableció como doctrina legal la siguiente: *“El límite a que alude el art. 8 del decreto 956/13 —reglamentario de la ley 26.862— en lo que respecta a la cobertura de los tratamientos de fertilización asistida con técnicas de alta complejidad, y que se encuentran determinados en número de tres para una persona, ha sido previsto de modo anual”*.

Edad

El tema de la edad hasta la que el agente del seguro de salud debía otorgar la cobertura también fue ampliamente discutido, considerando que no había una previsión normativa, a diferencia de lo que sucedía con algunas leyes provinciales que expresamente establecían un límite, de modo que las decisiones sobre este tema fueron fluctuando en función de los requerimientos que se hacían y ponderando las razones expresadas por el médico tratante en cuanto a la viabilidad del tratamiento.

Este punto también fue zanjado con posterioridad a partir del dictado de la Resolución 1044/18 del Ministerio de Salud (5.6.18)¹³.

En esta resolución, con fundamento en la evidencia científica nacional e internacional de la tasa de éxito demostrada por los TRHA, y los riesgos maternos y neonatales vinculados con la edad de embarazo de la mujer, se dispuso que **“... todo TRHA con OVULOS PROPIOS se realizará a la mujer de hasta 44 años de edad al momento de acceder a dicho tratamiento, salvo prescripción médica en contrario”**.

También que **“...todo TRHA con OVULOS DONADOS se realizará a la mujer de hasta 51 años de edad al momento de acceder a dicho tratamiento”**.

Y finalmente que **“...para el supuesto de que la mujer de entre 44 y 51 años de edad hubiera criopreservado sus propios óvulos antes de cumplir los 44 años, podrá realizar cualquier TRHA con dichos óvulos criopreservados”**.

Luego de la mencionada regulación y ante un cuestionamiento referido a la edad, porque la actora ya contaba con 51 años, se decidió que la cobertura debía ser otorgada durante todo ese período —esto es, 51 años completos hasta alcanzar la edad de 52 años—, momento a partir del cual cesaría la obligación de la prestadora¹⁴.

¹² CNFed. Civ. y Com. Plenario causa 1773/17 “Gayoso Carolina y otro c/ OSPJN s/ amparo de Salud” del 28.8.18

¹³ <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/resoluci%C3%B3n-1044-2018-311206/texto>

¹⁴ CNFed. Civ. y Com., Sala I, causa 142/20 del 23.12.20; íd. Sala II, causa 7677/21 del 2.5.22.

Donación de gametos/método ROPA —recepción de óvulos de la pareja—:

Este es uno de los temas que sigue generando mayores controversias. Los prestadores invocan que ese método no está contemplado en la normativa y destacan que, de acuerdo con la norma los “gametos donados”, deben provenir de bancos habilitados, no estando prevista la donación “en fresco”.

Aquí encontramos dos situaciones. Cuando se trata de una pareja heterosexual, en donde la mujer tiene infertilidad diagnosticada y el hombre aporta sus gametos, solo se requiere el consentimiento informado del hombre, y no existe discusión en cuanto a que deba excluirse del tratamiento y que los gametos deban provenir de un banco registrado.

¿Pero qué sucede cuando se trata de dos mujeres? En este supuesto, la jurisprudencia en forma mayoritaria —no unánime— admitió la cobertura en base al desarrollo que se efectúa a continuación.

En primer término se hizo mérito de que lo requerido debe ser encuadrado en lo dispuesto por el art. 8 de la ley 26.862 y art. 8 de su decreto reglamentario 956/13, que establecen la consecución de los tratamientos “...con gametos del cónyuge, pareja conviviente o no, o de un donante...”, como así también que “... si la donación se ha efectuado en un establecimiento diferente al de realización del tratamiento, el titular del derecho deberá presentar una declaración jurada original del establecimiento receptor del gameto o embrión en la cual conste el consentimiento debidamente prestado por el donante...”, disponiendo finalmente que “... la donación de gametos y/o embriones deberá estar incluida en cada procedimiento. La donación nunca tendrá carácter lucrativo o comercial...”.

A su vez, el mencionado artículo 8 dispone que la “autoridad de aplicación” al establecer criterios y modalidades de cobertura **“no podrá introducir requisitos o limitaciones que impliquen la exclusión debido a la orientación sexual o el estado civil de los destinatarios”**, y en la misma norma refiere a la “inseminación intrauterina, intracervical o intravaginal, con gametos del cónyuge, pareja conviviente o no, o de un donante”.

Entonces, cuando se trata de dos actrices mujeres, donde una de ellas, con los óvulos de la otra y el semen proveniente de un banco de donantes registrado en el ReFES, recurrirá a las técnicas de alta complejidad con el propósito de concebir, los Agentes del Seguro de Salud centraron sus cuestionamientos en que los óvulos que se donan no provienen de un banco de gametos registrado.

Sobre este punto se hicieron varias reflexiones. Por un lado, que en una pareja heterosexual el hombre que dona su gameto para la reproducción no tiene que pasar por el registro o aportar a la misma obra social que su pareja mujer. Ninguna valoración o interpretación contraria que se haga de la ley parece factible.

Partiendo de esa premisa, se interpretó que no había razón alguna que justifique exigir ese requisito a la mujer que está unida en pareja con otra mujer. En primer lugar, porque esa condición sería impeditiva para ejercer la voluntad procreacional para una pareja de mujeres, ya que el registro supone la no elección (o selección) de la persona que da el gameto.

En segundo lugar, porque la Resolución 1-E/2017 del Ministerio de Salud (B.O. 4-1-17)¹⁵ define el alcance de los tratamientos de alta complejidad referidos en el artículo 8 párrafo tercero del Anexo I al decreto 956/13 e incluye, en el caso de los realizados con ovocitos donados, la estimulación ovárica de la donante y la aspiración ovocitaria bajo control ecográfico, así como también la “estimulación endometrial receptora” (cfr. Anexo I, puntos c y d; Anexo II).

De este modo, está claro que si la cobertura de la estimulación ovárica y de la aspiración de ovocitos, así como de la estimulación endometrial de la receptora está contemplada en el caso del tratamiento con óvulos donados, no resulta razonable que no lo esté cuando los óvulos pertenecen a un integrante de la pareja que realiza conjuntamente el tratamiento de fertilización.

En función de estas circunstancias se decidió —con algunas disidencias específicamente en lo que hace a la CCCF— que, tratándose del aporte de gametos de un miembro de la pareja que presta el consentimiento informado de acuerdo a lo dispuesto por el art. 7 de la ley 26.862 para las TRHA y no hallándose involucrada la donación de ovocitos por una tercera persona ajena a la pareja, no resulta exigible la intervención de un banco de gametos inscripto en el REFES¹⁶.

Columnas de anexinas

En relación con el procedimiento de **selección espermática mediante columnas de anexinas**, salvo algunos rechazos iniciales por no estar prevista en la regula-

¹⁵ <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=270374>

¹⁶ CNFed. Civ. y Com. Sala III, causa 200/21 del 20.5.21; íd. Sala I, con voto en disidencia causa 2837/20 del 2.12.20; íd. Sala II causa 387/20 del 19.10.21.

ción, la jurisprudencia aceptó su cobertura con fundamento en que esa técnica es de instancia corriente cuando están dadas las indicaciones para ello, por lo que la prescripción del profesional luce razonable a efectos de la consecución de los fines previstos por la ley, con base en el principio de integralidad de la cobertura.

También se estableció que los métodos de selección espermática que realiza la Resolución 1-E/2017 del Ministerio de Salud (B.O. 4-1-17), al definir los procedimientos que componen los tratamientos de reproducción médicamente asistida con técnicas de alta complejidad (TRHA/AC) y la importancia de la prescripción del médico tratante, permiten interpretar que incluye aquellos tratamientos que en la actualidad son de uso y práctica, sin que se advierta algún elemento o valoración de entidad suficiente para excluir al de *columnas de anexina*¹⁷.

Más actualmente, la Cámara Civil y Comercial Federal volvió al rechazo primigenio sobre la base de un informe expedido por el Ministerio de Salud, en el cual se destacó que la selección espermática no se encuentra dentro de las prestaciones reguladas, ni incluida en la resolución 1-E/2017 Ministerio de Salud¹⁸.

Diagnóstico genético preimplantacional

Aquí encontramos otra de las técnicas que genera mayor debate. La cobertura del Diagnóstico Genético Preimplantacional (DGP) tuvo decisiones dispares, tanto con antelación al dictado de la ley de fertilización asistida (N° 26.862) como con posterioridad. Para su rechazo se consideró la inexistencia de un acto arbitrario, la falta de previsión legal y su carácter excepcional¹⁹.

Para su admisión se tuvo como fundamento la infertilidad invocada y cuestiones de salud debidamente acreditadas, que hacían necesaria la realización de ese estudio como parte del tratamiento²⁰, y también se ordenó su cobertura para

¹⁷ CNFed. Civ. y Com., Sala I, causa 2106/17 del 8.8.17 y 21.8.18; id. causa 7873/16 del 30.10.18; id. Sala II, causa 4243/16 del 21.2.17.

¹⁸ CNFed. Civ. y Com. Sala I, causa 7904/21 del 12.7.22, entre otras; Sala III causa 8710/21 del 28.6.22.

¹⁹ CNFed. Civ. y Com., Sala III, causa "AHCZ c/ Estado Nacional – Ministerio de Salud" del 25.2.10; id. "LSA c/ Hospital Alemán s/ amparo de salud" del 17.2.16

²⁰ CNFed. Civ. y Com., Sala II, causa 71142/13 del 26.9.13

el caso de pareja sin problemas de fertilidad que requirió el DGP ante una deleción cromosómica, la medicación para estimulación ovárica y la fecundación in vitro de los embriones no afectados por esa condición, con fundamento en que, si bien dicha técnica no está prevista en la ley 26.862 ni en su decreto reglamentario 956/13, debe darse prevalencia al derecho de toda persona de formar una familia, que está íntimamente conectado con el derecho a la salud²¹. Ahora bien, llegado este reclamo a conocimiento de la Corte Suprema de la Nación, decidió en la causa “L.E.H. y otros”, —confirmando el rechazo de la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Mendoza—, en primer término, la aplicación del principio rector referido a que los derechos de raigambre constitucional no son absolutos, sino que deben ser ejercidos con arreglo a las leyes que reglamentan su ejercicio, en la forma y extensión en que el Congreso, en uso de sus facultades propias, lo estime conveniente a fin de asegurar el bienestar general.

Luego de analizar el alcance de la cobertura de la ley de fertilización, advirtió que el DGP no aparece incluido dentro de las técnicas y procedimientos enumerados que los prestadores deben proporcionar con carácter obligatorio y que, aun cuando la regulación prevé incluir nuevos procedimientos y técnicas desarrollados mediante avances técnico científicos, el propio texto legal determina que esa alternativa solo es viable “*cuando sean autorizados por la autoridad de aplicación*”, situación excepcional en la que no se encuentra la técnica DGP.

También, como doctrina de importancia a seguir en casos análogos, se expidió expresamente sobre la calidad de Autoridad de Aplicación que incumbe al Ministerio de Salud de la Nación, sosteniendo que tiene por misión entender en la planificación global de las políticas del sector y en la coordinación e integración de sus acciones con las autoridades sanitarias de las distintas jurisdicciones y de diferentes entidades, a fin de implementar un sistema sanitario que cuente con suficiente viabilidad social en miras a la plena realización del derecho a la salud. Se agregó que a dicho Ministerio el legislador le ha conferido la responsabilidad de fijar los requisitos y que ello reconoce su fundamento en la especificidad de las facultades, competencias, técnicas y responsabilidades en materia de salud que despliega la cartera ministerial, de las que carecen, en principio, las estructuras correspondientes a otros departamentos del Estado, entre ellas, las del Poder Judicial. En función de ello, decidió que deviene inadmisibile

²¹ CFed. San Martín, Sala I, “GYS c/ OSDE” del 12.11.14.

que sean los jueces o tribunales quienes determinen la incorporación al catálogo de procedimientos y técnicas de reproducción humana autorizados, pues la misión de los jueces es dar pleno efecto a las normas vigentes, sin sustituir al legislador, ni juzgar sobre el mero acierto o conveniencia de las disposiciones adoptadas por los otros poderes en ejercicio de sus propias facultades²².

Por su parte, a partir del referido precedente, la jurisprudencia en forma invariable rechazó la cobertura tanto del DGP (Diagnóstico Genético Preimplantacional) como así también del PGT-A (Análisis Genético Embrionario), con fundamento en lo decidido por la Corte Suprema en la causa “L.E.H”, destacando que no existe norma alguna que avale su cobertura y que la manipulación de óvulos o embriones, con el fin de evitar trastornos genéticos, importa complejos y delicados debates legales y éticos que trascienden la mera técnica de fertilización asistida²³.

Criopreservación de embriones

Por último, en relación con la criopreservación de embriones y mantenimiento anual reclamados, en primer término, fueron rechazados con fundamento en que la criopreservación de embriones y ovocitos, su mantenimiento y los gastos de descongelamiento, no se desprenden claramente de los términos de la ley, cuyo alcance no había sido establecido por la autoridad de aplicación²⁴.

Luego de los rechazos decididos inicialmente, se resolvió acceder a los reclamos sobre el particular, considerando que el art. 2 del decreto 956/13, dispone que: “...se entiende por técnicas de alta complejidad ...la criopreservación de ovocitos y embriones”. Por su parte, el art. 8 de la ley establece que “...También quedan comprendidos en la cobertura prevista en este artículo, los servicios de guarda de gametos o tejidos reproductivos, según la mejor tecnología disponible y habilitada a tal fin por la autoridad de aplicación para aquellas personas, incluso menores de 18 años que, aun no queriendo llevar adelante la inmediata consecución de un embarazo, por problemas de salud o por tratamientos médicos o intervenciones quirúrgicas puedan ver comprometidas su capacidad de procrear en el futuro...”

²² CSJN 3732/2014/RH1 “L.E.H. y otros c/ OSEP s/ amparo” del 1.9.15, Fallos 338:779

²³ CNFed. Civ. y Com., Sala III, causa 8710/21 del 28.6.22; *id.* causa 5111/21 del 25.3.22; *id.* Sala II, causa 8115/20 del 11.3.21; *id.* Sala I, causa 197/22 del 5.5.22; *id.* 9086/17 del 21.12.17

²⁴ CNFed. Civ. y Com. Sala I, causa 3578/10 del 12.7.13; *id.* Sala III, causa 7266/10 del 5.8.11

En función de ello, actualmente no se encuentra discutido que la norma prevé la criopreservación, pero sí genera cuestionamientos el alcance de esa cobertura en el tiempo, habiéndose decidido que, si bien es cierto que eso no ha sido aún establecido por la autoridad de aplicación, también lo es que se encuentra holgadamente vencido el plazo para la reglamentación fijado en la norma, de modo que dicha omisión no puede invocarse en detrimento de los derechos de la parte actora.

A partir de esta premisa se adoptaron soluciones diversas, que fueron desde la orden de cobertura y el dictado de la medida cautelar, y mientras dure el proceso, sin perjuicio de lo que pudiere decidirse en la sentencia definitiva²⁵; hasta tanto se cumplieran los tres tratamientos de alta complejidad ordenados, fijando como límite un lapso que no podía exceder los tres años²⁶; o fijando como límite de cobertura un lapso que no excediera de los dieciocho meses²⁷ y actualmente, luego del dictado del fallo de la Corte Suprema de la Nación que estableció que los tres tratamientos de alta complejidad previstos por la norma, deberán computarse de modo anual, se observan fallos que disponen que la criopreservación debe ser sufragada por la obra social o EMP por el término de cinco años contados a partir de su extracción, en sintonía con los plazos fijados por las leyes dictadas en Francia, Inglaterra, Islandia y Brasil y con los que los proyectos de ley (*no sancionados*) se presentaron en el orden nacional²⁸. Finalmente, también se decidió que el límite está dado por la edad prevista por la norma hasta la cual debe el agente de salud brindar la prestación de fertilización asistida (Res. 1044/18), momento a partir del cual su cobertura quedará a cargo de la parte actora²⁹.

Embriones NO implantados

Ya hicimos un recorrido por la regulación de los Tratamientos de Reproducción Humana Asistida y por cuáles son los reclamos que habitualmente se judicializan, y finalizamos con la criopreservación de embriones que, en el marco de un

²⁵ CNFed. Civ. y Com. Sala II, causas 4243/16 del 21.2.17; íd. causa 2723/15 del 23.3.16

²⁶ CNFed. Civ. y Com., Sala I, causa 4918/14 del 6.8.15

²⁷ CNFed. Civ. y Com., Sala I, causa 4612/14 del 24.9.15; íd. Sala III, causa 7080/21 del 28.6.22

²⁸ CNFed. Civ. y Com., Sala I, causa 6266/18 del 20.5.22; íd. Sala II, causa 10483/18 del 6.5.22

²⁹ CNFed. Civ. y Com., Sala II, causa 11776/21 del 16.3.22; íd. Sala III, causa 2807/17 del 14.6.22

amparo sobre cobertura de este tipo de tratamientos, no ha generado mayores discusiones que las detalladas.

Pero, sin duda, es de importancia detenerse en la cuestión relativa a los “embriones no implantados”, por el nivel de conflictividad que se observa tanto en la doctrina como en la jurisprudencia.

Entonces, ya vimos que, en muchos casos, cuando se prescribe un tratamiento de reproducción asistida y en función de la o las patologías de infertilidad que tienen quienes reclaman, el médico tratante solicita la criopreservación de embriones para futuras transferencias, lo cual, como ya dijimos, es aceptado con diverso alcance de cobertura en el tiempo, quedando esos embriones en las instituciones autorizadas para su guarda.

¿Qué sucede cuando ya no hay voluntad procreacional?

Esta situación puede presentarse, entre otros motivos, porque la pareja ya no tiene cobertura de su agente de salud para realizar el tratamiento; por haber alcanzado la mujer la edad indicada en la norma; porque la pareja toma la decisión de no tener más hijos; porque no tienen capacidad económica para solventar la guarda de los embriones; o bien por haberse disuelto el vínculo que los unía.

Ante estas situaciones se presenta la cuestión del “destino de los embriones”, que no ofrece mayores cuestionamientos cuando la pareja decide su donación para “investigación” o su donación para “implantación o transferencia en otra mujer”, lo cual generalmente es acordado con la institución que tiene la guarda a través de un contrato.

Ahora bien, se presenta una situación muy diferente cuando se pretende el “descarte de los embriones” o “interrupción de la criopreservación”, lo cual llevó a las posturas diametralmente opuestas.

Naturaleza jurídica del embrión no implantado. Doctrina que lo considera “persona”

A partir del art. 19 del CCyC, que establece que “la existencia de la persona humana comienza con la concepción”, parte de la doctrina sostiene que la redacción inicial de ese artículo 19 proyectaba dos momentos de inicio de la persona,

estableciendo que en los casos de TRHA comenzaba con la implantación. Pero justamente eso fue eliminado del texto final, entendiéndose que deliberadamente se quiso evitar que haya “dos momentos” para el inicio de la vida, ya que sería contrario al principio de igualdad, pues sería discriminar según el lugar de concepción.

A ello se suma el argumento de que la redacción final quitó la referencia que hacía el Código anterior a “seno materno” y que el artículo 19 debe ser necesariamente considerado juntamente con el art. 17 que se refiere al cuerpo humano, entendiéndose como “cuerpo” al que surge en el momento de la fecundación del óvulo con el espermatozoide, y el art. 57 que prohíbe “toda práctica destinada a producir una alteración genética del embrión que se transmita a su descendencia”.

A su vez, esta parte de la doctrina entiende que resulta errónea la invocación del fallo “Artavia Murillo vs. Costa Rica”, en el cual la CIDH sostuvo que “el embrión no puede ser entendido como persona a los efectos del art. 4.1 de la Convención Americana”, pues en esa sentencia la Corte Interamericana explícitamente excluyó la consideración del problema de los embriones crioconservados, discutiendo únicamente la prohibición de la fecundación in vitro en el país demandado (considerandos 129, 134 y 135).

Entonces, este desarrollo argumental sostiene que el “embrión es una persona” en los términos del CCyC, que los embriones están vivos y son de la especie humana, lo cual requiere de especial protección, cuestionando que, si el estatus que corresponde otorgarles no es el de personas, se convertirían en “cosas” y, si así fuera, no habría necesidad de recurrir a una autorización judicial para su descarte.

Bajo estos lineamientos, se afirma que esos planteos (autorizaciones judiciales) son contrarios a la dignidad humana y que el legislador debe en forma urgente tomar medidas restrictivas frente a la generación de embriones in vitro y su congelación^{30 31 32}.

³⁰ BACH DE CHAZAL, R. “Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica. Un revés para el derecho” El Derecho diario. T. 252-739 29.5.13, cita IJ-DCCLXXIII-874
LAFERRIERE, J. “Sentencias judiciales que ordenan descartar embriones humanos: un retroceso en la protección de derechos” 8.11.19 cita MJ-DOC-15108-AR / MJD15108

³¹ BORDA, G., SIMONE, M. “Persona humana. Situación jurídica de los embriones no implantados” Revista de Derecho Civil No. 5. 22.12.16, cita. IJ-CCLII-721
COSSARI, M., “Fecundación in vitro: la aplicación del principio precautorio para la protección de embriones no implantados” El Derecho – Diario t. 267-699 20.4.16 cita IJ -DCCLXXV-547

³² CABEZAS, M. “Estatus Jurídico del embrión” SAJJ. www.sajj.jus.gov.ar ID SAJJ DAOC050051

Naturaleza jurídica del embrión no implantado. Doctrina que NO lo considera “persona”

La doctrina contraria entiende que la “concepción”, cuando se trata de TRHA, acontece cuando el embrión in vitro es “implantado” en la persona, afirmando que eso respeta los derechos humanos efectivizados a través de las TRHA, como así también la diversidad, la pluralidad, la igualdad y la no discriminación, principios a partir de los cuales las personas pueden ejercer sus derechos sexuales y reproductivos, logrando alcanzar el proyecto familiar elegido en un marco de respeto por la autonomía de la voluntad.

Afinca su postura en el fallo de la CIDH “Artavia Murillo”, cuya jurisprudencia estima obligatoria para la Argentina so pena de incurrir en responsabilidad internacional (CSJN fallos Mazzeo, Videla etc.), donde considera que la noción de “concepción” que menciona el art. 4.1. de la Convención Americana de Derechos Humanos acontece en los TRHA cuando el embrión es implantado en la mujer, concluyendo que el “embrión no puede ser entendido como persona” a los efectos de la Convención.

Por otra parte, sostiene que, si bien la segunda frase del anteproyecto del art. 19 del CCyC fue suprimida, el texto debe ser relacionado con el art. 20, que vincula la concepción a la época de duración del embarazo; con el art. 21, que establece que todo derecho u obligación del concebido o implantado en la mujer, queda sujeto al nacimiento con vida; con el art. 560, que establece la necesidad de que el consentimiento sea renovado ante cada procedimiento de reproducción humana asistida, y con el art. 561, que dispone que ese consentimiento puede revocarse libremente mientras no se haya producido la concepción en la persona o la implantación del embrión.

Además, expresa que eso se ve reforzado con la disposición transitoria segunda, que establece que **la protección del embrión no implantado debe regularse en una ley especial, esto es, por fuera del CCyC**, sosteniendo que ello avala la postura de no considerar “persona” al embrión, ya que, de lo contrario, no podría por fuera del cuerpo normativo que tiene como eje central la persona humana.

En otro orden, establece que debe considerarse la ley de fertilización asistida No. 26.862 y su decreto reglamentario 956/13, en tanto permiten la criopreservación de embriones, la donación de embriones y la posibilidad de revocar el consentimiento hasta antes de la implantación del embrión en la mujer, lo cual

implica presuponer que el embrión no implantado NO ES PERSONA, ya que, de lo contrario, no podría permitirse legalmente ninguna de esas circunstancias.

En función de esta línea argumental, sostiene que debe admitirse como “válido” legalmente proceder al descarte como una opción más (junto con la utilización para futuros tratamientos, la donación a otra persona, como así también para investigación) al momento de decidir el destino de los embriones no implantados.

Finalmente, afirma que la protección de la que habla el CCyC fue delegada a la ley especial, que aún no se aprobó, por lo que las diferentes fuentes jurídicas son coincidentes en concluir que la persona humana comienza, en el caso de los TRHA, cuando el embrión se implanta en el útero de la persona³³³⁴.

Estatus jurídico del embrión no implantado. Jurisprudencia que lo considera “persona”

Sobre la base de estas mismas posturas doctrinarias, la jurisprudencia tampoco es uniforme en los casos en que se requirió autorización judicial para la interrupción de la crioconservación.

En un caso, se decidió que los peticionarios **no** necesitaban autorización judicial para disponer el cese de la crioconservación de embriones originados con técnicas de reproducción asistida, por lo que debían ocurrir por la vía correspondiente para la resolución del contrato celebrado, decisión que fue revocada por la Cámara Civil en función de los siguientes argumentos:

* El reconocimiento del comienzo de la existencia de la persona humana desde su “concepción”, así entendido por la CADH, la Convención de los

³³ LAMM, E. “El status del embrión in vitro y su impacto en las técnicas de reproducción humana asistida. Aclarando conceptos para garantizar derechos humanos” La Ley 2015-C 20.5.15 cita online AR/DOC/1297/2015

BLADILLO, Agustina “El status jurídico del embrión no implantado” 3/2017 <https://salud.gob.ar/dels/entradas/el-status-juridico-del-embrión-no-implantado>

³⁴ KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., LAMM, E., HERRERA, M. “La mirada legal; el estatuto del embrión no implantado” *Aesthethika*, vol. 10 julio 2014 https://www.aesthethika.org/IMG/pdf/aev10n1_11_kemelmajer_lamm_herrera_la_mirada_legal_el_estatuto_del_embrión_no_implantado.pdf

HERRERA, M. “Texto y contexto de la noción de persona humana en el Código Civil y Comercial desde una perspectiva sistémica” 13.7.18 LaLey AR/DOC/1258/2018

VITTOLA, L. “Un debate que aún sigue abierto: la naturaleza jurídica del embrión no implantado” Thompson Reuters cita online AP/DOC/415/2017

Derechos del Niño, la ley 24.901 de discapacidad y la ley 24.714 de asignaciones familiares. A su vez, con apoyo en lo decidido por la CS en fallos 330:2304 sobre las personas “por nacer” como una de las especies jurídicas del género persona.

* Lo dispuesto por el art. 19 del CCyC “comienzo de la existencia”, NO diferencia la condición jurídica del embrión implantado del no implantado. Solo menciona la concepción. Destaca que en el anteproyecto sí se distinguía (la existencia de la persona humana comienza con la concepción en el seno materno y en el caso de TRHA comienza con la implantación del embrión en la mujer), pero la versión final suprimió este párrafo, *lo cual da la pauta que el legislador no quiso hacer diferencia según el lugar donde se encuentra el embrión.*

* Que no obsta a esa interpretación la existencia de normas que regulan la época del embarazo, el nacimiento con vida o el consentimiento informado en las TRHA, no solo porque atienden a esas cuestiones particulares, sino porque aun cuando puedan presentar cierta discordancia a raíz del cambio efectuado en el art. 19, *no puede soslayarse que la modificación efectuada en la norma específica que trata el comienzo de la existencia de la persona da cuenta de la intención del legislador.*

* Que la Cámara Civil ha expresado que en nuestro ordenamiento legal y constitucional *todo ser humano es persona y lo es desde su concepción, sea en el seno materno o fuera de él; que el concebido fuera del seno materno debe ser considerado persona para el derecho; y también con apoyo en lo decidido por la CS en Fallos 325:292, donde sostuvo que “la vida comienza con la fecundación”.*

* Que si bien es cierto que si un embrión nunca lograra implantarse en el útero no podría desarrollarse, no lo es menos que eso podría predicarse respecto del recién nacido abandonado a su completa suerte, pero nadie dudaría de la protección que merece.

* Que es cierto que la CIDH intérprete de la CADH consideró que la concepción en el sentido del art. 4.1. de la Convención tiene lugar desde el momento en que el embrión se implanta en el útero, pero ello NO impide aplicar la protección más amplia dada por el derecho argentino (conf. art. 29 CADH; art. 5 PIDCiv.yPolíticos), que no constituye una limitación irrazonable del derecho de los peticionarios a acceder a los métodos de fecundación asistida.

* Que el CCyC dispone que la protección del embrión no implantado será objeto de una ley especial. Si bien esa ley no fue dictada, no parece que la intención del legislador de “protección” pueda coincidir con su “destrucción”.

* Que esa previsión legal es apropiada a la dignidad que corresponde a un nuevo ser de la especie humana aun cuando todavía no se lo considere persona, por lo que el embrión sea originado en técnicas de fecundación humana asistida o no, detenta condición de humanidad y no es razonable considerarlo una “cosa”.

* Que la ley 26.862, anterior al CCyC, tiene por objeto garantizar el acceso integral a los TRHA “para la consecución del embarazo” y no prevé en modo alguno la “destrucción de embriones”.

* Que no se trata de impedir los métodos de fecundación asistida sino de NO avalar el descarte de embriones, por lo que se impone la aplicación del principio precautorio, el cual ante situaciones de incertidumbre científica manda evitar los daños graves e irreversibles, como los que tendrían lugar con la destrucción requerida.

En función de estos argumentos, se consideró que la negativa a la autorización no genera una restricción desproporcionada a los derechos de los actores y responde a la protección que a ellos les corresponde³⁵.

Estatus jurídico del embrión no implantado. Jurisprudencia que NO lo considera “persona”

En el caso, la Jueza de primera instancia rechazó el pedido de autorización para interrumpir la criopreservación de embriones que se encontraban bajo la guarda de la clínica P. y poner fin a la relación contractual con esa institución. Esta decisión fue revocada por la Cámara Civil con los siguientes fundamentos:

* Que no existía contradicción entre las partes y P., por lo que debía abordarse la cuestión desde la óptica del cese del vínculo contractual que las unía bajo dos órbitas. Por un lado, los términos del contrato, por otro, qué derechos conculca la finalización del contrato para que sea necesaria la autorización judicial, cuando no ha mediado contradictorio.

³⁵ CNCivil, Sala G, causa “R.G.A. y otro s/ autorización” del 9.4.21.

* Se analizó el contrato que, en lo pertinente, establecía que “en caso de no desear la transferencia en nuestra pareja, nosotros (la pareja en forma conjunta) determinaremos la futura disposición de nuestros embriones, procediendo a dar instrucciones por escrito sobre su destino”. Que no obstante ello, cuando solicitaron el cese de la criopreservación, se les informó que si la voluntad era descartarlos debían gestionar una autorización judicial.

* Que el contrato obedece a la voluntad procreacional y al ejercicio de los derechos reproductivos, de modo que, ante el cese de esa voluntad, finaliza el contrato, bastando a tal efecto, tal como acordaron, la comunicación por escrito.

* Que al ser reconocidos los derechos reproductivos como derechos humanos, todas las personas se convierten en titulares de esos derechos con carácter irrenunciable, indivisible e imprescriptible.

* Que la reforma constitucional reconoció constitucionalmente el derecho a la salud reproductiva, consagrando el reconocimiento a elegir tener hijos o no, cuándo y cómo hacerlo, conforme a la Convención sobre la Eliminación de toda forma de discriminación contra la Mujer, Declaración Universal de DH, PIDESC y CADH; también leyes 25673 de Salud Sexual y Procreación responsable, ley 26.130 de Anticoncepción quirúrgica, ley 26.959 de los derechos del paciente en su relación con los profesionales de la salud y ley 26.862 que garantiza el derecho humano a la posibilidad de acceder a los TRHA y es allí donde prevalecen los derechos reconocidos por la CN y los Trat. Int. de toda persona a la paternidad /maternidad, a formar una familia y al derecho a la salud.

* Que los derechos reproductivos también encuentran correlato en el CCyC en su art. 558, cuando define las especies de filiación incorporando las que tienen origen en los TRHA, por lo que es claro que en estas últimas lo relevante es la “voluntad procreacional” de la que son titulares los que realizan estos procedimientos y es esa voluntad procreacional la verdadera razón por la que se establece el vínculo de filiación.

* Que el art. 562 del CCyC dispone que los nacidos con TRHA son hijos de quien dio a luz y del hombre o la mujer que también ha prestado su consentimiento en los términos de los arts. 560 y 561, con independencia de quien haya aportado los gametos, de modo que ese consentimiento es la exteriorización formal de la voluntad procreacional, causa fuente de la filiación por TRHA.

* Que el contrato celebrado reviste el carácter de consentimiento informado, que no se cumplió porque, no obstante lo acordado, la institución informó que debían requerir autorización judicial, lo cual no surge del consentimiento y debió ser informado, extremo que se aleja de la buena fe que debe imperar entre las partes al contratar.

* Que la falta de información respecto de la necesidad de autorización judicial para finalizar el contrato hace que la contratación se encuentre reñida con el principio de buena fe y no se ajusta a la interpretación del contrato.

* Que más allá de la falta de previsión en relación con la autorización judicial para finalizar el contrato, NO se advierte la necesidad de una autorización judicial, ya informada en el modo pactado en el contrato.

* En cuanto a qué derechos conculca la finalización del contrato de manera que sea necesaria la autorización judicial, sostiene que eje gravita sobre la situación jurídica del embrión. Y que, ante el pedido de descarte, requiere autorización judicial porque la ley autoriza la creación y criopreservación y nada dice sobre su descarte.

* Que, en función de ello, la habilitación de la ley está garantizando el respeto por el proyecto de vida y la voluntad procreacional, de modo que, si ello importa la criopreservación, es viable “mientras se mantenga la voluntad procreacional”, por lo que, estando las partes contestes con el descarte, resulta un dispendio jurisdiccional innecesario que el servicio de justicia deba pronunciarse sobre el ejercicio de esos derechos.

* En cuanto a la situación jurídica del embrión, destaca la conclusión de la CIDH en el caso “Artavia Murillo” y desarrolla el carácter vinculante de ese decisorio para nuestro país, según lo decidido por la CSJN en los casos Mazzeo, Videla y Rodríguez Pereyra, sosteniendo que el tratado de derechos humanos debe primar sobre las normas internas; que el poder judicial debe realizar un control de convencionalidad y que, de acuerdo con los precedentes que cita lo interpretado por la CIDH, es obligatorio para Argentina.

* En relación con la posibilidad de “donación” prevista en el consentimiento informado para que los embriones puedan ser recibidos por otra pareja estéril, destaca que en la ley 26.862 se encuentra prevista la donación, pero también la posibilidad de revocación de ese consentimiento, de ahí que, no habiendo elegido esa posibilidad en el ejercicio de la autonomía de la voluntad, no puede predicarse que, por existir la otra alternativa (donación), lo decidido no vulnera los derechos de los peticionarios.

*En función de estas consideraciones declaró que no se hallaba controvertido entre las partes la decisión de finalizar el contrato, por lo que era innecesaria la autorización judicial, ya que los actores estaban habilitados para decidir el destino de sus embriones, en el legítimo y libre ejercicio de la autonomía de la voluntad*³⁶.

En igual sentido, pero a diferencia del fallo de la Cámara Civil, se **otorgó expresa autorización para cesar la criopreservación** de los embriones solicitada por una pareja sobre la base de tres ejes:

* Por un lado, la **ausencia de norma expresa** ante la supresión del 2do. párrafo del art. 19 del anteproyecto del CCyC. En función de ello, se estableció que existe una ley nacional que autoriza el uso de las TRHA (26.862), un CCyC que aborda su utilización, pero existe una ausencia absoluta sobre cómo se debe proceder ante la existencia de embriones congelados sobre los cuales los entregadores del material genético no quieren más su implementación.

Ante esta ausencia, la magistrada consideró que podían aplicarse las previsiones del proyecto de ley especial presentado ante la Cámara de Diputados en ese mismo año, que entiende que la titularidad de los embriones corresponde a quienes han prestado el consentimiento informado para su conformación y que, en cuanto al destino de esos embriones, prevé como uno de los posibles el cese de la criopreservación.

* Por otra parte, **la voluntad procreacional**. En este punto sostiene que la intención del legislador fue clara, ya que separa el sistema tradicional —vínculo biológico o sentencia judicial— para crear una tercera fuente, la “voluntad procreacional”, que conforme al art. 562 del CCyC, establece que los nacidos por TRHA son hijos de quien dio a luz y del hombre o la mujer que ha prestado su consentimiento previo, informado y libre en los términos de los arts. 560 y 561, debidamente inscripto en el Registro de las Personas “con independencia de quien haya aportado los gametos”.

Entiende que, de la interpretación de la norma, surge con claridad que la titularidad de los embriones formados a los fines de concretar el proyecto de procreación es de las personas que hayan manifestado su voluntad de procrear a través del consentimiento informado, el cual debe renovarse cada vez que se utilicen los gametos o embriones y que solo su titular puede manifestar su intención de modificar la situación en la que están (criopreservados).

³⁶ CNCivil, Sala I, causa “P.A. y otro s/ autorización” del 21.10.21.

* Finalmente, sobre el estatus jurídico del embrión criocongelado. En este punto se remite a lo decidido por la CIDH en el caso “Artavia Murillo” de 2012, que entiende de aplicación obligatoria aun cuando no esté involucrado el Estado argentino, debido a la fuerza normativa de la Convención Americana, que incluye la interpretación que de esta realice la Corte Regional³⁷. Finalmente, el tema también fue abordado por la Cámara Civil en un fallo donde se hizo un **extenso desarrollo de la interpretación del consentimiento informado**.

En este caso, la actora solicitó autorización para que se le transfieran al útero tres embriones crioconservados, respecto de los cuales su pareja, de quien se había separado, manifestó NO prestar consentimiento para tal práctica.

* La autorización fue rechazada. Se sostuvo que conforme surge del contrato que suscribieron con la institución que tiene la guarda, como del CCyC se impone un **“consentimiento que se forma progresivamente”**, ya que en un primer momento consienten la práctica con el único fin de iniciar un proceso procreativo, pero luego pueden retractar o revocar ese consentimiento, aun cuando el embrión haya sido creado con ese propósito, como así también que el consentimiento debe ser repetido ante una nueva utilización de los embriones crioconservados, lo cual también es revocable hasta la concepción en el útero materno o hasta la implantación.

* Establece que se trata de dos consentimientos con objetos diversos y que generan actos jurídicos diversos. El primero destinado a dar inicio al proceso procreativo y el segundo destinado a habilitar la utilización de los embriones.

* En función de eso se consideró que, ante la negativa de la ex pareja, no se cumplía con el requisito indispensable previsto por el art. 560 del CCyC, como así también que las circunstancias de edad y enfermedad invocadas por la actora, si bien son atendibles, no permiten dejar de lado la solución contractual y legal establecida por el CCyC.

* Que tampoco obsta a esa solución la desvinculación jurídica del demandado con respecto a la filiación propuesta por la actora. Por un lado, porque eso no se encuentra contemplado legalmente y, por otro, porque la exclusión de paternidad no sería oponible al hijo³⁸.

³⁷ Juzgado 7 de Familia de La Plata del 22.4.2019 causa “R.G.J. y otro s/ autorización judicial

³⁸ CNCivil, Sala J, causa “CRC c/ RMF s/ medidas precautorias” del 20.4.21

Conclusión

Hicimos un recorrido por los tratamientos de reproducción humana asistida, las prestaciones que generan mayores controversias y las diferentes interpretaciones ante la falta de regulación expresa, o bien regulación parcial, lo cual es un factor trascendente que impacta directamente en la judicialización del derecho a la salud reproductiva.

Entonces, teniendo en cuenta los principales ejes de discusión, es claro que en estos casos de entrelazan cuestiones médicas con aspectos bioéticos, morales, religiosos, de autodeterminación y no discriminación, lo que llevó a diferentes interpretaciones y a que varias de las normas dictadas no tengan la efectividad deseada, ya que por ejemplo se dispuso que no podían establecerse limitaciones que impliquen la exclusión debido a la orientación sexual, pero no prevé el caso del método ROPA —recepción de óvulos de la pareja—, sino de gametos provenientes de un banco registrado. O, en su caso, se establece la cobertura de la criopreservación, pero luego nunca se reglamentó la extensión temporal de esa cobertura. O bien establece la “concepción” como inicio de la existencia de la persona, pero se suprime la cuestión relativa a los embriones obtenidos por TRHA, delegándolo a una ley especial, que no obstante el tiempo transcurrido no fue dictada.

Todas estas circunstancias requieren de un debate serio y consensuado y de una regulación que priorice la libertad y la autodeterminación de cada persona, otorgando real contenido a los derechos reconocidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional, conforme el art. 75, inc. 22 CN, que involucran al derecho a la salud.

SUBROGACIÓN DE VIENTRE. PAUTAS DE PONDERACIÓN. ASPECTOS BIOÉTICOS

JOSÉ LUIS CASSINERIO*

El objetivo de este trabajo es reflejar la evolución de la doctrina y la jurisprudencia en relación con esta práctica en sus diferentes denominaciones —*subrogación de vientre/gestación por sustitución/maternidad subrogada/gestación solidaria, entre otras*— y las pautas de ponderación que son analizadas al momento de resolver los reclamos llevados a la justicia ante su falta de regulación. Es claro que, cuando los derechos se representan a través de normas como mandatos concretos, que se cumplen o no ante el conflicto, el Poder Judicial realiza una tarea de subsunción del derecho reclamado en la norma aplicable, esto es, se ordena cumplir con la cobertura ya establecida, lo cual no genera mayores controversias.

Empero, cuando se pretenden prestaciones que no se encuentran reguladas y que se encuentran representadas a través de principios, es donde el rol del poder judicial en cuanto a la interpretación del principio de proporcionalidad, dividido en sus tres ejes de “idoneidad”, “necesidad” y “proporcionalidad en sentido estricto”, genera importantes debates.

Excede el alcance de este trabajo el desarrollo de cada una de esas reglas y si lo vamos a hacer respecto de una de las pautas de ponderación que debe ser tenida en cuenta según la tercera regla mencionada [*proporcionalidad propiamente dicha o en sentido estricto*], que está dada por los “aspectos bioéticos” relacionados con la gestación solidaria, la cual ubicamos dentro de las **TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA** como caso **ESPECIAL**, porque se requiere de la intervención de una tercera persona que actúa como gestante.

* *Abogado (1991, UBA). Juez del Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial n° 4. Tiene publicaciones relacionadas con el Derecho a la Salud y Derecho Público. Es docente de Responsabilidad del Estado y Derecho a la Salud.*

Entonces, considerando las diferentes posturas de la doctrina y la jurisprudencia y para analizar las técnicas de subrogación de vientre, tenemos que hacer foco en las nociones de bioética, ética y su relación con los derechos humanos. Y para esto partimos de una premisa: la bioética se relaciona con la ética médica, pero no es lo mismo¹.

La primera se enlaza con los problemas morales derivados de los avances científicos y tecnológicos en general, que afectan la vida, el bienestar humano, la aplicación del veloz desarrollo tecnológico y las desigualdades, mientras que la segunda se relaciona con los problemas de la praxis médica, se ocupa de la profesión, de la enfermedad y de la muerte como objeto de estudio, *por lo que podemos afirmar que la bioética es más abarcadora y se ocupa de analizar las implicancias éticas, jurídicas y sociales de los avances científicos*².

Y aquí encontramos una segunda premisa, que es que **la bioética establece que NO todo aquello que científicamente es posible necesariamente es éticamente admisible**, y eso llevó a la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO de 2005, donde se buscaron consensos internacionales sobre pautas generales y básicas a ser consideradas sobre los principios de la dignidad humana, la protección de los derechos humanos, la autodeterminación, el consentimiento, la igualdad, justicia y equidad, como parámetros a tomar en cuenta al momento de interpretar el derecho reclamado^{3 4 5 6}.

Con estas pautas en mente, vamos a detallar brevemente las características de la técnica, los argumentos a favor y en contra de su autorización, qué es lo

¹ GARRAFA, V., “Declaración universal sobre bioética y derechos humanos DUBDH (ONU, 2005) <https://salud.gov.ar/dels/printpdf/124>

² PEREZ BENET, K., y RAMOS FLORES, S., (2018): “¿Ética médica vs bioética médica: ¿relación necesaria?”, Revista Caribeña de Ciencias Sociales (noviembre 2018). En línea: <https://www.eumed.net/rev/caribe/2018/11/etica-medica-bioetica.html/hdl.handle.net/20.500.11763/caribe1811etica-medica-bioetica>

³ “Bioética”. Autor: Equipo editorial, Etecé. De: Argentina. Para: Concepto.de. Disponible en: <https://concepto.de/bioetica/>. Última edición: 5 de agosto de 2021. Fuente: <https://concepto.de/bioetica/#ixzz7bD8dQFex>

⁴ AZULAY TAPIERO, A. “HUMANIDADES MÉDICAS” *Los principios bioéticos ¿se aplican en la situación de enfermedad terminal?*, An. Med. Interna (Madrid) vol.18 no.12 dic. 2001. Disponible en: https://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0212-71992001001200009#:~:text=Los%20principios%20bio%C3%A9ticos%20que%20propusieron,%20Dmaleficencia%2C%20autonom%C3%ADa%20y%20justicia

⁵ LEON, Virginia Hebe “Comienzo de la vida humana y la bioética”. Disponible en https://www.terragrijurista.com.ar/doctrina/embrion_h.htm Fecha de publicación: 23/12/2019.

⁶ https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000146180_spa

que sucedió con la regulación, y finalmente qué es lo que decidió la jurisprudencia en diversos casos sometidos a su conocimiento.

Para esto, inicialmente definimos la “maternidad subrogada” como una técnica de reproducción humana asistida (TRHA) a la que se recurre cuando el embarazo no puede producirse de manera natural. Puede ser utilizada en los casos en los que por impedimentos biológicos no se puede llevar adelante un embarazo, en familias del mismo sexo (dos varones) o monoparentales.

Y se lleva a cabo a partir de una persona que tiene capacidad de gestar — “gestante” — y que acepta someterse a TRHA con la intención de llevar a término un embarazo en favor de una persona o pareja — “comitentes” o “padres/madres intencionales” —, a quienes se compromete a entregar al/la niño/a o los/las niños/as, sin que se produzca vínculo de filiación alguno con la gestante.

Casos posibles/controversias

Dentro de los *casos posibles* y como enumeración no taxativa, podemos detallar la “imposibilidad física/biológica de la mujer de concebir”, los casos de “familias monoparentales”, los de “parejas del mismo sexo – hombres” y las situaciones en las que una mujer “sin imposibilidad biológica” por cualquier otro motivo quiera un vientre subrogado, siendo esta última la situación más controversial, la que no fue tratada en los proyectos de ley presentados para regular este tipo de gestación.

Por su parte, en lo que hace a las *controversias*, se ha destacado el “aspecto comercial”, su “aspecto ético/moral”, los cuestionamientos acerca de “quiénes son efectivamente los progenitores” y los relacionados con la “cobertura de obra social/medicina prepaga cuando la gestante no es afiliada”, entre otros.

Entonces, a partir de estas premisas, uno de los enfoques que se ha dado a la cuestión radica en que en Argentina la maternidad subrogada “**no está prohibida, pero tampoco permitida**”. Ello con fundamento en que no hay una normativa expresa al respecto, de modo que los casos de maternidad subrogada se enmarcan en el art. 19 de la Constitución Nacional, que en su última parte dice que: “Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”⁷.

⁷ GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, “La gestante no es madre. Reflexiones sobre la gestación por susti-

Empero, la incertidumbre se presenta al determinar la filiación de los/las hijos/as, ya que el Código Civil y Comercial (CCCN) establece que el vínculo filial se genera entre el bebé y la gestante en los casos en donde se aplican técnicas de reproducción asistida.

Así también, se admite la “voluntad procreacional” para progenitores que acompañen el embarazo, más allá de quien haya aportado el material genético para la concepción del niño/a. De esta manera, para la ley la madre “biológica” es la gestante y el otro padre o madre que acompaña el proyecto de familia es el “procreacional” o “voluntario”.

Entonces, si entendemos que, en la maternidad subrogada, la persona gestante solo lleva adelante el embarazo, no asume ni asumirá nunca el rol de madre, el problema radica cuando los/las comitentes deben presentarse ante los tribunales para determinar el vínculo como progenitores de ese hijo/a debido a que el Código Civil no reconoce la maternidad subrogada, ya que la voluntad procreacional solo se admite para el/la progenitor/a que acompaña a la gestante.

Argumentos en contra de la gestación solidaria y sus respuestas

En primer término, encontramos la argumentación relativa al “**valor de la etapa prenatal**”, que sostiene que separar a los bebés de sus madres al nacer les genera consecuencias dañinas y secuelas graves en su vida psíquica y condiciona su desarrollo cerebral, ya que en función de mecanismos neurohormonales, el bebé al nacer espera encontrarse con su madre, olerla, reconocerla e iniciar la lactancia, estableciéndose que ese vínculo entre ambos se denomina “espacio psíquico de la gestación”.

En contra de esta postura, se afirma que no hay ningún estudio científico que establezca que en estos casos los niños sufran conflictos psicológicos, que estos problemas también pueden encontrarse en caso de permanecer con la gestante, que ello también puede darse en los casos de adopción, los cuales son altamente reconocidos como fuente filial, por lo que la “etapa prenatal” no sería un elemento con entidad suficiente para desvirtuar ningún tipo de filiación, esto es, ni las adoptivas, ni las derivadas de TRHA^{8,9}.

tución y el discurso jurídico”. Diario DPI Suplemento Civil, Bioética y Derechos Humanos N° 30-11/07/2017.

⁸ KEMELMAJER DE CARLUCCI, A.; HERRERA, M.; LAMM, E.; DE LA TORRE, N., LA LEY

En segundo lugar, podemos detallar que un sector de la doctrina destaca a la “**gestación solidaria como contrato inmoral**”, sosteniendo que el contrato es nulo por tener objeto ilícito y contrario a las buenas costumbres, básicamente porque en este tipo de contratos, el hijo sería objeto de la relación jurídica contractual establecida entre la madre portadora y los padres con intenciones de procrear¹⁰.

Al igual que la “madre portadora”, recibe el tratamiento de “cosa”. Y ello así, toda vez que, el contrato vincula a la portadora con obligaciones de hacer (no interrumpir voluntariamente el embarazo y facilitar los exámenes ginecológicos y clínicos y realizar los tratamientos que se le indiquen para llevar el embarazo a buen término) y de dar (entregar al niño, una vez nacido, a los dueños del embrión). El hijo se convierte, entonces, en **la cosa debida**, considerándose que ello viola todo principio de dignidad humana¹¹.

En contra de esta postura se sostuvo que la “autonomía de la voluntad” juega un rol fundamental, más aún cuando todas las partes que intervienen logran un acuerdo, ergo, el Estado no debe entrometerse, porque justamente esta autonomía es un principio que le otorga a cada persona la posibilidad de gobernarse a sí misma, con independencia de las circunstancias externas que puedan condicionarla, y teniendo en miras la no afectación de derechos y garantías de terceros.

Es decir, se puntualiza cómo el estado de libertad personal puede coexistir con el de los demás respetando el principio de no dañar a otro. Este precepto guarda estrecha vinculación con el derecho a la libertad y con la posibilidad de actuar en forma autónoma, siendo consecuente con la propia visión de la vida y del mundo, respetando quién se es¹².

13/03/2017, 13/03/2017, 6. Corte Europea de Derechos Humanos ~ 2017-01-24 ~ Case of Paradiso and Campanelli c. Italy **Cita Online:** AR/DOC/610/2017

⁹ NOTRICA, Federico. “Los débiles argumentos contrarios a la gestación por sustitución” en Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad Nacional de La Plata. UNLP. Año 15/No 48-2018. Anual. Impresa ISSN 0075-7411-Electrónica ISSN 2591-6386 <https://revistas.unlp.edu.ar/RevistaAnalesJursoc/article/view/5289/5378>

¹⁰ LAFFERRIERE, Jorge Nicolás, Febrero 10/2017 citado por Federico Notrica en “Los débiles argumentos contrarios a la gestación por sustitución”, ver nota anterior

¹¹ SAMBRIZZI, E. A. (2012). La maternidad subrogada (gestación por sustitución) [en línea]. En Análisis del proyecto de nuevo Código Civil y Comercial 2012. Buenos Aires: El Derecho. Disponible en: <https://repositorio.uca.edu.ar/handle/123456789/2888> Fecha de consulta: 31 de agosto de 2022]

¹² LAMM, E. Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas Argentina “Gestación por sustitución Realidad y Derecho”. InDret, Revista para Análisis del Derecho, Barcelona, Julio, 2012. Disponible en https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/909_es.pdf

En tercer lugar y siguiendo la posición contraria a la admisión de la gestación solidaria, se indica que promueve la “**comercialización, cosificación y explotación de la mujer**”, focalizándose en las mujeres de bajos recursos, en el llamado turismo reproductivo, que significa la emigración a países del tercer mundo o con menor desarrollo, para aprovecharse de la situación económica desventajosa de la mujer y, así, llevar a cabo la práctica.

Se considera como “explotación de la mujer” y su utilización como objeto de la prestación, afirmándose que debe evitarse la explotación del estado de necesidad en que pueden encontrarse mujeres jóvenes en situación de pobreza, o impedir la mercantilización de la gestación y de la filiación. También se destaca que esta figura afecta la dignidad e integridad moral de la gestante, el/la niño/a que nacerá, cosificándolos y mercantilizando completamente la gestación, el nacimiento y la maternidad¹³.

En contra de estas argumentaciones se sostuvo que, de ningún modo, se debe partir de la idea de una mujer en condiciones desiguales para poder decidir por sí; es decir, no se puede subestimar, sin más, la capacidad de consentir de la gestante con libertad y conocimiento de las consecuencias, partiendo de una idea de vulnerabilidad y/o incapacidad para decidir por sí misma, ya que ello parte de una mirada paternalista que pone a las mujeres en un lugar de inferioridad, presuponiendo un estado de imposible manejo de su propia vida con libertad y autonomía¹⁴.

También refieren que, en definitiva, el argumento de la explotación que conlleva a prohibir estos acuerdos, viola el derecho de las mujeres a la autodeterminación y refuerza el estereotipo negativo de la mujer como incapaz de brindar un consentimiento racional.

Y si bien reconocen que el peligro de explotación existe, ello se produce especialmente, si se carece de regulación legal. Es decir que la falta de regulación es funcional, justamente, a la explotación, ya que la prohibición o silencio de la ley va a la par del aumento del número de mujeres que pueden sufrir explotación como consecuencia de esta práctica debido a que provoca que se realice al margen de la ley y, en muchos casos, en la clandestinidad, lo que incrementa los posibles abusos e injusticias¹⁵.

¹³ BRODSKY, J. “ACTUALIDAD Y PROYECCIONES DE LA MATERNIDAD SUBROGADA EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO ARGENTINO” Lecciones y Ensayos n° 91- 213, p. 239/261. Facultad de Derecho, Departamento Publicaciones – Universidad de Buenos Aires.

¹⁴ De la Torre, Natalia “La gestación por sustitución y el debate en torno a su reconocimiento legal en la Argentina 2012-2021” Cita: RC D 568/2021

¹⁵ LAMM, Eleonora “Repensando la gestación por sustitución desde el feminismo” 16-nov-2018. Cita:

En esta línea se afirma que la preocupación por la “explotación” es legítima, pero solo puede ser resguardada por una adecuada regulación en la que exista la comprobación de determinados factores, tales como:

* El consentimiento de la gestante: indispensable para comprobar certeramente que la gestante presta su consentimiento libre, pleno e informado al sometimiento de esta práctica. Libre, en tanto debe ser prestado sin coerción, violencia, intimidación ni presiones de ningún tipo. Pleno, pues debe ser prestado por alguien capaz de consentir a todas las cuestiones implicadas. Informado, tanto en los aspectos médicos como en los psicológicos, todo lo cual supone asesoramiento adecuado, en un contexto en el que las nociones de especialidad e interdisciplina resultan trascendentales en toda práctica médica, especialmente en las TRHA.

* La plena capacidad, buena salud física y psíquica de la gestante: un requisito que garantiza que el consentimiento emana de una mujer competente, con autonomía plena, y que la Gestación Solidaria no redundará en perjuicio de su salud. Para la comprobación de esta exigencia, la mujer debe someterse a estudios físicos y psíquicos previos.

* La autorización solo para sustitución gestacional: la gestante solo aporta la gestación, no sus óvulos.

* La determinación de una limitada cantidad de veces para someterse al proceso de gestación: este requisito tiende a evitar abusos y que mujeres se conviertan en “máquinas productoras de hijos ajenos”. Es decir, previene la “cosificación de la gestante”. También se justifica a los efectos de evitar la profesionalización de esta práctica. Se trata de una solución equilibrada, que por un lado garantiza la libertad y, por el otro, protege a las mujeres cuando la autonomía no es tal.

* El recaudo de que la gestante debe tener al menos un hijo previo propio: este requisito asegura que la gestante comprende la gravedad de su compromiso, porque ella ha sufrido los rigores de la gestación y el parto de un/a niño/a; garantiza, pues, que presta un consentimiento verdaderamente informado. Solo la mujer que ha gestado y ha dado a luz a un/a niño/a puede saber lo que ese acontecimiento implica e irroga, desde el punto de vista fi-

MJ-DOC-13769-AR | MJD13769

¹⁶ IGADERA, Noelia “La gestación por sustitución: una oportunidad para repensar la filiación y la reproducción humana” Rev. Bioética y Derecho no. 44 Barcelona, 2018. Disponible en: https://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1886-58872018000300005

sico, médico y psicológico. La gestante debe ser protegida desde que la práctica implica, además de la cesión de su útero, la disposición, aunque sea temporal, de su integridad psicofísica.

*La regulación de compensaciones —no retribuciones— que sean fijadas por la autoridad de aplicación que al prever criterios uniformes no importe un enriquecimiento de la persona gestante, evitando de esta manera que esta sea la motivación y consecuentemente reducir así la “explotación”¹⁷¹⁸.

Gestación solidaria: altruista u onerosa

Habiendo recorrido algunos de los motivos, controversias y argumentos a favor y en contra de esta práctica, corresponde ahora demarcar los tipos de gestación solidaria.

En el caso de que esta sea “**altruista**”, se entiende que la gestante no percibe retribución por llevar adelante el embarazo, haciéndolo desinteresadamente y, por una acción sumamente comprometida con un otro, gesto merecedor de un reconocimiento sin igual, en su mayoría, existiendo una relación de parentesco o un vínculo afectivo previo fuerte; o cuando percibe una compensación por dicha tarea, siendo esta última forma más justa y equilibrada que la primera.

Por el contrario, cuando la gestación es “**onerosa**”, la gestante presta un servicio a cambio de una contraprestación, generando un enriquecimiento a su favor, pagada por los requirentes.

A partir de esto, cabe diferenciar la de modalidad onerosa y la de modalidad altruista con compensación. Entonces, en el primer caso, se está pagando por el servicio prestado; en cambio, en el segundo, la gestante adquiere una suma de dinero como un reaseguro respecto de cuestiones fácticas de cada caso, como puede ser, por ejemplo, porque no pudo percibir laboralmente lo que hubiese podido si no transitaba un embarazo, los gastos médicos y psicológicos que se ocasionaron, los traslados, el seguro de vida, los pagos de la cobertura de la pre-paga, entre otros.

¹⁷ NOTRICA, Federico “*Los débiles argumentos contrarios a la gestación por sustitución*”. Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad Nacional de La Plata. UNLP. Año 15/No 48-2018. Anual. Impresa ISSN 0075-7411-Electrónica ISSN 2591-6386

¹⁸ LAMM, Eleonora “*Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*” Co-lección de Bioética. Cátedra UNESCO de Bioética de la Universidad de Barcelona. Observatori de Bioetica i Dret. 2013. ISBN: 978-84-475-3757-0

Ahora bien, en el caso de la modalidad onerosa, encontramos la corriente contraria a su aceptación que, como ya se explicó, parte de la premisa que, si existe una contraprestación, el acuerdo entre las partes resulta inmoral o de que toda convención deriva de una cosificación de sus cuerpos y explotación de las mujeres.

En este sentido, se ha dicho que cuando se habla de Gestación Solidaria se refiere a “una forma de procreación colaborativa, lo que es raro en una cultura caracterizada por el individualismo extremo y más aún cuando el principal motivo por el que una mujer alquila su vientre es económico. Es una explotación social, aunque se trate de cubrirlo con un manto de altruismo” y se pregunta si las mujeres son libres de elegir cuando hay cifras siderales de por medio¹⁹.

Sobre estas bases se ha expresado que, más allá de compartir o no que la Gestación Solidaria sea onerosa, las mujeres gestantes son libres para decidir siempre que tengan la capacidad de hacerlo (en consonancia con las reglas del CCiv. y Com.), y la forma de evitar abusos no radica en la prohibición o en el argumento de la cosificación, sino en el control mediante una ley y una autoridad de aplicación presente y protectoria, poniendo límites claros en el aspecto económico.

Y, considerando la polémica que todos estos aspectos llevan al debate, se interpretó que la Gestación Solidaria altruista con compensación a favor de la gestante, es la que mejor se ajusta a la realidad de la práctica, ya que esta modalidad facilita un acuerdo basado en la confianza y evita la profesionalización de la práctica²⁰.

Regulación: Anteproyecto de modificación del Código Civil

El Código Civil y Comercial agregó dentro del instituto jurídico de la filiación, una nueva causa fuente de la filiación: las técnicas de reproducción humana asistida (TRHA), reconociendo de esta manera la gran cantidad de personas que nacen gracias al avance de la ciencia médica.

¹⁹ MONZÓN, José M. “Cuestiones Críticas en Bioética: El caso de la maternidad subrogada”. *Temas de Derecho de Familia, Sucesiones y Bioética*, 15, Febrero 2019

²⁰ NOTRICA, Federico “Los débiles argumentos contrarios a la gestación por sustitución” *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad Nacional de La Plata. UNLP. Año 15/No 48-2018. Anual. Impresa ISSN 0075-7411-Electrónica ISSN 2591-6386*

La figura de la maternidad subrogada formaba parte del artículo 562 del anteproyecto de modificación del CCC, pero fue eliminada antes de su aprobación por “dilemas éticos y jurídicos de gran envergadura que ameritarían un debate más profundo de carácter interdisciplinario”.

En el artículo original del anteproyecto se consideraba el consentimiento previo, informado y libre de todas las partes intervinientes en el proceso de gestación. Además, la filiación quedaba establecida entre el/la niño/a nacido/a y el o los comitentes mediante la prueba del nacimiento, la identidad del o los comitentes y el consentimiento debidamente homologado por autoridad judicial.

El anteproyecto de reforma del CCiv. y Com. establecía un proceso judicial con reglas propias que terminaba con una decisión judicial de autorización, para ello se requería: a) capacidad de la mujer; b) consentimiento informado por parte de todos los intervinientes con la debida preparación; c) que la gestante porte material genético de uno o ambos miembros de los comitentes y no de ella; d) demostrar los comitentes la imposibilidad de concebir o llevar adelante a término el embarazo; e) la gestante no ha aportado material genético propio; f) la gestante no ha recibido retribución sin perjuicio de que la regulación especial pueda reconocer el pago de gastos razonables; g) la gestante no se ha sometido a un proceso de gestación por sustitución más de dos veces; h) la gestante ha parido con anterioridad al menos un hijo propio.

Ahora bien, habiendo sido eliminada la Gestación por Sustitución del anteproyecto del CCC, lo cierto es que a partir de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación se presentaron innumerables proyectos para dar un marco legal a esta práctica, los cuales hasta el momento no fueron aprobados.

Esta circunstancia no impidió, y de hecho provocó, que se judicialicen los pedidos de autorización para su realización, por lo que vamos a describir algunos de los fundamentos plasmados por la jurisprudencia en la materia.

Jurisprudencia

Considerando que, en la actualidad, hay más de cien casos judicializados a lo largo del país, debemos destacar que, en su gran mayoría, la gestación por sustitución fue autorizada, por lo que, en primer término, vamos a describir en

forma general los argumentos que se tuvieron en cuenta para otorgar las autorizaciones y luego haremos foco en algunos casos que tienen alguna particularidad, en cuanto a las circunstancias fácticas o a lo que se decidió.

También, es preciso aclarar que solo nos ocuparemos de los pedidos en los que se solicitó autorización para la realización de la técnica y no los referidos al reconocimiento de la filiación o impugnación de la maternidad ante la subrogación ya realizada en el país o en el extranjero, ya que ello representa otra importante cantidad de casos que exceden este trabajo.

Entonces, en líneas generales, se destacan como puntos relevantes de los fallos que autorizaron la “gestación por sustitución” los siguientes argumentos:

Si bien existe un “vacío legal” no hay un vacío “constitucional-convencional”, ya que, según el art. 19 de la Constitución Nacional, la maternidad subrogada no está prohibida.

El encuadre debe tener en cuenta el ordenamiento jurídico general, es decir, leyes nacionales, Constitución Nacional y Tratados Internacionales. En este sentido se considera que la maternidad subrogada se encuentra implícitamente reconocida en las Leyes Nacionales de reproducción humana asistida y derechos del paciente.

Lo que se decide recupera otros derechos contenidos en la normativa internacional de derechos humanos como: el derecho a la vida privada y familiar, a autodeterminarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le den sentido a su existencia, a la igualdad y a no ser discriminado. Se afirma “la discriminación que se produce no admitiendo la gestación por sustitución en nuestro país”, toda vez que solo las personas con recursos económicos de consideración pueden acceder a la gestación por sustitución en el extranjero, en desmedro de aquellas que no los poseen.

Además de la discriminación que implicaría negar una autorización judicial a la mujer que se encuentra impedida de gestar, o por su condición de género en función de los estereotipos sociales.

Se reconoce el vínculo del “niño por gestar” con los padres intencionales, teniendo en cuenta que la maternidad subrogada es un método que encuadra dentro de las “Técnicas de reproducción humana asistida”, donde el vínculo filiatorio queda definido por la voluntad procreacional plasmada en el consentimiento libre e informado. Por lo tanto, la filiación se determina a través de la voluntad de ser padres con total independencia de la existencia o no del vínculo biológico.

Se advierte la necesidad de proteger los derechos del “niño por gestar” y teniendo en cuenta su “interés superior”, ya que de este modo se garantiza su derecho a poder crecer en una familia que va a cuidarlo y amarlo determinando que las personas que realmente quisieron asumir el papel de padres puedan serlo.

También se afianza la decisión en el derecho a la salud, especialmente a la salud reproductiva y a la libertad reproductiva.

En los tratados internacionales de derechos humanos que forman el bloque convencional y propugnan la plena efectividad de la salud y en la necesidad de acudir a la norma más amplia o interpretación más extensiva cuando se trata de derechos humanos que deben ser analizados del acuerdo al principio *pro homine*.

Ahora bien, luego de estas pautas generales tenidas en cuenta para resolver las autorizaciones, pasamos al detalle de algunos casos concretos, dejando aclarado que no se transcriben la totalidad de los argumentos expresados en cada causa, sino únicamente aquellos que tienen alguna connotación singular de acuerdo al desarrollo de la doctrina efectuado precedentemente.

Causa “C. V. D. y otros c/ OBSBA (Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires) s/ amparo - salud-medicamentos y tratamientos” del Juzgado No. 6 en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. 22.6.21

En este proceso, se ordenó a la obra social que cubra íntegramente la TRHA a una gestante solidaria que “prestará” su vientre a los actores, quienes son una pareja amiga de ella, constituida por personas del mismo sexo.

Tiene como particularidad que se ordenó como “medida cautelar” lo cual no es habitual en este tipo de causas.

Se anotició a la futura gestante para que exprese su parecer concreto en el planteo, ante lo cual ella compareció y manifestó estar totalmente informada de las actuaciones y expresó su conformidad para someterse en forma totalmente solidaria al procedimiento, lo cual también tiene ciertas particularidades, toda vez que no se requirió ningún tipo de certificación médica y psicológica sobre su aptitud para llevar adelante la práctica.

Se hizo especial mérito en que negar la cobertura a los actores representaría un acto discriminatorio en razón del sexo, pues tratándose de dos hombres no encuadrarían en las disposiciones del art. 562 del CCCN que admite la co-maternidad —en tanto la madre que dio a luz lo integre con el consentimiento previo de la otra mujer con voluntad procreacional—, sin salvedad igualitaria para el supuesto de co-paternidad, lo cual se erigiría en una afrenta a la no discriminación en virtud del sexo, con un claro quiebre al derecho de igualdad.

Causa "B. B. D. R. - B. C. R. - B. Y. F. s/ Autorización judicial". C-163820/20. Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Jujuy. 15.10.2021

En este proceso se autorizó la técnica de reproducción humana asistida de gestación por sustitución, y se declaró inaplicable al caso el art. 562 del CCCN, que establece que el nacido es hijo de quien da a luz.

El caso tiene como particularidad que no se declaró la inconstitucionalidad del art. 562 del CCCN, sino su inaplicabilidad, sosteniéndose que la finalidad del mismo está destinado a las TRHA en que la persona gestante y la persona que ha emitido su voluntad procreacional son la misma, haya aportado o no su propio material genético; en el caso traído, estamos ante una persona gestante y una persona que ha emitido su voluntad procreacional que son distintas, y que —por lo tanto— no es el caso regulado por la norma en cuestión.

Siendo la gestación por sustitución una de las técnicas de reproducción humana asistida previstas por el CCCN como una de las tres fuentes filiatorias, la filiación quedará determinada inexorablemente del mismo modo, esto es, a través de la definición del vínculo volitivo, con total independencia del vínculo biológico/gestacional.

También se expresó que el principio de la voluntad procreacional tenido en cuenta para la filiación a través de las TRHA cedería ante la interpretación desarmónica del art. 562 CCCN, en cuanto se entienda literal y fragmentariamente que madre no es quien emitió la voluntad procreacional, sino quien dio a luz al hijo, como si se tratara lisa y llanamente de una filiación por naturaleza.

De tal modo, la actual idea de la voluntad procreacional modifica la idea de identidad como sinónimo de vínculo biológico y —en cambio— inspira el contenido del derecho a la identidad en sentido amplio y multifacético, en su con-

notación esencialmente dinámica, por lo que no hay necesidad de declarar la inconstitucionalidad en los casos complejos, pues basta con aplicar la ley de conformidad con sus fines, los tratados de derechos humanos, los principios y los valores jurídicos.

Causa “P. B. R. – T. V. s/ solicita homologación” Juzgado No. V de Familia de Córdoba. 29.10.2021

En este caso, el Sr. R. (durante la tramitación del proceso se disolvió el vínculo que lo unía con su pareja) manifestó su voluntad de llevar adelante el proyecto de familia monoparental, asumiendo su decisión de paternar al hijo/a que voluntariamente gestará V., una vez implantado extracorpóreamente el embrión (producto de la unión de un gameto femenino de una donante anónima y su propio material genético).

Se decidió que la norma del art. 562 del CCCN aparece en el caso concreto como inconstitucional, puesto que impide al actor mediante el ejercicio del derecho subjetivo que le asiste, concretar su deseo de paternar mediante la utilización de técnicas de reproducción humana médicamente asistidas; máxime siendo que, sin remover el obstáculo legal de la disposición del artículo en cuestión la pretensión esgrimida en autos no resultaría viable, toda vez que quedaría resuelta y atrapada en la solución que propicia que a la persona humana nacida mediante una técnica de reproducción humana asistida y que no tiene vínculo biológico con la gestante, ni esta voluntad procreacional, es hija de la persona que dio a luz.

En función de ello, se juzgó que el art. 562 del CCCN no supera el test de constitucionalidad y convencionalidad pues si el/a/s niño/a/s que podría/n nacer va/n a ser legalmente considerado/a/s hijo/a/s de quien solo tiene voluntad gestacional pero no tuvo ni tiene voluntad procreacional, la injusticia que deviene por aplicación del citado artículo es patente, ya que será tenida por madre — por el hecho del parto— quien no quiere serlo, ni tiene nexo genético con el/la/s niño/a/s y no será padre/madre quien si quiere serlo, desde siempre, y además, es su real progenitor y si la justicia debe ser ciega para garantizar la imparcialidad de sus decisiones, ello jamás puede implicar la invisibilización de los derechos de sus destinatarios, a espaldas de una realidad tan simple como innegable.

Causa "A.M.T. y otro - solicita homologación. Expte. SAC 7057134" Juzgado de Familia de Primera Nominación de Córdoba. 6.8.2018

En este caso, en el que una mujer con imposibilidad física de concebir solicitó autorización para la práctica de gestación por sustitución a través de una amiga, también se declaró la inconstitucionalidad del art. 562 del CCCN, pero tiene como particularidad que, por su edad, tampoco serían utilizados sus óvulos, por lo que la fertilización se haría con óvulos y espermatozoides de donantes anónimos.

Destacamos esta circunstancia como singular, ya que, en la mayoría de los casos, por lo menos uno de los integrantes de la pareja con voluntad procreacional aporta sus gametos o, en caso de tratarse de que la familia monoparental es quien los aporta, lo que no sucedió en este pedido.

Se consideró que para la Sra. A., encarar un proceso de adopción con la admisión en el Registro Único de Adoptantes y seguir luego el proceso, le demandará un tiempo más o menos prolongado, lo que influye en atención a su edad; además la misma carece de útero para gestar un embarazo y sus óvulos en función de su edad actual dificultarían el proceso de fertilización mediante una técnica de reproducción humana médicamente asistida y, con ello, se postergaría o, en su caso, se le negaría el derecho a ser madre y conformar su familia. Pero lo que sí está en condiciones de afrontar la Sra. A. es lograr un embrión mediante la donación de óvulo y espermatozoides que, implantado en el útero de la gestante, le otorgue una posibilidad más o menos cierta de cumplir su deseo de ser madre.

En función de ello, se consideró que la norma del art. 562 del CCyC aparece en el caso concreto de autos como inconstitucional, pues sin remover el obstáculo legal de la disposición del art. 562 del CCyC la pretensión esgrimida en autos no resultaría viable, toda vez que quedaría resuelta y atrapada en la solución que propicia, esto es, que la persona humana nacida mediante una técnica de reproducción humana médicamente asistida y que no tiene vínculo biológico con la gestante, ni esta voluntad procreacional, la ley le impone la filiación materna por ser la persona que dio a luz.

Llegados a este punto, vamos a analizar los fundamentos de un fallo de la Sala I de la Cámara Civil y Comercial Federal, en el cual decidió el **rechazo** de la autorización requerida para la práctica de una gestación por sustitución.

En este caso, detallaremos en forma más extensa los argumentos en que se afincó la decisión negativa, considerando que, a diferencia de la mayoría de la jurisprudencia que estima que nuestra regulación tiene una postura abstencionista sobre el particular, entiende que la técnica de subrogación de vientre se encuentra “prohibida”.

Causa “S.E.R y otro c/ Obra Social del Servicio Penitenciario Federal s/ amparo” del 22.3.22. Con remisión al dictamen fiscal, revocó sentencia de primera instancia en función de los siguientes fundamentos

* Que la normativa de TRHA no prevé en forma expresa la posibilidad de realizar un tratamiento de alta complejidad mediante gestación por sustitución.

* Que la primera fuente de interpretación de la ley es su letra, que debe buscarse el verdadero sentido de la ley mediante un estudio atento de sus términos que consulte la racionalidad del precepto y la voluntad del legislador, considerando que su inconsecuencia o falta de previsión no se suponen.

* Que, de acuerdo con los fundamentos de la Ley 26.862 de reproducción médicamente asistida, el acceso a las Técnicas de Reproducción Humana Asistida constituye un aspecto del derecho a la salud que se encuentra inescindiblemente ligado al derecho a fundar una familia. Los aludidos tratamientos, así contextualizados, se evidencian como instrumentos para la consecución de un fin último, que es posibilitar el ejercicio del derecho de toda persona a la paternidad y/o maternidad.

* Que, conforme a esa finalidad, el Código Civil y Comercial reguló una tercera fuente filial derivada del uso de técnicas de reproducción humana asistida (TRHA), en forma específica y diferenciada de los supuestos de filiación por naturaleza y filiación por adopción. Ello, considerando las particularidades propias del uso de estas técnicas “que repercuten directamente en el campo filial”.

* Que, conforme el artículo 558 del citado Código en lo que respecta a las TRHA, el elemento sobre el que se asienta la determinación de la filiación de los nacidos mediante ellas es la voluntad procreacional plasmada en el consentimiento informado.

En ese contexto, los artículos 560 y 561 del Código Civil y Comercial establecen las condiciones y la forma en la que ese consentimiento —previo, informado y libre— debe ser recabado por el centro de salud, en atención a la importancia que ostenta en el campo de la filiación derivada de las TRHA, con independencia de quien haya aportado el material genético.

* Que el Código Civil y Comercial incorporó a las TRHA como una tercera fuente filial con características propias, en especial, en lo referido a la voluntad procreacional. Sin embargo, el citado cuerpo normativo contempla limitaciones expresas a esa voluntad. Por caso, el artículo 558 del CCyC, última parte, establece categóricamente que ninguna persona puede tener más de dos vínculos filiales, cualquiera sea la naturaleza de la filiación.

* Que, a su vez, el artículo 562 señala que “los nacidos por las técnicas de reproducción asistida son hijos de quien dio a luz y del hombre o de la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre en los términos de los artículos 560 y 561, debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quién haya aportado los gametos”.

De esta manera, el legislador —mediante una norma que no es disponible para las partes— estableció que el punto de partida de toda filiación es el vientre de quien “da a luz”, con prescindencia del nexo genético y de la voluntad procreacional.

* Que, sobre la base de tales previsiones, la gestación por sustitución es una práctica que no puede considerarse admitida, hasta el momento, por el ordenamiento jurídico argentino.

* Que en el anteproyecto se optó, expresa y deliberadamente, por excluir la figura de la llamada gestación por sustitución o maternidad subrogada, por considerar que “encierra dilemas éticos y jurídicos de gran envergadura”, lo cual exigía, a juicio del Congreso, un debate más profundo e interdisciplinario.

En consecuencia, al haber decidido expresamente el legislador suprimir la figura de la gestación por sustitución, y por los especiales motivos que invocó, no puede concluirse que exista un vacío legal que autorice a considerarla permitida.

* Que el legislador, de modo coherente con la decisión de excluir a la gestación por sustitución como práctica admitida, dio una solución legal para

la determinación de la filiación resultante a través del art. 562 del CCyC, antes citado. Como se ha señalado, la regla establecida por el legislador tuvo el deliberado propósito de excluir el contrato de gestación por sustitución del derecho argentino.

En consonancia con este criterio, el Código estableció soluciones que se complementan de modo coherente con la decisión adoptada en materia de gestación por sustitución. Entre ellas, el artículo 17, que prohíbe los contratos gratuitos u onerosos sobre el propio cuerpo.

* Que la cuestión, conforme fue articulada, no se circunscribe a establecer el alcance del derecho a la salud de los actores bajo los estándares antes señalados, sino que se encuentra inescindiblemente vinculada a la filiación de la gestante con quien pueda nacer bajo ese método.

La finalidad de la acción es concretar su proyecto familiar y lograr “ser padres”. La concreción de ese derecho se asienta, de forma inexorable, sobre las disposiciones sobre filiación y colisiona con una previsión normativa de orden público, que expresamente emplaza a “quien da a luz” como madre del nacido (art. 562 del CCyC).

* Que se prescindió de considerar que ningún efecto podría reconocerse a la manifestación de voluntad o consentimiento informado que pueda efectuar la gestante de modo previo al embarazo, en cuanto a su ausencia de voluntad procreacional, ya que ello importaría admitir una renuncia a una situación jurídica indisponible, como lo es el estado de familia en el que quedará emplazada de pleno derecho, como madre del niño o niña que nazca a partir de la técnica en cuestión, a tenor de la regla imperativa del art. 562 del CCyC.

Conclusión

En función del recorrido efectuado por las posturas adoptadas tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, es claro que en este, como en otros temas que generan intensos debates bioéticos, morales y religiosos, resulta necesaria una adecuada regulación que refleje no solo el consenso en función de la idiosincrasia de la sociedad, sino también el respeto por los Derechos Humanos fundamentales reconocidos por los Tratados Internacionales incorporados a nuestra

Constitución Nacional, que tienen como eje fundamental la protección de las personas, su autodeterminación, su libertad y no discriminación.

Solo plasmando legalmente el reconocimiento cabal de esos derechos, se permitiría tanto establecer los límites que la sociedad —a través de sus representantes— considera que deben ser expresamente regulados, como también la posibilidad de elegir libremente y dentro de un marco regulatorio apropiado, y evitar o contrarrestar en gran medida, abusos, explotación e inequidades que forman parte de una realidad y no desaparecen por estar expresamente permitidas o prohibidas.

**PERSONAS MAYORES EN EL AMPARO DE SALUD.
EL ROL DEL MINISTERIO PÚBLICO FISCAL**
SITUACIONES PROBLEMÁTICAS Y LA CONSTRUCCIÓN DE UN SISTEMA
REAL DE ACCESO A LA JUSTICIA Y TUTELA DE SUS DERECHOS

ALBERTO CUEVAS*

I. Introducción

El envejecimiento humano es un tema significativo en la agenda pública mundial, dado el incremento de la longevidad y los cambios de envejecimiento demográficos en la actualidad. El siglo XX nos legó la posibilidad cierta de perdurar como nunca en la historia de la humanidad: a mediados del siglo XVIII y principios del XIX, la esperanza de vida se aproximaba a los 40 años; en 2010 se incrementó, en promedio, a 70-80 años¹.

Además, en 2019, el número de personas de 60 años o más ascendió a 1000 millones. Esa cifra, según la Organización Mundial de la Salud (OMS), aumentará a 1400 millones en 2030, y a 2100 millones hacia 2050². Según un informe de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), en Latinoamérica, por ejemplo, la expectativa de vida promedio alcanza actualmente los 79 años para las mujeres y los 72 para los varones³. Cabe agregar que Argentina no escapa a este fenómeno.

* *Abogado (Universidad Nacional de Lomas de Zamora, Provincia de Buenos Aires). Secretario No Penal de la Fiscalía Federal No.1 de Lomas de Zamora, Provincia de Buenos Aires. Ministerio Público Fiscal de la Nación. Diplomado en Derecho de la Salud y Herramienta de Gestión de Salud (Universidad Austral).*

¹ DABOVE, María Isolina, *Derecho de la Vejez*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Astrea, 2020, pág. 1

² OMS, *Informe mundial sobre el envejecimiento y la salud*, Estados Unidos, OMS, 2015, pág. 45. Consultado en [<https://bit.ly/3D48NL3>].

³ ONU, Comisión Económica para América Latina y el Caribe, *Estimaciones y proyecciones de población a largo plazo 1950-2100*, 2019. Consultado en [<https://bit.ly/3TOuzZ1>].

En este contexto, se presenta el derecho de la vejez —denominado también “derecho de la ancianidad” — como una nueva especialidad transversal destinada al estudio de la condición jurídica de las personas mayores, de 60 años o más, en el derecho interno, regional e internacional. Se propone, también, el reconocimiento de las situaciones de aminoración, vulnerabilidad, discriminación, inestabilidad o abusos que pueden padecer estos sujetos por el mero hecho de ser “viejos”. Pero, además, aborda el análisis de las herramientas jurídicas que permiten legítimamente la intervención y la restitución de la autonomía, la libertad, la igualdad, la participación o la dignidad dañada en el caso⁴.

En este escenario, el Ministerio Público Fiscal (MPF) puede colaborar para desarrollar un criterio especial de justicia destinado a este sector social, asegurando que, en los procesos en los que interviene, se reconozcan a dichos ciudadanos los derechos que les otorgan las leyes, la Constitución Nacional (CN), los instrumentos de derechos humanos y la Convención Interamericana sobre Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores (CIPDHPM), y que estos prevalezcan a la hora de resolver disputas normativas.

II. El Ministerio Público Fiscal y la salud

El MPF tiene un rol de relevancia en materia de salud, proceso en el que interviene por imperio del artículo 120 de la CN y por disposición de la Ley Orgánica del Ministerio Público Fiscal No. 27.148 (arts. 30 y 31). La Carta Magna establece en su artículo 120:

El Ministerio Público es un órgano independiente con autonomía funcional y autarquía financiera, que tiene por función promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad de los intereses generales de la sociedad en coordinación con las demás autoridades de la República.⁵

Promover significa “iniciar o adelantar una cosa para procurar un resultado”. Para la realización o el logro de tal resultado, el MPF debe requerir la actuación

⁴ DABOVE, María Isolina, *Derechos Humanos de las Personas Mayores*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Astrea, 2015, pág. 9.

⁵ Constitución de la Nación Argentina, ley 24.430, 1995. Consultado en [<https://bit.ly/3s3m4gP>].

del Poder Judicial en defensa de la legalidad y los intereses generales de la sociedad. En tanto, “en defensa de la legalidad” significa que el Ministerio debe velar por el cumplimiento de la ley, no solo por parte de las personas, sino también por los propios poderes, órganos del Estado y, en especial, por la legalidad constitucional en la forma de control del cumplimiento de los derechos y garantías constitucionales. En síntesis, su defensa del orden público abarca el sistema jurídico entero.

Luego, “de los intereses generales de la sociedad” significa que le corresponde al Ministerio tutelar los intereses de toda la comunidad, en especial, de uno de sus sectores más vulnerables, como resulta el grupo poblacional de las personas mayores. Finalmente, la expresión “en coordinación” indica que su función no depende del resto de los poderes (legislativo, ejecutivo o judicial), sino que actúa con autonomía. Es un órgano de gobierno que integra la estructura de poder del Estado a la misma altura del resto de los órganos.

Resulta oportuno agregar que esta manda constitucional se encuentra contemplada en la nueva Ley Orgánica del Ministerio Público que, al igual que su antecesora (la ley 24.946), consagra como misión general promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad.

Por otra parte, la Ley Orgánica del Ministerio Público Fiscal, en su artículo 31 (incisos b y d), especifica las funciones de los magistrados y los titulares de las unidades fiscales aplicables al amparo de salud:

b) Peticionar en las causas en trámite donde esté involucrada la defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad, en especial, en los conflictos en los que se encuentren afectados intereses colectivos, un interés y/o una política pública trascendente, normas de orden público y leyes no disponibles por los particulares, el debido proceso, el acceso a la justicia, así como cuando se trate de una manifiesta asimetría entre las partes o estén amenazados o vulnerados los derechos humanos, las garantías constitucionales o la observancia de la Constitución Nacional.

[...]

d) Intervenir en casos en los que se encuentren en juego daños causados o que puedan causarse al patrimonio social, a la salud pública y al medio ambiente, al consumidor, a bienes o derechos de valor

artístico, histórico o paisajístico, en los casos y mediante los procedimientos que las leyes establezcan⁶.

La intervención del Ministerio en aquellos casos en que se encuentren en juego daños causados o que pudieran causarse a la salud pública es, en consecuencia, necesaria. Así se ha expresado la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) en referencia a la intervención asignada al Ministerio Público en la ley 27.148⁷.

Para cumplir su misión el Ministerio cuenta con herramientas para producir, ofrecer y solicitar la incorporación de prueba, peticionar el dictado de medidas cautelares o dictaminar sobre su procedencia, plantear nulidades o inconstitucionalidades, interponer recursos, interponer las acciones previstas en la ley 24.240⁸ y realizar cualquier otra petición tendiente al cumplimiento de su misión.

En este sentido, el artículo 31 de la Ley Orgánica del Ministerio Público Fiscal no puede ser interpretado de manera aislada del resto de las atribuciones y funciones y del ordenamiento jurídico en general, sino de forma armónica con este. La norma busca restablecer el delicado equilibrio de actuación e intervención que debe tener el Fiscal en los procesos no penales y, por ello, la ley le otorga de forma expresa mayor participación y un rol proactivo, respondiendo así a la necesidad de orientar el trabajo y el diseño de la justicia no penal a los estándares constitucionales⁹.

Entre las tareas designadas por la Constitución Nacional se encuentra el deber de abogar por la plena vigencia de los derechos de las personas mayores, en cumplimiento con la CIPDHPM¹⁰. La Convención establece estándares precisos adaptados a las necesidades concretas de las personas mayores para ciertos derechos que ya se encontraban en forma dispersa en otros instrumentos internacionales de derechos humanos, así como en nuestra Constitución y nuestro ordenamiento jurídico. A la vez, reconoce nuevos derechos fundamentales para este colectivo al que se identifica como especialmente vulnerable.

⁶ MPF. Ley Orgánica del Ministerio Público Fiscal de la Nación, ley 27.148, 2015, art. 31. Consultado en [<https://bit.ly/3eKv0V1>].

⁷ CSJN, causa CCF 7778/2015/CS1 “Z. A. s/ solicitud de carta de ciudadanía”, 30/10/2018.

⁸ Defensa del Consumidor, ley 24.240, 1993. Consultado en [<https://bit.ly/3D4BgR0>].

⁹ MPF. “El rol del Ministerio Público Fiscal en La Seguridad Social (2019). Módulo VI. El Proceso Previsional” (Capacitación web de acceso restringido).

¹⁰ Consultado en [<https://bit.ly/3gi5yqy>].

Sin dudas, la Convención se erige como un umbral de actuación insoslayable para la tarea del MPF en sus diferentes instancias y temáticas en tanto prescribe con mucha precisión el alcance de ciertos derechos fundamentales de las personas mayores y fija un catálogo de obligaciones específicas cuyo cumplimiento corresponde exigir a las distintas autoridades del Estado. Por este motivo, su conocimiento, dominio y aplicación resultan imperativos e ineludibles para los integrantes del mencionado organismo público¹¹.

III. Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores (CIPDHPM)

La CIPDHPM fue adoptada por la Organización de los Estados Americanos (OEA) el 15 de junio de 2015 e incorporada por el Estado argentino mediante la ley 27.360 el 31 de mayo 2017¹². Como parte del derecho interno, esta convención cuenta con jerarquía superior a la ley, habilita a las personas a fundar sus reclamos jurídicos bajo su marco y obliga a todos los operadores y jueces a aplicarla en primacía, incluso respecto del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (CCyC)¹³. En su art. 1, la Convención establece que:

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 sociedad¹⁴.

La Convención asume el derecho de autonomía y el principio de independencia en su Preámbulo y en numerosos artículos, y establece de esta manera su carácter central. El Capítulo IV está destinado a la enumeración de los dere-

¹¹ Unidad Fiscal para la Investigación de delitos cometidos en el ámbito de actuación del Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados, *Aportes para la aplicación de la nueva Convención Interamericana sobre la Protección de Derechos Humanos de las Personas Mayores por el Ministerio Público Fiscal*, consultado en [<https://bit.ly/3D5kBwI>].

¹² Convención Internacional sobre los Derechos Humanos de Personas Mayores, ley 27.630, 2015. Consultado en [<https://bit.ly/3Sawoy8>].

¹³ DABOVE, *Derechos Humanos de las Personas Mayores*, op. cit., pág. 24.

¹⁴ OEA, Convención Internacional sobre los Derechos Humanos de Personas Mayores, 2015, art. 1. Consultado en [<https://bit.ly/3gi5yqy>].

chos protegidos y contiene artículos significativos en relación con el amparo de salud. Así, se consagra el derecho de la persona mayor a tomar decisiones, a definir su plan de vida, a desarrollarse conforme a sus tradiciones y creencias en igualdad de condiciones y a disponer de mecanismos eficaces para poder ejercer sus derechos.

El derecho a la vida y a la dignidad en la vejez están consagrados en el art. 6, mientras que el art. 7 exige que la persona mayor tenga la oportunidad de elegir dónde y con quién vivir, y que no se vea obligada a un sistema de vida específico.

En esta misma dirección, el art. 11 regula uno de los derechos más relevantes en materia de salud e institucionalización: el consentimiento informado y las directivas anticipadas, cuestiones trascendentales también desde la perspectiva de los derechos personalísimos. En efecto, además de proclamar el derecho irrenunciable de la persona mayor a manifestar su consentimiento libre e informado —en el ámbito de la salud—, califica su negación como una forma de vulneración de derechos humanos. A la vez, conmina a los Estados parte a garantizar procesos mediante los cuales la persona mayor pueda manifestar de manera expresa su voluntad anticipada y dar instrucciones respecto de las intervenciones en materia de atención de la salud, incluidos los cuidados paliativos. En estos casos, la Convención subraya la necesidad de respetar que la voluntad anticipada pueda ser expresada, modificada o ampliada en cualquier momento solo por la persona mayor, por medio de instrumentos jurídicamente vinculantes, en conformidad con la legislación nacional¹⁵.

En el mismo sentido debemos mencionar el art. 12, en el cual se reconocen los derechos de la persona mayor que recibe servicios de cuidado a largo plazo (establecimiento de larga estadía) de la siguiente manera:

La persona mayor tiene 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 autonomía¹⁶.

Este artículo resulta de suma importancia y debe ser considerado especialmente por los operadores judiciales¹⁷. Ahora bien, la incorporación de la Con-

¹⁵ DABOVE, *Derecho de la Vejez*, op. cit., pág. 257.

¹⁶ OEA, op. cit., art. 12.

¹⁷ Dictámenes que destacan la Convención como normativa que obliga su cobertura son: FLP

vención al orden jurídico interno —superior a las leyes que componen el sistema de salud— coloca un verdadero coto a la posición que continúan sosteniendo los agentes de servicio de salud de no reconocer la institucionalización en residencia de larga estadía como cobertura médica¹⁸. Sin embargo, al no haber sido reglamentada la Convención o la prestación incorporada taxativamente al sistema de salud, las demandas continúan forjándose bajo el reparo de la Ley de Discapacidad No. 24.901¹⁹ que los Tribunales emplean para dictar sus sentencias, efectuando un esfuerzo para hallar una respuesta que permita armonizar una contingencia médica asistencial con nuestro sistema jurídico en general.

En este escenario, la intensidad de la labor judicial solo se entiende y justifica por la notoria y notable ausencia de normas específicas y precisas que permitan anticipar a los protagonistas del conflicto la respuesta legislativa a la contraposición de sus intereses.

IV. Situaciones problemáticas. Construcción de un sistema real de acceso a la Justicia para las personas mayores

El enfoque complejo de la vejez obliga a proponer una conceptualización especial que sea válida y eficaz para el campo del derecho. Según la mirada jurídica, el envejecimiento global y multigeneracional no siempre conlleva la posibilidad de vivir situaciones positivas. En efecto, a pesar del éxito de la longevidad en todo el mundo, suele ser habitual que las personas mayores queden sometidas a posiciones jurídicas de gran fragilidad, que lesionen incluso sus derechos humanos. Situaciones de abuso y maltrato, exclusión social, abandono y aisla-

55537/2018 “Spalleta Ernesto Donato c/ OSDE y otros s/ Amparos Ley 16.986”; FLP 24300/2020 “Lorenzo, Héctor Raúl C/ Obra Social del Personal de La Sanidad (Ospsa) S/Amparo Ley 16.986”; FLP 55537/2018 “Spalleta Ernesto Donato c/ OSDE y otros s/ Amparos Ley 16.986”; FLP 46658/2019 “Sanabria Bernardina c/ PAMI s/ Amparo Ley 16.986”; FLP 13093/2020 “Lang, Blanca Amelia c/ Osecac s/Amparo Ley 16.986”; FLP 37430/2019 caratulado “Fernández, Liliana c/ Osmecon Salud S/ Amparo Ley 16.986”; entre otros muchos.

¹⁸ Cuando la litigación se convierte en una condición previa de acceso a ciertos beneficios y no se diagnostica la acumulación de casos ni se reacciona frente a ella, los gastos de las aseguradoras pueden incrementarse como resultado de las costas legales, lo que provoca el desvío de recursos sanitarios, de por sí escasos, fuera del sistema de salud. Además, las barreras que ciertos grupos marginados enfrentan para acceder a los tribunales pueden, en efecto, profundizar su marginación. Cfr. YAMIN, Alicia, *La Lucha por los Derechos de la Salud: ¿puede la justicia ser una herramienta de cambio?*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2013, pág. 87.

¹⁹ Sistema de prestaciones básicas en habilitación y rehabilitación integral a favor de las personas con discapacidad, ley 24.901, 1997. Consultado en [[Reflexiones sobre el Derecho a la Salud - II](https://bit.ly/3M]dsoM].</p></div><div data-bbox=)

miento, pobreza, falta de acceso a la salud, entre otras, son solo algunos ejemplos que convierten a los mayores en un grupo vulnerable²⁰.

En este punto, resulta oportuno mencionar el caso de las personas mayores que se encuentran alojadas en instituciones geriátricas, ya que pueden verse impedidas de acudir a la Justicia en defensa de sus derechos. De hecho, una práctica habitual en las acciones de amparo de salud ocurre cuando los familiares institucionalizan a la persona mayor, sin que la acción judicial cuente con el consentimiento informado ni la representación adecuada, situación que, en principio, daría lugar a la configuración del delito de privación ilegítima de la libertad. Así lo entendió, por ejemplo, el Tribunal Oral en lo Criminal No. 14 al aplicar esta figura en un fallo en el que “se acreditó que la damnificada fue internada contra su voluntad en un geriátrico por su nuera y por su nieta, y que se dio expresa orden de que se prohibiera la externación, la comunicación y la visita de terceros”²¹.

En otro caso de interés, el Superior Tribunal de Justicia (STJ) del Chaco resolvió una acción de *habeas corpus* entablada por una persona mayor contra una residencia geriátrica. En la acción, el damnificado relató que fue trasladado por su hija mediante engaños, para consultar a un médico sobre la recuperación por un accidente sufrido en bicicleta. También detalló que la relación con la exesposa y las hijas de ambos siempre fue conflictiva, y que los motivos de la internación fueron los celos y la percepción de su jubilación, que luego de su internación comenzó a administrar la hija.

En el caso, el actor empleó como principal argumento de su acción la falta absoluta de orden judicial que dispusiera su internación y ausencia de su consentimiento informado. En el análisis realizado por el STJ se señaló que el caso debía ser valorado desde la tutela constitucional prevista en el art. 43 de la CN, pero también debían tenerse en cuenta las previsiones de la ley No. 26.657 de Salud Mental a la cual la provincia adhirió.

El Tribunal destacó que la Ley de Salud Mental introdujo un nuevo paradigma de la presunción de la capacidad de las personas: “que la internación involuntaria únicamente se concibe si mediare situación de riesgo cierto e

²⁰ DABOVE, *Derecho de la Vejez*, op. cit., pág. 39.

²¹ Tribunal Oral en lo Criminal N.º 14, 3/12/09, confirmado por la Sala III de la Cámara Nacional de Casación Penal (30/6/10), en el expediente “Sacco, Adelma C., y otra s/ Privación de la libertad agravada”, citado por DABOVE, *Derechos Humanos de las Personas Mayores*, op. cit., págs. 41-42.

inminente para sí o para terceros”²². En el análisis se especificó además que, pese a que la institucionalización se realizó por sugerencia de la médica tratante ante la imposibilidad del damnificado de sostener un tratamiento ambulatorio (padecía trastorno mentales y alcoholismo), “la internación fue involuntaria, por lo que la residencia geriátrica debió notificar obligatoriamente en un plazo de diez (10) horas al juez competente y al órgano de revisión”. El Tribunal agregó que:

Es el juez el que realiza el control de legalidad del procedimiento y autorizar la internación si están dadas las causales por la ley o denegarlas en caso de evaluar que no existen los supuestos necesarios para la medida de internación involuntaria [...] debe asegurar la externación de forma inmediata²³.

Finalmente, el Tribunal dejó asentado que “si la internación voluntaria tiene carácter restrictivo más aun la involuntaria, que debe contar con un plus de garantía, el control judicial permanente”. Así, resolvió la externación del damnificado y, conforme fue requerida en la acción, la realización de tratamiento ambulatorio con seguimiento y contención de una persona de confianza²⁴.

Otro caso judicial que resulta pertinente citar se trató en el Juzgado de Familia No.1 de Berazategui, provincia de Buenos Aires (PBA). Allí se tramitó un pedido de determinación de la capacidad iniciado por la hija de la persona mayor que se encontraba institucionalizada en una residencia geriátrica.

En la presentación, la hija expuso que su padre de 87 años, antes de internarse voluntariamente en el hogar, vivía con ella y su hija de 14 años. Ella comenzó a observar que el padre olvidaba las canillas del baño abiertas, le costaba pararse de la silla, olvidaba las hornallas encendidas sin haber utilizado la cocina, dejaba las luces encendidas de la casa, olvidaba tomar la medicación, pasaba muchas horas en su habitación a oscuras, gritaba, se paseaba desnudo, entre otros comportamientos, por lo que decidió, junto con su hermano, llevar a su padre al geriátrico.

²² Derecho a la Protección de la Salud Mental, ley 26.657, 2010, art. 20. Consultado en [<https://bit.ly/3VGNtTo>].

²³ STJ del Chaco, “B.O.A. s/ habeas corpus”, Expte. N.º 18/17, Resistencia 5/10/2017. Consultado en [<https://bit.ly/3CMcMmC>].

²⁴ *Ibidem*.

Refirió que, tiempo después, el padre insistió en querer irse del hogar y lo retiraron. No obstante, ante nuevos episodios, decidieron que estaría mejor cuidado en el geriátrico y retornaron a institucionalizarlo. El neurólogo solicitó la consulta con un psiquiatra que asistió a la residencia y prescribió la necesidad de cuidados las 24 horas.

Sustanciada la acción por el damnificado, se presentó su abogado invocando la franquicia de gestor²⁵, aduciendo que su representado fue internado por su hija y su hijo en un geriátrico en julio del 2021. Explicó que, tras haber sufrido una caída en su casa, permaneció internado hasta el mes de septiembre y luego en su casa sufrió un accidente doméstico que derivó en un nuevo ingreso al geriátrico.

El letrado mencionó que su representado expresó la intención de regresar a su casa ante la ausencia de prescripción u orden médica que justificara su internación involuntaria en un dispositivo de puerta cerrada, al no existir causales de peligro y riesgo para sí y para terceros que justificaran una internación involuntaria.

Además, indicó que su hija e hijo lo visitaban en el lugar de forma esporádica y que la poca comunicación que guardaban era a través de WhatsApp. También agregó que la hija era apoderada de su jubilación y administraba todos sus ingresos y que, en oportunidad de comunicar al geriátrico su intención de concurrir a una visita médica para realizarse un control, le fue negada la salida, restringiéndose su libertad.

Luego de tomar contacto personal la Asesoría de Incapaces, la Unidad de Defensa y la titular del Juzgado, el damnificado agregó que en su casa sustentaba todo con sus propios ingresos. También informó que se le había roto el audífono y reclamó no contar con medios ni forma de salir a comprar uno nuevo o arreglar el propio. Relató que el lugar no le permite recibir visitas, salvo la de los hijos. Los funcionarios señalaron en el acta que el afectado deambulaba solo, conocía el valor del dinero, se bañaba solo, hablaba sobre sus propiedades y escritura, y se encontraba orientado en tiempo y espacio. Ordenada la intervención del equipo interdisciplinario por el juez, los profesionales intervinientes concluyeron que:

²⁵ Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, ley 17.454, 1981, art.48.

De la entrevista realizada, no se desprende la necesidad de realizar tratamiento médico bajo dispositivo restrictivo, debe realizarse controles clínicos cardiológicos periódicos por su antecedente y edad. Se considera que entrevistado presenta autonomía para el desempeño de sus actividades cotidiana (sic)²⁶.

Al momento de resolver, el juez rechazó la petición de restricción de la capacidad solicitada por la hija²⁷. Además, informó al geriátrico la sentencia recaída e indicó que no existían impedimentos para que la persona mayor decidiera sobre su permanencia en la institución y recibiera visitas durante el tiempo que residiera allí. Por último, intimó a la hija a regresar a su padre el documento de identidad, las tarjetas de crédito y débito que se encontraran a su nombre, el carnet de la obra social, las escrituras de propiedades y toda documentación personal que tuviera en su poder²⁸.

Los fallos citados resultan interesantes puesto que muestran la vulnerabilidad y la fragilidad jurídica en la que muchas veces pueden encontrarse las personas mayores. Por otra parte, estos fallos invitan a reflexionar acerca de si los amparos de salud —iniciados generalmente por el familiar del titular del interés jurídico directo— tendientes a obtener la cobertura de la residencia de larga estadía en la que se institucionalizó a la persona mayor deberían ser objeto de un tratamiento especial²⁹.

En este sentido, la intervención de la Defensoría Pública Oficial, para asegurar una adecuada representación de las personas mayores y repensar la postura de la procedencia de interponer amparo a favor de terceros en los casos de institucionalización, podría colaborar para evitar situaciones de institucionalizaciones forzadas y, de ese modo, garantizar otros derechos que la práctica naturalizada afecta.

En otro caso, la Cámara Federal de Bahía Blanca resolvió un pedido de excepción de falta de personería invocada por la aseguradora de salud demandada.

²⁶ Juzgado de Familia No.1 de Berazategui, Provincia de Buenos Aires, expediente 4184/2022, caratulado “P.B.E s/ Determinación de la Capacidad Jurídica”, 26/09/2022.

²⁷ La hija había desistido de la acción, días antes de la resolución, sin causa.

²⁸ Juzgado de Familia No.1 de Berazategui, op. cit.

²⁹ En el libro *Derechos Humanos de las Personas Mayores* (DABOVE, op. cit, p. 141), se describe que es práctica habitual la internación forzada de las personas mayores en estos establecimientos, sin contar, por lo tanto, con su consentimiento informado. También se observó el aislamiento del exterior que genera la vida en esas instituciones y la falta de consideración de la externación.

En este, la acción de amparo fue promovida por la sobrina de la amparista. El juez, haciendo lugar a la acción, ordenó que se brindara la cobertura total de la prestación de internación geriátrica junto con un acompañante terapéutico. Remitido el expediente a la Cámara Federal a partir de la apelación realizada por la prestadora de salud, el Tribunal observó la existencia de una falta de representación adecuada de la actora. Al respecto, expuso que la cuestión:

...debió ser analizada por el juez de grado, incluso de oficio, pues los magistrados tienen el deber de controlar el cumplimiento de los presupuestos procesales al tiempo en que se formaliza la demanda y en cada uno de los actos que las partes se desenvuelven³⁰.

Por su parte, el Tribunal repuso que:

El cumplimiento de las normas de representación concierne a la capacidad procesal de quienes actúan en representación de los sujetos legitimados (titular de interés jurídico relevante), y sus falencias debe ser advertidas por el Tribunal, aun cuando sean aceptadas por la adversaria³¹.

Al ingresar al estudio del trámite, el Tribunal advirtió que el amparo no fue promovido por la damnificada, quien padecía demencia senil y se encontraba al cuidado de su sobrina. La actora, en su primera presentación, no acompañó documentación que acreditara la representación alegada, circunstancia que fue convalidada por el juez de grado, quien había declarado procedente la acción por las circunstancias en la que se encontraba la amparista y que imposibilitaban, a su juicio, la realización de actos procesales. Más adelante, con el objeto de acreditar la representación, la actora acompañó una copia simple de un certificado emitido por la ANSES en el que se dejaba constancia que resultaba apoderada de su tía para el cobro de sus haberes jubilatorios.

El Tribunal, al resolver, ofrece un interesante argumento, el cual puede sintetizarse del siguiente modo:

³⁰ Cámara Federal de Apelación de Bahía Blanca, Expediente FBB 11293/2017/CA1, caratulado "P. T. R. A. c/ D.A.S.U.T.E.N s/ Amparo Ley 16.986", 23/02/2018.

³¹ *Ibidem*.

- a) más allá de la gravedad del cuadro de salud presentado por la amparista, la ley prevé que la acción de amparo podrá deducirla toda persona individual y jurídica que se considere afectada conforme los presupuestos del art. 1 de la ley 16.986, por lo que, a falta de norma contraria, como ocurre con el *habeas corpus*, debe seguirse el principio de que el actor debe ser el titular del derecho perjudicado.
- b) la posibilidad de que sea interpuesta la acción por una persona distinta que el afectado, como una suerte de acción popular, aun cuando este estuviera imposibilitado para deducirla, no es admitida en la legislación nacional, lo que puede aceptarse en algún caso de extrema gravedad y urgencia, que no se avizoró en el caso bajo examen.
- c) como regla, solamente tendrán legitimación activa el afectado, o su representante legal o convencional, cuando aquel se halle inhabilitado o impedido para actuar.
- d) tampoco existe ninguna norma que flexibilice las reglas de representación procesal establecidas en las normas rituales aplicables supletoriamente (art. 17, ley 16.986). El expedito funcionamiento del amparo no obsta al cumplimiento de normas vigentes sobre representación.
- e) corresponde en este caso aplicar las reglas generales de justificación de la personería que brinda el Código Civil y Comercial de la Nación [...] tal personería no se acredita con un poder de cobro de haberes como el presentado en autos, ni con la acreditación del denunciado vínculo familiar entre la afectada y su representante. Para comprobar tal extremo, es necesaria la presentación de un poder realizado ante un actuario o, en su defecto, si la afectada se halla imposibilitada para extender tal poder, debe el interesado solicitar su designación en el marco de un proceso de determinación de la capacidad en la justicia provincial³².

Con esta base, el Tribunal remitió las actuaciones al juzgado de origen y ordenó que se fijara un plazo en el que se enmendara el defecto de representación de la actora³³.

La decisión adoptada por el Tribunal puede ser apreciada a tutelar principios rectores de la CIPDHPM como la autonomía, la libertad, la independencia

³² *Ibidem*.

³³ *Ibidem*.

y el consentimiento, todos ellos tipificados como derechos humanos irrenunciables.

Medidas de protección propuestas por el MPF en dictámenes vinculados a la institucionalización de las personas mayores

A los fines de evaluar los caminos para garantizar un acceso a la justicia real y efectiva, es necesario reflexionar, como se expuso en el apartado anterior, sobre las prácticas habituales y situaciones problemáticas que atraviesan las personas mayores que afectan el ejercicio pleno de sus derechos en el ámbito judicial.

La vista del expediente que se le otorga a la Fiscalía, previo al dictado de la sentencia en los amparos de salud, implica no solo expedirse sobre la admisibilidad de la acción³⁴, sino que también supone dictaminar sobre las llamadas “cuestiones de orden público”, es decir, aquellas que exceden el mero interés personal de las partes y en las que se ve comprometido un interés superior —para el caso, la protección de los derechos de la persona mayor institucionalizada—. Entonces, la vista se instituye como el tiempo procesal oportuno para realizar una evaluación integral de la causa con el propósito de practicar la misión constitucional encomendada al MPF.

En este sentido, es importante mencionar algunas de las medidas peticionadas por el MPF en favor de los derechos de las personas mayores en los amparos cuyo objeto implicara la cobertura de la residencia de larga estadía³⁵.

³⁴ Ley 16.986, art. 1; Constitución Nacional, art. 43.

³⁵ Las medidas expuestas corresponden a la tarea desarrollada por la Secretaría No Penal de la Fiscalía Federal No.1 de Lomas de Zamora en las acciones de amparo de salud en la que se solicitó la cobertura de institucionalización en residencia de larga estadía, expedientes, entre otros: FLP 8069/2017 “G. A. c/ OSMECON Salud s/ Prestaciones Médicas”; CCF 5617/2018 “A. A. M. c/ DOSUBA s/ Sumarísimo de Salud”; FLP 37351/2016 “F. B. c/ Swiss Medical S.A. c/ Swiss Medical S.A. s/ Amparo Ley 16.986”; CCF 210/2016 “R. C. S. N. c/ APRES S.A s/ Amparo Salud”; FLP 69943/2017 “A. F. c/ Circulo Médico de Lomas de Zamora (OSMECON SALUD) y otros s/ Amparos Ley 16.986”; FLP 19988/2018 “M. N. Á. c/ OSMECON Salud s/ Prestaciones Médicas”; CCF 1858/2018 caratulado “R. N. E. c/ Hospital Británico s/ Amparo de Salud”; FLP 114697/2018 “A. J. O. c/ Asociación Médica de Almirante Brown Sami Salud s/ Amparo Ley 16.986”; FLP 114697/2018 “J. M. M. c/ Organización de Servicios Directos Empresarios (OSDE) s/ Ley de Discapacidad”.

a) Informe interdisciplinario a cargo de la obra social o empresa de medicina privada

La medida tuvo lugar al observarse de manera sistemática que los certificados médicos adjuntados a los expedientes afirmaban o describían diagnóstico y padecimiento de las personas mayores, pero se hallaban desprovistos de una indicación terapéutica o no indicaban la institucionalización. Asimismo, la documentación médica resultaba muchas veces suscripta meses o años después de producida la fecha de ingreso a la residencia de larga estadía, de manera que la situación sugería que la institucionalización no había respondido a una indicación médica o terapéutica específica.

En el amparo de salud, la prescripción médica es concluyente: su ausencia o imprecisión no puede ser desatendida, en tanto ostenta una situación problemática en la que la salud y las garantías de la persona mayor pueden verse afectadas por decisión del familiar. Este, sin el adecuado conocimiento de aquellas prestaciones médicas asistenciales que puedan favorecer de manera adecuada a la persona mayor, se precipita a su institucionalización, extremo que puede derivar en agravar su estado de salud. Por ello, el certificado médico, se entiende, no puede quedar reducido a un instrumento meramente formal para la promoción de la acción de amparo.

Por eso, la ley 24.901 que se emplea como fuente de reclamo asigna al equipo interdisciplinario una tarea de suma importancia que puede verse fortalecida si se ordena su confección con la participación del médico tratante del amparista³⁶.

A su vez, el propósito de la intervención del equipo interdisciplinario es que profesionales capacitados establezcan claramente la línea de intervención, orientación, abordaje y ejecución de las prestaciones médicas y asistenciales que pudiera necesitar la persona mayor, pero también *todas* las que podrían favorecer la integración social y su inserción en el Sistema de Prestaciones Básicas de Atención Integral a Favor de las Personas con Discapacidad³⁷. Incluso puede permitir,

³⁶ La Superintendencia de Servicios de Salud en la causa FLP 17578/2015 caratulada “R. M. H. y otros c/ OSMECON Salud – Circulo Médico de Lomas de Zamora s/ Prestaciones Médicas”, respecto del deber de las obras sociales y las demandas de sus afiliados en materia de discapacidad señaló que “es el equipo interdisciplinario de la obra social juntamente con el médico tratante quienes deben evaluar todas aquellas acciones que favorezcan la integración social del afiliado, como también, la conveniencia o no de otorgar la prestación teniéndose en cuenta la patología del paciente y el estado evolutivo”, fojas 157/159.

³⁷ Ley 24.901, op. cit.

en muchos casos, conocer si la persona se encuentra en condiciones de prestar consentimiento informado³⁸.

La incorporación del elemento técnico genera la información y el conocimiento objetivo necesarios para garantizar los derechos de las personas mayores. También permite sugerir nuevas medidas, como ser, la determinación de la capacidad, la intervención de la Defensoría Pública Oficial, el traslado a otra institución, la adopción de prestaciones médicas complementarias, etc.

b) Medida informativa. Oficio al Registro Único y Obligatorio de Establecimientos Geriátricos, dependiente del Ministerio de Salud de la PBA

Frente a la ausencia de acreditación en los expedientes de que las residencias de larga estadía se encontraran inscripta y habilitada por las autoridades competentes, se formaliza el pedido de oficio al Registro Único y Obligatorio de Establecimientos Geriátricos, dependiente del Ministerio de Salud de la Provincia. En la PBA, el 13 de abril de 2011 se sancionó la ley 14.263, cuyo objeto es regular el funcionamiento de los establecimientos geriátricos de gestión pública y privada, con o sin fines de lucro, en todo el territorio de la provincia³⁹. La normativa considera “establecimiento geriátrico” a toda institución de gestión pública o privada que tenga por finalidad brindar alojamiento, alimentación, higiene, recreación activa o pasiva, atención médica y, en general, toda acción vinculada al bienestar físico y psíquico de las personas adultas mayores desde los sesenta y cinco (65) años de edad⁴⁰.

Esta ley refiere que la habilitación, categorización y fiscalización de los establecimientos geriátricos será otorgada por la autoridad de aplicación (el Ministerio de Salud de la PBA) e instituye que, solo una vez otorgada la habilitación provincial, las municipalidades deberán registrarla. A su vez, expresa que el gobierno local tendrá competencia concurrente con la autoridad de aplicación en la forma y condiciones que fije la reglamentación⁴¹.

Por su parte, el decreto 1190/12, que reglamenta la ley 14.263, establece que dichos establecimientos no podrán prestar servicios sin la previa habilitación e

³⁸ *Ibidem*, arts. 11 y 12.

³⁹ Ley 14.263, 2011, art. 1.

⁴⁰ *Ibidem*, art. 4.

⁴¹ *Ibidem*, arts. 9, 10, 11 y 12.

inscripción en el Registro Único y Obligatorio de Establecimientos Geriátricos de la Provincia de Buenos Aires⁴².

En síntesis, en la PBA las condiciones para el ejercicio comercial de las residencias de larga estadía son las siguientes: para el inicio de la actividad deben encontrarse 1) registradas en el “Registro Único de Establecimientos Geriátricos del Ministerio de Salud de la Provincia de Buenos Aires”; 2) contar con una “habilitación municipal” (o como lo denominan los municipios, “localización”).

Al tornarse efectiva, esta medida arrojó un número sorprendente de residencias que se encontraban ejerciendo el comercio de forma ilegal⁴³. La ilicitud, que aumenta el estado vulnerabilidad de la persona mayor, no puede ser eludida por el MPF. En definitiva, la omisión afecta derechos, normas de orden público y el debido proceso (la Ley de la Provincia de Buenos Aires de Regulación de Establecimiento Geriátrico⁴⁴, el CCyC, la Ley de Discapacidad y su Convención, la Ley del Paciente y la CIPDHPM, entre otras).

En los casos en que la medida informativa diera un resultado negativo, es decir, que el Ministerio de Salud comunicara que el lugar no se encuentra habilitado, el MPF propone arbitrar una medida de protección colectiva.

c) De protección colectiva

En protección de las otras personas mayores alojadas en la residencia, se promueve oficiar al Ministerio de Salud de la Provincia de Buenos Aires, a la Dirección de Registro y Fiscalización Sanitaria y al Municipio que corresponda. En efecto, estas, en carácter de autoridades de aplicación, arbitrarán las medidas administrativas y judiciales que garanticen la protección, seguridad y derechos de la población de personas mayores que se encontrasen residiendo en el establecimiento.

⁴² Decreto 1190, 2012, art. 4.

⁴³ El número de establecimientos no habilitados está descendiendo con el correr de los años (al menos, el de los que llegan a estar vinculados a recursos de amparo).

⁴⁴ “Los Tribunales y Jueces Nacionales en el ejercicio de sus funciones procederán aplicando la Constitución como ley suprema de la Nación, las leyes que haya sancionado o sancione el Congreso, los Tratados con Naciones extranjeras, las leyes particulares de las Provincias, las leyes generales que han regido anteriormente a la Nación y los principios del derecho de gentes, según lo exijan respectivamente los casos que se sujeten a su conocimiento en el orden de prelación que va establecido”. Jurisdicción y Competencia de Los Tribunales Nacionales, ley 48, 1853, art. 21.

d) Intervención complementaria del Ministerio Público de la Defensa (arts. 1, 5 y 13 de la ley 27.149)

Como se expuso en el apartado IV, resulta común que las acciones de amparo sean promovidas por el familiar de la persona mayor, invocando representatividad “en su favor”, y no por el afectado directo. Incluso, es criterio jurisprudencial unánime la procedencia de interponer amparos a favor de terceros en aquellos casos en que el afectado se encuentre imposibilitado de hacerlo o en aquellos de extrema gravedad o urgencia. Sin embargo, no escapa la acción de amparo a las exigencias de la legitimación propias del sistema procesal y la regla de la capacidad jurídica prevista en el CCyC.

Entre los derechos protegidos de la persona mayor se encuentra el de brindar el consentimiento informado de manera previa, voluntaria, libre y expresa sobre todas aquellas prácticas que se le efectúen en el ámbito de la salud. Este es un recaudo que con mayor rigor debe primar, debido a los derechos humanos que entran en juego. Además, y no menos importante, constituye el derecho de una adecuada representación en el proceso judicial.

No debería existir impedimento para que, en el proceso de amparo de salud, se inste al familiar a que promueva ante el fuero ordinario el proceso de determinación de la capacidad de la persona mayor. Esto permitiría contar con una adecuada representación, atendiendo a que las decisiones que se adopten restringen la libertad de la persona. Los presupuestos fácticos que habilitan, por un lado, la internación de una persona mayor y, por el otro, las restricciones a la capacidad jurídica son diferentes y uno no debería ser consecuencia del otro, ni deberían ser confundidos entre sí.

Asimismo, las medidas de apoyo previstas en el CCyC tienen como función promover la autonomía de la persona mayor y facilitar la comunicación, la comprensión y la manifestación de la voluntad para el ejercicio de sus derechos. Es el interesado quien puede proponer al juez la designación de una o más personas de su confianza para que le presten apoyo.

El CCyC, en cuanto a la capacidad jurídica, señala que “toda persona humana goza de la aptitud para ser titular de derechos y deberes jurídicos. La Ley puede privar o limitar esta capacidad respecto de hechos, simples o actos, o actos jurídicos determinados”⁴⁵, de manera que “toda persona humana puede ejercer

⁴⁵ CCyC, art. 22. Buenos Aires, Honorable Cámara de Diputados de la Nación, 2015.

por sí misma sus derechos, excepto las limitaciones expresamente previstas por nuestro Código y en una sentencia judicial⁴⁶. Asimismo, el art. 31 indica:

La restricción al ejercicio de la capacidad jurídica se rige por las siguientes reglas generales: a) la capacidad general de ejercicio de la persona humana se presume, aun cuando se encuentre internada en un establecimiento asistencial; b) las limitaciones a la capacidad son de carácter excepcional y se imponen siempre en beneficio de la persona⁴⁷.

Luego, el artículo 41, en cuanto a la internación, refiere que: “La internación sin consentimiento de una persona, tenga o no restringida su capacidad, procede sólo si se cumplen los recaudos previstos en la legislación especial y reglas generales de esta Sección⁴⁸ y el art. 43, que regula el Sistema de apoyo al ejercicio de la capacidad, establece que:

Se entiende por apoyo cualquier 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 en general. Las medidas de apoyo tienen como función la de promover la autonomía y facilitar la comunicación, la comprensión y la manifestación de voluntad de la persona para el ejercicio de sus derechos. El interesado puede proponer al juez la designación de una o más personas de su confianza para que le presten apoyo. El juez debe evaluar los alcances de la designación y procurar la protección de la persona respecto de eventuales conflictos de intereses o influencia indebida. La resolución debe establecer la condición y la calidad de las medidas de apoyo y, de ser necesario, ser inscripta en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas⁴⁹.

⁴⁶ *Ibidem*, art. 23.

⁴⁷ *Ibidem*, art. 31.

⁴⁸ *Ibidem*, art. 41.

⁴⁹ *Ibidem*, art. 43.

No obstante, la realidad fáctica en el proceso judicial revela situaciones problemáticas⁵⁰ que fundamentan la intervención del Ministerio Público de la Defensa. La función que le asigna la Constitución Nacional y la Ley Orgánica al Defensor Público Oficial⁵¹ le otorga capacidad y competencia para promover medidas tendientes a la protección y defensa de los derechos fundamentales, en especial, los de quienes la ley considera que se encuentran en situación de mayor vulnerabilidad, como lo son las personas mayores institucionalizadas⁵².

Conclusión

La adhesión de nuestro país a la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores ha incorporado al derecho positivo argentino una serie de principios protectores y rectores a favor de este grupo de la sociedad definido por su edad. Por diversas razones sociales, económicas y culturales, las personas mayores son una población vulnerable que requiere del especial cuidado de los organismos estatales. El MPD es especialmente responsable de esa protección en los ámbitos delimitados por la ley.

Las acciones de amparo en las que se busca extender la cobertura de la institucionalización de la residencia de larga estadía al agente de servicio de salud encierran mucho más que ese delimitado objeto procesal. Más aún, ensamblan derechos de naturaleza superior que no pueden ser desatendidos por la vorágine laboral y demandan un trato diferenciado y preferencial por parte de los operadores judiciales.

Por estas razones, es preciso que el servicio de justicia no se desactualice en el campo del derecho de la vejez para resultar eficaz en su tarea y contribuir a la

⁵⁰ Certificado médico sin especificación de internación, falta de consentimiento informado, internación promovida sin la intervención de un equipo interdisciplinario, falta de acreditación de habilitación de la residencia por autoridad competente, internación sin control judicial, etc. Muchas veces estos problemas son acumulativos.

⁵¹ Ley Orgánica del Ministerio Público de la Defensa N°27.149.

⁵² La Defensoría Pública Oficial No. 2 ante los Juzgados Federales de 1ra. Instancia de Lomas de Zamora en causa FLP 69943/2017 "A. F. c/ Circulo Medico de Lomas de Zamora (Osmecon Salud) y otros s/ Amparo Ley 16.986" instó la intervención de la Defensoría de Menores e Incapaces, con competencia en asuntos de familia, con el objeto de que evaluara la posibilidad de ejercer la legitimación contenida para solicitar la declaración de incapacidad o de capacidad restringida de la persona institucionalizada (art. 33 del CCyC) y, en su caso, en el marco del proceso, considerara la designación de un representante legal o la determinación de los apoyos necesarios (arts. 32, 43 y cctes. del CCyC).

calidad de vida de este sector. Para ello, es necesario restituir, como se advierte desde los sectores académicos, la deuda que el sistema jurídico ha contraído respecto de las personas mayores en el acceso a la justicia real y a la efectivización de los derechos reconocidos en las leyes, la CN, los tratados internacionales y la CIDHPM.

Por consiguiente, debemos proponernos trabajar para lograr una toma de conciencia integral acerca de los derechos de las personas mayores y las buenas prácticas respecto de ellos. Sin dudas, es tarea del Poder Judicial y de los Ministerios Públicos evitar que los derechos declarados en nuestro ordenamiento jurídico se cristalicen y se tornen rígidos.

En ese firme convencimiento, en aquellos procesos, se promueve verificar la representatividad de quien reclama, el abordaje interdisciplinario, la existencia de un consentimiento informado, cotejar que el establecimiento de larga estadía se encuentre habilitado, proponer la intervención de la Defensoría Pública Oficial, entre otras medidas que permitan efectivizar derechos y garantizar el debido proceso.

Estas medidas propuestas por el MPF complementan la justa resolución del recurso de amparo por parte del Juzgado Federal que propende a la protección de los derechos de las personas mayores, sin perjuicio de señalar, al mismo tiempo, que aún queda mucho camino por andar.

EL TRÁMITE DEL AMPARO DE SALUD

SANTIAGO DÍAZ CAFFERATA*

I. Introducción

La aplicación e interpretación de los amparos genera con frecuencia un cierto margen de dificultad para sus operadores.

Por un lado, siguiendo los señeros fallos “Siri” y “Samuel Kot S.R.L.,” existe una tendencia a estimar que es propio de las autoridades judiciales hacer efectivas las garantías constitucionales, aún por encima de las leyes reglamentarias (Fallos: 239:459 y 241:291). En palabras de Orgaz, dejar parcialmente de lado los aspectos técnicos y subordinar los mismos a la solución justa¹.

Al mismo tiempo, el mandato constitucional de proceder de manera expedita y rápida impone limitaciones tanto respecto al tipo de conflictos que pueden canalizarse por esta vía como a la cantidad de procesos que puede gestionar cada tribunal —generalmente con pocos recursos— sin afectar tal celeridad.

El texto de la ley 16.986², por su parte, no ha sido alterado en más de cincuenta años, pero sus disposiciones deben ser parcialmente reinterpretadas en función de la modificación constitucional de 1994 y de los compromisos internacionales asumidos, de entre los que cabe destacar las garantías judiciales reconocidas por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, o Pacto de San José de Costa Rica.

A lo largo del tiempo, la jurisprudencia ha morigerado muchas de las durezas de la ley 16.986 y ha paulatinamente reelaborado la norma, adaptándola a

* Abogado (Univ. Nac. de Córdoba), Diplomado en género, derecho y violencias (Univ. Nac. de Córdoba) y Magister en Derecho Administrativo (Univ. Austral). Docente de grado y posgrado. Secretario del Juzgado Federal de San Francisco.

¹ ORGAZ, Alfredo, *El recurso de amparo*, Bs. As., Depalma, 1961, p. 19.

² En realidad, decreto-ley. Empleamos el término ley por ser el uso más difundido.

los distintos tiempos y aportándole una vitalidad necesaria para complementar algunas de las disposiciones originarias³.

Cuando el amparo refiere a materia de salud, encontrándose muchas veces la vida en juego y con urgencias propias de la materia, aparecen también más particularidades.

En ese marco, el presente trabajo intenta hacer un aporte sobre algunos aspectos controversiales del trámite de los amparos de salud, especialmente con cita a criterios sentados por la Corte Suprema.

II. Los límites de la acción de amparo: el examen de admisibilidad

II.1. El examen de admisibilidad

La acción de amparo es definida por la Constitución como *expedita y rápida*, y la ley prevé plazos de apelación en horas y múltiples restricciones para las partes, consecuentes con ese objetivo de tramitar una causa judicial de modo célere.

Para hacer honor a tales adjetivos, en un amparo las presentaciones deben ser proveídas en el día en que son presentadas o, a más tardar, en el siguiente. La ley, a su vez, prevé que las sentencias deben ser dictadas dentro de un plazo de dos o tres días.

Esos términos pueden ser perfectamente cumplidos por los tribunales, pero para ello es un requisito necesario e indispensable que los amparos que se tramiten no sean demasados. Corresponde al tribunal seleccionar de entre las causas en las que se propone el trámite de amparo, cuáles son aquellas que necesitan esa urgencia y relegar las demás a las vías ordinarias. Esto implica un estricto control de admisibilidad.

Así entiende la Corte Suprema: “El amparo es un proceso reservado para aquellas situaciones extremas en que la carencia de otras vías legales aptas para zanjarlas pueda afectar derechos constitucionales; su viabilidad requiere, por consiguiente, circunstancias muy particulares, caracterizadas, entre otros aspec-

³ No desconocemos las fundadas críticas que se le han formulado. Entre muchos otros, véase PIZZOLO, Calogero, “El amparo genérico” en MANILI, Pablo L. (coord.), *Derecho Procesal Constitucional*, Bs. As., Ed. Universidad, 2005., p. 49 o VANOSI, Jorge R., “¿Hasta cuándo ‘Catilina’ a la espera de una nueva ley de amparo?”, en MANILI, Pablo L. (coord.), *Constitución de la Nación Argentina. A 25 años de la reforma de 1994*, Bs. As., Hammurabi, 2019, p. 249.

tos, por la existencia de un daño concreto y grave que sólo pueda eventualmente ser reparado acudiendo a la acción urgente y expeditiva del amparo” (“Video Visión S.R.L.”, Fallos: 312:262). La incorporación de la acción en la Constitución no implicó cambios en su estructura, tal como expresó la Corte Suprema a pocos meses de la reforma en “Ballesteros”, ratificando que: “La apertura de la vía del amparo requiere circunstancias muy particulares, caracterizadas por la existencia de arbitrariedad o ilegalidad manifiesta y la demostración, por añadidura, de que el daño concreto y grave ocasionado sólo puede eventualmente ser reparado acudiendo a la vía urgente y expeditiva del amparo” (Fallos: 317:1128).

Existen juzgados en los que se da trámite de amparo a todas las acciones en las que se peticiona esa vía, pero luego los despachos demoran semanas y las sentencias varios meses. Asignar a un proceso un trámite urgente para luego llevarlo cansinamente es hipocresía. Es burlar el mandato constitucional de tratar los amparos de modo rápido y expedito, pero, más gravemente aún, significa no dar respuestas urgentes a los conflictos que las requieren. Es negar a los casos que no admiten demoras una *tutela judicial efectiva y oportuna*, que surge del mandato preambular de afianzar la justicia y a la que nuestro país se ha comprometido al subscribir el Pacto de San José de Costa Rica.

El examen de admisibilidad comprenderá la competencia, la existencia de un caso, su actualidad y judiciabilidad, la legitimación y los requisitos de los arts. 1 y 2 de la ley 16.986. El examen de admisibilidad no se trata de una facultad *discrecional* que dependa del libre arbitrio de quien ocupa el cargo judicial, sino una evaluación ceñida a las disposiciones legales que delimitan la acción.

Ha sentado reiteradamente la Corte Suprema que es carga de quien pide la vía de amparo acreditar que se dan en el caso los recaudos que hacen viable la acción (“Blanco”, “Haddad”, “Transportes Automotores Mercedes”, “Del Campo”, “Arancibia”, “Cas TV S.A.”, “Case S.A.”, “Bonis”, “Villar” y “Servotron” (Fallos:274:13; 280:238; 283:335; 296:527; 302:1440; 305:1878; 306:788; 312:1891; 318:178 y 319:2955).

Sagüés entiende que la idoneidad de la acción de amparo se halla determinada, entre otros aspectos, por la índole de la pretensión intentada. Si esta requiere de mayor amplitud de debate o prueba, la vía ágil, eficaz y sencilla del amparo no será el medio procesal adecuado para hallar la tutela del derecho supuestamente vulnerado y sí, en cambio, el juicio ordinario. Explica que el amparo puede desvalorizarse y perder su carácter de mecanismo de tutela efectiva

de los derechos constitucionales frente al exceso en el ejercicio no responsable de tal proceso constitucional, importando sobrecarga tribunalicia ocasionada por una indebida inflación amparista⁴.

Por otro lado, corresponde ser sumamente cuidadoso antes de desestimar liminarmente una acción, puesto que el derecho de defensa en juicio requiere “que no se prive a nadie arbitrariamente de la adecuada y oportuna tutela de los derechos que pudieran eventualmente asistirle sino a través de un proceso conducido en legal forma y que concluya con el dictado de una sentencia fundada” (“Domini”, Fallos:310:1819).

Se ha planteado por parte de algunos tribunales, al recibir la demanda de amparo, la posibilidad de pedir al actor alguna aclaración o documentación antes de expedirse sobre la admisibilidad de la acción y de requerir el informe circunstanciado. Sin dudas ese temperamento será fruto de que de la presentación no surjan íntegramente los requisitos de admisibilidad, pero quien ejerce la magistratura —conforme los deberes que le impone el art. 34 inc. 5 apartado II del C.P.C.C.N.— pretende sanear la petición. Esa facultad ha sido reconocida por autores tales como Bidart Campos y Sagüés⁵ y es especialmente de aplicación en procesos de salud. En instancia originaria, podemos encontrar esas medidas previas en “Salas” o en “Asociación Argentina de Abogados Ambientalistas de la Patagonia” (Fallos:331:2925 y 339:515).

Es válido reconducir por otras vías acciones planteadas como amparo. Así pueden consultarse los precedentes “Cía. Argentina de Teléfonos, S.A.”, “Lavalle”, “Cugliari”, “Achofar”, “San Luis, provincia de”, “Amerisse”, “Asociación de Superficiales de la Patagonia”, “Pla” y “Corrientes, provincia de” (Fallos: 250:154, 310:877; 311:810; 313:1062; 323:2107; 325:3514; 327:2967 y 331:1243 332:2136)⁶. Por el contrario, en “Evolución Liberal” el demandante había solicitado un pleito de conocimiento y la Corte, de oficio, decidió tramitarlo como amparo (9/5/23).

Otra alternativa, utilizada en “Stepen”, es dividir la materia del pleito, rechazando algunas pretensiones de forma liminar y dando trámite a otras (Fallos:322:1028).

⁴ SAGÜÉS, Néstor P., “Nuevamente sobre el rol directo o subsidiario de la acción de amparo. A propósito de la voluntad constituyente”, *La Ley*, suplemento del 9/10/1995.

⁵ BIDART CAMPOS, Germán J., “El amparo por el libro ‘los versos satánicos’”, *ED* 134,553 y SAGÜÉS, Néstor P., *Derecho procesal constitucional*, 5ta. ed. 1ra. reimpr., Bs. As., Astrea, 2009, t. III, p. 302.

⁶ Coincide CATALANO, Mariana, “Reglamentación del amparo”, *LL* 2007-C, 1189, Cita Online: AR/DOC/1804/2007.

II.2. Vías paralelas, amplitud de debate y arbitrariedad manifiesta

De entre los requisitos de ley, hemos de formular una breve referencia a la relación con otras vías administrativas o judiciales, la amplitud de debate y prueba, y la arbitrariedad manifiesta.

Vale recordar que en nuestro país existen conflictos cuyo primer ámbito para intentar solucionados es por medio de tribunales administrativos y no ante el Poder Judicial⁷. A su vez, antes de determinado tipo de juicios es necesario formular un reclamo administrativo o impugnar una decisión ante determinados órganos del Poder Ejecutivo⁸. En el ámbito específico de este trabajo, la Superintendencia de Servicios de Salud tiene a su cargo la regulación y el control de los prestadores de salud, y soluciona controversias entre estos y quienes deben beneficiarse con las prestaciones. Si bien el art. 43 de la Constitución no hace expresamente mención a las vías administrativas como un modo de solucionar conflictos que debe ser tenido en cuenta antes de promover el amparo, conforme “Samuel Kot S.R.L.”, el amparo solo es admisible cuando se advierte la existencia de una restricción ilegítima de derechos y se comprueba que se causaría un daño grave e irreparable en caso de remitir el examen de la cuestión a los procedimientos ordinarios, administrativos o judiciales⁹.

Consecuentemente, en principio, no puede interponerse amparo cuando existen remedios potenciales, interpuestos y pendientes de decisión (“La Tablita SRL”, “Popular de La Plata de Ahorro y Préstamo para la Vivienda SA”, “Promenade” y “Hughes Tool Company SACIFI”, Fallos: 270:389; 275:320; 295:764 y 307:178¹⁰) o no se ha agotado la vía (“Liga Cordobesa de Fútbol”, Fallos: 295:132).

Ahora bien, la existencia de tales vías no obsta a la procedencia del amparo cuando aquellas se vislumbran ineficaces para resolver el caso concreto de modo eficaz y en tiempo oportuno (“Hidalgo de Feltan”, “Richter”, “País Ahumada” y

⁷ Solución que, dentro de ciertos márgenes, es razonable porque determinados conflictos pueden ser más técnicos que jurídicos. Véanse “Fernández Arias” y “Angel Estrada y Cia”, Fallos: 247:646 y 328:651.

⁸ La constitucionalidad ha sido sostenida en “Serra” y “Gorordo”, Fallos: 316:2454 y 322:73.

⁹ En igual sentido, SAGÜÉS, Néstor P., *Derecho procesal constitucional*, cit., t. III, p. 180; BUTELER, Alfonso, *El amparo contra actos administrativos*, Bs. As., Abeledo Perrot, 2012, p. 186 y ss; JIMÉNEZ, Eduardo P., “La acción de amparo”, en MANILLI, Pablo L. (dir.), *Máximos precedentes. Corte Suprema de Justicia de la Nación. Derecho Constitucional*, Bs. As., La Ley, 2013, p. 445. Véase “Granillo Fernández”, Fallos: 330:1407, citado por BUTELER, cit., p. 201.

¹⁰ Todos citados por BUTELER, Alfonso, cit., p. 195.

“María”, Fallos: 299:358; 299:417; 307:444 y 330:4647¹¹). Incluso iniciadas las vías administrativas, se pueden abandonar las mismas y recurrir al amparo si aquellas —que originariamente podían considerarse útiles y eficaces— devienen ineficaces, por ejemplo, por el paso del tiempo sin resolución (“Arbonés”, Fallos: 311:208¹²). Tampoco procede la remisión a sede administrativa si el Poder Ejecutivo ya manifestó en ámbito judicial que no va a revisar la medida (“Prensa Confidencial”, Fallos: 270:268¹³), o cuando por cualquier modo se constate que la remisión a sede administrativa constituiría un ritualismo inútil¹⁴.

Finalmente, apuntamos que la demora de los trámites ordinarios no constituye por sí argumento que justifique la procedencia del amparo (“Santaella”, Fallos: 308:2068)¹⁵.

La exigencia de que no se pueden tramitar por amparo pleitos con excesiva amplitud de debate o prueba también ha sido ratificada luego de la reforma constitucional en “Servotron” (Fallos: 319:2955).

Finalmente, señalamos que no constituye arbitrariedad la negativa de un prestador a hacerse cargo del costo de un tratamiento, si no existe una norma específica que le imponga tal obligación (“L.E.H.”, Fallos: 338:779)¹⁶.

II.3. El plazo de caducidad

El plazo de caducidad previsto por el art. 2 inc. e de la ley 16.986 se encuentra vigente aún después de la reforma constitucional de 1994 (“Video Club Dreams”, Fallos: 318:1154) y tiene su razón en que cabe conjeturar que si quien sufre un daño deja de usar el amparo durante un lapso prolongado es porque el asunto no denota mayor urgencia ni excepcionalidad. De todos modos, su aplicación se ha flexibilizado (“Koch”, “de la Vega” y “Etchart”, Fallos: 335:44; 7/7/2015 y 338:1092).

¹¹ Todos citados por BUTELER, Alfonso, cit. p. 196 y ss.

¹² Citado por SAGÜÉS, Néstor P., *Derecho procesal constitucional*, cit., t. III, p. 196.

¹³ Citado por SAGÜÉS, Néstor P., *Derecho procesal constitucional*, cit., t. III, p. 193.

¹⁴ LOUTAYF RANEA, Roberto G. y SOLÁ, Ernesto, “Acceso a la jurisdicción” en PALACIO DE CAEIRO, Silvia B. (dir.), *Tratados de derechos humanos y su influencia en el derecho argentino*, Bs. As., La Ley, 2015, t. III, p. 2378.

¹⁵ Citado por ESAÍN, José A., *Juicios por daño ambiental*, Bs. As., Hammurabi, 2014, p. 216.

¹⁶ Citado por GOZAÍNI, Osvaldo A., *El juicio de amparo*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2021, p. 105; GOZAÍNI, Osvaldo A., *Derecho a la salud y juicio de amparo*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2022, p. 176 y por BROLA, Daniel E., *Teoría y práctica del amparo*, Bs. As., DyD, 2018, p. 152.

Específicamente en materia de salud, se ha hecho énfasis en que tal plazo no es insalvable en la medida en que con la acción incoada se enjuicia una arbitrariedad o ilegalidad continuada, sin solución de continuidad originada tiempo antes de recurrir a la justicia, pero mantenida al momento de accionar y también en el tiempo siguiente (“Mosqueda” y “Quinteros”, Fallos: 329:4918 y Fallos: 335:76). Vale también citar “Tejera”, pleito referido a una discapacidad, pero en contra de la ANSeS, en el que se sentó que el plazo del art. 2, inc. e de la ley 16.986 no puede entenderse como un obstáculo procesal infranqueable ni es aceptable una interpretación restrictiva de una vía consagrada en la Constitución Nacional si la cuestión versa sobre la protección de derechos que trascienden el plano patrimonial y comprometen la salud y la supervivencia misma de los reclamantes (Fallos: 341:274)¹⁷.

II.4. El amparo como medio para salvaguardar la vida y la salud

El Alto Tribunal ha sentado en “Portal de Belén” que una amenaza efectiva e inminente al bien jurídico primordial de la vida no es susceptible de reparación ulterior y, por ello, configura así una situación que revela la imprescindible necesidad de ejercer la vía excepcional del amparo para la salvaguarda de tal derecho fundamental (Fallos: 325:292).

A su vez, en “Asociación de Esclerosis Múltiple de Salta”, amplió tal consideración a la protección no solo de la vida, sino también de la salud (Fallos: 326:4931)¹⁸. La doctrina fue reiterada en “Orlando”, “Barria”, “Floreancig” (Fallos: 328:108; 329:1226; 329:2552) y “María”, expresándose en este último que la acción de amparo es particularmente pertinente en materias relacionadas con la preservación de la salud y la integridad física, y frente a un grave problema, no cabe extremar la aplicación del principio según el cual la misma no procede cuando el afectado tiene a su alcance una vía administrativa a la cual acudir, pues los propios valores en juego y la normalmente presente urgencia del caso se contraponen al ejercicio de soluciones de esa índole. A su vez, que el derecho a la salud —especialmente cuando se trata de enfermedades graves— está íntima-

¹⁷ Citado por GOZAÍNI, Osvaldo A., *El juicio de amparo*, cit., p. 266 y 499 y *Derecho a la salud y juicio de amparo*, cit., p. 131.

¹⁸ Citado por TANZI, Silvia Y. y PAPILLU, Juan M., *Juicio de amparo en salud*, 2da. ed., 2da. reimpr., Bs. As., Hammurabi, 2021, p. 210.

mente relacionado con el derecho a la vida y con el principio de autonomía personal, toda vez que un individuo gravemente enfermo no está en condiciones de optar libremente por su propio plan de vida (Fallos: 330:4647).

Con posterioridad podemos citar “Unión de Usuarios y Consumidores”, “Rivero” y “L., S. R.” (Fallos: 331:563; 332:1394 y 336:2333)¹⁹. En este último, además, la Corte Suprema expresamente relaciona la vía de amparo con la exigencia de tutela judicial efectiva prevista en el art. 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

De todos modos, esta jurisprudencia no implica que necesariamente todo reclamo vinculado a la salud deba recibir trámite de amparo, debiendo ponderarse en cada caso la urgencia, la patología y las demás circunstancias del caso²⁰.

III. Pauta para competencia

A la hora de resolver cuestiones relativas a la competencia debe propenderse primordialmente a un mejor y más rápido acceso a justicia para quien se ve obligado a promover un reclamo judicial en pos de conseguir el efectivo goce de sus derechos a la salud y a un nivel de vida adecuado (“G., M. P.”, Fallos: 345:1496).

IV. El informe circunstanciado y la medida autosatisfactiva

El art. 8 de la ley 16.986 dispone que omitir el pedido de informe causa la nulidad del proceso, y tal disposición ha sido resaltada en “Arias” (Fallos: 254:286) e “I., H. C.”²¹.

Otro amparo resuelto sin pedir informe a la demandada es “Barreto”. Allí se expresó que: “Si bien ha dicho esta Corte que la garantía constitucional de la defensa en juicio no se opone a su reglamentación en beneficio de la correcta sustanciación de las causas... cabe también señalar que en su aspecto más primario se traduce en el principio de contradicción o bilateralidad que supone,

¹⁹ Algunos de estos citados en SALINAS, Ma. Paula, *Amparos de salud*, 4º ed., Bs. As., Estudio, 2020, p. 73; TANZI, Silvia Y. y PAPILLU, Juan M., cit., p. 185 y 438; GOZAÍNI, Osvaldo A., *El juicio de amparo*, cit., p. 500 y *Derecho a la salud y juicio de amparo*, cit., p. 177 y 229.

²⁰ TANZI, Silvia Y. y PAPILLU, Juan M., cit., p. 188.

²¹ 22/9/1983, ED, 106,368, citado por SAGÜÉS, Néstor P., *Derecho Procesal Constitucional*, cit., t. III, p. 422.

en substancia, que las decisiones judiciales deben ser adoptadas previo traslado a la parte contra la cual se pide, es decir, dándole la oportunidad de defensa. Asimismo, la mencionada garantía se encuentra satisfecha sólo cuando se da a las partes la oportunidad de ser oídas y de probar de algún modo los hechos que creyere conducentes a su descargo... de modo tal de no alterar el equilibrio procesal de los litigantes” (Fallos: 320:1789).

Igual de enfático es el pronunciamiento recaído en “Ente Tripartito de Obras y Servicios Sanitarios”, en el que expresamente se había sido solicitado una medida autosatisfactiva. La Corte sentó que: “El pedido del actor es independiente de un juicio posterior y la cautelar dispuesta admitió su pretensión inaudita parte, de modo tal que la contraparte —aquí apelante— no tuvo posibilidad de ejercer su defensa la que, según principios asentados en la doctrina de la Corte, en su aspecto más primario, se traduce en el principio de contradicción o bilateralidad..., y que por ello la decisión así adoptada constituiría un exceso jurisdiccional en menoscabo del derecho de defensa en juicio” (Fallos: 330:5251).

Finalmente, en “Maggi”, en razón de la emergencia sanitaria del año 2020, un ciudadano con domicilio en Resistencia se veía impedido de acompañar a su madre, en grave estado de salud y circunstancialmente en Corrientes, por lo que pidió una medida autosatisfactiva. La Corte emitió un despacho favorable, pero a título cautelar y pidió informes a la demandada (Fallos: 343:930).

Es oportuno recordar esta disposición de la ley de amparo y esta jurisprudencia en la medida en que proliferan los pedidos de medidas autosatisfactivas. Si bien erróneamente suele citarse el precedente “Camacho Acosta” como un ejemplo en tal sentido, la medida fue dispuesta en el marco de un proceso bilateral, y en la que el Alto Tribunal dejó expresamente sentado que se trataba de una medida cautelar y no de una decisión definitiva (Fallos: 320:1633).

Todo proceso se da en el marco de un conflicto entre dos (o más) personas, que han declinado de resolver el mismo entre sí y han delegado tal función en un órgano judicial. Con tal objeto, se contraponen los distintos puntos de vista de la desavenencia en la demanda y su contestación, que constituyen actos en los cuales cada parte afirma la pretensión de declaración de un derecho que cree tener.

Las presentaciones de cada una son, por definición, parciales, haciendo fuerza en aquellas circunstancias que le son favorables, dejando de lado las perjudiciales, eligiendo una perspectiva o interpretación de las varias que tiene un

hecho según convenga a su estrategia a seguir e, incluso, distorsionando, compartimentando y separando la información, generando un saber disperso y fragmentado.

En ese marco, se debe solucionar la controversia de una manera legítima, válida. La resolución de la disputa solo podrá ser válida en tanto surja de confrontar y comparar las distintas visiones, porque proponer, refutar, corregir, verificar y aceptar es un modo científicamente válido de construir conocimiento.

Una resolución (definitiva) basada solo en la información brindada por una sola parte no estará fundada de un modo científicamente válido. En función de todo ello, corresponde concluir que la medida autosatisfactiva se contrapone con el principio constitucional del debido proceso, el derecho a la igualdad, a la bilateralidad y la contradicción, a ser oído y la inviolabilidad de la defensa²².

V. Medidas cautelares

Las disposiciones cautelares son provisorias y accesorias de la cuestión que se discute en el pleito. Es por ello que los magistrados deben velar por el adecuado cumplimiento de los deberes de lealtad, probidad y buena fe, cuidando que el derecho no se vea desvirtuado por medio de su utilización antifuncional de las medidas precautorias.

En ese marco, ha sentado la Corte en “Asociación de Superficiarios de la Patagonia”, “Edenor S.A.”, “Grupo Clarín” y “Radio y Televisión Trenque Lauquen S.A.” que las medidas cautelares no pueden identificarse con el objeto de la acción, puesto que así dictadas permiten a la actora obtener un resultado análogo al que obtendría de acogerse la pretensión substancial, pero por vía de un pronunciamiento cautelar, lo cual puede afectar de manera irreversible al sujeto pasivo de tal medida (Fallos: 327:2967; 327:5547; 333:1885 y 334:259).

En “Bulacio”, “García” y “A., V.M.” la Corte Suprema eximió de prestar contracautela a quienes solicitaban una medida cautelar, solo por haber iniciado este beneficio, aún sin resolución favorable (Fallos: 320:2093; 321:1754 y

²² DÍAZ BIALET, Juan P., “Inconstitucionalidad de las medidas autosatisfactivas”, *Actualidad Jurídica*, Cba., No. 118, código 369 y DÍAZ BIALET, Juan P., “La sentencia autosatisfactiva dictada in audita pars los problemas en la justificación de su premisa fáctica”, trabajo para optar al título de Magister in Global Rule of Law & Constitutional Democracy, Università Degli Studi di Genova, 2019 (inédito).

339:1683), lo cual puede afectar a la contraparte, cuya situación también debe ser considerada, según sentó el mismo Alto Tribunal en “Asociación de Superficiarios de la Patagonia”: “El beneficio de litigar sin gastos encuentra sustento en dos garantías de raigambre constitucional: la de defensa en juicio y la de igualdad ante la ley (arts. 18 y 16 de la Constitución Nacional), pues por su intermedio se asegura el acceso a la administración de justicia, no ya en términos formales, sino con un criterio que se adecua a las circunstancias económicas de los contendientes, y en ese marco deben ser valorados también los intereses de la contraria, tan respetables como los de la actora, a fin de que no se vean conculcados si a un limitado beneficio se lo transforma en indebido privilegio” (Fallos:342:1473).

VI. El impulso de parte y la caducidad de instancia

Un elemento importante que debe tenerse en cuenta para la tramitación de los amparos es que se trata de un proceso que tramita a impulso de la parte interesada y no por actividad oficiosa del tribunal.

En efecto, el art. 17 de la ley 16.986 establece que son de aplicación supletoria en el marco de la acción de amparo las disposiciones del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, que en los arts. 36 inc. 5 y 310 establece como régimen general para el trámite de los procesos civiles, el impulso de parte. A su vez, como consecuencia de tal impulso de parte, tenemos la caducidad de instancia, modo anormal de terminación del proceso que se produce ante la inactividad de aquél sobre quien recae la carga procesal de instar²³.

La Corte Suprema ha convalidado el instituto específicamente en los procesos de amparos, tal como lo hizo en “Poliresinas San Luis S.A.” y “Municipalidad de Crespo”, destacando que, cuando el Poder Legislativo ha querido excluir la figura de cierto tipo de procesos, lo ha hecho expresamente (Fallos: 329:3616 y 329:5826). En “Calas”, el Alto Tribunal extendió también la caducidad a un amparo referido a salud (Fallos:329:4372)²⁴.

²³ En contra, véase GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, “Amparo y caducidad de instancia”, *DJ* 2007-II, 614, Cita Online: AR/DOC/1949/2007.

²⁴ Los precedentes de Fallos: 329:4372 y 329:5826 citados por SAFI, Leandro K., *El Amparo ambiental*, Bs. As., Abeledo Perrot, 2012, p. 375 y por BROLA, Daniel E., cit., p. 296. Aída KEMELMAJER DE CARLUCCI sostiene que la Corte habría afirmado que la caducidad de instancia no es aplicable al amparo –véase “Los recursos limitados y el ‘amparo’ como instrumento de acceso a la salud”, *La*

VII. Sentencia

La resolución en el proceso de amparo es una sentencia *de condena* que excede la mera declaración del derecho e impone al responsable el cumplimiento de un determinado comportamiento.

Es requisito de ley “*la mención concreta de la autoridad contra cuya resolución, acto u omisión se concede el amparo*”. No es necesario que se haya individualizado al responsable del daño o perjuicio ocasionado, pero si es necesario que se establezca una persona a quien se le encargue la solución de la situación y a quien se la responsabilice de remediarla y repararla²⁵.

En cuanto a “*la determinación precisa de la conducta a cumplir, con las especificaciones necesarias para su debida ejecución*”, Sagüés expresa que constituye el meollo del amparo. La sentencia debe decir con precisión lo que debe hacerse, imponiendo un comportamiento determinado a la autoridad a quien se le da un mandato²⁶.

Finalmente, no podemos de dejar de destacar la importancia de fijar el plazo para el cumplimiento de lo resuelto.

Podemos agregar que estas disposiciones de la ley 16.986, dictadas en la década de 1960, han sido ratificadas por la interpretación hecha por la Corte Interamericana de Derechos Humanos del derecho a la justicia. Así, ese Tribunal ha establecido que: “para mantener el efecto útil de las decisiones, los tribunales internos al dictar sus fallos en favor de los derechos de las personas y ordenar reparaciones, deben establecer de manera clara y precisa —de acuerdo con sus ámbitos de competencia— el alcance de las reparaciones y las formas de ejecución de las mismas”²⁷.

En cuanto hace a las autoridades del Poder Ejecutivo Nacional o de las provincias que pudiesen ser condenados, también este tribunal internacional ha sentado que los estados deben acatar las sentencias dictadas en su contra en los estrados internos²⁸.

Ley, 9/9/2020, Cita Online AR/DOC/2350/2020-, pero revisado el caso (“Quinteros”, Fallos: 335:76) se advierte que el Alto Tribunal refiere a la caducidad del plazo para incoar la acción y no a la caducidad de instancia una vez comenzado el proceso.

²⁵ SAGÜÉS, Néstor P., *Derecho Procesal Constitucional*, cit., t. III, p. 468.

²⁶ SAGÜÉS, Néstor P., *Derecho Procesal Constitucional*, cit., t. III, p. 468.

²⁷ CIDH, “Mejía Idrovo vs. Ecuador”, 5/7/2011.

²⁸ CIDH, “Cinco Pensionistas vs. Perú” y “Acevedo Buendía vs. Perú”, 28/2/2003 y 1/7/2009.

Por otro lado, ante decisiones inferiores que tienden a hacer lugar a la pretensión, pero sin examinar la cuestión en profundidad, la Corte ha señalado que, en materia de reclamaciones fundadas en la tutela del derecho a la salud, no hay razones que justifiquen eximir ni mitigar el deber de fundar las sentencias que pesa sobre los tribunales de justicia, debiendo los fallos contar con fundamentos consistentes y racionalmente sostenibles, al encontrarse comprometidas las garantías de defensa en juicio y de tutela judicial efectiva de las partes, además de que, al expresarse las razones que el derecho suministra para la resolución de controversias, se favorece la credibilidad de las decisiones tomadas por el Poder Judicial en el marco de una sociedad democrática (“L., E. S.”, “P., A.”, “S., D.”, “T., M. C.”, “P., E. G.”, “V., D.”, “Padilla”; “L., T.” y “B., M. y ot.”, Fallos: 337:580; 338:488; 339:290; 339:389; 339:423; 342:1261; 343:1673; 344:2057 y 345:1205). En procesos colectivos en general y en ambientales en particular se propugna —tal como sucediera en “Mendoza”— el dictado de sentencias sucesivas, que van resolviendo —con carácter definitivo— distintos aspectos del pleito, a medida que se ha colectado la prueba que concierne a tal cuestión, aunque aún resten producir otras, relativas a porciones del mismo juicio²⁹. Eventualmente, tal propuesta podría ser receptada en materia de salud, en la medida en que en una misma acción se hayan engarzado diferentes pretensiones, cuya prueba pueda ser tratada de manera independiente.

En relación con la cosa juzgada, no puede ordenarse en etapa de ejecución de sentencia la cobertura de prestaciones más allá de lo que fue objeto de condena. Lo contrario implicaría “un injustificado exceso de los alcances tanto de la *litis constestatio* cuanto de la cosa juzgada” (“F., S.E.” y “D., I.”, Fallos: 335:1550 y 342:266)³⁰.

Tanto a la hora de ejecutar medidas cautelares como la misma sentencia, cabe la aplicación de *astreintes* (“Alvarez” y “Benítez”, Fallos: 324:2042 y 326:1400)³¹, incluso también contra el Estado, sus agentes y funcionarios, conforme a los arts. 804 del Código Civil y Comercial y 37 del Código de Procedimientos (“Bernardes”, Fallos:343:140).

²⁹ Art. 13 del Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica.

³⁰ El primero, también citado por GOZAÑI, Osvaldo A., *El juicio de amparo*, cit., p. 555 y *Derecho a la salud y juicio de amparo*, cit., p. 284.

³¹ Citados por TANZI, Silvia Y. y PAPILLU, Juan M., cit., p. 293 y 354.

VIII. Costas

El art. 14 de la ley 16.986 instituye un régimen de costas autónomo, propio, diferente al del Código de Procedimientos en lo Civil y Comercial de la Nación. Consecuentemente, habiendo disposición expresa en la ley, no resulta aplicable en este aspecto la remisión a un sistema *supletorio* que prevé el art. 17 de la misma ley.

Así lo ha resaltado la Corte Suprema en “Pérez”, en el que sentó que: “las disposiciones del artículo 68 del código de rito resultaban inaplicables al caso, pues tratándose de un proceso de amparo las costas debían imponerse según lo previsto en el artículo 14 de la ley 16.986” (Fallos: 329:2856)³². La doctrina fue reiterada luego en otro precedente, “O., G.”, que trataba específicamente sobre materia de salud (Fallos: 345:1140).

Al mismo tiempo, debemos señalar que el Alto Tribunal ha resuelto muchos otros amparos, apartándose de esta norma específica y recurriendo al régimen general. Podemos citar el conocido “Bustos” (Fallos: 327:4495), que luego fuera replicado en instancias inferiores para cerrar las causas del llamado “corralito bancario”. Puede incluso apuntarse que el régimen de la ley luce rígido e inflexible, y luce sana la tendencia jurisprudencial de acudir al Código de Procedimientos para receptor complejidades tales como vencimientos parciales o la existencia de razones fundadas para litigar. Podemos encontrar pronunciamientos en los que la Corte se aparta de tal régimen de costas en “Barria”, “Calas” y “G., M. E.” (Fallos:329:1226; 329:4372 y 345:1210). En “Reynoso” se apuntó que incluso imponer un 20 % de costas a una persona de magros ingresos podría frustrar el objeto de la acción (Fallos:329:1638). En tribunales de primera y segunda instancia es generalizada la tendencia a ignorar la legislación específica y recurrir el régimen general³³.

Ahora bien, particular atención merece la segunda parte del art. 14 en cuanto establece: “No habrá condena en costas si antes del plazo fijado para la contestación del informe a que se refiere el artículo 8, cesara el acto u omisión en que se fundó el amparo”, y que no parece haber sido objeto de tratamiento en “Sánchez” (Fallos:328:4640).

³² Citado por GOZAÍNI, Osvaldo A., *El juicio de amparo*, cit., p. 588.

³³ GARCÍA FAURE, Agustín, “Costas en los amparos de salud” en BARONE, Lorenzo (dir.), *Amparo de salud, un análisis desde la jurisprudencia*, Cba., Advocatus, 2021, p. 255.

La disposición insta una suerte de sobreseimiento en favor de quien extingue unilateralmente la cuestión litigiosa o se allana. Tal solución se funda en que —en plan de salvaguardar los derechos constitucionales y en pro de razones de economía procesal y de paz jurídica— se ha preferido alentar el levantamiento del acto cuestionado, más que insistir en problemas de honorarios y demás gastos procesales, de modo tal de “evaporar” el acto lesivo. Para quedar comprendido tal previsión es necesario no solo manifestar la voluntad de allanarse sino, como expresamente aclara la ley, hacer cesar el acto u omisión en que se fundó el amparo³⁴.

Si el principal objeto de la acción es reparar la lesión de modo urgente y eficaz³⁵, claramente esta solución es un aporte a tal fin.

IX. Apelación

IX.1. *Materia apelable*

En aras de garantizar la velocidad con la que debe tramitar la acción, se circunscriben en el art. 15 de la ley las resoluciones que pueden ser objeto de apelación. Se enumeran dos tipos de medidas cautelares (las que dispongan medidas de no innovar o la suspensión de los efectos del acto impugnado), pero se interpreta que debe permitirse a la demandada apelar cualquier tipo de medida cautelar que se haya dictado³⁶ y a la accionante la denegatoria de este tipo de medidas. En una lectura literal de la norma podría interpretarse que no es susceptible de apelación la declaración de incompetencia del Tribunal ante el cual se interpuso la acción, lo que ha sido calificado por la doctrina como “imposible de comprender”³⁷. Por otro lado, atento a la importancia que ha adquirido la ejecución de sentencia, podría revisarse la posibilidad de conceder apelaciones en tal etapa, con efecto devolutivo.

³⁴ SAGÜÉS, Néstor P., *Derecho Procesal Constitucional*, cit., t. III, p. 493; BASTERRA, Marcela I., *El proceso constitucional de amparo*, Bs. As., Abeledo Perrot, 2013, p. 157 y BREST, Irina D., *Amparo y medidas autosatisfactivas de salud*, Bs. As., García Alonso, 2020, p. 38. Critican la solución legislativa, pero la reconocen como autónoma RIVAS, Adolfo A., *El amparo*, Bs. As., La Rocca, 1987, p. 305 y TANZI, Silvia Y. y PAPILLÚ, Juan M., cit., p. 241.

³⁵ BREST, Irina D., cit., p. 25.

³⁶ SAGÜÉS, Néstor P., *Derecho Procesal Constitucional*, cit., t. III, p. 500.

³⁷ AGUILAR, Mariano J., *El amparo y la justicia ambiental*, Bs. As., Cathedra Jurídica, 2010, p. 135.

IX.2. Plazo para apelar

En cuanto al plazo para apelar, se sentó en “Alpacor Asociados S.R.L.” que no deben computarse los días inhábiles. A su vez, se descarta el cómputo por horas completas (Fallos: 342:2125). Consecuentemente, si la notificación se ha librado en horario hábil, el vencimiento será dos días hábiles después, a la misma hora de la notificación.

IX.3. Efectos de apelación

El art. 15 de la ley 16.986 dispone que la apelación se debe conceder “en ambos efectos”. Se trata de un modo, con origen en el derecho romano, de llamar al efecto suspensivo³⁸. Durante las décadas de 1970 y 1980, de hecho, se asignó a las apelaciones tal efecto suspensivo³⁹, lo cual generó numerosas críticas en doctrina⁴⁰.

Afortunadamente, desde hace varios años se hace mérito en que las disposiciones dictadas en los procesos de amparo se dictan ante una situación que requiere remedio urgente, se relaciona tal situación con el debido proceso, la defensa en juicio, el Pacto de San José de Costa Rica y la tutela judicial efectiva, pudiendo considerarse derogado tal aspecto en función de estas normas internacionales sobrevinientes⁴¹.

Expresa Sagüés que la conciencia jurídica dominante advierte que, si una medida cautelar es bien dictada, a fin de evitar un gravamen irreparable que se produciría con la tramitación regular del proceso sin la emisión de aquella y en base a que la acción ha sido promovida con suficiente verosimilitud de derecho,

³⁸ FALCÓN, Enrique M., *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, Bs. As., Abeledo Perrot, 1983, t. II p. 380.

³⁹ SAGÜÉS, Néstor P., “La inconstitucionalidad de la concesión con efecto suspensivo de la resolución admisorias de una medida cautelar en el amparo”, *ED* 188, 554.

⁴⁰ LAZZARINI, José L., *El juicio de amparo*, Bs. As., La Ley, 1967, p. 393, RIVAS, Adolfo A., cit., p. 313, BASTERRA, Marcela I., cit., p. 160, BIANCHI, Alberto B., “En pos de la suma del poder público”, *Revista Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires*, N° 73, 2013, Cita Lejister IJ-LXIX-265, LLINÁS, Diego P., “La acción de amparo” en TAWIL, Guido S. (dir.), *Derecho Procesal Administrativo*, Bs. As., Abeledo Perrot, 2011, p. 815, SAFI, Leandro K., cit., p. 396 y AGUILAR, Mariano J., cit., p. 138, entre otros.

⁴¹ ROSSI, Alejandro, “El efecto de la apelación de las medidas cautelares en el proceso de amparo. La derogación del artículo 15 de la ley 16.986 y las fuentes supranacionales del derecho notas para el litigante”, *LL* 2000-C, 1086, Cita Online: AR/DOC/13884/2001.

ello autoriza la adopción de la referida medida. En cambio, su denegatoria incurriría en inconstitucionalidad, al no brindarse por el sistema jurídico (y judicial) una respuesta inmediata y urgente a lo requerido⁴².

⁴² SAGÜÉS, Néstor P., "La inconstitucionalidad..." cit.

LOS HONORARIOS EN LOS AMPAROS DE SALUD

EMILIO SANTIAGO FAGGI*

I. Introducción

La regulación de los honorarios de los profesionales intervinientes en los procesos de amparo ha generado desde siempre una serie de planteos. Algunos de ellos, pueden ser los vinculados generalmente con la consideración del carácter pecuniario o no de esta clase de procesos, si tenemos en cuenta su naturaleza intrínseca consistente en la protección de un derecho constitucional, legal o convencional. La ausencia de etapas en el proceso, lo diferencia de las pautas que pueden valorarse en otra clase de procesos, como el ordinario o ejecutivo. El apartamiento a los mínimos y máximos en las escalas arancelarias fijadas por las diferentes leyes locales recobró discusión con la sanción de la ley nacional 27.423; en particular con relación al amparo y las demás acciones sumarísimas previstas en los códigos procesales.

A través del presente trabajo, intentaremos realizar una breve reseña de las cuestiones esenciales que deben tenerse en cuenta al tiempo de regular los honorarios de los profesionales que intervienen en los juicios en los que se discute y resuelve sobre el derecho humano a la salud, reconocido en la Constitución Nacional y en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos que la integran.

* Abogado (FCJyS – UNLP). Secretario de Cámara (CFALP). Profesor Adjunto en la Cátedra de Derecho Constitucional II (FDyCS – UDE).

II. El amparo de salud

Este tipo de proceso rápido y expedito resulta la vía pertinente cuando se trata de la preservación y protección de la salud y la integridad psicofísica de las personas; la herramienta más idónea y eficaz para obtener una decisión judicial favorable tendiente a la protección íntegra e inmediata de tales derechos (Fallos: 329:2552; 330:4647; 336:233)

Solo excepcionalmente, frente a situaciones que no ameriten una extrema gravedad la demora de su atención, podría justificar circunstancialmente la exigencia del reclamo administrativo previo.

De tal forma, los problemas, cada vez más frecuentes, que los ciudadanos y las ciudadanas afrontan cotidianamente con las obras sociales o empresas de medicina prepaga, adheridas a los regímenes previstos en las leyes 23.660 y 26.682, por la falta de cobertura de alguna medicación o tratamiento médico, internaciones en hogares geriátricos, centros especializados en el tratamiento del espectro autista, entre muchos otras situaciones, encuentran su mejor respuesta por parte de la Magistratura a través de la acción de amparo, reconocida en el artículo 43 de la Constitución Nacional y reglada, mucho tiempo antes, por la Ley No. 16986.

Todas estas cuestiones tendrán indefectiblemente una repercusión económica; justamente de lo que se tratan estos juicios es de que las obras sociales o empresas de medicina prepaga cubran los gastos que deben afrontar las personas afectadas por alguna dolencia o enfermedad, con sustento en su afiliación. Ahora bien, sin perjuicio de ello, estos amparos no resultan susceptibles de apreciación pecuniaria¹. En tal sentido, en un caso en el que dos personas demandaron a la provincia de Chubut a fin de que dicha provincia, junto al Estado Nacional, les continúen prestando los servicios de hemodiálisis y diálisis peritoneal, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a efectos de establecer los honorarios de los letrados y letradas que intervinieron por las diferentes partes en juicio, señaló que mal puede asignarse en un caso así un contenido económico determinado, cuando el específico objeto del juicio es la tutela del derecho a la salud (Fallos:329:4447).

¹ A tal efecto, reúnen esa calificación aquellos casos donde la pretensión no posee un contenido patrimonial directamente ponderable, es decir, cuando el objeto del pleito no puede ser apreciado pecuniariamente sobre bases objetivas suficientes (Fallos: 312:314 y PESARESI, Guillermo Mario, *Honorarios en la justicia nacional y federal – Ley 27.423 anotada, comentada y concordada*, editorial Cathedra Jurídica 2018, pág. 218).

III. Las leyes arancelarias, en el ámbito de la justicia nacional y federal

En la actualidad, conviven en algunos casos dos regímenes que reglamentan los honorarios de quienes ejercen la abogacía en los tribunales nacionales y federales. Por una lado, la derogada ley 21.839 (BO 20-07-1978), cuyo artículo 36 dispone que en los procesos de amparo "...el honorario no podrá ser inferior a la suma de quinientos pesos (AR\$ 500), salvo pacto en contrario" y, por el otro, la vigente ley 27.423 (BO 22-12-2017), en la cual su artículo 48 dispone que, por la interposición de acciones de amparo, en caso de que no puedan regularse de conformidad con la escala del artículo 21, se aplicarán las normas del artículo 16, con un mínimo de veinte (20) UMA.

Previo a continuar, debemos reseñar, aunque sea brevemente, la remisión que dicha norma efectúa con relación a las disposiciones de los artículos 16 y 21 de la ley.

La primera de las normas mencionadas —al igual que lo hacía el artículo 6 de la ley 21.839— establece cuáles serán las pautas generales para regular los honorarios de los profesionales intervinientes y, en ese sentido, dispone que se tendrá en cuenta: a) el monto del asunto, si fuera susceptible de apreciación pecuniaria; b) el valor, motivo, extensión y calidad jurídica de la labor desarrollada; c) la complejidad y novedad de la cuestión planteada; d) la responsabilidad que de las particularidades del caso pudiera derivarse para el profesional; e) el resultado obtenido; f) la probable trascendencia de la resolución a que se llegare, para futuros casos y; g) la trascendencia económica y moral que para el interesado revista la cuestión en debate. Sin embargo, "...los jueces no podrán apartarse de los mínimos establecidos en la presente ley, los cuales revisten carácter de orden público". Este último apartado, sobre el que volveremos más adelante, tendrá un rol sustancial cuando nos encontremos con la problemática que presentan esta clase de amparos.

Por su parte, el artículo 21 de la ley No. 27.423 establece la manera de calcular los honorarios de cada una de las partes que litigan cuando el objeto del juicio es de apreciación pecuniaria. A tales fines, sobre la base del monto del juicio (constituido por la suma que resulte del monto de condena o el reclamado en la demanda si ésta fuera rechazada, de conformidad con las reglas previstas para esos casos por los artículos 22 y 24) deberá efectuarse el cálculo de las UMA a regular. Ahora bien, también dispone que, para el supuesto en el que el juicio

no resulte de apreciación pecuniaria —como resultan los amparos de salud, según la jurisprudencia de la Corte Suprema antes aludida—, deberán seguirse las reglas contempladas en el artículo 16 antes detallado.

Sentado ello, podría considerarse que esta nueva previsión en la ley 27.423 estaría contradiciendo aquella doctrina de la Corte Suprema de Justicia o, de alguna manera, permite considerar que en aquellos casos en los que a través de la acción de amparo se procura la cobertura de una medicación o una operación quirúrgica, en la cual los costos pueden ser determinados o determinables de manera simple, sean considerados como monto del proceso a los fines de las escalas previstas en el artículo 21.

IV. Régimen aplicable

Dijimos anteriormente que el régimen previsto en la ley 21.839 convive con el actualmente vigente de la ley 27.423, pese a haber sido derogado por el artículo 65 de esta ley, razón por la cual las tareas de un abogado o una abogada en un mismo expediente pueden ser reguladas de conformidad por ambos regímenes; veremos por qué y si ello es posible también en los amparos, cuyo ámbito de conocimiento es restringido.

El artículo 64 de la ley 27.423 disponía: “La presente ley entrará en vigencia a partir de su publicación y se aplicará a los procesos en curso en los que no existiera regulación firme de honorarios”. Sin embargo, dicha norma fue observada por el Poder Ejecutivo nacional a través del Decreto No. 1077/2017, por entender: “Que la aplicación de la norma sancionada a los procesos en curso en los que no existiera regulación firme de honorarios puede afectar derechos adquiridos, debido a que los honorarios de los profesionales se devengan por etapas, por lo que disponer la aplicación retroactiva de la norma podría vulnerar dichos derechos (...) debe evitarse que la aplicación del nuevo régimen legal pueda eventualmente afectar el normal funcionamiento del sistema de administración de justicia y el ejercicio de la abogacía (...) además, lo prescripto implicaría una aplicación retroactiva de la norma, pretendiendo regir etapas concluidas durante la vigencia de una norma por una ley sancionada con posterioridad a su cierre”.

Frente a lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación zanjó la cuestión y el debate en torno a qué causas debían regirse por la nueva ley y, en ese marco, en el fallo dictado el día 4 de septiembre de 2018 en el expediente “Establecimiento Las Marías S.A.C.I.F.A. c/ Misiones, Provincia de s/ acción declarativa”², sentenció que el régimen previsto en la ley 27.423 no es aplicable a los procesos fenecidos o en trámite, en lo que respecta a la labor desarrollada durante las etapas procesales concluidas durante la vigencia de la ley 21.839 y su modificatoria ley 24.432, o que hubieran tenido principio de ejecución. Ello por cuanto, con respecto a los trabajos profesionales, el derecho se constituye en la oportunidad en que se los realiza, más allá de la época en que se practique la regulación.

De tal manera, en los juicios que al 22 de diciembre de 2017 hubieran terminado o cuyas etapas han culminado o se hayan iniciado antes de esa fecha, deberán regularse los honorarios siguiendo las pautas contempladas en la ley 21.839; mientras que para los demás casos —juicios iniciados después de aquella fecha o promovidos con anterioridad—, pero respecto de etapas que se hayan iniciado luego de dicha fecha, la regulación lo es de conformidad con el nuevo régimen.

Al respecto, cabe señalar que los procesos ordinarios y ejecutivos se dividen en etapas a los fines regulatorios, ello ocurre en los dos regímenes arancelarios (conf. Capítulo III de la ley 21.839 y Capítulo III del Título III de la ley 27.423). Ello provoca que, en el marco de determinado un proceso, los honorarios de los profesionales intervinientes puedan regirse por ambos sistemas, de acuerdo a las diferentes etapas que hayan alcanzado los trabajos. Sin embargo, en los procesos de amparo no encontramos esa diferenciación de etapas, razón por la cual deberá estarse a la fecha de iniciación del amparo para determinar el régimen aplicable. Sólo excepcionalmente, los trabajos realizados ante la Alzada podrían considerarse una etapa distinta a la del desarrollo del proceso que incluye desde el inicio hasta el dictado de sentencia. La ejecución de la sentencia de amparo, junto a las incidencias derivadas de aquella, también podrían considerarse otra etapa o evaluarla bajo los parámetros de las normas que regulan los procesos ejecutivos.

² Fallos: 341:1063

V. Los mínimos legales y el artículo 1255 del Código Civil y Comercial de la Nación

Las leyes arancelarias se caracterizan por fijar pautas y/o valores mínimos y máximos para meritar los honorarios, establecen escalas a tener en cuenta cuando el juicio tiene contenido patrimonial y pautas generales para cuando no lo tienen. Sin embargo, en muchos casos establecen pisos por debajo de los cuales no puede fijarse las sumas que componen el honorario del profesional interviniente. En el caso de la ley 27.423, como ya se hiciera referencia, concretamente dispone en el artículo 16 que los jueces no pueden apartarse de los mínimos establecidos en dicha ley, los cuales revisten carácter de orden público.

Ello encontraría su razón de ser en la dignificación del oficio; algo sobre lo que volveremos más adelante. En esos términos, el arancel fijado legalmente operará como una garantía ante la ausencia de convención o ante eventuales conflictos que puedan derivarse de la fijación y cobro de los honorarios profesionales. Sin embargo, al mismo tiempo, el principio universalmente aceptado de la libre contratación de los servicios, “halla sus límites y fronteras cuando se provoca lesión, enriquecimiento indebido, ilicitud o genera una situación de inmoralidad en la cual el juez está llamado a intervenir”³.

La Ley 21.839 ya fijaba mínimos legales para la regulación de honorarios; su artículo 8 dispone que, salvo pacto en contrario, los honorarios de los abogados no podían ser regulados en sumas inferiores a quinientos pesos (AR\$ 500) en los procesos de conocimiento, trescientos pesos (AR\$ 300) en los procesos de ejecución y doscientos (AR\$ 200) en los procesos voluntarios, quinientos pesos (AR\$ 500) cuando se trate de procesos correccionales y mil pesos (AR\$ 1.000) en los demás procesos penales. Estas debían adecuarse, en su caso, a lo dispuesto en la ley con relación a la actuación conjunta y/o continuada de profesionales y a las pautas dispuestas para las diferentes etapas del proceso. Del mismo modo, establecía que en los procesos por habeas corpus, amparo y extradición, el honorario no podría ser inferior a la suma de quinientos pesos (AR\$ 500).

En el caso particular del amparo, ya dijimos que la ley 27.423 dispone en su artículo 48 que en caso de que no puedan regularse de conformidad con la escala del artículo 21, se aplicarán las normas del artículo 16, *con un mínimo de veinte (20) UMA*. Ahora bien, es aquí donde podemos encontrarnos en la práctica ju-

³ PESARESI, G., op. cit., pág. 74.

dicial con un complejo inconveniente. Tal como establece el artículo 51 de la ley 27.423, la regulación de honorarios deberá contener, bajo pena de nulidad, el monto expresado en moneda de curso legal y la cantidad de UMA que este representa a la fecha de la resolución.

El artículo 19 instituyó la Unidad de Medida Arancelaria (UMA), equivalente al tres por ciento (3 %) de la remuneración básica asignada al cargo de juez federal de primera instancia⁴. A tal fin, la Corte Suprema de Justicia de la Nación deberá suministrar y publicar periódicamente su valor. De esta manera lo ha ido efectuando a través de distintas Acordadas publicadas en el Boletín Oficial de la República Argentina y a través del Centro de Información Judicial de dicho Tribunal; encontrándose fijado el valor de la UMA en pesos doce mil cuatrocientos setenta y nueve (AR\$ 12.479), a partir del 1ro. de diciembre de 2022⁵. Esto significa que los honorarios que deben regularse a un profesional que patrocinara una acción de amparo no pueden fijarse, en la actualidad, por debajo de pesos doscientos cuarenta y nueve mil quinientos ochenta (AR\$ 249.580).

En tales condiciones, ¿podríamos encontrarnos en los amparos de salud con situaciones en las que las sumas que deban regularse en concepto de honorarios se equiparen, superen o no guarden una proporción razonable con el valor de las prestaciones o medicamentos cuya cobertura se pretende por parte de las obras sociales o empresas de medicina prepaga?

En ese caso, nos encontramos con una problemática seria, porque pese a dicha desproporción no podría regularse por debajo del mínimo legal establecido, teniendo en cuenta el carácter de orden público que le otorgó el legislador.

Sin embargo, el artículo 1255 del Código Civil y Comercial de la Nación podría resultar una solución a esta controversia. Dicha norma dispone que las leyes arancelarias no pueden cercenar la facultad de las partes de determinar el precio de las obras o de los servicios. Cuando dicho precio debe ser establecido judicialmente sobre la base de la aplicación de dichas leyes, su determinación debe adecuarse a la labor cumplida por el prestador. “Si la aplicación estricta de los aranceles locales conduce a una evidente e injustificada desproporción entre

⁴ La fijación de la UMA, reconocida ya en las leyes arancelarias locales, aunque con diferentes nombres, responde a la necesidad de contar con un método para evitar la desindexación de los honorarios regulados frente a eventuales procesos inflacionarios, que transformen en históricos los montos nominales fijados en la moneda de curso legal.

⁵ Ac. 3/2023

la retribución resultante y la importancia de la labor cumplida, el juez puede fijar equitativamente la retribución”.

El artículo 13 de la ley 24.432 —modificatoria de la ley 21.839— estableció una pauta similar bajo la vigencia de esta, resultando una norma corrientemente utilizada por los jueces para establecer de algún modo el equilibrio en los honorarios con relación a los montos de condena; sobre todo, frente a situaciones de crecida inflacionaria. Dicha norma, convalidada constitucionalmente por el Máximo Tribunal nacional⁶, dispuso: “Los jueces deberán regular honorarios a los profesionales, peritos, síndicos, liquidadores y demás auxiliares de la justicia, por la labor desarrollada en procesos judiciales o arbitrales, sin atender a los montos o porcentuales mínimos establecidos en los regímenes arancelarios nacionales o locales que rijan su actividad, cuando la naturaleza, alcance, tiempo, calidad o resultado de la tarea realizada o el valor de los bienes que se consideren, indicaren razonablemente que la aplicación estricta lisa y llana de esos aranceles ocasionaría una evidente e injustificada desproporción entre la importancia del trabajo efectivamente cumplido y la retribución que en virtud de aquellas normas arancelarias habría de corresponder. En tales casos, la resolución que así lo determine deberá indicar, bajo sanción de nulidad, el fundamento explícito y circunstanciado de las razones que justificaren la decisión. Déjense sin efecto todas las normas arancelarias que rijan la actividad de los profesionales o expertos que actuaren como auxiliares de la justicia, por labores desarrolladas en procesos judiciales o arbitrales, en cuanto se opongan a lo dispuesto en el párrafo anterior”.

Volviendo sobre la previsión del Código Civil y Comercial en su artículo 1255, encontramos opiniones disímiles en la doctrina.

Entre los autores que han comentado dicho Código, se ha señalado que en esa disposición la equidad emerge como la norma de clausura del sistema previsto para la determinación del precio en los contratos, razón por la cual los criterios de fijación judicial previstos en la norma se relacionan con los límites que surgen del último párrafo del artículo 730,⁷ que reproduce la fórmula incorpo-

⁶ Fallos: 332:1118

⁷ Art. 730 del CCyCN: “...Si el incumplimiento de la obligación, cualquiera sea su fuente, deriva en litigio judicial o arbitral, la responsabilidad por el pago de las costas, incluidos los honorarios profesionales, de todo tipo, allí devengados y correspondientes a la primera o única instancia, no debe exceder del veinticinco por ciento del monto de la sentencia, laudo, transacción o instrumento que ponga fin al diferendo. Si las regulaciones de honorarios practicadas conforme a las leyes arancelarias o usos locales, correspondientes a todas las profesiones y especialidades, superan dicho porcentaje,

rada por la ley 24.432 al artículo 505 del código derogado⁸. También se sostuvo que: “Cuando se recurra al juez para determinar el monto debido como precio se incluye una pauta genérica que exige su adecuación a la labor cumplida, en la cual deberá ponderarse la importancia de la obra o servicio prestado, las cualidades personales del contratista y el precio determinado. Para el supuesto que existiera una evidente desproporción y que carezca de sustento, aun cuando se aplicaran los aranceles locales, el juez puede fijar la retribución conforme la equidad. Esta pauta viene a generar una brecha para que los jueces puedan fundamentadamente apartarse de las reglas arancelarias locales cuando no se condiga el resultado de su aplicación con las labores efectivamente desarrolladas”⁹.

En tales condiciones, otros comentaristas han concluido que, a la hora de fijar judicialmente los honorarios de los profesionales intervinientes en un juicio, deberá ponderarse la importancia del servicio o de la obra, las calidades y cualidades personales del contratista y, en su caso, el precio convenido (vale decir, el monto del proceso o de condena). Motivo por el cual, si la aplicación estricta de la ley de honorarios conduce a una evidente e injustificada desproporción entre la retribución resultante y la importancia de la labor cumplida, el juez la puede fijar equitativamente. “De manera tal que, para el caso en que exista una gran desproporción entre los honorarios que corresponde fijar conforme las pautas arancelarias y la labor efectivamente cumplida por el profesional, el juez podrá fijar los honorarios conforme la equidad”¹⁰.

Cabe destacar que, sobre el valor equidad en la regulación de honorarios, la Corte Suprema se ha manifestado positivamente en reiteradas ocasiones¹¹.

el juez debe proceder a prorratear los montos entre los beneficiarios. Para el cómputo del porcentaje indicado, no se debe tener en cuenta el monto de los honorarios de los profesionales que han representado, patrocinado o asistido a la parte condenada en costas”.

⁸ LORENZETTI, R., (Dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Tomo VI, Rubinzal - Culzoni Editores, 2015, pág. 780.

⁹ RIVERA, J., MEDINA, G., (Dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Tomo IV, Ed. Thomson Reuters LA LEY, 2015, pág. 16.

¹⁰ HERRERA, M., CAMELO, G., PICASSO, S. (Dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Libro Tercero, SAIJ - INFOJUS, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos Argentina, Edición actualizada 2022, págs. 7/9.

¹¹ Así, en Fallos: 318:1501 sostuvo: “Al sujetarse a un procedimiento genérico de actualización de valores y prescindir de la concreta valuación del inmueble, el a quo arribó a una solución que no sólo desvirtúa el objetivo buscado por el arancel de mantener una razonable proporción entre el monto de los honorarios y el valor más próximo al fallo de los bienes en cuestión, sino que se desentiende de las consecuencias notoriamente inequitativas que ocasiona (Fallos: 302: 1284; 303:1150)”.

Por otro lado, otros autores han mantenido una interpretación restringida del artículo 1255 del CCyCN, con una postura más estricta frente a la posibilidad de ruptura del piso arancelario¹². Así, señalan que dicha norma establece una suerte de herramienta *sui generis* en favor del juez que, en su dinámica de necesaria seriedad y complejidad, reconoce un límite infranqueable, que son los mínimos legales que establecen los ordenamientos arancelarios especiales. Estos, se asocian al carácter de orden público basado en la actividad del letrado como actor necesario del servicio de justicia; se relacionan con los intereses patrimoniales, alimentarios y laborales del letrado, concretamente con la dignidad de su retribución por el trabajo realizado, que incluye su subsistencia; todo lo cual se suma al rol social que pesa sobre quienes ejercen la abogacía frente a los intereses primordiales del Estado Constitucional de Derecho de ser garante del debido proceso y de la defensa en juicio, para una efectiva y eficiente prestación del servicio de justicia. Por tales razones, concluyen que en el respeto de los mínimos previstos en la ley arancelaria “está en juego no solo una cuestión patrimonial individual, sino un interés jurídico tutelado mayor; que es el interés de que la abogacía cumpla su ministerio en condiciones adecuadas a la importancia de su función”. Por tanto, el quebrantamiento del piso arancelario —según estos autores— destruye una garantía constitucional y convencional vinculada con la dignidad y la salvaguarda mínima de derechos salariales y alimentarios de los/las abogados/as. Por tanto, concluyen que la sola invocación del artículo 1255 del CCyCN no autoriza al juez ni le permite disponer la ruptura del mínimo arancelario, salvo que ese piso constituya, en el caso concreto, una evidente e indiscutible arbitrariedad que amerite su perforación; esto es, cuando los derechos que garantizan los mínimos legales violenten la más íntima garantía constitucional del sujeto mandado a satisfacerlos, dándosele una supremacía debidamente fundada. “Este ejercicio, de delicada ponderación y balance, deberá ser extremadamente prudente, excepcional y extraordinario, basarse en un análisis armónico de todo el ordenamiento jurídico (arts. 1-2 Cód. Civ. y Com.), encontrándose a tales eventos razones robustas, debidamente probadas y desarrolladas en el auto regulatorio, en pos de su procedencia”.

Por último, sobre el tema resulta útil referirse al voto del entonces juez de la Corte Suprema de Justicia, doctor Eugenio Raúl Zaffaroni, en un caso donde

¹² VALDEZ, C., DEL RIO, J.; *Precisiones sobre el art. 1255 del Código Civil y Comercial y los pisos arancelarios en los honorarios profesionales*; LA LEY 06/05/2021, 1; TR LALEY AR/DOC/1264/2021.

se discutía la exorbitancia de los honorarios regulados a los representantes de una de las partes litigantes —la demandada—, a la luz de las pautas arancelarias dispuestas por la ley 21.839¹³. Al respecto, sostuvo que para establecer una regulación justa, al margen de si resultaba aplicable o no al caso la ley 24.432, en el caso se imponía una interpretación armónica que componga, con el prudente equilibrio, los distintos parámetros que determinaba la ley 21.839, a efectos de evitar la disociación de la pauta económica —atinente al monto del litigio— de las restantes que informa la normativa arancelaria, entre las que se destacan la extensión, calidad, complejidad de la labor profesional y la trascendencia jurídica, moral y económica que tiene el asunto o proceso para casos futuros y para la situación económica de las partes. En ese sentido, señaló que de acuerdo al principio sentado en el artículo 28 de la Constitución Nacional, la garantía a una justa retribución (arts. 14 *bis* y 17 CN) resultaba vulnerada cuando la regulación exorbita la adecuada composición entre las pautas indicadas al conceder una retribución desproporcionada. El menoscabo se produce cuando se desconoce esa armonización, mediante la fijación de una retribución en exceso o se la disminuye de forma que resulta inconciliable con la tutela establecida en aquella garantía constitucional. Su afectación, en la medida que ocasione una evidente e injustificada desproporción entre la importancia y envergadura del trabajo y la retribución, posibilita regular los honorarios por debajo de la escala mínima legal.

VI. Conclusión

Luego de un recorrido por la normativa especial aplicable a los amparos de salud en lo atinente a la regulación de los honorarios de los profesionales intervinientes, junto a la opinión de destacada doctrina, principalmente sobre el artículo 1255 del CCyCN que podría resultar una herramienta para romper con el piso de 20 UMA que dispone la ley de honorarios No. 27.423, me permito concluir que ello puede ocurrir solo en aquellos casos en los que exista o se advierta una

¹³ D. 163. XXXVII. “DNRP c/ Vidal de Docampo, Clara Aurora s/ ejecución fiscal – inc. de ejecución de honorarios”, fallo del 14-09-2006 (Fallos: 329:94). La mayoría del Tribunal, con votos concurrentes, decidió reducir los honorarios regulados por considerar desproporcionada la suma fijada con respecto a la entidad y complejidad de la tarea desempeñada; para lo cual —el voto mayoritario— entendió que resultaba aplicable el art. 13 de la ley 24.432, aun cuando se trataban de trabajos realizados con anterioridad a la vigencia de dicha ley.

desproporción manifiesta e irrazonable entre esa suma y la labor desarrollada por los/las profesionales y/o la suma que representa la cuestión indirectamente discutida en el amparo, ya sea la cobertura de una medicación, internación, honorarios médicos o práctica ambulatoria. Sin embargo, ese apartamiento del mínimo previsto en la ley arancelaria, es decir, la ruptura e inaplicabilidad del piso legal deberán ser declaradas para el caso concreto, con un criterio restrictivo y siempre debidamente fundado, bajo pena de nulidad, en razones de equidad, en conjunto con la valoración de las tareas profesionales realizadas teniendo en cuenta las pautas fijadas en el artículo 16 de la ley 27.423.

En definitiva, como lo ha señalado el Máximo Tribunal nacional¹⁴, el desempeño judicial no se agota con la remisión a la letra de la ley, razón por la cual corresponde desechar la admisión de soluciones notoriamente injustas que no se avengan con el fin, propio de la labor de la magistratura, de determinar los principios acertados para el reconocimiento de los derechos de quienes litigan en las causas concretas a decidir.

¹⁴ Fallos: 253:267; 271:130; 315:672; 318:912; 320:1583 y 342:162.

REFLEXIONES SOBRE LA LEY DE RESPUESTA INTEGRAL AL VIH. UN CAMBIO DE PARADIGMA NECESARIO

GUILLERMO M. GARONE*

Introducción

La motivación de este trabajo se vincula con la necesidad de establecer las diferencias fundamentales que existen entre la antigua ley 23.798¹ y el texto de la nueva 27.675² y, al mismo tiempo, poner de manifiesto los avances significativos que se han realizado en la materia, al consagrarse en el nuevo plexo normativo diversos aspectos sobre cuya importancia inicialmente no se contaba con suficiente información.

De hecho, los momentos históricos en los que se debatieron y luego dictaron ambas leyes fueron sustancialmente diferentes, ello por varios factores de absoluta trascendencia: en 1990, cuando los legisladores acordaron los alcances de la primera de ellas, el flagelo del SIDA si bien llevaba varios años entre nosotros³, muchos de sus efectos todavía eran parcialmente desconocidos y se hallaban sujetos a estudios de toda índole.

Por ello, el primero de los abordajes se llevó a cabo con el propósito de “luchar contra el SIDA”⁴, que se había erigido como un enemigo de la salud pública

* Defensor Público Oficial ante el Juzgado Federal de Río Grande, Prov. de Tierra del Fuego y Máster en Derecho Penal Internacional por la Universidad de Granada (España).

¹ Promulgada de hecho el 14 de septiembre de 1990.

² Promulgada el 18 de julio de 2022.

³ Tal como explica el Dr. Jorge Benetucci, Prof. Consulto Titular de Enfermedades Infecciosas de la Facultad de Medicina de la Universidad de Buenos Aires (UBA), el 10 de diciembre de 1981 el Diario *New England Journal of Medicine* publicó “tres artículos sumamente interesantes y que incluyeron tres series de pacientes no muy extensas, pero que avalaban la hipótesis de la aparición de una nueva entidad que generaba una profunda inmunodepresión a nivel celular, y la emergencia de diversas infecciones oportunistas o neoplasias de marcada agresividad...” (ISSN 1669-9106), razón por la cual los orígenes de la enfermedad podrían remontarse a dicha época.

⁴ Cabe mencionar que para aquella época no existía todavía un tratamiento efectivo que pudiera

y en virtud de lo cual debían realizarse los esfuerzos por parte de las autoridades estatales para contrarrestar el claro menoscabo que ello generaba a los habitantes de nuestra nación, significando en muchos aspectos la Ley 23.798 una toma de postura frente a la epidemia, así como un progresivo delineamiento de políticas sanitarias para lidiar con la compleja situación que se había ido desarrollando. Como se verá a lo largo del análisis comparativo de ambos textos legales que habremos de desarrollar a continuación, ese enfoque inicial fue virando hacia el reconocimiento integral de una serie de derechos vinculados con las personas afectadas, lo que ha generado una positiva modificación de la postura estatal en torno al fenómeno VIH.

Diferencias conceptuales entre VIH y SIDA. La importancia del uso de la terminología adecuada

Como hemos visto, se trata de términos que, si bien se encuentran relacionados entre sí, no significan lo mismo.

El Ministerio de Salud de la Provincia de Buenos Aires elaboró un Manual sobre VIH-SIDA dedicado a los equipos de salud y avalado por la Asociación Argentina de Alergia e Inmunología Clínica (AAAeIC), la Sociedad Argentina de Infectología (SADI) y la Dirección de SIDA y ETS del Ministerio de Salud de la Nación, en el que se reveló que “...Una persona tiene sida cuando el VIH ha debilitado las defensas del cuerpo (el sistema inmunológico) y esa situación lo predispone a desarrollar enfermedades “oportunistas” (infecciones o tumores). Se las llama así porque aparecen aprovechando la caída de las defensas”⁵.

Y, teniendo en consideración esta particularidad, resulta *razonable* que el primero de los enfoques legislativos se dirigiera a *luchar* contra el Síndrome de InmunoDeficiencia Adquirida, en tanto este constituía la faceta más agresiva — y por lo tanto más preocupante— del fenómeno VIH en tanto tal.

Afortunadamente, luego de décadas de investigación y tratamiento, se han logrado frenar de manera significativa los avances del flagelo, al punto de que “...en 1996, la esperanza de vida total para una persona de 20 años con VIH era

ayudar al control de la evolución de la enfermedad.

⁵ Programa Provincial de VIH-SIDA/ITS del Ministerio de Salud de la Provincia de Buenos Aires, Manual para la actualización en VIH / SIDA, Herramientas para los equipos de salud, Mayo 2017, p. 18.

de 39 años. En 2011, la esperanza de vida total aumentó hasta aproximadamente 70 años...”

Por otro lado, “...La tasa de supervivencia para las personas (viviendo con VIH) también mejoró dramáticamente desde los primeros días de la epidemia del VIH. Por ejemplo, los investigadores que examinaron la mortalidad de los participantes en un estudio de personas de Suiza con VIH determinaron que 78 por ciento de las muertes entre 1988 y 1995 se debió a causas relacionadas con el SIDA. Entre 2005 y 2009, esa cifra bajó al 15 por ciento...”⁶.

Adicionalmente debemos señalar, sobre la base de que el presente se encuentra mayormente dirigido a profesionales del derecho, que existen ciertos términos que han ido evolucionando a lo largo de los años para referirse a las personas y situaciones vinculadas con el VIH.

Así, se desaconseja utilizar la frase “virus del SIDA” puesto que es incorrecta, en tanto el virus es el que causa la inmunodeficiencia humana (“VIH” o, en inglés, “HIV”) y puede o no desencadenar el SIDA.

Luego nos debemos referir, en general, a toda persona afectada con el término “persona viviendo con VIH” y no con el de “portador” (y sus variantes como “portador sano” o “asintomático”), porque todas ellas son incorrectas, ya que se refieren al sujeto como agente, cuando en realidad lo es el VIH, a la vez que generan una falsa seguridad en las personas, con respecto a con quien o con quienes relacionarse.

En lugar de “grupos de riesgo”, debemos referirnos a “comportamientos de riesgo”, como explicaremos más adelante, ello es así ya que el riesgo se basa en la realización de determinados comportamientos y no en la pertenencia a ciertos colectivos de personas.

En cuanto a la transmisión del virus, se aconseja esta expresión y no la de “contagio” por cuanto esta última promueve la idea de peligrosidad y genera un temor infundado en la población.

Finalmente, se entiende adecuada la expresión “consumidor problemático de sustancias” y no la que anteriormente se utilizaba con regularidad (“adicto” o “drogadicto”), puesto que, además de resultar estigmatizante, se refiere únicamente a un aspecto de la vida de la persona y, en consecuencia, facilita la utilización de estereotipos negativos⁷.

⁶ <https://www.healthline.com/health/es/esperanza-de-vida-del-vih#:~:text=En%201996%2C%20la%20esperanza%20de,de%20la%20epidemia%20del%20VIH.>

⁷ Para mayor abundamiento, ver <https://www.mardelplata.gov.ar/Contenido/personas-viviendo->

ido incorporándose al plexo normativo argentino durante los últimos años. Pese a ello, en un gesto digno de reconocimiento, el decreto reglamentario se había encargado de aclarar que, cuando la ley hacía referencia a que la interpretación de sus disposiciones en modo alguno podía afectar la dignidad de la persona ni generar situaciones de marginación, estigmatización, degradación o humillación (art. 2 inc. a y b), debía recurrirse para analizar dichos parámetros a las disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, llamada Pacto de San José de Costa Rica (CADH)¹¹.

Es importante destacar que, teniendo en cuenta el contexto normativo de la época, esta pauta de interpretación resultaba completamente novedosa.

Las corrientes dualistas, fuertemente instaladas en aquella época en nuestra doctrina y jurisprudencia, sostenían la idea de que la CADH era un Tratado aprobado por el Estado Argentino a través de la ley 23.054, pero que sus cláusulas no eran totalmente operativas, pues debían ser sometidas a una reglamentación interna para que alcanzasen plena vigencia.

Sin embargo, recién en el año 1992, a través del célebre fallo “Ekmekdjian c. Sofovich”¹², la Corte Suprema de Justicia de la Nación entendió que las disposiciones de dicho instrumento resultaban operativas aun cuando no encontraran recepción en el derecho interno, haciéndose referencia para ello al artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que establece que “una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”.

Con la reforma de 1994 que dio jerarquía constitucional a los Tratados de derechos humanos enunciados en el segundo párrafo del artículo 75 inciso 22 y reconoció jerarquía superior a las leyes al resto de los Tratados suscriptos por la Argentina, los alcances de la ley 23.798 pasaron de centrarse únicamente en las pautas de la CADH a todo el plexo normativo que había sido anexado.

Por ello, y además del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención de los Derechos del Niño y de todo otro Tratado de jerarquía constitucional que resultaban aplicables a la situación integral de las personas viviendo con VIH, existían otros documentos internacionales que complementaban el universo de normas al que podía recurrirse para dar solución a los problemas que de ella pudiesen derivar.

¹¹ La ley 23.798 fue reglamentada por el Decreto 1244/1991, publicado en el Boletín Oficial el 8 de julio de 1991.

¹² Fallos 315:1492

A modo de ejemplo, se puede citar la Declaración de compromiso en la lucha contra el VIH/SIDA, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en el año 2001 y las Directrices Mixtas OIT/OMS sobre los Servicios de Salud y el VIH-SIDA, adoptadas el año 2005.

Otra regulación de significativa importancia que llevaron a cabo tanto la ley como su decreto reglamentario fue la primacía de la autonomía de la voluntad de los pacientes, al establecer que los testeos de VIH eran voluntarios¹³.

Si bien la ley 23.798 disponía que los profesionales de la salud que asistían a personas integrantes de grupos de riesgo de presentar el síndrome de inmunodeficiencia adquirida *estaban obligados a prescribir pruebas diagnósticas*, al momento de su reglamentación, se aclaró que estas pruebas se llevarían a cabo previo consentimiento del paciente.

Nuevamente, para analizar esta premisa no podemos obviar el paradigma imperante por aquellos tiempos en la relación médico-paciente, constituido por un perfil netamente paternalista. Era el médico, como sujeto experto, quien definía el tratamiento a seguir, y poca o nula importancia se otorgaba a la opinión de la persona. Basta recordar la cantidad de procesos judiciales que se iniciaron ante la situación de pacientes cuya vida se hallaba en peligro, pues requería una urgente transfusión sanguínea pero que, por pertenecer a la religión Testigos de Jehová, la persona se negaba a recibir dicho tratamiento¹⁴.

Mas allá de estos aciertos legislativos, adelantados a su época, la norma adolecía de ciertas debilidades, como la estigmatizante expresión acerca de la existencia de “grupos de riesgo en contraer la enfermedad”, cuando la realidad luego demostró que en el interior de dichos grupos podían encontrarse personas de cualquier estrato socio económico y cultural¹⁵.

Y en este sentido, la idea de que el virus afectaba predominantemente a un cierto grupo de individuos (gays o consumidores problemáticos de sustancias,

¹³ Adicionalmente a ello, en el año 2015, el Ministerio de Trabajo de la Nación dictó la Resolución 270 en la que dispuso “*el compromiso expreso de no suministrar datos que pudieran ser motivo de discriminación de los y las postulantes por parte de empleadores y empleadoras, aun cuando se contara con el consentimiento expreso del titular.*”

¹⁴ Ver, por todos ellos, el fallo “Bahamondez, Marcelo s/ medida cautelar” rta. el 06/04/1993 – Corte Suprema de Justicia de la Nación – T. 316 P.479, donde se planteó por primera vez en el derecho argentino con absoluta profundidad la problemática relativa a la autonomía de la voluntad y sus efectos.

¹⁵ Como hemos expresado “supra”, la utilización del término “grupo de riesgo” está desaconsejada, “...por cuanto instala la idea de pertenencia a un grupo con una cualidad que de por sí lo hace vulnerable, cuando en realidad el estar en riesgo se vincula a el ejercicio de determinados comportamientos o prácticas que se pueden evitar...”

por ejemplo) solo podía conducir a la falsa creencia de que, al no pertenecer la persona de que se trate al mencionado subgrupo, poseía cierta garantía de inmunidad, lo que resultaba absolutamente falaz.

Y a su vez, esta mirada del tema reforzaba el estigma que recaía sobre quienes sí pertenecían a dichas categoría, lo que terminaba por confirmarse en el artículo 8 de la ley derogada, que imponía a los galenos el deber de informar el carácter infectocontagioso de la enfermedad, en caso de detección del virus o “presunción fundada de que un individuo es *portador*”.

Por otra parte, el artículo 9 de la ley 23.798 establecía la imposición de tests para los inmigrantes que solicitaban su radicación definitiva en el país. Esta disposición, probablemente inspirada en las políticas adaptadas por Estados Unidos durante la presidencia de Ronald Reagan, cayó por fortuna en desuso con la sanción de la ley 25.871, que reconoció expresamente que el derecho a la migración es esencial e inalienable de la persona, y la República Argentina lo garantiza sobre la base de los principios de igualdad y universalidad (art. 4).

Algunos inconvenientes derivados de la inmersión de la ley en el derecho laboral

En el artículo 9 de la ley se establecen los derechos laborales de personas que padecen VIH, ITS, hepatitis virales y/o tuberculosis, que consisten en:

El derecho al trabajo y a la permanencia en el mismo, sin discriminación, despidos, suspensiones, hostigamientos, reducciones salariales, violencia, violación de la confidencialidad, para la población referida en la presente ley.

Un primer acercamiento a la cuestión pareciera poner en evidencia que las personas que padecen alguna de las enfermedades enunciadas en la ley revestirían un estatus jurídico privilegiado que las tornase imposibles de ser despedidas, toda vez que la letra de la ley define que poseen “derecho al trabajo ...sin despidos”.

El resto de las situaciones enumeradas (discriminación, hostigamientos, etc.) resulta común al plexo de derechos de cualquier trabajador, por lo que la distinción debemos hacerla expresamente en lo que hace a la imposibilidad de

despido que tendrían, según este primer artículo, los sujetos contemplados por la ley.

Sin embargo, en el segundo párrafo se establece una presunción, salvo prueba en contrario, acerca de que el despido de personas con VIH, hepatitis virales, otras ITS y/o TBC obedece a razones de discriminación.

Esta creación de una nueva “categoría sospechosa”¹⁶ que formula la ley, debiera haber integrado, para cumplir con una mejor técnica legislativa, la naturaleza del despido mencionada en el párrafo anterior (por ejemplo: “Derecho al trabajo sin despido en razón de su enfermedad”).

Lamentablemente, ello no ha ocurrido, y debemos echar mano del segundo párrafo del inciso a) para recién desentrañar el verdadero significado al que habría intentado arribar el legislador.

Y esta aclaración la realizamos en la medida en que una interpretación a pie juntillas de la letra de la ley podría llevar a considerar, como adelantamos, que una persona viviendo con VIH no podría ser despedida por ninguna causa, superando inclusive con dicha posición de privilegio a una persona que no padeciera la enfermedad (y que, por tanto, sí podría ser despedida en la forma establecida por la ley respectiva).

Con relación a la interpretación de las “categorías sospechosas”, se ha dicho que “...para decidir si una diferencia de trato es ilegítima corresponde analizar su razonabilidad (Corte Interamericana de Derechos Humanos, OC 18/03, párr. 89; Fallos:332:433, considerando 5), esto es, si la distinción persigue fines legítimos y si esa distinción es un medio adecuado para alcanzar esos fines (Fallos 327:3677, considerando 12°). Sin embargo, cuando las diferencias de trato están basadas en categorías ‘específicamente prohibidas’ o ‘sospechosas’ —como el género, la identidad racial, la pertenencia religiosa o el origen social o nacional— corresponde aplicar un examen más riguroso, que parte de una presunción de invalidez (cf. Fallos 327:5118; 329:2986; 331:1715; 332:433; y jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos establecida en precedentes tales como ‘*United States v. Carolene Products Co.*’, 304 U.S. 144, del 25 de abril de 1938, en particular, pág. 152, n. 4; ‘*Toyosaburo Korematsu v. United States*’, 323 U.S. 214, del 18 de diciembre de 1944; y ‘*Graham v. Richardson*’, 403 U.S. 365, del 14 de junio de 1971, y sus citas). En estos casos, se invierte la carga de la argumenta-

¹⁶ La lista de “categorías sospechosas o prohibidas” comprende habitualmente la raza, el género, la religión, la opinión política, el origen nacional o social, la posición económica y las características físicas, entre otras.

ción y es el demandado el que tiene que probar que la diferencia de trato se encuentra justificada por ser el medio menos restrictivo para cumplir un fin legítimo (Fallos 332:433, considerando 6 y sus citas)¹⁷.

Afortunadamente, el decreto reglamentario aún no ha visto la luz, por lo que aguardamos con cierto optimismo que en dicho instrumento se precisen los alcances mencionados en este último punto, del mismo modo en que el decreto reglamentario No. 1244/91 fue enmendando algunas de las imprecisiones que presentaba la Ley 23.798.

Por otro lado, los restantes derechos mencionados en los demás incisos del artículo 9 se vinculan con situaciones ya reconocidas en otros instrumentos normativos (v. gr., el carácter voluntario de los testeos ya había sido consignado en la primigenia ley).

VI. VIH y Seguridad Social

Uno de los puntos más álgidos que ha aparejado la discusión en torno al texto de la nueva ley, teniendo en cuenta las voces encontradas que se presentaron al momento de llevarse a cabo la correspondiente discusión parlamentaria, se vincula con lo concerniente al capítulo de la seguridad social.

Y ello es así, por cuanto la ley 27.675 prevé una jubilación especial destinada a dos casos claramente diferenciados: a) sujetos con VIH, y/o b) personas con hepatitis B y/o C, pero supedita el beneficio para estos últimos únicamente respecto de los casos en que se encuentren imposibilitados de continuar trabajando.

La inclusión de las personas con VIH dentro de aquellas que pueden solicitar su jubilación a la edad de cincuenta años cumplidos —luego de haber realizado los aportes correspondientes— es uno de los aspectos más controvertidos de este segmento de la ley.

Y ello es así por cuanto no se ha especificado en el texto legal que la persona en cuestión deba, como sí ocurre en el caso de aquellos que posean hepatitis B y/o C, hallarse impedido de seguir realizando tareas.

La distinción que realiza la ley creemos que conlleva algunas consecuencias negativas, como el dispendio de una innecesaria energía previsional —con la

¹⁷ <https://www.mpf.gob.ar/dgdh/files/2017/04/cuadernillo-2-1.pdf>

consecuente erogación que ello acarrea— en personas que podrían continuar con sus ocupaciones laborales. Asimismo, debemos destacar la diferenciación con aquellas personas que padezcan otras enfermedades y la creación de una categoría especial de personas que se encuentran lejos del estándar de esperanza de vida que fue adquiriéndose para aquellos que vivan con VIH, gracias a los modernos tratamientos y medicaciones descubiertas y aplicadas en los últimos veinte años¹⁸.

Por otro lado, la ley ha creado una pensión no contributiva para personas con VIH que se encuentren en situación de vulnerabilidad social, siempre y cuando el solicitante no sea titular de jubilación, pensión o retiro, de carácter contributivo o no contributivo.

Tanto en el caso de la jubilación anticipada como en el caso de la pensión no contributiva, la norma crea programas de previsión social sin más condicionantes que el diagnóstico de VIH, y es aquí donde el proyecto sumó numerosos detractores en el Congreso.

Un sector importante de la Cámara de Diputados manifestó su descontento y críticas en relación con estas medidas, fundamentando que la respuesta integral respecto de estas enfermedades no debe llevarse a cabo necesariamente a través de un permanente asistencialismo estatal.

Algunos legisladores sostuvieron que, al establecerse un régimen previsional especial respecto a estas patologías, se dejaba afuera a un gran número de individuos, también enfermos, pero aquejados por otras dolencias igualmente graves.

Desde nuestro punto de vista, esta crítica carece de poder convictivo, puesto que se pasa de ignorar la problemática en la que se hallan inmersas las personas que padecen este grupo de enfermedades a invisibilizarlas con la inclusión de otras patologías que, aunque puedan resultar graves, su respuesta no es objeto de discusión en ese momento.

Otro grupo de legisladores se opuso a estas disposiciones, señalando que las deficiencias económicas de la Argentina se comportaban como un obstáculo para su implementación y afirmando que, bajo este enfoque, la creación de derechos previsionales extraordinarios sin una estructura que pudiera garantizar

¹⁸ Tal como afirma el Dr. Benetucci en el artículo referenciado, *“En las últimas dos décadas, la terapia antirretroviral ha demostrado su capacidad para suprimir la multiplicación viral y disminuir la transmisión sexual de la infección, por lo que ha posibilitado un descenso en la velocidad de crecimiento del número de nuevos contagios, del número de recién nacidos infectados y en la cantidad de fallecimientos...”*

su satisfacción, resultaría atentatoria contra los recursos existentes en las arcas públicas.

Del otro lado de la discusión, quienes se mostraron a favor de estas medidas, hicieron hincapié en el deterioro del organismo y en el envejecimiento precoz que sufren las personas expuestas al tratamiento del VIH.

Sobre el particular, debemos señalar que: "...Las personas de 50 o más años constituyen una parte cada vez más importante de la epidemia del VIH y se necesitan por consiguiente nuevas respuestas. Muchas personas seropositivas viven más años y de forma más activa gracias a la expansión del tratamiento antirretrovírico efectivo. Cada vez son menos las personas de edades comprendidas entre los 15 y los 49 años que se infectan por el VIH, lo que significa que los individuos de 50 o más años de edad son un grupo demográfico creciente en la epidemia de VIH. Los individuos de este grupo de edad comparten muchas de las conductas de riesgo en torno al VIH que se observan entre los jóvenes. Las respuestas al VIH deben por lo tanto tener en cuenta este importante grupo demográfico reflexionando sobre los riesgos y las tendencias y ofreciendo servicios adecuados de prevención, pruebas y tratamiento. Los servicios del VIH destinados a este grupo de edad deberán integrarse debidamente en los servicios de diagnóstico y tratamiento de enfermedades no transmisibles, así como en otros servicios de salud apropiados. Estos cambios en la epidemia del VIH nos recuerdan que esta plantea un desafío a cualquier enfoque único y universal y continúa demandando un conocimiento sólido y respuestas dirigidas"¹⁹.

Pese a lo señalado en el párrafo anterior, debemos mencionar que la mayor atención que debe enfocarse en las personas de más de cincuenta años de edad que vivan con VIH no debe ser confundida con la necesidad imperiosa de que, por esa misma razón, deba promoverse su retiro de la actividad antes que el resto de las personas. Y a su vez, debemos reflexionar sobre la distinción de trato que ha realizado la ley entre los pacientes con VIH y los afectados por las hepatitis B y/o C para determinar si ella encontraría basamento únicamente en las características que las diferencian, y si el régimen especial de previsión social creado por la ley, tal como sostuvieron algunos de los impulsores del proyecto, debiera responder a las consecuencias físicas solo en el caso de estas últimas patologías.

¹⁹ Ver el informe titulado "El Envejecimiento y el VIH", Suplemento especial del informe de ONU-SIDA sobre la epidemia mundial de sida 2013, 1 de noviembre de 2013.

Del análisis del texto legal, hemos notado que, por una parte, la ley ha decidido empoderar a las personas que viven con VIH, garantizándoles la permanencia en sus puestos de trabajos y, por la otra, —aunque suponemos inintencionadamente— ha generado un marco de posible postergación fundado en un retiro anticipado que no encuentra otro fundamento que un testeo positivo de relativa antigüedad.

Como hemos dicho, los avances científicos en el tratamiento del VIH han aumentado de manera significativa la expectativa de vida de las personas viviendo con VIH, razón por la cual un régimen de jubilación a los 50 años los confinaría a una sobrevivida aproximada de 30 años con ingresos muy por debajo de los podrían aspirar²⁰, como consecuencia de un beneficio que, tal como la misma ley expresa, resulta incompatible con el trabajo en relación de dependencia.

Desde nuestro punto de vista, entonces, podría analizarse previsionalmente en cada caso los beneficios de otorgar o no a personas viviendo con VIH la jubilación correspondiente, lo que nos conduce a pensar que hubiese sido un acierto que se condicionara la obtención del beneficio respectivo a la imposibilidad de continuar prestando tareas, pudiéndose regir ello conforme las previsiones de la ley 24.241 que instituyó la jubilación anticipada por incapacidad.

Como se ve, este es un asunto con numerosas aristas que podrán ir puliéndose en el futuro sobre la base, incluso, de la experiencia que vaya generando la aplicación de los institutos consagrados en esta nueva ley y que, insistimos, desde todo punto de vista resulta esperanzadora por los altos estándares de inclusión que ha generado en su articulado.

Conclusión

Los treinta y dos años que transcurrieron entre el dictado de las Leyes 23.798 y 27.675 han contado no solo con notables adelantos médicos y tecnológicos que permitieron el desarrollo de respuestas frente a la epidemia de VIH y las demás enfermedades de transmisión sexual a las que se refiere esta última normativa, sino también con un importante reposicionamiento del derecho frente

²⁰ Afortunadamente, la ley dispone que la jubilación bajo este prisma no es aplicable con carácter general, sino que debe ser solicitada de manera voluntaria por quien desee acceder a ella.

a las problemáticas que afectan a la salud pública y a los derechos de las personas alcanzadas por diversas enfermedades.

Esta nueva mirada ha dejado traslucir una clara asunción del Estado de sus responsabilidades y una indudable intención de brindar una respuesta lo más completa posible a los diversos flagelos que afectan a la sociedad argentina moderna y en ese espacio se enmarca la nueva Ley 27.675.

Creemos que es una ley que mira hacia el futuro, pues hacia allí se dirigen los esfuerzos para contrarrestar los efectos del VIH y sus enfermedades asociadas, por lo que constituye un importante camino a seguir en pos de la preservación de las personas que viven con ellas.

AMPAROS DE SALUD, RAZONABILIDAD, SEGURIDAD Y EFICACIA DE LA PRESCRIPCIÓN MÉDICA. CONTROVERSIAS. INTERVENCIÓN DEL CUERPO MÉDICO FORENSE

MARÍA CRISTINA INTERLANDI*

MAURICIO GODOY**

I. Introducción

La acción de amparo en salud, actualmente en alza, ante una medicina atravesada por los desarrollos tecnológicos que pueden dar paso a lo impensado desde el punto de vista científico con resultados trascendentes desde la calidad y/o sobrevida, puede llegar a generar múltiples planteos biojurídicos con consideraciones tanto éticas como económicas. En sistemas de salud multifragmentados, como el de nuestro país, sin una política de salud uniforme, transparente y que asegure el derecho a la misma a todos los individuos, en condición de igualdad entre hombres y mujeres, al acceso ecuménico de servicios de atención médica, incluidos los relacionados a la salud reproductiva, como lo enaltece la OMS/OPS, a la cual suscribimos, en sus objetivos sobre la reducción de la ineficiencia como estrategia hacia la cobertura universal (CUS), podría recaer finalmente si no se trabaja en forma multidisciplinaria, en una aún mayor judicialización de la medicina.

La acción de amparo debería servir para casos excepcionales, en donde situaciones complejas que superen las resoluciones habituales pasen a un marco legal multidisciplinario, donde un juez apoyado por los auxiliares de la justicia, basados en las diferentes experticias propias de cada especialidad, puedan con

* *Médica Forense de la Justicia Nacional. Médica Especialista en Clínica Médica y Medicina Legal. Docente Universitaria de la Cátedra de Medicina Legal y Deontología de la Facultad de Medicina de la U.B.A. Docente del Instituto Universitario de la Policía Federal Argentina y Docente del Instituto Superior de Seguridad Pública.*

** *Médico forense de la Justicia Nacional. Médico especialista en Cirugía, en Urología y Medicina Legal. Master en Administración de Salud.*

claridad realizar un informe que, de manera sencilla, con lenguaje técnico pero llano, dé respuestas a interrogantes de los magistrados quienes, muchas veces, sentarán jurisprudencia en todo el territorio, a partir de los diferentes fallos realizados en defensa de uno de los derechos constitucionales tutelados, tal el caso del derecho a la salud.

Pero este camino que en los últimos tiempos impresiona verse sinuoso, según nuestra observación e interpretación, podría ser secundario a varios factores tales como: las limitaciones de nuestro sistema de salud, nuestra economía, las diferentes estrategias comerciales, las luchas de sistemas privados, el compromiso de nuestro sistema estatal de salud, la falta de compromiso real con el derecho de salud igualitario y, sobre todo, la falta de ética profesional de los numerosos actores de este entramado tanto médico, como de los administradores de salud, de los funcionarios, etc.; quienes en vez de pensar y encontrar otras estrategias para la resolución de esta problemática, alimentan y promueven resoluciones que deberían ser excepcionales y de último recurso, como lo es la vía judicial, que se ha tornado una forma de resolución del conflicto de manera habitual.

II. Desarrollo

La acción de amparo en Argentina la describe el art. 1 de la Ley 16.986 "... será admisible contra todo acto u omisión de autoridad pública que, en forma actual o inminente, lesione, restrinja altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta los derechos y garantías explícita o implícitamente reconocidas por la Constitución Nacional con excepción a la libertad individual tutelada por el hábeas corpus...".

Se incorpora en la Constitución Nacional en el artículo 43, en la individual y colectiva, con el tiempo se expandió hacia lo previsional, sindical, aduanero, por mora impositiva, etc., y como herramientas principales lo hace a través de los principios y garantías, "... Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un

tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva.

Podría interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y, en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización...”

Uno de los enfoques que modificó sustancialmente la reforma constitucional es la normativa al determinar que el amparo solo procederá cuando “...no exista otro medio judicial más idóneo...”, diferenciándose de la ley 16.986, que sí lo permite. Estas herramientas constitucionales adscriben a los jueces a extremar ponderación y prudencia, cuestiones que deben ser debatidas y/o resueltas de acuerdo con los procedimientos ordinarios, cumpliendo entonces el amparo un papel supletorio, residual, excepcional, de no haber otros caminos procesales idóneos.

La acción de amparo tiene por fin proteger los derechos fundamentales en situaciones donde es urgente tener una decisión judicial, por lo que la sentencia debe dictarse por vía sumaria o expedita, donde los plazos que deberían cumplirse son de diez días (Juez de primera instancia) o quince días (Cámara de Apelaciones) del art. 44, inc. 3° d) del CPCCN o los tres días del art. 11 de la ley 16.986, amenazado estos tiempos por el aumento de los mismos, ante la falta de respuesta y límites formales a procesos ordinarios previos de nuestro sistema de salud.

La competencia de los jueces para entender en un amparo federal se encuentra regulada en el art. 4 de la ley 16.986: “será competente para conocer de la acción de amparo el juez de primera instancia con jurisdicción en el lugar en que el acto se exteriorice o tuviere o pudiere tener efecto. Se observará, en lo pertinente a las normas sobre competencia en razón de la materia salvo que aquellas engendraran dudas razonables al respecto, en cuyo caso el juez requerido deberá conocer la acción. Cuando mismo acto u omisión afectare el derecho de varias personas, entenderá en todas esas acciones el juzgado que hubiese prevenido, disponiéndose la acumulación de autos, en su caso”

Retomando nuestro campo de observación, el amparo de salud, fue modificando su concepto con el tiempo, evolucionando como lo hace la definición

de salud en no la mera ausencia de enfermedades, sino en el completo bienestar físico, psíquico y social, desde el desarrollo del ser desde antes de su nacimiento.

Constituyéndose en un derecho personalísimo “el derecho a la salud” y sus implicancias, como lo reconoce la disposición de Nuestra Ley Fundamental (arts. 41,42,75), asumiendo el Estado Nacional la calidad de “garante” en el momento en que su cobertura resulte necesaria (art. 75 inc. 23 de la Constitución Nacional).

Es de importancia mencionar que hasta que se dicte sentencia, los artículos 15 y 17 de la Ley 16.986 y el art. 230 y concordantes del Código Civil y Comercial de la Nación autorizan la aplicación de las medidas cautelares innovativas, a la inversa de las de no innovar, obligan a revertir una situación jurídica cumpliendo determinada conducta, como ejemplo en amparos de salud, ordenan a una obra social demandada que restituya las cosas al estado anterior y restablezca su servicio a favor de la actora en calidad de beneficiaria, ya sea titular o adherente con todos los derechos y obligaciones que deriven de ello, debiendo acreditar fehacientemente la verosimilitud del derecho invocado, el peligro que conlleva en cada caso la demora y la irreparabilidad del daño futuro.

La ley Nacional de Amparo contempla en su art. 8 que: “cuando la acción fuera admisible, el juez requerirá la autoridad que corresponda un informe circunstanciado acerca de los antecedentes y fundamento de la medida impugnada, el que deberá ser evacuado dentro del plazo prudencial que se fije. La omisión del pedido de informe es una causa de nulidad del proceso. El requerido deberá cumplir la carga de ofrecer prueba en oportunidad de contestar el informe, en la forma establecida para el actor. Producido el informe o vencido el plazo otorgado sin su presentación, no habiendo prueba del accionante a tramitar, se dictará sentencia fundada dentro de las 48 horas, concediendo o denegando el amparo”.

Dado que, en muchos casos, en los amparos de salud se encuentran controvertidas la seguridad y la eficacia de un medicamento o práctica determinada, el juez o la jueza lo envían al Cuerpo Médico Forense (CMF) para que, efectuando un análisis minucioso del tema, se eleve al magistrado un dictamen pericial, pudiendo así mejor decidir si el amparo es correcto y, en consecuencia, dictar sentencia.

III. La judicialización de la salud

Unos artículos muy atinados respecto de la judicialización de la salud, que están íntimamente relacionados con el tema que estamos abordando y cuyo criterio compartimos, son los que contienen las investigaciones efectuadas por los jueces doctora Silvina Andrea Bracamonte y doctor José Luis Cassinerio²¹, que a continuación reproducimos:

“La judicialización de la salud hace tiempo dejó de ser una excepción en Argentina y América Latina para convertirse en uno de los medios habituales para reclamar el acceso a medicamentos y tratamientos de alto costo, señalan los jueces Silvina Andrea Bracamonte y José Luis Cassinerio, en sendos ensayos publicados por *South Centre*.

Los jueces son autores de *La Judicialización del Derecho a la Salud en América Latina* y *La Evolución de la Jurisprudencia en Materia de Salud en Argentina*, completas e inéditas investigaciones sobre los procesos que han convertido a la salud en materia de gravosas sentencias judiciales para los presupuestos destinados a la salud pública en la región.

Esta intervención de la justicia que produce efectos individuales positivos respecto de quienes reclaman ya que efectivizan el reconocimiento del derecho a la salud y a la vida, también puede tener incidencia en el uso de los recursos del sistema de salud sin planificación, determinando que se atiendan demandas no prioritarias”, es una de las conclusiones del estudio.

La Dra. Bracamonte es titular del Juzgado Nacional en lo Civil y Comercial Federal Número 1, y el Dr. Cassinerio está a cargo del Juzgado Nacional en lo Civil y Comercial Federal Número 4, ambos de Argentina.

Los autores se centraron en la vinculación de la judicialización de la salud con la creación de las agencias de evaluación de tecnologías sanitarias, que “debe ser tenido en cuenta cuando se analicen cambios sobre regulación en materia de salud, a fin de lograr normas

²¹ Disponible en: <https://www.southcentre.int/documento-de-investigacion-112-junio-2020/>

que contengan una mirada sistémica y no sesgada a principios aislados que no logran finalmente alcanzar su objetivo de establecer políticas superadoras que tiendan a lograr un sistema de salud más equitativo”.

“Los logros de la medicina y la innovación de la industria farmacéutica, principalmente con medicamentos biológicos, sin dudas mejoran la calidad de vida de la población. Sin embargo, dichos avances exigen contar cada vez con más recursos para afrontar el pago de los costos que su utilización implica”, analizan los autores. En tal sentido, citan que, de acuerdo con datos del Ministerio de Salud de la Nación, en Argentina hoy el 4 % del mercado de prescripción se lleva el 30 % del gasto en medicamentos”.

Los dictámenes emitidos por el Cuerpo Médico Forense confirman, en general, que el 64 % de las demandas se inician en el Fuero Federal por fármacos de alto costo y baja incidencia, que los tratamientos prescritos eran adecuados a las patologías de los que solicitaban el amparo, que ya habían recibido otros esquemas terapéuticos sin resultados, y que muchas de esas patologías se enmarcaban dentro de las enfermedades poco frecuentes.

IV. Los amparos y la intervención del Cuerpo Médico Forense

Los informes periciales del Cuerpo Médico Forense (C.M.F) basan sus conclusiones en la opinión debidamente fundada que se contempla con el conocimiento científico multidisciplinario, así como los fundamentos legales que hacen a cada perito y especialista de este Cuerpo esencial en este proceso.

Al propio decir del tercer párrafo del art. 1 del “Reglamento General del Cuerpo Médico Forense de la Justicia Nacional”, conforme la Acordada 47/09: “Es el órgano de máxima jerarquía pericial en materia médico, psicológico, odontológico, químico-legal dentro de la Justicia nacional y federal”.

Asimismo, nuestro accionar está también plasmado en dicha Acordada. Allí se destaca que nuestro organismo:

- 1) Cumple una función exclusivamente pericial.
- 2) Realiza una tarea auxiliar de la Justicia nacional y federal.

3) Por regla, atiende a los requerimientos de los magistrados del fuero criminal y, excepcionalmente, a los pedidos de los jueces de los restantes fueros.

4) Que la tarea pericial se debe cumplir en la sede del Cuerpo, principio que cede ante solo casos excepcionales específicamente previstos.

Si bien el artículo 2 establece que el C.M.F. dará cumplimiento a los requerimientos periciales dispuestos por magistradas/os judiciales del ministerio público del fuero penal; las/los juezas/ces de los restantes fueros procederán de conformidad con lo previsto por los artículos 457 a 478 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Esto corresponde a la parte atinente a la “Sección 6. Prueba de Peritos”, donde el art. 457 explicita: “Procedencia. Será admisible la prueba pericial cuando la apreciación de los hechos controvertidos requiriere conocimientos especiales en alguna ciencia, arte, industria o actividad técnica especializada”.

Esto se pone especialmente de manifiesto, como fuera mencionado, en las cuestiones atinentes a los amparos de salud.

La experiencia nos muestra que, en la mayoría de los casos de las presentaciones de los amparos, los magistrados solo cuentan con la prescripción del médico tratante en un recetario y el rechazo por parte de la obra social o prepaga de la medicación o práctica solicitadas, lo que deviene exiguo para poder emitir opinión al respecto.

Sumado a esto se requiere además celeridad en la respuesta lo que hace casi inviable la designación de un perito de oficio.

Por otra parte, la jerarquización e imparcialidad de la tarea pericial del CMF ha sido puesta de manifiesto en múltiples fallos judiciales, lo que le brinda al juzgador un mayor marco de referencia y transparencia para una opinión adecuada.

En este enfoque se ponen de manifiesto las limitaciones de las diferentes partes en cuestión, que toman a esta instancia en forma ordinaria, adjuntando, como se expresó previamente, vaga documentación que no permite en una primera instancia llegar a un informe circunstanciado, ya que una opinión fundada requiere de toda la documentación necesaria veraz y oportuna para el conocimiento de lo rogado, cuyo fin es considerado como una verdadera contestación de demanda que permita dictaminar al juez interpuesto. En general, no obra un resumen de historia clínica del que surja el motivo de la indicación, los trata-

mientos anteriores a que fuera sometido el paciente o el fundamento del cambio de una determinada medicación.

Lo previo genera requerimientos de notas de pedido del bagaje de información que debió enviarse en una primera instancia, originando nuevos procesos administrativos judiciales en desmedro de la salud del amparista y de los tiempos de los intervinientes.

En función de ello es que, como integrantes del Cuerpo Médico Forense, teniendo en cuenta las necesidades de celeridad que el amparista requiere y que el juzgador necesita para la resolución de la cuestión planteada, tratamos de dar respuesta lo más rápido posible, a pesar de la situación de crisis que en estos momentos atraviesa el organismo.

Cabe hacer notar que el ingreso como Médico Forense de la Justicia Nacional al Cuerpo se efectúa mediante un llamado a concurso a través de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y publicado en el Boletín Oficial. Es necesario cumplimentar una serie de requisitos para encontrarse en condiciones de concursar. Luego de cumplidos los mismos, se meritan tanto los antecedentes profesionales volcados en el *Curriculum Vitae* de cada profesional, se toma un examen de idoneidad de la especialidad para la que se concursa y, por último, se lleva a cabo una entrevista personal. Todo lo expuesto pone de manifiesto la experticia de cada candidato en la especialidad para la que concursa. Finalmente, con todos estos elementos, se conforma una grilla con un orden de mérito, a los efectos de cubrir los cargos vacantes para los que se concursa. Nótese que este proceso demanda muchos meses, y aun años, en consustanciarse.

Debido a la gran cantidad de profesionales que se acogieron al beneficio jubilatorio, número que se incrementó en los últimos años y se aceleró en un período corto de tiempo, se llegó a un colapso del Cuerpo.

Al respecto, es importante mencionar que, ya con fecha 26 de octubre de 2021, el Decanato del Cuerpo Médico Forense informó al Sr. Presidente de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional mediante nota la situación de colapso del Cuerpo debido a la significativa y muy grave disminución del número de peritos médicos, tanto generalistas como psiquiatras y psicólogos.

Tal como se ha informado, el Cuerpo Médico Forense se ha visto diezmado y a diciembre 2022 presentaba la siguiente situación:

- Departamento de Médicos Generalistas: de un plantel de 36 peritos permanecían en actividad 9 (nueve).

- Departamentos de Psiquiatría: de un plantel de 30 peritos permanecían en actividad 5 (cinco)
- Departamento de Psicología: de un plantel de 10 permanecían en actividad 7 (siete) para cubrir la totalidad del Departamento de Psicología de Adultos y Niños/as y Adolescentes.

La solución a esta problemática se encontró en la finalización del largo proceso del concurso para el ingreso de peritos con la incorporación efectiva mediante Resolución de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de la totalidad de los nuevos peritos designados para la cobertura de los diferentes cargos de especialistas (generalistas, psiquiatras y psicólogos)²².

No obstante lo manifestado, en todos estos años con un número tan exiguo de peritos se ha tratado de dar celeridad, en la medida de nuestras posibilidades, a todos los requerimientos.

A continuación, desarrollaremos algunos interrogantes relativos a la labor específica del Cuerpo que integramos, a efectos de visualizar la dinámica de la actuación, en los casos en que el Poder Judicial requiere la intervención en procesos de salud.

En lo que respecta a cómo es el proceso a partir de que el expediente llega al CMF (si recibe una receptoría, si algún miembro médico o administrativo evalúa la especialidad requerida, si se hace un sorteo entre los médicos de esa especialidad o tienen un sistema de turnos; si les fijan plazos para expedirse o bien una vez recibido el médico es quien analiza la urgencia, etc. y cuánto tiempo lleva aproximadamente todo el trámite desde la recepción hasta la devolución al Juzgado con el dictamen), debe ponderarse que, una vez ingresado el expediente por Mesa de Entradas, es evaluado y se asigna de acuerdo a la especialidad y por sorteo en los casos que se cuente con más de un profesional por especialidad, tal como clínica médica, el profesional correspondiente. Dada la urgencia que habitualmente requieren las diferentes situaciones de salud y el plazo procesal para expedirse que tienen los amparos, se intenta responder cumpliendo con lo antes mencionado, dependiendo de tener la documentación necesaria para elaborar el dictamen y también de la temática de la que se trate para hacer la búsqueda y actualización bibliográfica necesaria.

Por otra parte, en cuanto a si hay casos en particular en que necesariamente se tiene que citar o evaluar al paciente o si es suficiente con la documentación

²² CSJN, Acordada 30/2022, de fecha 15/11/2022.

agregada al expediente que se nos envía o la Historia Clínica que, en su caso, el CMF requiere que se agregue, debemos puntualizar que la evaluación de cada caso es independiente, y la resolución de los mismos depende de las constancias e información con que se cuente, de la data de las mismas, de la especialidad a que haga referencia y del profesional que intervenga, siendo pospandemia, en determinados casos fundamental, la evaluación presencial ya que, es lo que permite en algunos casos mejorar el análisis de lo solicitado, al contar el Cuerpo no solo con distintas especialidades, sino también con la posibilidad de realizar dentro del mismo diferentes estudios que puedan aportar nuevos datos.

En otro orden, en lo referente a la preponderancia que se le otorga al certificado médico que trae el amparado para exigir la cobertura de una prestación, o bien si tiene mayor o menor peso, según se trate de un tratamiento aprobado por la autoridad de aplicación o de un tratamiento con relativa seguridad y eficacia comprobada o un tratamiento fuera de prospecto o experimental, estimamos que el certificado médico con el que se solicita la prestación lógicamente es fundamental y necesario, como así también que venga acompañado con la historia clínica completa, donde se puedan analizar los antecedentes y el porqué de la prescripción, si se han probado otros tratamientos, y cuáles han sido los resultados, para poder evaluar en un todo, la prescripción y su fundamento. Si bien cada perito tendrá su propio criterio de evaluación, el contar hoy día con la posibilidad de trabajar en forma multidisciplinaria y con los numerosos instrumentos que nos provee la Corte, tales como una biblioteca científica mundial actualizada (UPTODATE) etc., nos permite valorizar las amplias situaciones que, hoy día y dados los avances tecnológicos y la comunicación, nos plantean, en un rango que puede ir desde un tratamiento que puede ser aprobado por los principales órganos científicos de control hasta valorar lo que llamamos tratamientos *off label*, esto es, aquellos prescriptos en condiciones distintas de las autorizadas, es decir, aplicados a un uso no reflejado en su ficha técnica.

Así también, respecto de la forma en que los Juzgados requieren dictamen sobre la urgencia, viabilidad o seguridad de la prestación, sería eficaz y conveniente formular otro tipo de interrogantes, ya que, si bien no hay un protocolo específico y, como se dijo anteriormente, cada caso debería ser tratado con la individualidad respectiva, ponemos de resalto que hay interrogantes básicos que podrían servir para comenzar en el análisis de los diferentes casos. Algunas preguntas posibles desde el tribunal podrían ser las siguientes: a) ¿Está indicado

para esta patología? b) ¿Es segura su aplicación y/o cuáles son los riesgos? c) Si no está indicado o el riesgo es elevado, ¿cuál podría ser otra opción terapéutica? d) ¿Cuál es el fundamento científico para su indicación?

Por otra parte, en cuanto al interrogante referente a si el organismo como Cuerpo participa en investigaciones o proyectos relacionados con los amparos de salud, destacamos que en la actualidad y post concurso, dentro de los requisitos, se solicitó que los integrantes deberían trabajar en exclusividad en el cuerpo médico forense, hecho este no menor, ya que, entre otras circunstancias, impide que dichos profesionales tengan conflicto de intereses que podrían surgir de participar activamente en otras actividades.

Finalmente, también como dato de interés, y teniendo en cuenta que el CMF opera a nivel nacional con sede central en CABA y sedes regionales en algunas ciudades, y considerando que con el uso del sistema Lex 100, el expediente puede ser remitido con la misma celeridad que los Juzgados Federales de CABA, en la actualidad se reciben requerimientos de los Juzgados Federales del interior para dictaminar en forma previa al dictado de una medida cautelar en amparos de salud, mientras que no es habitual que los juzgados locales hagan requerimientos de este tipo al CMF como órgano de consulta.

V. Conclusión

La evaluación pormenorizada de los amparos, en especial aquellos de “salud”, pone de manifiesto un aumento en la judicialización de la medicina de alto costo y el uso de un recurso que debería ser excepcional como herramienta ordinaria diaria, ante una justicia y sus auxiliares, abarrotada de procesos jurídicos, frente a nuestro sistema multifragmentado y desfinanciado de salud.

Los enfoques que pueden ir en mejora de esta situación inmanejable no solamente requieren plantearse cada situación como excepcional acorde a las normativas, con el debido trato y celeridad, el envío de documentación acorde para la evaluación de los Cuerpos Médicos, con un conspicuo asesoramiento especializado en los puntos de pericia que permitan hacer un informe pericial que conlleve a un dictamen en los plazos adecuados, sino también creemos necesario llevar más allá esta situación donde tratamientos y medicamentos de alto costo regulados, ya aprobados por la agencia regulatoria (ANMAT) en el caso opor-

tuno y determinado por los comités de asesoramiento de opinión, no tengan restricción en su aprobación por los diferentes subsistemas de salud, sin tener que hacer de cada indicación un amparo, y dejar para esa instancia aquellos casos en donde realmente haya una acción que lesione, restrinja, altere o amenace el acceso, como lo denota nuestra Carta Magna.

Creemos, como integrantes de un organismo de opinión científica y fundada con los conocimientos médico-legales que nos jerarquizan, que la salud es un derecho universal incuestionable, que no debería discriminar ningún área ni social ni cultural, por lo que se necesita imperativamente una mesa de diálogo que involucre todas las partes y que genere normativas de salud transversales, desjudicializando así este derecho.

El problema por tratar no es un amparo más o un amparo menos, sabiendo ya que los amparos aumentaron en el tiempo, sino es una cuestión ética, moral y científica que pueda ser uniforme en todo el país, para que todos tengan las mismas oportunidades y posibilidades de acceso a la medicina, teniendo en cuenta las posibilidades económicas del país, siendo allí donde la justicia con sus decisiones sea de vital importancia para determinar que la balanza de todos los actores pueda verse equilibrada a través de los fallos.

La utilización de un instrumento de importancia como un amparo en salud desde el aspecto jurídico debería ser un “remedio”, utilizando este término como analogía de “medicación” en medicina, o sea, algo que se emplea para solucionar un problema. Es decir, debería servir para remediar sanar, curar, paliar o lograr un equilibrio, una homeóstasis frente a circunstancias o situaciones capaces de producir alguna de las circunstancias mencionadas. Para lograr la finalidad de ser un “remedio” tanto jurídico como médico, consideramos de vital importancia que los diferentes actores, en una mesa de diálogo, basen sus actividades en un trípode fundamental consistente en la ética, la moral y el conocimiento científico de la materia. En este último aspecto se debe tener presente la especificidad de los temas y la cantidad de subespecialidades dentro de una misma disciplina.

Consideramos que para el juzgador, frente a las actuales circunstancias, es de vital importancia el trípode antes descripto, ya que podría asegurarle la idoneidad y la neutralidad en el asesoramiento de la materia a tratar dejando de lado las múltiples circunstancias que en la actualidad podrían ser enfrentadas por el mismo cuando, a través de este instrumento, no solo se quiere dar respuesta a una situación particular, sino que, en algunas oportunidades, con fines

mezquinos y económicos, muchas veces alejados de la ética y la moral, se intenta facilitar el ingreso a tratamientos de altísimo costo con resultados científicamente dudosos con la sola finalidad de lograr el lucro de algunos sectores en perjuicio del desfinanciamiento del sistema de salud.

LEY 26.743: IDENTIDAD DE GÉNERO Y PRESTACIONES DE SALUD

MERCEDES MAQUIEIRA*

I. Introducción

En estas breves líneas pretendemos analizar las prestaciones médicas contempladas en la Ley de Identidad de Género, con cobertura a cargo de los agentes que conforman el sistema argentino de salud. Su reconocimiento no solo hace al derecho a la salud de las personas cuya expresión de género es diferente a la asociada con el sexo asignado al nacer, sino que también hace a su identidad, su autodeterminación y su integración social, a fin de revertir condiciones históricas de discriminación.

II. La identidad de género y la ley 26.743

Como puntapié para cualquier análisis, debemos recordar que la identidad de género ha sido definida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, CIDH), en su Opinión Consultiva No. 24/17 del 24/11/2017 como la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento. Ello conlleva también a la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar —o no— la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole) y otras expresiones de género, como lo son la vestimenta, el modo de hablar y los modales (párr. 32).

* Jueza en lo Civil y Comercial Federal. Abogada UBA. Especialista en Derecho de Daños. Maestrando en Derecho. Docente de la Universidad de Buenos Aires y la Universidad del Museo Social Argentino.

En esa línea, el reconocimiento de la identidad de género se encuentra ligado necesariamente a la idea según la cual el sexo y el género deben ser percibidos como parte de una construcción identitaria que es resultado de la decisión libre y autónoma de cada persona, sin que deba estar sujeta a su genitalidad (párr. 94). Por ello, el derecho de autodeterminarse conforme a las propias convicciones y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a la existencia hace a la dignidad del ser humano y se encuentra protegido por la Convención Americana de Derechos Humanos.

La ley 26.743 se enmarca en esta idea al definir expresamente a la identidad de género como “la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, la cual puede corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo”, aclarando que “[e]sto puede involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios farmacológicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que ello sea libremente escogido. También incluye otras expresiones de género, como la vestimenta, el modo de hablar y los modales” (art. 2).

De la norma, que esencialmente resguarda el derecho que toda persona tiene al reconocimiento y libre desarrollo de su identidad —la cual incluye la percepción del propio género—, se deduce el derecho de toda persona a ser tratada de acuerdo con la identidad autopercebida¹. Precisamente esto responde a las directrices de la normativa internacional, pues como la CIDH ha destacado en la opinión antes referida, es ineludible que el Estado y la sociedad respeten y garanticen la individualidad de cada persona, así como el derecho a ser tratado de conformidad con los aspectos esenciales de su personalidad, sin otras limitaciones que las que imponen los derechos de las demás personas; el afianzamiento de esa individualidad se traduce por su facultad legítima de establecer la exteriorización de su modo de ser, de acuerdo con sus más íntimas convicciones (párr. 91), para lo cual los Estados están obligados a adoptar medidas positivas a fin de revertir o cambiar situaciones discriminatorias (párr. 66).

En este orden, el art. 1 de la apuntada Ley de Identidad de Género establece que “Toda persona tiene derecho: a) Al reconocimiento de su identidad de género; b) Al libre desarrollo de su persona conforme a su identidad de género; c) A ser tratada de acuerdo con su identidad de género y, en particular, a ser iden-

¹ PITTIER, L. - RINCÓN, R., “El reconocimiento a la identidad de género por parte del sistema de salud y el derecho internacional de los derechos humanos” en La Ley Online, cita online: AR/DOC/2903/2019

tificada de ese modo en los instrumentos que acreditan su identidad respecto de el/los nombre/s de pila, imagen y sexo con los que allí es registrada”.

Como explica LITARDO, el reconocimiento de la identidad de género implica el deber de respetar y valorar la identidad de género tal como cada persona la exprese o sienta, que impone la obligación de no discriminar, desvalorizar o humillar a ninguna expresión de identidad de género que no se corresponda con los marcos de referencia que socialmente se instalan como normales. El libre desarrollo personal se corresponde con los mecanismos necesarios para garantizar el acceso libre, no patologizante, permanente, integral, idóneo, suficiente y actual a las prestaciones que, por motivos de salud, se precisen de acuerdo con cada requerimiento. Y, finalmente, el derecho de toda persona a ser tratada de acuerdo con su identidad de género y, en particular, a ser identificada de ese modo en los instrumentos que acrediten identidad, se asocia no solo con el remite al régimen identificatorio de la identidad de género a partir de la inscripción registral, factible de ser rectificada a voluntad de la persona, sino también al buen trato que se le debe dispensar sin necesidad de acreditar la identificación registral rectificada o corporal del género autodefinido².

En definitiva, la igualdad, el reconocimiento y la no discriminación de aquellas personas cuya identidad o expresión de género es diferente de la cual típicamente se encuentra asociada con el sexo asignado al nacer hace a su dignidad, su pleno desarrollo, su potencialidad y a la posibilidad de construir un proyecto de vida de acuerdo a sus propias creencias y deseos³.

Por cierto, no podemos dejar de destacar que la construcción de la identidad de género es totalmente independientemente de la realización de un tratamiento médico o de intervenciones quirúrgicas para adecuar el cuerpo al género auto-percibido, pudiendo involucrar o no la modificación de la apariencia o la función corporal a medios de cualquier índole.

Así lo han reconocido los Principios de Yogyakarta sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género⁴, al establecer que: “Todo ser humano tiene de-

² LITARDO, E., “Apuntes sobre cómo consignar el sexo desde la perspectiva de la ley 26.743”, en La Ley Online, cita online: AR/DOC/1269/2019

³ YUBA, G., “Identidad de género y ciudadanía. Hacia la progresividad de los derechos”, en La Ley Online, cita online: AR/DOC/791/2019

⁴ Los Principios de Yogyakarta fueron difundidos en el año 2007 como fruto del trabajo de un equipo internacional de especialistas; no tienen fuerza vinculante para los Estados, pero sí efectos que los tornan relevantes por la autoridad que emanan y su congruencia con el sistema de garantías

recho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica. Las personas en toda su diversidad de orientaciones sexuales o identidades de género disfrutarán de capacidad jurídica en todos los aspectos de la vida. La orientación sexual o identidad de género que cada persona defina para sí, es esencial para su personalidad y constituye uno de los aspectos fundamentales de su autodeterminación, su dignidad y su libertad. Ninguna persona será obligada a someterse a procedimientos médicos, incluyendo la cirugía de reasignación de sexo, la esterilización o la terapia hormonal, como requisito para el reconocimiento legal de su identidad de género. Ninguna condición, como el matrimonio o la maternidad o paternidad, podrá ser invocada como tal con el fin de impedir el reconocimiento legal de la identidad de género de una persona. Ninguna persona será sometida a presiones para ocultar, suprimir o negar su orientación sexual o identidad de género” (principio 3).

Del mismo modo lo recepta la ley 26.743 al aclarar en su art. 5 que, para solicitar la rectificación registral del sexo o el cambio de nombre de pila, “[e]n ningún caso será requisito acreditar intervención quirúrgica por reasignación genital total o parcial, ni acreditar terapias hormonales u otro tratamiento psicológico o médico”⁵.

Es que, en cualquier caso, el género está determinado por la autopercepción y no por la apariencia morfológica; es por ello que el ejercicio de la identidad pertenece a la esfera individual y autónoma de cada persona y no precisa de autorizaciones médicas, administrativas o judiciales previas para avalar la libre elección de la vivencia de la identidad⁶.

De cualquier modo, es claro que algunas personas sí van a desear modificar su apariencia física para acercarla a aquella que usualmente se asocia a los estereotipos de género “masculino” y “femenino”. Para que ese anhelo pueda volverse una realidad, la Ley de Identidad de Género pone a cargo de los efectores del sistema de salud, ya sean estatales, públicos o privados, obras sociales o empresas de medicina prepaga, la realización de las operaciones de adecuación sexual y la provisión de las terapias hormonales.

internacionales vigente (conf. MAFFÍA, Diana, *Principios de Yogyakarta: principios sobre la aplicación de la legislación internacional de los derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Editorial Jusbaire, 2014, p. 13).

⁵ Es decir, para el cambio de sexo o de nombre la normativa no exige ni la realización de cirugías de adecuación sexual, ni el uso de terapias hormonales previas, ni requiere acreditar la voluntad de someterse en el futuro a intervención de reasignación genital, o a tratamientos hormonales para el cambio de sexo ni para el cambio de nombre de pila (conf. MEDINA, Graciela, “Ley de identidad de género. Aspectos relevantes”, en La Ley Online, cita online: AR/DOC/151/2012)

⁶ LITARDO, E., ob. Cit.

III. Las prestaciones de salud contempladas en la ley 26.743

El art. 11 de la Ley de Identidad de Género dispone que “todas las personas mayores de 18 años de edad podrán... acceder a intervenciones quirúrgicas totales y parciales y/o tratamientos hormonales para adecuar su cuerpo, incluida su genitalidad, a su identidad de género autopercibida sin necesidad de requerir autorización judicial o administrativa”, concluyendo que “[t]odas las prestaciones de salud contempladas en el presente artículo quedan incluidas en el Plan Médico Obligatorio...”

A su vez, el decreto No. 903/2015, que reglamenta el art. 11 de la mencionada norma, especifica que “[s]e entiende por intervenciones quirúrgicas totales y parciales a las cirugías que ayuden a adecuar el cuerpo a la identidad de género autopercibida. Las mismas comprenden: mastoplastía de aumento, mastectomía, gluteoplastía de aumento, orquiectomía, penectomía, vaginoplastía, clitoroplastía, vulvoplastía, anexohisterectomía, vaginectomía, metoidioplastía, escrotoplastía y faloplastía con prótesis penenana, resultando la presente enumeración de carácter meramente enunciativo y no taxativo”. Asimismo, define a los tratamientos hormonales integrales como “aquellos que tienen por finalidad cambiar los caracteres secundarios que responden al sexo gonadal, promoviendo que la imagen se adecue al género autopercibido”. La reglamentación expresamente establece que todos los productos deben estar aprobados por la Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología Médica (ANMAT).

Cuadra agregar que el art. 13 de la ley citada señala que “[t]oda norma, reglamentación o procedimiento deberá respetar el derecho humano a la identidad de género de las personas. Ninguna norma, reglamentación o procedimiento podrá limitar, restringir, excluir o suprimir el ejercicio del derecho a la identidad de género de las personas, debiendo interpretarse y aplicarse las normas siempre a favor del acceso al mismo”.

De estas disposiciones se puede concluir que el modelo de atención sanitaria previsto se afirma en la autonomía de la voluntad, expresada a través del consentimiento informado de la persona para la práctica médica cuyo cumplimiento peticiona. Por ende, no se requiere acreditar ningún diagnóstico por trastorno de la identidad sexual, como la disforia de género, para acceder a las prestaciones reconocidas en la ley, ya sean terapias hormonales o intervenciones quirúrgicas⁷. En todos los casos, aquellas deberán ser cubiertas en forma integral

⁷ Así se ha dicho que solicitar informes periciales implicaría una violación del derecho a la intimidad

por las obras sociales, las empresas de medicina prepaga y el propio Estado, por integrar el Programa Médico Obligatorio.

Debemos recordar que la inclusión de la cobertura total a cargo de los agentes del sistema de salud de los tratamientos de adecuación del cuerpo al género libremente elegido no fue libre de críticas⁸. No obstante, coincidimos con MEDINA en que el fundamento de ello radica en que no es posible ignorar que las personas transgéneros no solo sufren discriminación social; también han sido victimizadas de modo gravísimo, a través de malos tratos, apremios, violaciones y agresiones, e inclusive con homicidios⁹. “Pensamos que el Estado debe hacerse cargo del costo de los tratamientos de las personas transgéneros no solamente porque esté en juego su derecho a la salud...; sino porque la adecuación del género permite rescatar de la marginalidad social a personas que han caído en ella a consecuencia de su disforia y de este modo fomentar la elevación de su calidad de vida, de sus niveles de salud física y mental, evitar la difusión de dolencias infecciosas, prolongarles la vida, abrir proyectos para que la única opción de vida deje de hallarse en los bordes de la legalidad o en el campo de arbitrariedad controladora y, en definitiva, evitar muertes, violencia y enfermedad¹⁰.

Vale traer a colación que, conforme la definición que postula desde 1948 la Organización Mundial de la Salud, “la salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades”. A la luz de ese concepto amplio, es claro que la falta de correspondencia entre el aspecto físico de una persona y su identidad sexual autopercebida podría afectar su salud. En efecto, “cuando sabemos que la salud apunta a un estado personal de bienestar no solamente físico o corporal, sino además psíquico y moral, podemos adherir a la idea de que quien en su vida personal y social se siente mujer, pero genítalmente es varón (o a la inversa) sufre una distorsión que, al repercutir dañinamente en su identidad, afecta su salud”¹¹.

del sujeto por tratarse, entre otras cosas, de una condición protegida. La identidad no debe probarse, la identidad es (conf. Juzgado en lo CCFed No. 4 del 02.10.18, publicado en Rubinzal Online, 5625/2017 RC J 11103/18, y sus citas)

⁸ Ver en este sentido GROSSMAN, Lucas, “Comentario” en Derecho y Sexualidades Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política, SELA 2009, p. 75.

⁹ Así lo ha puesto de resalto la CSJN en la precedente in re “Asociación Lucha por la Identidad Transvesti-Transsexual c/ Inspección General de Justicia, A. 2036 XL, del 21.11.06

¹⁰ MEDINA, G., “Comentario exegético a la ley de identidad de género” en La Ley Online, cita online: AR/DOC/2375/2012

¹¹ BIDART CAMPOS, G., “El sexo, la corporeidad, psiquis y el derecho: ¿Dónde está y cuál es la verdad?”, publicado en RDRDF 2002-21-173 cita online: 0029/000135, citado en la causa “F.T. (R.F.) c/ OBRA SOCIAL DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES (OBSBA) s/ amparo - salud- medica-

Por ello compartimos la idea de que la incompatibilidad entre el sexo determinado con base en las características externas y el sexo psicológico y social pone en juego varios derechos humanos reconocidos constitucionalmente, entre ellos, el derecho a la identidad, a la intimidad, a la dignidad, a la no discriminación e, indudablemente, el derecho a la salud. Esto plantea problemas jurídicos que deben ser resueltos con el objeto de evitar discriminaciones, en tanto, por tratarse las personas transexuales de una minoría, resultan merecedoras de una protección especial si se pretende conseguir la igualdad material en el ejercicio de todos los derechos¹². Y aquí entra en juego la sanción de normas como la Ley de Identidad de Género que viene a tomar medidas positivas para revertir situaciones de discriminación y vulnerabilidad estructural.

Ahora bien, pese a la amplitud de las prestaciones reconocidas en la ley 26.743, todavía se observan casos judiciales en los cuales se solicita se obligue a los agentes del seguro de salud a brindar cobertura a ciertas prácticas, no enunciadas en forma taxativa en la norma; en especial dos: la feminización del rostro y la feminización de la voz.

IV. Feminización del rostro

En el año 2015, el Ministerio de Salud de la Nación elaboró una serie de recomendaciones para los equipos de salud, que se tituló “Atención de la salud integral de personas trans”¹³, con el fin de brindar de manera accesible y resumida las principales características y recomendaciones para la atención de la salud de las personas trans, tanto desde un abordaje integral como con relación a sus necesidades de salud específicas. En el capítulo de “Cirugías de modificación corporal” se explica que, desde diversidad sexual y corporal, estas intervenciones son concebidas como un posible componente más del proceso de construcción corporal que, adecuándose a los deseos de las personas, contribuye al desarrollo

mentos y tratamientos” del Juzgado en lo CAyT. CABA No. 20 de fecha 17.09.18

¹² Juzgado en lo Civ No. 9, causa “D., J. F.” del 31.10.07 con cita a KIPER, Claudio M., *Derecho de las minorías ante la discriminación...*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Ed. Hammurabi, 1998, p. 402 y 407

¹³ Consultado en <https://www.ms.gba.gov.ar/sitios/tocoginecologia/files/2015/07/guia-equipos-atencion-Salud-integral-personas-trans.pdf>. Esta guía fue actualizada en el año 2020 en función de la evidencia científica disponible y la experiencia de los equipos de referencia en este campo y se encuentra disponible en <https://bancos.salud.gob.ar/sites/default/files/2020-10/guia-salud-personas-trans-travestis-nobinarias.pdf>

de las diversas singularidades. Entre las prácticas enunciadas figuran las cirugías feminizantes, como plastía vaginal, la mamoplastía de aumento y la tiroplastía remodelativa (reducción de la nuez de Adán).

Sin embargo, ni en la ley 26.743 ni en su decreto reglamentario se hace mención expresa a la feminización facial, que implica un conjunto de procedimientos quirúrgicos (como pueden ser como el levantamiento de cejas, la rinoplastia, la implantación de mejillas o el aumento de labios) que alteran las características faciales típicamente masculinas para acercarlas en forma y tamaño a las características faciales femeninas típicas.

¿Se encuentra, entonces, está práctica contemplada en la legislación? ¿Su costo debe ser afrontado por las obras sociales y las empresas de medicina pre-paga?

Los agentes de salud suelen expresar su postura negatoria, fundada en dos motivos: el primero es justamente que el decreto No. 903/2015 no menciona la intervención en el rostro entre las cirugías reconocidas para adecuar el cuerpo a la identidad de género autopercibida¹⁴; el segundo se erige en el hecho de que la feminización facial sería una intervención meramente estética¹⁵, para adecuar el aspecto a los cánones de belleza vigentes, siendo que este tipo de tratamientos típicamente se encuentran excluidos de la cobertura.

Estimamos que el primero de los argumentos es claramente inatendible, desde que la propia reglamentación establece que el detalle de intervenciones que contiene no es taxativo¹⁶. Además, no puede obviarse que, en su art. 13, la ley 26.743 dispone rotundamente que ninguna norma, reglamentación o procedimiento podrá limitar, restringir, excluir o suprimir el ejercicio del derecho a la identidad de género de las personas, debiendo interpretarse y aplicarse las normas siempre a favor del acceso al mismo.

¹⁴ Ver CNCCFed, Sala II, causa 10037/2017 del 11.08.18; causa 5625/2017 “P., S. V. c/ Asociación Mutual Sancor Salud s/amparo de Salud” del 21.02.19; Juzgado en lo CCFed n° 9, causa “A. B., D. A. c/ Swiss Medical S.A. s/ amparo de Salud” del 13.10.22, entre otras

¹⁵ Ver Juzgado en lo CAyT CABA No. 20, causa “F.T. (R.F.) c/ Obra Social de Buenos Aires (OBSBA) s/ amparo —salud— medicamentos y tratamientos” del 17.09.18; Juzgado en lo CAyT CABA No. 11, causa “P. M. c/ Obra Social de Buenos Aires (OBSBA) s/ Amparo – salud – medicamentos y tratamientos” del 20.08.19; Juzgado en lo CCFed No. 4 del 02.10.18; CNCCFed, Sala II, causa 5625/2017 “P., S. V. c/ Asociación Mutual Sancor Salud s/amparo de Salud” del 21.02.19; causa 5246/2022 “V., H. c/ Galeno Argentina SA s/amparo de salud” del 7.07.22; Sala III, causa 3221/2017 “C.M. c/ Obra Social de la Unión del Personal Civil de la Nación s/ amparo de salud” del 6.12.22, entre otras

¹⁶ Anexo I, punto I, primer párrafo *in fine*

En cuanto al mentado carácter estético de la feminización facial, entendemos que ello no es óbice para asegurar su cobertura. Como se dijo, “salud” no es equiparable a la ausencia de enfermedad; por el contrario, esta es un estado de completo bienestar físico, mental y social. En este contexto, las intervenciones dirigidas a dar correspondencia entre el aspecto físico de una persona y su género autopercebido hacen claramente a su salud, pues aportan un gran beneficio en la vida social y emocional de estas mujeres. En este sentido se ha señalado que la feminización facial, desde el punto de vista emocional, se puede considerar más importante incluso que la operación de cambio de sexo, ya que ayuda significativamente a la integración social de las mujeres transexuales. También se ha dicho que resulta fundamental reconocer el papel esencial de las intervenciones y procedimientos destinados a reducir la angustia y sufrimiento que pueden estar asociados con los caracteres sexuales natales de una persona y garantizar la disponibilidad de procedimientos seguros y adecuados para una reasignación sexual como una cuestión medicamente necesaria¹⁷.

Recuérdase que ya ha explicado la CIDH en la antes mencionada Opinión Consultiva No. 24/17 que la discriminación que sufren las personas LGBTI resulta “altamente lesiva del derecho a la integridad psíquica de estas personas (artículo 5.1 de la Convención), en razón de las particularidades de la discriminación por orientación sexual, que en buen número de casos se le revela a la persona en una etapa psicológicamente evolutiva difícil como es la pubertad, cuando ya esta ha internalizado los desvalores prejuiciosos incluso dentro del núcleo familiar... La contradicción valorativa en que se sumerge el adolescente es particularmente lesiva de su integridad psíquica en el momento de evolución de su personalidad que hace a su identidad y proyecto de vida, lo que en ocasiones determina no sólo conductas autolesivas sino incluso es causa de suicidios adolescentes. Así, la discriminación de este grupo humano no solo lesiona el derecho a la salud individual (artículo 5.1), sino también a la salud pública (artículo 26 de la Convención y artículo 10.1 del Protocolo de San Salvador)” (párr. 48 y 49).

En resumidas cuentas, si bien los tratamientos que conforman la feminización facial podrían ser consideradas estéticos o embellecedores en un determi-

¹⁷ Cam. de Apel. en lo CAyT, Sala I, causa “F.T. (R.F.) c/ OBRA SOCIAL DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES (OBSBA) s/ amparo – salud- medicamentos y tratamientos” del 9.04.19 con cita a la obra “Por La Salud De Las Personas Trans. Elementos para el desarrollo de la atención integral de personas trans. y sus comunidades en Latinoamérica y el Caribe”, Organización Panamericana de la Salud, disponible en <https://www3.paho.org/arg/images/gallery/Blueprint%20Trans%20Espa%C3%83%C2%B1ol.pdf>, consultado el 1.02.23

nado contexto, indudablemente no pueden calificarse simplemente como tales cuando son peticionados para lograr la apariencia del género autopercebido — diferente del sexo de origen—, supuestos en los que las intervenciones hacen al goce de la salud integral de la persona.

V. Feminización de la voz

Tal como se explica en la actualización 2020 de la guía de “Atención de la salud integral de personas trans”, todas las personas poseen un carácter de voz distinto. No obstante, socioculturalmente se han determinado patrones vocales asociados con los estereotipos de género “masculino” y “femenino”. De esta manera, al oír una voz se la suele relacionar, en términos binarios, con alguno de estos dos géneros.

Por ello, algunas personas trans, travestis y no binarias querrán generar cambios en su voz, los cuales pueden alcanzarse mediante tratamientos fonaudiológicos o de terapia de la voz, tratamientos hormonales (a saber, la utilización de testosterona produce agravamiento de la voz) o intervenciones quirúrgicas. Puntualmente estas últimas, como la aproximación cricotiroidea, la vaporización con láser o la glotoplastia de Wendler permiten elevar el tono vocal mediante la modificación de las características de las cuerdas vocales: incremento de su tensión, disminución de su masa y/o aumento de su consistencia; aunque es importante que sean complementadas con tratamiento fonaudiológico para aportar mayor naturalidad y un funcionamiento óptimo a la voz.

Las objeciones a su cobertura por parte de los agentes de salud suelen fundarse en la falta de previsión expresa en la ley 26.743¹⁸. En honor a la brevedad, corresponde reproducir las conclusiones a los que se arribó en oportunidad de analizar las intervenciones de feminización del rostro.

VI. El supuesto especial de los menores de edad

La ley 26.743 permite que los menores de edad soliciten acceder a intervenciones quirúrgicas totales y parciales y/o tratamientos integrales hormonales para ade-

¹⁸ Ver Juzgado en lo CCFed No. 10, causa 5538/2018 “P. C. Y., G. c/ OSDE s/ amparo de salud” del 06.11.18 y 15.07.19

cuar su cuerpo a su identidad de género autopercibida (tal como los autoriza a peticionar la rectificación registral del sexo y el cambio de nombre de pila e imagen). En estos casos, la solicitud debe canalizarse a través de los representantes legales; de no lograr la conformidad de estos, se prevé un procedimiento abreviado para que un juez resuelva la cuestión. Sin embargo, cuando se trata de intervenciones quirúrgicas totales o parciales, el niño, niña o adolescente debe contar, además, con la conformidad de la autoridad judicial competente, quien decidirá sobre la autorización de la práctica de conformidad con los principios de capacidad progresiva e interés superior del niño/a de acuerdo con lo estipulado por la Convención sobre los Derechos del Niño y en la Ley 26.061 de protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes (art. 11).

Como primera medida, vale destacar que, de acuerdo con los preceptos nacionales e internacionales que cita la norma, es claro que cuando los tratamientos involucran a niños, niñas y adolescentes, son ellos mismos quienes deben solicitarlos. Es decir, la petición siempre debe hacerla el menor interesado y no sus padres, quienes en el mejor de los casos representan al niño/a en su decisión. Esto implica que los progenitores en ejercicio de la responsabilidad parental no pueden solicitar la mutación, ya que es un acto personalísimo¹⁹.

Pese al sistema rígido de capacidad previsto en el Código Velezano²⁰ imperante a la fecha de la sanción de la ley, acertadamente la solución adoptada se ajusta al postulado de la autonomía progresiva que implica reconocerle a los jóvenes mayores aptitudes en la medida de su evolución física y psíquica en relación con el ejercicio de derechos personalísimos como el de la salud.

Con todo, cabría preguntarse si la solicitud de autorización judicial en los casos de intervenciones quirúrgicas es conteste con el marco actual de ejercicio del derecho a la salud de los menores de edad plasmado en el art. 26 del Código Civil y Comercial, que regula la participación de aquellos acorde a la distinción

¹⁹ MEDINA, G., Comentario exegético..., ob. Cit.

²⁰ El sistema binomial de capacidad/incapacidad del Código Civil derogado excluía completamente a los menores de edad de la toma de decisiones a su respecto. la patria potestad sustituía su voluntad, incluso en lo que hacía al ejercicio de derechos personalísimos. la cuestión no era menor, pues si se entendía que el derecho -por su contenido- no era susceptible de representación, la minoridad implicaba lisa y llanamente su anulación. Recién con la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación se recogió el cambio de paradigma al dejar de lado un sistema absolutamente rígido de capacidad para pasar a otro donde se incorpora la figura de la competencia para los actos de naturaleza personalísima. La idea subyacente es que, en el ámbito del ejercicio de derechos personalísimos, su respeto debe prevalecer sobre valores como la seguridad y estabilidad jurídica; así es que si un niño, niña o adolescente cuenta madurez suficiente, no corresponde que se vea impedido ab initio de ejercer sus derechos por sí, por el sólo hecho de ser menor de edad.

efectuada entre niños y adolescentes, equiparando a los mayores de dieciséis años a los adultos en lo que hace a las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo.

Entendemos que la consagración de la mayoría de edad anticipada para el acto médico plasmada en el art. 26 no deja automáticamente sin efecto otras disposiciones contenidas en leyes especiales que emparejan la competencia para decidir sobre ciertos tratamientos a la mayoría de edad, como sucede en este caso. Ello pues los niños, niñas y adolescentes son personas en desarrollo que merecen un ámbito de protección adecuado por parte del poder público. El niño no es un adulto y, por lo tanto, ciertas desigualdades de hecho pueden traducirse, legítimamente, en desigualdades de tratamiento jurídico, sin que esto contrarie la justicia²¹.

Leyes como la de Identidad de Género (o la de contracepción quirúrgica o la de donación de órganos) favorecen a que el sistema en su conjunto alcance un equilibrio complejo, pues al contemplar decisiones de salud que no tienen retorno, impiden que los niños, niñas y adolescentes se expongan voluntariamente a riesgos innecesarios.

Nótese que las cirugías vinculadas a los fenómenos de la transexualidad pueden potencialmente presentar efectos negativos no deseados. Además, se trata de intervenciones de altísimo riesgo e irreversibles, que comprometen la salud reproductiva. Por ello consideramos correcto y ajustado a derecho que en el caso de un menor de edad el Poder Judicial otorgue la autorización, para lo cual se deberá realizar una prudente ponderación de los riesgos previsibles al igual que de los beneficios esperables, concediendo la venia cuando prevaalezcan los beneficios esperables respecto de potenciales riesgos. Es que la gravedad de la situación aconseja una mayor intervención del Estado en aras de proteger el interés superior del niño/a²².

VII. A modo de cierre

Como se pudo ver, la ley 26.743 importa el reconocimiento por parte del Estado del derecho a la identidad de género según la vivencia personal de cada indivi-

²¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su Opinión Consultiva No. 17/02 sobre Condición jurídica del niño

²² MEDINA, Graciela, "Comentario exegético...", ob. Cit.

duo. Además, conlleva medidas de acción positivas —plasmadas en la posibilidad de rectificar la identidad registral y acceder a prestaciones de salud con cobertura integral tendientes a adecuar la apariencia externa al género autopercebido— que se estiman dentro del ámbito de la privacidad de cada persona, desde que el modelo se cimenta en evitar la judicialización.

Lamentablemente, algunos tratamientos todavía parecen no haberse arraigado en la sociedad y han requerido la petición de los interesados ante los tribunales para obtener su reconocimiento. Esperamos que este aporte contribuya a desjudicializar la obtención de ciertas prestaciones que —a nuestro entender— encuentran adecuado respaldo normativo y hacen al desarrollo pleno del propio plan de vida.

EL ROL DEL JUEZ Y LAS NORMAS PROCESALES EN EL DERECHO "SALUTÍFERO"

ALEJANDRO JORGE NOBILI*

I. Una observación preliminar

Desde la editorial y con una primera obra que sirve de antecedente, se nos ha propuesto escribir unas líneas sobre la actualidad del Derecho Salutífero.

Lo hago con la única pretensión de que estas breves reflexiones sirvan como una introducción al debate que se dará en el universo lector, cuya especialización en la materia está formada por la práctica diaria de nuestro trabajo de campo, con la crudeza de la realidad que impone el cuidado de la salud judicializada.

Trataré en estas líneas de enfocarme en el rol que desempeña hoy el juez en los procesos salutíferos, no sin antes hacer un repaso histórico sobre las relaciones de poderes y las formas jurídicas (procesales) que nos permita identificar el tema y la importancia de ese rol, que exige visiones y perspectivas nuevas, tanto técnicas como humanitarias. Concentro en esa palabra "juez" a todos aquellos operadores que intervienen en el quehacer diario de los juzgados donde la urgencia está tan presente como en el mismo quirófano y donde el instrumentista es tan influyente como el médico cirujano jefe.

Valga mi homenaje —pretensión que quizás peque de soberbia, pero, créanme, bien sentida e intencionada— a todos los que a diario preguntan, contestan, buscan antecedentes, proponen soluciones, trabajan en la indagación para determinar el caso, proyectan y colaboran en la toma de decisiones. Cada uno en su juzgado, estudio, clase, grupo de investigación, etc., sabe de los otros. Esos otros sin quienes sería imposible instruirnos con la exigencia y premura que requiere la intervención del sistema legal para brindar soluciones a los pro-

* *Profesor de Derecho Civil Parte General, U.B.A.; profesor de postgrado Derecho en Salud, en U.C.E.S. Posgraduado en Derecho y Servicios de Salud (Contratos y Responsabilidad Médica (U.B.A.). Juez titular a cargo del Juzgado Nacional en lo Civil y Comercial Federal Nro. 11, con asiento en C.A.B.A.*

blemas que se nos presentan. Y sobre todo, decidir con la confianza y la seguridad que nos da el estar acompañados. Sirva esto como ejemplo: al momento de escribir estas líneas, 167 integrantes conforman al grupo de WhatsApp llamado “Salud Justicia Federal”; empleados, funcionarios y magistrados de la justicia federal de todo el país que interactúan a diario y que generan ese marco protectorio.

Por ello, cuando en este pequeño ensayo digo “juez”, dejando a salvo las particularidades de la función en cuanto a la responsabilidad, también me refiero a todos ellos en cuanto operadores del sistema judicial.

II. Las formas jurídicas, las relaciones de poder y el juez

Michel Foucault, en su obra “La verdad y las formas jurídicas”¹, ciclo de cinco conferencias y una discusión final por demás ilustrativa, aspira a demostrar cómo las prácticas sociales de control y vigilancia pudieron llegar a instalar nuevos dominios de saber (objetos, conceptos, técnicas) y formas totalmente nuevas de sujetos de conocimiento (individuos normales y anormales).

Quiero traer aquí, de ese gran trabajo y a modo de introducción, el rol que el autor otorga a las “prácticas judiciales” en el proceso de construcción de la “verdad” y, por ende, de la justicia. Tomo de esa obra el rol del Poder Judicial durante esos procesos históricos y pretendo con ello establecer cuál es el rol actual, en especial por el temario que nos convoca a esta obra colectiva, en el ámbito del derecho a la salud. Porque, claramente, el juez de la Grecia Antigua o el de la Edad Media no es el actual; tampoco su función, sus saberes, sus compromisos, sus exigencias, sus respuestas, etc.

En primer término, Foucault se remonta a la Grecia Antigua y recurre a la tragedia de Edipo (Sófocles) y a la *Iliada* (Homero). Nos cuenta que en esos tiempos y en esa cultura la verdad no se establece judicialmente por medio de una comprobación, un testigo, una indagación o una inquisición, sino por un “juego de pruebas”, donde una de las partes pregunta y somete a juramento a la otra que renuncia o reconoce a través de esa práctica la razón o no del reclamo de su contendiente².

¹ FOUCAULT, M., “*La verdad y las formas jurídicas*”, Ed. Gedisa, Barcelona, junio 2005. Este volumen reúne cinco conferencias pronunciadas por Foucault ante un nutrido público en Río de Janeiro, entre los días 21 y 25 de mayo de 1973.

² FOUCAULT, M., op. cit., pág. 40, “*Segunda conferencia: Edipo y la verdad*, págs. 37-61.

Luego, aparecieron figuras como el testimonio y la indagación. El derecho a dar testimonio es una gran conquista de la democracia griega de juzgar y oponer la verdad al poder³. Se gesta así la retórica griega para convencer a los jueces que dejaron ser son meros espectadores de los juramentos de los contendientes⁴ y que escucha tanto al testigo de los hechos y del saber enciclopédico (peritos). En consecuencia, señala Foucault, "...en Grecia se produjo una especie de gran revolución que al cabo de una serie de luchas y cuestionamientos políticos dio como resultado la elaboración de una determinada forma de descubrimiento judicial, jurídico, de la verdad el cual constituye la matriz, el modelo o punto de partida para una serie de otros saberes —filosóficos, retóricos o empíricos— que pudieron desarrollarse y que caracterizan el pensamiento griego”.

En el primer período del derecho germánico el derecho vuelve a ser “la forma ritual de la guerra”, una forma singular y reglamentada de conducir la guerra entre los individuos de encarnar los actos de venganza⁵. Aunque Carnelutti la ubica en el derecho de Roma, el autor italiano recurre también a la figura de la guerra como metáfora para aludir al proceso que, por su estructura, se asemeja al juego, en función hace a las veces de la guerra; *ne cives ad arma veniant*, para que los ciudadanos no lleguen a las armas, decían los romanos: se acude al juez para no tener que acudir a las armas. En los estadios, no está ya en juego la vida de los luchadores; pero en los tribunales la multitud puede gozar de veras el crudo espectáculo de la discordia⁶.

Siguiendo en los comienzos del primer feudalismo, notamos que en este período el litigio entre individuos se vuelve a reglamentar por el sistema de la prueba como una especie de juego de estructura binaria. El individuo acepta la prueba o renuncia a ella y pierde el proceso de antemano. La prueba termina con una victoria o fracaso. Siempre hay alguien que gana o que pierde⁷. En ningún momento parece algo semejante a la sentencia como ocurrirá a partir de fi-

³ FOUCAULT, M., op. cit., pág. 66. “*Edipo Rey* es una especie de resumen de la historia del derecho griego. Muchas obras de Sófocles, como por ejemplo *Antígona* y *Electra*, son una suerte de ritualizaciones teatrales de la historia del derecho. Esta dramatización del derecho griego comprendía una de las grandes conquistas de la democracia ateniense: la historia del proceso a través del cual el pueblo se apoderó del derecho a juzgar, de decir la verdad, de oponer la verdad a sus propios señores, de juzgar a quienes lo gobernaban”.

⁴ FOUCAULT, M., op. cit., pág. 67.

⁵ FOUCAULT, M., op. cit., pág. 69, “*Tercera conferencia: De la verdad entre particulares a la verdad pública: el nacimiento de la indagación jurídica*, págs. 63-92.

⁶ CARNELUTTI, F., “Como se hace un proceso”, p.16, Rodamillans SRL, nov. 1999, Buenos Aires.

⁷ FOUCAULT, M., op. cit., pág. 74.

nales del siglo XII y comienzos del XIII. “La sentencia consiste en la enunciación, por un tercero, de lo siguiente: cierta persona que ha dicho la verdad tiene la razón; otra, que ha dicho una mentira, no tiene razón. Por consiguiente, la sentencia no existe; la separación de la verdad y el error entre los individuos no desempeña papel alguno; existe simplemente la victoria o el fracaso... La autoridad interviene sólo como testigo de la regularidad del procedimiento. En el momento en que se llevan a cabo estas pruebas judiciales está presente alguien que recibe el nombre de juez —el soberano político o alguien designado con el consentimiento mutuo de dos adversarios— simplemente para comprobar que la lucha se lleva a cabo regularmente. El juez no atestigua acerca de la verdad, sino tan solo de la regularidad del procedimiento”.

En la Alta Edad Media, el “Poder Judicial” no existía, no había un poder autónomo ni tampoco un poder judicial que estuviera en manos de quien detenía el poder político o el poder de las armas. Con la monarquía medieval, por la necesidad de defender las riquezas del monarca, los individuos pierden el derecho a resolver. Nace la figura del procurador como representante del soberano lesionado por un daño (el interés público)⁸ y de la “indagación” (*la inquisitio*), que era en método de gestión administrativa a través del cual el representante del poder llamaba a las personas capaces de conocer las costumbres, los derechos, los títulos de propiedad, las reunía, hacían que jurasen decir la verdad, les preguntaba que conocían, que habían visto o que sabían de oídas y, seguidamente, las dejaban solas para que deliberasen. El poder consulta a los notables sin forzarlos a decir la verdad⁹. La indagación es, sobre todo, un proceso de gobierno, una técnica de administración, una determinada forma de ejercer el poder¹⁰. En términos generales, esta indagación judicial se extendió a muchos dominios de prácticas —sociales y económicas— y dominios del saber¹¹. La indagación, que como proceso se extiende hasta el Renacimiento, “...es precisamente una forma política de gestión, de ejercicio del poder que, por medio de la institución judicial, pasó a ser, en la cultura occidental, una manera de autenticar la verdad”¹².

⁸ FOUCAULT, M., op. cit., pág. 78.

⁹ FOUCAULT, M., op. cit., pág. 82.

¹⁰ FOUCAULT, M., op. cit., pág. 86.

¹¹ FOUCAULT, M., op. cit., pág. 88.

¹² FOUCAULT, M., op. cit., pág. 92.

A finales del siglo XVIII y comienzo del siguiente, los sistemas judiciales sufren una transformación. La falta ya no es una infracción a la ley natural, religiosa o moral, sino a la ruptura con la ley del poder político que define lo que debe o no debe ser. El individuo fuera de la ley se coloca el mismo fuera del "orden social". Para prevenirlo, la institución (sobre todo en el ámbito penal) no puede estar en manos de un poder autónomo como el judicial. "Son necesarios una serie de poderes laterales, al margen de la justicia, tales como la policía y toda una red de instituciones de vigilancia y corrección: la policía para la vigilancia; las instituciones psicológicas, psiquiátricas, criminológicas, médicas y pedagógicas para la corrección... de encarnar los actos de venganza. Es así que se desarrolla en el siglo XIX alrededor de la institución judicial y para permitirle asumir la función de control sobre la peligrosidad de los individuos, una gigantesca maquinaria de instituciones que encuadrarán a éstos a lo largo de su existencia; instituciones pedagógicas como la escuela, psicológicas o psiquiátricas como el hospital, el asilo, etcétera. Esta red de un poder que no es judicial debe desempeñar una de las funciones que se atribuye la justicia a sí misma en esta etapa: función que no es ya de castigar las infracciones de los individuos, sino de corregir sus virtualidades. Entramos así en una edad de "ortopedia social" (El panoptismo)¹³. El micropoder que funciona en el interior de instituciones como la fábrica, las escuelas, los psiquiátricos, las cárceles, los hospitales es, al mismo tiempo, un poder judicial. En estas instituciones no solo se dan órdenes, se toman decisiones y se garantizan funciones tales como la producción o el aprendizaje; también se tiene el derecho de castigar y recompensar o de hacer comparecer ante instancias de enjuiciamiento. Todo ello supone una disciplina general de la existencia que supera ampliamente las finalidades para las cuales fueron creadas. Un poder político, económico y también judicial porque pagan, dirigen y sancionan¹⁴. Foucault se ocupa de las prácticas judiciales porque, a su entender, se trata del ámbito en el cual el análisis histórico para detectar más claramente la emergencia de las nuevas formas de subjetividad y de nuevas maneras de establecer la verdad.

Las relaciones de poder que existen en una sociedad, por cierto, extremadamente numerosas y múltiples se actualizan en el interior de cada institución

¹³ FOUCAULT, M., op. cit.pág. 102, "Cuarta conferencia: La sociedad disciplinaria y la exclusión", págs. 95 a 109.

¹⁴ FOUCAULT, M., op. cit.pág. 140 a 142 "Quinta conferencia: La inclusión forzada: el secuestro institucional del cuerpo y del tiempo personal", págs. 123 a 148)

que las soporta¹⁵. Entre tantas otras, está una conclusión de Foucault en “La verdad y las formas jurídicas”. A partir de ella, intentaré a continuación, analizar el presente de la institución Poder Judicial y el rol que la realidad del presente exige a los jueces el estado del Poder Judicial, de la normativa y de las demás instituciones relacionadas en el ámbito del Derecho Salutífero, las herramientas procesales con las que cuentan los jueces y la forma y el modo de utilizarlas para dar plena satisfacción a la demanda de los justiciables mediante una efectiva y rápida cobertura a las exigencias de la salud como estado de bienestar general y particular.

III. Realidad y contexto de la salud como objeto de protección judicial

Infinidad de factores deben tenerse en cuenta a la hora de resolver los casos “de salud” que a diario se nos presentan, los que podríamos clasificarlos en dos grandes grupos. El primero, el rechazo de afiliaciones por parte de los agentes de la salud, sea por derivación de aportes, por falsedad en las declaraciones juradas, por la opción de continuar luego del cese de la relación laboral por jubilación, etc. Otro grupo está formado por aquellos casos en los que se niega cumplir con las prestaciones, por falta de recursos, por considerarlas fuera del Programa Médico Obligatorio, por discusión del criterio médico, por falta de evidencia científica en los resultados del tratamiento o la medicación, por atribuir a otro agente la obligatoriedad de la cobertura, etc.

Empero, a los fines de este trabajo, considero traer algunos de esos ejes temáticos relacionados con las dificultades que se traducen en las causas de las acciones judiciales.

III. a. El avance tecnológico ha generado un impacto extraordinario en la medicina, seguro a la hora de curar enfermedades y riesgoso a la hora de pronosticar los resultados que pueden traer aparejados ciertos procedimientos con terapias génicas, la clonación etc. La técnica en sí misma nos hace enfrentar con una paradoja que muchas veces exige a los jueces soluciones con un fuerte análisis bioético para los cuales nos preparamos académicamente. Empero, otras

¹⁵ FOUCAULT, M., op. cit., pág. 178, de la “*Discusión*” (al final del ciclo) ante una anotación previa de Chain Katz.

veces, el terreno de la decisión es tan impredecible que nos obliga a indagar sobre antecedentes y resultados que para la misma técnica son impredecibles. A decir de Ortega y Gasset, "el proceso de transformación de la naturaleza genera riesgos que no son los peligros de la naturaleza que la técnica conjura, sino los que la misma técnica origina; o sea, riesgos tecnológicos. Se trata, por lo tanto, de riesgos que no tienen un origen natural ajeno a la intervención humana, sino que son debidos, precisamente, a una acción del hombre que va precedida de una decisión, de la que puede ser más o menos consciente en función del conocimiento que se tenga sobre sus posibles efectos, pero decisiones humanas al fin"¹⁶.

El desarrollo de las tecnologías emergentes ha transformado a los escenarios de la salud hacia nuevos paradigmas digitales, ya sea en la industria médica como en la farmacológica. La evolución requiere adaptación y cambios urgentes en las legislaciones y en la toma de decisiones jurisdiccionales. La falta de resultados, de medición y de certificación de la evidencia científica dejan vetusto al Programa Médico Obligatorio, que es la madre de las normas a la hora de garantizar la cobertura a la salud. En los principios del siglo XXI, como consecuencia del avance científico, la Asamblea Mundial de la Salud, máximo órgano de decisión de la Organización Mundial de la Salud, instó a los Estados miembros a que se planteen la elaboración de un plan estratégico a largo plazo para concebir e implantar servicios de ciber salud [...], a que desarrollen infraestructuras para aplicar a la salud las tecnologías de información y comunicación [...] y promuevan el disfrute universal, equitativo y a precio asequible de los beneficios que de ahí se deriven. Asimismo, instó a los países y a las partes interesadas a que dirigieran sus esfuerzos a fin de crear una visión coherente de la ciber salud, en consonancia con las prioridades y los recursos sanitarios de los países, a que desarrollasen un plan de acción para hacer realidad la visión propuesta y a que creasen un marco para supervisar y evaluar la implantación y el progreso de las iniciativas de ciber salud"¹⁷.

¹⁶ ORTEGA Y GASSET. J. "*Meditación de la técnica y otros ensayos sobre ciencia y filosofía*", p. 28 Rev. De Occidente, Madrid 1996; conf. Esteve Pardo, José. "Técnica riesgo y derecho. Tratamiento del riesgo tecnológico en el derecho ambiental", pág. 29, Ed. Ariel, Barcelona, 1999); cita de AIDA-KEMELMAJER DE CARLUCCI, "*Derecho de la Salud. Nuevos perfiles de la responsabilidad médica. Análisis comparativo de la Ley Francesa de 2002 y de la Jurisprudencia Argentina*" pub., en la obra colectiva "El Derecho de la Salud", XVI Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires, 13 y 14 de octubre de 2006, págs. 159/60; Ed. La Ley, abril de 2007).

¹⁷ "Proyecto de estrategia mundial sobre salud digital 2020-2025, pub. de la World Health Organi-

En ese compendio se define la “Salud Digital” como el campo del conocimiento y la práctica relacionado con el desarrollo y la utilización de las tecnologías digitales para mejorar la salud. La salud digital amplía el concepto de ciber salud para incluir a los consumidores digitales, con una gama más amplia de dispositivos inteligentes y equipos conectados. También abarca otros usos de las tecnologías digitales en el ámbito de la salud, como la internet de las cosas, la inteligencia artificial, los macrodatos y la robótica”.

La “salud digital” necesariamente depende de un ecosistema interoperable de “datos sanitarios” de caracteres personales, reservados y sensibles y, por lo tanto, exigen un alto nivel de seguridad. Es necesaria la creación de regímenes jurídicos específicos que regulen el acceso a los datos sanitarios, el derecho a la transparencia de la información y el consentimiento de los particulares al tratamiento de sus datos, así como la fiscalización y mecanismos eficaces de auditoría y control¹⁸.

III. b. El rol del legislador en la materia está tan exigido como el del juez. El Poder Legislativo tiene una tarea ardua por delante, pues necesita adecuar los marcos jurídicos y reglamentarios nacionales y regionales a los constantes avances de la ciencia. Desde la actualización del Programa Médico Obligatorio hasta la regulación casi inicial de los datos de la salud digital que, si bien en el orden nacional están alcanzados por la Ley de Protección de Datos Personales (Ley 25.326), exigen un tratamiento especial por el alto nivel de seguridad y de potencialidad para influir en áreas que abarcan intereses diversos, para el bien como para el mal.

Muchas veces, como en el campo de la judicialización del conflicto, el legislador necesita actuar como reparador o previsor de riesgos ante una realidad que precede. Otras, anticiparse a ella. Pero no puede preverlas todas. Dos ejemplos recientes de actividad legislativa nos ilustran.

Recientemente, en noviembre del 2022, la Cámara de Diputados, con 277 votos a favor, sin negativos ni abstenciones y con 29 ausencias, aprobó un proyecto para facilitar la renovación del Certificado Único de Discapacidad. De manera unánime se decidió simplificar el trámite para obtener un certificado que “se expedirá con o sin fecha de vencimiento”.

zation, archivo que se puede descargar en (<https://www.who.int/es/publications/i/item/9789240020924>)

¹⁸ Ver los parágrafos 70 a 73 del informe de la *World Health Organization*, citado en la nota anterior.

Finalmente, el 13 de abril de este año 2023 fue sancionada la Ley 27.711 por la que se dispuso que el Certificado Único de Discapacidad (CUD) establecido en la ley 22.431, o la que en un futuro la reemplace, sus modificatorias y complementarias, se expedirá con o sin fecha de vencimiento. Asimismo, estableció que la Agencia Nacional de Discapacidad es la encargada de la actualización del Certificado Único de Discapacidad (CUD) conforme la concepción dinámica de la discapacidad dispuesta por la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Dicha actualización deberá implementar la flexibilización de los requisitos para su otorgamiento.

Por otro lado, desde el ámbito ejecutivo-administrativo la Agencia Nacional de Discapacidad, poco antes de la sanción de la Ley 27.711, había reglamentado también sobre el certificado único de discapacidad dictando con tal propósito la RESOL-2023-322-APN-DE#AND del 3 de marzo de 2023. Para ello consideró que es necesario que la discapacidad sea comprendida desde un enfoque dinámico y multidimensional que resulta de la interacción de la condición física, mental, intelectual y/o sensorial con las barreras actitudinales y materiales del entorno que evitan la participación plena y efectiva de la persona en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás. En función de estos principios, sostuvo que el proceso de acompañamiento de la persona titular del CUD (Certificado Único de Discapacidad) se vuelve necesario ya que, con el paso del tiempo y el carácter dinámico de la discapacidad, pueden presentarse innumerables cambios en su ámbito inmediato y en sus posibilidades de acceso a entornos, del mismo modo en que puede haber mejoras o agravamientos en sus condiciones de salud que impacten en sus requerimientos prestacionales. Por ello, estableció que el Certificado Único de Discapacidad se otorgará "sin sujeción a plazo temporal alguno", manteniendo plena vigencia y validez mientras los criterios certificantes se mantengan de conformidad con los lineamientos y condiciones emanados del Anexo IF-2023-23099644-APN-DNPPYRS#AND que forma parte integrante de la citada resolución.

Vemos aquí una superposición de tareas en las esferas de dos Poderes del Estado, en la medida que, a poco más de un mes de expedirse la Agencia competente sobre la expedición del CUD sin límite temporal, el Poder Legislativo resolvió que el CUD podía expedirse con o sin fecha de vencimiento, según los casos de discapacidad, evolución o involución y le fijó un plazo de 90 días al Poder Ejecutivo (art. 4to de la Ley 27.711) para reglamentar sobre un tema que había sido reglamentado un mes antes.

Otro caso: con el dictado de la Ley No. 27.706 se crea el Programa Federal Único de Informatización y Digitalización de las Historias Clínicas para establecer el Sistema Único de Registro de Historias Clínicas Electrónicas, respetando los derechos del paciente, conforme la Ley 26.529 de Derechos del Paciente y la Ley 25.326 de Protección de los Datos Personales. En el sistema único se registra toda intervención médico-sanitaria que hagan los profesionales y auxiliares de la salud en Argentina, se registran las intervenciones que se hagan en establecimientos públicos del sistema de salud de jurisdicción nacional, provincial, municipal y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en establecimientos privados y en establecimientos de la seguridad social. El Sistema Único de Registro de Historias Clínicas Electrónicas incluye los datos clínicos del paciente desde que nace hasta su fallecimiento y permite que el profesional de la salud pueda acceder a una base de datos con la información clínica importante para atender a cada paciente desde cualquier lugar del país. Todo ello sujeto a la reglamentación por parte del Poder Ejecutivo que cuenta con 90 días desde el 16/03/23, día de la publicación de la ley en el Boletín Oficial.

III. c. El costo de la salud y su distribución entre los subsistemas del Sistema Argentino de Salud: Nuestro sistema se caracteriza por su fragmentación en tres subsistemas: el subsistema público, el de la seguridad social y el privado, atendiendo al origen de los fondos que lo financia. El subsistema público, a su vez, se consolida a través de la agregación del gasto de los tres niveles de gobierno: nacional, provincial y municipal. Si bien la utilización de los servicios públicos de atención de la salud se concentra mayoritariamente en usuarios con cobertura exclusiva, sus prestaciones son de acceso universal y, en consecuencia, toda la población del país puede utilizar sus servicios con independencia de que tenga algún otro tipo de seguro de salud. El subsistema de seguridad social está compuesto por las Obras Sociales Nacionales comprendidas en la Ley 23.660 (OSN), las de regímenes especiales como las de las universidades, la de las fuerzas armadas y de seguridad, el Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados (INSSJP), y las Obras Sociales Provinciales (OSP). Las OSN brindan cobertura de salud a trabajadores en relación de dependencia que se desempeñan en distintos ámbitos privados o público nacional y a sus grupos familiares, así como a monotributistas. El INSSJP es la institución que otorga cobertura a jubilados y sus familiares a cargo, pensionados y veteranos de guerra.

Por último, desde el punto de vista del financiamiento, el subsistema privado se compone de las empresas de medicina prepaga, planes de salud de hospitales (de comunidad y/o privados), mutuales y cooperativas que brindan cobertura a asociados voluntarios principalmente de ingresos medio-altos mediante una contratación directa, a aquellos que, teniendo cobertura de una obra social, derivan sus aportes a estas instituciones y otros que optan por un plan superador y que adicionan a los aportes derivados de sus obras sociales de origen un pago directo voluntario. Además, incluye el gasto de bolsillo en bienes y servicios de salud financiados por los hogares¹⁹.

A la complejidad de este sistema interrelacionado por la actuación de varios sujetos debe sumarse el alto costo de las prestaciones de la salud. Normalmente, garantizar estos derechos implica costos económicos significativos y, como dice, Juan I. Callejas, "la solidaridad, económicamente no es gratis, políticamente no es inocente y moralmente no es opcional sino justicia debida"²⁰.

IV. La cantera procesal. ¿Es el "amparo la vía más idónea"?

En nuestro derecho procesal existe un variado arsenal de recursos técnicos para el procedimiento salutífero: el amparo, el proceso sumarísimo, la acción declarativa de certeza, las medidas cautelares, la medida autosatisfactiva, etc. y, además, no creo que el amparo sea la vía más idónea para enfrentar los conflictos, a pesar de la publicidad o fama que de esa vía se hace y da, por la doctrina y por ciertas citas de jurisprudencia o desde la misma práctica judicial.

No desconozco que, desde la perspectiva procesal, se ha tratado de cubrir los procesos mediante la vía instrumental o el procedimiento del amparo, pero —como reconoce la propia doctrina y jurisprudencia especializada— debió adecuarse razonablemente a las reglas que lo rigen para poder avanzar hacia las inéditas fronteras que la temática de la salud nos arrima constantemente.

¹⁹ Confr.: Gasto en salud en Argentina. Análisis para 2017-2020, Dirección de Economía de la Salud Dirección Nacional de Epidemiología e Información Estratégica Subsecretaría de Medicamentos e Información Estratégica Secretaría de Acceso a la Salud. Ministerio de Salud pub. en <https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files>.

²⁰ <https://caritas-webs.s3.amazonaws.com/main-files/uploads/1995/01/COR00075-HACIA-UNA-CULTURA-DE-LA-SOLIDARIDAD-02.pdf>, cit por KEMELMAJER DE CARLUCCI, AÍDA; "Los recursos limitados y el "amparo" como instrumento de acceso a la salud" LEY 09/09/2020 AR/DOC/2350/2020.

El Amparo Salutífero es una figura que “está enmarcada en el perfil genérico de su identificación conceptual y operativa que se viste de algunas particularidades merecedoras de un diversificado tratamiento... que nos brinda un plafón frente a los poderes públicos y respecto de las obras sociales, mutuales y grupos económicos y de negocios asociativos complementarios prestatarios de los servicios aplicados al cuidado y recuperación de la salud”²¹.

Si hay que adecuar las reglas del amparo frente a la diversificación, entiendo que no es necesario recurrir a esos esfuerzos si vamos por una vía más amplia, elástica y diversificada como lo son el proceso sumarísimo y la medida cautelar en sí misma con las reglas generales que le son propias y que la rigen.

En el ámbito del Derecho Procesal es necesaria la creación de sistemas adecuados para tener la suficiente laxitud como para contemplar los conflictos y los derechos en juego con la amplitud que la actual realidad requiere, sin perder de vista la nueva visión del debido proceso por la dinámica que importa la nueva y cambiante realidad.

Dentro de las posibilidades que nos otorgan las leyes de rito, a partir del 2015 contamos dentro del proceso con una obligación que nos alcanza a todos los que intervenimos en causas donde el orden público está en juego, y vaya que así lo hace el curso de una acción que se ejerce en un proceso de la jurisdicción federal.

El Código Civil y Comercial de la Nación prevé dentro del capítulo de responsabilidad civil, la función preventiva y punitiva (arts. 1710 a 1715) y la función resarcitoria (arts. 1716 a 1736). Frente a la eventual producción de un daño, en primer lugar se debe intentar evitarlo y, en segundo lugar, y en caso de que se haya producido, impedir su agravamiento y reparar sus consecuencias.

El citado Código impone a todas las personas el deber de evitar causar un daño o que este se produzca o, en su caso, disminuir la magnitud o agravamiento (art. 1710) y el de no dañar a otro (art. 1716). Se legisla especialmente la acción preventiva (art. 1711)²².

Unas líneas adelante volveré sobre el punto mediante la mención de algunos casos que dan cuenta sobre las ventajas —a veces, imprescindible— de la apli-

²¹ MORELLO, A., “El amparo, escudero del derecho a la salud”, pub., en la obra colectiva: “El Derecho de la Salud”, XVI Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires, 13 y 14 de octubre de 2006, págs. 25/26; Ed. La ley, abril de 2007.

²² ARAZI, R. “Aspectos procesales de la acción preventiva. Análisis jurisprudencial”, en Revista de Derecho Procesal “El impacto del Código Civil y Comercial en el proceso”, pág. 275, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 29/6/22.

cación "al proceso" del derecho procesal del Código Procesal y del derecho procesal legislado en el Código Civil y Comercial, que nos dan luz sobre la justicia en el proceso y en las soluciones a las que se arriban tanto en las cuestiones accesorias como en la principal. Con la misma impronta "adaptativa" debe repararse en "los tiempos" del proceso, porque en la mayoría de los casos de la salud "el objetivo incuestionado es resolver pronto, y se deriva de una razón no menos clara: la sobrecarga y consecuente morosidad judicial. Ergo, la elección de las materias ha de contemplar prevalentemente el desahogo de la justicia común, por la descarga prioritaria de aquellos asuntos que, además de su simplicidad fáctica y jurídica, no encuentran de ordinario satisfacción apropiada en las vías del proceso común"²³.

V. El juez en el "conflicto" y la necesidad de "resolver el (cada) caso"

Al comienzo de este ensayo vimos como la figura del juez o de la institución Poder Judicial fue variando en el tiempo de acuerdo con las formas (o procedimientos) de "los juicios" para llegar a la verdad. De ser un mero espectador de las reglas del juramento que las partes hacían o no "por y ante los Dioses" a ser una parte más de un sistema de micropoderes del encargado de "la ortopedia social" (el Panoptismo), cuya función que no es ya solo la de castigar las infracciones de los individuos, sino de corregir sus virtualidades.

Ahora bien, la experiencia en el trabajo diario nos enseña que cuando entramos a conocer el conflicto, es decir, cuando con la carátula de la causa le damos trámite en el primer despacho luego de leer la demanda o la primera presentación y advertimos que muchas veces necesitamos previamente definir el conflicto, darle identidad; porque en esas tantas veces ni las mismas partes saben cuál es el conflicto o, mejor dicho, cuál es la identidad jurídica del conflicto.

Quien no tiene la medicación que espera para tratar su dolencia conoce muy bien la causa y el objeto de su acción, lo que muchas veces no conoce es qué vías u opciones tiene para reclamarla o qué posibilidades hay de que hubiese otra mejor. Necesita preparar su demanda, pero la solución apremia. El agente de la salud que está obligado le ofrece la medicación; pero otra, una más econó-

²³ BERIZONCE, R. <Una nueva estructura procesal: los procesos de pequeñas causas como justicia "inmediata" o "simplificada">, en Revista de Derecho Procesal "El impacto del Código Civil y Comercial en el proceso", pág. 285, Rubinzal-Culzoni. Buenos Aires, 29/6/22.

mica y, por ende, mejor para el sistema de salud al que la parte actora pertenece. El ofrecimiento (para la demanda: cumplimiento y para la actora: negativa) es razonable porque la medicación es de producción nacional. Pero la actora “se pregunta” si esa reciente producción nacional garantiza la continuidad del tratamiento que viene haciendo, que si bien es más costoso ya sabe de sus buenos resultados. Y la “prestadora” le responde con la Ley, con el Programa Médico Obligatorio, con el principio de razonabilidad, con la misma droga, pero de distinto origen. Ese conflicto enmarcado o infectado por esa “duda” es la que tiene el juez al comienzo del proceso.

Otro caso: Las partes de común acuerdo se presentan ante el sistema de justicia para decirle que esta vez sí saben de su conflicto y lo saben tan bien que al inicio mismo del proceso —es decir, en la primera presentación— piden la “homologación del convenio” al cual arribaron antes en sede extrajudicial. ¿Sr. Juez, puede dar fuerza de ejecución al acto jurídico celebrado con la obra social, porque con ella queremos continuar con la relación contractual que teníamos antes de mi jubilación y, de esa forma, la obra social pueda presentar ese acuerdo ante la ANSeS para recibir directamente la derivación de aportes del órgano estatal que a su vez recibe esos aportes del sistema nacional de jubilaciones y aportes? En estos casos, que son muchos en la actualidad, las partes saben todo del conflicto, lo conocen tanto que hasta piden sentencia homologatoria (modo de culminación del proceso) en forma conjunta en la primera presentación que hacen a la par (en un mismo escrito) y que llega con la carátula del proceso “para despachar”.

Como ejemplos de la particularidad de los nuevos conflictos sirvan esos dos supuestos (entre tantos otros que se nos presentan a diario) totalmente distintos. En el primero (la medicación de origen nacional o importada) ninguna de las partes parece estar equivocada en sus posiciones, una pide la medicación con la que se venía tratando y el agente prestador (demandado) le ofrece otra “igual”, pero de reciente producción nacional; las posiciones son excluyentes entre sí. En el segundo caso (la homologación del acuerdo) las posiciones coinciden en un punto, la actora quiere homologar, y la demandada también, la actora quiere continuar con la prestación de la obra social que tenía antes de jubilarse y la obra social también. Las posiciones son coincidentes.

Con la brevedad que exige a este trabajo, permito observar y concluir lo siguiente: el juez debe actuar, ejercer su rol, no ya para ver si las partes juran o no

lo hacen bien, no ya como garante de las pautas que "civilizan la guerra" para llegar a un acuerdo en que las partes no pudieron o supieron dar, no ya para sancionar o moderar virtudes. El juez entra al conflicto en su etapa inicial, para quizás prepararlo o darle forma objeto y causa (en el caso de la medicación) o para garantizar la paz de un acuerdo que entonces por ser tal, supone la no existencia de un conflicto, pero que igualmente las partes se presentan ante el juez porque si no la "demandada" no puede obtener la derivación de aportes que el Estado debe efectuarle; aunque no cumple con esa obligación porque decidió que un juez debe decirlo.

El rol lo ejerce durante la misma conformación del conflicto. El Poder Judicial es requerido (ahora y además) previamente, anticipadamente. Ambas partes piden que intervenga para que le termine de dar entidad al conflicto (la medicación) o para garantizar evitar alguno en lo sucesivo o, quizás, para facilitar el cumplimiento de obligaciones y deberes que pudiera ocasionar uno (la homologación).

Esta "nueva" intervención judicial crea un sistema con reglas propias. Lo novedoso exige prevención, adecuación, flexibilización, apertura, compromiso. En las reglas procesales vigentes encontramos los mecanismos necesarios, pero no nos debemos atar a la comodidad de una norma única que está prevista para otros casos muy específicos.

En el mismo sentido, la doctrina procesal alienta a la nueva participación activa, amplia y constante del juez pues "no es la letra de la ley la que viene a introducir nuevas formas, sino por el contrario dependerá de una nueva actitud de la jurisdicción en su desempeño frente al conflicto, para el desarrollo de esas [las] nuevas formas.

En todos los casos [el] ordenamiento no indica al juez medidas concretas a adoptar, sino que por el contrario le indica las medidas que él estime adecuadas para encauzar un conflicto, es decir para poder administrarlo, con lo cual no se puede pensar en un juez clásico que asuma una conducta que lo coloque al final del caso para resolverlo. Por el contrario, el nuevo ordenamiento civil pretende un juez presente, que distinga concretamente el caso que se le plantea del conflicto que subyace detrás de ese caso, a fin de brindar respuestas útiles partiendo de un presupuesto básico y elemental que no es otro que el proceso naturalmente consumidor de tiempo, y por ende requiere de un desarrollo que no permite pasar por alto la dinámica de la conflictiva de estos tiempos, en donde la aceleración es la regla²⁴.

²⁴ ROJAS, J. A. "La jurisdicción y el conflicto", pág. 116, pub. en Revista de Derecho Procesal "El im-

La ley no siempre surge de la “escritura”. Desterremos ese “la ley tiene dicho” o “tal tribunal tiene dicho”. Pero, ¿qué decimos nosotros al tener que resolver un caso? ¿Es lo dicho, lo “dicho”? o es lo que decimos “dicho” pero que en realidad no fue dicho o, peor, no fue bien dicho. Cicerón recurrió al Derecho más allá de lo que se creía escrito, en la “Defensa de Milon: ¿Para qué son nuestros acompañamientos, para qué nuestras espadas? Las cuales ciertamente no se podrían traer, si de ningún modo fuera lícito usar de ellas. Es pues esta, Jueces, una ley, no escrita, sino natural: que no la ha hemos aprendido, oído, o leído; sino que la tomamos, bebimos y sacamos de la misma naturaleza: en la que no hemos sido enseñados, sino criados, no se nos ha impuesto, sino imbuido...”²⁵.

“El juez no puede ser un signo matemático, porque es un hombre; el juez no puede ser la boca que pronuncia la ley, porque la ley no tiene la posibilidad material de pronunciar todas las palabras del derecho; la ley procede sobre la base de ciertas simplificaciones esquemáticas y la vida presenta diariamente problemas que no han podido entrar en la imaginación del legislador”²⁶.

La velocidad de la técnica, la falta de recursos económicos, la legislación en constante movimiento son factores que multiplican la velocidad y dejan atrás lo dicho o, mejor dicho: hacen que lo dicho no sea aplicable al nuevo caso.

El rol de la prevención, cuya herramienta principal en el eje procesal es la “acción preventiva” no solo es “una herramienta”, sino que debe ser una actitud del juez frente al conflicto, que no solo debe ser ejercida al momento de sentenciar o de disponer una cautelar, sino en cada movimiento del proceso, en cada resolución sea providencia, interlocutoria o definitiva.

Como sostiene Peyrano: “Tradicionalmente la jurisdicción civil ha sido concebida como una institución ‘vengadora’ que solo puede y debe actuar después de que se hubiera producido alguna violación del orden jurídico. Compensa, recompone, resarce o restituye, pero siempre “llega tarde”; dicho esto en el sentido de que actúa con posterioridad a que la infracción se materialice. El juez civil actual “puede actuar antes y no solamente después”²⁷.

pacto del Código., cit.

²⁵ CICERON M. T., “Oraciones”, T.II, pág. 19, traducidas del latín al castellano por D. Rodrigo de Oviedo; Tercera edición, París, Librería de Rosa, 1843.).

²⁶ COUTURE, E., “Introducción al Estudio del Proceso Civil”, pág. 70, Ed. Depalma, Buenos Aires, mayo 1988.

²⁷ PEYRANO, J.W., “Avances procesales derivados de la sanción del Código Civil y Comercial vigente. Proscripción del abuso procesal, la acción preventiva, la doctrina de las cargas probatorias dinámicas”, pub. en Revista de Derecho Procesal “El impacto del Código..”, cit, pág. 127 y s.s.”.

Luego de ver las exigencias al (y del) sistema judicial actual, a lo que cabe añadir la incidencia particular de la pandemia 2019-2023 con relación a la necesidad de adaptar las formas del proceso a la ya atrasada percepción de la revolución tecnológica, trataré de ejemplificar con algunos pocos casos del quehacer actual diario judicial que sirven como meros ejemplos que trasladan a la praxis los conceptos desarrollados en las líneas anteriores.

5.1. Cuando la falta de evidencia científica encarece al sistema de salud

Por diversos factores salen al mercado medicamentos que, por ser de producción reciente, carecen de las mediciones necesarias para poder tomar una decisión que permitiese ponderar los beneficios y costos de incidencia directa en el paciente e indirecta en todos los beneficiarios del sistema de la salud que integra ese colectivo.

Esa situación se presenta en la actualidad con el cannabidiol medicinal de producción nacional. En estos casos el médico tratante justifica la elección del medicamento importado en los antecedentes de tolerancia y de buen resultado. La prestadora ofrece la cobertura con el "mismo" medicamento. El Cuerpo Médico Forense dictamina que "no hay evidencia científica que permita afirmar por el momento la ineficacia de los productos preparados en Argentina, en comparación otros totalmente extranjeros, máxime al contar con la autorización de la ANMAT...". Pero nada dice de la "eficacia".

Consultado que fue el órgano ejecutivo a cargo del Programa Nacional para el Estudio y la Investigación del Uso Medicinal de la Planta de Cannabis creado por ley 27.350 en el ámbito del Ministerio de Salud de la Nación, la Dirección Nacional de Medicamentos y Tecnología Sanitaria de dicha cartera ministerial contestó: "...no tenemos conocimiento de la existencia en Argentina de estudios comparativos que hayan relacionado la seguridad y eficacia entre distintas variantes de cannabis y el medicamento genérico. En este contexto, atento la falta de evidencia concluyente de carácter universal, y teniendo en cuenta las diversas variantes de la epilepsia, la evidencia la determina el médico tratante, bajo su exclusiva responsabilidad, en función de la respuesta clínica de cada paciente".

Es decir que dos Poderes del Estado intervienen con sus áreas técnicas específicas en la ciencia médica y concluyen en la "falta de evidencia" de la medi-

cación nacional, y como propuesta surge que el criterio del médico es el que debe primar. Esa “propuesta”, que se cae de madura, es la única vía posible para solucionar un caso que nace con la oferta de la prestadora de salud de una medicación aprobada por la autoridad de aplicación quien, si bien la autorizó, no puede dar razones de evidencia científica ni en uno ni otro sentido en cuanto a su eficacia y comparación con el mismo medicamento de origen extranjero.

En estos conflictos (evitables por cierto), el juez debe investigar para echar luz a la verdadera causa del conflicto. En un lado de ese conflicto, la actora que reclama en ejercicio de su derecho a la salud comprobado por la medicación que viene recibiendo. En la otra punta, el prestador del servicio de salud con el ofrecimiento de una medicación que está aprobada por el sistema legal de la salud, pero que ni los médicos pertenecientes a los organismos de contralor administrativo y judicial médico pueden dar conocimiento de sus virtudes o defectos. Todo ello encarece el sistema de salud y exige al Poder Judicial que debe intervenir para dejar como única evidencia que la “evidencia científica” todavía no está²⁸.

5.2. Homologación de los acuerdos de reafiliación

Como ya vimos en este trabajo existen actualmente una gran cantidad de iniciadas para que el juez homologue un acuerdo por el que el beneficiario/a y prestador/a se ponen de acuerdo para continuar el contrato de salud que tenían antes de la jubilación. Las partes de un proceso judicial que están de acuerdo le dicen al juez que están de acuerdo para que el juez homologue ese acuerdo. Un caso sin conflicto. La razón que invocan es que el órgano administrativo (la ANSeS) le exige “esa formalidad” para que dicho organismo le derive los aportes del beneficiario de los servicios de salud y de la seguridad social. Una vez más, el sistema de justicia debe intervenir para echar luz a algo que ya la tiene, pero que “administrativamente” otro Poder del Estado así lo exige.

Estos casos llegan a su fin (objetivo natural de todo proceso) desde el momento en que se exige a las partes el cumplimiento del art. 330 del Cód. Procesal

²⁸ Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal Nro. 11, causa Nro. 12104/2022. Al momento de la confección del trabajo (marzo del 2023) la resolución que admite la cautelar para que continúe el tratamiento con la medicina importada está en revisión por apelación.

(precisión de la causa y del objeto de la acción) y se les requiere que justifiquen la intervención del órgano jurisdiccional cuando pueden celebrar ese mismo acto jurídico con las formas del derecho civil o del derecho administrativo si interviene la autoridad del órgano de esa órbita que entiende y que "duda" del acuerdo. Y con esa exigencia previa se termina un "proceso" que fue iniciado para que el sistema judicial de la salud intervenga con el único objeto de dar certeza de autoría y contenido a un acto jurídico, cuando para ello está prevista otra forma en el Código Civil y Comercial Federal —mucho menos costosa, rápida y eficaz— como ser la intervención de un escribano u otra —también— en la Ley de Procedimiento Administrativo con la participación del órgano en esa área competente.

5.3. Modo de cumplimiento de las obligaciones sucesivas de dar suma de dinero

Los juzgados se transforman en las oficinas administrativas contables de los efectores de la salud cuando en el marco cautelar, a veces, y otras indefinidamente en el marco de la ejecución de las sentencias, se dispone el pago a través de las "cuenta judicial de autos". En este particular caso, el nuevo sistema de gestión electrónica agravó aún más la entrega del dinero, porque se debe hacer por medio de un oficio electrónico que necesariamente debe ser librado por el juzgado. Las partes necesitan esperar los tiempos por estas acciones que pueden y deben ser efectuadas fuera del sistema judicial de la salud, bajo el control pero no necesariamente por la pluma y la mano del Poder Judicial. En beneficio de las partes debe administrarse correctamente el trabajo, porque trabajo y tiempo son salud. Uno de los medios de pago electrónico es la transferencia, que permite enviar dinero entre dos cuentas bancarias.

En el caso de los expedientes judiciales la existencia de cuentas de origen y de destino de los fondos es uno de los requisitos para el pago. Mas no es indispensable que los movimientos entre dichas cuentas necesariamente tengan que pasar por una "cuenta de autos", lo que sí se justifica en ciertos casos (v.gr., pagos forzosos, ejecuciones forzadas, subastas, embargos, etc.).

A fin de reducir costos tanto dentro del sistema financiero (confr. Sección 1, punto 1.2, tercer párrafo del Anexo de la citada Comunicación "A" No. 6890 del BCRA), como en el ámbito del Poder Judicial, objetivo que redundaría en be-

neficio de todos los sujetos (vgr.: seguridad, reducción de plazos con el consecuente impacto en la mora, etc.) una medida correcta frente al pedido de abrir cuentas innecesarias en los bancos oficiales consiste en hacerle saber a las partes y a los profesionales intervinientes que cuentan con la facultad de recurrir a la transferencia directa, a cuyo fin tendrán que denunciar y comunicar los datos de sus cuentas y, en su caso, de la situación tributaria correspondiente, como toda otra información necesaria para la operación de que se trate.

5.4. Otras exigencias administrativas de otros ámbitos del Estado, a los intervinientes en un proceso judicial

Por medio de las resoluciones No. 409/16 y 1781/22 de la Superintendencia de Servicios de Salud, fueron creados el “Registro Nacional de Juicios de Amparos en Salud contra Obras Sociales” y el “Registro Nacional de Juicios de Amparos en Salud contra Entidades de Medicina Prepagas”, en atención a que en la última década ha sido notorio el incremento de la denominada “judicialización de la salud”, para conocer adecuadamente los procesos judiciales en los que intervienen los Agentes del Seguro de Salud enmarcados en las Leyes No. 23.660 y No. 23.661, con motivo de las obligaciones prestacionales y de cobertura vinculadas a sus beneficiarios, a excepción de aquellos reclamos por mala praxis, incumplimiento de pago a prestadores y cualquier otro de índole netamente económica.

En los términos del artículo 5 de la citada resolución 1781/22, la Superintendencia exhorta a los magistrados de todas las jurisdicciones que intervengan en procesos alcanzados que, a título de colaboración, tengan a bien requerir la acreditación del cumplimiento de la comunicación de los datos necesarios del proceso que dispone el artículo 4, al ordenar traslados de demandas o medidas cautelares, notificar la finalización del proceso por cualquier modo anormal o dictar sentencia definitiva.

Otra vez la judicialización de “trámites administrativos”. Claro que es bien loable el objetivo de la creación de los registros. Pero si, para la recolección de datos se recurre al quehacer de los intervinientes en los procesos judiciales que con la misma norma se los quiere evitar, controlar o reducir; es evidente que al problema se lo enfrenta poniendo un espejo que lo refleja y agrava. Si las noti-

ficaciones de la demanda, de la medida cautelar o de la finalización del proceso se las condiciona a la "acreditación de las comunicaciones de datos del juicio a un órgano administrativo ajeno al proceso", lejos está la efectividad de esos actos que, por cierto, requieren de extrema urgencia, se estarían agravando y estarían retardando aún más los efectos para solucionar los problemas que causan los "juicios a registrar".

Como una vía posible de dirección, los Tribunales recuerdan a agentes de la salud que intervienen como partes en los procesos los requerimientos de la normativa analizada y se los faculta para que en los términos del art. 400 del Código Procesal Civil y Comercial puedan librar los oficios necesarios.

5.5. Cumplimiento del principio dispositivo cuando las partes tienen a su alcance los límites del conflicto

Cuando el objeto de la acción es el reajuste de la cuota que se alega, aumentada en exceso, es necesario que la actora, con la intervención de la diligencia profesional del abogado especializado, precise el monto del reclamo o de las pautas para hacerlo y, para ello, es determinante que calcule el monto de la cuota que cree que corresponde o que, en caso de no ser una suma determinable, tome los recaudos iniciales necesarios a través de una diligencia preliminar.

El cumplimiento de la exigencia en la estimación del monto (art. 330 del C.P.C.C) tiene por objeto el conocimiento de la contraria del verdadero reclamo, pues en números se reflejan los criterios y las pautas que le dan entidad al reclamo y que condicionan al dictado de la sentencia. Con ello se evita la traslación al juzgado de las precisiones que deben efectuadas por quien prepara el reclamo, lo define y marca los límites del proceso.

La misma diligencia es debida en el proceso de ejecución que necesariamente tiene que transitar bajo el correcto pedido de las medidas que fuera del proceso deben hacerse para dar cumplimiento a la condena, pero que depende de la habilidad de quien ejecuta y de la correcta dirección procesal.

5.6. *Condena en costas*

Cuando el proceso termina en un modo “anormal”, la Ley de Amparo No. 16.986 (art. 14) señala que no habrá condena en costas si, antes del plazo fijado para la contestación del informe a que se refiere el artículo 8, cesara el acto u omisión en que se fundó el amparo. La “ley dice” que si la parte demandada cumple al ser requerida “en el informe”; las costas no habrán de estar. Pero es real que las generadas por la intervención de los letrados de la parte actora “están” aunque la ley diga que no habrá (imposición).

En el proceso sumarísimo no se debe interpretar la norma o declarar la sin razón de su parecida literalidad (como en el amparo) a la hora de tener que imponerle a la parte demandada incumplidora las costas del proceso porque cumple (tarde) cuando es intimada a hacerlo, pero debió hacerlo antes. Es evidente que el amparo no es la ley de estos casos.

5.7. *Efecto de la apelación y tipo de proceso*

En el proceso sumarísimo la apelación de la medida cautelar es con efecto devolutivo, mientras que en el amparo es con el suspensivo. Esto obliga a una decisión expresa para modificar el efecto, porque los tiempos previstos para el “amparo” son de imposible cumplimiento. Y en la norma de origen el efecto es suspensivo porque exige un plazo muy reducido de revisión en Cámara. La realidad es que ni los procesos tramitan con esa velocidad ni los cumplimientos de las cautelares pueden esperar los tiempos de los recursos. Una vez más aparece el proceso sumarísimo como mejor alternativa de trámite.

5.8. *Tasa de justicia*

Los recursos económicos no son ajenos a esta temática. La gran cantidad de procesos innecesarios o de previsible solución extrajudicial son muchas veces utilizados para demorar decisiones, utilizar como vía administrativa y de gestión a los recursos del Estado o, en general, aprovecharse de la estructura del Poder Judicial para fines distintos a los que debe cumplir.

La tasa de justicia, en general, no se paga, tampoco se persigue su cobro, porque el mismo sistema, agobiado, impide destinar tiempo y dedicación cuando el expediente finaliza. Antes, con el expediente papel el envío de la causa a la oficina de archivo obligaba a finalizar el trámite por la tasa de justicia. Hoy el archivo es digital, por lo que queda "archivado" aún sin disponerlo.

Las soluciones integrales que proponemos generan tiempo y recursos económicos cuya administración y distribución no debe ser ajena a la unidad organizacional a cargo del juez. Por ejemplo, el tiempo que en el juzgado se consume para el libramiento de fondos mediante oficios innecesarios podría destinarse a hacer efectivo el cobro de la tasa de justicia que es un cargo que beneficia al sistema y a todos sus participantes o demandantes.

En el amparo, que tiene por destino al Estado no cumplidor, la obligación de pagar la tasa de justicia es de menor entidad, pues solo está prevista para aquellos casos que "la acción no fuere denegada" (art. 13 de la Ley 23.898). La aplicación de esta previsión legal exime del tributo a la parte demandada incumplidora, pero que cumple en el curso del proceso o se allana a hacerlo. Incluso, de considerarse a la excepción como objetiva, la accionada tampoco debería la tasa de justicia cuando es condenada.

Las reglas aplicables al proceso sumarísimo, con la protección especial que brinda la Ley de Defensa del Consumidor, permiten el acceso al sistema mediante el inicio de la causa sin tener que pagar la tasa de justicia, pero no eximen del pago al condenado en costas.

VI. Reflexión final

El rol del juez como un mero observador del cumplimiento de las formas en que los contendientes luchaban en la arena civilizada del proceso ha quedado tan antiguo e impropio como el que tenía a finales del siglo pasado, de limitarse o de actuar solo al final del juicio y al dictar la sentencia con preponderancia en buscar las razones en la ley o en la obligada jurisprudencia. En la actualidad el juez, cuando es requerido, debe participar en la génesis el conflicto, en el molde de la contienda, su tarea exige un gran componente de dirección; así como el director de una sinfónica va llevando al conjunto instrumental con su impronta y con la guía de la partitura que es la ley que rige a la obra musical.

Los conflictos son intrínsecamente complejos, a veces ni las partes conocen (ni podrían conocer) lo suficiente para pedir y dar en la dialéctica del proceso.

Para ello es importante distinguir los elementos que integran la comunicación. Analizar y entender qué es un sistema. Advertir los elementos que integran un conflicto desde un análisis estático y cómo se interrelacionan desde un punto de vista dinámico. Cómo podemos prepararnos para advertir la importancia de prevenir, gestionar y cómo intervenir en un conflicto. Cuándo es efectiva esa intermediación. Y finalmente si toda esta labor no requiere de un tratamiento interdisciplinario que permita encontrar los cauces adecuados para la solución de esos conflictos²⁹.

El avance de la técnica que impacta en los medios de la salud y en la formas de llevar adelante el proceso requiere una actualización constante de la capacitación y ejecución de variadas disciplinas que van más allá del saber jurídico: administración de recursos humanos, gestión, administración de organizaciones, docencia, informática (no perder de vista a la inteligencia artificial), teoría de los sistemas (diversos), comunicación organizacional, sensibilidad social, conocimiento de las problemáticas de vulnerabilidad, y tantas otras. Es que solo así el juez puede encontrar las razones durante y al final del juicio.

Desde la óptica de diversas y variadas posiciones filosóficas-políticas, el recto sentido siempre estuvo en la mira de los juristas a la hora de decir sobre el rol del juez. La ciencia del magistrado es poner en acción los principios de la ley del legislador mediante una aplicación sabia y razonada, estudiando el espíritu de la ley cuando la ley mata, y no exponerse a ser a rato esclavo y a rato rebelde y a desobedecer por espíritu de servidumbre³⁰. La búsqueda de la razón compromete mucho más a la inteligencia que a la razón, incluso hasta la fantasía. Para orientarse en el laberinto de los códigos, el juez no solo debe tener un conocimiento profundo de ello, sino que debe poseer el golpe de vista que le permita captar de una mirada cada acto en el proceso. Si el médico no tiene lo que se llama ojo clínico, no le bastaría la preparación doctrina; ni para el juicio del juez es menos necesaria tal disposición³¹.

Sirva la casuística revisada en este trabajo como simple ejemplo de la necesidad de abordar cada acto del proceso con una visión acorde a las exigencias

²⁹ ROJAS, J.A., op. cit. nota 24, pág. 122.

³⁰ PORTALIS, J., "Discurso Preliminar al Código Civil Francés de 1804", pág. 10, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2004.

³¹ CARNELUTTI, F., op. cit., pág. 67.

de las no tan nuevas épocas, porque la velocidad de los sucesos hace que lo nuevo deje de serlo bien pronto. Solo mediante una visión sistémica que permita capacitarnos para afrontar la dinámica de los conflictos podemos prepararnos para entender al cambio, el que debe concebirse limitado por una sola la regla: "que lo único que no debería cambiar es que todo debe seguir siendo cambiado para poder hacer frente a los cambios". Crear, cuestionar, adaptar y cambiar son acciones imprescindibles para transitar el camino de la justicia en nuestra República, que tiene como principal destino el lograr que se cumpla cabalmente con nuestra Constitución, porque así iniciaron y marcaron el rumbo nuestros constituyentes en 1853.

El fin último del proceso es la solución del conflicto que, como vía ordinaria y común, se llega por la sentencia. Pero la sentencia no es el único acto "principal" del juez en el proceso, sino que son todos y cada uno de los que se realicen para el cometido final, los que deben ser efectuados teniendo en cuenta la naturaleza del proceso que se trate y ponderando el impacto que el resultado de ese juicio tiene en el sistema, en la vida, en la salud y, por sobre todas las cosas, en la dignidad de los sujetos involucrados, valores estos que se encuentran en la pirámide como objetos de protección de las normas que integran a nuestro sistema legal³².

³² Sobre el orden jerárquico de los valores, en cuya cima se encuentra la dignidad, es por demás ilustrativa e interesante la obra de dos grandes maestros del Derecho Constitucional: BIDART CAMPOS, GERMAN J. "¿Hay un 'orden jerárquico' en los derechos personales?", E.D. T.116 p.800. EKMEKDJIAN, MIGUEL ANGEL. "De nuevo sobre el orden jerárquico de los derechos civiles", E.D. T.114 p.945.

USO MEDICINAL DEL CANNABIS Y SUS DERIVADOS: SISTEMA CONVENCIONAL TUITIVO DEL DERECHO A LA SALUD. LA INCIDENCIA DEL FALLO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

GUSTAVO NEBOZENKO*

PABLO ORDÓÑEZ**

Introducción. La historia reciente

Nuestro sistema jurídico tuitivo de salud experimentó una remodelación de sus bases a partir del 19 de abril de 2017. Hasta entonces, las dolencias físicas y psíquicas eran abordadas, en sustancia, de conformidad con pautas y procedimientos evolutivos diagramados en consonancia con tratamientos médico-farmacológicos convencionales.

La Ley 27.350 generó un punto de inflexión, pues habilitó la investigación médica y científica del uso medicinal, terapéutico y/o paliativo del dolor de la planta de cannabis. De ese modo, readecuó el sistema jurídico del derecho a la salud y fundó las bases para implementar un nuevo mecanismo terapéutico que viene a alternar y/o complementar aquellos tratamientos convencionales.

Esa inflexión jurídica también impactó en el Estado Nacional como así también en las provincias —y en sus delimitaciones municipales— y en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, dado que experimentaron una reestructuración de

* *Abogado UBA, Secretario de Primera Instancia de la Defensoría General de la Nación, Docente en la materia Elementos del Derecho Administrativo en la Cátedra del Dr. García Pullés en la UBA (2009 - 2019), Co titular de la materia Derecho Administrativo en la Universidad de Palermo (2017 - 2019), Dicta cursos de amparos, medidas cautelares y ejecución de sentencias en la DGN.*

** *Abogado UBA, Magister en Derecho Penal por la Universidad Austral, Defensor Público Oficial ante los Tribunales Federales de Primera y Segunda Instancia de La Plata, Adjunto interino de la UBA a cargo de la materia Régimen Penal del Narcotráfico, titular de la materia Represión Penal del Narcotráfico en el Posgrado en Derecho Penal de la UBA, co autor del libro *Narcomenudeo* de Editores del Sur (entre otras obras), Representante de la DGN en la audiencia pública sobre cannabis medicinal de la CSJN que tuvo lugar en el mes de abril de 2022.*

sus fines existenciales, que requiere de una adecuación en su organización administrativa y en la formulación del gasto público. En efecto, la Ley 27.350 instituyó —dentro de la estructura del Ministerio de Salud de la Nación— el “Programa Nacional para el Estudio y la Investigación del Uso Medicinal de la Planta de Cannabis, sus derivados y tratamientos no convencionales” y le encomendó la satisfacción de un núcleo irreductible de objetivos (conf. arts. 2 y 3). Así, el Estado Nacional tiene el deber de garantizar la accesibilidad al cannabis y sus derivados cuando se encuentre en juego la satisfacción del derecho a la salud.

Ese nuevo contexto normativo se construyó en forma sinuosa y con variados contornos de laxitud, dejando al descubierto que la visión estatal puede generar un campo propicio para encorsetar el derecho o, a contramano, ampliarlo. Buena prueba de ello fue la modulación restrictiva que impuso el decreto reglamentario No. 738/2017 y sus reglamentaciones complementarias aprobadas por resoluciones No. 1531/2017 y No. 133/2019 del Ministerio de Salud de la Nación, que permitían, únicamente, la cobertura de la epilepsia refractaria, en la medida en que existiera una prescripción médica emitida por profesionales médicos especialistas en Neurología o Neurología Infantil (restricción subjetiva y objetiva). Con el agravante de que la cobertura estatal de la provisión dependía de la inscripción del paciente en el Programa creado en el art. 2 de la 27.350 pues, de no hacerlo, debía afrontar el costo económico del suministro por sus propios medios.

Sin embargo, en el mes de noviembre de 2020, tuvo lugar un acontecimiento jurídico de suma relevancia. La ONU capitalizó las recomendaciones de la Organización Mundial de la Salud le formulara el 24 de enero de 2019, y resolvió suprimir las sustancias “cannabis y resina de cannabis” de la Lista IV —sustancias particularmente peligrosas— de la Convención Única sobre Estupefacientes de 1961, aunque la mantuvo solo en la Lista I —sustancias sujetas a fiscalización estatal—.

Ese evento profundizó la inflexión que había marcado la Ley 27.350 y obligó a que los operadores jurídicos aborden el sistema normativo desde una nueva visión. Entonces, el decreto reglamentario No. 883/2020 derogó a su antecesor y —más allá de las críticas que pudiera recibir en miras a mejorarlo— aportó una herramienta jurídica más evolucionada para garantizar el acceso al uso medicinal del cannabis y sus derivados.

El contexto evolutivo descripto —al que luego se sumará la adecuación que aportó la Ley 27.669 sobre aprovisionamiento de insumos y derivados necesarios para realizar los estudios médicos y científicos— permite aseverar que la construcción del sistema jurídico y material destinado a satisfacer el derecho a la salud mediante la provisión de cannabis y sus derivados se encuentra en un proceso de construcción continua. La amplitud de las consecuencias que aparejará en la salud pública, como así también en la vida de los seres humanos, es auspiciosa en cuanto a sus efectos positivos.

En el presente trabajo procuraremos abordar el principio de legalidad administrativa y su vinculación con el sistema tuitivo del derecho a la salud, de acuerdo con las modulaciones específicas que derivan de su entrelazamiento sistémico con las disposiciones de la “*Convención Americana sobre Derechos Humanos*” (en adelante, CADH), la “*Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*” (en adelante, DADyDH), la “*Convención sobre los Derechos del Niño*” (en adelante, CDN), la “*Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*” (en adelante, CDPD), la “*Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad*” (en adelante, CIETDPD), la Convención Interamericana sobre Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores (en adelante, CIPDDHHPM) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante, PIDESC). Y, a su vez, cuál fue la importancia del fallo “*Macame*” de la CSJN, que tuvo lugar su audiencia pública en el mes de abril de 2022 y en el que nos tocó participar.

Interrelación del derecho a la salud con el principio de legalidad y el reparto federal de competencias

En términos macrojurídicos, el principio de legalidad constitucional (conf. arts. 14 y 19 de la Constitución Nacional, en correlación con su art. 28) define los ámbitos en los que los seres humanos ejercitan sus derechos, de acuerdo con los estatutos constitucionales que revistan (ciudadano, extranjero, usuario, consumidor, entre tantos otros). Asimismo, su proyección hacia la conformación de la organización institucional irradia una distribución de cometidos y funciones entre los órganos y entes estatales del Estado Nacional, los Estados Provinciales

y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (conf. arts. 1, 5, 121, 126 y 129 de la Constitución Nacional).

Por su parte, el principio de legalidad administrativa —moldeado sobre la base de los arts. 1 y 19 de la Constitución Nacional y el art. 2 de la CADH, en función de la prohibición de regresividad consagrada en su art. 26— estatuye una premisa irreductible: el ser humano es el eje y centro de todo el ordenamiento jurídico, motivo por el cual la existencia (o, más bien, la esencia) propia del Estado se justifica solo si procura su protección. Ha destacado la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante, CSJN) que “[e]l hombre es el eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo —más allá de su naturaleza trascendente— su persona es inviolable y constituye un valor fundamental, con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental”¹.

Así, los derechos humanos —inherentes a la dignidad del ser humano— no solo constituyen el presupuesto habilitante para el ejercicio de las atribuciones estatales, sino que, además, se erigen como un límite infranqueable para su legítimo ejercicio.

Por consiguiente, esa delimitación fundacional obliga a las autoridades constitucionales (conf. arts. 1 —en función del diagrama de competencias que estructuran los arts. 5, 121, 126 y 129—; 44 —de acuerdo con las potestades del art. 75—; 86, 87 —conforme las atribuciones del art. 99— 100, 103; 108 —de acuerdo a los fines institucionales encomendados por 116—; y 120 de la Constitución Nacional) a velar por la implementación de estructuras estatales que, en sustancia, se centralicen en la satisfacción de necesidades y derechos de los seres humanos que se encuentran sometidos a su jurisdicción. Además, aquellas autoridades, como así también los órganos y entes estatales que son creados —o modificados— para implementar y ejecutar los fines institucionales trazados por el Preámbulo y la Constitución Nacional, deben vincularse en forma inescindible con el ordenamiento jurídico que les da vida y gerencia su comportamiento, para que su actuación sea amparada por el principio de legalidad².

¹ Conf. doctrina de fallos 323:3229 y 329:1638, entre otros.

² Ha señalado la CSJN que “*el sometimiento del Estado moderno al principio de legalidad, lo condiciona a actuar dentro del marco normativo previamente formulado por ese mismo poder público que, de tal modo, no puede desvincularse del ordenamiento jurídico en que el propio Estado se encuentra inmerso*” (Fallos 315:2771). En igual sentido se expidió la Sala IV de la Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal, al señalar que “*el moderno principio de la positive bindung o vinculación positiva de la Administración a la ley [...] sostiene que la certeza de la validez de cualquier*

Consustancialmente, tienen la misión de confrontar que sus normas y comportamientos sean contestes con el bloque federal de derecho, pues la evolución de la vida de los seres humanos acarrea la necesaria adecuación del sistema normativo y el fortalecimiento de las garantías del Sistema Internacional de Protección de los Derechos Humanos³. Incluso más, tiene el deber de promover medidas de acción positiva que garanticen el efectivo goce de los derechos reconocidos en la Constitución Nacional y en los Tratados Internacionales sobre derechos humanos.

Ahora bien, es necesario hacer hincapié en que la salud, en sí misma, constituye un bien jurídico de suma relevancia, pues a ella se subordina el disfrute de los restantes derechos y libertades reconocidas en la Constitución Nacional y en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos⁴. Por lo tanto, las regulaciones y reglamentaciones que estructuren y uniformen el sistema tuitivo del derecho a la salud deben complementarse con la creación de estructuras estatales acordes a las dolencias que se procuran abordar⁵.

Advertimos, entonces, que el principio de legalidad administrativa adquiere connotaciones específicas a partir de que se vincula con el sistema jurídico tuitivo del derecho a la salud y obliga a las autoridades estatales competentes de

accionar administrativo es postulable en la medida en que pueda referírsele a un precepto jurídico o que, pariendo de un principio jurídico, se derive de él –como cobertura legal– la actuación administrativa. Surge así, que lo que es propio en general de los sujetos privados –artículo 19, Constitución Nacional– no lo sea para la Administración” (sentencia del 13 de junio de 1985, in re “Paso Agustín C. c/ BCRA s/ Amparo”.

³ La Corte IDH, in re “Buzos Miskitos (Lemonth Morris y otros) vs. Honduras”, sentencia del 31 de agosto de 2021, recordó que “el artículo 2 de la Convención contempla el deber general de los Estados Partes de adecuar su derecho interno a las disposiciones de la misma para garantizar los derechos en ella consagrados. Este deber implica [...] por una parte, la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención. Por otra, la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías. Precisamente, respecto a la adopción de dichas medidas, esta Corte ha reconocido que todas las autoridades de un Estado Parte en la Convención tienen la obligación de ejercer un control de convencionalidad, de forma tal que la interpretación y aplicación del derecho nacional sea consistente con las obligaciones internacionales del Estado en materia de derechos humanos.” (párrafo 45).

⁴ En ese cauce de razonamiento, la CSJN ha expresado que “La vida de los individuos y su protección —en especial el derecho a la salud— constituyen un bien fundamental en sí mismo, que, a su vez, resulta imprescindible para el ejercicio de la autonomía personal” (conf. doctrina de fallos 326:4931).

⁵ La Corte IDH expresó: “[A] los efectos de dar cumplimiento a la obligación de garantizar el derecho a la integridad personal y en el marco de la salud, los Estados deben establecer un marco normativo adecuado que regule la prestación de servicios de salud, estableciendo estándares de calidad para las instituciones públicas y privadas, que permita prevenir cualquier amenaza de vulneración a la integridad personal en dichas prestaciones. Asimismo, el Estado debe prever mecanismos de supervisión y fiscalización estatal de las instituciones de salud, así como procedimientos de tutela administrativa y judicial para el damnificado, cuya efectividad dependerá, en definitiva, de la puesta en práctica que la administración competente realice al respecto” (caso “Suárez Peralta vs. Ecuador”, sentencia del 21 de mayo de 2013, párrafo 132).

distintos niveles de gobierno (nacional, provincial y municipal) a implementar medidas y herramientas jurídicas eficaces que garanticen el acceso a los servicios esenciales de salud, como así también a usufructuar prestaciones médicas de calidad que redunden en la mejoría de las condiciones de salud del paciente y de la población en general.

Es así que el Estado Nacional delineó un Sistema Nacional de Seguro de Salud, en el que afirmó su rol de principal conductor y asumió el deber de velar activamente por la satisfacción del derecho humano a la salud mediante la implementación de prestaciones de salud igualitarias, integrales y humanizadas, que propendan a la promoción, protección, recuperación y rehabilitación de la salud (conf. arts. 1, 19 y 75, inciso 22, de la Constitución Nacional; art. 12 del PIDESC —en función de lo dispuesto en sus arts. 2.2, 3 y 4—; y arts. 1 y 2 de la Ley 23.661).

El rol institucional asumido lo obliga a implementar un servicio esencial de salud integral de calidad, que tenga la suficiente plasticidad para abordar las distintas dolencias de salud que padezcan los seres humanos que activen su funcionamiento. Por ello, tendrá que velar por la incorporación de recursos humanos idóneos, como así también proveer de estructuras físicas e insumos, con miras a garantizar la accesibilidad como así también la disponibilidad ininterrumpidamente⁶.

Ese deber es conteste con los compromisos internacionales que asumió el Estado Nacional para garantizar el derecho fundamental a la salud de los seres humanos que se encuentran bajo su jurisdicción (conf. art. 75, inciso 22, de la Constitución Nacional; arts. 1.1, 2, 24 y 26 de la CADH —en función de lo dispuesto en su art. 29, inciso “d”, y lo estipulado en el art. XI de la DADyDH—; y art. 12 del PIDESC —en función de lo dispuesto en sus arts. 2.1, 3 y 5—)⁷.

⁶ La Corte IDH tiene dicho que “la obligación general de protección a la salud se traduce en el deber estatal de asegurar el acceso de las personas a servicios esenciales de salud, garantizando una prestación médica de calidad y eficaz, así como de impulsar el mejoramiento de las condiciones de salud de la población”. Luego, agregó: “los Estados son responsables de regular con carácter permanente la prestación de servicios (tanto públicos como privados) y la ejecución de programas nacionales relativos al logro de una prestación de servicios de calidad. La Corte ha tomado en cuenta la Observación General No. 14 del Comité DESC sobre el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud. En particular, en dicha Observación destacó que el derecho abarca la atención de salud oportuna y apropiada, así como los siguientes elementos esenciales e interrelacionados de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad” (Caso “Cuscul Pivara y otros vs. Guatemala”, sentencia del 23 de agosto de 2018, párrafos 105 y 106).

⁷ Ha destacado la CSJN que “el Estado Nacional ha asumido compromisos internacionales explícitos orientados a promover y facilitar las prestaciones de salud y dicha obligación se extiende a sus subdi-

Además, no debe perderse de vista que ese compromiso adquiere un ropaje jurídico acorde al sistema federal que adoptó nuestra Ley Fundamental. De ese esquema, se deriva que los Estados provinciales —con sus respectivos Estados municipales, en función de la autonomía reconocida en los arts. 5 y 123 de la Constitución Nacional— y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, como así también aquellas que provengan de las entidades públicas y privadas que participan en el sistema sanitario de atención de la salud, asumieron obligaciones con miras a garantizar el derecho fundamental a la salud (conf. art. 28, incisos 1 y 2, de la CADH y arts. 1, 121, 122, 126 y 129 de la Constitución Nacional). No obstante, las acciones y omisiones en que incurran dichas jurisdicciones y entidades embargan la responsabilidad internacional del Estado Nacional.

En tal sentido, la CSJN ha sostenido que: “la tutela del derecho a la salud es una manda consagrada por la Constitución Nacional y por los tratados internacionales que tienen tal jerarquía, lo que implica la obligación impostergable del Estado Nacional para garantizarlo con acciones positivas, sin perjuicio de las obligaciones que deban asumir en su cumplimiento las jurisdicciones locales, las obras sociales o las entidades de la llamada medicina prepaga (Fallos:321:1684; 323:1339, 3229; 329:1638; artículo 75, inciso 22, de la Ley Suprema; artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; artículo XI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos)”⁸.

Precisamente ese sistema de responsabilización condiciona la relación bilateral o multilateral trabada entre las autoridades nacionales y locales —en sus diferentes niveles— y les impone conductas de desenvolvimiento específicas, encaminadas a la implementación de acciones positivas destinadas a garantizar el efectivo goce del derecho a la salud, sin que ello implique desconocimiento del rol institucional de principal conductor que asumió el Estado Nacional, por medio del Ministerio de Salud⁹.

visiones políticas y otras entidades públicas que participan de un mismo sistema sanitario” (conf. doctrina de fallos 328:1708).

⁸ Fallos 345:549. En similar tesitura, la Corte IDH resaltó que “los Estados son responsables tanto por los actos de las entidades públicas como privadas que prestan atención de salud, ya que bajo la Convención Americana los supuestos de responsabilidad internacional comprenden los actos de las entidades privadas que estén actuando con capacidad estatal, así como actos de terceros, cuando el Estado falta a su deber de regularlos y fiscalizarlos. La obligación de los Estados de regular no se agota, por lo tanto, en los hospitales que prestan servicios públicos, sino que abarca toda y cualquier institución de salud” (caso “Ximenes Lopes vs. Brasil”, sentencia del 4 de julio de 2006, párrafo 90).

⁹ La CSJN apuntó que “la tutela del derecho a la salud es una manda consagrada por la Constitución

En ese orden, la Corte IDH sostuvo que: “los Estados tienen el deber de regular y fiscalizar toda la asistencia de salud prestada a las personas bajo su jurisdicción, como deber especial de protección a la vida y la integridad personal, independientemente de si la entidad que presta tales servicios es de carácter público o privado. La obligación del Estado no se agota en los hospitales que prestan servicios públicos, sino que abarca a toda y cualquier institución en salud”¹⁰.

Incidencia transversal del sistema jurídico de la vulnerabilidad

A medida que ahondamos en el sistema jurídico advertimos que el marco tuitivo del derecho a la salud intensifica su especificidad cuando es integrado por el sistema jurídico de la vulnerabilidad.

Esa interrelación perfila el principio de legalidad administrativa y encomienda a los distintos niveles estatales, como así también a las entidades que brindan servicios de medicina, a que implementen esfuerzos adicionales con miras a garantizar la efectiva tutela del derecho a la salud. Así, esa tutela agravada es captada por el principio de progresividad en materia de derechos humanos y funda las bases del sistema jurídico tuitivo del derecho a la salud de las personas vulnerables.

Esos lineamientos afinan en la Constitución Nacional, pues en su art. 75 inc. 23 —en función de lo dispuesto en su art. 75, inciso 22, y en el art. 26 de la CADH— condiciona a las autoridades constituidas de los diferentes estamentos jurisdiccionales de gobierno¹¹ a que adopten acciones positivas que garanticen el pleno goce y ejercicio de los derechos que ella reconoce, como así también aquellos consagrados en los tratados internacionales vigentes sobre derechos

Nacional y por los tratados internacionales que tienen tal jerarquía, lo que implica la obligación impostergable del Estado Nacional para garantizarlo con acciones positivas, sin perjuicio de las obligaciones que deban asumir en su cumplimiento las jurisdicciones locales, las obras sociales o las entidades de la llamada medicina prepaga” (conf. doctrina de fallos 345:549. En igual sentido, doctrina de fallos 321:1684; 323:1339, 3229; 324:3569; 326:4931; y 328:1708 entre tantos otros).

¹⁰ Caso “Vera Rojas y otros vs. Chile”, sentencia del 1 de octubre de 2021 (párrafo 89). En igual sentido, doctrina sentada en el caso “Ximenes Lopes vs. Brasil”, sentencia del 4 de julio de 2006 (párrafo 89).

¹¹ En fallos 335:452 la CSJN sostuvo que dicha norma si bien se encuentra “*dirigida específicamente al legislador federal, debe igualmente servir de pauta de orientación para toda autoridad estatal en su ámbito de competencia, que deberá además contemplar –por expreso mandato constitucional– el diseño de un régimen de seguridad social, especial e integral para proveer a la ‘protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del periodo de enseñanza elemental’*”.

humanos, en particular respecto de los siguientes grupos vulnerables: los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad.

Por ello, la CSJN expresó que “a partir de la reforma constitucional de 1994, cobra especial énfasis el deber del legislador de estipular respuestas especiales y diferenciadas para los sectores vulnerables, con el objeto de asegurarles el goce pleno y efectivo de todos sus derechos”¹². En concordancia, la Corte IDH destacó que “la adopción de medidas positivas se acentúa en relación con la protección de personas en situación de vulnerabilidad o en situación de riesgo, quienes deben tener garantizado el acceso a los servicios médicos de salud en vías de igualdad”¹³.

Nos interesa, entonces, resaltar que los sistemas jurídicos de vulnerabilidad se construyen a partir de circunstancias definitorias de índole subjetivas u objetivas —combinables entre sí— y se desenvuelven en contextos que aportan complejidades puntuales.

El primer ámbito definitorio (subjetivo) se focaliza en las características estructurales que definen a los seres humanos. A partir de esas notas definitorias, se adoptaron diferentes previsiones normativas especiales que, consustancialmente, irradiaron lineamientos transversales al sistema jurídico tuitivo de la salud. Es lo que ocurre, con los niños, niñas y adolescentes, como así también con las personas adultas mayores, entre otros.

La condición de vulnerabilidad agravada que presenta el primer grupo, los consolida como sujetos acreedores de una protección agravada por parte de las autoridades estatales de todos los niveles estadales, y las obliga a diseñar y gerenciar las políticas de salud teniendo especialmente en miras su interés superior y necesidades específicas (conf. art. 75, incs. 22 y 23, de la Constitución Nacional, arts. 1.1 y 24.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño —en función del principio del interés superior del niño consagrado en los arts. 3, incisos 1 y 3, y del compromiso agravado estatuido en su art. 4—, art. 14 de la Ley 26.061 —en

¹² Fallos 343:264. Además, en el precedente “Arcuri Rojas” (Fallos: 332:2454), el Tribunal Cimero destacó que “es el reconocimiento del principio de progresividad en la satisfacción plena de [derechos sociales] el que ha desterrado definitivamente interpretaciones que conduzcan a resultados regresivos en la materia (arts. 26 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y considerando 10 del voto del doctor Maqueda en Fallos: 328:1602)”.

¹³ Caso “Poblete Vilches y otros vs. Chile, sentencia de 8 de marzo de 2018 (párrafo 123). En similar sentido, expresó que “El cumplimiento de la obligación del Estado de respetar y garantizar [el derecho a la salud] deberá dar especial cuidado a los grupos vulnerables y marginados, y deberá realizarse de conformidad con los recursos disponibles de manera progresiva y de la legislación nacional aplicable” (caso “Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala”, sentencia del 23 de agosto de 2018, párrafo 107).

función del principio directriz sentada en su art. 28— y art. 26 del Código Civil y Comercial de la Nación). En el caso de los adultos mayores, la protección agravada es consustancial con la evolución de los acontecimientos naturales propios del transcurso del tiempo, que inciden, inexorablemente, en el desarrollo físico de los seres humanos. Así, su dignidad solo podrá materializarse en la medida en que se garantice su autonomía e independencia, lo que demanda un abordaje integral y especializado por parte de las autoridades estatales (conf. art. 75, incisos 22 y 23, de la Constitución Nacional, art. 12 del PIDESC y art. 12 de la CIPDDHHPM aprobada por Ley 27.360 —en función de los principios asentados en el art. 3, incisos “f” y “k”, y de los acentuados deberes estatales fijados en el art. 4, incisos “b” y “c” —).

El segundo ámbito definitorio (objetivo) comprende aquellas vulnerabilidades que derivan del cuadro de salud física y/o psíquica que condiciona —con distintos grados de intensidad— a los seres humanos que la padecen. Si bien las causales objetivas son múltiples, nos parece pertinente identificar dos cauces regulatorios superpuestos.

El primero de ellos lo situamos en el sistema de protección integral de los seres humanos con discapacidad. Los objetivos primordiales del sistema vislumbran una estructura progresiva que encuentra basamento en la necesidad de prevenir y evitar la generación de discapacidades, mediante un abordaje de salud oportuno e íntegro encaminado que procure el óptimo desarrollo físico y psíquico (conf. art. 75, inciso 23, de la Constitución Nacional; art. 12, incisos 1 y 2 —apartado c— del PIDESC; art. III, inciso 2 vapartados a y b— de la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad aprobada por ley 25.280; y art. 14 de la Ley 24.901 correlacionado sistémicamente con los arts. 1 y 2 de la Ley 26.279 —en función de los objetivos regulados en su art. 5, inciso “b” y en el art. 3, inciso “l”, de la Ley 26.689—).

No obstante, y por más avanzado que sea ese mecanismo institucional, lo cierto es que la discapacidad igualmente puede manifestarse y desarrollarse, por lo que el sistema tuitivo deberá implementar mecanismos eficientes para evitar el agravamiento de la dolencia y socavar aquellas situaciones propicias para originar nuevas discapacidades. Se vislumbra, entonces, que el sistema tuitivo de la discapacidad comprende a todas las personas que padecen una alteración funcional motora y/o mental, en forma permanente o transitoria, que generan obs-

táculos para su integración familiar, social, educativa y/o laboral. Esas circunstancias los coloca en una situación de desventaja y, a partir de allí, se resignifican como seres humanos acreedores de una tutela especial y agravada destinada a la realización de su participación igualitaria y plena en la sociedad¹⁴.

Así, la discapacidad motorizó al Estado Nacional a que asumiera un deber acentuado y especial de protección, que demanda acciones específicas de los diferentes niveles estadales de nuestra organización federal (conf. arts. 1, 122 y 129 de la Constitución Nacional y art. 28, incisos 1 y 2, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), con miras a suprimir las barreras físicas y culturales que obstaculizan la integración familiar y sociolaboral de los seres humanos con discapacidad. Consiguientemente, las autoridades estatales competentes se encuentran obligadas a regular y reglamentar, en sus distintos ámbitos jurisdiccionales de actuación, las políticas de salud específicamente destinadas a los seres humanos con discapacidad. Además habrán de velar por su efectiva y eficaz implementación a través de las entidades que brindan el servicio de salud público —cuando se trate de seres humanos que carecen de cobertura privada— o, en su caso, garantizar y fiscalizar que las entidades prestadoras de servicios de medicina (obras sociales y prepagas —cualquiera sea su forma constitutiva—) las cumplan adecuadamente (conf. art. 75, incisos 22 y 23, de la Constitución Nacional; arts. 1, 3 —incisos “a”, “d” y “f” —, 4.1 —apartados “a” y “b” — 19.b, 25 y 26 de la CDPD —en función de la pauta de esfuerzo estatal sentada en su art. 4.2—; arts. III.2 —apartado b— y IV.2 —apartado a— de la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad aprobada por ley 25.280; arts. 2, 4 y 7 de la Ley 22.431 y arts. 1 y 9 de la Ley 24.901 —en función de lo estipulado en sus arts. 2, 4 y 11—).

El segundo cauce regulatorio se conforma con aquellas enfermedades que, por su trascendencia social o características excepcionales, demandan políticas especializadas de abordaje y son incorporadas al sistema tuitivo de la discapa-

¹⁴ El Comité DESC, en su Observación General N° 5 –“Las personas con discapacidad”– señaló que “El derecho a la salud física y mental implica también el derecho a tener acceso a los servicios médicos y sociales incluidos los aparatos ortopédicos y a beneficiarse de dichos servicios, para que las personas con discapacidad puedan ser autónomas, evitar otras discapacidades y promover su integración social. De manera análoga, esas personas deben tener a su disposición servicios de rehabilitación a fin de que logren ‘alcanzar y mantener un nivel óptimo de autonomía y movilidad’. Todos los servicios mencionados deben prestarse de forma que las personas de que se trate puedan conservar el pleno respeto de sus derechos y de su dignidad.” (párrafo 34).

cidad. Se trata de dolencias que afligen profundamente al ser humano portante, a punto tal que afectan su autonomía personal y le impide definir libremente su propio plan de vida, poniendo en crisis su propia dignidad o, directamente, lo avecina a la muerte. En palabras de la CSJN, “un individuo gravemente enfermo no está en condiciones de optar libremente por su propio plan de vida”¹⁵. Y, agregamos, ese impedimento puede ramificarse hacia los miembros de la familia, con el consiguiente condicionamiento de la libertad de definir el proyecto de vida familiar (conf. art. 19 de la Constitución Nacional, en función de lo previsto en su art. 75, inciso 22; y en los arts. 17.1 y 19 de la CADH; arts. 8 y 16 de la CDN (en los términos de la declaración vertida en el art. 2, tercer párrafo, de la Ley 23.849 que aprobó la Convención); y art. 23.1 —apartado b— de la CDPD). Ahora bien, es la gravedad de la enfermedad la que convoca al Estado Nacional a generar políticas públicas particularizadas de salud, con miras a brindar respuestas acordes a la entidad de la enfermedad, pero también con la trascendental misión de evitar la generación de nuevas discapacidades asociadas que ocluirán la inserción social del ser humano que las padece¹⁶.

Resta agregar que la combinación de los sistemas jurídicos de vulnerabilidad conlleva, en muchos casos, al encarecimiento de la tutela que debe garantizar el Estado a través de las entidades —públicas, privadas o mixtas— que proporcionan servicios de salud. Es lo que sucede con los niños que padecen una discapacidad, pues la tutela más acentuada de la que son acreedores moldea y agudiza el campo obligacional estatal, quien debe velar por la implementación de técni-

¹⁵ Conf. doctrina de fallos 323:1339, 329:1638 y 331:453.

¹⁶ Existen diversas enfermedades que han sido objeto de regulaciones y reglamentaciones específicas. La Ley 23.798 declaró de interés nacional la lucha contra el Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida y asumió el deber de afrontar su tratamiento (en sus modalidades prevención, asistencia y rehabilitación) como así también sus patologías derivadas (conf. art. 1).

Por otro lado, la Ley 27.552 declaró de interés nacional la lucha contra la enfermedad de Fibrosis Quística de Páncreas o Mucoviscidosis (art. 1) y su decreto reglamentario N° 884/2020, la incorporó al Programa Nacional de Enfermedades Poco Frecuentes (conf. art. 1, en función de lo dispuesto en la Ley 26.689 sobre cuidado integral de las personas con enfermedades poco frecuentes). Garantiza la protección integral desde el nacimiento de la persona que la padece, por lo que las prestaciones, tratamientos y terapias de rehabilitación que indiquen los médicos tratantes, deben ser cubiertos al 100% por las obras sociales, empresas de medicina privada y por el sector público de salud (conf. arts. 5, 6 y 13).

Por último, y sin pretender agotar el catálogo de enfermedades específicas que propician la vulnerabilidad de los seres humanos, es dable mencionar el Programa Nacional de Control de Cáncer de Mama creado por resolución N° 1813/2013. Procura reducir la morbimortalidad por cáncer de mama, garantizando un adecuado y eficaz servicio de salud a la población afectada. Para ello, articula un sistema integral de calidad en el continuo de cuidado del cáncer de mama, a lo largo de sus diferentes etapas: detección, diagnóstico, tratamiento y seguimiento (conf. art. 1).

cas de salud integrales acordes a esa especial situación de vulnerabilidad (conf. art. 75, incisos 22 y 23, de la Constitución Nacional; art. 12 del PIDESC; arts. 23 y 27 de la CDN —en función de los lineamientos vinculantes que emanan de sus arts. 2, 3.3, 6, 24— y art. 7 de la CDPD).

Cabe mencionar que los contextos socio-ambientales en los que se desenvuelven esos sistemas de vulnerabilidad graduarán la intensidad con que el Estado deberá actuar en vías de proteger adecuadamente a los seres humanos vulnerables. Es decir, su función protectora, como así también el deber de articular medidas de acción positiva, se encarecerá cuando se configuren circunstancias de hecho o condiciones contextuales con basamento jurídico —que, a su vez, son susceptibles de superposición, con la concomitante magnificación de sus consecuencias—, que coloquen al ser humano frente a una exposición más agravada de su cuadro de salud.

Es lo que sucedió, por ejemplo, con el contexto de pandemia que generó el virus COVID-19, donde se puso en riesgo masivo la salud y la vida de los seres humanos, como así también el sistema de salud pública. Ese contexto obligó al Estado Nacional, como así también a las provincias —y sus estados municipales— y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a implementar medidas especiales tuitivas del derecho a la salud, garantizando además enfoques diferenciados de protección de sectores vulnerables¹⁷.

Por otro lado, existen contextos de vulnerabilidad que se originan a partir de la implementación de un mecanismo institucional, tal y como sucede con los sistemas jurídicos de privación de la libertad. Si bien el alojamiento en centros carcelarios no despoja a los seres humanos de sus derechos, sí eleva su vulnerabilidad, por lo que el Estado profundiza su posición de garante y acentúa sus deberes.

¹⁷ La Corte Interamericana de Derechos humanos fijó su postura en relación a las tutelas estatales agravadas que devenían indispensables frente a la pandemia generada por el virus COVID-19. Así, en su declaración N° 1/20, del 9 de abril de 2020, apuntó lo siguiente: “Dada la naturaleza de la pandemia, los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales deben ser garantizados sin discriminación a toda persona bajo la jurisdicción del Estado y, en especial, a aquellos grupos que son afectados de forma desproporcionada porque se encuentran en situación de mayor vulnerabilidad, como son las personas mayores, las niñas y los niños, las personas con discapacidad, las personas migrantes, los refugiados, los apátridas, las personas privadas de la libertad, las personas LGBTI, las mujeres embarazadas o en período de post parto, las comunidades indígenas, las personas afrodescendientes, las personas que viven del trabajo informal, la población de barrios o zonas de habitación precaria, las personas en situación de calle, las personas en situación de pobreza, y el personal de los servicios de salud que atienden esta emergencia”.

Se exacerba el deber de los órganos estatales competentes de adoptar medidas tuitivas del derecho a la salud, por lo que se torna imprescindible formular y ejecutar enfoques diferenciados de tutela¹⁸.

Impacto de la ley 27.350 en el sistema jurídico tuitivo del derecho a la salud

Mencionamos, al inicio del presente trabajo, que la Ley 27.350 introdujo una nueva herramienta —normativa y material— para satisfacer el derecho humano a la salud. Tal es así que promueve el cuidado integral de la salud mediante el uso medicinal, terapéutico y/o paliativo de la planta de cannabis y sus derivados (conf. art. 1). Bien puede visualizarse, apriorísticamente, su intersección con el sistema de prestaciones integrales sobre cuidados paliativos diseñado con miras a propender a una mejor calidad de vida de aquellos seres humanos que padecen enfermedades amenazantes o limitantes para la vida (conf. arts. 1 y 2 de la Ley 27.678).

Ahora bien, el mecanismo consolidado por la Ley 27.350 redefinió el principio de legalidad en materia de salud en concordancia con el principio convencional de progresividad (conf. arts. 14 y 19 de la Constitución Nacional en función de lo estipulado en el art. 26 de la CADH). Consecuentemente, proyectó sus consecuencias en el ámbito subjetivo de derechos de los seres humanos y, a su vez, sentó directrices ineludibles que condicionan y guían el desenvolvimiento de las autoridades estatales, como así también, de las entidades de medicina privada y de las obras sociales.

¹⁸ La Corte IDH expresó en su Opinión Consultiva N° 29/2022 que “*en atención al principio de igualdad y no discriminación, la atención prenatal, durante el parto y post natal proporcionada a las mujeres detenidas en el sistema penitenciario debe ser equivalente a la disponible fuera de la prisión. Más aún, toda vez que las mujeres se encuentran bajo el total dominio de las autoridades penitenciarias, es obligación del Estado prevenir daños irreparables sobre los derechos a la salud física y mental, integridad personal y a la vida de las mujeres embarazadas, así como durante el parto y postparto. Resulta, por tanto, esencial la provisión de atención a la salud mental por parte de médicos especializados, así como suministrar y facilitar programas de tratamiento por uso indebido de drogas tanto en las prisiones como en la comunidad*”.

Redefinición (ampliatoria) del ámbito subjetivo de los seres humanos. Incidencia específica del interés superior del niño

Indudablemente, la Ley 27.350 amplió el abanico de derechos que en materia de salud titularizan los seres humanos que habitan el territorio argentino, con miras a garantizar la promoción, protección, recuperación y rehabilitación de la salud, en pos de alcanzar una mejor calidad de vida (conf. arts. 2 y 3, inciso “a”, “d” e “i”, de la Ley 27.350 y 2 de la Ley 23.661, en sintonía entrelazada con los arts. 14, 19 y 75, inciso 22, de la Constitución Nacional; art. 12 del PIDESC y art. 26 de la CADH —en función de lo dispuesto en su art. 29, incisos “b” y “d”, y en el art. XI de la DADyDH—).

Dicho instrumento estatuye el derecho de los pacientes de acceder al tratamiento medicinal con cannabis y sus derivados, en la medida en que cuenten con una indicación médica (conf. arts. 1, 3 —inciso “d” — 6 y 7 de la Ley 27.350; art. 7 del decreto No. 883/2020 y arts. 1, 2.a, 4, 13 y 16 de la Ley 17.132). Además, impera el principio de gratuidad del tratamiento, siempre y cuando el paciente no usufructúe los servicios de una obra social o empresa de medicina privada, en cuyos casos, les corresponderá afrontar el gasto del tratamiento (conf. art. 3, inciso “d”, de la Ley 27.350 y arts. 3, inciso “d”, y 7 del decreto reglamentario No. 883/2020).

Asimismo, los abordajes médicos que se implementen y desarrollen al amparo del dispositivo legislativo aludido deben respetar, ineludiblemente, los derechos esenciales del paciente regulados en la Ley 26.529. En consecuencia, en forma previa a la implementación de un tratamiento con cannabis y/o sus derivados, el médico tratante deberá suministrar al paciente información sanitaria clara, suficiente y adecuada a su capacidad de comprensión, que le permita dilucidar el estado en que se encuentra su cuadro de salud y la previsible evolución, riesgos, complicaciones o secuelas del tratamiento indicado (conf. arts. 1, 3 —incisos “a”, “e” y “h”, de la Ley 27.350 y art. 3 incisos “a”, “g”, “h” e “i” — del decreto reglamentario No. 883/2020, en correlación sistémica con los arts. 2 —inciso “f” — y 3 de la Ley 26.529).

En este enclave, es donde adquiere especial relevancia la evolución madurativa de los niños, niñas y adolescentes para participar y decidir sobre el tratamiento médico al que se será sometido, en miras a definir su calidad de salud y, concomitantemente, su plan de vida. Entonces, el sistema diagramado por las

Leyes 26.529 y 27.350 debe tamizarse a la luz de las directrices insoslayables fijadas en la CDN, como así también en el Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante, CCyCN) y en la Ley 26.061.

La derivación lógica-jurídica de esa interrelación normativa confluye en el reforzamiento del ámbito subjetivo de ese colectivo de seres humanos, pues se nutre de mayores derechos y garantías, y condiciona a que cualquier solución que se adopte sobre la salud de los menores de edad tenga primordialmente en miras su interés superior. Ello conmina a tener en miras que el abordaje médico de los niños, niñas y adolescentes a través de tratamientos con derivados de cannabis deben ser discernidos y adoptados, en principio, por sus progenitores, en concordancia con los límites derivados del ámbito de reserva que garantiza la Constitución Nacional (conf. art. 19 de la Constitución Nacional; y arts. 3.2, 18 y 27.2 de la CDN). Así, la solución que adopten deberá nuclearse en el interés superior del menor, sobre la base a la opinión médica vertida respecto de las consecuencias que acarrea la realización, o no, del abordaje médico (conf. arts. 3, inciso 1, de la CDN —en función de lo establecido en su art. 24, inciso 1—; art. 26, párrafos primero y quinto, del CCyCN; y arts. 1, 3 y 14 de la Ley 26.061 —en función de lo previsto en su art. 28 y de las previsiones estipuladas en los art. 2, incisos “a” y “e”, y 5, primer párrafo, de la Ley 26.529—).

Empero, esa prevalencia no excluye la responsabilidad del Estado de garantizar el acceso a los servicios de salud, como así también la satisfacción integral del derecho a la salud de los niños, niñas y adolescentes. Por el contrario, su deber tuitivo se potencia, puesto que debe empeñarse en asegurar que las decisiones que se adopten sobre los tratamientos de salud constituyan la mejor alternativa que satisface el interés superior del niño, de modo tal que propendan a garantizar la evolución actual del cuadro de salud del niño, niña o adolescente y, concomitantemente, reduzca los daños futuros sobre la salud. Así, la privacidad familiar se vuelve permeable frente al rol convencional de custodia del interés superior del niño asignado al Estado¹⁹.

¹⁹ La CSJN ha fijado, en fallos 335:888, los lineamientos para que la intervención estatal sea respetuosa del ámbito de reserva establecido en el art. 19 de la Constitución Nacional. Apriorísticamente recordó que “*el Estado Argentino ha asumido compromisos internacionales, dirigidos promover facilitar las prestaciones de salud que requiera la minoridad [...] no puede desligarse válidamente de esos deberes con fundamento en la circunstancia de estar los niños bajo el cuidado de sus padres, ya que lo que se encuentra en juego es el interés superior del niño, que debe ser tutelado por sobre otras consideraciones*” (considerando 20). Y, a continuación, concluyó que el ejercicio de la responsabilidad parental “*no puede efectuarse, en la actualidad, dejando de lado los paradigmas consagrados por la [CDN] ni por la ley 26.061, normas que además de reconocer la responsabilidad que le cabe a los*

Inexorablemente, el cuadro expuesto coloca en una especial condición de garante a las autoridades estatales, pues no solo deben velar por que los representantes legales de los niños, niñas y adolescentes obren con irrestricto respeto de su interés superior, sino que, frente a un eventual conflicto, debe implementar los mecanismos institucionales (judiciales y administrativos) necesarios para priorizar su efectivización y garantizar que el tratamiento médico diagnosticado es el que mejor condice con las aspiraciones del niño, niña y/o adolescente, en miras a alcanzar el máximo nivel de salud (conf. art. 75, inciso 23, de la Constitución Nacional; arts. 4, 6 —inciso 2—, 24, 27 y 33 de la CDN; y arts. 1 y 3, inciso “a”, de la Ley 27.350).

Por otro lado, cabe tener en consideración que el acotado marco de dolencias que fijaba el decreto reglamentario No. 738/2017 experimentó una considerable ampliación desde el momento en que fue derogado por el decreto reglamentario No. 883/2020. A partir de esa adecuación normativa, la implementación del sistema tuitivo de la Ley 27.350 no se encuentra limitada a ninguna dolencia específica, ni requiere que el tratamiento sea propuesto —y seguido— por médicos formados en las especialidades particulares que preveía el anterior reglamento. Por el contrario, deviene necesario un diagnóstico médico, en el que se proponga abordaje terapéutico compatible con derivados del cannabis. A ese límite jurídico, se añade el condicionamiento jurídico de que la sustancia derivada del cannabis, para su uso medicinal, responda a estándares de calidad y seguridad sanitarios (conf. arts. 3 —incisos “g” y “h” —, 6 y 7 del decreto reglamentario No. 883/2020). O, en su caso, que el autocultivo con fines medicinales se encuentre previamente autorizado a través de la inscripción en el REPROCANN (conf. art. 8 de la Ley 27.350; art. 8 del decreto reglamentario No. 883/2020; y arts. 3, 7, 9 y 10 de la resolución N° 800/2021 del Ministerio de Salud de la Nación).

Esa profundización normativa fue apropiada por el principio convencional de progresividad (conf. art. 26 de la CADH), de modo que la evolución del cuadro tuitivo deberá ser conteste con la tutela, al máximo posible, del derecho a la protección integral de la salud de los pacientes usuarios de los derivados de cannabis.

padres y a la familia de asegurar el disfrute pleno y el efectivo ejercicio de los derechos y garantías del niño, otorga a la autoridad estatal facultades para adoptar las medidas que considere necesarias para proteger y restablecer tales derechos ante situaciones en que se vean vulnerados” (considerando 21).

La incidencia de la Ley 27.350 en la reorganización federal y presupuestaria del Estado

La Ley 27.350 también incidió en la reorganización de las estructuras estatales y sus cometidos esenciales. Así, la operatividad del derecho que titularizan los seres humanos al disfrute al más alto nivel de salud encontró un nuevo sistema de abordaje médico, basado en el uso medicinal de la planta de cannabis y sus derivados (conf. arts. 1 y 3, inc. “a”, de la Ley 27.350). El Estado experimentó, entonces, una redefinición de los contornos del sistema normativo punitivo de raigambre penal puesto que diversas conductas que antes podían encuadrar en la tipificación de los arts. 5 y 14, primer párrafo, de la Ley 23.737, ahora se encuentran cobijadas por el derecho a la salud, siempre que se adecuen a los parámetros normativos fijados en los arts. 1, 7 y 8 de la Ley 27.350.

Así, el desenvolvimiento estatal debe tener especialmente en miras que el uso medicinal de la planta de cannabis y sus derivados constituye una política pública destinada a hacer efectivo el derecho fundamental a la salud, cuya inobservancia compromete su responsabilidad internacional. Por ello, adquiere relevancia la prioritaria inversión de fondos públicos que debe observarse en ese campo²⁰, que en el orden nacional demandará que se amalgamen las reglas previstas en la Ley 24.156 para la formulación de los presupuestos y la consiguiente ejecución de los fondos públicos (conf. arts. 3, 4 —incisos “a” y “b”, 24, 25, 32 y 35—), con las disposiciones financieras específicas del sistema tuitivo del derecho a la salud (conf. arts. 3, 4, 22, 23 y 30 de la Ley 23.661) y las provisiones de financiamiento incorporadas para hacer efectivos los tratamientos medicinales con la planta de cannabis y sus derivados (conf. arts. 1 y 11 de la Ley 27.350).

A su vez, debe tenerse en miras que el Estado Nacional asumió el deber de garantizar el aprovisionamiento de los insumos y los derivados necesarios a efectos de llevar a cabo los estudios científicos y médicos de la planta de cannabis, en correlación con los objetivos del “Programa Nacional para el Estudio y la Investigación del uso medicinal de la planta de Cannabis, sus derivados y tratamientos no convencionales” (conf. artículos 2 y 7 de la Ley 27.350). Dentro de esos objetivos, se enlista, precisamente, el de garantizar el acceso gratuito al aceite de cáñamo y demás derivados del cannabis (conf. art. 3, inciso “d”, de la Ley 27.350 y arts. 3, inciso “d”, y 7 del decreto reglamentario No. 883/2020).

²⁰ La CSJN ha destacado que “la protección del derecho a la salud [...] es una obligación impostergable del Estado Nacional de inversión prioritaria” (conf. doctrina de fallos 323:1339 —considerando 11— y 329:1226 —considerando 6—).

En este punto, es importante resaltar que, para garantizar el aprovisionamiento aludido, la autoridad de aplicación debe implementar una serie de mecanismos (dictado de normas operativas y de procedimientos) que se centralicen en la cadena de valor del cultivo, como así también en su producción y comercialización, fomentando la producción regional y aquella que se realice a través de los laboratorios públicos nucleados en la Agencia Nacional de Laboratorios Públicos (conf. art. 6 del decreto reglamentario No. 883/2020). Debe tenerse en consideración, además, que mediante resolución conjunta N° 5/2021 del INASE y del Ministerio de Salud de la Nación, se autorizó la inscripción de cultivares de la especie *Cannabis sativa* L. —de origen nacional y extranjero— ante el Registro Nacional de Cultivares y/o el Registro Nacional de la Propiedad de Cultivares del INASE (conf. arts. 1, 2 y 3). Debe indicarse que, a la fecha de publicación del presente artículo, solamente se encuentra autorizada el cultivo de la especie indicada y de las respectivas variedades que se encuentren inscritas (conf. arts. 2, 3 y 6 de la resolución N° 260/2022 del INASE). Ello permite que el Estado pueda conocer el material genético que se distribuirá entre los usuarios, como así también, determinar los eslabones de la cadena de responsabilidad (conf. interrelación sistémica del art. 6 del decreto reglamentario No. 883/2020 y la finalidad que impregna la resolución No. 260/2022).

En cuanto a las autoridades locales, el deber de asegurar el derecho a la salud mediante las técnicas médicas reguladas en la Ley 27.350 se sustenta en el mecanismo federal de adhesión (conf. arts. 1, 5, 122 y 129 de la Constitución Nacional, en correlación con las previsiones específicas sentadas en los arts. 1, 5 y 12 de la Ley 27.350). Así, sus deberes y responsabilidades devendrán de los términos fijados en el instrumento legislativo de adhesión y, eventualmente, de los convenios de que suscriban con el Estado Nacional, sobre la base de las acciones específicas que conmine a implementar el Ministerio de Salud de la Nación (conf. art. 5 de la Ley 27.350 y art. 5 del decreto reglamentario No. 883/2020). Dicho entramado jurídico conformará su derecho público local y, desde esas directrices, se rediseñará su misión institucional de garantizar el derecho a la salud, debiendo observar, inexcusablemente, la pauta de racionalidad financiera fijada en el artículo 2.1 del PIDESC, como así también los lineamientos directrices que emanan del artículo 75, incisos 19, 22 y 23, de la Constitución Nacional.

Por consiguiente, el piso mínimo de deberes institucionales de las autoridades locales consistirá en la adecuación de sus estructuras estatales para hacer

efectivos los derechos descriptos en el punto IV.1 (accesibilidad al tratamiento médico mediante el uso medicinal de la planta de cannabis y sus derivados; cobertura gratuita del tratamiento por parte del Estado local, en caso de que el paciente carezca de cobertura de obras sociales o prepagas; efectivo goce de los derechos del paciente derivados del consentimiento informado; y tutela del interés superior del niño en la definición del tratamiento médico más adecuado para su evolución y concomitante morigeración de daños futuros).

Resta traer a colación que la cobertura de los tratamientos médicos con cannabis y sus derivados deben ser afrontados por las obras sociales y demás entidades del Sistema Nacional del Seguro de Salud, incluidas las entidades de la medicina privada (conf. arts. 1, 8 y 9 de la Ley 23.660, arts. 1 y 5 de la Ley 23.661 y arts. 1, 7 y 14 de la Ley 26.682, todo ello en función de lo dispuesto en el art. 3, inciso “d”, de la Ley 27.350 y art. 3, inciso “d”, del decreto reglamentario No. 883/2020)²¹.

La satisfacción de derecho a la salud a través del autocultivo. Compatibilidad amalgamada entre el derecho a la salud y la potestad de fiscalización estatal

La satisfacción de derecho a la fundamental a la salud adquiere un cauce específico en el marco de la Ley 27.350, pues regula un título administrativo específico que permite a los pacientes realizar prácticas de autocultivo de la planta de cannabis frente aquellos supuestos en los que no puede implementarse el mecanismo de cobertura diseñado en los artículos 6 y 7 de dicha norma.

Se trata de una autorización administrativa que se extiende en favor de un paciente que se inscribe en un registro específico (REPROCANN), para que, en forma controlada, pueda cultivar la planta de cannabis y acceder a sus derivados, con miras a afrontar una dolencia de salud específica.

Esa autorización administrativa fue alumbrada como un instrumento jurídico institucional que acarrea, en lo que aquí interesa, una serie de efectos.

²¹ La CSJN señaló que “a partir del dictado del reseñado decreto 883/2020 [...] las defensas de las aquí demandadas y en cuanto al caso particularmente incumbe, las obras sociales deben brindar cobertura para la adquisición de los derivados de la planta de cannabis a aquellos pacientes que cuenten con indicación médica según la propia letra del citado art. 3 inc. d.// En consecuencia, con los alcances definidos actualmente por las disposiciones vigentes, no se albergan dudas acerca de que la demandada debe brindar al hijo de los actores la cobertura de la prestación requerida”.

En primer lugar, constituye una herramienta jurídica que coadyuva a la satisfacción del derecho a la salud y al cuidado de la salud pública, en concordancia con los principios y disposiciones tuitivas consagradas en los instrumentos convencionales de derechos humanos con jerarquía constitucional (conf. art. 75 de la Constitución Nacional —en función de lo dispuesto en su artículo 31, correlacionado con los lineamientos tuitivos de su artículo 75, inciso 23, los presupuestos de validez regulatoria fijados en el art. 3 de la CADH y las pautas de razonabilidad estatuidas en el art. 4 del PIDESC—; art. 26 de la CADH —en función de lo dispuesto en su art. 28, inciso “d” y en el art. XI de la DADyDH—; art. 12 del PIDESC —con los alcances financieros fijados en su art. 2, incisos 1 y 2—; art. 24, incisos 1 y 3, de la CDN; y art. 25 de la CDPD). En este aspecto, se consolida como eje central el diagnóstico médico y el respectivo seguimiento del tratamiento diagramado para la patología del paciente (conf. Anexo III de la Resolución No. 800/2021 del Ministerio de Salud de la Nación).

Como segunda medida, la extensión del título bajo análisis acarrea la neutralización de los efectos jurídicos del artículo 5 de la Ley 23.737 (conf. art. 8 de la Ley 27.350), siempre y cuando su titular no desvirtúe la finalidad que motivó su emisión, y cumpla con los límites espaciales y cuantitativos fijados en la Resolución No. 800/2021 del Ministerio de Salud de la Nación para el cultivo de plantas de cannabis.

En tercer lugar, deslinda a la práctica del cultivo y a la consiguiente obtención de sus derivados, de las previsiones normativas que conforman la Ley 16.463 y complementarias aplicables a la elaboración, producción y comercialización de medicamentos (conf. Anexo III de la resolución N° 800/2021 del Ministerio de Salud de la Nación). De tal modo, implica la traslación de un riesgo, morigerado, hacia el ser humano autorizado a cultivar, aunque procura que procura que el profesional médico determine la frecuencia analítica que deberá cumplir el derivado obtenido del autocultivo.

En cuarto lugar, el sistema de autorización obliga al Estado a que implemente una serie de mecanismos institucionales destinados a controlar, en forma previa, que el requerimiento satisfaga los requisitos estatuidos en la reglamentación para la extensión de la autorización (conf. art. 8 del decreto reglamentario No. 883/2020 y arts. 4, 5 y 7 de la Resolución No. 800/2021 del Ministerio de Salud de la Nación). Asimismo, estatuye un sistema residual de control, mediante el sistema de la caducidad del título administrativo, que se activa en caso

de inexactitud o falsedad de la información suministrada, como así también al alterar los fines que motivaron su extensión (conf. art. 5 de la Resolución No. 800/2021 del Ministerio de Salud de la Nación).

Así, y más allá de la crítica que puede formularse en torno a la remisión al sistema punitivo penal que establece el artículo 8 de la Ley 27.350, la autorización se materializa como herramienta jurídica razonable y acorde al sistema de control y fiscalización estructurado en la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes de la ONU (conf. arts. 2.1, 4.c y 28.1, en función de la remisión formulada a su art. 23, inciso 2, apartados “a”, “b”, “c” y “e”). A su vez, se encuentra en sintonía con los mecanismos de supervisión asumida por el Estado Nacional mediante Ley 24.072, que aprobó la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas (conf. arts. 3 —incisos 1, apartado “a”, y 2— y 14 —incisos 2 y 4—).²²

Por último, cabe hacer alusión a que el sistema de autorización bajo análisis se interrelaciona el sistema federal de reparto de competencias. De ese modo, las autoridades locales que adhieran al programa regulado en los arts. 2 y 3 de la Ley 27.350 podrán crear sus propios registros administrativos destinados a gestionar autorizaciones para autorizar el auto cultivo, aunque bajo la coordinación del Ministerio de Salud de la Nación (conf. arts. 1, 122 y 129 de la Constitución Nacional; arts. 8 y 12 de la Ley 27.350; y art. 8 del decreto reglamentario No. 883/2020). Incluso más, el grado de desarrollo de la autonomía municipal (conf. artículos 5 y 123 de la Constitución Nacional) garantiza que los Estados Municipales también puedan constituir sus propios registros²³, en la medida en que se mantengan dentro de los límites de competencia reconocidos por las Constituciones Provinciales y las respectivas leyes orgánicas aplicables en la delimitación jurídica provincia. Resta adunar que, en todos esos registros, deventrán aplicables las previsiones normativas legales y convencionales detalladas

²² Al respecto, la CSJN ha destacado en el precedente 345:549 que la reglamentación de la autorización bajo estudio “*tiende a preservar un interés estatal relevante como el cuidado integral de la salud pública, basándose en que el suministro del cannabis y sus derivados puede originar efectos secundarios o adversos de distinta intensidad*” (considerando 18). Y, a continuación, agregó que “*ante la importancia de esa finalidad [...] los requisitos exigidos para obtener la autorización no resultan irrazonables. Por el contrario, dichas medidas de control estatal constituyen una injerencia mínima que, lejos de proscribir el autocultivo con fines medicinales, lo someten a una regulación que se limita a asegurar cierta supervisión por parte del Estado, registrar el consentimiento del paciente y garantizar la intervención médica indispensable.*” (considerando 19)

²³ A modo de ejemplo, el Consejo Municipal de Rosario sancionó la Ordenanza N° 10.090, el 1 de octubre 2020, mediante la cual se dispuso la creación del Registro de Cultivos Terapéuticos y Solidarios de Cannabis para actuar en el ámbito territorial de la Municipalidad de Rosario.

más arriba y se redefinirá el ámbito de responsabilidades y obligaciones de las autoridades locales.

El Fallo “Asociación Civil Macame y otros” de la CSJN²⁴

Un grupo de integrantes de una asociación civil, en representación de sus hijos menores de edad, inició una acción de amparo contra el Estado Nacional para que se declare inconstitucional el artículo 7 de la ley 27.350 (el que establece el programa de inscripción para la obtención de aceite de cannabis) y para que se declare la inconstitucionalidad de la ley 23.737 (que reprime el narcotráfico) que penalizan el consumo recreativo de sustancias y el autocultivo de cannabis. Amparo que tuvo su curso y arribó a la CSJN para que tome la decisión final. Para el año 2022, la CSJN seleccionó dos casos para tratar en audiencias públicas, uno que tuvo que ver con el uso de buscadores de internet, y otro resultó ser el mencionado caso. En el cual nos tocó representar a la DGN²⁵.

El dilema pasaba por conocer si los ministros resolverían conforme al pedido de las madres (que deje de haber registros de autorizaciones para autocultivar) o según lo expuesto por el MPF y el MPD (que sí debe existir un registro y posterior control, aunque con diferentes perspectivas en torno a la razonabilidad de la consecuencia jurídica que acarrea la falta de autorización —por haber caducado, o bien, por no haber articulado el procedimiento tendiente a obtenerla para hacer efectivo un tratamiento médico—).

Los ministros eligieron la segunda opción. Resaltando que el registro de autorización ante el REPROCANN es un control razonable y no afecta el derecho a la privacidad. Es decir, el fallo confirmó la importancia del cannabis para mejorar la salud de quienes lo necesitan, diferenció las situaciones de consumo medicinal y recreativo, y dejó claro que en su faceta medicinal el Estado debe estar presente.

²⁴ Causa No. 68.152/18 del 5 de julio de 2022.

²⁵ Por más que los DPO Mariana Grasso y Pablo Ordóñez fueron las caras visibles de la exposición, existió un equipo clave de personas por detrás, entre los que se encontró Gustavo Nebozenko.

Conclusión: que los derechos avancen

Consideramos que la Ley 27.350, sus disposiciones complementarias y el citado fallo de la CSJN (en el que nos tocó participar) han aportado herramientas valiosas para coadyuvar a la satisfacción del derecho a la salud. Se trata de un sistema que viene evolucionando en clave con la apertura y reconocimiento de derechos vinculados con el goce del más alto disfrute de la salud.

Si bien resulta pasible de algunas críticas, sobre todo en lo que concierne a su vinculación sistémica con la Ley 23.737 (respecto de aquellas personas que autocultivan para afrontar un tratamiento médico, pero que carecen de una autorización estatal), lo cierto es que constituye un instrumento jurídico tuitivo del derecho fundamental a la salud conteste con el sistema constitucional de protección de los derechos humanos.

Por lo demás, el sistema federal que impregna y modula su articulado deja al descubierto la necesaria interrelación que debe existir entre las autoridades nacionales y las autoridades locales. Sin dudas, su adecuada coordinación confluirá en una mejor elaboración de políticas públicas encaminadas a la satisfacción del derecho a la salud mediante derivados del cannabis y aportará una nueva arista para definir el mejor abordaje de salud, tan indispensable para diagramar el propio plan de vida.

TRASPLANTE DE ÓRGANOS: UNA MIRADA DESCRIPTIVA CON EJE EN LA PERSONA HUMANA

PILAR PINTO KRAMER*

I. Introducción

En julio de 2018 se aprobó —por unanimidad— la ley 27.447 de trasplante de órganos, tejidos y células, popularmente conocida como “Ley Justina”¹, que implicó un cambio paradigmático en materia de donación de órganos, por cuanto introdujo la figura del **donante presunto rígido**.

A través de su dictado, atendiendo un fin altruista, solidario y desinteresado, se pretende garantizar —desde una concepción integral de la persona humana— el derecho a la vida, dignidad inherente y autonomía individual; a la salud e integridad personal, sobre la base del derecho a la igualdad de trato y no discriminación; derechos estos reconocidos y garantizados en el bloque de constitucionalidad federal.

Es así, entonces, que la ley citada se enmarca en los siguientes principios: respeto por la dignidad humana en todas sus dimensiones; respeto por la autonomía de la voluntad como fundamento ético y legal de toda intervención médica; solidaridad y justicia distributiva en la asignación de órganos, tejidos y células; equidad en el acceso a los tratamientos de trasplante; extrapatrimonialidad del cuerpo humano, sus órganos, tejidos y células; la atención integral del paciente trasplantado; la observancia de los principios éticos en el desarrollo y promoción de toda actividad de investigación vinculada a trasplante, basada en

* *Prosecretaria Letrada de la DPO ante los Tribunales Federales de Córdoba.*

¹ Justina fue la niña que —en espera para recibir un trasplante de corazón— impulsó la campaña de concientización para donar órganos “Multiplicate x 7”. A partir de su fallecimiento (no pudo acceder al trasplante), sus padres trabajaron en procura de la aprobación de una nueva ley bajo el paradigma del donante presunto rígido, con el fin de obtener una disminución progresiva en la lista de espera.

los adelantos científicos; la autosuficiencia —entendida como el desarrollo de políticas y estrategias que permitan maximizar la disponibilidad de órganos, tejidos y células, a fin de garantizar la disminución progresiva en la lista de espera—; voluntariedad, altruismo y gratuidad en la donación.

Es decir, a través de tales principios se expresan los valores determinantes sobre los que se estructura la donación de órganos, tejidos y células y, por ende, sus contenidos se extienden a la totalidad del articulado y constituyen las claves de interpretación para su aplicación, de modo coherente con todo el ordenamiento jurídico (cf. artículos 51, 52, 56, 59 y 60 del Código Civil y Comercial de la Nación), y conforme a la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte.

II. Trasplante de órganos. Alcances

La ley 27.477 regula las actividades vinculadas a la obtención y la utilización de órganos, tejidos y células de origen humano en todo el territorio de la República Argentina, incluyendo la investigación, la promoción, la donación, la extracción, la preparación, la distribución, el trasplante y su seguimiento.

El decreto 16/2019, que reglamenta la mencionada ley específicamente estatuye que serán las autoridades sanitarias locales² quienes ejerzan el poder de policía referido a la obtención y utilización de órganos, tejidos y células de origen humano, sin perjuicio de las competencias acordadas al INCUCAI (Instituto Nacional Central Único Coordinador de ablación e implante).

En la actualidad la citada ley se aplica a las siguientes prácticas: Trasplante de corazón, vasos, estructuras valvulares y otros tejidos cardíacos; Trasplante de pulmón; Trasplante de hígado; Trasplante de páncreas; Trasplante de intestino; Trasplante de riñón y uréter; Trasplante de tejidos del sistema osteoarticular y musculoesquelético; Trasplante de piel; Trasplante de córneas y esclera; Tras-

² El INCUCAI actúa en las provincias argentinas junto a 24 organismos jurisdiccionales de ablación e implante: CABA (EAIT); Buenos Aires (CUCAIBA); Catamarca (CAICA); Chaco (CUCAI Chaco); Chubut (C.A.I.PAT.); Córdoba (ECODAIC); Corrientes (CUCAICOR); Entre Ríos (CUCAIER); Formosa (C.U.C.A.I.FOR); Jujuy (CUCAI Jujuy); La Pampa (CUCAI La Pampa); La Rioja (CUCAILAR); Mendoza (INCAIMEN); Misiones (CUCAIMIS); Neuquén (CUCAI Neuquén); Río Negro (CUCAI Río Negro); Salta (CUCAI Salta); San Juan (INAISA); San Luis (CUCAI San Luis); Santa Cruz (CUCAI Santa Cruz); Santa Fé (CUAIO); Santiago del Estero (CAISE); Tierra del Fuego (CUCAI Tierra del Fuego); Tucumán (CUCAITUC)

plante de tejidos del sistema nervioso periférico; Trasplante de membrana amniótica; Trasplante de células progenitoras hematopoyéticas.

Sin embargo, nada obsta a que en un futuro se incorporen nuevas prácticas que sean reconocidas por la autoridad de aplicación (INCUCAI) de conformidad con lo que establezca la reglamentación.

Quedan excluidos: Los tejidos y las células naturalmente renovables o separados del cuerpo; la sangre y sus hemocomponentes, para fines transfusionales regulados en la legislación específica (ley 22.990); las células y los tejidos germinativos de reproducción humana asistida; las células para ser utilizadas en investigación básica.

Es fundamental destacar que **el implante de órganos, tejidos y células solo es realizado cuando se hubieren agotado o resultaren insuficientes los otros medios y recursos disponibles o resultase ser la mejor alternativa terapéutica para la salud del paciente**, conforme a la evidencia científica.

III. Derechos de las personas

Tanto a la persona donante como a la persona receptora de órganos le asisten los siguientes derechos:

Derecho a la intimidad, privacidad y confidencialidad: relacionado con los principios del respeto por la dignidad humana y a autonomía de la voluntad, se respeta la privacidad de las personas involucradas, así como la confidencialidad de la información y datos personales. La autoridad competente no puede divulgar la identidad de los donantes y receptores. Esto no obsta a que el individuo, en forma pública, libre y voluntaria, se manifieste como dador o receptor.

Derecho a la integridad: a la luz de los principios de respeto por la dignidad humana en todas sus dimensiones y con la observancia de los principios éticos en el desarrollo y promoción de toda actividad de investigación vinculada a trasplante, impone que los probables beneficios de la práctica deban ser mayores que los riesgos o costos para el ser humano.

Derecho a la información: en el ejercicio de este derecho convergen los principios del respeto por la dignidad humana en todas sus dimensiones, el respeto por la autonomía de la voluntad, la voluntariedad, altruismo y gratuidad en la donación. La norma impone que las personas involucradas en las prácticas de

trasplante de órganos, tejidos y células sean informadas —por parte de los jefes y subjeses de los equipos médicos intervinientes— de manera clara y adaptada a su nivel cultural sobre los riesgos, secuelas, evolución y posibles complicaciones de los procedimientos a realizar. Ahora bien, la información a donantes y receptores no podrá ser brindada en un mismo acto en forma conjunta, ya que justamente se pretende garantizar una decisión adoptada libremente, sin estar sometido a presiones o condicionamientos que puedan viciar la voluntad del sujeto.

Es de recodar que el artículo 59 del Código Civil y Comercial de la Nación regula el consentimiento informado para actos médicos e investigaciones en salud, en consonancia con la ley 26.529, que regula los derechos del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de salud.

Derecho a la cobertura integral del tratamiento y del seguimiento posterior en los términos de la normativa vigente: el artículo 28 de la ley establece que los gastos vinculados con la ablación y/o implante y tratamientos médicos posteriores son cubiertos por las entidades encargadas de la cobertura social o sanitaria del receptor, o de éste cuando no la tuviera³. Es importante destacar que **los pacientes tienen derecho a la libre elección del centro de trasplante**⁴, siempre que el centro esté debidamente habilitado. Asimismo, en el artículo 63 de la citada norma se prevé que con los recursos del Fondo Solidario de Trasplantes del INCUCAI⁵ se asista a pacientes carenciados sin cobertura social. En ese mismo cuerpo normativo se asegura la provisión de medicamentos y procedimientos terapéuticos necesarios que surjan como consecuencia de los trasplantes realizados en personas sin cobertura y carentes de recursos (artículo 70).

³ Artículo 28 del decreto 16/2019: “El INCUCAI fijará los costos vinculados al proceso de procuración de órganos, tejidos y células. El reconocimiento de los costos por parte de la Autoridad de Aplicación de las Leyes N° 23.660, N° 23.661, N° 26.682 y sus respectivas modificaciones, determinará su adopción por parte de las entidades financiadoras de los tratamientos que reciban los pacientes receptores...El Sistema Público de Salud cubrirá los gastos a aquellos pacientes que no posean cobertura de la Seguridad Social o Empresas de Medicina Prepaga y cuya situación económica no permita afrontar dichos gastos”.

⁴ Artículo 28 del decreto 16/2019: “...Se deberá asegurar al paciente la libre elección respecto al centro de trasplante debidamente habilitado...”

⁵ El artículo 62 de la ley creó el Fondo Solidario de Trasplantes, que se integra con los recursos provenientes del Estado Nacional (mediante los créditos que le asigne el presupuesto de la Nación); el producto de las multas provenientes de la aplicación de las sanciones administrativas y penales previstas en la citada ley y el fondo que surja de acreditar el producido de la venta de bienes en desuso, de legados/herencias/donaciones y las transferencias de los saldos del fondo acumulativo y de los de su presupuesto anual asignado, no utilizados en el ejercicio.

Asimismo, resulta de aplicación la ley 26.928, en cuya virtud se creó un régimen integral para las personas que hubiesen recibido un trasplante inscripto en el Registro Nacional de Procuración y Trasplante o se encuentren en lista de espera para trasplantes del Sistema Nacional de Procuración y Trasplante de la República Argentina (SINTRA) y con residencia permanente en el país.

En su artículo 4 se establece que el Sistema Público de Salud, las obras sociales enmarcadas en las leyes 23.660 y 23.661, la Obra Social del Poder Judicial de la Nación, la Dirección de Ayuda Social para el Personal del Congreso de la Nación, las entidades de medicina prepaga y las entidades que brinden atención al personal de las universidades, así como también todos aquellos agentes que brinden servicios médicos asistenciales a sus afiliados, independientemente de la figura jurídica que posean, deben brindar a las personas trasplantadas o que se encuentren en lista de espera —inscriptas en los registros pertinentes— la cobertura del ciento por ciento en la provisión de medicamentos, estudios diagnósticos y prácticas de atención de su estado de salud de todas aquellas patologías que estén **directa o indirectamente** relacionadas con el trasplante.

Derecho al traslado prioritario por vía aérea o terrestre, junto a un acompañante, de las personas que deban trasladarse para ser sometidas a un trasplante. Tal como lo dispone el decreto reglamentario, resulta de aplicación lo dispuesto en el artículo 5 de la ley 26.928. No debe soslayarse que la actividad trasplantológica se realiza en establecimientos médicos de alta complejidad, los que suelen estar ubicados en los grandes centros urbanos de nuestro país.

Derecho al trato equitativo e igualitario: Los donantes y receptores tienen derecho a la igualdad de trato sin discriminación. En relación con este derecho, el artículo 7 de la ley 26.928 estatuye que ser trasplantado, donante relacionado o encontrarse inscripto en lista de espera del INCUCAI con indicación médica de trasplante, o ser acompañante de persona trasplantada no será causal de impedimento para el ingreso o continuidad de una relación laboral, tanto en el ámbito público como en el privado. Por ello, el desconocimiento de tal derecho será considerado acto discriminatorio en los términos de la ley 23.592.

IV. Disposición de órganos y tejidos para su donación

La ley determina que toda persona capaz, mayor de 18 años puede manifestar su voluntad negativa o afirmativa a la donación de órganos y tejidos de su propio cuerpo. Asimismo, le asiste el derecho de restringir su voluntad afirmativa de donación a determinados órganos y tejidos o, incluso, condicionar la voluntad de donar a alguno o algunos de los fines previstos en la ley, implante en seres humanos vivos o con fines de estudio e investigación.

Dicha expresión de voluntad debe ser manifestada por escrito a través de los siguientes canales: INCUCAI; el perfil digital del ciudadano “Mi Argentina” o el que en un futuro lo modifique o reemplace; los canales y/o servicios definidos en la Plataforma Digital del Sector Público Nacional; Registro Nacional de las Personas (RENAPER); Registros del Estado Civil y Capacidad de las Personas; Autoridades Sanitarias Jurisdiccionales, a través de los organismos provinciales y de los establecimientos asistenciales públicos, privados o de la seguridad social habilitados a tal fin; Correo Oficial de la República Argentina. Esta manifestación de voluntad no conlleva ningún costo para el declarante y puede ser revocada en cualquier momento.

De no encontrarse restringida la voluntad afirmativa de donación o no condicionarse la finalidad de la misma, se entienden comprendidos todos los órganos y tejidos, y ambos fines.

Es decir que la ablación de órganos puede realizarse sobre toda persona capaz mayor de 18 años que no haya dejado constancia expresa de su oposición a que después de su muerte se realice la extracción de sus órganos o tejidos.

La reglamentación dispone que el profesional a cargo deberá brindar a los familiares o allegados del fallecido presentes en el establecimiento la información necesaria vinculada al proceso de donación.

En el supuesto de no encontrarse registrada la voluntad del causante, el profesional a cargo del proceso de donación debe verificar la misma conforme lo establecido en el Protocolo de Actuación, tratado por la Comisión Federal de Trasplante (COFETRA) y aprobado por la Resolución INCUCAI No. 54/2018.

Es justamente en esta ocasión donde se verifica la figura del **donante pre-sunto rígido**.

En efecto, hasta el dictado de la ley 27.447, regía la ley 24.193, con las modificaciones parciales introducidas por la ley 26.066, en cuya virtud se introdujo

la figura del donante presunto: “la ablación podrá efectuarse respecto de toda persona capaz mayor de DIECIOCHO (18) años que no haya dejado constancia expresa de su oposición a que después de su muerte se realice la extracción de sus órganos o tejidos, la que será respetada cualquiera sea la forma en la que se hubiere manifestado”.

Sin embargo, para la ley anterior, en el supuesto de muerte natural y no existiendo manifestación expresa del difunto, se exigía requerir a sus familiares — en el orden de prelación establecido en la norma y siempre que estuviesen en pleno uso de sus facultades mentales— testimonio sobre la última voluntad del causante, respecto de la ablación de sus órganos y/o la finalidad de esta.

A partir de la entrada en vigor de la ley 27.447 la responsabilidad de llevar adelante el proceso de donación – trasplante recae sobre el profesional, liberándose a la familia de una carga que —dado el doloroso contexto— no siempre se encuentra en condiciones de decidir, más allá que muchas veces incluso la propia familia puede llegar a desconocer la voluntad del causante.

Realizado el procedimiento que impone el Protocolo de Actuación y habiéndose verificado que no existe manifestación expresa negativa, el profesional a cargo deberá identificar el momento oportuno y generar el contexto emocional adecuado —entendido como el que se genera posteriormente a la aceptación de la muerte, luego de haber atendido las problemáticas planteadas, facilitando el alivio emocional— para informar que el familiar o allegado es un donante de órganos y/o tejidos.

De todo lo actuado se debe dejar constancia en la historia clínica de la persona fallecida.

Uno de los puntos que generó discusiones doctrinarias es la edad establecida para manifestar la voluntad de donar los órganos, que es a partir de los 18 años, cuando se alcanza la mayoría de edad.

La Argentina ha ratificado la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, que goza de jerarquía constitucional (cf. artículo 75 inciso 22 C.N.), la cual se estructura sobre el principio de la autonomía progresiva del/la niño/a⁶. Bajo tal paradigma, el artículo 26 del Código Civil y Comercial de la Nación⁷ establece que “A partir de los dieciséis años el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo”.

⁶ Artículo 12 Convención Internacional sobre los Derechos del Niño.

⁷ BENAVENTE, María Isabel; *Las personas menores de edad, capacidad progresiva y cuidado del cuerpo y la salud en el CCyCN*; marzo de 2017; “consultado en”: [<http://www.salud.gob.ar/dels>]

De tal modo, el bloque de constitucionalidad federal (artículos 31 y 75 inc.22 de la Constitución Nacional) obliga a interpretar la ley 27.447 bajo ese marco⁸.

Más allá de las consideraciones expuestas, la ley 27.447 determina que, en caso de que se trate de la disposición de los órganos de una persona menor de 18 años, la autorización para la extracción de los órganos y tejidos la deben dar ambos progenitores o el que se encuentre presente⁹ o el representante legal. En ausencia de las personas mencionadas, se debe dar intervención al Ministerio Púpilar¹⁰, quien puede autorizar la ablación.

Idéntica interpretación cabe para las personas sobre quienes se ha dispuesto judicialmente un sistema de apoyos para el ejercicio de su capacidad jurídica, aun cuando el texto de la ley 27.477 exige la capacidad para constituirse como donante.

En efecto, debe recordarse que la Argentina ha ratificado la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad —que goza de jerarquía constitucional (cf. artículo 75 inc.22 CN) —, la que se inscribe bajo el paradigma del modelo social de la discapacidad¹¹. En consecuencia, salvo que se hubiese declarado la incapacidad de la persona (medida de carácter excepcional, que se funda en la absoluta imposibilidad de que el sujeto pueda interactuar con su entorno y expresar su voluntad por cualquier modo, medio o formato adecuado y el sistema de apoyos resultare ineficaz)¹², deberá tenerse presente, al respecto,

⁸ En opinión contraria, se ha sostenido que “*si bien el artículo del Código Civil argentino considera al adolescente de 16 años como adulto en las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo, cierto es que dada la trascendencia del acto médico que significa un trasplante corresponde exigir mayoría de edad calificada (18 años) para la ablación de órganos, teniendo prevalencia la ley de trasplante de órganos (LTO) sobre el código de fondo por ser ley posterior y especial*” (cf. AGLIOZZO MOLINA, Paula; El “modelo argentino” de trasplante y los protocolos de actuación judicial – la “ley Justina”; “consultado en”: [[https://doi.org/10.37767/2591-3476\(2018\)05](https://doi.org/10.37767/2591-3476(2018)05)]

⁹ Se entiende que si el hijo tiene doble vínculo filial corresponderá a ambos adoptar la decisión de donar órganos; en caso de un hijo con un único vínculo filial, al único progenitor. Si la norma dispone que frente a la negativa de alguno de los progenitores la ablación no se concretará, no se comprende que la ley haya dispuesto que la autorización puede extenderla quien se encontrare presente.

¹⁰ Artículo 103 del Código Civil y Comercial de la Nación.

¹¹ “*Este modelo parte de la premisa de que la discapacidad es una construcción y un modo de opresión social y el resultado de una sociedad que no considera ni tiene presente a las personas con discapacidad. Asimismo, apunta a la autonomía de la persona con discapacidad para decidir respecto de su propia vida, y para ello se centra en la eliminación de cualquier tipo de barreras, a los fines de brindar una adecuada equiparación de oportunidades*” (cf. ROSALES, Pablo O. (comp); *Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (ley 26.378) Comentada*; Buenos Aires, Abeledo Perrot; 2012, pp.156/157).

¹² Artículo 32 del Código Civil y Comercial de la Nación.

si se ha dispuesto alguna medida de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica. Es importante recordar que la capacidad general de ejercicio de la persona humana se presume (aun cuando se encuentre internada en un establecimiento asistencial) y que las limitaciones a la capacidad son de carácter excepcional.

Como se sabe, la decisión de donar los órganos implica el ejercicio de un derecho personalísimo, de modo tal que es evidente que tal manifestación de la voluntad no puede ser suplido por un curador que lo represente. Sin embargo, es de destacar que el sistema de apoyos para el ejercicio de la capacidad no implica la sustitución en la toma de decisiones, sino que, por el contrario, persiguen promover la autonomía y facilitar la comunicación, la comprensión y la manifestación de voluntad de la persona para el ejercicio de sus derechos (cf.art.43 del Código Civil y Comercial de la Nación).

En suma, para decidir sobre tal cuestión habría que estar a los alcances de la sentencia judicial.

La ley 27.447 también regula la donación de órganos y tejidos en el supuesto de muerte violenta, que exige la autorización del juez de la causa antes de proceder a la extracción de los órganos y tejidos. A tal efecto, el juez interviniente dispondrá la intervención del médico forense para que le informe si la extracción de órganos no afecta la autopsia. De tal modo, dentro de las cuatro horas de diagnosticado el fallecimiento, el juez debe informar al INCUCAI o al organismo provincial correspondiente si autoriza o no la donación. De autorizarla, deberá detallar cuáles son los órganos o tejidos que se pueden donar —conforme lo dictaminado por el médico forense— y, de denegarla, deberá fundar su decisión.

Es así que el fallecimiento de una persona se determina tras la confirmación del cese irreversible de las funciones circulatorias o encefálicas, las que se deben reconocer mediante un examen clínico adecuado tras un período apropiado de observación, conforme el protocolo establecido por el Ministerio de Salud de la Nación con el asesoramiento del INCUCAI.

La hora del fallecimiento del paciente es aquella en que se completó el diagnóstico de muerte. La certificación del fallecimiento debe ser suscripta por dos médicos, uno de los cuales debe ser neurólogo o neurocirujano. Ninguno de ellos debe ser el médico o integrante del equipo que realice ablaciones o implantes de órganos del fallecido.

En consonancia con los principios estatuidos en el artículo 3 de la ley, obliga al establecimiento donde se realice la ablación la restauración estética del cadáver sin cargo alguno para los sucesores del fallecido, confiriéndole un trato digno y respetuoso.

Se prohíbe la extracción de órganos cuando no se hubiese cumplido con los requisitos establecidos en la ley; cuando se deba practicar sobre el cadáver de una mujer en edad gestacional y no se hubiere verificado la inexistencia de embarazo en curso; cuando el profesional interviniente hubiese atendido al fallecido durante su última enfermedad o hubiere diagnosticado su muerte, cuando no se respeten de voluntariedad, altruismo o gratuidad.

La ley 27.477 también autoriza la extracción de órganos, tejidos y células para trasplante en personas vivas siempre que se estime que no va a causar un grave perjuicio a la salud del donante y existen posibilidades de éxito para la salud del receptor. Los órganos y tejidos que se pueden donar en vida son: riñón, uréter; piel; elementos del sistema osteoarticular; córnea (en caso de enucleación del tumor y otra causa, si la córnea está en condiciones de ser injertada a otra persona); células progenitoras hematopoyéticas; pulmón; hígado; válvulas cardíacas de explante de corazón a receptores de trasplante cardíaco.

La legislación exige que para ser donante en vida se deber ser una persona capaz, mayor de 18 años¹³ (me remito a lo ya dicho en relación a que la interpretación de la ley 27.477 debe ser conforme con el bloque de constitucionalidad federal) y puede constituirse como tal siempre que el receptor sea su pariente consanguíneo o por adopción hasta el cuarto grado, o su cónyuge, o una persona con quien mantiene una unión convivencial. Es indispensable contar con el dictamen favorable de los profesionales a cargo de realizar el trasplante.

Ahora bien, no debe perderse de vista que el Código Civil y Comercial de la Nación “da un vuelco copernicano en la regulación de las relaciones de familia al colocar en el centro de la escena a la persona como principal objeto y objetivo de protección, quien debe elegir con libertad la forma de organización familiar que quiere integrar sin que el Estado a través de la ley le indique o favorezca una sola de ellas condicionando así dicha elección. En este contexto, se pasa de una “protección de la familia” como un todo sin tomar en cuenta las individualidades que ella involucra y como si fuera de un solo tipo, a una protección de la persona

¹³ Ya en 1980 la CSJN en el resonado fallo “Saguir y Dib” resolvió autorizar a la menor C.G.S.y D.(a quien le faltaban dos meses para alcanzar los 18 años) a que se le practicara la ablación de uno de sus dos riñones para ser implantado en su hermano.

en tanto miembro de un grupo social basado en las relaciones de familia en plural, con diferentes fisonomías¹⁴. En consecuencia, nada obstaría a que otro referente afectivo de los que no están taxativamente mencionados en la norma pueda constituirse como donante, a cuyo efecto será necesario promover la acción —a través del procedimiento judicial especial que la norma prevé (que se detalla en el punto siguiente) — tendiente a obtener la autorización judicial pertinente.

La ley introduce la donación cruzada¹⁵ que se permite cuando una pareja de donante y receptor no son compatibles para realizar un trasplante de riñón, autorizándose la donación cruzada con otra pareja que se encuentre en las mismas condiciones. Para ello, el donante y el receptor de la donación cruzada deben ser parientes consanguíneos o por adopción hasta el cuarto grado, cónyuges o una persona con quien mantiene una unión convivencial. La intervención solo puede realizarse una vez transcurrido el plazo de 48 horas desde el suministro de información a donantes y receptores o, en su caso, a los representantes legales. Todo lo actuado debe ser documentado y registrado, de conformidad con las normas que a tal efecto dicte el INCUCAI.

También se autoriza la donación de Células Progenitoras Hematopoyéticas (CPH)¹⁶, que son células que producen las células de la sangre (glóbulos rojos; glóbulos blancos, plaquetas). La persona capaz mayor de dieciocho años puede ser donante sin las limitaciones de parentesco más arriba enunciadas. La persona

¹⁴ HERRERA, M.; *Manual de Derechos de las Familias*; Provincia de Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2015, p.12

¹⁵ El precedente jurisprudencial lo constituye el fallo “Lanata”; “H., N. I y otros s/sumarísimo Ley 24.193” de fecha 12/02/2015

¹⁶ En el año 2009 el INCUCAI dictó la Resolución N° 69/09, con la finalidad de regular las actividades relacionadas con la captación, colecta, procesamiento, almacenamiento y distribución de células progenitoras hematopoyéticas (CPH) provenientes de la sangre ubicada en el cordón umbilical y la placenta (colectadas en institutos privados para uso autólogo) para ser destinados a uso alogénico cuando no hubiere indicación médica precisa de uso autólogo y asegurar que los procesos sean operados bajo programas de garantía de calidad. El 06.05.2014 en el marco de las actuaciones caratuladas “C., M. E. y otros c/ EN – INCUCAI -resol.69/2009 s/amparo ley 16.986” la CSJN -remitiéndose a los argumentos esgrimidos por la Sra. Procuradora Fiscal- resolvió declarar la inconstitucionalidad de la mencionada resolución al considerar que el INCUCAI se excedió en la reglamentación de un derecho ya que de las funciones y competencias que le son establecidas en diferentes normas, solamente le corresponde regular aquellas cuestiones que requieran de una normativa técnica referida a su materia. Respecto a la imposibilidad que establece la resolución de que los bancos tengan fines de lucro, considera que no nos encontramos frente a un caso de donación de CPH con fines trasplantológicos, sino a un supuesto de guarda de sangre y en consecuencia de CPH de cordón umbilical y placenta, cuya norma regulatoria es la Ley de Sangre N° 22.990 y sus reglamentarias y complementarias (Resolución M.S. N° 865/06), siendo autoridad de aplicación el Ministerio de Salud.

menor de dieciocho años también puede ser donante con autorización de su representante legal, pero solo cuando los vincule al receptor un parentesco (pariente consanguíneo o por adopción hasta el cuarto grado, cónyuges o una persona con quien mantiene una unión convivencial).

En tal sentido, es importante tener presente que las inasistencias en las que incurra el dador, con motivo de la ablación, a su trabajo y/o estudios, así como la situación sobreviniente a la misma, se rigen por las disposiciones que sobre protección de enfermedades y accidentes inculpables establecen los ordenamientos legales, convenios colectivos o estatutos que regulen la actividad del dador, tomándose siempre en caso de duda aquella disposición que le sea más favorable.

Solo pueden realizar las prácticas médicas de donación y trasplante los equipos de profesionales de salud registrados y habilitados por ante la respectiva autoridad de contralor jurisdiccional —conforme los requisitos exigidos al respecto por el INCUCAI—, la que cual debe informar de la gestión a la autoridad sanitaria nacional a fin de mantener la integridad del sistema. Los profesionales médicos que realicen diálisis o que indiquen a un paciente la realización de un trasplante deben registrar dichas circunstancias de acuerdo a las normas que dicte el INCUCAI.

El SINTRA (Sistema Nacional de Información de Procuración y Trasplante de la República Argentina) registra en tiempo real toda la actividad de listas de espera y asignación de órganos y tejidos con fines de implante. Todo paciente puede realizar el seguimiento de su situación pre y post trasplante ingresando a su ficha personal a través de la web con una clave de acceso personal que se otorga al momento de iniciar el proceso de inscripción en lista de espera.

Como ya se adelantó más arriba, los actos médicos regulados en la ley bajo estudio se realizan en los establecimientos médicos habilitados por la respectiva autoridad de contralor jurisdiccional, de conformidad con las normas que dicte el INCUCAI, encontrándose comprendidos los laboratorios para la tipificación de los antígenos del complejo mayor de histocompatibilidad de donantes y receptores, los bancos de tejidos y de células para trasplante.

V. Procedimiento judicial especial

La ley dispone que toda acción civil tendiente a obtener una resolución judicial respecto de cuestiones extrapatrimoniales relativas a la ablación e implante de órganos y tejidos es de competencia de los tribunales federales o provinciales en lo civil del domicilio del actor.

Aún cuando la letra de la ley es clara, se encuentran antecedentes jurisprudenciales donde la justicia federal se declaró incompetente para intervenir sobre tales cuestiones aduciendo que las normas sobre capacidad de las personas para ablación en vida de un órgano para trasplante, derechos personalísimos específicamente respecto de la disposición del propio cuerpo, pertenecen al derecho privado o común, comprendido en las facultades del Congreso de la Nación para dictar normas de derecho de fondo, conforme al art.75 inc.12 de la CN, sin que se alteren las jurisdicciones locales, correspondiendo su aplicación a los tribunales federales o provinciales según que las cosas o personas cayeren bajo sus respectivas jurisdicciones. Por ende, ese magistrado sostuvo que del articulado de la ley 27.447 de Trasplante de Órganos, Tejidos y Células no se desprendía de manera alguna un interés federal involucrado, ni que debiera intervenir como parte el Estado Nacional o sus organismos de aplicación, que en todo caso cumplen su función de contralor en el orden administrativo de acuerdo con lo establecido en dicha norma especial¹⁷.

En tal sentido, es evidente que la opción dada por el legislador —tendiente a que se promueva la acción judicial indistintamente en los tribunales ordinarios o federales— persigue facilitar el acceso a la justicia para que puedan resolverse sin más demora todas las cuestiones sobre la materia, por cuanto el fin de la norma no es otro más que construir una cultura de donación altruista de órganos, tejidos y células que eleve la tasa de donación para trasplantes en nuestro país.

No hay duda entonces que la competencia federal deriva de la aplicación e interpretación de una norma concerniente a la estructura del sistema implementado por el Estado Nacional en aras a garantizar el derecho a la vida, el respeto por la dignidad humana en todas sus dimensiones; el respeto por la autonomía de la voluntad como fundamento ético y legal de toda intervención

¹⁷ Fallo de fecha 09/09/2019, autos “F., S. A. c/ s/ autorización ley 24.447 s/civil y comercial -varios”, del JF Nro.1 de Córdoba.

médica, voluntariedad, altruismo y gratuidad en la donación... en suma, aquellas cuestiones regidas por la Constitución Nacional, las leyes que hayan sancionado y sancionare el Congreso y los Tratados públicos con naciones extranjeras (art.2 - 1 de la Ley 48).

Por otra parte, la ley 27.477 es una norma de carácter federal y constituye una expresión de una política pública en materia de salud, lo que se corrobora de la lectura del artículo 73 del mencionado cuerpo normativo, en cuanto invita a adherir a las provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, lo cual sería inapropiado si se tratase de una ley de derecho común¹⁸.

El procedimiento previsto en el orden federal es de carácter sumarísimo. Se exige la comparecencia personal del actor —quien debe concurrir con patrocinio letrado— y no se admite ningún tipo de representación por terceros. Con la presentación de la demanda firmada por el actor, se deberá acompañar todos los elementos probatorios tendientes a acreditar la legitimidad del pedido. Recibida la demanda, el juez interviniente debe convocar a una audiencia en un plazo no mayor a tres días. La audiencia debe ser tomada personalmente por el juez y en ella deben estar presentes la parte actora, el fiscal, el defensor de menores e incapaces¹⁹ —siempre que se den los supuestos previstos en el artículo 103 del Código Civil y Comercial de la Nación—, un perito médico, un perito psiquiatra y un trabajador social²⁰, designados previamente por el juez. Nada obsta a que el juez disponga la presencia de otros peritos, asesores o especialistas. La inobservancia de estos requisitos produce la nulidad de la audiencia.

En la audiencia, el juez, el fiscal, los peritos y —de corresponder— el defensor de menores e incapaces pueden requerirle al actor las aclaraciones que estimen necesarios y formularle todo tipo de preguntas; todo lo cual debe quedar asentado en forma detallada en el acta que debe labrarse.

Transcurridas las cuarenta y ocho horas de celebrada la audiencia, los peritos deberán elevar al juez actuante su informe. En el mismo plazo, el juez puede recabar todo tipo de información complementaria que le resulte necesaria. De todo lo actuado, se correrá vista al Fiscal y, de corresponder, al Defensor Público

¹⁸ Cf. voto del Dr. Eduardo Ávalos en ““F., S. A. c/ s/ autorización ley 24.447 s/civil y comercial -varios”, Cámara Federal de Córdoba, Sala “A”, fallo de fecha 20/09/2019.

¹⁹ La ley 27.447 hace referencia al asesor de menores. Sin embargo, la ley 27.149 lo denomina como Defensor Público de Menores e Incapaces.

²⁰ La ley 27.447 hace referencia a asistente social; Sin embargo, la 27.072 regula el ejercicio profesional de trabajo social.

de Menores e Incapaces, quienes deberán elevar su dictamen en el plazo de veinticuatro horas. El juez tiene cuarenta y ocho horas para dictar sentencia, la que puede ser apelable en relación con efecto suspensivo. El recurso de apelación debe interponerse de manera fundada en el plazo de cuarenta y ocho horas, debiéndose elevar las actuaciones al Tribunal de Alzada en el plazo de veinticuatro horas. El tribunal debe resolver el recurso en el plazo de tres días. El fiscal solo puede apelar si hubiere dictaminado en sentido contrario al juez. La inobservancia de las formalidades y requisitos establecidos en la norma (art.67) produce la nulidad de todo lo actuado.

El trámite está exento del pago de sellados, tasas, impuestos, o derechos de cualquier naturaleza.

VI. Conclusión

Sin lugar a dudas, la sanción de la ley 27.447 constituye un importante avance en el objetivo de fomentar la donación de órganos, con eje en el respeto de la dignidad humana, autonomía de la voluntad y solidaridad, a través de la introducción de la figura de donante presunto rígido. Se ha logrado afianzar un sistema de procuración e implante de órganos y tejidos que pretende romper con los prejuicios y temores en torno a la muerte y destino de los órganos a través de información clara, precisa y acorde al nivel cultural de las personas intervinientes, y así elevar la tasa de donación para trasplantes en nuestro país.

Para seguir avanzando en tal objetivo, sería loable continuar consolidando la cultura de la donación altruista de órganos, tejidos y células, para lo cual, en mi humilde opinión, podrían reforzarse los derechos que le asisten a la persona donante (ej: señalar expresamente en la ley 26.682 —marco regulatorio de medicina prepaga— que haber sido donante no puede constituir un rechazo de admisión —más allá de lo establecido en la ley 23.592—, ni tampoco ser tratado tal acto como carencia o “enfermedad” preexistente. Otra forma podría ser el de garantizarle el acceso a la justicia —a los fines previstos en el proceso judicial sumarísimo que la ley regula— con el patrocinio jurídico gratuito, a través de diversos organismos). En efecto, si el acto de donar obedece a un fin altruista, solidario y desinteresado, no parece razonable que la persona —por haber tomado tal decisión— deba en un futuro acarrear con cuestiones que obstaculicen

o pudieren obstaculizar el desarrollo de su vida, además de que podría desalentar a que otros sujetos se constituyan como donantes en vida.

Por último, sería importantísimo que los juzgados y tribunales federales del interior del país pudiesen contar con equipos técnicos que —a través de sus aportes derivados de sus conocimientos científicos— puedan coadyuvar a una solución justa en los conflictos que se plantean.

LAS NOTIFICACIONES ELECTRÓNICAS EN LOS AMPAROS DE SALUD

LUIS EZEQUIEL RECIO BOGNI*

I. Introducción

Las presentaciones de amparos de salud son una realidad que se vive cotidianamente a lo largo y ancho de los tribunales de nuestro país. Esta situación generalmente —sin perjuicio de las competencias locales— se verifica en la justicia federal de la mayoría de las provincias argentinas que es la receptora de estos procesos.

El juicio de amparo es un proceso de naturaleza constitucional, calidad que también tiene el derecho a la salud, de modo tal que sería posible empalmar el derecho con la garantía y sostener que el juicio de amparo es una de las vías más eficaces que tiene la protección de la salubridad pública en general y particular, en todos sus alcances y dimensiones¹.

Esto es así ya que los procesos de amparo relativos a cuestiones de salud, llevados adelante contra personas jurídicas prestadoras de servicios de salud; obras sociales —regidas por las leyes 23.660/23.661—, empresas de medicina prepaga —Ley 26.682—, dadores de servicios de salud e incluso el Estado Nacional; están sometidos exclusivamente a la jurisdicción federal —art. 38, Ley 23.661—.

Dentro del marco conceptual, procesal y práctico de los amparos de salud, nos dedicaremos a desentrañar, analizar y explicar las notificaciones electrónicas. Estas son fruto de los avances tecnológicos, por ahí acelerados por la pan-

* *Abogado/Procurador —Universidad Nacional de Córdoba—. Secretario del Juzgado Federal No.1 de San Juan. Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales —Universidad de Mendoza—. Posgrado en Derecho Procesal Civil -Universidad Católica de Cuyo-*.

¹ GOZAÍNI, O. “Derecho a La Salud y Juicio de Amparo”, 1ra. ed., Santa Fe, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2022, pág. 9.

demia que atravesamos y, en conjunto con la relativamente nueva legislación que “autoriza la utilización de expedientes electrónicos, documentos electrónicos, firmas electrónicas, firmas digitales, comunicaciones electrónicas y domicilios electrónicos constituidos, en todos los procesos judiciales y administrativos que se tramitan ante el Poder Judicial de la Nación, con idéntica eficacia jurídica y valor probatorio que sus equivalentes convencionales”².

Las últimas décadas del siglo pasado —y las primeras del corriente— nos muestran la irrupción —en todos los ámbitos de la existencia humana— de muchas tecnologías novedosas que se aglutinan bajo el nombre de TIC (Tecnologías de la Información y Comunicación). Es evidente y esperable que esta entrada en escena de las nuevas tecnologías al incidir sobre la vida y relaciones de las personas termine impactando. Lo electrónico aparece así, con su fuerza imparable, en la mayoría de los ámbitos de la vida jurídica³.

II. Amparos de salud y notificaciones electrónicas

Recordemos que el aspecto procesal de los amparos de salud, se encuentra vinculado con el derecho de fondo, fundado principalmente en el sustrato constitucional y los Tratados Internacionales suscriptos por nuestro país y demás legislación inferior.

Este juicio ha tenido su operatividad en dos tipos de procesos, el que surge de la Ley 16.986 —Amparo Ley— y el que se colige de los arts. 321 inc. 2 y 498 del CPCCN —Amparo Sumarísimo—.

Usualmente, en estos procesos cuando se afectan derechos o garantías relativas a la salud individuales o de grupos de personas —Amparo Colectivo—, reconocidos por la Constitución Nacional, un tratado o una ley; si el acto u omisión procede de un particular el trámite que se les otorga es el Amparo Sumarísimo; si el acto u omisión lesiva proviene de autoridad pública, el tipo de proceso que se determina es el Amparo Ley.

A la regulación propia de la acción de amparo del art. 43 de la Constitución Nacional. Se la asocia “el derecho a la salud es uno de los derechos fundamentales que forman parte del derecho a la vida. Su deber de protección compromete

² Art. 2 Ley 26.685 B.O. 07/07/2011.

³ QUADRI, Gabriel Hernán, Prólogo, en BIELLI, Gastón E. y ORDOÑEZ, Carlos J. “*La Prueba Electrónica: teoría y práctica*”, 1ª ed., CABA, Ed. La Ley, 2018, pág. XXX.

la responsabilidad personal, con el debate sobre las libertades que se tienen para ello (v.gr., consumo de estupefacientes, adicciones al tabaquismo o alcohol; entre otros), y la del Estado que debe proveer lo necesario para que la población tenga un sistema de salud adecuado, con niveles de acceso igualitario y soluciones políticamente razonables.

En ambos casos, el derecho a la salud forma parte del elenco de los derechos implícitos, con residencia particular en el artículo 42 de la Constitución Nacional que extiende a terceros la obligación de cuidado y atención (se refiere a las relaciones de consumo, que se pactan con la asistencia médica particular pre-pago)⁴.

Pero adentrémonos en las notificaciones electrónicas en estos tipos de procesos.

III. Notificaciones electrónicas

Las notificaciones electrónicas surgen de la incorporación de la tecnología, estos mecanismos técnicos y de comunicación que desarrolló la humanidad y, más precisamente con los adelantos generados por internet y la computación, permitieron la posibilidad de comunicar las decisiones judiciales a las partes de un proceso.

Simplemente cabe destacar como estos adelantos de la humanidad se fueron incorporando en algunos lugares más rápido en otros a menor velocidad, pero llegaron a las actividades de las personas, esto permitió que el ingreso de la tecnología influya en todas las actividades humanas y, por lógica al campo del Derecho, a sus órganos de justicia y a sus operadores jurídicos debía llegar.

En efecto, evolucionamos del expediente papel al expediente digital —Sistema Lex 100—, avanzamos de las cédulas en formato papel a las cédulas digitales que son consecuencia de las notificaciones electrónicas.

A modo de ejemplo, podemos mencionar que en lo que respecta a nuestra profesión, escritos, cédulas, mandamientos, oficios y un largo etcétera, se pueden al día de hoy confeccionar y remitir de forma remota, a través de los portales web del Poder Judicial de la Nación y del Poder Judicial de la Provincia de Bue-

⁴ GOZAÍNI, O. “Derecho a La Salud y Juicio de Amparo”, 1ra ed., Santa Fe, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2022, pág. 136.

nos Aires, a los correspondientes Juzgados y/o Tribunales Nacionales y/o Provinciales para su respectivo despacho, confronte o diligenciamiento⁵.

Todo se encuentra orientado al logro de un solo objetivo, “el expediente digital” o “expediente informático”, debiendo ser este el próximo gran hito en lo que refiere al porvenir del esquema jurídico argentino.⁶

Empero lo clásico perdura en el tiempo, por eso encontramos conceptos, ideas y definiciones que se han transformado con la irrupción de la era digital, no obstante, su sustrato, génesis y origen se mantiene; pero luego se cohesiona y conjuga con este aporte de la nueva época, dando comienzo y desarrollo a las herramientas tecnológicas que en nuestra vida y trabajo solemos utilizar.

Por eso, repasemos un poco el proceso para después sumergirnos en el mundo digital.

3.1. Las notificaciones

Las notificaciones son los actos dentro de un proceso judicial a través de los cuales se pone en conocimiento el contenido de una resolución judicial, decreto o providencia a los intervinientes —partes— o terceros.

De lo expuesto se sigue la doble finalidad que persiguen las notificaciones: por un lado, en efecto, tienden a asegurar la efectiva vigencia del principio de contradicción y, en todo caso, determinan el punto de partida (*diez a quo*) para computar los plazos dentro de los cuales corresponde cumplir el acto o actos procesales ordenados, o bien, deducir las impugnaciones admisibles respecto de la resolución judicial de que se trate⁷.

En las notificaciones, si tiene lugar un acto de transmisión, en su aspecto formal se las denomina expresas; en cambio, si este acto se considera verificado por disposición de la ley o a raíz de actitudes asumidas por las partes y auxiliares, se las señala como tácitas.

Constituyen notificaciones expresas las que se practican en el expediente con la firma del interesado (art. 142, párr. 1 del CPCCN), las dirigidas al domi-

⁵ BIELLI, G. E. y NIZZO, A. L., “*Derecho Procesal Informático*”, 1ra ed., CABA, Ed. La Ley, 2019, pág. 4

⁶ *Ibidem*, pág. 4.

⁷ PALACIO, L., “*Derecho Procesal Civil*” Quinta edición actualizada, CABA, Ed. Abeledo Perrot, 2021, tomo III, pág. 2297.

cilio del destinatario mediante cédula, telegrama, carta documento, también corresponde comprender los edictos. Debería incluirse en este elenco —como notificación expresa— la notificación electrónica dispuesta por la Acordada 31/2011 por la Corte Suprema de Justicia de la Nación⁸.

Son notificaciones tácitas las que se consideran realizadas determinados días de la semana fijados por la ley o por el órgano judicial (v. gr., art. 113, CPCCN) o a raíz del retiro del expediente por la parte interesada, o por su abogado o apoderado (v.gr., art. 134 del CPCCN), de la presentación de cédulas (v. gr., art. 137 del CPCCN) y de otras actitudes de las que cabe presumir el conocimiento de una resolución⁹.

Avanzando en nuestro razonamiento, se deben conciliar todas las reglas y normas —art. 137 CPCCN, Ley 22.172, entre otras— referidas a la validez y eficacia de las notificaciones, con lo digital/electrónico. Se cohesionan las formas tradicionales con lo moderno, siempre teniendo en cuenta las adaptaciones imprescindibles que deben de tener las notificaciones electrónicas, con base en su soporte y formato que garantice el derecho de defensa del receptor de la comunicación.

En particular, se debe cumplir con lo establecido en art. 137 del CPCCN, asimismo acompañando las copias digitales que sean necesarias de acuerdo al decreto o resolución que se ponga en conocimiento. En el caso en que se notifique por oficio u oficio ley 22.172 se tiene que cumplir adecuadamente la reglamentación.

En definitiva, la notificación electrónica es un medio de notificación fehaciente que, a diferencia del soporte papel al cual estamos acostumbrados, se materializa en formato electrónico-digital. En la órbita de la Administración de Justicia, nacen como una opción inmediata para lograr que los procesos judiciales que utilicen este medio se desenvuelvan con una mayor rapidez y economía procesal¹⁰.

Todo este espectro electrónico digital es aplicable a los Amparos de Salud, ya sea determinado su proceso en Amparo Ley 16.986 o Amparo Sumarísimo. Consecuentemente, las notificaciones electrónicas tienen su operatividad conjugando su funcionalidad de la nueva era con los requisitos establecidos en el CPCCN y la reglamentación vigente.

⁸ *Ibidem*, págs. 2298/2299.

⁹ *Ibidem*, pág. 2300.

¹⁰ BIELLI, G. y NIZZO, A. “*Derecho Procesal Informático*”, 1ra. ed., CABA, Ed. La Ley, 2019, pág. 251.

3.2. Domicilio electrónico

La Corte Suprema de Justicia de la Nación instauró y regló el Sistema de Notificaciones por Medios Electrónicos —SNE—, (Acordadas 3/2012, 29/2012, 35/2012, 36/2012, 43/2013, 38/2013 y 3/2015): “Todas la notificaciones de providencias, resoluciones sentencias que deban practicarse personalmente o por cédula, se realizarán en el código de usuario que el beneficiario deberá haber constituido como domicilio electrónico...” art. 4 Acordada 31/2011, y en el Anexo I se dispuso que: “A los fines de gestionar y verificar las notificaciones recibidas en el repositorio del usuario, se deberá ingresar a través del código de usuario y la contraseña otorgados de acuerdo con el procedimiento descripto”¹¹. Es necesario recordar que el domicilio electrónico es el CUIL o CUIT del letrado o parte interviniente en un proceso judicial con la aptitud de ingresar al Sistema de Gestión Judicial, que previamente ha cumplido con la carga online de los requisitos y ha sido validado por funcionario judicial.

Por ello, se implementó la Identificación Electrónica Judicial con la finalidad que todos los auxiliares de la justicia accedan al sistema, obteniendo la información de las comunicaciones judiciales bajo un formato seguro. De ahí que la falta de constitución del domicilio electrónico autoriza a aplicar el art. 41 primer párrafo del CPCCN, equiparándolo prácticamente al domicilio legal.

3.3. Las notificaciones de las demandas de los amparos de salud

Un aspecto que se escapaba a la posibilidad de notificar electrónicamente, en base a la reglamentación, de todo tipo de procesos es el traslado de la demanda. Recordemos que existe un reglamento para el ingreso de causas por medios electrónicos, sorteos y asignación de expedientes aplicables a todos los tribunales nacionales y federales del Poder Judicial de la Nación —Acordadas 16/2016 y 5/2017 CSJN—.

Otros supuestos que no pueden ser notificados electrónicamente son la resolución que dispone la citación de personas extrañas al proceso al tener que efectuarse a un domicilio físico denunciado, las sentencias definitivas y las in-

¹¹ LEGUISAMÓN, H., “*El día después de la cuarentena*”, consultado en fecha 19/10/2022 [<http://www.casm.org.ar/m/notiver.asp?3652>]

terlocutorias que deban realizarse en formato papel y las notificaciones que deban cursarse en el domicilio real (como ejemplos podemos mencionar, la declaración de rebeldía, la citación a prestar declaración testimonial), ya que deben realizarse a un domicilio físico¹².

El aspecto relativo a la notificación del traslado de la demanda ha sido subsanado a través de la Resolución 14.314 de la Cámara Federal de Apelaciones de Mendoza, en materia de amparos de salud, que establece casillas de correo electrónico de los prestadores de servicio de salud donde se puede notificar electrónicamente los traslados de demanda y las medidas cautelares, y es aplicable a los procesos de esa jurisdicción.

Avancemos más, vamos a la reglamentación de lo digital/electrónico.

IV. La legislación y reglamentación de lo electrónico

Al comenzar a exponer sobre el título de este apartado, no puede dejar de mencionarse la madeja de normas que fueron permitiendo la irrupción de lo digital, comenzando por la Ley 26.865; siendo esta el punto de partida para la adopción del expediente digital en la esfera del Poder Judicial de la Nación¹³. “Autorízase la utilización de expedientes, documentos, firmas, comunicaciones, domicilios electrónicos y firmas digitales en todos los procesos judiciales y administrativos que se tramitan ante el Poder Judicial de la Nación, con idéntica eficacia jurídica y valor probatorio que sus equivalentes convencionales”.

En el texto legal también se determinó que la Corte Suprema de Justicia de la Nación y el Consejo de la Magistratura de la Nación, de manera conjunta, reglamentarán su utilización y dispondrán su gradual implementación —art. 2—.

Asimismo, merecen su mención la Ley 25.506 de Firma Digital, su Decreto 182/2019 reglamentario, la Ley 27.446 de Simplificación y Desburocratización de la Administración Pública Nacional y el Decreto 892/2017 de Firma Digital remota.

Respecto a la gradual implementación de lo electrónico/digital, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, sin temor a pasar por alto alguna, dictó las Acordadas, 31/2011, 3/2012, 8/2012, 29/2012, 14/2023, 15/2013, 24/2013, 35/2013,

¹² BIELLI, G. y NIZZO, A. “*Derecho Procesal Informático*”, 1° ed., CABA, Ed. La Ley, 2019, pág. 278.

¹³ BIELLI, Gastón. E. y NIZZO, Andrés L. “*Derecho Procesal Informático*”, 1° ed., CABA, Ed. La Ley, 2019, pág. 189.

36/1013, 38/2013, 43/2013, 2/2014, 6/2014, 7/2014, 11/2014, 2/2015, 3/2015, 12/2015, 13/2015, 24/2015, 35/2015, 16/2016, 12/2020 y 31/2020. A lo que cabe agregar las Resoluciones 2998/2014 y 2028/2015 del Poder Judicial de la Nación.

Todo este compendio normativo, en principio se congració, surgió y se evolucionó con el cambio de paradigma de lo electrónico/digital y las nuevas tecnologías, incluido el proceso de despapelización e instalación del expediente digital; no es mi propósito referir normas sin más, pero no puede dejarse de lado su mención, ya que no incluirlas puede determinar un examen parcial del tema.

Luego se vinculó con la pandemia de COVID-19 y las consecuentes regulaciones de emergencia que surgieron por parte del Poder Ejecutivo Nacional, y las concordantes disposiciones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y Tribunales inferiores. Esto permitió converger en la Resolución 14.314 de la Cámara Federal de Apelaciones de Mendoza.

Nos dirigimos a las notificaciones electrónicas de las demandas de amparos de salud.

V. La Resolución 14.314 de la Cámara Federal de Apelaciones de Mendoza^{14 15}

La Cámara Federal de Apelaciones de Mendoza —en Resolución 14.314 de fecha 28/08/2020—, considerando que la tramitación de expedientes se realiza por medios electrónicos y digitales —Sistema Lex 100—, pero el traslado de la demanda en cumplimiento del CPCCN se realiza en formato papel, en el marco de la pandemia; teniendo presente que muchas de las oficinas de obras sociales y empresas de medicina prepaga estaban cerradas sin atención al público.

En el contexto de pandemia de COVID-19 y con el objeto de avanzar en la búsqueda de soluciones que acerquen a las partes en el proceso judicial, en ejercicio de facultades de de Superintendencia, se conformó una “Comisión de implementación operativa del Expediente Electrónico”, posteriormente de una reunión a requerimiento de la Comisión de Salud del Colegio de Abogados de Mendoza; luego se invitó a todas la personas jurídicas a adherir a la funcionalidad

¹⁴ Se puede consultar en <https://www.cij.gov.ar/sentencias.html>

¹⁵ Texto elaborado en base a la Resolución 14.314 CFAM, *passim*.

dad de traslado de las demandas a domicilios electrónicos previstos en el apartado 9 de la Acordada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación No. 3/2015.

Esto surgió en el marco de la Acordada 31/2020 dentro de los Protocolos de Actuación, apartado “IV. Teletrabajo” punto 2, y con miras a garantizar de manera primordial el derecho a la salud, se estimó pertinente solicitar a todos los prestadores de salud a fijar domicilio electrónico en el ámbito de la Cámara Federal de Apelaciones de Mendoza y para todos los Juzgados Federales que se encuentran bajo su Superintendencia.

En base a las fundamentos reseñados la Cámara Federal de Apelaciones de Mendoza resolvió solicitar a todas las persona jurídicas que presten servicios de salud adherir a la funcionalidad de traslado de demandas en los domicilios electrónicos previstos en el apartado 9 de la Acordada CSJN No. 3/2015; requerir a la Superintendencia de Servicios de Salud que informen los correos electrónicos fijados por la personas jurídicas; disponer que, una vez fijado domicilio electrónico, la demandada sea notificada en el mismo de todos los traslados de demandas que se presenten a partir de la fecha e instruir a la Secretaria de Superintendencia, proceda a realizar al registración de todas las personas jurídicas que fijen domicilio electrónico a los fines de la notificación de los traslados de demandas y notifique a los Juzgados de la jurisdicción.

Finalmente, en los Anexos de la Resolución se determinaron los prestadores de salud y los correos electrónicos de cada uno de estos, donde pueden ser notificados electrónicamente. Por supuesto, se le dio una amplia difusión para el conocimiento de los interesados.

5.1. Su funcionamiento práctico

En la praxis se remite las notificaciones electrónicas a la casilla de correo electrónico de la entidad u organismo demandado, cumpliendo con los requisitos propios de la cédula u oficio determinados en el CPCCN y legislación aplicable.

En las notificaciones electrónicas de demanda, en la cédula digital debe cumplirse con los requisitos establecidos en el art. 137 del CPCCN, y además se tiene que acompañar la demanda y documentación —digitalizada— para garantizar el derecho de defensa de la accionada.

En las notificaciones electrónicas de medidas cautelares, en la cédula digital se debe cumplir con los requisitos del art. 137 del CPCCN, no es necesario acompañar la demanda y documentación digitalizada —ya que se hace en el traslado de demanda—; y, en caso de que se haya determinado que sea firmada por el secretario o prosecretario el instrumento de notificación —párrafo 4 art. 137 del CPCCN—, debe contener la firma electrónica de estos últimos o la firma de puño y letra.

En el Juzgado Federal No.1 de San Juan donde me desempeño, a la providencia de inicio de amparos de salud, ya sea determinado el proceso en Amparo Ley o Amparo Sumarísimo; en la que se corre traslado de la demanda, se da vista al Procurador Fiscal y al Defensor de Menores, en caso de corresponder, se le agregó “De conformidad a la Resolución 14.314 y Anexos de fecha 09/11/2020 de la CFAM, se podrá notificar al correo electrónico previsto allí.”

Por último, es necesario poner de resalto que este sistema de notificaciones para amparos de salud no es obligatorio, y los actores son los que podrán utilizarlo o hacerlo en la forma tradicional.

VI. Relevamiento de las notificaciones electrónicas en lo Amparos de Salud

Es dable poner de resalto que realicé un relevamiento telefónico y por medio de WhatsApp con magistradas, magistrados, funcionarias y funcionarios, de primera y segunda instancia, abarcando las distintas jurisdicciones de la Cámaras Federales¹⁶, dedicados entre sus quehaceres a la temática que nos entretiene, a los fines de verificar si hay sistemas similares o parecidos al de la Cámara Federal de Apelaciones de Mendoza y, en definitiva, averiguar cómo se notifica el traslado de la demanda en los amparos de salud.

En primer lugar, quiero agradecer a todos los que evacuaron las consultas y me permitieron escribir estas líneas.

En segundo lugar, luego del análisis de las respuestas recibidas, no se ha podido constatar un sistema uniforme para notificaciones electrónicas como el detallado en el apartado anterior.

¹⁶ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, Cámaras Federales de Apelaciones de Bahía Blanca, de La Plata, de Salta, de Tucumán, de Córdoba, de Posadas, de Corrientes, de Rosario, de San Martín, de Resistencia, de General Roca, de Paraná y de Comodoro Rivadavia.

Es importante destacar, en lo que concierne a la notificación del traslado de demanda, que coexisten las notificaciones tradicionales en formato papel, todavía mayoritarias, con una tendencia a la disminución en su uso; con las notificaciones electrónicas que cada vez son más utilizadas; ya sea a casillas de correos electrónicos de las accionadas, con base en peticiones fundadas, con prestadores que han otorgado su consentimiento o en la modalidad que estime pertinente el tribunal. Estos formatos surgieron en la pandemia y todavía se siguen utilizando cuando las oficinas de los agentes de salud se encontraban cerradas y la forma de comunicarse era vía correo electrónico, telefónicamente o por WhatsApp.

Por otro lado, cobra vital trascendencia el Reglamento para el Diligenciamiento Electrónico de Oficios con Entidades Externas al Poder Judicial —DEOX— Acordada 15/2020 de la CSJN; según respuestas recibidas, que es utilizado para el traslado de demandas de amparos de salud, como primera opción en el caso que los agentes de salud estén incluidos en el sistema.

De modo que se infiere una tendencia a la notificación electrónica en los amparos de salud, en las formas relatadas, conjugando lo tradicional y lo moderno, formas y requisitos; siempre garantizando el derecho de defensa de los accionados.

VII. Conclusiones

Lo electrónico/digital hizo su irrupción con una fuerza vigorosa adecuada a la realidad de nuestra vida, primero abarcó campos distintos al Derecho, pero luego se incorporó a este, para posteriormente pasar a sus órganos de justicia y a sus operadores jurídicos, ya que debía llegar.

Se legisló, se reglamentó gradualmente —con idas, vueltas y muchas dudas—, pero esta existencia a la que todos tenemos que adaptarnos, perdurará, por ello deberíamos tener que olvidarnos definitivamente del expediente papel y pensar ahora en expedientes electrónicos, documentos electrónicos, firmas electrónicas, firmas digitales, comunicaciones electrónicas y domicilios electrónicos constituidos.

Lo cierto es que en los amparos de salud —Amparos Ley o Sumarísimos— funcionan, son usados y permiten un fenomenal ahorro de tiempo las notifica-

ciones electrónicas, siempre conjugando la nueva reglamentación, con las garantías propias del sistema y el CPCCN.

En la jurisdicción de Cuyo —Mendoza, San Juan y San Luis— de la Justicia Federal se puede notificar electrónicamente el traslado de la demanda y las medidas cautelares en los amparos de salud, con el mecanismo ya reseñado, que pensamos se trata de un engranaje muy útil, que podría ser replicado en los demás tribunales a lo largo y ancho del país, incluso influiría en la posibilidad de que surjan mejoras.

Definitivamente, en los amparos de salud, de conformidad con su vinculación constitucional, Tratados Internacionales, legislación inferior y con las normas procesales; lo fundamental es la recepción de las notificaciones electrónicas —que, incluso, permiten notificar el traslado de la demanda— ; esto derivó en una nueva vigencia de los principios de celeridad y economía procesal —en la faz procesal—, para honrar los derechos y garantías de las partes, y obtener resoluciones justas que respeten el ideal de justicia en el caso concreto, afianzando el Derecho a la Salud de modo general e individual.

DOS CUESTIONES PUNTUALES RESPECTO AL FALSEAMIENTO U OMISIÓN EN LA DECLARACIÓN JURADA EN EL CONTRATO DE SALUD

CECILIA SARMIENTO*

I. Introducción

La relación entre la empresa de medicina prepaga y sus afiliados se rige por el contrato respectivo y por un complejo marco regulatorio conformado por las Leyes 23.660, 23.661, 26.682 y 24.754; el Decreto No. 1993/11 (Reglamentario de la Ley 26.682), los Decretos del P.E.N. Nos. 492/1995 y 66/2019, la Resolución No. 201/02 del Ministerio de Salud de la Nación, las resoluciones dictadas por el Ministerio de Salud de la Nación y por la Superintendencia de Servicios de Salud, entre otras. Las empresas que presten servicios de medicina prepaga deberán cubrir, como mínimo, en sus planes de cobertura médico asistencial las mismas “prestaciones obligatorias” dispuestas para obras sociales (conforme a lo establecido por las leyes 23.660, 23.661 y 24.455, y sus respectivas reglamentaciones) y las prestaciones impuestas a todos los agentes de salud por las leyes 24.455, 24.901, 26.657, entre otras. La autoridad de aplicación es la Superintendencia de Servicios de Salud¹.

En el contrato de prestación médica prepaga, la entidad de medicina prepaga se obliga a dar asistencia médica y a brindar prestaciones de prevención, protección, tratamiento y rehabilitación de la salud humana (por sí o a través de terceros) a la contraparte, llamada asociado, usuario, beneficiario, o afiliado, y este se obliga al pago de un precio periódico. Las partes expresan su declara-

* *Secretaria del Juzgado Federal No. 1 de Corrientes.*

¹ La Superintendencia de Servicios de Salud es un organismo descentralizado dentro del ámbito del Ministerio de salud de la Nación que tiene a su cargo, entre otras tareas, el control de la razonabilidad de las cuotas de los planes de medicina prepaga, la autorización de los incrementos de estas, y la autorización de valores diferenciales debidamente justificados por enfermedades preexistentes, previa realización del pertinente procedimiento administrativo.

ción de voluntad y asumen sus respectivas obligaciones, suscribiendo un contrato bilateral, oneroso, de consumo, a través de una modalidad de adhesión voluntaria. Es condición para el ingreso a una empresa de medicina prepaga a través de un plan de prestaciones médicas que el usuario realice una declaración jurada acerca de sus datos de salud, que tiene por fin la detección de determinadas situaciones de preexistencias al contrato, que habilitan el cobro de una suma adicional a la cuota del plan seleccionado. O sea que quien pretende afiliarse a una empresa de medicina prepaga tiene la obligación de efectuar una declaración jurada, consignando una serie de datos que figuran en un formulario preimpreso que generalmente tiene numerosas páginas. La mayoría de las preguntas se responden marcando cruces, o consignando SI o NO. Las empresas de medicina prepaga no siempre informan debidamente a los afiliados, ni otorgan el tiempo necesario para completar la Declaración Jurada seria y responsablemente. En el afán de cerrar contrataciones, en muchos casos, los formularios son completados por los empleados de la empresa, y los afiliados solo firman los formularios, sin una previa lectura detallada y consciente de todas las páginas que lo integran. En los casos de planes familiares la mayoría de las veces quien contrata el plan suscribe y completa las declaraciones juradas de todos los miembros, aún cuando ellos sean capaces y mayores de edad.

El art. 9 de la 26.682 en su inc. 2 b) establece que la falsedad de la declaración jurada constituye una causal que permite a las empresas de medicina prepaga rescindir el contrato de salud. Ni este artículo ni el decreto reglamentario prevén un procedimiento administrativo ni judicial para que opere la rescisión contractual.

Cada vez son más frecuentes los amparos que se presentan en los tribunales federales, a raíz de desafiliaciones que las empresas de medicina prepaga llevan a cabo invocando el art. 9 de la 26.682 inc. 2 b), luego de remitir una carta documento en la que invocan ocultamiento/s o falseamiento/s en la declaración jurada². La pretensión de la parte actora consiste generalmente en obtener la nulidad o invalidez de la baja y/o rescisión contractual llevada a cabo por la empresa, su inmediata reincorporación/reafiliación, que se ordene la cobertura

² Descarto que el amparo es vía más idónea (art. 43 C.N.) para garantizar la plena vigencia y protección de los derechos constitucionales en juego, dado que la utilización de la vía ordinaria conllevaría un proceso más largo y complicado, y que los actores se encuentran en situación de vulnerabilidad porque se quedan sin cobertura de salud por la decisión unilateral de la entidad de medicina prepaga. Sin duda la urgente solución que otorga el proceso constitucional del amparo es imprescindible para evitar daños irreparables.

conforme al plan contratado, y el reintegro de lo abonado (medicamentos, insumos médicos, prestaciones, etc.) durante el tiempo en que la prepaga dio de baja al o a los afiliado/s.

El presente artículo no pretende abordar con profundidad ni integralmente el tema del “Falseamiento de la Declaración Jurada en el Contrato de Salud”, sino abordar dos cuestiones puntuales relativas a: 1) cuál debería ser el modo de proceder, ajustado a derecho, de las empresas de medicina prepaga, ante un posible falseamiento u omisión en la declaración jurada del afiliado, y 2) cuáles deberían ser la/s consecuencias, ajustada/s a derecho, que podrían generarse después de que la empresa de medicina prepaga acredite debidamente la mala fe del afiliado, teniendo en cuenta los derechos constitucionales involucrados y las características de consumo del contrato de salud.

El primer punto que propongo analizar es el siguiente: ¿Es adecuado a derecho el proceder de gran parte de las empresas de medicina prepaga, que rescinden los contratos y dejan sin cobertura a los afiliados sin llevar a cabo ningún procedimiento previo, de ninguna índole, y se limitan a remitir una carta documento en la cual invocan mala fe y el art 9, inc. 2, b) de la Ley 26.682?

La segunda cuestión que propongo analizar es la siguiente: ¿Cualquier falseamiento u omisión que acredite la entidad es suficiente para rescindir el contrato de salud, con independencia de cualquier otra circunstancia?

II. Los derechos constitucionales involucrados

El análisis de la decisión de rescisión de un contrato de salud por parte de la entidad de medicina prepaga debe ser realizado teniendo en cuenta las gravísimas consecuencias que se generan a partir de ello, dado que el afiliado (y muchas veces su grupo familiar) quedan sin cobertura social. Por ende, está en juego el derecho a la salud, que abarca el bienestar físico, psíquico y social, y está íntimamente relacionado con el derecho a la vida y con el principio de la autonomía personal (art. 19, Constitución Nacional). También están en juego los derechos esenciales a la integridad personal, y a la dignidad humana que, junto al derecho a la vida y a la salud, son inherentes a la persona humana, preexistentes a toda legislación positiva, reconocidos y garantizados por la Constitución Nacional³,

³ El derecho a la salud se encuentra garantizado en la Constitución Nacional: en el preámbulo

y por tratados internacionales⁴ cuya jerarquía constitucional le fue acordada en el art. 75, inc. 22 del nuevo texto de la Constitución Nacional. Tanto el Estado como los agentes de salud tienen el deber de garantizar los derechos esenciales a la vida, a la salud, y a la integridad de las personas, con acciones positivas y concretas (CSJN, Fallos 321:1684; 323:1339, entre otros).

III. Dos aspectos importantes a tener en cuenta respecto de los contratos de salud con empresas de medicina prepaga

3.1. Reglas de interpretación pro consumidor

Los contratos de prestación de salud con empresas de medicina prepaga se enmarcan en el ámbito de los contratos de consumo que, en el ordenamiento jurídico argentino, tienen específico rango constitucional (art. 42 de la Constitución Nacional) y no solo legal (Ley 24.240). Los afiliados tienen derecho, en la relación de consumo con estas empresas, a una información adecuada y veraz, a condiciones de trato equitativo y digno, etc.⁵. Se trata de contratos con

cuando estatuye que se debe velar “por el bienestar general”, en el art. 14 bis —derechos económicos y sociales entendidos como directrices del derecho a la salud—, el art. 42 —derecho a la salud en las relaciones de consumo—, art. 41 —al referirse al ambiente sano y equilibrado—, en el art. 33, como derecho implícito, y en el art. 75 incs. 19 y 23.

⁴ El derecho a la salud esta tutelado por el art. XI de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre; arts. 22 y 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; art. 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; art. 5 inc. d) de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; arts. 23 y 24 de la Convención de los Derechos del Niño, entre otros. A título ejemplificativo mencionaré el art. XI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre que prevé que toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad. En el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales se establecieron medidas que los estados partes deberían adoptar a fin de asegurar la plena efectividad del derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.

⁵ La Cámara Federal de Apelaciones de Corrientes confirmó un fallo del Juzgado Federal de Primera Instancia No.1 en el Expte. FCT No. 2268/2020 caratulado “Pi Jorge Roberto y Otros c/ Sancor Salud Grupo de Medicina Privada s/ Amparo contra Actos de Particulares”, del 1/2/2021, en el cual se hizo lugar a la acción impetrada y se ordenó a la parte demandada proceder de inmediato a la reafiliación de todos los actores, brindándoles las coberturas prestacionales según la normativa aplicable y el contrato suscripto. Se dijo expresamente que el contrato de salud, como contrato de consumo, está sujeto a las normas de defensa del consumidor que son a favor del usuario (art. 42 de la Constitución Nacional), que las garantías establecidas a favor del usuario no pueden ser desconocidas por las empresas prestadoras de servicios de salud, y que la conducta de la demandada de

cláusulas predisuestas, en los que los usuarios no pueden negociar las cláusulas y condiciones de contratación, y que deben ser ejecutados e interpretados con los lineamientos diagramados en defensa del consumidor. Las previsiones del Código Civil y Comercial de la Nación en relación con el consumo dispuestas en los art. 1093, 1094 y 1095, y el art. 37 y concordantes de la Ley 24.240 están en sintonía con la norma constitucional. Dichos artículos expresamente establecen que, **en caso de duda sobre la interpretación del Código o de leyes especiales, prevalece la más favorable al consumidor**, y que, cuando existan dudas sobre los alcances de su obligación, se estará a la que sea menos gravosa. La regla de interpretación “pro consumidor” exige que, en caso de contarse con más de una posibilidad interpretativa, el intérprete deba siempre adoptar la alternativa que resulte más favorable para el consumidor. Por ende, el art. 9 de la 26.682, inc. 2 b) debe ser interpretado correctamente en ese marco de protección del consumidor. La misma regla también exige que, ante la duda acerca de si hubo o no una conducta de falseamiento u omisión intencional en la declaración jurada del consumidor, debe prevalecer la interpretación a favor del consumidor.

3.2. Buena fe como fuente de deber de conducta de la empresa de medicina prepaga

La entidad de medicina prepaga, al igual que el afiliado, debe actuar de buena fe. Está fuera de toda duda que pesa sobre el afiliado la prohibición de mentir y de falsear u omitir datos intencionalmente al completar el formulario de adhesión o ingreso a la prepaga, pero el afiliado no es el único que tiene el deber de actuar con buena fe. El art. 961 del Código Civil y Comercial de la Nación establece que los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe, y que los mismos obligan no solo 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**. Debemos plantearnos cómo debería proceder la empresa de

dar de baja a todo un grupo familiar en forma intempestiva y dejarlos sin cobertura de salud en un contexto de pandemia mundial, sin informarles siquiera el motivo de la baja, resultaba irrazonable, injustificada y arbitraria. La parte actora solicitó información y explicaciones, y la parte demandada no cumplió su deber de buena fe contractual, y de brindar información veraz, cierta y detallada, causándole un daño gravísimo por haberlos dejado sin cobertura de salud y haber vulnerado lo dispuesto por los arts. 1, 3, 4, 8 bis —entre otros— de la Ley 24.240, y el art. 42 de la Constitución Nacional.

medicina prepaga, para actuar según el estándar objetivo de un contratante cuidadoso y previsor. La finalidad de la realización de la declaración jurada con carácter previo a la afiliación es que la empresa pueda verificar el estado de salud del afiliado y que, eventualmente, puedan determinarse posibles enfermedades preexistentes⁶ del contratante. Las entidades de medicina prepaga, sin duda, se encuentran en mejores condiciones tanto económicas como tecnológicas y de índole profesional para comprobar el real estado de salud de quienes solicitan afiliación. Por ejemplo, podrían exigir una revisión médica previa, exámenes médicos y análisis bioquímicos, la presentación de los estudios realizados durante el último año calendario, etc. Con esos elementos la empresa podría contar con la información médica necesaria para detectar patologías preexistentes y, en su caso, solicitar a la Superintendencia de Servicios de Salud, la autorización de valores diferenciales debidamente justificados y racionales para la admisión. Por lo tanto, a pesar de que la ley no lo exige, considerando que la empresa está en mejores condiciones que el afiliado para la detección de enfermedades preexistentes y que la buena fe es fuente de deber de conducta, la empresa debería adoptar ciertos recaudos con carácter previo a la afiliación. Dos son los argumentos que utilizan las empresas para no adoptar ningún tipo de recaudos: el primer y más fuerte argumento es que ni la ley ni la reglamentación exigen que la empresa realice ni auditorías médicas previas, ni exámenes médicos de ingreso, ni laboratorios bioquímicos. El segundo argumento se refiere al tiempo y a la onerosidad que insumiría la realización de estos exámenes y laboratorios médicos. Quienes defienden este argumento consideran que el sistema resultaría “totalmente inviable” si se exigiera esto a las empresas de medicina prepaga. Respecto al primer argumento, es indiscutible que la ley no le exige a la empresa de medicina prepaga la realización de exámenes, ni laboratorios bioquímicos, con carácter previo a perfeccionar el contrato. Fundamentalmente es indiscutible que no está prevista una consecuencia legal para la empresa por la no realización de estos exámenes y estudios previos a la afiliación. Pero el principio de buena fe y el estándar establecido en el art. 961 del Código Civil y Comercial de la Na-

⁶ Las enfermedades preexistentes son todas aquellas patologías diagnosticadas o no por un especialista, que existen con anterioridad a la afiliación a una prepaga. El art 10 de la ley 26.682 se refiere a “*Carencias y Declaración Jurada*” y dispone que las enfermedades preexistentes solamente pueden establecerse a partir de la declaración jurada del usuario y no pueden ser criterio del rechazo de admisión de los usuarios. La Autoridad de Aplicación (Superintendencia de Servicios de Salud) debe autorizar valores diferenciales debidamente justificados para la admisión de usuarios que presenten enfermedades preexistentes, de acuerdo a lo que establezca la reglamentación.

ción sí exige que la empresa de medicina prepaga adopte algunos recaudos mínimos, con carácter previo a perfeccionar el contrato de salud. Respecto del segundo argumento, cabe señalar que no es necesaria la realización de estudios ni exámenes muy costosos, ni muy específicos. Con la realización de un análisis de laboratorio básico y una revisión médica standard, y la previsión de que cada afiliado concorra con el tiempo suficiente para completar de manera responsable, y de puño y letra, el formulario de declaración jurada, la empresa podría determinar la existencia de muchas enfermedades preexistentes (dado que, ante la observación de determinados resultados, podría solicitar la realización de otros estudios más específicos, etc.). También podría solicitar la presentación de todos los estudios ya realizados durante el último año calendario. Con esos elementos la empresa podría contar con la información médica necesaria para detectar muchas patologías preexistentes. Ello no implicaría un aumento significativo de los costos de ingreso al sistema de medicina prepaga, y siempre sería preferible aumentar un poco los costos de ingreso a afrontar la terrible consecuencia que significa que la empresa luego rescinda imprevista y unilateralmente el contrato y deje a un afiliado sin cobertura cuando más lo necesita. **Entiendo que, si la empresa de medicina prepaga no adoptara esos recaudos mínimos, no actuaría acorde al deber de diligencia, según el estándar objetivo de un buen contratante cuidadoso y previsor, que es el estándar establecido en el art. 961 arriba mencionado.** La circunstancia de que la empresa de medicina prepaga adopte recaudos mínimos, debe ser un aspecto a tener en cuenta al momento de evaluar la razonabilidad de la decisión de la entidad de rescindir un contrato de salud⁷. No comparto la siguiente afirmación: “el sistema de ingreso por declaraciones juradas de salud, sin la exigencia de estudios médicos por parte de la prestadora, es una decisión legislativa sobre la que la judicatura no pueda inmiscuirse”. El legislador no lo exige y no previó consecuencias específicas vinculadas a ello pero, en virtud de lo establecido en el art. 961 del CCyC, y en cumplimiento del estándar allí exigido de un buen contratante cui-

⁷ Considero correcto que la Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba, en los autos caratulados “V., S. A. c/ Jerárquicos Salud s/ Afiliaciones” (Expte. FCB No. 85175/2018/CA1; Sala B; 20/11/2019) haya tenido en cuenta —para resolver el caso— que la parte demandada no arbitró los medios necesarios para comprobar el real estado de salud del accionante. Por su parte la Cámara Civil y Comercial Federal, Sala II, dijo que la omisión de solicitar al afiliado un examen médico previo, tendiente a determinar su estado de salud y fijar con precisión el alcance de la cobertura, en ningún caso puede perjudicar posteriormente al usuario” (“Benítez Leonardo Gabriel y otro c/ OSDE s/ amparo de salud”, Expte. No. 7877/15, Cámara Civil y Comercial Federal, Sala II; 14/02/17).

dadoso y previsor, considero que la empresa de medicina prepaga debe adoptar recaudos mínimos que permitan la detección de enfermedades preexistentes y, de ese modo, evitar que luego se deje sin cobertura de salud a un afiliado, de manera imprevista, en ejercicio de la facultad rescisoria establecida en el art. 9 de la Ley 26.682.

3.3. Interpretación razonable e integración de los artículos 9 y 10 de la ley No.26.682

El art. 9 establece la posibilidad de las empresas de medicina prepaga de rescindir el contrato con el usuario cuando incurra, como mínimo, en la falta de pago de tres (3) cuotas consecutivas o cuando el usuario haya falseado la declaración jurada.

Por su parte, el art. 10 dispone que los contratos entre prepagas y los usuarios no pueden incluir períodos de carencia o espera para todas aquellas prestaciones que se encuentran incluidas en el Programa Médico Obligatorio⁸, que las enfermedades preexistentes solamente pueden establecerse a partir de la declaración jurada del usuario y no pueden ser criterio del rechazo de admisión de los usuarios, y que la Autoridad de Aplicación autorizará valores diferenciales debidamente justificados para la admisión de usuarios que presenten enfermedades preexistentes, de acuerdo con lo que establezca la reglamentación⁹. Las empresas no están habilitadas a fijar directamente un valor diferencial y exigirselo a un futuro afiliado. Es la Superintendencia de Servicios de Salud la encargada de autorizar el cobro de una cuota diferencial a través de un trámite previsto en el art. 5 del Decreto No. 66/2019¹⁰.

⁸ Especifica el decreto reglamentario que los períodos de acceso progresivo a la cobertura (carencias) para los contratos celebrados entre los usuarios y las prepagas sólo pueden establecerse para el acceso a las prestaciones sanitarias superadoras o complementarias al Programa Médico Obligatorio (PMO) vigente.

⁹ El Decreto Reglamentario (modificado por el Decreto 66/2019) establece que Superintendencia de Servicios de Salud debe autorizar: (i) Las situaciones de preexistencia, que podrán ser de carácter temporario, crónico o de alto costo que regirán para todos los tipos de contratos. Especifica que las preexistencias de carácter temporario son aquellas que tienen tratamiento predecible con alta médica en tiempo perentorio, las de carácter crónico son aquellas que con el nivel científico actual no se puede determinar una evolución clínica predecible ni tiempo perentorio de alta médica, y las de alto costo y baja incidencia son aquellas en que el tratamiento pone en riesgo económico a las partes intervinientes; y (ii) Los valores de cuota diferencial para las preexistencias, sean éstas temporarias, crónicas y/o de alto costo, así como también la duración del período de pago de la cuota diferencial.

¹⁰ El art. 5 del Decreto No. 66/2019 establece: “Los sujetos comprendidos en el artículo 1° [Obras so-

La Corte Suprema de Justicia de la Nación recientemente revocó una sentencia dictada por la Cámara Federal de Mar del Plata que había confirmado la sentencia de primera instancia que había hecho lugar a un amparo promovido contra Swiss Medical S.A. con el objeto de obtener la cobertura de la prótesis de cadera con antibióticos y la correspondiente intervención quirúrgica e internación¹¹.

El fallo de la Cámara: (a) Reconoció el ocultamiento premeditado en el que incurrió el actor al completar su declaración jurada de admisión y consideró que la exclusión basada en dicha circunstancia se ajustaba al ordenamiento vigente; (b) entendió que el amparo debía prosperar, en virtud de lo establecido en el art. 10 de la Ley 26.682, que prohíbe denegar la afiliación por preexistencia y autoriza a percibir valores diferenciales de los usuarios que porten enfermedades al momento del ingreso; y (c) dejó subsistente el vínculo contractual y abrió la posibilidad de fijar una cuota diferencial, que debía ser autorizada por la Superintendencia de Servicios de Salud.

La Corte adhirió al dictamen del Procurador Fiscal, que entendió que: (d) El alcance atribuido por el juez de primera instancia al art. 10 de la Ley 26.682 conlleva una imposición ajena al régimen aplicable y neutraliza lo dispuesto por el art. 9, que habilita a las empresas prestadoras para rescindir el contrato cuando el usuario haya falseado la declaración jurada; (e) la inteligencia otorgada por el fallo impugnado a los arts. 9 y 10 de la Ley 26.682 resulta inadmisibles. Tanto la obligatoriedad de afiliar al postulante con preexistencias, prevista en el art. 10 de la Ley 26.682, como la expulsión por falsedad de la declaración jurada que autoriza el art. 9, coexisten dentro del marco regulatorio de la medicina prepaga, con lo cual, la interpretación dada por el juez inferior supone sustituir al legislador, optando por una solución diferente a la que éste adoptó y cuya adecuación constitucional no ha sido cuestionada; y (f) en el art. 10 se establece que las enfermedades preexistentes solo pueden establecerse a partir de la declaración jurada del usuario y que no pueden ser criterio del rechazo de su admisión. El legislador podría haber replicado, en el artículo 9, el criterio que eligió para la admisión del usuario con preexistencias y, por ende, vedar su exclusión e im-

ciales y Empresas de medicina prepaga] de la presente Reglamentación deberán presentar el requerimiento a la Superintendencia de Servicios de Salud para su aprobación quien deberá expedirse en un plazo máximo de 30 días, a partir de la presentación completa del trámite...”

¹¹ CSJN; “A., B. R. c/ Swiss Medical SA Medicina Privada s/ amparo ley 16.986”; FMP 1257 2/2016/CS1; 20/9/2022.

ponerle una cuota reforzada; pero, sin embargo, no lo hizo. No corresponde presumir la falta de previsión del legislador o atribuir a las normas un alcance que implique la tacha de inconsecuencia en el órgano del cual emanan.

Coincido en que resulta incoherente considerar que la rescisión contractual había sido ajustada al ordenamiento vigente, para luego concluir en que el amparo debía prosperar, invocando como argumento que el art. 10 de la Ley 26.682 prohíbe denegar la afiliación por preexistencia y autoriza a percibir valores diferenciales de los usuarios que porten enfermedades al momento del ingreso. También coincido con el fallo de la Corte en que los artículos 9 y 10 de la Ley 26.682 son claros, coexisten, y no puede entenderse que uno anula lo que estipula el otro. No puede ignorarse la facultad rescisoria establecida en el art. 9. Si bien en dicho artículo el legislador no vedó la exclusión del afiliado con preexistencias, ni estableció la aplicación de una cuota reforzada, tampoco se estableció como consecuencia necesaria la resolución del contrato. El art. 9 establece a favor de las empresas de medicina prepaga la facultad de rescindir unilateralmente el contrato, y dicha facultad debe ejercida razonablemente, respetando la jerarquía constitucional de los derechos humanos esenciales que están en juego. No se trata de anular lo que dispone expresamente el art. 9 de la 26.682, inc. 2 b), sino de interpretarlo en un marco jurídico constitucional y convencional de protección plena del derecho a la salud y a la vida. Se trata de determinar si la rescisión contractual llevada a cabo fue ajustada al ordenamiento jurídico. Si la conclusión es que sí fue ajustada a derecho, no se debería hacer lugar al amparo.

Las dos cuestiones que analizo en el presente artículo son atinentes al ejercicio razonable de la facultad de rescindir el contrato por parte de la empresa de medicina prepaga, establecida en el art. 9 mencionado. Si no se ejerce razonablemente la facultad de rescindir el contrato de salud, y la misma reviste carácter de intempestiva, abusiva y desproporcionada, entonces no puede considerarse que la rescisión es ajustada al ordenamiento vigente.

IV. Necesidad de un procedimiento en el que el usuario pueda ejercer su derecho a defensa antes de rescindir el contrato de salud y dejar sin cobertura al afiliado

Usualmente las empresas de medicina prepaga rescinden los contratos y dejan sin cobertura al afiliado, sin llevar a cabo ningún procedimiento previo, de nin-

guna índole, y limitándose a remitir una carta documento en la cual invocan mala fe y el art 9 de la Ley 26.682. Si bien la empresa de medicina prepaga tiene la facultad de rescindir el contrato de salud ante una situación acreditada de la mala fe en el falseamiento u ocultamiento en la declaración jurada, dicha facultad no puede ser ejercida de cualquier modo, sino de manera razonable y respetando el marco jurídico constitucional y convencional de protección plena del derecho a la salud. **No es suficiente acusar al afiliado de haber mentido y de haber actuado de mala fe. La mala fe es un extremo que debe ser acreditado.** En la mayoría de casos venidos al Tribunal el afiliado inicia una gestión administrativa para solicitar la autorización de una prestación específica, generalmente costosa, indicada por su médico tratante (cirugía, medicamento, estudios, prótesis, etc.). A raíz de ello, el departamento de auditoría medica de la prepaga “*identifica*” que la patología que se está pretendiendo tratar el afiliado podría haber existido cuando se le dio de alta, presume que este omitió declararla intencionalmente o que falseó maliciosamente determinadas respuestas, y le rechaza la autorización. La mayoría de las veces los afiliados ni siquiera son notificados de la decisión de rescisión contractual y se enteran cuando son anunciados verbalmente de que no fue autorizada la cobertura solicitada y que fueron dados de baja. Otras veces el afiliado recibe una carta documento en la que la empresa le notifica que, luego de un “proceso investigativo” (que no explican en que consistió y del que el afiliado no participó), la prepaga tomó la decisión de darlo de baja por falseamiento de la declaración jurada, invocando el art. 9 de la Ley 26.682.

Teniendo en cuenta la jerarquía de los derechos humanos esenciales que están en juego y la gravísima consecuencia que implica que una persona quede sin cobertura de salud, considero que **esta vía de hecho que utilizan las empresas de medicina prepaga no es ajustada a derecho**, ni válida constitucionalmente, pudiendo ser calificada como arbitraria.

La empresa de medicina prepaga no solo debe acreditar la existencia de ocultamiento o falseamiento de datos (o sea que se consignaron datos erróneos, información equivocada o inexacta respecto a los datos reales), sino que también debe acreditar la mala fe del afiliado en los términos del art. 961 del CCyC. (o sea, que el afiliado tenía conciencia respecto a la falta de adecuación de los datos aportados, respecto de la real situación sanitaria). En otras palabras, no solo es necesaria la verificación de una falta de correspondencia entre los datos apor-

tados y la realidad, sino la intencionalidad del afiliado de consignar información inexacta u omitir el suministro de detalles que les fueron requeridos¹². El art. 4 del Decreto 66/2019 —que sustituye el art. 9 del Decreto No. 1993/11— dispone que **para que la entidad pueda resolver con justa causa el contrato celebrado (por falsedad de la declaración jurada), 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**. Especifica que la falta de acreditación de la mala fe del usuario determinará la ilegitimidad de la resolución. Por lo tanto, la mala fe no se presume, sino que es un extremo que debe ser debidamente acreditado. La empresa debe probar de manera concluyente que el afiliado conocía la enfermedad preexistente, e intencionalmente informó mal, u omitió informar al momento de suscribir la declaración jurada. El referido art. 4 del Decreto 66/2019 es claro respecto de **la carga de la prueba: es la entidad de medicina prepaga la que debe acreditar que el usuario no obró de buena fe**. También el régimen de defensa al consumidor establece que la carga de la prueba nunca puede recaer sobre el consumidor (art. 37, inc. c; Ley 24.240)¹³. Una vez producida la prueba debe resultar concluyente que el afiliado conocía la patología que lo aquejaba para poder concluir que falseó los datos contenidos en la declaración jurada al momento de afiliarse. La Cámara Civil y Comercial Federal, Sala II dijo en diversas oportunidades que la carga de la prueba del conocimiento de la patología preexistente del actor —que invocó sin poder demostrar— recae sobre la empresa de medicina prepaga¹⁴. La Cámara Federal de Apelaciones de Corrientes en el precedente “Riquelme Villán, Guillermo Daniel c/ OSDE s/ amparo contra actos de particulares”¹⁵ sostuvo que no existían elementos de convicción que

¹² La intencionalidad de ocultar la verdad proviene de un conjunto de indicios que surgen de conductas externalizadas y ponderadas objetivamente.

¹³ El art. 37 inc. c de la Ley 24.240 establece que, sin perjuicio de la validez del contrato, se tendrán por no convenidas las cláusulas que contengan cualquier precepto que imponga la inversión de la carga de la prueba, en perjuicio del consumidor.

¹⁴ “Benítez Leonardo Gabriel y otro c/ OSDE s/ amparo de salud”, Expte. N° 7877/15, Cámara Civil y Comercial Federal, Sala II; 14/02/17.

¹⁵ “Riquelme Villán, Guillermo Daniel c/ OSDE s/ amparo contra actos de particulares”, Expte. N° FCT 6467/2018 CA1, Cámara Federal de Apelaciones de Corrientes; 8/10/19. Sostuvo el Tribunal que tanto de la contestación de la demanda, como del escrito recursivo surgía alegaciones genéricas del demandado para fundar su decisión de dar de baja la afiliación de la parte actora (p.e. dijo que la actora no podía desconocer la patología de la menor, por la edad, ni por el contacto íntimo y permanente que tiene con ella), sin aportar elementos fehacientes que permitan determinar que la conducta del actor estuvo teñida de mala fe (como ser estudios previos de la menor cuya autorización se hubiera solicitado que indiquen el diagnóstico en cuestión). Entendió que no era posible llegar a la conclusión de que la actora había actuado de mala fe al momento de suscribir la declaración ju-

evidencien la invocada mala fe del actor al momento de suscribir la declaración jurada de antecedentes de salud, respecto de su hija, y que no fue acreditado por la demandada —en forma fehaciente— que el actor tuviera conocimiento concreto de la patología que afectaba a su hija menor de edad.

Dentro de las obligaciones del usuario se encuentra la de efectuar en forma correcta y completa una declaración jurada sobre enfermedades preexistentes sin incurrir en reticencia u omisión¹⁶. El afiliado no tiene porqué contar con conocimientos médicos ni tener la experiencia médica necesaria para realizar un diagnóstico ni para entender su estado de salud en términos precisos. Sí, está obligado a informar un diagnóstico preciso emitido por un profesional de la salud. Al respecto, la Cámara Federal de Apelaciones de Rosario, Sala A sostuvo que no existe mala fe de la amparista al suscribir la afiliación de su hijo menor de edad a la prepaga, si a ese momento no tenía conocimiento cierto del diagnóstico¹⁷. El afiliado también está obligado a responder las preguntas del formulario preimpreso sin mentir intencional y deliberadamente. La Sala B de la Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba sostuvo que la demandada no había logrado acreditar que el accionante obró con mala fe, dado que, si bien surgía de las probanzas de la causa que el accionante padecía problemas de adicciones, y que había respondido negativamente a la pregunta sobre trastornos de com-

rada de afiliación, y que se había basado exclusivamente en manifestaciones subjetivas insuficientes a los fines contemplados en el art. 9 del Decreto 1993/2011 (Reglamentario de la Ley 26.682 de la Medicina Prepaga).

¹⁶ "... si el vínculo se celebra tomando como presupuesto un paciente sano y si éste está enfermo y conocía los síntomas de esta dolencia y no los informó, se está en presencia de un vicio en la celebración del contrato" (LORENZETTI, Ricardo Luis; *"La Empresa Médica"*, segunda edición ampliada y actualizada, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2011, pág. 200).

¹⁷ "B. N. E. (en representación de T. Z.) c/ Medicina Esencial S.A. s/ amparo contra actos de particulares"; Expte. FRO 18177/2019/CA; Cámara Federal de Apelaciones de Rosario, Sala A; 19/3/2022. Dicho Tribunal revocó la sentencia que rechazó el amparo iniciado contra una empresa de medicina prepaga que rescindió de manera unilateral el contrato de afiliación suscripto con la amparista y le dio de baja junto a su grupo familiar con fundamento en el falseamiento de datos en la declaración jurada suscripta al afiliarse. Entendió el Tribunal que: (a) Es improcedente considerar que hubiera existido mala fe de la amparista al completar la declaración jurada de afiliación a la empresa de medicina prepaga, por cuanto esa mala fe no se acredita con la respuesta negativa a las preguntas del formulario referidas al estado de salud de su hijo menor de edad. Los informes de los profesionales de la salud que atendieron al niño dan cuenta que la familia fue alertada de la posible condición de discapacidad recién meses después, por lo que resulta atendible suponer que hasta ese momento la amparista haya atribuido las dificultades de su hijo a la prematuridad en su nacimiento; (b) De la prueba surgía que a la fecha en que se completó dicho documento la actora no tenía conocimiento del diagnóstico presuntivo que en fecha posterior obtuvo su hijo menor de edad, habiéndose confirmado el diagnóstico recién nueve meses después de haberse afiliado; y (c) Si bien del cuestionario surgía que ante la consulta de si padecía determinadas afecciones, respondió que no, ello es insuficiente para considerar que la amparista obró con mala fe.

portamientos como drogodependencia o alcoholismo, del informe médico presentado surgía que el paciente no tenía conciencia de enfermedad ni de que tenía un problema de consumo alcohol y cocaína. Por lo tanto, entendió que no se había probado que la omisión de la patología preexistente haya sido realizada con mala fe en los términos que prescribe el art. 9 del Decreto Reglamentario¹⁸. Debo referirme ahora al procedimiento idóneo a utilizar para que la empresa de medicina prepaga acredite la existencia de falseamiento u ocultamiento de datos, y la mala fe del afiliado. Lo ideal sería que se lleve a cabo un procedimiento administrativo ante la Superintendencia de Servicios de Salud, pero ello no está previsto en la normativa vigente. Dicha entidad podría dictar una resolución disponiendo la realización de un trámite administrativo para que se determine la existencia de falseamiento u ocultamiento de datos en una declaración jurada, y para que se tenga por acreditada la mala fe del afiliado. El art. 2 del Decreto 66/2019, que sustituye el artículo 5 del Decreto No. 1993, dispone en su inc. j) que la Superintendencia de Servicios de Salud dictará las normas que resulten pertinentes relacionadas con la facultad de impartir instrucciones, fijar criterios y señalar los procedimientos que determinen las reglas aplicables a la atención al usuario, trámite de peticiones y reclamos por incumplimiento. El Decreto 66/2019 también dispone que la Superintendencia de Servicios de Salud debe dictar la normativa pertinente a fin de establecer las características que deberán contener las declaraciones juradas y el plazo por el cual se podrá invocar la falsedad. Pero más allá de la competencia y facultades que tiene la Superintendencia de Servicios de Salud, actualmente la normativa vigente no exige que se lleve a cabo un procedimiento administrativo en el cual la empresa que alega preexistencia y mala fe tenga la carga de probar lo que alega, y, menos aún, las características que debe tener dicho procedimiento¹⁹.

¹⁸ “V., S. A. c/ JERARQUICOS SALUD s/ AFILIACIONES”; Expte. FCB N° 85175/2018/CA1; Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba, Sala B; 20/11/2019. Se trataba de una persona con problemas de adicción, que fue dada de baja como afiliado a la demandada por haber, presuntamente, falseado y/u ocultado datos acerca de su enfermedad preexistente, que le fueron solicitados al momento de su afiliación. El Tribunal arribó a la conclusión de que la demandada no había logrado probar que la omisión de la patología preexistente (consumo problemático de alcohol y cocaína) haya sido efectuada con mala fe por parte del afiliado, y que la demandada debió actuar garantizando la continuidad de la afiliación, y no como lo hizo optando por la rescisión del contrato de afiliación.

¹⁹ La Superintendencia de Salud aprobó Normas de Procedimiento para el Procesamiento de Reclamos ante dicha entidad, por la Resolución 75/98, posteriormente modificada y parcialmente sustituida por la Resolución 155/18 SSS (29/10/18). Es posible realizar un trámite reclamando la reafluencia, con posterioridad a la decisión de desafiliación llevada a cabo por la empresa de medi-

Entiendo que antes de proceder a una rescisión contractual y, a pesar de que la normativa vigente no lo exija, la empresa debería realizar un **procedimiento en la propia entidad de medicina prepaga, en el cual el afiliado tenga la posibilidad de participar** y ejercer su derecho a ser oído, a presentar prueba y a obtener una decisión fundada, que debería ser debidamente notificada. Tanto si se tratara de un procedimiento administrativo o de un procedimiento interno, la decisión debería poder ser revisada en el ámbito judicial.

Dejar en forma intempestiva sin cobertura de salud a un afiliado, con las consecuencias negativas que derivan de la interrupción de un tratamiento médico, o de rehabilitación, sin provisión de medicamentos, sin cobertura de intervenciones quirúrgicas de urgencia, etc., es una decisión equiparable a una sanción por su gravedad. La facultad de la empresa de medicina prepaga de rescindir unilateralmente el contrato de salud es equiparable a una potestad sancionatoria. Y el ejercicio de toda potestad sancionatoria exige que se respeten las garantías del debido proceso y el derecho a la defensa contenidos en el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Si bien dichas garantías son propias de la materia penal y la actividad judicial, resultan igualmente aplicables a los procedimientos administrativos en virtud de precedentes dictados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, acatados por nuestra CSJN²⁰. Por lo tanto, entiendo que en un procedimiento a llevarse

cina prepaga. En este tipo de reclamos la SSS algunas veces dicta resoluciones no resuelven el conflicto, diciendo p.ej. que *“De acuerdo al art. 9º de la Ley 26.682 y el Decreto Reglamentario N° 1993/11 se deberá acreditar que el usuario no obró de buena fe en los términos del art. 961 del CCyCN, extremo que a criterio de esta Superintendencia no se ha acreditado ante el usuario y esta Delegación por el Agente de Salud, que dé fundamento para adoptar resolución extremo gravosa para la accesibilidad a las prestaciones de salud del reclamante”*. En otros supuestos la SSS resuelve la cuestión, rechaza o hace lugar al planteo del afiliado, y ordena p.ej. intimar a la prepaga a: 1) Incorporar al Sr. FJM y a su grupo familiar en el plan de salud, facturándole el plan sin valor diferencial alguno, hasta tanto el mismo sea informado y debidamente autorizado por la Autoridad de Aplicación; 2) En consecuencia brindarle las prestaciones médicas asistenciales correspondientes y abstenerse de exigirle al afiliado el cobro de las cuotas correspondientes a los meses en los cuales no contó con la cobertura médica asistencial.

En cualquiera de los 2 casos, o el afiliado o la empresa de medicina prepaga recurren a la justicia, ya sea para dar de baja la resolución contractual y lograr la reafluencia, o bien para impugnar el pronunciamiento de la Superintendencia de Servicios de Salud.

²⁰ El artículo 8 de la Convención Americana consagra, bajo la denominación de Garantías Judiciales, uno de los pilares fundamentales sobre los que se construye todo el sistema de protección de los derechos humanos, cuyos límites al abuso del poder estatal representan la garantía básica del respeto de los demás derechos reconocidos en la Convención: el derecho al debido proceso legal. En el Caso Baena, Ricardo y otros vs. Panamá, del 2/2/01, la Corte Interamericana de Derechos Humanos hizo expresa extensión del debido proceso legal al proceso administrativo sancionatorio. El mismo Tribunal estableció que su aplicación resulta imperativa no sólo en todos los procesos de determinación

a cabo en el ámbito interno de la empresa, en la medida en que está en juego la determinación de derechos y podría concluir con la baja del afiliado, se deberían respetar sus derechos a ser oído, a presentar prueba y a obtener una decisión fundada. Adviértase que este procedimiento interno no implicaría un alto costo ni implicaría mucho tiempo para la empresa de medicina prepaga.

Si no está acreditada la mala fe en el falseamiento u ocultamiento, en un procedimiento de las características mencionadas, la empresa debería mantener la afiliación. Usualmente, recién cuando el afiliado interpone una acción judicial con el objeto de que la empresa de medicina prepaga deje sin efecto la rescisión contractual, lo reincorpore y mantenga las coberturas contratadas, la empresa intenta probar el supuesto falseamiento u ocultamiento, y la mala fe que invocó. Y lo que es más grave, en muchos casos recién en esa oportunidad la empresa intenta obtener la prueba —que no tiene— para justificar la mala fe en el falseamiento u ocultamiento de datos en la declaración jurada, que daría sustento a una rescisión contractual que ya sucedió con carácter previo al juicio. Entiendo que **la vía de hecho que tiene lugar en la mayor parte de los casos no es ajustada a derecho**. En este sentido se pronunció la Cámara Federal de Apelaciones de Corrientes en el caso “Riquelme Villán”, cuando sostuvo que no resulta razonable que el demandado inicialmente dé de baja la afiliación y luego en un proceso judicial que promovió la parte actora para defender sus derechos, busque hallar claridad y abrir la causa a pruebas para encontrar lo que considera podría existir, sin ningún elemento probatorio más que una conclusión subjetiva²¹. También la Sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal sostuvo que Swiss Medical no había probado, ni surgía de la causa, la presunta decisión deliberada que aduce, de falsear la declaración jurada, y que la prepaga había querido acreditar con la prueba que intentó producir en segunda instancia, los extremos que justificarían su comportamiento en cuanto a la resolución del contrato, sin haber cumplido en el caso de autos con lo dispuesto por el artículo 377 del CPCCN²².

de derechos, sino también en todas sus instancias, y que resulta exigible a todos los órganos del Estado, en el ejercicio de todas y cada una de sus funciones, en tanto constituye un requisito ineludible para otorgar validez a los procesos en los cuales está en juego la determinación de derechos.

²¹ “Riquelme Villán, Guillermo Daniel c/ OSDE s/ amparo contra actos de particulares”, Expte. N° FCT 6467/2018 CA1, Cámara Federal de Apelaciones de Corrientes; 8/10/19.

²² “SWISS MEDICAL S.A c/ EN - SSS s/ Proceso de Conocimiento”; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala V; 15/7/2021. El Sr. FJM presentó un reclamo ante la SSS en virtud de que Swiss Medical dio de baja su afiliación (y la de su conviviente) por falseamiento de la declaración jurada. Dicha prepaga le notificó la resolución del vínculo contractual

Entiendo que siempre la empresa de medicina prepaga debe acreditar la circunstancia de falseamiento u ocultamiento en la declaración jurada y la mala fe del afiliado, con carácter previo a desafiliarlo, en un procedimiento en el cual participe el afiliado y en el cual se respeten las garantías del debido proceso.

V. No cualquier falseamiento u omisión en la declaración jurada es suficiente para rescindir el contrato de salud

No todas las omisiones en las declaraciones juradas tienen la misma gravedad. No es lo mismo omitir declarar un diagnóstico profesional de una patología conocida por el contratante que omitir informar síntomas, o la realización de estudios de los cuales surgen indicios que podrían alertar posibles etiologías. ¿Obra conforme a derecho la empresa de medicina prepaga que, ante cualquier falseamiento u omisión en la declaración jurada, procede a desafiliar a la persona y la deja sin cobertura de salud?

Supongamos que la prepaga acredita que el afiliado no estaba totalmente ajeno a la posible existencia de una patología y que prueba con documentación respaldatoria, (como ser una historia clínica, una prescripción médica o informes médicos) la existencia de dolencias no informadas, o de un cuadro clínico que lleva una evolución de varios meses o años. Supongamos que también surge de dicha documentación que el afiliado corre riesgo de vida, que tiene una en-

por exclusiva culpa del declarante, por existencia de enfermedad preexistente.

La SSS resolvió intimando a Swiss Medical S.A. a: 1) Incorporar al Sr. FJM y a su grupo familiar en el plan de salud, facturándole el plan sin valor diferencial alguno, hasta tanto el mismo sea informado y debidamente autorizado por la Autoridad de Aplicación; y 2) En consecuencia brindarle las prestaciones médicas asistenciales correspondientes y abstenerse de exigirle al afiliado el cobro de las cuotas correspondientes a los meses en los cuales no contó con la cobertura médica asistencial. Swiss Medical planteó la nulidad de la Resolución de la SSS en sede judicial. En primera instancia la jueza rechazó la demanda por entender que la Resolución de la SSS fue dictada por autoridad competente, se respetó el derecho de defensa de la accionante, y no se advierte violación al procedimiento legal subjetivo. Rechazó la inconstitucionalidad planteada en subsidio del artículo 10 de la ley 26.682.

Swiss Medical apeló la sentencia de primera instancia y en segunda instancia se rechazó el recurso interpuesto y se confirmó la sentencia por considerar el Tribunal de alzada que la prepaga no había probado, ni surgía de la causa, la presunta decisión deliberada que aduce la prepaga de falsear la declaración jurada y que la prepaga había querido acreditar con la prueba que intentó producir en segunda instancia, los extremos que justificarían su comportamiento en cuanto a la resolución del contrato, sin haber cumplido en el caso de autos con lo dispuesto por el artículo 377 del CPCCN. El juez que votó en disidencia en dicha causa consideró que la instancia administrativa era el ámbito propicio para examinar sumariamente si la rescisión contractual había sido fundada.

fermedad terminal o un padecimiento grave... ¿Sería ajustado a derecho que en ese contexto la empresa de medicina prepaga deje totalmente sin cobertura a ese afiliado?

Las respuestas a estos interrogantes no son simples. Debemos recurrir al diálogo de fuentes entre los microsistemas en materia civil y comercial, el sistema tuitivo constitucional de la salud y la vida, y el sistema tuitivo de los derechos del consumidor. Dichos sistemas deben ser integrados e interpretados de manera armónica, jerarquizando los derechos humanos esenciales que están en juego; y considerando las circunstancias fácticas particulares por las que atraviesa el afiliado en cuanto a su situación de salud. No cualquier omisión o falseamiento en la declaración jurada del afiliado podría sustentar una decisión de rescisión contractual. Que, ante cualquier supuesto de omisión o falseamiento en la declaración jurada del afiliado, la empresa de medicina prepaga recurra a la potestad de rescindir el contrato (en virtud de lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley 26.682) podría resultar desproporcionada y abusiva, y violatoria de los derechos constitucionales sustanciales que están en juego. Es fundamental tener en cuenta la magnitud y gravedad del ocultamiento y/o del falseamiento en la declaración jurada, lo evidente que haya sido (o no) la mala fe del afiliado. En otras palabras, la facultad de la empresa de medicina prepaga de rescindir un contrato comercial debe ser ejercida de manera razonable, aplicando el principio de proporcionalidad.

Rescindir el contrato de salud, dejando al afiliado sin cobertura, debe ser una decisión reservada para supuestos en los que la mala fe sea evidente, contundente e inequívoca. Y aún así, la empresa debe tener en cuenta si está en riesgo la vida o si tiene un padecimiento grave el afiliado. También debe tenerse en cuenta la circunstancia de que el beneficiario tenga otra cobertura social o no. No es lo mismo que el afiliado quede completamente sin cobertura social (porque no tiene una obra social) a que el afiliado tenga una obra social y contrate la prepaga para tener acceso a las prestaciones sanitarias superadoras o complementarias al PMO.

Si el afiliado corre riesgo de vida o si tiene un padecimiento grave, y no tiene otra obra social, **la empresa de medicina prepaga debería rescindir parcialmente** el contrato de salud, o sea, rescindirlo respecto de las prestaciones sanitarias superadoras o complementarias al PMO, y debería continuar otorgándole al afiliado las prestaciones incluidas en el Programa Médico Obligatorio. Ad-

viértase que el art 10 de la ley 26.682 establece un tratamiento diferencial respecto a las enfermedades incluidas en el PMO: las prepagas tienen la obligación de cumplir con el PMO desde el primer día de afiliación, sin poder invocar el período de carencia. **Considero que no estaría justificada —acorde a derecho— la rescisión total del contrato de salud de un afiliado que no tiene otra cobertura de salud, y corre riesgo de vida o si tiene un padecimiento grave.**

Además, el mismo art. 10 otorga una herramienta útil que abre camino a otra solución: la posibilidad de solicitar a la Superintendencia de Servicios de Salud la autorización de valores diferenciales debidamente justificados para un afiliado que presente una enfermedad preexistente. La empresa no tiene la obligación legal de utilizar esta herramienta, y que esta solución no está prevista por la ley para supuestos en que se comprueba el falseamiento de la declaración jurada respecto de una enfermedad preexistente. Pero advierto también que, existiendo esta herramienta prevista por la propia ley (en virtud de la cual la empresa puede adecuar el monto de la cuota, conforme lo disponga la Superintendencia de Seguros de Salud), la empresa podría optar por esta solución. Entiendo que no sería una solución justa ni ajustada a derecho la decisión unilateral e intempestiva de la empresa de rescindir totalmente el contrato de salud, si persona que no tiene obra social, y corre riesgo de vida o tiene un severo padecimiento de salud, a sabiendas de que la persona queda totalmente desamparada.

Si no corre riesgo de vida, o no tiene un padecimiento grave, la persona podría recurrir a otra empresa de medicina prepaga, realizar de manera correcta la declaración jurada, esperar a que la Superintendencia autorice la cuota suplementaria por la preexistencia, y obtener la cobertura pertinente mediante el pago de una cuota autorizada por SSS. Pero si corre riesgo de vida o no tiene un padecimiento grave no sería ajustado a derecho dejar desamparado al afiliado, sin cobertura de salud. El hecho de que sea un contrato lo que vincula a las partes no exime a la empresa de medicina prepaga, de respetar y custodiar los principios y derechos garantizados en la norma constitucional y los tratados internacionales. En la tutela de la salud y la vida de las personas, ni las obras sociales ni las entidades de medicina prepaga ni el Estado mismo pueden esconderse en interpretaciones mezquinas o restrictivas²³.

²³ “Ianniello Ricardo Alberto c/ OSTEEL s/ Amparo”; Expte. N° 1027/2004; CNCCE, Sala II; 28/11/06. Dijo la Sala II de la Cámara Civil y Comercial Federal que: “*En la tutela de la salud y vida de las personas, ni las obras sociales, ni las entidades de medicina prepaga ni el Estado mismo pueden esconderse en interpretaciones mezquinas o restrictivas de preceptos reglamentarios para retacear la calidad y la*

Entonces, teniendo en cuenta la jerarquía de los bienes jurídicos protegidos, si el afiliado tiene una enfermedad terminal, un severo padecimiento de salud, o si su vida corriera riesgo, **las empresas de medicina prepaga no pueden dejar completamente sin cobertura al afiliado, y solo puede considerarse ajustado a derecho que opten entre las siguientes posibilidades:**

(a) Rescindir parcialmente el contrato de salud y dejar de otorgarle al afiliado las modalidades prestacionales explicitadas en el contrato que excedan las prestaciones incluidas en el Programa Médico Obligatorio. Esto implica que deben continuar otorgándole las prestaciones incluidas en el PMO; o bien

(b) Mantener la afiliación conforme al contrato suscripto, y solicitar a la Superintendencia de Servicios de Salud, la autorización de valores diferenciales debidamente justificados, acordes a la/s enfermedad/es preexistente/s involucradas. Dichos valores deberían ser aplicados en forma retroactiva al momento del alta.

VI. Conclusiones

Las empresas de medicina prepaga tienen naturaleza comercial y fines lucrativos, pero son parte integrante del sistema de salud de nuestro país y cumplen una innegable función social vinculada al goce de derechos humanos fundamentales (como son el derecho a la vida, a la salud, a la integridad psicofísica y a una subsistencia digna), cuya tutela específica surge de la Constitución Nacional, los Tratados Internacionales y la legislación interna²⁴. Toda la actividad de las em-

más avanzada tecnología a su alcance si estos medios -por onerosos que pudieran resultar- son necesarios, convenientes, útiles o indispensables para proporcionar al paciente una calidad de vida acorde en cuanto sea posible con la dignidad que le es propia, sea disminuyendo sus dolores, proporcionándole prótesis para superar discapacidades o para menguar en todo cuanto esté al alcance de los prestadores el efecto menoscabante de una dolencia determinada...?.

²⁴ La CSJN tiene establecido que, si bien la actividad que asumen las empresas de medicina prepaga presenta 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” (“Etcheverry, Roberto Eduardo” Fallos: 324:677). Ello obsta a que puedan invocar las cláusulas de un contrato para apartarse de las obligaciones impuestas por la ley (v. doctrina de Fallos: 325:676), so 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). Ha dicho, asimismo, que la ley 24.754 representa un instrumento al que recurre el derecho a fin de equilibrar la medicina y la

presas de medicina prepaga debe tener en cuenta los mencionados derechos y, en particular, las decisiones que adopten respecto a los afiliados deben respetar criterios razonabilidad, proporcionalidad y equidad, el principio *pro homine*, los principios del derecho del consumidor y las garantías del debido proceso. El art. 9 de la Ley 26.682 inc. 2 b) que establece que la falsedad de la declaración jurada constituye una causal que permite a las empresas de medicina prepaga rescindir el contrato de salud debe ser interpretado en forma integral, realizando un diálogo de fuentes y una integración normativa que respete la jerarquía constitucional de los derechos que están en juego. En virtud de ello, entiendo que:

1º) La empresa de medicina prepaga debe acreditar la circunstancia de falseamiento u ocultamiento en la declaración jurada, y la mala fe del afiliado, en un procedimiento en el cual el afiliado participe y pueda ejercer las garantías del debido proceso, con carácter previo a que la empresa tome la decisión de darlo de baja. Si ello no sucede, la empresa debe mantener la afiliación. No es suficiente probar el ocultamiento o falseamiento en la declaración jurada, y la mala fe del afiliado, en el ámbito de un proceso judicial iniciado por el afiliado a raíz de la rescisión del contrato de salud.

2º) No cualquier ocultamiento mínimo o falseamiento intrascendente de la información requerida otorgaría a la empresa de medicina prepaga la potestad de rescindir el contrato de salud en forma automática²⁵.

3º) La rescisión del contrato de salud prevista en el art. 9 de la 26.682 inc. 2 b) puede ser ejercida en supuestos en los cuales la mala fe en el falseamiento o en el ocultamiento de datos de la declaración jurada del afiliado se haya acreditado fehacientemente, y siempre que no exista un riesgo de vida para el afiliado o un grave padecimiento de salud.

4º) Si el afiliado se encuentra en una grave situación de salud, o si está en peligro su vida y no cuenta con otra cobertura de salud, el ejercicio —por parte de la empresa de medicina prepaga— de **la facultad de rescindir to-**

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 (v. doctrina de Fallos: 324:754, voto del Dr. Adolfo Roberto Vázquez).

²⁵ Si una empresa de medicina prepaga, ante cualquier mínimo falseamiento u ocultamiento de datos requeridos en la declaración jurada, resuelve rescindir un contrato de salud, dejando sin cobertura de salud a un consumidor, no actuaría conforme a derecho. Su proceder resultaría excesivo, por no respetar los criterios de razonabilidad, proporcionalidad y equidad, ignorando el principio protectorio del consumidor y afectando gravemente los derechos constitucionales a la salud, a la integridad y a la subsistencia digna del afiliado.

talmente el contrato de salud configuraría una conducta lesiva de los derechos humanos esenciales previstos en la Constitución Nacional y en Pactos Internacionales con jerarquía constitucional. La entidad de medicina prepaga debe actuar garantizando la continuidad de la afiliación respecto a las prestaciones incluidas en el PMO y no optando por la rescisión total del contrato de salud. También podría optar la empresa por mantener la afiliación conforme al contrato suscripto y solicitar a la Superintendencia de Servicios de Salud la autorización de valores diferenciales debidamente justificados, acordes a la/s enfermedad/es preexistente/s. Esta solución propugna conciliar los intereses de ambas partes en función de la jerarquía constitucional de los derechos involucrados.

En un marco jurídico constitucional y convencional de protección plena del derecho a la salud y a la vida, si bien la empresa tiene la facultad de rescindir el contrato ante una situación acreditada de la mala fe en el falseamiento u ocultamiento de datos en la declaración jurada, no puede considerarse ajustada a derecho cualquier decisión empresarial de rescindir el contrato invocando el art. 9 de la Ley 26.682, sin importar las circunstancias de salud del afiliado ni el modo en que se haya llevado a cabo la referida rescisión contractual.

MIGRACIÓN INTERNACIONAL DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES, ACCESO A LA SALUD Y DERECHOS HUMANOS

RICARDO MARCELO TAHHAN*

La presente colaboración trata acerca de la migración internacional de niños, niñas y adolescentes, y el acceso a la salud y a los derechos humanos, y no tiene otra pretensión que visibilizar los derechos de la niñez en ese contexto de migración internacional, voluntaria o forzada, y divulgar los estándares internacionales para el respeto, la protección y la garantía de sus derechos humanos, y comunicar que la niñez en necesidad de protección internacional, independientemente de su situación migratoria, tiene los mismos derechos en el acceso a la salud, y a un trato no discriminatorio. Contexto de la migración internacional en el cual niñas, niños y adolescentes pueden sufrir discriminación múltiple por motivos de edad, nacionalidad, situación migratoria —propia o de sus familiares—, entre otros.

En primer lugar, se presentarán algunas consideraciones introductorias sobre la niñez migrante voluntaria y forzada. A continuación, se tratarán los instrumentos más relevantes del sistema universal y regional de derechos humanos en cuanto a la protección de la misma. Posteriormente se abordará la cuestión de los derechos humanos de la niñez en necesidad de protección internacional y el acceso a la salud de ese colectivo esencialmente vulnerable.

* Abogado. (Universidad Nacional de Tucumán, Argentina). Magister en Administración Pública (Universidad Nacional de Santiago del Estero, Argentina). Especialista en Gestión Pública (Universidad Nacional de Santiago del Estero, Argentina). Profesor Adjunto de la Cátedra de Derecho Internacional Público en la Facultad de Ciencias Políticas Sociales y Jurídicas (Universidad Católica de Santiago del Estero). Profesor Adjunto de la Cátedra de Derechos Humanos en la Facultad de Ciencias Políticas Sociales y Jurídicas (Universidad Católica de Santiago del Estero).

I. De la movilidad humana

La movilidad de las personas de una ciudad o región a otra dentro de un mismo país, o entre las fronteras de los países y regiones del mundo, no es un fenómeno reciente. A lo largo de toda la historia de la humanidad, en mayor o menor medida y bajo condiciones que pueden ser analizadas a partir de múltiples variables, “los seres humanos han migrado”.

La movilidad humana ha sido una característica inherente de los seres humanos a lo largo de la historia de la humanidad. Desde sus orígenes, los seres humanos han migrado en busca de mejores condiciones de vida para poblar otros lugares del planeta o para huir y sobrevivir a amenazas causadas por el hombre o la naturaleza¹.

El concepto de movilidad humana se refiere a las actividades que cualquier persona, familia o grupo humano experimenta para establecerse temporal o permanentemente en un sitio diferente a aquel en donde ha nacido o vivido. Esta definición toma en cuenta a personas emigrantes, inmigrantes, solicitantes de refugio, refugiadas, asiladas, apátridas, migrantes y desplazadas internas, víctimas de trata y tráfico de personas y sus familias, entre otras.

En todo el mundo, más de 1.000 millones de personas están en movimiento, lo que aproximadamente representa una de cada ocho personas de la población mundial. De esta cifra, 281 millones de personas son migrantes internacionales, y 84 millones son desplazados forzosos (48 millones, desplazados internos; 26,6 millones, refugiados; y 4,4 millones, solicitantes de refugio). Entre los desplazados forzosos, 35 millones son niños y 1 millón nació como refugiado.

Es previsible que el número de personas en movimiento aumente debido a la pobreza, la inseguridad, la falta de acceso a los servicios básicos, los conflictos, la degradación ambiental y los desastres naturales².

El problema de los éxodos masivos de población a los que asistimos con pesar en estos tiempos —torrentes de personas sufrientes forzadas a abandonar sus zonas de residencia y, prácticamente, a invadir a otros Estados, mayoritariamente debido a violaciones de los derechos humanos y al derecho interna-

¹ Valeria Llamas; Seguridad humana y movilidad humana. Licenciada en Relaciones Internacionales de la Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires y tesista de la Maestría en Cooperación Internacional. Oficial de Elegibilidad de la Comisión Nacional para los Refugiados de Argentina.

² Organización Mundial de la Salud. Salud migrantes y refugiados <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/refugee-and-migrant-health>

cional humanitario en sus países de origen— es para Zlata Drnas de Clément³ una cuestión grave en la que se observan debilidades institucionales —particularmente a nivel internacional— incompatibilidades y grandes esfuerzos desaprovechados.

Sumado a ese fenómeno, en las últimas décadas se ha evidenciado en los países de destino de migrantes y solicitantes de refugio, un viraje casi generalizado hacia políticas públicas, leyes y prácticas más restrictivas, y, en muchos casos, ya no solo enfocadas a controlar los movimientos migratorios, sino incluso a prevenirlos a través de la externalización de las fronteras, securitización de las mismas⁴ y la criminalización de la migración, a través de la implementación generalizada de políticas públicas enfocadas en la detención migratoria y la deportación, todo lo cual ha disminuido sensiblemente la protección internacional de quienes migran y de quienes se ven obligados a buscar refugio.

La crisis financiera mundial ha afectado la migración internacional de diversas formas. En los países de acogida las crisis han provocado un aumento de la xenofobia, la hostilidad hacia los migrantes y las prácticas discriminatorias⁵. También lo ha hecho la pandemia que recientemente tuviéramos que soportar a escala mundial inédita.

II. ¿Qué es la migración?

La migración o el acto de migrar es el desplazamiento desde un territorio de un Estado hacia el territorio de otro Estado o dentro del mismo. Se refiere a cualquier movimiento de población, independientemente de su tamaño, su compo-

³ Doctora en Derecho y Ciencias Sociales. Profesora Emérita de la Universidad Nacional de Córdoba y de la Universidad Católica de Córdoba. Miembro de Número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba-Argentina

⁴ Roxana Rodríguez Ortiz; Libro Cartografía de las fronteras. Diario de campo; noviembre 2016; “El término de securitización de la migración hace referencia a la apropiación de un modelo epistémico sobre la seguridad nacional, construido desde la criminología y el campo de estudio de las relaciones internacionales. En concreto, es un término acuñado y progresivamente densificado por la Copenhagen School of Critical Security Studies, que propone entenderlo como un proceso epistémico en el que la “óptica securitaria” se inserta como paradigma en la gubernamentalidad de diferentes fenómenos sociales contemporáneos. Nosotros decimos, entre ellos, la migración de personas”

⁵ Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en cumplimiento de la resolución 48/141 de la Asamblea General, se centra en los derechos económicos, sociales y culturales de los migrantes en los países de acogida y las obligaciones de los Estados en ese contexto.

sición o la causa. En función de las características de estos movimientos, se habla de migración internacional o interna, migración forzada o migración voluntaria, de migración permanente o temporal.

Según Lelio Mármora⁶, las diferentes formas que adoptan las migraciones pueden definirse a partir de múltiples criterios, destacándose: a) direccionalidad, ya sea que se trate de emigración o inmigración; b) tipo de migración, pueden ser forzadas (tales como refugiados o asilados) o voluntarias; c) territorialidad, de acuerdo con este criterio, las migraciones pueden ser internas (campo-ciudad) o externas (internacionales); d) temporalidad, la permanencia del migrante en el país receptor puede ser transitoria, por tiempo previamente determinado, o permanente; e) legalidad, este factor tiene relación con la situación legal del migrante en el país de acogida, es decir, si su residencia se ajusta o no a las normas internas, si tiene documentación emitida por el organismo respectivo que legalice su situación migratoria.

La migración internacional implica el cruce de una persona o grupo de personas de una frontera estatal internacionalmente reconocida de su país de origen, mientras que la migración interna se da cuando una persona o grupo de personas se desplazan de un lugar a otro del país del que es nacional. Según la Relatoría Especial de la Comisión de Derechos Humanos sobre los Derechos Humanos de los migrantes, en virtud de lo expuesto, se puede considerar como migrante internacional a la persona que está fuera del territorio del Estado de su nacionalidad o ciudadanía y no sujeto a su protección jurídica y se encuentre en el territorio de otro Estado, y que tampoco disfruta de una protección jurídica general de sus derechos fundamentales.

La migración forzada es el desplazamiento que se ocasiona por la amenaza a la vida, la seguridad o la libertad o por situaciones que ponen en peligro la subsistencia. En esta migración se incluyen los refugiados, los solicitantes de asilo, los desplazados por desastres naturales. La migración voluntaria, por oposición, se refiere a aquella que no resulta a partir de una situación forzosa. Se suele incluir en esta definición a los migrantes que se trasladan en busca de mejores condiciones de vida por oportunidades laborales o de estudio o para reencontrarse con sus familias. La migración temporal es aquella que se produce por un tiempo determinado, que ya se conoce de antemano, mientras que la per-

⁶ Torcuato DI TELLA y Otros, Diccionario de Ciencias Sociales y Políticas. Buenos Aires, Emecé, 2001, p. 460.

manente es aquella en la cual no se conoce previamente la duración de la estancia⁷.

III. ¿Qué significa solicitar la protección internacional de refugiado?

Refugiados son las personas que: a) están fuera de su país porque temen ser perseguidas por su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un grupo social u opiniones políticas y no pueden o no quieren ser protegidas por su país; b) las personas que no tienen nacionalidad y están fuera del país donde residían y no quieren o no pueden regresar a él; c) las personas que huyeron de su país porque su vida, seguridad o libertad están amenazadas por la violencia generalizada, la agresión de otro país, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que alteran el orden público en su país. Un solicitante del estatuto de refugiado es quien ha solicitado su reconocimiento como tal y su solicitud se encuentra en trámite.

Cuando una persona sale de su país por un temor fundado de persecución por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social o por sus opiniones políticas, o porque su vida, seguridad o su libertad se vieron en riesgo, por situaciones de violencia generalizada, conflicto armado, graves violaciones a los derechos humanos o situaciones que perturben gravemente el orden público, y no puede o no quiere acogerse a la protección de su país de origen, tiene la posibilidad de solicitar la protección del Estado al que viajó, bajo la categoría de refugiado.

Ya hace más de cincuenta años que Hannah Arendt⁸ definió el siglo pasado como el siglo de los refugiados; el de aquellos individuos que huyen ante un peligro inminente, ante una situación que se torna objetiva y subjetivamente insoportable⁹. La humanidad es testigo de un fenómeno sin precedentes: la presencia de millones de refugiados que huyen buscando protección¹⁰. La pro-

⁷ Derechos humanos de personas migrantes. Manual Regional. Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos del MERCOSUR - Organización Internacional para las Migraciones.

⁸ Hannah Arendt, nacida Johanna Arendt, fue una teórica política alemana, posteriormente nacionalizada estadounidense, de origen judío y una de las más influyentes del siglo XX

⁹ Refugiados en Cuarentena. - Jorge Armando Cruz Buitrago; Magíster en Estudios Avanzados en Derechos Humanos, Universidad Carlos III de Madrid-España. Licenciado en Derecho, Universidad Santiago de Cali-Colombia.

¹⁰ www.elmundo.es/internacional; El número total de refugiados en el mundo ha aumentado por quinto año consecutivo. Es una de las conclusiones que revela hoy el informe anual del Alto Comi-

tección internacional de las personas refugiadas continua siendo en el siglo XXI uno de los grandes desafíos humanitarios a nivel global. Millones de personas se ven obligadas a permanecer lejos de sus hogares debido a la persecución, los conflictos armados y las graves violaciones de sus derechos humanos, entre otros flagelos.

IV. Migración y solicitud de refugio de niñas, niños o adolescentes

Cada vez más niños y niñas o adolescentes salen de sus hogares y cruzan fronteras solos o acompañados. Se estima que el 16 % de personas que emigran voluntaria o forzosamente en el mundo tiene menos de 18 años. En la actualidad, niños, niñas y adolescentes se desplazan internacionalmente por causas muy variadas: en busca de oportunidades, ya sean económicas o educativas, con fines de reunificación familiar, para reagruparse con familiares que ya migraron, por cambios del medio ambiente que afectan adversamente sus condiciones de vida, por efectos del crimen organizado, los desastres naturales, el abuso familiar o la extrema pobreza, para ser transportados en el contexto de una situación de explotación, incluida la trata infantil, para huir de su país, ya sea por temor fundado de persecución o porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público.

Las necesidades de protección internacional puedan variar ampliamente. Hay niños que migran con sus padres o uno de ellos buscando oportunidades, para ellos y para las familias que se quedaron esperando algún respiro en forma de remesa. Algunos viajan en el vientre de sus madres y nacen por el camino o en el lugar de llegada. Muchos se exponen a ser discriminados y a menudo afrontan situaciones de grave pobreza y exclusión social en los países de destino y de tránsito. Los más expuestos son los que carecen de documentación de identidad o permiso de residencia, pues tienen enormes dificultades para acceder a servicios tan básicos como la salud, han de vivir permanentemente con el miedo a ser arrestados o expulsados o, incluso, pueden llegar a ser internados en alguna de los cientos de centros de detención que llenan los países de todo el mundo.

sionado de la ONU para los Refugiados (ACNUR), 'Tendencias Globales', que desglosa las claves de desplazamiento forzado a nivel mundial. Unas cifras que crecen cada día mientras el espacio de asilo se va restringiendo en Europa y en otras regiones.

Todas estas circunstancias impactan de lleno en el bienestar de los niños, comprometiendo en muchas ocasiones su salud física y mental (y dificultándoles el disfrute de derechos tan básicos para ellos, como la educación, el juego o crecer con buena alimentación y en una vivienda digna y estable). Estas privaciones y experiencias tendrán consecuencias de por vida y, en muchas ocasiones, les impedirán desarrollar todo su potencial.

Entre los más vulnerables se encuentran los niños que viajan solos, los que huyen de situaciones de conflicto y persecución o los que tienen algún tipo de discapacidad. Cuando los niños y niñas viajan solos, aumenta exponencialmente el riesgo de ser víctimas de trata, de sufrir todo tipo de violencia o explotación de manos de las mafias u otros individuos o de poner en peligro sus vidas cuando desafían las medidas de control de fronteras más despiadadas. Tampoco lo tienen fácil los niños que proceden de zonas en guerra o extrema violencia. Llegan muy abrumados por las experiencias traumáticas que muchos de ellos han vivido en sus países de origen (conflictos armados, persecución, violaciones). Y, por si fuera poco, siguen afrontando en muchas ocasiones dificultades para ejercer su derecho al asilo o la protección internacional. Los trámites suelen ser demasiado largos y no están adaptados a ellos. Tampoco hay mecanismos suficientes ni para facilitar la salida de los países de origen de estas personas, ni para identificarles dentro de grupos numerosos de migrantes en los centros de asistencia humanitaria de las zonas fronterizas¹¹.

V. La “doble” situación de vulnerabilidad de niños y niñas migrantes y solicitantes de refugio

Definimos como niños, niñas y adolescentes a todas las personas menores de 18 años de edad, tal como lo establece el principal instrumento internacional de protección de los derechos humanos de la infancia: la Convención sobre los Derechos del Niño.

La categoría niñez migrante comprende a los niños, niñas y adolescentes que migran por motivos diversos que, muchas veces, se conjugan. Entre estos motivos se cuentan la reunificación familiar, la búsqueda de mejores condiciones

¹¹ La infancia y las migraciones, un verdadero cóctel de vulnerabilidades por: Sara Collantes, Responsable de Políticas de Infancia y Desarrollo. Dirección de Sensibilización y Políticas de Infancia UNICEF Comité Español. Revista Crítica - Noviembre - Diciembre 2014

económicas, sociales o culturales, el escape de la pobreza extrema, la degradación ambiental, la violencia u otras formas de abuso y persecución, etc.

Los niños, niñas y adolescentes que se desplazan internacionalmente pueden encontrarse en diversas situaciones en las que requieran protección:

Niños, niñas y adolescentes no acompañados/as: se trata de aquellos/as que no están acompañados/as por sus padres u otros familiares, y que no están al cuidado de un/a adulto/a al que, por ley o costumbre, corresponde esa responsabilidad.

Niños, niñas y adolescentes separados/as: Son aquellos/as que han sido separados/as de sus padres u otros/as adultos/as que, por ley o costumbre, se encuentren a su cargo, pero que pueden estar acompañados/as de otras personas adultas, incluyendo otras personas de su familia.

Refugiados/as: Se trata de aquellos niños y niñas que han huido de sus países de origen porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público.

Solicitantes de refugio: Son aquellos niños, niñas o adolescentes que han solicitado el reconocimiento del estatuto de refugiado/a, pero cuya petición aún se encuentra pendiente de resolución.

Apátridas: Se trata de aquellas personas que no son consideradas como nacionales por ningún Estado, conforme a su legislación.

Víctimas de otras formas de abuso o violencia: se trata de niños, niñas y adolescentes migrantes que se encuentran en situaciones que impliquen riesgo para su integridad física o emocional, y que requieren de protección de sus derechos.

Víctimas de trata internacional de personas: son aquellos niños y niñas que pueden haber sido reclutados, transportados, transferidos, acogidos o recibidos con fines de explotación, pese a no haber habido amenaza, engaño, uso de la fuerza u otras formas de coacción, abuso de autoridad o de la situación de vulneración, entrega de dinero u otros beneficios para obtener el consentimiento, siendo trasladadas de un Estado a otro¹².

¹² Protección de niños, niñas y adolescentes en contextos de migración. Manual de aplicación de estándares internacionales y regionales de derechos humanos. Primera edición. 2019. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina. Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos del Mercosur.

Los niños y niñas migrantes se encuentran en una “doble” situación de vulnerabilidad: la combinación entre edad y condición migratoria demanda una protección específica y adecuada de sus derechos por parte de los Estados (de origen, tránsito y destino de migrantes) y de otros actores involucrados. La pertenencia a dos grupos en situación de vulnerabilidad —al ser niño y ser migrante— aumenta el riesgo de sufrir vulneraciones de sus derechos. Asimismo, es preciso incorporar un enfoque de género a esta mirada, teniendo en cuenta que las niñas en cuanto tales se encuentran en un riesgo aún mayor de sufrir vulneraciones de sus derechos¹³.

En el caso de que el niño, niña o adolescente migrante lo sea como consecuencia de verse envuelto en el contexto de un conflicto armado, diremos que es triplemente vulnerable y necesitado de una protección específica del derecho internacional de los derechos humanos, y del derecho internacional de los refugiados y del derecho internacional humanitario, ramas del derecho internacional público que no se oponen, sino que convergen y se complementan buscando la mejor protección de la persona humana, en el caso de los niños, niñas y adolescentes en necesidad de protección internacional¹⁴.

Los niños y niñas migrantes y solicitantes de refugio son vulnerables a situaciones que pueden violentar sus derechos como: ser detenidos, estar expuestos al crimen organizado o al tráfico de personas, sufrir violencia y discriminación, pasar hambre y frío, no tener acceso a servicios de salud. Los Estados de origen, tránsito y acogida deben dar respuesta a los cientos de miles de niños, niñas y adolescentes que huyen de la pobreza, la violencia o la falta de acceso a educación o servicios básicos como la salud.

Sin excepción, los Estados deben garantizar el bienestar físico y emocional de todo niño y toda niña migrante, y asegurar su permanencia junto a sus familias, en condiciones de seguridad y dignidad, respetando su interés superior

¹³ Derechos humanos de la niñez migrante. Serie Migración y Derechos Humanos. Primera edición. 2016 Ciudad de Buenos Aires, Argentina. Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos del MERCOSUR. Organización Internacional para las Migraciones (OIM)

¹⁴ Cancado Trindade¹⁴, dice que “una revisión crítica de la doctrina clásica revela que ésta padeció de una visión compartimentalizada de las tres grandes vertientes de protección internacional de la persona humana —Derechos Humanos, Derecho de los Refugiados, Derecho Humanitario— en gran parte debido a un énfasis exagerado en los orígenes históricos distintos de las tres ramas”. Sin embargo, “esto no excluye la posibilidad, ya concretada en la práctica, de la aplicación simultánea de las tres vertientes de protección, o dos de ellas, precisamente porque son esencialmente complementarias”; y es importante que los regímenes antes mencionados sean interpretados de manera complementaria, teniendo el principio pro persona como criterio rector de interpretación.

en toda actuación y decisión oficial. Ningún niño debe ser víctima de actos discriminatorios por ningún motivo. Un niño es un niño.

Los niños, ante todo, son niños, sin importar por qué abandonaron su hogar, cuál es su lugar de origen, dónde se encuentran o cómo llegaron hasta allí. Cada niño merece protección, atención y toda la ayuda y los servicios necesarios para salir adelante¹⁵.

VI. Instrumentos relevantes sobre los derechos de niños, niñas y adolescentes en contexto de migración y necesidad de protección internacional

Hablamos de niños, niñas y adolescentes (NNA) en el contexto de la migración voluntaria o forzada, afectados/as directa o indirectamente por ella: dejados atrás en sus países de origen, migrantes con sus padres o madres, migrantes solos/as en busca de la reunificación familiar, etc.

Los niños y niñas migrantes se encuentran protegidos por todas las normas del marco internacional de derechos humanos, las cuales se basan en el principio de igualdad y no discriminación. A nivel universal, estas normas incluyen a la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) y los cinco tratados fundamentales sobre derechos humanos: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP); el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC); la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes (CTPCID); la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (CEDR); y la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDM). Y a nivel regional, estas normas incluyen a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), el Convenio Europeo sobre Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (CEDH), y la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (CADHP).

Las obligaciones de los Estados en relación con los derechos económicos, sociales y culturales de los niños, niñas y adolescentes migrantes, pueden analizarse a través del contenido y la interpretación autorizada de instrumentos formulados específicamente para proteger los derechos de los mismos y también a través de las obligaciones generales contraídas por los Estados respecto de todas

¹⁵ <https://www.unicef.org/es/ninos-desplazados-migrantes-refugiados>

las personas que se encuentren en su territorio o bajo su jurisdicción, independientemente de su situación jurídica.

Los niños y niñas migrantes se encuentran protegidos por dos normas internacionales que tratan específicamente el tema de los derechos de los mismos: la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN¹⁶), la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares de 1990 (CDTM).

La Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) reconoce a todas las personas menores de 18 años un conjunto de derechos que tienen como objetivo el desarrollo pleno, adecuado y digno de todos/as los niños, niñas y adolescentes. Consagra el principio del interés superior del niño, un principio que debe acompañar a cada una de las políticas, prácticas y decisiones que pueden afectar alguno de los derechos de un niño, niña o adolescentes. Este principio implica que todas las autoridades e instituciones que entren en contacto con niños y niñas migrantes o hijos/as de inmigrantes deberán determinar que la protección de los intereses de cada uno/a de ellos/as sea una consideración primordial en sus acciones.

En el caso particular de los niños, niñas y adolescentes migrantes, este principio implica que las políticas de protección de infancia deben prevalecer respecto de las políticas migratorias. Los derechos de los niños, niñas y adolescentes no pueden ser vulnerados en nombre de los objetivos de control migratorio. Además, los derechos humanos de niñas, niños y adolescentes deben ser considerados en su conjunto, pues la ausencia de uno de ellos puede afectar a todos los demás.

Pensemos que la migración y las políticas migratorias impactan en muchos aspectos de la vida de los NNA migrantes, incluyendo sus derechos fundamentales, tanto si migran en forma voluntaria o forzada, solos/as o con su familia, como si han sido los padres quienes han migrado. En cualquier caso, los derechos de los niños, niñas y adolescentes no pueden ser negados ni restringidos por la condición migratoria de estos ni de sus padres/madres.

La Convención sobre los Derechos del Niño resalta que estos derechos deben reconocerse en beneficio de todos los niños, niñas y adolescentes sin discriminación, es decir, independientemente de su origen étnico, la nacionalidad,

¹⁶ La CDN fue adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989.

el sexo, el idioma, la religión, la opinión política, el origen nacional, la posición económica, o cualquier otra condición del niño/a, de sus padres/madres o de sus representantes legales. Los Estados que son parte de dicha convención, como Argentina, deben velar porque sus disposiciones y sus principios sean efectivos, es decir, se reflejen plenamente en sus leyes y en las políticas que apliquen, incluyendo la normativa y la política migratoria¹⁷.

La Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (CTM) constituye el principal instrumento internacional de protección de los derechos de las personas migrantes. Fue aprobada en 1990, pero entró en vigor en 2003.

En virtud de la CTM, se podría afirmar que niño o niña migrante será toda persona menor de 18 años que se encuentre fuera del Estado del cual es nacional con la intención o necesidad de residir allí o en otro Estado al cual se dirige, o que encontrándose en el país del que es nacional o residente, podría migrar en un futuro cercano. Esta interpretación reafirma que la configuración de una persona como niño o niña migrante significa una doble protección: por su condición de niño y de migrante.

Independientemente de su situación migratoria, todos los migrantes (incluyendo a los niños y las niñas) tienen derecho a un grado mínimo de protección. Este es uno de los estándares más innovadores introducidos por la Convención.

Con el objetivo de reforzar la protección de la niñez en este contexto y en virtud de sus mandatos complementarios, los Comités de Protección de los Derechos de los Trabajadores Migratorios y de los Derechos del Niño elaboraron de manera conjunta dos Observaciones generales¹⁸. Si bien se trata de docu-

¹⁷ Cuadernillo Migrantes y Derecho a la Salud - Guía de información y recursos. Derechos de niños, niñas y adolescentes migrantes. El cuadernillo integra la Serie Migrantes y Derecho a la Salud elaborado por el Servicio Ecuménico de Apoyo y Orientación a Migrantes y Refugiados (CAREF) y el Programa Migración y Asilo del Centro de Derechos Humanos de la Universidad Nacional de Lanús (CDHUNLa), en el marco de dos iniciativas interinstitucionales que apoyan el Fondo de Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF Argentina) y el Fondo de Población de las Naciones Unidas (UNFPA Argentina).

¹⁸ Naciones Unidas. (2017). Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares. Comité de los Derechos del Niño. Observación general conjunta núm. 3 del Comité de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares y núm. 22 del Comité de los Derechos del Niño, sobre los principios generales relativos a los derechos de los niños en el contexto de la migración internacional, CMW/C/GC/3- CRC/C/GC/22.

Naciones Unidas. (2017). Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares. Comité de los Derechos del Niño. Observación general conjunta núm. 4 del Comité de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares y núm. 23

mentos independientes, ambos se complementan y deben interpretarse y aplicarse de manera conjunta. En las mismas se establece que todas las decisiones que se tomen en favor de la niñez en el contexto de la migración internacional deben orientarse por estos principios generales:

No discriminación. Significa que niñas, niños y adolescentes que participan en el contexto de la migración internacional tienen derecho al disfrute pleno de sus derechos, con independencia de cualquier condición o situación propia o de las personas familiares. Toda diferencia de trato debe ser conforme a derecho y proporcionada, en busca de un fin legítimo, y ajustada al interés superior de la niñez y a las normas de derechos humanos.

Interés superior de la niñez. Implica que, en la legislación y planificación en materia de migración, así como en la adopción de decisiones en casos individuales, por ejemplo en lo referente a la unidad familiar, debe elegirse la opción que garantice, en mayor medida, el desarrollo holístico de la niñez, así como el disfrute pleno y efectivo de sus derechos.

Derecho a ser escuchada o escuchado. Supone que niñas, niños y adolescentes tienen derecho a expresar sus opiniones libremente y que éstas se tomen en cuenta en función de su edad, madurez y la evolución de sus facultades. Para asegurar su participación, las autoridades deben proporcionar información pertinente y accesible a la niñez migrante, y facilitar una persona representante legal y una persona tutora para quienes viajen sin compañía.

Derecho a la vida, supervivencia y desarrollo. Implica que las autoridades adopten medidas para prevenir y reducir los riesgos relacionados con la migración que afronta la niñez. Los países de tránsito y destino deben prestar especial atención a la protección de la niñez en situación de migración irregular, solicitantes de asilo, apátridas y quienes son víctimas de la delincuencia organizada transnacional.

Derecho a la no devolución. Prohíbe a las autoridades expulsar de su jurisdicción a las personas, con independencia de su situación de residencia o nacionalidad, asilo u otra condición, cuando corran el riesgo de sufrir un daño irreparable al regresar.

Las Observaciones Generales Conjuntas refieren, asimismo, de manera enunciativa y no limitativa, los siguientes derechos de los niños y niñas migrantes del Comité de los Derechos del Niño, sobre las obligaciones de los Estados relativas a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional en los países de origen, tránsito, destino y retorno, CMW/C/GC/4-CRC/C/GC/23.

tes: Tener una alimentación y un nivel de vida adecuados, acceder a servicios de salud, expresar su opinión y que sea debidamente tenida en cuenta, permanecer con su padre, madre, personas tutoras o familiares, salvo cuando la separación redunde en el interés superior de la niñez, recibir trato como personas titulares de derechos humanos, recibir protección hasta los 18 años de edad, mantener la unidad de su familia, incluida la reunión de personas familiares separadas, tener privacidad y protección de los datos personales, tener un nombre y una identidad, tener una nacionalidad, acceder a alojamientos para personas sin hogar, a la libertad y a no ser objeto de detención o expulsión arbitraria por su condición de persona migrante.

VII. Niños, niñas y adolescentes migrantes y solicitantes de refugio y el acceso al derecho de la salud

Entre los aspectos de la migración que suscitan mayor preocupación cabe señalar los efectos de esta en la salud pública. Los niños, niñas y adolescentes en necesidad de protección internacional pueden ser objeto de múltiples formas de discriminación, violencia y explotación que suelen afectar directamente su salud física y mental.

Además, pueden padecer afecciones que en sus nuevos países de residencia no se conocen ni entienden bien. Ese problema se ve agravado por la existencia de obstáculos jurídicos y socioeconómicos que, en muchos casos, dificultan el acceso a servicios de salud. Ahora bien, en los casos en que sí tienen acceso a tales servicios, cabe la posibilidad de que estos no tengan cuenta las necesidades, cultura o idioma de los niños, niñas o adolescentes migrantes¹⁹.

La situación jurídica de los padres migrantes puede afectar también el acceso a la atención de salud de los niños migrantes. Por tanto, cuando los padres migrantes se ven privados de la atención de salud, es muy probable que sus hijos también se vean privados de esa atención. Incluso los niños migrantes que son nacionales del país de acogida todavía pueden enfrentarse a obstáculos para acceder a los servicios de salud, sobre todo, si sus padres son migrantes en situación irregular y, por tanto, son reacios a solicitar atención médica por temor a que se descubra su situación de inmigrante.

¹⁹ Migración internacional, salud y derechos humanos. Organización Internacional para las Migraciones (OIM – 2013)

Del mismo modo, muchos niños migrantes en situación irregular no están inscritos en programas que proporcionan servicios de salud, independientemente de la capacidad de sus padres para pagar, debido a que sus padres son reacios a acercarse a los servicios sociales por el riesgo de ser denunciados a las autoridades. Además, ciertas leyes, políticas y medidas pueden obstaculizar indirectamente el acceso a la salud de los niños migrantes irregulares. Por ejemplo, en algunos países “un padre debe ser un migrante en situación regular para obtener una partida de nacimiento de su hijo, lo que dificulta el acceso a la atención de salud para los hijos de los migrantes en situación irregular”²⁰.

Los derechos humanos se aplican a todos los grupos de edad. Si bien los niños y niñas tienen los mismos derechos humanos en general que los adultos, se encuentran en una situación de especial vulnerabilidad. Por ello, requieren de derechos concretos que reconozcan sus necesidades de protección especial.

La Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) en su artículo 25 se refiere al niño como poseedor de “derecho a cuidados y asistencia especiales”. En 1959, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprueba la Declaración sobre los Derechos del Niño, que reconoce derechos como el de no ser discriminado y el de tener un nombre y una nacionalidad, también consagra en la práctica los derechos de la infancia a la educación, a la atención de la salud y a la protección especial. En 1989, la Asamblea General de las Naciones Unidas adopta la Convención sobre los Derechos del Niño, que en su artículo 24 declara que “Los Estados Partes reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud”.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su artículo 12 establece la cláusula más amplia sobre el “derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”. Dicho de otro modo, en el marco del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 12), los Estados deben tomar medidas para lograr la plena realización de la salud, incluida la salud materna, infantil y reproductiva.

En su Observación general No. 14, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales se refiere a la obligación del Estado de “respetar el derecho a

²⁰ Estudio de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre los problemas y las mejores prácticas en relación con la aplicación del marco internacional para la protección de los derechos del niño en el contexto de la migración, A/ HRC/15/29, 5 de julio de 2010.

la salud, en particular absteniéndose de denegar o limitar el acceso igual de todas las personas, incluidos los solicitantes de asilo o los inmigrantes ilegales, a los servicios de salud preventivos, curativos y paliativos”. Al prohibir la discriminación basada en la nacionalidad, el Comité sostiene que todos los niños de un Estado, incluidos los indocumentados, tienen derecho a recibir atención sanitaria asequible (Observación general No. 20, párr. 30. El derecho a la salud de los niños y adolescentes)²¹.

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales aclara, además, que el derecho a la salud se refiere tanto a “libertades” como a “derechos adquiridos”. Por ejemplo, las libertades incluyen el derecho a no tener que someterse a tratamientos médicos sin consentimiento o no ser sometido a torturas u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes. Los derechos adquiridos se refieren al derecho a un sistema de protección en condiciones de igualdad para todos, un sistema de prevención, tratamiento y control de las enfermedades, el acceso a medicamentos esenciales y a la salud sexual y reproductiva, y acceso a información y educación sobre la salud en diferentes formatos e idiomas.

Para cumplir estas obligaciones, los Estados Partes deben considerar los siguientes elementos, con la inclusión de medidas especiales para los migrantes,: a) la disponibilidad de establecimientos, bienes y servicios públicos de salud que funcionen, así como de programas; b) su accesibilidad, tanto desde el punto de vista físico como financiero; c) su aceptabilidad, es decir, que los establecimientos, los bienes y los servicios deben tener en cuenta las cuestiones de género, ser culturalmente apropiados y respetuosos de la confidencialidad, y d) todos los establecimientos, bienes y servicios deben ser de buena calidad desde el punto de vista científico y médico²².

De acuerdo a la Convención de Refugiados de 1951, la salud es un derecho humano fundamental para todos, incluidas las personas refugiadas, que deben tener acceso a la misma o similar atención de salud que las poblaciones de acogida.

²¹ El derecho a la salud de las poblaciones vulnerables en la legislación argentina Óscar Ernesto Garay Revista Jurídica Jalisciense Programa de Maestría en Derecho, pertenece a la Asociación Nacional de Facultades y Escuelas de Derecho (Anfade) y a la Asociación de Facultades, Escuelas e Institutos de Derecho de América Latina (Afeidal). año xxviii núm. 58. Enero-junio 2018

²² Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en cumplimiento de la resolución 48/141 de la Asamblea General, se centra en los derechos económicos, sociales y culturales de los migrantes en los países de acogida y las obligaciones de los Estados en ese contexto.

Conforme la Organización Mundial de la Salud, la migración puede empeorar el estado de salud de una persona. Los migrantes y los refugiados a menudo se enfrentan a peores resultados de salud en los países de tránsito y destino, debido a múltiples obstáculos, como las diferencias lingüísticas y culturales, la discriminación institucional y el uso restringido de los servicios de salud.

Estos tienen diferentes necesidades de salud física y mental, configuradas por las experiencias en su país de origen, su tránsito migratorio, las políticas de entrada e integración del país de acogida y las condiciones de vida y trabajo. Esas experiencias pueden aumentar la vulnerabilidad de los mismos a las enfermedades crónicas e infecciosas.

Los migrantes y refugiados a menudo provienen de comunidades afectadas por guerras, conflictos, desastres naturales, degradación ambiental o crisis económica. Emprenden viajes largos y agotadores con escaso acceso a alimentos y agua, saneamiento y otros servicios básicos, lo que aumenta su riesgo de contraer enfermedades transmisibles, en particular, el sarampión y enfermedades transmitidas por los alimentos y el agua. También pueden estar expuestos a sufrir lesiones accidentales, hipotermia, quemaduras, embarazos no deseados y complicaciones relacionadas con el parto, así como diversas enfermedades no transmisibles como resultado de la experiencia migratoria, las políticas restrictivas de entrada e integración y la exclusión. También pueden estar en riesgo de tener mala salud mental, debido a experiencias traumáticas o estresantes. Muchos de ellos experimentan sentimientos de ansiedad y tristeza, desesperanza, dificultad para dormir, fatiga, irritabilidad, ira o dolores y molestias, pero para la mayoría de las personas esos síntomas de angustia mejoran con el tiempo. Pueden estar más expuestas a sufrir depresión, ansiedad y trastorno de estrés postraumático que las poblaciones de acogida.

Los migrantes y refugiados siguen siendo unos de los grupos más vulnerables de la sociedad y, a menudo, se enfrentan a la xenofobia; discriminación; condiciones de vida, vivienda y trabajo deficientes; y acceso deficiente o restringido a los servicios de salud generales. Los migrantes, en particular los que están en una situación irregular, suelen ser excluidos de los programas nacionales de promoción de la salud, prevención, tratamiento y atención de enfermedades, así como de la protección económica en el ámbito de la salud. También pueden enfrentar elevadas tarifas de usuario, bajos niveles de conocimientos sobre la salud, poca competencia cultural entre los proveedores de salud, estigma e insuficientes servicios de interpretación.

Los obstáculos son aún mayores para las personas con discapacidad, las mujeres y niños, niñas y adolescentes. Los niños refugiados y migrantes, especialmente los menores no acompañados, tienen más probabilidades de experimentar eventos traumáticos y situaciones estresantes, como la explotación y el abuso, y pueden tener dificultades para acceder a los servicios de salud²³.

El impacto que sufren los niños con la migración es infinito. La discriminación es la consecuencia principal que provoca el proceso migratorio en los niños. Un efecto de la discriminación es la imposibilidad de niños, niñas y adolescentes de acceder a los derechos económicos, sociales y culturales. La diferenciación de los niños en migrantes o no migrantes, o dentro de esta categoría, en subcategorías como regularizados o no regularizados, trae aparejada la vulneración de derechos humanos básicos como el derecho a la educación y a la salud²⁴.

VIII. Derecho a la salud de niños, niñas y adolescentes en contexto de migración y solicitud de refugio

El principio general es que todo niño, niña o adolescente tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud sin discriminación (CDN, art. 24). Este derecho debe ser garantizado en un sentido amplio. La salud es un derecho humano fundamental y necesario para el disfrute de los demás derechos humanos, intrínsecamente relacionado con el derecho a la vida y a un nivel de vida adecuado. El derecho a un nivel de vida adecuado, al más alto nivel posible de salud, entre otros, son derechos sociales fundamentales reconocidos a todos los niños, incluidos los niños migrantes y refugiados.

El Comité de los Derechos del Niño de la ONU ha estimado que el art. 24 de la Convención de Derechos del Niño se aplica a todos los niños indiscriminadamente, independientemente de su condición migratoria o la de sus padres. Que el derecho a la salud requiere un enfoque holístico, donde el acceso a la salud de niños y niñas migrantes incluya todos los servicios previstos para los nacionales, y que la denegación de atención médica por causa de su condición

²³ Organización Mundial de la Salud. Salud migrantes y refugiados <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/refugee-and-migrant-health>.

²⁴ LA MIGRACIÓN Y LOS DERECHOS DEL NIÑO. María Laura Serra. Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones "Ambrosio L. Gioja" - Año V, Número Especial, 2011

irregular debe ser prohibida explícitamente, y que los Estado deben garantizar que la salud de un niño nunca se vea perjudicada por supuestos de discriminación por su condición migratoria o la de sus progenitores.

Los Comités de Protección de los Derechos de los Trabajadores Migratorios y de los Derechos del Niño en la Observación General Conjunta No. 4 y, específicamente en cuanto al derecho a la salud (artículos 28 y 45 de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares; artículos 23, 24 y 39 de la Convención sobre los Derechos del Niño), reconocen que la salud física y mental de un niño puede verse afectada por diversos factores, incluidos factores determinantes estructurales como la pobreza, el desempleo, la migración y los desplazamientos de población, la violencia, la discriminación y la marginación. También son conscientes de que los niños migrantes y los refugiados pueden experimentar graves tensiones emocionales y tener necesidades de salud mental especiales y, a menudo, urgentes.

Por consiguiente, la niñez migrante debe tener acceso, atención específica y un apoyo psicológico, teniendo en cuenta que padecen la tensión de manera distinta de los adultos; debe tener el mismo acceso que los nacionales a la atención de la salud, sea cual fuere su situación migratoria, comprendiendo todos los servicios de salud, ya sean preventivos o terapéuticos, y la atención mental, física o psicosocial que se presta en centros sociales o en instituciones de asistencia sanitaria. Los Estados tienen la obligación de velar por que la salud de los niños no se vea afectada como consecuencia de la discriminación, que es un factor significativo que agrava la vulnerabilidad; también deben tenerse en cuenta las consecuencias de las múltiples formas de discriminación. Además, debe facilitarse a los niños migrantes pleno acceso a información y servicios de salud sexual y reproductiva adaptados a su edad²⁵.

Las normas reguladoras del derecho a la salud de niños, niñas y adolescentes en necesidad de protección internacional han sido interpretadas también por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU de la siguiente manera: el derecho debe estar disponible (suficiente en calidad y cantidad); el derecho debe ser accesible (física y financieramente), y el derecho debe

²⁵ Observación general conjunta núm. 4 (2017) del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares y núm. 23 (2017) del Comité de los Derechos del Niño sobre las obligaciones de los Estados relativas a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional en los países de origen, tránsito, destino y retorno

ser aceptable (disfrutado de una manera culturalmente aceptable). El incumplimiento de cualquiera de estos criterios puede implicar que el derecho no pueda ser ejercido de manera efectiva. Para el reconocimiento efectivo de los derechos sociales (entre ellos, el acceso a la salud de migrantes y refugiados), los Estados deben adoptar medidas tales como: promulgación de legislación necesaria, adopción de medidas y políticas administrativas necesarias, y el establecimiento de mecanismos judiciales para la revisión de dicha ejecución.

El Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS) ha estimado que, si un derecho resulta particularmente complejo o costoso, los Estados deben justificar que han adoptado todas las medidas necesarias para garantizar dicho derecho dentro de un plazo razonable, dentro de una progresión cuantificable, dando prioridad a las necesidades de las personas más vulnerables.

Los niños y niñas migrantes y refugiados son una categoría de personas vulnerables, con derecho a una protección especial. Si bien los Estados gozan de un margen de apreciación nacional para decidir los plazos adecuados para la aplicación de los recursos para el ejercicio efectivo de los derechos, la erradicación de cualquier tipo de discriminación es una obligación inmediata que no admite dilación por los Estados²⁶.

De particular relevancia para los niños migrantes y refugiados resulta el principio general establecido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), según el cual la vulnerabilidad de un niño tiene prioridad sobre las consideraciones relacionadas con la migración.

En la jurisprudencia europea, en el “Asunto FIDH c. Francia”, el Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS)²⁷ estimó que una limitación en la legislación francesa por la que solo se brindaba atención médica a aquellos niños que habían residido en Francia por un tiempo determinado constituía una violación de la obligación de ofrecer asistencia a menores no acompañados o cuyos padres no pueden proveer dicha asistencia.

²⁶ Council of Europe. The European Programme for Human Rights Education for Legal Professionals (HELP) supports the Council of Europe (CoE). CURSO HELP - Consejo de Europa. Niños refugiados y migrantes. 1 de julio 2020 (on-line)

²⁷ El Comité Europeo de Derechos Sociales está compuesto por 15 miembros independientes e imparciales elegidos por el Comité de Ministros del Consejo de Europa, y se constituyó para monitorear el cumplimiento de los derechos enunciados en la Carta Social Europea, que detalla los derechos sociales y económicos que los Estados deben garantizar a las personas que viven bajo su jurisdicción. La Carta complementa al Convenio Europeo de Derechos Humanos que se centra en los derechos civiles y políticos y está supervisado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

En el Asunto “Médicos del Mundo Internacional c. Francia”, el CEDS estimó que el Estado no cumplió con su obligación positiva de garantizar a los niños romaníes migrantes, un acceso adecuado a la atención médica, al no tomar aquellas medidas razonables para abordar los problemas específicos a los que se enfrentan por sus condiciones de vida poco saludables y el difícil acceso a la atención sanitaria.

En el Asunto “Defence for Children International (DCI) v. Belgium” el Comité Europeo de Derechos Sociales sostuvo que el derecho a la salud se aplica a todos los niños y niñas por igual, incluidos los refugiados y migrantes, independientemente de su situación migratoria o la de sus progenitores.

IX. Niñez en necesidad de protección internacional y el derecho a la salud en el sistema interamericano

En el sistema interamericano, uno de sus órganos de protección, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, bajo los auspicios de su Relatoría sobre los Derechos de los Migrantes, aprobó la Resolución 04/19 el 7 de diciembre de 2019, con los “principios interamericanos sobre los derechos humanos de todas las personas migrantes, refugiadas, apátridas y las víctimas de la trata de personas” y, en particular, sobre la protección de la niñez y adolescencia en contexto de movilidad.

Dentro de la Resolución, aprobó el Principio 10: Interés superior del niño, niña o adolescente, que debe ser una consideración primordial en todas las medidas concernientes a la niñez. El interés superior del niño, niña o adolescente se refiere a su desarrollo integral, entendido en un sentido amplio que incluya sus necesidades materiales básicas, físicas, educativas y emocionales, sin discriminación alguna, e implica que, en todas las acciones o decisiones que se tomen y que afecten o se refieran a niños, niñas y adolescentes en todas las esferas de la vida, las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos deben tomar en cuenta y dar prioridad a los intereses del niño, niña o adolescente y este debe ser priorizado en el momento de diseñar políticas públicas y redactar leyes y regulaciones que se refieran a la niñez, así como a su aplicación en todos los ámbitos que afecten la vida del niño, niña o adolescente. Cualquier política migratoria y de-

cisión administrativa o judicial relacionada con la entrada, estancia, detención, expulsión o deportación de un niño, niña o adolescente o cualquier acción del Estado considerada en relación con algún de sus progenitores, cuidador primario o tutor legal, incluidas las medidas adoptadas en relación con su condición de migrante, deben priorizar a la evaluación, determinación, consideración y protección del interés superior del niño, niña o adolescente involucrado; y el Principio 12: No discriminación e igualdad de protección, que establece que todas las personas, incluidos los migrantes, son iguales ante la ley y tienen derecho a igual protección de la ley sin discriminación de ninguna clase ni por ningún motivo, incluida la condición de migrante. La ley prohibirá toda discriminación y garantizará que los migrantes disfruten de protección igualitaria y efectiva contra discriminación por cualquier motivo, como por ejemplo, raza, color, sexo, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, estatus económico, nacimiento, propiedad, estado civil, orientación sexual, identidad o expresión de género, grupo étnico, discapacidad, nacionalidad o apatridia, situación migratoria o de residencia, edad, razones para cruzar las fronteras internacionales o circunstancias de viaje o descubrimiento, o cualquier otro factor.

En relación con el Derecho a la salud, aprobó el Principio 35: Todo migrante tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental y a los determinantes subyacentes de la salud; no se puede denegar la atención médica a un migrante por razón de su situación migratoria, ni se le pueden negar los servicios de salud por falta de documentos de identidad. Toda persona, independientemente de su situación migratoria o su origen, tiene derecho a recibir la misma atención médica que los nacionales, incluyendo servicios de salud sexual, reproductiva y mental, y los Estados deben tomar en cuenta que ciertos grupos, como las mujeres, los niños, las niñas y los adolescentes, requieren atención diferenciada. El derecho a la confidencialidad debe ser garantizado lo que conlleva la prohibición de la notificación e intercambio de información relacionada con la situación migratoria de los pacientes o sus progenitores con las autoridades migratorias, así como la conducción de operativos de control migratorio en hospitales o sus cercanías²⁸.

²⁸ Principios Interamericanos sobre los derechos humanos de todas las personas migrantes, refugiadas, apátridas y las víctimas de la trata de personas (Resolución 04/19 aprobada por la Comisión el 7 de diciembre de 2019). La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, bajo los auspicios de su Relatoría sobre los Derechos de los Migrantes, en virtud de lo dispuesto por el artículo 41.b

Del otro Órgano de Protección del sistema interamericano, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es importante mencionar algunos casos en los que intervino la misma y en los cuales precisa la obligación de brindar servicios de salud a los migrantes, en especial, a los sectores más vulnerables y marginados como niños, niñas y adolescentes.

En 2013, en el caso “Familia Pacheco Tineo vs. Bolivia”, la Corte IDH derivó el derecho de cualquier persona extranjera y no solamente a los asilados o refugiados, a la no devolución indebida cuando su vida, integridad y/o libertad estén en riesgo de violación, sin importar su estatuto legal o condición migratoria en el país en que se encuentra. La Corte aludió al derecho a la integridad psíquica y moral al considerar la zozobra, el temor y la desprotección provocada por los hechos violentos y de peligro. Cabe mencionar que la Corte IDH refiere los derechos de los niños, pues deben gozar de procedimientos apropiados y seguros, y de un ambiente que le genere confianza en todas las etapas del proceso de asilo.

La Corte IDH reiteró estos principios al año siguiente en razón del caso “Personas Haitianas y Dominicanas Expulsadas vs. República Dominicana”, pues las víctimas fueron detenidas de manera arbitraria e ilegal, y durante su detención no recibieron agua, alimentos ni asistencia médica. Lo anterior afectó la integridad psíquica de los migrantes, y produjo en las víctimas sufrimientos mentales o psicológicos injustificables. Dada su especial situación de vulnerabilidad, el Estado estaba en la obligación de adoptar medidas especiales de protección a su favor, tal y como lo prevé el artículo 19 de la CADH, y como lo estableció en el caso *Vélez Loor vs. Panamá* sobre los derechos de asistencia médica de los migrantes detenidos.

En estas sentencias, la Corte IDH aplicó nuevamente la técnica de conexión de derechos, ya que estimó vulnerados los derechos a la vida familiar y libertad personal, para tomar en consideración la afectación de otros derechos de las personas que supusieron incumplimiento por parte del Estado, como en el caso de la vigilancia y fiscalización de las clínicas y hospitales de salud mental, la atención médica y la falta de garantías judiciales pusieron en peligro las condiciones de vida digna, tales como el acceso a agua potable, centros de salud, alimentación suficiente y adecuada²⁹.

de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

²⁹ El derecho a la salud en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2004-2014) Magda Yadira Robles - Revista Mexicana de Derecho Constitucional Núm. 35, julio-diciembre 2016.

En el Caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana, de sentencia el 8 de septiembre de 2005, al considerar los efectos derivados de la apatridia, la Corte entendió oportuno destacar que la vulnerabilidad a la que estuvieron expuestas las niñas comprometió el libre desarrollo de su personalidad, ya que el acceso a los derechos y a la protección especial de que son titulares se vio imposibilitado. La Corte destacó que una persona (niño, niña o adolescente) apátrida no tiene personalidad jurídica reconocida, ya que no ha establecido un vínculo jurídico-político con ningún Estado, destacando que “la falta del reconocimiento de la personalidad jurídica lesiona la dignidad humana, ya que niega de forma absoluta su condición de sujeto de derechos y hace al individuo vulnerable frente a la no observancia de sus derechos por el Estado o por particulares”. En concordancia con otras valoraciones, la Corte entendió que el Estado colocó a las niñas en un limbo legal desde donde se vulneraron derechos fundamentales.

En cuanto a las decisiones de tribunales de justicia de países de América Latina en materia de derechos humanos en el contexto de la movilidad humana, es decir, acerca de los derechos de personas migrantes, solicitantes de asilo y refugiadas, que resultan aplicable a niños, niñas y adolescentes migrantes o solicitantes de refugio, podemos mencionar solo algunas sentencias en las que han estado en juego los derechos de esta población.

Cabe destacar que según el informe elaborado por el Centro de Derechos Humanos de la Universidad Nacional de Lanús (UNLA) y el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) en el marco del Proyecto “Promover el litigio estratégico en defensa de los derechos de las personas migrantes en México y Centroamérica para la incidencia en políticas migratorias”, la jurisprudencia existente en materia de derechos económicos, sociales y culturales de personas migrantes, y específicamente de niños, niñas y adolescentes en necesidad de protección internacional, es notoriamente insuficiente, llegando a ser inexistente en la mayor parte de los países.

En cuanto a las causas relativas a la protección de derechos económicos, sociales y culturales, aun entendiendo que podrán articularse mecanismos alternativos para obtener su satisfacción en la esfera administrativa, resulta preocupante la poquísima intervención del ámbito judicial. Son verdaderamente excepcionales las ocasiones en que estos casos han sido llevados ante los tribunales. Esta circunstancia contrasta con la realidad, caracterizada por la presencia de población migrante entre los sectores sociales en mayor situación de exclu-

sión. Son también prácticamente inexistentes los casos y sentencias referidos específicamente a grupos de migrantes en situación especial de vulnerabilidad, en razón de prácticas discriminatorias de sus derechos, como pueden ser los niños y niñas migrantes³⁰.

De los Tribunales de Justicia de América Latina, la Corte Constitucional de Colombia, por conducto de la Sala Quinta de Revisión (Expediente T-6.703.349), competente para revisar la sentencia proferida por el Juez *a quo*, sostuvo que correspondía como problema jurídico determinar si las entidades demandadas (Secretaría de Salud Departamental de Risaralda, la Secretaría de Gobierno de Pereira —Oficina Emigrante— y Migración Colombia) vulneraron los derechos fundamentales a la salud y a la seguridad social de la migrante embarazada, al negarle los servicios de salud que requería como consecuencia de su estado de embarazo, bajo el argumento de que esta no tenía regularizada su situación migratoria ni cumplía con los requisitos para acceder a los servicios de salud.

En relación con los derechos de los extranjeros en Colombia, la Corte Constitucional sostuvo que el artículo 13 de la Constitución de Colombia reconoce que “todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica”; que, conforme el artículo 2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, “toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición”; que la Convención Americana de Derechos Humanos en su artículo 24 establece que “todas las personas son iguales ante la ley, en consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley”, y que, interpretando tales instrumentos, los extranjeros, gozan de los mismos derechos fundamentales y garantías que se reconocen a los colombianos, dado que son inherentes a la persona y tienen carácter universal.

³⁰ Jurisprudencia sobre los derechos de las personas migrantes en América Latina y El Caribe – Tribunales y Sistema Americano de Derechos Humanos. Informe elaborado por el Centro de Derechos Humanos de la Universidad Nacional de Lanús (UNLA) y el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) en el marco del Proyecto “Promover el litigio estratégico en defensa de los derechos de las personas migrantes en México y Centroamérica para la incidencia en políticas migratorias”

En relación con la salud de los migrantes en Colombia, sostuvo que conforme a la Observación General No. 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, los países están obligados a evitar políticas que deriven en actos de discriminación en relación con la salud y las necesidades de la mujer y que, por tanto, tienen el deber de garantizar los servicios de salud de todas las personas en su faceta preventiva, curativa y paliativa, incluso de los solicitantes de asilo y de los inmigrantes ilegales. La Corte recordó, asimismo, su jurisprudencia constante en el sentido de que toda persona, incluyendo a los extranjeros que se encuentren en Colombia, tienen derecho a recibir una atención básica por parte del Estado en casos de necesidad y urgencia, en aras de atender sus necesidades más elementales y primarias, con el fin de no desconocer su dignidad humana (acción de tutela presentada por la madre de un niño de 11 años de edad de nacionalidad venezolana, que padecía cáncer en el sistema linfático y que requería la autorización y realización de distintos exámenes a fin determinar el tratamiento que debía seguir). A través de sentencia T-705 de 2017, reiteró las reglas jurisprudenciales sobre la materia, y concedió un amparo transitorio, en la medida en que el médico tratante manifestó que el cumplimiento de lo prescrito era de carácter urgente y, si bien el Instituto Departamental de Salud de Norte de Santander se encontraba prestando los servicios de salud, le ordenó la continuidad de los mismos mientras se solucionaba la situación migratoria del menor de edad, en vista de que no tenían los documentos necesarios para realizar su afiliación al sistema de seguridad social.

En el caso en concreto (Expediente T-6.703.349), la Corte Colombiana advierte que la tutela se torna en el mecanismo idóneo para la protección de las garantías alegadas y que, si bien las principales razones que dieron origen a la pretensión de la acción de tutela fueron superadas en el transcurso del trámite de la misma, puesto que las entidades territoriales prestaron los servicios que la agenciada requería debido a su condición de embarazo y, por tanto, en esta oportunidad se configura un hecho superado, consideró pertinente señalar que las entidades de salud demandadas deberán continuar con la prestación de servicios al menor recién nacido, debido a que, por su situación de mayor grado de vulnerabilidad, no se pueden dejar de atender sus necesidades en salud. Por tanto, el suministro del mencionado servicio se debe mantener, por lo menos, hasta que el accionante y la agenciada regularicen su situación migratoria en el país y logren vincularse al sistema de seguridad social en salud.

En otro caso, la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, frente a un Amparo en Revisión 81/2021 en una demanda de amparo presentada en enero de 2019 donde se solicitaba el amparo y la protección de la Justicia Federal contra las autoridades encargadas de la Dirección del Régimen Estatal de Protección Social en Salud del Estado de San Luis Potosí, a las que se les reclama la negativa de prestarle, por su condición de inmigrante, los servicios de salud que la mencionada institución proporciona, precisó que el problema jurídico a resolver consistía en revisar la constitucionalidad de los artículos 77 bis 19 y 77 bis 7, fracción III10 de la Ley General de Salud, en torno a los requisitos que se exigen a los extranjeros para tener acceso de forma definitiva al Régimen Estatal de Protección Social en Salud, llamado Seguro Popular.

Que el juez a quo, poniendo de relieve que el criterio de diferenciación que tomó el legislador ordinario al prever lo señalado se basó en una categoría sospechosa —nacionalidad— prohibida por el artículo 1, tercer párrafo, de la Constitución Federal, así como por el apartado 2 del artículo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, dejando fuera de dicho régimen a los extranjeros para acceder a los servicios de salud que presta el Estado a través del mencionado sistema, evitando que su derecho a la salud se garantizara en la misma forma que a los mexicanos que carecían de seguridad social y, con el fin de garantizar el derecho a la vida y a la salud de todas las personas y hacer cumplir las obligaciones internacionales contraídas por el Estado mexicano, declaró la inconstitucionalidad de la porción normativa “todos los mexicanos” contenida en el párrafo primero del artículo 77 bis 1 de la Ley General de Salud por contener una exclusión implícita discriminatoria y concedió el amparo.

Precisó asimismo la Suprema Corte Mexicana que la realidad es que el marco jurídico constitucional y convencional impide la subordinación del ejercicio de cualquier derecho fundamental a la posesión de un documento de registro poblacional como es la Clave Única de Registro de Población (CURP). El Estado no puede exigir su presentación para reconocer o prestar un servicio derivado de un derecho fundamental, como puede ser la salud, la educación o el trabajo, porque esa exigencia constituye una interferencia indebida en el goce y ejercicio de los derechos humanos de las personas, contraria a la Constitución y a los tratados internacionales ratificados en la materia. Tal exigencia es una interferencia indebida en el goce y el ejercicio de los derechos humanos, lo que es contrario a la Constitución Federal; además de que realizar esa distinción

entre personas con y sin CURP no cuenta con sustento constitucional alguno. En ese sentido, que esa Sala en un asunto similar, en el que se pronunció sobre si el tercer párrafo del artículo 59 de la Ley de Migración, que prevé que los residentes temporales y permanentes tienen derecho a obtener la Clave Única de Registro de Población, vulneraba los derechos de igualdad y no discriminación y, si esa porción normativa impedía u obstaculizaba que las personas en una condición migratoria distinta, gozaran o ejercieran otros derechos fundamentales, como lo eran el derecho al trabajo, a la salud y a la educación), se pronunció específicamente acerca de la inexistencia de la CURP para reconocer o prestar un servicio derivado de algunos de tales derechos —salud, educación o trabajo—.

En la República Argentina se presentaron algunas acciones de amparo con el objeto de exigir al Programa Nacional de VIH/SIDA la entrega a los actores de la medicación necesaria, pese a no contar estos con un DNI. En el caso E.A.G. (Juzgado Nacional en lo Civil y Comercial Federal No. 5, 7/05/2002, E.A.G. y otros c/Ministerio de Salud de la Nación s/amparo), la justicia de primera instancia resolvió hacer lugar a la presentación y sostuvo que el requisito de acreditar el estatus migratorio de la persona “configura una actitud de trato diferencial para un inmigrante” que vulnera derechos reconocidos en la legislación nacional, la Constitución y los tratados de derechos humanos. En consecuencia, ordenó al Ministerio de Salud de la Nación a garantizar al solicitante, en forma inmediata el diagnóstico y tratamiento adecuado, continuo e integral que su condición de salud requería³¹.

X. Del derecho a la salud de niños, niñas y adolescente migrantes y solicitantes de refugio, en la República Argentina

En Argentina el derecho a la salud es universal, independientemente de la condición migratoria. Todas las personas solicitantes de asilo, refugiadas y/o migrantes pueden acceder al sistema público de salud. Así lo establecen tanto la Ley

³¹ Jurisprudencia sobre los derechos de las personas migrantes en América Latina y El Caribe – Tribunales y Sistema Americano de Derechos Humanos. Informe elaborado por el Centro de Derechos Humanos de la Universidad Nacional de Lanús (UNLA) y el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) en el marco del Proyecto “Promover el litigio estratégico en defensa de los derechos de las personas migrantes en México y Centroamérica para la incidencia en políticas migratorias”

de Migraciones (No. 25.871 – Art. 6), como la Ley de Reconocimiento y Protección al Refugiado (No. 26.165 – Arts. 51 y 52).

La Ley de Migraciones No. 25.871 —sancionada el 17 de diciembre de 2003 (B.O. 21/1/2004), reglamentada por decreto 616/2010 del 3 de mayo de 2010 (B.O. 6/5/2010) — expresamente reconoce en el artículo 6 que el Estado en todas sus jurisdicciones, asegurará el acceso igualitario a los inmigrantes y sus familias en las mismas condiciones de protección, amparo y derechos de los que gozan los nacionales, en particular lo referido a servicios sociales, bienes públicos, salud, educación, justicia, trabajo, empleo y seguridad social. La Reglamentación del artículo 6 dispone que el MINISTERIO DEL INTERIOR, a través de la DIRECCIÓN NACIONAL DE MIGRACIONES, sus autoridades delegadas y las fuerzas que componen la Policía Migratoria Auxiliar, en el ejercicio de las competencias asignadas, velarán por el resguardo de los derechos humanos y el goce del derecho a migrar reconocido por la Ley No. 25.871. Asimismo, prestará colaboración con otras áreas de los Gobiernos Nacional, Provincial, Municipal en aquellas acciones o programas tendientes a lograr la integración de los migrantes a la sociedad de recepción y a garantizar su acceso a los servicios sociales, bienes públicos, salud, educación, justicia, trabajo, empleo y seguridad social, en igualdad de condiciones con los nacionales.

En su artículo 8 la Ley 25.871 dispone que: “No podrá negársele o restringírsele en ningún caso, el acceso al derecho a la salud, la asistencia social o atención sanitaria a todos los extranjeros que lo requieran, cualquiera sea su situación migratoria...”. La Reglamentación del artículo 8 dispone que el Ministerio de Salud dictará las normas y dispondrá las medidas necesarias para garantizar a los extranjeros, aún en situación de irregularidad migratoria, el libre acceso a la asistencia sanitaria y social. La identidad de aquellos podrá ser demostrada mediante la documentación extendida por las autoridades de su país de origen o consulados en la República Argentina.

De la redacción del artículo se desprende que se obliga al Estado Nacional a cumplir con lo dispuesto en la Constitución Nacional y en los tratados internacionales que forman parte de ella, respecto de su función de último garante del servicio de salud, interpretando el concepto amplio de respeto en el trato igualitario hacia el ser humano, más aun encontrándose en un estado de vulnerabilidad por el hecho de estar padeciendo una enfermedad.

Asimismo se desprende que: a) Se reconoce una “categoría migratoria”, la categoría de “irregular”, a la cual se le otorgan derechos; b) Impone una obligación impeditiva del Estado, el cual en ningún caso puede privar el acceso al derecho a la salud a todos los extranjeros (inmigrantes o no inmigrantes); c) No limita el acceso a la salud únicamente a ciertas prestaciones; d) Reemplaza la denuncia de la existencia del residente “ilegal” por el asesoramiento de las personas que tuvieren conocimiento de la atención al inmigrante indocumentado de los trámites que requiere efectuar para subsanar la irregularidad; e) Si bien nada establece respecto de los gastos que pudiera originar la prestación sanitaria en las instituciones públicas hospitalarias, cabría interpretar que los migrantes se encuentran en igualdad respecto de los habitantes nacionales³².

La Ley de Reconocimiento y Protección al Refugiado No. 26.165 dispone en su artículo 51 que: “la autoridad receptora otorgará al solicitante y al grupo familiar que lo acompañe un documento provisorio que le permita acceder a los servicios y beneficios básicos sociales, de salud y educación, renovable hasta que recaiga resolución firme sobre la solicitud de reconocimiento de la condición de refugiado”.

El principio general es que todo niño, niña o adolescente tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud sin discriminación (CDN, art. 24). La Convención sobre los Derechos del Niño, que es de aplicación obligatoria en las condiciones de su vigencia, en todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que se adopte respecto de las personas hasta los dieciocho años de edad, conforme lo establece la Ley No. 26.061 Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes en su artículo 2³³.

Este derecho a la salud debe ser garantizado en un sentido amplio: (i) facilitando el acceso a medicación y tratamientos médicos adecuados en casos de enfermedad, (ii) brindando condiciones ambientales y sociales para proteger al niño o niña de posibles riesgos en su salud.

Este derecho implica, además, el derecho a que el Estado promueva y facilite medios para el acceso a la información necesaria para la prevención y el cuidado de la salud integral, tanto en las instituciones públicas de salud (salitas u hospi-

³² El acceso a las prestaciones de salud en la ley de migraciones. Palacios, Carmen Elisa. Diccionario Enciclopédico de la Legislación Sanitaria Argentina (DELS). Ministerio de Salud de la Nación (MSN). salud.gob.ar/dels/entradas/el-acceso-las-prestaciones-de-salud-en-la-ley-de-migraciones

³³ Ley No. 26.061 Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes Sancionada: 28 de septiembre de 2005 Promulgada de hecho: 21 de octubre de 2005 Publicada en B.O.: 26 de octubre de 2005.

tales), como en establecimientos educativos o recreativos; el derecho a que el Estado facilite el cumplimiento de las obligaciones de los padres como los principales responsables del desarrollo físico, psicológico, emocional, moral, espiritual y material de sus hijos e hijas; el acceso igualitario a la salud en las mismas condiciones que los/as nacionales, sin importar la condición migratoria en la que se encuentren; que la voluntad de los niños, niñas y adolescentes deba ser respetada por los equipos de salud, en la medida de su madurez, y el derecho a recibir información y un trato digno por parte de los equipos de salud (Ley de Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud No. 26.529); el derecho a recibir educación sexual en los establecimientos educativos (Ley de creación del Programa Nacional de Educación Sexual Integral No. 26.150) y a gozar de salud sexual y reproductiva (Ley de creación del Programa Nacional de Salud. Sexual y Procreación Responsable No. 25.673); el derecho a que se respeten las pautas familiares y culturales de la familia o comunidad a la que pertenecen los niños/as, siempre que no constituyan peligro para su vida e integridad (Ley de Protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, No. 26.061³⁴); el reconocimiento del carácter integral y prioritario de la atención de la salud en la infancia, de manera que ella debe garantizarse en las etapas de prevención, promoción, información, protección, diagnóstico precoz, tratamiento oportuno y recuperación de la salud³⁵.

La Ley de Migraciones 25.871 compromete al Estado a promover y difundir las obligaciones, derechos y garantías de las personas migrantes, y que los derechos establecidos en la ley de migraciones son de cumplimiento obligatorio, es decir, que todos los hospitales tienen la obligación de atender a los niños, niñas

³⁴ Esta ley tiene por objeto la protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes que se encuentren en el territorio de la República Argentina, para garantizar el ejercicio y disfrute pleno, efectivo y permanente de aquellos derechos reconocidos en el ordenamiento jurídico nacional y en los tratados internacionales en los que la Nación sea parte. Los derechos reconocidos están asegurados por su máxima exigibilidad y sustentados en el principio del interés superior del niño. La omisión en la observancia de los deberes que por la presente corresponden a los órganos gubernamentales del Estado habilita a todo ciudadano a interponer las acciones administrativas y judiciales a fin de restaurar el ejercicio y goce de tales derechos, a través de medidas expeditas y eficaces. En cuanto al derecho a la salud, dispone en el art. 14 que las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la atención integral de su salud, a recibir la asistencia médica necesaria y a acceder en igualdad de oportunidades a los servicios y acciones de prevención, promoción, información, protección, diagnóstico precoz, tratamiento oportuno y recuperación de la salud.

³⁵ Migrantes y Derecho a la Salud - Guía de información y recursos - Derechos de niños, niñas y adolescentes migrantes, elaborado por el Servicio Ecuménico de Apoyo y Orientación a Migrantes y Refugiados (CAREF) y el Programa Migración y Asilo del Centro de Derechos Humanos de la Universidad Nacional de Lanús (CDHUNLa).

y adolescentes en necesidad de protección internacional, sin que importe su condición migratoria.

En muchas ocasiones, las instituciones tienen procedimientos administrativos que obstaculizan el cumplimiento del derecho, por ejemplo, en muchos hospitales existe una planilla donde debe registrarse un número de DNI para asignar un turno médico. Por ello, es preciso tener en cuenta que los procedimientos administrativos propios de cualquier institución no son más importantes que una ley nacional o los compromisos internacionales suscriptos por el Estado argentino, y nunca pueden usarse como razón para no permitir el acceso de personas extranjeras. Esto es, todos los niños, niñas y adolescentes migrantes, cualquiera sea su situación migratoria (tengan o no DNI, hayan iniciado o no trámite de residencia), tienen derecho a acceder a la salud en las mismas condiciones que los nacionales; este derecho está garantizado en los artículos 6 y 8 de la Ley de migraciones No. 25.871.

Los niños, niñas y adolescentes migrantes pueden acceder a todos los servicios de salud pública, incluyendo guardias, urgencias, consultorios externos, internación, tratamiento y medicación para enfermedades crónicas, etc., si la institución de salud exige demostrar la identidad, el pasaporte o la cédula del país de origen son suficientes.

Nuestra legislación no presenta diferencias en el acceso a la salud entre argentinos y extranjeros. La Ley No. 25.871 en su art. 6 garantiza el derecho a la salud a los migrantes y sus familias “en las mismas condiciones que a los nacionales”, y es más explícita en la extensión de la garantía de este derecho en el art. 8. Según estas normas no se puede hacer distinciones entre nacionales y extranjeros, y entre estos últimos no está permitido hacer discriminación por su situación migratoria.

Este espíritu es interpretado por otras normas, por ejemplo, la Resolución No. 327/2011³⁶ del Ministerio de Salud sobre el Programa Nacional de Cardio-

³⁶ La Resolución No. 327/2011 dispone que de conformidad con lo dispuesto por los Artículos 6° y 8° de la Ley de Migraciones No. 25.871, el Estado nacional debe asegurar a los inmigrantes y sus familias, el acceso igualitario a la salud, en las mismas condiciones de protección, amparo y derechos de los que gozan los nacionales, no pudiendo negársele o restringírsele a los extranjeros que lo requieran, en ningún caso, el derecho a la salud o atención sanitaria, cualquiera sea su situación migratoria.

Asimismo, que en concordancia con lo expuesto, y de acuerdo con el Artículo 8° del Decreto N° 616 del 3 de mayo de 2010, reglamentario de la ley de migraciones citada, el Ministerio de Salud, debe dictar las normas y disponer las medidas necesarias para garantizar a los extranjeros, aún en situación de irregularidad migratoria, el libre acceso a la asistencia sanitaria; pudiendo aquéllos de-

patías Congénitas que incorpora explícitamente al programa, en función de las exigencias de la Ley No. 25.871, a los niños y niñas migrantes que no tengan cobertura de salud sin ninguna otra exigencia.

Recientemente la titular de la cartera sanitaria nacional reafirmó el compromiso argentino con el plan de acción global para la promoción de la salud de las personas refugiadas y migrantes en un evento paralelo de la Asamblea Mundial de la OMS sobre “Garantizar la integración de los refugiados y migrantes en las políticas, planificación y prestación de servicios de inmunización a nivel global”, en la ciudad suiza de Ginebra.

En su disertación reafirmó el compromiso del país con el Plan de Acción Global para la Promoción de la Salud de las Personas Refugiadas y Migrantes 2019-2023 de la Organización Mundial de la Salud (OMS) y con la Agenda de Inmunización 2030 y sostuvo que “para Argentina la salud es considerada como un derecho humano universal y en ese sentido, como representante del Ministerio de Salud, nuestro gran desafío es garantizar el acceso a servicios de salud de calidad para toda la población, sin importar su lugar de origen”. También, durante su participación, la ministra describió el marco legal nacional sobre los derechos de extranjeros, migrantes y refugiados y señaló que la Ley Nacional de Migración establece el acceso a la salud a todas las personas extranjeras, sin importar su condición migratoria.

Por su parte, desde el INADI, organismo desde el cual en nuestro país se gestionan y ejecutan políticas públicas para reducir las prácticas discriminatorias hacia niños, niñas y adolescentes que integran la población migrante y refugiada, y se busca garantizar el pleno ejercicio de sus derechos en igualdad de oportunidades, se ratifica que, entre los derechos garantizados para los mismos, se encuentra el derecho a la salud, y que el sistema de salud es estatal, público y gratuito³⁷.

Por último, de la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación, que resulta plenamente aplicable a los niños, niñas y adolescentes en necesidad de protección internacional, podemos extraer que:

mostrar su identidad mediante la documentación extendida por las autoridades de su país de origen o consulados en la República Argentina.

Que por lo tanto, las cirugías de los niños/as migrantes menores de 6 años y de aquellos pacientes, migrantes entre 6 y 18 años de edad, sin cobertura explícita, serán financiadas por el Tesoro nacional con cargo al crédito presupuestario vigente de la Dirección Nacional de Maternidad e Infancia de ese ministerio.

³⁷ Área Migrantes y Refugiadas Coordinación de Programas y Proyectos contra la Discriminación Dirección de Políticas y Prácticas contra la Discriminación INADI.

“Los pactos internacionales que tienen jerarquía constitucional contienen cláusulas específicas que resguardan la vida y la salud de los niños: art. VII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, art. 25, inc. 2, de la Declaración Universal de Derechos Humanos, arts. 4, inc. 1 y 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos —Pacto de San José de Costa Rica—, art. 24, inc. 1°, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y art. 10, inc. 3, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, vinculados con la asistencia y cuidados especiales que se les deben asegurar” (Fallos: 323:3229).

“El Estado Nacional asumió compromisos internacionales explícitos encaminados a promover y facilitar las prestaciones de salud que requiera la minoridad y no puede desligarse válidamente de esos deberes so pretexto de la inactividad de otras entidades públicas o privadas, máxime cuando ellas participan de un mismo sistema sanitario y lo que se halla en juego es el interés superior del niño, que debe ser tutelado por sobre otras consideraciones por todos los departamentos gubernamentales (art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño)” (Fallos 323:3229).

“El Estado Nacional es el encargado de velar por el fiel cumplimiento de los derechos constitucionales que amparan la vida y la salud de los niños y de asegurar la continuidad de los tratamientos que necesiten, habida cuenta de la función rectora que le atribuye la legislación nacional en ese campo y de las facultades que debe ejercer para coordinar e integrar sus acciones con las autoridades provinciales y los diferentes organismos que conforman el sistema sanitario en el país, en miras de lograr la plena realización del derecho a la salud” (Fallos324:3569)³⁸.

³⁸ Corte Suprema de Justicia de la Nación - Derecho a la Salud 2020 / 1a ed . - Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Corte Suprema de Justicia de la Nación, 2020. Libro digital, PDF/A.

XI. Conclusión

La salud física y mental de niñas, niños y adolescentes puede verse afectada por diversos factores, incluida la migración. Las autoridades deben asegurar que la niñez migrante, voluntaria o forzada, tenga acceso a la atención de salud, sin discriminación.

Para ello, deben implementar las siguientes medidas: a) eliminar las barreras administrativas y financieras; b) facilitar servicios de salud, ya sean preventivos o terapéuticos, y la atención mental, física o psicosocial; c) asegurar el pleno acceso a información y servicios de salud sexual y reproductiva adaptados a la niñez; d) prohibir el intercambio de información entre instituciones sanitarias y las autoridades de inmigración; e) elaborar e implementar planes, políticas y estrategias nacionales que atiendan a las necesidades en materia de salud de la niñez migrante, y las situaciones vulnerables en las que pueden encontrarse.

El acceso de los niños, niñas y adolescentes migrantes y solicitantes de refugio o refugiados a los derechos económicos, sociales y culturales, entre ellos, el acceso a la salud, no es una cuestión de beneficencia, puesto que tienen derecho a esperar que se respeten, protejan y cumplan sus derechos dondequiera que estén. Los Estados deben adoptar las medidas necesarias para prevenir, reducir y eliminar las condiciones y prácticas que causan o perpetúan la discriminación contra la niñez en necesidad de protección internacional, independientemente de la condición que se les otorgue.

