

# REVISTA DERECHO y SALUD

JOURNAL OF LAW AND HEALTH

Año 2 · Nro. 2 · Noviembre 2018

ISSN (Versión impresa): 2591-3468

ISSN (Versión online): 2591-3476



UNIVERSIDAD BLAS PASCAL

Revista de la Sala de Derecho a la Salud  
Instituto de Investigación en Ciencias Jurídicas (IDI-CJ)  
Universidad Blas Pascal





# REVISTA DERECHO y SALUD

---

## SALA DE DERECHO A LA SALUD

INSTITUTO DE INVESTIGACIÓN EN CIENCIAS JURIDICAS (IDI-CJ)  
UNIVERSIDAD BLAS PASCAL | Córdoba, Argentina.

---

Año 2 · Nro. 2. Noviembre 2018 // ISSN (Versión impresa): 2591-3468 · ISSN (Versión online): 2591-3476



UNIVERSIDAD BLAS  
PASCAL



DERECHO  
A LA SALUD



# REVISTA DERECHO y SALUD

---

## CONSEJO EDITORIAL

- DIRECTORA: CLAUDIA E. ZALAZAR, UNIVERSIDAD BLAS PASCAL
- SECRETARIO: GONZALO G. CARRANZA, UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MADRID - UNIVERSIDAD BLAS PASCAL

## CONSEJO CIENTÍFICO

- GUILLERMO C. FORD FERRER, UNIVERSIDAD BLAS PASCAL
- DOMINGO ANTONIO VIALE, UNIVERSIDAD BLAS PASCAL
- NÉSTOR PISCIOTTA, UNIVERSIDAD BLAS PASCAL
- MARCELO BERNAL, UNIVERSIDAD NACIONAL DE CÓRDOBA
- CLAUDIA MADIES, UNIVERSIDAD ISALUD
- MARÍA CASADO, UNIVERSITAT DE BARCELONA
- SANDRA REGINA MARTINI VIAL, UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
- ANA CRISTINA GONZÁLEZ RINCÓN, UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

## DISEÑO Y DIAGRAMACIÓN

- MANUELA GALVÁN
- 

## RECONOCIMIENTO A EVALUADORES:

Los Evaluadores del segundo número de la Revista Derecho y Salud fueron Profesores e Investigadores de las siguientes Universidades e Instituciones nacionales e internacionales: Universidad Nacional de Córdoba (Argentina), Universidad de Buenos Aires (Argentina), Universidad Blas Pascal (Argentina), UNIVALI - Universidade do Vale do Itajaí (Brasil), Universidad Autónoma de Madrid (España), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (España), Hertie School of Governance (Alemania), Ludwig Maximilians-Universität München (Alemania) y Columbia University (Estados Unidos).

A todos ellos, agradecemos su trabajo para lograr contar con estándares de calidad para la Revista.

---

**Revista Derecho y Salud**

Publicación anual de la Sala de Derecho a la Salud del Instituto de Investigación en Ciencias Jurídicas (IDI-CJ) de la Universidad Blas Pascal.

Av. Donato Álvarez 380, Argüello, Córdoba, República Argentina

Tel.: +54 351 4144444

E-Mail: [idi-das@ubp.edu.ar](mailto:idi-das@ubp.edu.ar)

Revista editada en Córdoba, República Argentina

ISSN (Versión impresa): 2591-3468 - ISSN (Versión online): 2591-3476

La Revista Derecho y Salud no se responsabiliza por las opiniones vertidas en los artículos firmados, cuyas ideas responden exclusivamente a sus autores.

# ÍNDICE

---

<b>1. TRIBUNA .....</b>	<b>1</b>
<b>Justicia y personas en condición de vulnerabilidad</b>	
<i>Justice and people under vulnerable conditions</i>	
<b>Gonzalo Gabriel CARRANZA y Claudia Elizabeth ZALAZAR .....</b>	<b>3</b>
<b>2. ESTUDIOS GENERALES .....</b>	<b>9</b>
<b>La gestación por sustitución en el derecho y la jurisprudencia argentina</b>	
<i>The gestational surrogacy in Argentine law and jurisprudence</i>	
<b>Silvana del Carmen ASNAL .....</b>	<b>11</b>
<b>Judicialização das políticas públicas: desafios frente a gestão financeira dos Municípios brasileiros</b>	
<i>Judicialization of public policy: challenges ahead financial management of brazilian Municipalities</i>	
<b>Ricardo HERMANY y Daniela ARGUILAR CAMARGO .....</b>	<b>25</b>
<b>Diritto alla salute e diritto all'autodeterminazione: la legge sul "consenso informato" in Italia. Riflessioni a partire dalla teoria dei sistemi sociali</b>	
<i>Right to Health and Right to Self-determination: the Italian Law on "Living Will". Insights from Social System Theory</i>	
<b>Sandra Regina MARTINI y Matteo FINCO .....</b>	<b>43</b>
<b>3. ESTUDIOS ESPECIALES .....</b>	<b>57</b>
<b>El "Modelo Argentino" de Trasplante y la importancia de los protocolos de actuación administrativo, judicial y policial en materia de ablación de órganos para reducir las listas de espera para trasplante</b>	
<i>The "Argentine transplantation Model". The relevance of judicial, administrative &amp; police protocols for reducing waiting Lists</i>	
<b>Paula AGLIOZZO MOLINA .....</b>	<b>59</b>
<b>Derechos Previsionales y VIH</b>	
<i>Pension Rights and HIV</i>	
<b>Maximiliano CALDERÓN y Paulina R. CHIACCHIERA CASTRO .....</b>	<b>75</b>
<b>Primera aproximación a la exigibilidad -no judicial- del derecho a la salud en la provincia de Córdoba</b>	
<i>A first approach to nonjudicial enforceability of the right to health in the province of Córdoba</i>	
<b>Claudio E. GUIÑAZÚ .....</b>	<b>87</b>
<b>La sensibilidad humana en el profesional del derecho como instrumento esencial para una efectiva justicia</b>	
<i>Human sensitivity in legal professionals as an essential instrument for an effective justice</i>	
<b>Noelia Graciela HERBÁS .....</b>	<b>100</b>
<b>Los jueces como garantes del modelo social de discapacidad: juzgar con perspectiva de vulnerabilidad</b>	
<i>Judges as guarantors of the social model of disability: judge with vulnerability perspective</i>	
<b>María Guadalupe NEDER .....</b>	<b>113</b>

**4.COMENTARIOS JURISPRUDENCIALES.....129****Corte Interamericana de Derechos Humanos****La autonomía individual y el acceso a la información en materia de salud reproductiva***Individual autonomy and access to information on reproductive health*

Ignacio VÁZQUEZ .....131

**Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina****El principio de razonabilidad en la cobertura de las prestaciones de salud***The principle of reasonability in the coverage of health benefits*

María Yanina GÁZQUEZ ..... 146

**La cobertura integral de prestaciones a las personas con discapacidad***The comprehensive coverage of benefits for people with disabilities*

Ángeles María BAEZ ..... 157

**Derecho a la salud vs. derecho de defensa***Right to health vs. right of defense*

Nadia Virginia COPELLO ..... 166

**El derecho a la salud de personas con discapacidad y su cobertura por parte del Estado***The right to health of people with disabilities and their coverage by the State*

María Florencia BLANCO PIGHI ..... 173

**Fortaleza ante la vulnerabilidad de personas con discapacidad***Strength in the face of vulnerability of people with disabilities*

María Milena BELANTI ..... 181

**Cortes Supremas de Justicia Provinciales****Al amparo de la Salud. Algunas consideraciones sobre derechos humanos y condiciones de mercado.***Under the protection of Health. Some considerations on human rights and market conditions*

María Florencia BELANTI ..... 199

**El derecho a la salud del menor con discapacidad***The right to health of the child with disabilities*

Franco Javier DE GRANDIS ..... 209

**Derecho a la Salud de ancianos y discapacitados y criterio de interpretación de los hechos en materia de salud***Right to health of old age and disability and Interpretation criteria of facts in health matter*

Micaela Rocío PASSETTI ..... 220

**Tribunales federales****Responsabilidad por Incumplimiento al deber de Información***Non-compliance's liability of duty of information*

Agustina DALLEGRE .....237

**Tribunales provinciales**

**Tiempo, lugar y modo: a propósito del art. 562 del Código Civil y Comercial**

*Time, place and manner: about article 562 of Argentina's Civil Code*

Jaime Ramón PAZ BENARD ..... 258

**5. DIRECTRICES PARA AUTORES.....273**

---

# 1. TRIBUNA

---



# JUSTICIA Y PERSONAS EN CONDICIÓN DE VULNERABILIDAD<sup>1</sup>

## JUSTICE AND PEOPLE UNDER VULNERABLE CONDITIONS

---

GONZALO GABRIEL CARRANZA<sup>2</sup> Y CLAUDIA ELIZABETH ZALAZAR<sup>3</sup>

---

Inauguramos este nuevo espacio de la Revista, en su segunda edición, con el objetivo de ser sólo quienes inician lo que, esperamos, se convierta en una tradición. Se trata de la Tribuna, un lugar donde se pueden proyectar ideas, pensamientos y opiniones en torno a un tema trascendental para el entendimiento de la especial relación existente entre el derecho y la salud.

Nos permitimos, entonces, escribir nuestros pensamientos acerca del rol que ocupa la justicia en la resolución de casos que tienen como actores a personas en condición de vulnerabilidad. Estas reflexiones surgen en el marco de un Proyecto de Investigación que llevamos adelante con algunos jóvenes investigadores cordobeses que desarrollan su actividad en Argentina, España y Alemania, con el fin de analizar cómo las sentencias dictadas en la Provincia de Córdoba van, día a día, incorporando nuevos paradigmas de atención de las personas que, por su condición social, humana o cultural (entre otras), son seres que no se encuentran en igualdad de oportunidades no sólo para el acceso a la justicia, sino también para el efectivo goce de las respuestas jurisdiccionales.

Desde hace unos diez años a esta parte, los jueces y juezas de Argentina han comenzado un nuevo proceso de razonamiento en el proceso que, en general, se sigue para llevar una solución al caso en concreto. En este íter se ha notado una “humanización” de la justicia, un encuentro cara a cara del Poder Judicial con los justiciables, de manera tal que se ha llegado a lograr que el servicio que se brinda esté cerca de aquellos hacia el cual se destina.

Esta nueva óptica desde la que se mira la realidad de las personas viene ya apuntándose desde 1994, cuando el Convencional Constituyente reformó la Constitución Nacional e incorporó al bloque de constitucionalidad numerosos Tratados Internacionales de Dere-

---

1 El presente artículo forma parte del Proyecto de Investigación “Justicia y protección de personas en condiciones de vulnerabilidad” (Código 157-20180224-96), dirigido por la Prof. Claudia E. Zalazar y adscrito a la Sala de Derecho a la Salud del Instituto de Investigación en Ciencias Jurídicas (IDI-CJ), de la Secretaría de Investigación y Desarrollo de la Universidad Blas Pascal.

2 Abogado (UNC, Argentina). Máster en Derecho Constitucional (Centro de Estudios Políticos y Constitucionales y UIMP, España). Doctorando en Derecho, Gobierno y Políticas Públicas y Profesor e Investigador del Área de Derecho Constitucional (UAM, España). Secretario e Investigador de la Sala de Derecho a la Salud del Instituto de Investigación en Ciencias Jurídicas (IDI-CJ, UBP). Secretario la Revista Derecho y Salud. Mail: gonzalo.carranza@uam.es

3 Abogada (UNC, Argentina). Doctoranda en Derecho y Ciencias Sociales (UNC, Argentina). Magistrada por concurso y oposición de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de 5ª Nominación del Poder Judicial de la Provincia de Córdoba (Argentina). Presidenta e Investigadora de la Sala de Derecho a la Salud del Instituto de Investigación en Ciencias Jurídicas (IDI-CJ, UBP). Directora de la Revista Derecho y Salud. Mail: idi-das@ubp.edu.ar

incorporó al bloque de constitucionalidad numerosos Tratados Internacionales de Derechos Humanos, otorgándoles la misma jerarquía que la Carta Magna, siendo directamente aplicables por todos los jueces y juezas de nuestro país.

Aquel hito constitucional sirvió para que no solamente los justiciables amplíen el espectro normativo que procura la defensa de sus derechos, sino también que los jueces y juezas hayan debido actualizar su pensamiento para abrirlo a un control de la ley y de los actos mucho mayor al que se realizaba hasta ese momento. El nuevo panorama descrito sumió a quienes ejercen la magistratura en un mundo desconocido, cual es el de la amplitud de protección de los derechos fundamentales a nivel universal y regional, con las particularidades del sistema interamericano.

Se ampliaron los márgenes de interpretación y, gracias a ello, se logró dar nuevas respuestas a problemas cotidianos que afectaban a la sociedad, ya que el nuevo esquema se centró en la persona, ser digno que merece y debe ser atendido por los poderes públicos por la sola condición de ser tal. Claro está, el Poder Judicial no quedó fuera de su alcance.

Los jueces y juezas centraron su atención en la persona y lo hicieron no sólo por el impulso de aquel proceso de convencionalidad, sino también por dos factores normativos que coadyuvaron a ello: la reforma (y unificación) del Código Civil y Comercial de la Nación, por un lado, y las llamadas “100 Reglas de Brasilia”, por otro.

La mirada contemporánea del Legislador argentino dio lugar a la reforma estructural más extensa que haya existido de las normas civiles y comerciales de Argentina. Nuevas teorías se incorporaron a la regulación máxima a nivel legal, en el Código que regla la vida diaria de las personas físicas y jurídicas, tanto en sus derechos, como en sus obligaciones.

Dentro de los recordatorios que se escribieron a modo de mandato, el art. 2 del Código vino a recordarles a los jueces y juezas que era necesario prestar atención -al momento de resolver una causa-, a la Constitución y a los Tratados Internacionales de Derechos Humanos. Este aviso no era un sin más, sino que representaba una apuesta clara por establecer legalmente la llamada “constitucionalización del derecho privado”, movimiento por el cual se recuerda que se debe mirar, siempre, al bloque de constitucionalidad, para salvaguardar la constitucionalidad y convencionalidad de las normas civiles y comerciales y, a su vez (y mucho más importante aún), para resguardar los derechos fundamentales de los ciudadanos.

Por otro lado, en el marco de la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, celebrada en Brasilia en el año 2009, se dictaron las llamadas “100 Reglas de Brasilia sobre el acceso a la justicia de personas en condición de vulnerabilidad”. Este instrumento fue adoptado, poco a poco, por los máximos tribunales argentinos, tanto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, como los distintos Tribunales Superiores o Cortes provinciales.

La finalidad de aquellas reglas era la de garantizar las condiciones que permiten un efectivo acceso al sistema de justicia de las personas que, por su estado, son vulnerables de diversas formas. Para ello, se propició que no exista discriminación alguna, englobando políticas, medidas, facilidades y apoyos que permitan a todas ellas el pleno goce de los servicios que se prestan desde los Poderes Judiciales.

Cabe recordar que las personas vulnerables son aquellas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos que les reconoce el ordenamiento jurídico.

Dentro de esta amplia definición se encuentran, por ejemplo, personas con discapacidades físicas o mentales, con afecciones en su salud, migrantes, consumidores, usuarios,

mujeres, etc. Este espectro da cuenta que, en muchas ocasiones, los jueces y juezas deben atender en su despacho de causas, a personas vulnerables.

Si se analiza la definición de “persona vulnerable” desde el punto de vista del derecho a la salud, por ejemplo, podremos afirmar claramente que cualquier persona que necesite una resolución judicial por una afección en su salud es, a estos efectos, un sujeto vulnerable. El paciente siempre es vulnerable, tanto por no gozar plenamente de su estado de plenitud, como también por su engranaje dentro del sistema sanitario.

Independientemente de la situación de vulnerabilidad, claro está, el juez o la jueza debe analizar la causa a la luz del derecho aplicable y resolverla de la manera más justa posible, pero sin dejar de atender las especiales circunstancias de los actores. Por ello, la tarea no es sencilla, porque muchas veces la solución conforme a derecho termina agravando aún más la condición de vulnerabilidad. Entra en juego, entonces, la interpretación que se realiza, que debe ir más allá de la norma, para entender en su conjunto a todos los hechos y circunstancias.

El acceso a la justicia, en este caso, no significa solamente reducir las barreras que impiden el ingreso de una causa, sino también propiciar que todo el proceso se celebre desde la especial percepción de los sujetos vulnerables, acercando a su entendimiento aquello que sea complejo, por ejemplo, y explicando correctamente las soluciones adoptadas, cuando sea necesario.

Con gratitud, poco a poco, se nota en el campo de las resoluciones judiciales una perspectiva de vulnerabilidad. En esta edición de la Revista, por ejemplo, la autora María Guadalupe Neder (integrante de nuestro Proyecto) dará cuenta sobre cómo la justicia cordobesa ha adoptado decisiones trascendentes en este sentido, como así también se pueden analizar comentarios jurisprudenciales ya publicados, donde la decisión se ha centrado en dar una solución a la causa atendiendo la situación de los actores.

Hay cambios y hay esperanzas. Desde esta tribuna, sus autores, desde la magistratura y la academia, invitan a la reflexión y a prestar atención a la vulnerabilidad, para que esta mirada iniciada en Iberoamérica no sea simplemente una moda, sino un modo de afianzamiento de los Poderes Judiciales como órganos de servicio a la ciudadanía.





---

## **2. ESTUDIOS GENERALES**

---



# LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN EL DERECHO Y JURISPRUDENCIA ARGENTINA

---

## THE GESTATIONAL SURROGACY IN ARGENTINE LAW AND JURISPRUDENCE

---

SILVANA DEL CARMEN ASNAL<sup>1</sup>

---

*Fecha de recepción: 14/08/2018*

*Fecha de aceptación: 18/09/2017*

### RESUMEN:

El tema de la gestación por sustitución, subrogación de vientre o maternidad subrogada resulta, para algunos, una de las cuestiones más nuevas y actuales que presenta el Derecho de las Familias. Sin embargo, luego del análisis que se realizará en este trabajo, se podría concluir que ello no es tan así.

En el presente se plantea, como cuestión principal, si la falta de regulación por parte del Código Civil y Comercial y/o leyes complementarias ha sido obstáculo para que la figura de la gestación por sustitución sea utilizada.

La respuesta a esa cuestión es negativa. Como se demostrará a lo largo del trabajo, la falta de legislación no impidió que numerosos casos hayan sido sometidos a decisiones de la justicia nacional, antes y después de la vigencia del nuevo Código Civil y Comercial (en adelante CCC), que hoy innova en la regulación de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida (en adelante TRHA), pero no ha incorporado regulación alguna con respecto a la gestación por sustitución. El vacío legal fue cubierto, antes y ahora por la doctrina y, sobre todo, por la jurisprudencia.

---

### ABSTRACT

The Gestational surrogacy, for some, is a new and current theme in de Family Rights. However, after analyze made this dissertation, we can infer that this inference is wrong.

The main question is if lack of regulation in the new Civil and Comercial Code, or in complementary laws, has been an obstacle to use the Gestational surrogacy.

The answer in negative. Because lack of regulation did nonstop to many people, who resort to national justice, before and after the new Code.

---

<sup>1</sup> Abogada y Escribana, egresada de la Universidad Nacional de Córdoba; Diplomada en Derecho Procesal Civil por la Universidad Blas Pascal (Córdoba); Especializanda en Derecho Judicial y de la Judicatura en Universidad Católica de Córdoba (Tesina en elaboración. Título: EL ALCANCE DE LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA EN EL PROCESO CIVIL DE CORDOBA). Actual Secretaria de Primera Instancia-por concurso- en el Juzgado de Primera Instancia y Segunda Nominación de Río Tercero, Córdoba.  
Email personal: silvana.asnal@gmail.com

This Code innovates in assisted humans reproduction techniques. However, there are no regulations about the Gestational surrogacy. The void was covered by jurisprudence and doctrinarians.

PALABRAS CLAVE: gestación por sustitución; ley; jurisprudencia; familia; derechos humanos.

---

KEY WORDS: Gestational Surrogacy; law; jurisprudence; family; human's rights.

## I. Introducción

Como ya se adelantó, en este trabajo se plantea, como hipótesis principal, que la ausencia de regulación por parte del Código Civil y Comercial y/o leyes complementarias no ha sido obstáculo para que la figura de la gestación por sustitución sea utilizada. Para ello se realiza un recorrido sobre conceptos y nociones esenciales para comprender el instituto, y luego la referencia a los numerosos casos planteados ante Tribunales argentinos y, en especial, la reseña de los suscitados en la Provincia de Córdoba.

Los objetivos principales del trabajo podrían resumirse en los siguientes:

- 1- Conocer y destacar conceptos básicos y fundamentales que se relacionan con la gestación por sustitución, hoy muchos de ellos incluidos en el nuevo CCC.
- 2- Conceptualizar jurídicamente el instituto de la gestación por sustitución, ya que al no estar regulada se carece de concepto legal.
- 3- Destacar el valor de la labor de la jurisprudencia ante vacío o silencio de la ley
- 4- Lograr conclusiones que avalen la hipótesis principal.

## II. Conceptos

En primer término, resulta indispensable dejar sentados ciertos conceptos, ya que muchos de ellos hoy resultan novedosos y solo algunos han sido incorporados a la legislación.

Desde la entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial nuestra ley civil reconoce tres tipos de filiación: 1. Por Naturaleza, 2- Por Adopción, 3- Por Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA).

Las dos primeras ya estaban reguladas en el Código Civil de Velez Sarsfield. La filiación por naturaleza desde 1871 y la filiación adoptiva desde 1948. La tercera es la novedad del CCC.

Por otro lado, la última parte del nuevo art. 558, en consonancia con el antiguo art. 250 del Código de Velez, afirma que una persona no puede tener más de dos vínculos filiales, cualquiera sea la naturaleza de esta. Hoy, un niño puede tener dos padres o dos madres (cfr. Ley 26.618- Nueva Ley de Matrimonio Civil), y con ellos estaría integrada su filiación. Si un tercero reclama la filiación del mismo niño, deberá dejarse sin efecto una de la anteriormente establecida, claro está, mediante la correspondiente acción de impugnación (art. 578, CCC).

Entonces, corresponde distinguir entre:

- Filiación por naturaleza: es aquella que deriva del acto sexual y donde la filiación

coincide con la realidad biológica. Se funda en la realidad biológica, con independencia de si se quiere ser padre o madre<sup>2</sup>.

-Filiación por adopción: que deriva de la voluntad de una o dos personas con respecto a una tercera, que se manifiesta luego del nacimiento de esta última. No hay vínculo biológico ni genético entre adoptante y adoptado, sino un vínculo jurídico que nace a partir de la sentencia que concede la adopción.

-Filiación por TRHA: en la que el vínculo filial deriva de la voluntad procreacional. Es decir, se funda en el elemento volitivo: querer ser padre o madre, independientemente del elemento genético y/o biológico. Se encuentra regulada a partir del art. 560 del CCC.

Cabe aclarar que, los tres tipos de filiación surten los mismos efectos. Es decir, no puede haber discriminación de derechos y deberes que se sustenten en la especie de filiación que le da origen (cfr. art. 558,2 parte, CCC). Ello en virtud del respeto debido a las directivas impuestas por la Convención Interamericana de los Derechos Humanos (art. 17) y la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 2).

A partir de la tercera forma de filiación reconocida por la ley (por TRHA), surge un nuevo concepto para la comunidad jurídica: La voluntad procreacional.

### **1.La voluntad procreacional:**

Esta constituye el elemento relevante para la determinación de la filiación del niño nacido por TRHA. Es la voluntad o decisión de una persona de que un ser nazca y sea su hijo; la causa eficiente e insustituible de esa existencia. En definitiva: “es el elemento central para la determinación de la filiación cuando se ha producido por TRHA, con total independencia de si el material genético pertenece a las personas que, efectivamente tienen la voluntad de ser padres o madres o de un tercero ajeno a ellos.”<sup>3</sup>

En nuestro país se traduce en la exteriorización del consentimiento previo, informado y libre, de la forma prevista por los art. 560 y 561 del CCC, de las personas que pretenden ser padre o madre a través de técnicas de reproducción asistida. El propio código define la voluntad procreacional en el art. 562<sup>4</sup>.

### **2.Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA):**

Son aquellos procedimientos médicos tendientes a que parejas o personas infértiles (por razones de salud o estructural, como las parejas del mismo sexo) puedan acceder a la maternidad/paternidad.

Conforme al concepto que brinda la ley 26.862 de Acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida, publicada en el B.O el 25/6/2013, en su art. 2, “se entiende por reproducción médicamente asistida a los procedimientos y técnicas realizados con asistencia médica para la consecución de un embarazo. Quedan comprendidas las técnicas de baja y alta complejidad, que incluyan o no la donación de gametos y/o embriones.

Las mismas pueden ser homólogas, cuando el material genético utilizado pertenece a los integrantes de la pareja que quiere concebir, o heterólogas, cuando se utiliza material cedido por terceras personas. También se distinguen las técnicas intracorpóreas, o de baja complejidad, que tiene por objeto la unión entre el óvulo y el espermatozoide en

2 KEMELMAJER de CARLUCCI, Aida; HERRERA, Marisa y LLOVERAS, Nora (2014), Tratado de Derecho de Familia según el Código Civil y Comercial de 2014- Tomo II, Buenos Aires, Ed. Rubinzal Culzoni, p. 426.

3 KEMELMAJER de CARLUCCI, Aida; HERRERA, Marisa; LLOVERAS, Nora (2014), Op. Cit., p. 508.

4 “Art. 562: Voluntad procreacional. Los nacidos por las técnicas de reproducción humana 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”.

el interior del cuerpo de la mujer, lo que se logra por medio de la inducción a la ovulación, estimulación ovárica controlada, desencadenamiento de ovulación e inseminación intrauterina intrauterina, intracervical o intravaginal con material genético de la pareja o no. En cambio, las técnicas extracorpóreas o de alta complejidad son aquellas en las que la unión del ovulo y el espermatozoide acontece fuera del aparato reproductor femenino: fecundación citrointracitoplasmática de espermatozoide, crioconservación de ovocitos y embriones, etc<sup>5</sup>.

Los tratamientos más conocidos y utilizados son:

- La inseminación artificial: tratamiento de baja complejidad en el cual luego de una inducción de la ovulación se introduce una muestra de semen capacitada dentro del útero de la mujer.
- La fecundación in vitro: tratamiento de alta complejidad que consiste en la unión del óvulo con el espermatozoide en el laboratorio. Se trata de conseguir el mayor número posible de embriones aptos para luego poder transferirlos al útero materno.
- La ovodonación: es uno de los tratamientos de alta complejidad de mayor aplicación en el campo de la reproducción asistida. Los óvulos de la donante se unirán a los espermatozoides de la pareja receptora para obtener embriones; éstos se transferirán a la receptora para conseguir el embarazo tan deseado.

### III. La gestación por sustitución

Conceptualmente, es un proceso por el cual una mujer lleva a cabo un embarazo como consecuencia de la transferencia de un embrión, o más, de parte de los padres procreacionales/comitentes, para dar a luz e inmediatamente entregar el, o los, niño/s así nacidos a sus padres procreacionales/comitentes.

Presupone una mujer miembro de una pareja (integrada por quienes solicitan los servicios de gestación) o sola, que no puede llevar a cabo un embarazo, por lo que conviene/n con una tercera persona (gestante) la implantación de un embrión en la matriz de esta y lo desarrolle hasta su nacimiento, de modo que posteriormente, previa renuncia de la filiación materna lo entregue a la pareja o mujer comitente<sup>6</sup>. Cabe agregar que también pueden ser comitentes los integrantes de una pareja masculina o un hombre solo, que deseen ser padres.

Este tipo de procedimiento, desde el punto de vista médico, son casos de FIV (Fertilización In Vitro), pero la incorporación de una tercera persona trae consigo una mayor complejidad en diversos aspectos, entre ellos, el jurídico a la luz del principio filial para la determinación de la maternidad que rezeptan los ordenamientos jurídicos conocido por el adagio "madre siempre cierta es"<sup>7</sup>.

#### 1. Terminología:

Se utilizan diversos términos para denominar esta realidad, siendo los más usuales: maternidad subrogada, gestación por sustitución, alquiler de útero, madres suplentes, madres portadoras, alquiler de vientre, donación temporaria de útero, gestación por cuenta

5 KEMELMAJER de CARLUCCI, Aida; HERRERA, Marisa; LLOVERAS, Nora (2014), Op. Cit., pp.422-435.

6 CHIAPERO, Silvana María(2012), Maternidad Subrogada, Buenos Aires, Astrea, p. 91

7 HERRERA, Marisa, (2017): "Técnicas de reproducción humana asistida: conceptualización general

Página del Ministerio de Salud de la Nación: <http://www.salud.gov.ar/dels/entradas/tecnicas-de-reproduccion-humana-asistida-conceptualizacion-general> (fecha de consulta: 07 de agosto de 2018), p.2.

ajena o por cuenta de otro, gestación subrogada, maternidad sustituta, maternidad de alquiler, maternidad de encargo, madres de alquiler y madres gestantes<sup>8</sup>. El término “gestación por sustitución”, es la terminología adoptada por el anteproyecto del Código Civil y Comercial.

## 2. Recepción legislativa:

El mencionado anteproyecto de Reforma al Código Civil que fuera presentado al Poder Ejecutivo el 27 de marzo de 2012, regulaba la “gestación por sustitución”. Sin embargo, luego fue excluida del articulado que finalmente aprobó el Congreso de la Nación.

En principio, su exclusión se debió a la falta de consenso en torno a la regulación de este tipo de prácticas, atendiendo a los múltiples y complejos debates éticos y morales que derivan de su aplicación; toda vez que implica una técnica en la cual la mujer puede ser la madre genética o la simple gestante del feto concebido in vitro por los gametos de la pareja requirente, o bien por aquéllos de un padre y de un tercer donante<sup>9</sup>.

Para reforzar esta supresión, se afirmó que el instituto posee escaso reconocimiento legal en el derecho comparado, optando la mayoría de las legislaciones por no regular este instituto o bien prohibirlo en forma expresa, siendo escasas las legislaciones que regulan esta posibilidad de establecer vínculos filiales en sentido positivo. A su vez, dentro de los países que la admiten encontramos: por un lado aquellas legislaciones que autorizan la gestación por sustitución comercial, es decir aquella en la cual se admite que la mujer gestante reciba retribución económica, en contraposición a otro grupo que solo admite el desarrollo de estas prácticas cuando se realizan sin fines de lucro<sup>10</sup>.

Sin embargo, al adoptar una postura abstencionista, se crea un vacío normativo (sin prohibición expresa, ni regulación concreta) y es allí donde entra en escena el valor doctrinario del aludido Proyecto de Reforma, el derecho comparado, la doctrina autoral y la jurisprudencia nacional e internacional.

## IV. La regulación que no vio la luz

Como ya se adelantó, el anteproyecto del CCC incluyó, en el art.562, la regulación expresa de la figura que nos convoca. Pero debido a la falta de consenso en torno a su regulación y aplicación; toda vez que implica una técnica en la cual la mujer puede ser la madre genética o la simple gestante del feto concebido in vitro por los gametos de la pareja requirente, o bien por aquéllos de un padre y de un tercer donante, en el Senado de la Nación se optó por suprimir el artículo proyectado, modificando también la redacción del art. 19, en relación al comienzo de la existencia humana.

La frustrada norma establecía:

*“El consentimiento previo, informado y libre de todas las partes intervinientes en el proceso de gestación por sustitución debe ajustarse a lo previsto por este Código y la ley especial.*

*La filiación queda establecida entre el niño nacido y el o los comitentes mediante la prueba del nacimiento, la identidad del o los comitentes y el consentimiento debidamente homologado por autoridad judicial.*

8 LAMM, Eleonora (2012a), “Gestación por sustitución Realidad Y Derecho”, Indret Revista Para Análisis Del Derecho N° Julio de 2012, Barcelona, p. 4  
9 GONZALES MAGAÑA, Ignacio (2014): “La tácita inclusión de la gestación por sustitución en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Preámbulo necesario de una norma expresa que la regule”, DFyP (noviembre), p. 181 - Cita Online: AR/DOC/3853/2014

10 LAMM, Eleonora (2012b): “La importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida”, Revista de bioética y derecho de la Universidad de Barcelona, N° 24, enero de 2012 (<http://www.ub.edu/fildt/revista/>) (fecha de consulta: 07 de agosto de 2018).

*El juez debe homologar sólo si, además de los requisitos que prevea la ley especial, se acredita que:*

- a) se ha tenido en miras el interés superior del niño que pueda nacer;*
- b) la gestante tiene plena capacidad, buena salud física y psíquica;*
- c) al menos uno de los comitentes ha aportado sus gametos;*
- d) el o los comitentes poseen imposibilidad de concebir o de llevar un embarazo a término;*
- e) la gestante no ha aportado sus gametos;*
- f) la gestante no ha recibido retribución;*
- g) la gestante no se ha sometido a un proceso de gestación por sustitución más de DOS (2) veces;*
- h) la gestante ha dado a luz, al menos, UN (1) hijo propio.*

*Los centros de salud no pueden proceder a la transferencia embrionaria en la gestante sin la autorización judicial. Si se carece de autorización judicial previa, la filiación se determina por las reglas de la filiación por naturaleza”*

Si bien la norma no vio la luz, ha servido de antecedente y referencia en casos resueltos por magistrados nacionales, ya que resulta la única referencia legislativa (al menos en modo de anteproyecto) sobre la cuestión, en el Derecho Argentino.

Es inconmensurable el valor doctrinario y de opinión autorizada que el aludido Proyecto de Reforma nos dejó, y en especial a los jueces, quienes al resolver estos casos concretos acuden a él en forma de guía o de norte a seguir, para fundamentar sus decisiones<sup>11</sup>.

## **V.La ausencia de regulación como obstáculo al uso de la figura de la gestación por sustitución**

Luego de la introducción precedente, y como se adelantó, es posible afirmar contundentemente que la falta de legislación no ha evitado que esta práctica médica se realice. El argumento principal que sirve de base a los que defienden la práctica es el principio de legalidad, consagrado en el art. 19 de la Constitución Nacional, en virtud del cual es posible afirmar que todo lo que no está prohibido expresamente por la ley, está permitido<sup>12</sup>.

En tal sentido, se ha señalado que ante tal silencio, resulta necesaria una solución -con mirada constitucional y convencional- que atienda el deseo y el derecho de ser padres de una pareja, aunque sin descuidar el interés superior del niño o niña nacida de esa manera. Es que, desde esa perspectiva, no se puede dejar de reconocer que la voluntad de procrear es un derecho humano y fundamental que se proyecta en toda clase de relación sin que el Estado pueda realizar intervenciones que impliquen un obstáculo para su ejercicio<sup>13</sup>.

El derecho a procrear se funda en el derecho básico de todo individuo o pareja a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos, el espaciamiento entre los nacimientos

11 GONZÁLEZ, Andrea; MELÓN, Pablo; NOTRICA, Federico: La gestación por sustitución como una realidad que no puede ser silenciada - Id Infojus: DACF150426 - página infojus.gov.ar. <http://www.sajj.gov.ar/andrea-gonzalez-gestacion-sustitucion-como-una-realidad-puede-ser-silenciada-dacf150426/123456789-0abc-defg6240-51fcanirtcod> (fecha de consulta:07 de agosto de 2018)

12 Art. 19 C.N: “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.”

13 GIL DOMINGUEZ, Andrés (2014), “Código Civil y Comercial, voluntad procreacional y gestación por sustitución”, DIP Diario Familia y Sucesiones Nro. 40 del 21.08.2015.

y disponer información y medios para ello. Incluye también el derecho a adoptar decisiones relativas a la reproducción sin sufrir discriminación, coacciones ni violencia, de conformidad a lo establecido en los documentos de derechos humanos<sup>14</sup>

Es cierto que no hay ningún texto normativo nacional o internacional que aludan de manera expresa a ese derecho, sin embargo, muchas de esas facultades se encuentran comprendidos en los reconocidos derechos a la vida; a la libertad y seguridad; a la dignidad y al libre desarrollo a la personalidad; a la integridad física; a la intimidad personal y familiar; a un nivel de vida adecuado que le asegure tanto al titular como a su familia la salud y el bienestar; el derecho al matrimonio y a fundar una familia; el derecho a la maternidad y a la infancia<sup>15</sup>.

Sin embargo, como ningún derecho es absoluto, resulta necesario determinar su alcance. Este tipo de derecho, de tan amplio alcance, plantea la necesidad de establecer un equilibrio entre la libertad y la responsabilidad<sup>16</sup>.

Por ello, y a fin de evitar incertidumbre jurídica proclive a la vulneración de derechos, no caben dudas que hubiera sido mejor regular la figura.

Otro de los argumentos a favor, se funda en el acceso a las técnicas de reproducción humana asistida, considerando que la gestación por sustitución es una de ellas. Entendiéndose que el propósito del acceso integral a los procedimientos y TRHA es asegurar que se halle libre de obstáculos fácticos, económicos, normativos y de cualquier índole desproporcionada o discriminatoria

Por otro lado, frente al derecho de los padres encontramos los derechos de los hijos. Precisamente por ello, se ha incluido la perspectiva del interés superior del niño, pues son los sujetos más débiles y merecedores de protección aún antes de su nacimiento. Aquel principio, sentado en la Convención de los Derechos del Niño (en adelante CDN), impone que en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá el interés superior del niño (cfr. art.3, CDN). Es un mandato que obliga, frente a situaciones conflictivas que puedan restringir o limitar derechos individuales, a privilegiar determinados derechos de los niños. Es decir, el derecho de los niños es de un interés superior a otros derechos individuales o colectivos. En nuestro país, la Ley 26061 de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, consagró legislativamente este principio. Ahora, el CCC también lo incluye expresamente como pauta interpretativa en todo proceso en el que estén involucrados niños, niñas y adolescentes (art. 706 inc. "c").

En materia de gestación por sustitución, en Argentina, numerosos casos han llegado a la justicia y han tenido resolución favorable. Al momento de plantear estos casos en instancia judicial, hubo distintas estrategias que se justifican debido a la falta de regulación de la gestación por sustitución. Así, se han planteado:

1. Casos en que el niño/a ya ha nacido, en los cuales se planteó:
  - a. impugnación de la maternidad de la gestante
  - b. solicitud de la inscripción registral,
  - c. medidas autosatisfactivas
  - d. acción declarativa de certeza;
2. Casos de pedido de autorización judicial previa a la implantación del embrión en el vientre;

14 Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo de Naciones Unidas (CIPD) (1994), El Cairo, párrafo 7,2 y 7,3.

15 art. 3, 16,18, 25 y 26 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

16 CHIAPERO, Silvana María (2012): Op. Cit., p. 29.

3. Casos de pedido de autorización judicial previa al alumbramiento, con el embarazo en curso.

4. A su vez, en el marco de un proceso colectivo promovido por el Defensor del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires, la Federación LGTB y una pareja de copadres, la Sala I de la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario dictó una medida cautelar colectiva mediante la cual ordenó al Registro Civil de la Ciudad de Buenos Aires que inscriba provisoriamente a los niños y niñas nacidos por técnicas de reproducción humana asistida de alta complejidad realizadas en nuestro país a través de la gestación por sustitución, a favor de las personas que ejerzan el derecho a la voluntad procreacional expresando su consentimiento previo, libre e informado, sin emplazar como progenitora a la mujer gestante que previamente manifestó no titularizar ni ejercer voluntad procreacional alguna<sup>17</sup>.

## VI. Los casos argentinos

En los casos de maternidad subrogada se verifica una disociación entre la maternidad genética, la maternidad gestacional y la maternidad social, dada por la utilización de técnicas de inseminación artificial o fecundación in vitro, que nos enfrenta a la necesidad de determinar legalmente la maternidad del hijo habido de esta gestación<sup>18</sup>.

Los supuestos que comprende se pueden dividir en tres grandes grupos, según la amplitud o delimitación conceptual de los supuestos. Así se aceptan:

1. Casos en que sólo el embrión de una pareja puede ser implantado en el útero de otra mujer que lleva a cabo el embarazo y da a luz el hijo en beneficio de la pareja.

2. Supuestos en que la mujer gestante es inseminada o fecundada con su propio óvulo y el aporte de semen de un hombre casado, asumiendo el compromiso de tener al hijo y entregarlo a la pareja conformada por el dador del semen y su esposa, renunciando a sus derechos maternos filiales con fines de adopción.

3. Y los casos más usuales y amplios, en los que técnicas médicas permiten a una mujer gestar un hijo para terceros con distintas variantes: a) que los gametos sean aportados por el matrimonio o pareja contratante; b) que ambos gametos provengan de donantes; c) que la gestación lo sea con el óvulo de la mujer de la pareja contratante y semen de donante; y d) que la gestante aporte un óvulo y el varón de la pareja contratante, el semen<sup>19</sup>.

Estos últimos supuestos han conformado la mayoría de los casos argentinos que, sobre la materia, se han presentado ante los diversos Tribunales del país, aún antes de la entrada en vigencia del nuevo CCC. Entre ellos pueden mencionarse precedentes dictados

17 CAMARA DE APELACIONES EN LO CAYT - SALA I SECRETARÍA UNICA- "DEFENSOR DEL PUEBLO DE LA CIUDAD AUTONOMA DE BUENOS AIRES Y OTROS CONTRA GCBA Y OTROS SOBRE AMPARO –OTROS- Número: EXP A1861/2017-0"- Agosto De 2017

18 FAMÁ, María (2011): "Maternidad subrogada. Exégesis del derecho vigente y aportes para una futura Regulación", La Ley, t. 2011-C, (Buenos Aires, 2011), p. 1217

19 FAMÁ, María (2011): Op. Cit., p. 1217.

por la justicia nacional en lo civil<sup>20</sup>, por la justicia de la Ciudad de Buenos Aires<sup>21</sup> y por numerosos Tribunales del país<sup>22</sup>, incluso de la Provincia de Córdoba<sup>23</sup>:

## VII. Breve análisis de los casos cordobeses

Los cuatro casos que se registraron en la provincia de Córdoba han obtenido resolución muy recientemente y, paradójicamente, son cuatro supuestos absolutamente distintos. Tres de ellos se presentaron antes de la consecución del embarazo y uno con posterioridad al nacimiento del niño. A su vez, han involucrado tanto a parejas heterosexuales como homosexuales, y un caso de monoparentalidad en el que una mujer deseaba ser madre por medio de esta técnica.

Precisamente, la diversidad de los casos planteados y soluciones brindadas por los magistrados ameritan un breve análisis de cada uno, a fin de dejar expuestas las diferencias apuntadas. De esta manera se pretende demostrar que pese a la complejidad y multiplicidad del tema, los magistrados han realizado un exhaustivo análisis de cada situación en particular, y una interpretación amplia y acorde a los derechos humanos en juego. Por tales motivos, todos los casos presentados han logrado una acogida favorable por parte de los Tribunales de esta Provincia.

Estos fallos, junto a los anteriormente citados y dictados por tribunales de todo el país, constituyen una muestra muy importante del valor de la jurisprudencia frente al silencio de la ley y, probablemente, servirán de antecedente a la futura y necesaria legislación.

20 - Juzgado Nacional en lo Civil Nro. 86, 18/06/2013, "N.N. o D.G.M.B s/ inscripción de nacimiento", Infojus online, Id Infojus: FA13020016.

- Juzgado Nacional en lo Civil Nro. 102, "C., F. A y otro c/ R. S., M. L.", 18/05/2015, Cita Online: AR/JUR/12711/2015.

- Juzgado Nacional en lo Civil Nro. 83, "N., N. O.", 25/06/2015, La Ley, Cita online AR/JUR/24326/2015.

- Juzgado Nacional en lo Civil N° 8 - Expte. 70522/2014 - "B., B. M. y Otro c/ G., Y. A. s/ Impugnación de Filiación" - 20/09/2016.

- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala H.-. "S. T. V. s/ inscripción de nacimiento" - 15/03/18. Cita: Diario Jurídico del 23/05/2018. [http://www2.tribunales.gov.ar/intranet/Docs/Diario/DJ\\_240518.pdf](http://www2.tribunales.gov.ar/intranet/Docs/Diario/DJ_240518.pdf)

21 Tribunal Superior de Justicia C.A.B.A., "M., C. K. s/información sumaria", 04/11/2015, inédito.

- Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de Buenos Aires- Sala I, "D. N. S. E. Y Otros Contra Gcba Sobre Amparo" Expte N°: A37847-2015/0 Ciudad De Buenos Aires, Octubre de 2015.

Cámara De Apelaciones En Lo Cayt - Sala I Secretaría Única- "Defensor Del Pueblo De La Ciudad Autónoma De Buenos Aires Y Otros Contra Gcba Y Otros Sobre Amparo -Otros-Número: EXP

A1861/2017-0" - Agosto de 2017- cita: <http://public.diariojudicial.com/documentos/000/075/320/000075320.pdf>

22 Juzgado de Familia de Gualeguay, "B. M. A. c/ F. C. C. R. | ordinario", 19/11/2013, Cita: Microjuris online MJ-JU-M-83567-AR | MJJ83567.

- Tribunal Colegiado Rosario Nro. 7, "XXX", 02/12/2014, La Ley, Cita online AR/JUR/90178/2014; LA LEY 25/06/2015, 25/06/2015.

- Juzgado Familia Nro. 1, Mendoza, "A. V. O., A. C. G. Y J. J. F.", 29/7/2015, Cita online: <http://colectivoderechofamilia.com/wp-content/uploads/2015/07/FA.-PCIAL.-PRIMER-JUZ.-FLIA.-MENDOZA.-Gestaci%C3%B3n-por sustituci%C3%B3n.pdf>, compulsada el 10/03/2016.

- Juzgado Familia Nro. 1, Mendoza, "C. M. E. y J. R. M. s/ inscripción nacimiento", 15/12/2015, Cita Online: AR/JUR/58729/2015.

- Juzgado Familia Nro. 9 de Bariloche, "X", Expte. Nro. 10178-14 , 29/12/2015, inédito.

- Juzgado Familia Nro. 7, Lomas de Zamora, "H., M. y otro/a", 30/12/2015, Microjuris online, MJ-JU-M-97208-AR.

- Tribunal Colegiado de Familia N° 5 de Rosario, S y G s/Filiación- inédito- Junio de 2016. <http://www.lacapital.com.ar/la-ciudad/la-justicia-otorgo-la-paternidad-plena-una-pareja-homosexual-n968385.html>

- Juzgado de Familia de Viedma - "Reservado s/ autorización judicial", Expte N° 0260/17/J7, Sentencia del 6 de julio de 2017.- <http://www.diariojudicial.com/nota/78740/civil/subrogacion-igualitaria.html>

- Juzgado de Familia Rosario, autos caratulados "H., M.E. Y OTROS S/ VENIAS Y DISPENSAS", CUIJ N° xxx", Auto N° 05 de diciembre de 2017 cita: <https://www.diariojudicial.com/public/documentos/000/078/007/000078007.docx>

23 - Juzgado de Segunda Nominación de Familia de Córdoba- "R., L. S. Y OTROS - SOLICITA HOMOLOGACION"- Auto N° 930, del 22/11/17.

- Juzgado de Primera Instancia y Cuarta Nominación de Familia de Córdoba-"A., P. A. Y OTRO - MEDIDAS URGENTES"- ACTA N°98 FOLIO 122/126 del 21/05/18.

- Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial y Familia de Villa María "R., R. A. Y OTROS - AUTORIZACIONES" (EXPTE. N° 2908074)- Sentencia N° 47 del 08/06/18.-

- Juzgado de Primera Instancia y Primera Nominación de Familia de la ciudad de Córdoba "A., M. T. y Otro - Solicita Homologación" Expte SAC N° ... del 06/08/2018. [http://www2.tribunales.gov.ar/cargawebweb/\\_news/newsDetalle.aspx?id=1536](http://www2.tribunales.gov.ar/cargawebweb/_news/newsDetalle.aspx?id=1536)

Así, en el caso resuelto por el Juez de Familia de Segunda Nominación de la ciudad de Córdoba: “R., L. S. Y OTROS - SOLICITA HOMOLOGACION”, del 22/11/17, una pareja heterosexual solicitó la autorización judicial para gestar su hijo en un vientre sustituto e inscribir a ese niño como propio.

La judicialización del caso se realizó de manera previa a lograr el embarazo, tal como lo preveía el artículo del Código Civil y Comercial que fue eliminado antes de su aprobación, por la vía del “Pedido de homologación de un convenio sobre *“gestación por sustitución”*”.

El magistrado analizó la procedencia del pedido de homologación del acuerdo, analizando los requisitos considerados relevantes a tal fin. Concluyó que era viable su homologación, ya que el mismo no vulnera ni el orden público y se condice con la tutela efectiva de los derechos de las partes. A su vez, consideró innecesaria la declaración de inconstitucional del art. 562 del CCC.

Finalmente, el juez homologó el acuerdo y autorizó a la pareja a inscribir como propio al niño que sería producto de un embrión de ambos y que crecería en el útero de otra mujer, que era pariente de ellos (su cuñada), quien manifestó ante el juez que no contaba con voluntad procreacional en relación al niño que engendraría.

En tanto, en el resuelto por la Jueza de Familia de Cuarta Nominación: “A., P. A. Y OTRO - MEDIDAS URGENTES”, del 21/05/18, se autorizó a un matrimonio homosexual, compuesto por dos varones, a anotar a su hijo, gestado por una amiga, con sus apellidos. El embarazo se logró con un óvulo de banco fecundado por una técnica “in vitro” y con espermatozoides de uno de los papás. El caso se judicializó después del nacimiento del bebé, aunque la gestante había prestado su consentimiento previo ante Escribano Público y ante el centro de reproducción humana asistida.

La demanda se canalizó por la vía de la “medida autosatisfactiva”, una vez que se produjo el nacimiento, y con el fin de inscribir al bebé como hijo del matrimonio de comitentes, quienes manifestaron su “voluntad procreacional”.

La jueza finalmente ordenó al Registro Civil la inscripción de la filiación derivada de la técnica de reproducción humana asistida. Es decir, el niño se inscribió como hijo de los comitentes, con el apellido de los dos hombres. A su vez, también desestimó la declaración de inconstitucionalidad del art. 562, CCC, por cuanto no hay voluntad procreacional y ni nexo genético entre el hijo y la gestante. Es decir, no hay razón alguna para atribuirle la maternidad.

En el caso analizado por el Juzgado de Villa María: “R., R. A. Y OTROS - AUTORIZACIONES”, del 08/06/18, una pareja heterosexual con graves problemas para conseguir un embarazo de forma natural y con técnicas asistidas, solicitó autorización para autorice para llevar adelante la técnica de reproducción médicamente asistida llamada gestación por sustitución, con gametos de los comitentes y/u ovodonación en caso de ser necesaria, determinando que la filiación de la niña o niño que nacerá de dicha técnica recaiga sobre los comitentes por ser quienes poseen la voluntad procreacional de acuerdo a lo dispuesto por los art. 558. La gestante sería una amiga íntima de la mujer, quien está casada y tiene dos hijos.

El magistrado, luego de haber realizado un exhaustivo análisis de los hechos que rodean el caso y apoyándose, mayormente, en instrumentos internacionales de derechos humanos, hizo lugar a la autorización. A su vez, ordenó que una vez producido el nacimiento, el niño o niña, sería inscripto en el Registro Civil como hijo del matrimonio comitente, sin tener vínculo alguno con la gestante.

Finalmente, el Juez de Primera Instancia y Primera Nominación de Familia de la ciudad de Córdoba, muy recientemente homologó un acuerdo realizado entre dos mujeres,

en virtud del cual una de ellas gestaría en su vientre a un niño/a que sería inscripto en el Registro Civil como hijo de la otra. Esta última, debido a graves problemas de salud, había perdido su útero y por ello no podría quedar embarazada. Es este supuesto, quien brinda la voluntad procreacional no aportaría material genético, ya que la fecundación se realizaría con óvulos y esperma provenientes de un banco de donantes anónimos (autos: "A., M. T. y Otro - Solicita Homologación", del 06/08/2018).

En este caso sí se declaró la inconstitucionalidad del art. 562, CCC, que determina que la maternidad, por ley, es atribuida a la mujer gestante. A tales efectos el magistrado expresó: *"Sin remover el obstáculo legal de la disposición del art. 562 del CC y C 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 determina la filiación materna per ser la persona que dio a luz" (sic).*

En definitiva autorizó a las mujeres a realizar la práctica biomédica, previo a prestar el consentimiento informado en los términos del art. 560 y 561 del CC y C, y que luego sea inscripta, la persona humana nacida de esa manera, como hijo de quien manifestó su voluntad procreacional. Recomendó hacer conocer al hijo su realidad biológica y el modo en que fue gestado, en la medida que la capacidad y grado de madurez.

## VIII. Conclusiones

La gestación por sustitución importa una forma (especial) de ejercer el derecho a procrear, que se encuentra comprendido en el derecho de formar una familia y el libre desarrollo de la persona. En consecuencia, aunque la ley no la haya regulado expresamente, no puede ser desconocida por los jueces. Admitir lo contrario implica, además de desdeñar aquel derecho fundamental y, consecuentemente, a nuestra Constitución Nacional y los Tratados Internacionales, sino también frustrar psicológica y socialmente a aquellas personas y/o parejas que, aunque lo desean profundamente, les es físicamente imposible gestar un hijo.

No es el derecho a un hijo/a el que se debe garantizar, sino la posibilidad de intentar concebirlo por medio de las técnicas y avances científicos que se ponen a disposición del hombre para corregir las imperfecciones que predispone la naturaleza.

No obstante ello, nunca debe perderse de vista el principio que obliga a privilegiar siempre el interés superior de los niños/as, quienes tienen derecho a la identidad y la vida familiar, es decir, a crecer en el ámbito de una familia. Este último concepto debe considerarse tal como lo hace el nuevo Código Civil y Comercial, es decir, admitiendo múltiples formas de vida familiar (entre ellas: familias monoparentales, ensambladas, extendidas, homosexuales, heterosexuales, etc.)

Corresponde garantizar este derecho sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición. Es que, la familia es un elemento natural y fundamental de la sociedad, y por ello merece la más amplia protección por parte de todos los órganos del estado. Así, el derecho a la vida familiar comprende el derecho de los padres de procrear y de que sus miembros puedan vivir juntos; el derecho a ejercer la responsabilidad parental, crianza, cuidado y educación de los hijos, etc.

Por otro lado, de los numerosos casos jurisprudenciales presentados se desprende que la falta de regulación no ha amilanado la utilización de la práctica de la gestación por sustitución. Por ello, no deberá descartarse que en el futuro el tema fuera nuevamente

traído a estudio y sea objeto de un debate, más amplio en el tiempo y concreto en la materia, a nivel social y legislativo.

De todos modos, el artículo proyectado en el nuevo Código Civil y Comercial (y luego descartado) es de utilidad para los jueces a los que se les presentan este tipo de casos. Complementa a aquellos argumentos fundados en el derecho a procrear, a la vida familiar y a la identidad, e interés superior del niño, reconocidos por los Tratados Internacionales. Porque, pese al vacío legal específico, se han encontrado fundamentos suficientes en los derechos humanos y principios consagrados en los Tratados Internacionales, que hoy tienen jerarquía supra constitucional, y en la normativa Proyectada (de conformidad a los art. 2 y 3 del CCC).

En definitiva, la gestación por sustitución es una práctica existente y, como lo demuestran los casos señalados, más frecuente de lo que se cree. Es decir, que la falta de regulación no ha generado su supresión como medio para acceder a la paternidad por parte de parejas que naturalmente están imposibilitadas para tener hijos. Por ello, y para evitar soluciones dispares o hasta contradictorias (efectos no deseados), resulta conveniente su legislación. Es cierto que el tema exige un debate adulto y exhaustivo. Pero no debe olvidar el legislador que el tiempo es un factor determinante en aquellos que ansían ser padres y no pueden serlo naturalmente. La ciencia y la medicina han dado respuestas y soluciones substanciales, apropiadas y oportunas a la problemática. Resta que el Derecho (léase: el sistema legal) asuma la responsabilidad que le corresponde e imponga reglas claras, coherentes y adecuadas que la realidad le exige.

---

#### REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AZPIRI, Jorge O. (2015), *Incidencias del Código Civil y Comercial- Derecho de Familia*, Buenos Aires, Ed. Hammurabi.
- BELOFF, Mary; DEYMONNAZ, Virginia; FREEDMAN, Diego; HERRERA, Marisa y TERRAGNI, Martiniano (2012), *Convención sobre los Derechos del Niño Comentada, Anotada y Concordada*, Buenos Aires, Ed. La Ley.
- CHIAPERIO, Silvana María (2012), *Maternidad Subrogada*, Buenos Aires, Ed. Astrea.
- FAMÁ, María (2011), “*Maternidad subrogada. Exégesis del derecho vigente y aportes para una futura regulación*”, en *La Ley*, t. 2011-C, Buenos Aires, Ed. La Ley.
- GIL DOMINGUEZ, Andrés (2015), “*Código Civil y Comercial, voluntad procreacional y gestación por sustitución*”, *DIP Diario Familia y Sucesiones Nro. 40*. (<https://dpicuantico.com/sitio/wp-content/uploads/2015/08/Familia-Doctrina-2015-08-21.pdf>) (Fecha de consulta: 03 de agosto de 2018).
- IGLESIAS, Elsa (2015) en GHERSI, Carlos; WEINGARTEN, Celia (Directores): *Código Civil y Comercial- Análisis Jurisprudencial- Comentado, Concordado y Anotado, Tomo I*, Rosario, Ed. Nova Tesis.
- GONZÁLEZ, Andrea; MELÓN, Pablo; NOTRICA, Federico - “*La gestación por sustitución como una realidad que no puede ser silenciada*” - [www.infojus.gov.ar](http://www.infojus.gov.ar) - Id Infojus: DACF150426 (<http://www.saij.gob.ar/andrea-gonzalez-gestacion-sustitucion-como-una-realidad-puede-ser-silenciada-dacf150426/123456789-0abc-def6240-51fcanirtcod>) (Fecha de consulta: 03 de agosto de 2018).

- GONZALES MAGAÑA, Ignacio (2014), *“La tácita inclusión de la gestación por sustitución en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Preámbulo necesario de una norma expresa que la regule”*, Publicado en: DFyP 2014 (noviembre) - Cita Online: AR/DOC/3853/2014. (Fecha de consulta: 03 de agosto de 2018).
- HERRERA, Marisa; CAMELO, Gustavo; PICASSO, Sebastián (2015), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, Tomo I*, Buenos Aires, Ed. Infojus.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida; HERRERA, Marisa y LLOVERAS, Nora (2014), *Tratado de Derecho de Familia según el Código Civil y Comercial, Tomo II*, Buenos Aires, Ed. Rubinzal Culzoni.
- LAMM, Eleonora (2012a), *“Gestación por sustitución Realidad y Derecho”*, *Indret Revista Para Análisis Del Derecho*, (edición de Julio), Barcelona. [http://www.indret.com/pdf/909\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/909_es.pdf) (fecha de consulta: 03 de agosto de 2018).
- LAMM, Eleonora (2012b); *“La importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida”*, *Revista de bioética y derecho de la Universidad de Barcelona*, N° 24, (enero), (<http://www.ub.edu/fildt/revista>) (fecha de consulta: 03 de agosto de 2018).
- LAMM, Eleonora (2016c), *Gestación por sustitución, ni maternidad subrogada, ni alquiler de vientres*, Barcelona, Publicaciones I Ediciones.
- MEDINA, Graciela (1997), *“Maternidad por sustitución. Principales cláusulas contractuales y soluciones en la jurisprudencia francesa y norteamericana”*, *Revista La Ley* Nro. 119, Junio de 1997- Id Infojus: DACA970156. ([http://www.saij.gob.ar/doctrina/daca970156-medina-maternidad\\_por\\_sustitucion\\_principales.htm](http://www.saij.gob.ar/doctrina/daca970156-medina-maternidad_por_sustitucion_principales.htm)) (Fecha de consulta: 03 de agosto de 2018).
- POLVERINI, Verónica (2012): *“La voluntad procreativa como causa fuente de filiación. En Análisis del proyecto del nuevo Código Civil y Comercial 2012”*, *El Derecho*, Buenos Aires (<http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/libros/analisisproyecto-nuevo-codigo-civil.pdf>) (Fecha de consulta: 03 de agosto de 2018)
- ZANNONI, Eduardo. A. (2012), *Derecho civil. Derecho de familia, Tomo 2*, Buenos Aires, Ed. Astrea.

## LEGISLACIÓN

---

- Constitución de la Nación Argentina (CN).
- Convención Interamericana de los Derechos Humanos (CIDH)
- Convención sobre los Derechos del Niño (CDN)
- Código Civil y Comercial de la Nación Argentina- Ley (CCC).
- Código Civil de Dalmacio Velez Sarsfield (CC).
- Ley 26061 de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes
- Ley 26.618 Matrimonio Igualitario
- Ley 26.862 de Acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida.

CONSULTA DE JURISPRUDENCIA 

---

- Revista Actualidad Jurídica On line: [www.actualidadjuridica.com.ar](http://www.actualidadjuridica.com.ar)
- Sistema Argentino de Información Jurídica- Infojus: [www.infojus.gob.ar](http://www.infojus.gob.ar)
- Página oficial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación: [www.csjn.gov.ar](http://www.csjn.gov.ar)
- Página oficial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: [www.corteidh.or.cr](http://www.corteidh.or.cr)
- Base jurídica del Poder Judicial de Córdoba: <http://jurisprudenciaca.justiciacordoba.gob.ar/cordoba.php>

# JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS: DESAFIOS FRENTE A GESTÃO FINANCEIRA DOS MUNICÍPIOS BRASILEIROS

---

## JUDICIALIZATION OF PUBLIC POLICY: CHALLENGES AHEAD FINANCIAL MANAGEMENT OF BRAZILIAN MUNICIPALITIES

---

RICARDO HERMANY<sup>1</sup> Y DANIELA ARGUILAR CAMARGO<sup>2</sup>

---

*Fecha de recepción: 31/08/2018*

*Fecha de aceptación: 21/09/2018*

### RESUMO:

A judicialização das políticas públicas teve um aumento significativo nos últimos anos gerando discussões quanto aos reflexos na gestão municipal. Em governos locais onde os recursos são poucos, estes são dependentes das transferências intergovernamentais das esferas superiores sendo a análise de suma importância tendo em vista a oneração que a judicialização vem ocasionando. A estratégia metodológica dedutiva e bibliográfica parte da análise da administração financeira municipal e suas principais restrições à expansão da arrecadação, posteriormente observar as transferências intergovernamentais para os entes locais e ao final verificar o impacto que a judicialização das políticas públicas de saúde causa no orçamento municipal. Ao fim apresenta-se ainda a importância da cooperação entre os entes federados, sob pena de inviabilizar a continuidade das políticas públicas de saúde em vários municípios brasileiros.

---

### ABSTRACT:

The judicialization of public policies has increased significantly in recent years generating discussions about the effects on municipal management. In local governments, where resources are scarce, they are dependent on intergovernmental transfers from the higher spheres, and the analysis is of the utmost importance in view of the burden incurred by judicialization. The deductive and bibliographic

---

1 Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos, com Doutorado sanduíche pela Universidade de Lisboa; Pós-Doutor na Universidade de Lisboa; Professor da graduação e do Programa Permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito- Mestrado/Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC; Coordenador do grupo de estudos Gestão Local e Políticas Públicas – UNISC; Advogado; E-mail: hermany@unisc.br

2 Mestre em Direitos Sociais e Políticas Públicas pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul - Conceito Capes 5, na linha de pesquisa Políticas Públicas de Inclusão Social; e Pós-Graduada em Direito Tributário e em Planejamento Tributário pela Escola Superior da Magistratura Federal e Universidade do Norte do Paraná. Integrante Sub-Grupo de Pesquisa Gestão Local e Políticas Públicas (CNPQ) coordenado pelo professor Ricardo Hermany. E-mail: danielacamargo68@gmail.com

methodological strategy starts from the analysis of the municipal financial administration and its main restrictions to the expansion of the collection, later observe the intergovernmental transfers to the local entities and at the end verify the impact that the judicialization of public health policies causes in the municipal budget. Finally, the importance of cooperation between federated entities is presented, failing to make the continuity of public health policies in several Brazilian municipalities unfeasible.

**PALAVRAS-CHAVE:**

Administração financeira; Município; Judicialização; Saúde.

---

**KEY-WORDS:**

Financial management; Municipality; Judicialization; Health.

### **I. Considerações Iniciais**

A judicialização da política pública tem se tornado uma situação frequente nos municípios brasileiros, onde é comum a tomada de decisão sobre diversos temas em especial aqueles relacionados a saúde, por parte do Poder Judiciário e não pelo órgão que possui atribuição legal, ou seja, Poder Executivo. As decisões proferidas têm alcance político, de implementação de políticas públicas, implicando em práticas morais e polêmicas.

Essa situação pode ser observada como um fenômeno inerente ao Estado Democrático de Direito, referindo ao anseio social de ter seus direitos assegurados pelo Poder Judiciário. O direito à saúde é previsto na Constituição Federal do Brasil e está elencado no rol dos direitos sociais, sendo estes classificados como de segunda geração. Dizem respeito aquele que necessitam de prestação positiva do Estado, por meio de políticas públicas para a efetiva concretização. Não podendo ser comparados aos direitos de primeira geração, que dependem de prestação negativa do Estado como modo de garantia das liberdades individuais.

Nos governos locais os recursos são escassos em virtude das crises recentes e a judicialização das demandas de seus cidadãos pode não somente restringir a gestão do orçamento, mas sim gerar sanções pela falta de descumprimento das sentenças. Assim, a falta de padrões e critérios para a concessão de medidas por parte do Judiciário podem ser gravosas ao orçamento do Executivo, trazendo transtorno ao gestor público.

Por conseguinte, o sistema tributário brasileiro é único detendo normas gerais em matéria tributária para as esferas nacional, estatais e municipais, sendo aplicadas de modo uniforme em todo o território, conforme o que dispõe o Código Tributário Nacional. A evolução das receitas dos municípios do Brasil demonstra um significativo crescimento a partir da Constituição Federal de 1988, sendo explicado pelo crescimento da arrecadação direta e das transferências intergovernamentais que são repassadas pelos entes nacional e subnacional aos municípios. Deve-se levar em consideração quanto ao desempenho arrecadatório municipal o tratamento simétrico, pois determinados municípios possuem níveis de urbanização diferentes o que veem a influenciar na arrecadação do Imposto Predial e Territorial Urbano e Imposto sobre a propriedade Territorial Rural, como exemplo.

Dentre as hipóteses que serão apresentadas no decorrer do texto está as transferências intergovernamentais, que se propiciarem uma fonte sem receita, podem vir a desestimular o esforço dos governos municipais na arrecadação de tributos; e no modelo de repartição de competências tributárias, demonstrando que os tributos que possuem fatos geradores em áreas urbanizadas ignora a questão de que a maior parte dos municípios

brasileiros são considerados como rurais.

Dessa maneira, o estudo possui como finalidade analisar o impacto que a judicialização das políticas públicas de saúde causa no orçamento municipal, observando que o ente local detém uma pequena parcela da arrecadação tributária nacional – acarretando em um alto nível de dependência das transferências intergovernamentais. Esta análise se realiza por meio método de abordagem dedutivo, pois a conclusão já está, de certa forma, implícita no decorrer do texto; e o método de procedimento bibliográfico, utilizando-se diversos autores e leis para a verificação do tema proposto.

Propõe-se analisar a administração financeira brasileira e as transferências intergovernamentais para os municípios, para ao final verificar o impacto que a judicialização das políticas públicas. Ao fim, apresenta-se ainda a importância da cooperação entre os entes federados, sob pena de inviabilizar a continuidade das políticas públicas de saúde em vários municípios brasileiros.

## **II. Administração financeira e as principais restrições à expansão da arrendação municipal**

A administração financeira reconhecida pelas atividades de supervisionar e controlar o efetivo e integral cumprimento das obrigações tributárias, possui também a tarefa de identificar desvios, a aplicar sanções caso isso ocorra e a representação fiscal para os fins penais. Dessa maneira, para que esta seja efetiva deve possuir um grau de autonomia elevado diante da administração da secretaria de fazenda municipal. A sua função não está somente no lançamento ou liquidação determinado imposto, mas sim de conferência e verificação do desempenho dos particulares na tarefa que lhes é legalmente atribuída. Deverá ainda adotar instrumentos eficientes que envolvam acesso a dados bancários, como exemplo, pois se impedidos dificultarão o trabalho de fiscalizar os tributos que estão submetidos a administração particular e privada favorecendo a sonegação<sup>3</sup>.

Dentre seus objetivos está a obtenção dos tributos juntamente com a sociedade para a manutenção do Estado, observados os princípios da equidade e uniformidade<sup>4</sup>. Ainda conforme os autores o sistema tributário somente possui efetividade com uma administração também eficiente. O desempenho está na função do ambiente econômico e social, assim como da estrutura tributária sendo que a administração deve ser avaliada quanto ao seu desenvolvimento<sup>5</sup>.

No Estado brasileiro tem estruturação determinada pela Constituição Federal de 1988, Constituições estaduais e leis orgânicas dos municípios, sendo que cada governo possui a sua organização, como no caso dos municípios uma secretaria de finanças ou algum departamento referente a tributação, conforme o artigo 37, inciso XVIII. Por conseguinte, anteriormente ao advento da Emenda Constitucional nº 42 de 2003 determinava o artigo referido que a administração fazendária detém a preferência sobre os demais setores da administração. Contudo, após a Emenda Constitucional os Municípios passaram a ter autonomia em relação aos investimentos e na modernização de administrações financeiras, com a melhora na qualidade do sistema tributário municipal o que incentiva

---

3 NABAIS, José Casalta. (2005). *Por um Estado Fiscal suportável*. Coimbra: Almedina.

4 YOINGCO, A. Q.; YEN, C.C. (1992). *Políticas Tributárias y Administración Tributária en los Países Latinoamericanos y en la República de China*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales.

5 CARO, Jaime Vásquez (1992). *Estructura y Administración de Impuestos en América Latina*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales.

a fiscalização dos contribuintes e o orçamento local.

Em consonância com isso, o artigo 52 inciso XV da Constituição Federal de 1988 com a alteração da Emenda Constitucional nº 42, determina que o Senado Federal, como competência privativa, deve avaliar o desempenho dessas administrações dos três entes da federação. Ainda, o Ministério Público Estadual também tem a função de fazer cumprir a Constituição Federal, sendo uma das suas prerrogativas a defesa do patrimônio público. Dessa forma, zela pelo crédito tributário do município e fiscaliza as tarefas do fisco, verificando se o mesmo está arrecadando conforme exigidos pela Constituição Federal, artigo 30, inciso III; e a Lei de Responsabilidade Fiscal se a arrecadação está a se realizar de forma vinculada e não discricionariamente. Salienta-se que conforme a referida Lei, a omissão por parte do gestor público quanto ao evidenciado é punível com a vedação de transferências voluntárias.

As atribuições da administração financeira municipal são fundamentais assim como o aumento da capacidade de arrecadatória, que podem torna-los com menor dependência daquelas transferências intergovernamentais, que conforme posteriormente será visto é um grande desafio do Brasil. Observa-se que esta detém um comportamento desigual, heterogêneo e em sua maior parte enfrentam diversos problemas de arrecadação de tributos.

Por conseguinte, existem alguns programas que visam a melhoria da gestão pública dos municípios como Modernização da Administração Tributária (PMAT/BNDES) e o Programa Nacional de Apoio à Modernização Administrativa e Fiscal dos Municípios Brasileiros (PNAFM/BID), que auxiliam na orientação e apoio para os municípios que necessitam aprimorar a sua gestão. Tais programas ainda não são muito acessados pelas prefeituras sendo que implantar e manter esses programas bem como a utilizar instrumentos e medidas de gestão, permite ao representante do executivo a incrementação de sua arrecadação proporcionando melhor aplicação dos tributos.

Por conseguinte, outro aspecto a ser levado em consideração é o crescimento de municípios que em 1970 era de 3.952; em 2000 era de 5.507 e agora em 2016, conforme o IBGE, conta com 5.570 municípios no território brasileiro. Tem-se algumas regras para o rateio do Fundo de Participação Municipal como uma forma de incentivo a criação dos pequenos municípios quando se estabelece um piso em função do parâmetro populacional de 10.188 habitantes por cidade<sup>6</sup>.

Tabela 1: Número de municípios existentes no período de 1960 a 2010

	1960	1970	1980	1991	2000	2010
<b>Brasil</b>	2.766	3.952	3.991	4.491	5.507	5.567
<b>Região Norte</b>	153	195	203	298	449	449
<b>Região Nordeste</b>	903	1.376	1.375	1.509	1.787	1.794
<b>Região Sul</b>	1.085	1.410	1.410	1.432	1.666	1.668
<b>Região Nordeste</b>	414	717	719	873	1.159	1.188
<b>Região Centro-Oeste</b>	211	254	284	379	446	466

Fonte: Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística.

6 GIAMBIAGI, F. (1999); ALÉM, A. C. (1999). *Finanças Públicas: Teoria e Prática no Brasil*. Rio de Janeiro: Campus.

O IBGE ainda aponta que são considerados pequenos municípios aqueles que possuem menos de 50.000 habitantes o que totalizam 4.932 municípios representando 88,55% do total; os médios são considerados aqueles com população entre 50.001 a 350.000 somando 570 municípios ou 10,23%; e por fim os grandes municípios com mais de 350.000 habitantes – totalizando 68 municípios ou 1,22% do total. Grande parte desses municípios enfrentam dificuldades na sua arrecadação tributária. O fato limitador da base tributária dos municípios não pode ser apontado como único responsável pelo menor desempenho sendo que outros fatores também devem ser considerados de ordem técnica e política. Primeiramente de ordem técnica considera que no sistema de repartição das competências adotado no Brasil, os municípios detêm a responsabilidade na identificação da sua base impositiva assim como pelo lançamento e cobrança dos tributos<sup>7</sup>.

Quanto aos impostos sobre a propriedade representa uma dificuldade relativamente grande para a administração, tendo em vista o elevado número de contribuintes e a dificuldade que se tem em realizar a avaliação dos imóveis. Já quanto ao imposto sobre serviço possui um caráter declaratório necessitando dos auditores fiscais no combate da evasão. Ao aspecto político que nos municípios pequenos não deveriam ser cobrados os tributos de competência municipal, pois se a participação dos contribuintes é muito baixa o custo político para aumentar o esforço fiscal seria maior se comparado a vantagem política no aumento de despesas; devido a esse enfrentamento que foram criados os programas antes descritos o PMAT e PNAFM. Verifica-se por meio da divisão constitucional dos tributos no Brasil que apenas 18% dos tributos ficam nos municípios, 25% nos estados e 57% com a União<sup>8</sup>.

Quando as finanças públicas são analisadas estabelece-se a significação da autonomia financeira dos municípios, que consiste na arrecadação e instituição de tributos de sua competência aplicando as rendas sem causar prejuízo a prestação de contas e balançetes nos prazos descritos em Lei. Essa obrigatoriedade não vê a diminuir a autonomia, mas sim para deixar a gestão dos recursos com maior transparência. A fiscalização das administrações é realizada pelo Tribunal de Contas de cada Estado.<sup>9</sup>

Diante disso, fica evidenciado que nas administrações financeiras municipais existem situações que exigem um empenho maior, dobrado, juntamente com a vontade política para combater, pois impactam frente a capacidade do governo local no desenvolvimento de políticas públicas relacionadas a redução de déficits, como na saúde, educação, gestão urbana, saneamento básico, tendo em vista de estarem com apenas 18% dos tributos arrecadados. Ainda, tem-se outros enfrentamentos que podemos verificar nas prefeituras como o crescimento das despesas com pessoal, de repasses orçamentários para a câmara de vereadores, bem como a racionalização dos recursos que a administração local possui a disposição e maximizar as receitas próprias dos municípios.

### **III. Transferências intergovernamentais para os Municípios brasileiros**

O Estado brasileiro é uma federação descentralizada e de direito sendo que a descentralização de recursos tributários trazida pela Constituição Federal de 1988 foi muito mais que um movimento de municipalização de receita. Ressalta-se que com este

---

7 PRUD'HOMME, Rémy (2008). *Estrutura das Finanças Públicas do Estado e dos Municípios do Paraná*. Paraná: [s.n].

8 Idem.

9 CASTRO, José Nilo de. (2006). *Direito Municipal Positivo*. 6.ed. rev. atual. Belo Horizonte: Edit. Del Rey.

movimento mesmo que não planejado, acompanhou um processo de descentralização de encargos em que neste contexto deve-se realizar apontamentos sobre a tributação atual nos municípios brasileiros<sup>10</sup>.

Essa tendência de descentralizar na administração pública foi verificada nas últimas décadas criando um desafio para os países federativos, pois os governos estadual e municipal passaram a receber mais atribuições e responsabilidades como a aplicação de recursos na provisão de serviços públicos ou na implementação de políticas públicas. Destaca Rezende (2006) que se tem fatores como a necessidade de manutenção e eficiência do sistema tributário brasileiro; e uma melhor aplicação de recursos em nível estadual e municipal em alguns setores, que fazem com que a arrecadação se mantenha, de certa forma, centralizada.

Mesmo com a tendência de descentralizar o que se verifica então nas últimas décadas coloca que todas as federações ainda centralizam sua arrecadação tributária em algum grau<sup>11</sup>. Na totalidade de federações, governos nacionais arrecadam mais do que gastam, porquanto os demais níveis dentro da federação gastam mais do que passam a arrecadar. Tal situação descrita é entendida pelo autor como uma “brecha vertical” explicando que todas as federações realizam transferências verticais, justificando-se por três fatores a centralização arrecadatória nas federações<sup>12</sup>.

O primeiro fator seria a necessidade de atribuição de impostos principais ao governo nacional visando garantir a eficiência do sistema tributário. Centralizando alguns impostos para a redução do custo no atendimento de legislações incorridas pelos agentes econômicos, diminuindo o risco dos Estados e municípios ferir o princípio da neutralidade ou até mesmo realizar competições fiscais na forma em que alteram as suas alíquotas<sup>13</sup>.

O segundo fator estaria atrelado a necessidade de promoção da equidade entre estados e municípios que muitas vezes apresentam capacidades arrecadatórias distintas assim como demandas e custos de atendimentos à população. A essa situação recebe o nome de “brecha horizontal” e que apresenta a motivação das transferências distributivas detendo como objetivo diminuir a desigualdade entre as regiões<sup>14</sup>. Ainda no entendimento do referido autor pode-se realizar a análise quanto a relação do governo central para com os subnacionais, pois com a divisão de competências tributárias e funções entre eles se torna natural a existência do desajuste do volume de recursos que cada ente consegue arrecadar e o valor das atividades que cada um é responsável; a esta situação atribui o nome de “brecha vertical”.

Nesse entendimento compreendem que as transferências se justificam no modo em que as brechas horizontais e fiscais necessitam de correção<sup>15</sup>. Assim, o terceiro fator é apresentado onde a exigência de alocar os recursos de forma seletiva e discricionária com a finalidade de realização de projetos e objetivos da nação. Aqui ficam impostas as condições para o uso desses recursos permitindo o controle do alcance dos recursos do projeto<sup>16</sup>.

Em qualquer federação a arrecadação é muito mais elevada em nível mais amplo e menor em níveis locais, o que torna necessária a transferência de recursos do nível nacional

10 TER-MINASSIAN, T. (1997). *Fiscal federalism in theory and practice*. Washington: FMI.

11 ABRUCIO, Fernando. Luiz. (2005). “A coordenação federativa no Brasil: a experiência do período FHC e os desafios do governo Lula”. *Revista de Sociologia e Política*, São Paulo, v. 1, n.24, p. 41-67, mar.

12 PRADO, Sergio. (2007). *A questão fiscal na federação brasileira: diagnóstico e alternativas*. Campinas: Unicamp.

13 Idem.

14 Idem.

15 SCHROEDER, L. (2003); SMOKE, P. (2003). “Intergovernmental Fiscal Transfers: Concepts, International Practice, and Policy Issues”. In SMOKE, P.; KIM, Y.H. (Org.), *Intergovernmental Transfers in Asia: Current Practice and Challenges for the Future*. Manila, Asian Development Bank.

16 Idem.

para as instâncias subnacionais. Tais transferências corrigem o desequilíbrio vertical das federações e representam uma maneira de atenuar as diferenças regionais, visto que o território da nação quase sempre não é homogêneo de um ponto de vista social e econômico. Um dos grandes enfrentamentos do federalismo fiscal é justamente a dificuldade de frear as diferenças regionais, onde se concentram as bases tributárias em alguns pontos específicos que veem a afetar a repartição tributária entre os entes da federação<sup>17</sup>.

Em virtude da autonomia concedida aos municípios pela Constituição Federal de 1988, artigo 30 fica assegurada sua própria administração no que refere aos assuntos de seu peculiar interesse, com relação à tributação de sua competência e organização dos serviços públicos do local. Tal independência municipal fica atrelada ao poder do governo do Estado assegurado pela posição que estes entes ocupam no sistema tributário e que também veem acompanhada com desequilíbrios verticais e horizontais quanto a repartição de receitas, dificultando a negociação de reformas que possam trazer um novo equilíbrio para a federação.

Com relação a sua competência disposta no artigo 156 da Constituição Federal de 1988, aos municípios compete a instituição de impostos sobre a propriedade territorial e urbana; imposto sobre as transmissões de bens inter vivos, a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza ou acessão física, e de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, bem como cessão de direitos a sua aquisição; assim como, o imposto sobre os serviços de qualquer natureza, que possui relação com os serviços tributáveis, definidos por lei complementar.

Quanto aos tributos comuns, são as taxas e contribuições de melhoria, que os entes municipais podem instituir e cobrar da mesma forma que a União e estados. Assim, no sistema tributário brasileiro, os três níveis de governo, União, estados e municípios recebem totalmente, treze impostos, sendo que sete são de competência da União, três aos estados e três aos municípios. Já as contribuições sociais foram mantidas tendo modificação quanto a destinação de recursos arrecadados.

Desta forma, conforme o artigo 158 da Constituição federal pertencem aos municípios, o produto do que foi arrecadado com o imposto da União sobre renda e proventos de qualquer natureza, que incidem na fonte, sobre os rendimentos pagos; que na qual, o artigo 159, dispõe que a União entregará 22,5% ao Fundo de Participação Municipal (FPM). Também 50% do produto que é arrecadado do imposto da união sobre a propriedade rural, nos imóveis situados no município; 50% do produto da arrecadação do imposto do estado sobre a propriedade de veículo do seu território; 25% da arrecadação do imposto do estado sobre aquelas operações relativas a circulação de mercadorias e prestação de serviços de transporte entre municípios e estados. Ao final, os estados ainda entregarão aos seus municípios 25% dos recursos que receberem sobre o imposto sobre produtos industrializados.

Uma das características principais do sistema brasileiro é o fluxo vertical em que a União transfere aos estados e municípios os recursos, onde os estados transferem a seus municípios. Sendo assim, não temos transferências de estados para municípios à União nem de municípios para Estados, como também não se tem transferências entre estados e municípios. Verifica-se que no Brasil as principais formas de transferir ocorrem a partir da arrecadação gerada pelo imposto de renda, prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e imposto sobre as operações relativas a circulação de mercadorias.

O fundo de participação dos municípios é uma forma de repasse desses recursos aos

---

17 REZENDE, Cordocet. (2006). *Pandemônio Tributário. Instituto dos Advogados brasileiros*, Rio de Janeiro, v. 1, n.1, p. 1-20, mar.

municípios, sendo criado pela Emenda Constitucional de 1965, artigo 21, regulamentado pelo Código Tributário Nacional (CTN) em 1966, e teve o repasse inicial em 1967 sendo que no mesmo ano, em fevereiro, faz a separação entre capitais e interior instituindo em 1981 a reserva do FPM.

Com a Emenda Constitucional de 1996 por meio da alteração do artigo 60 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), criou-se o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério, o FUNDEF que possui a sua fonte de recursos composta pela dedução de 15% de repasses ao Fundo de participação dos estados e municípios, da LC 87 de 1996 Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços estadual ICMS) e Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) -Exportação. Posteriormente, em 2006, com a Emenda Constitucional nº 53, o FUNDEF foi substituído pelo FUNDEB - Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Básico e de Valorização do Magistério, em que a fonte de recursos incorporou as novas transferências intergovernamentais obrigatórias, mantendo as que já haviam; isto foi modificado em 2007 quando a Medida Provisória é alterada para a Lei nº 11.494 de junho de 2007 sendo que atualmente a dedução do FUNDEB é de 20% do valor repassado.

Outro destaque é a alteração trazida pela Emenda Constitucional nº 55 de 2007 que adiciona 1% ao percentual do FPM que passou a possuir uma alíquota de 23,5%, sendo que este a mais séria acumulado na conta do tesouro nacional, por um período de 12 meses, posteriormente entregue ao respectivo município. Conforme o artigo 159 da Constituição Federal, o FPM é composto por 22,5% do Imposto sobre a Renda (IR) e Imposto sobre Produtos Industrializados, sendo que os recursos são distribuídos conforme o artigo 91 do Código Tributário Nacional. Assim, as capitais ficarão com 10% dos recursos do FPM distribuídos conforme a renda per capita - inversamente quanto a renda e diretamente quanto à população; os municípios que não são capitais ficarão com 90% dos recursos, conforme o seu tamanho populacional; e os municípios não capitais que tem a população superior a 156.216 habitantes receberão 4 % dos recursos.

Além disso outra forma de transferência é por meio do fundo de participação nas exportações, o IPI onde os municípios detêm 1/3 do valor repassado ao seu estado. Como também a quota parte do ICMS, sendo que da arrecadação do Estado 25% é para os municípios, conforme artigo 158 da Constituição Federal de 1988. Tem-se ainda outras formas de obtenção de recursos por parte dos municípios como as emendas parlamentares, contudo não são objeto deste estudo.

Quanto aos tributos próprios, os municípios que mais arrecadam Imposto Predial e Territorial Urbano que em muitos países se demonstra como a principal fonte de financiamento dos municípios, no Brasil tem se revelado como tarefa difícil para os governos locais. Conforme o Brasil apresenta alguns índices arrecadatários sobre a propriedade imobiliária baixos quando são comparados internacionalmente. De outra forma, alguns governos locais obtêm ótimos resultados na arrecadação do Imposto Predial e Territorial Urbano são os municípios que possuem atrações turísticas, onde o empenho pode ser explicado pela existência de propriedades privadas muito valorizadas que propiciam uma boa base tributável<sup>18 19</sup>

Consoante aos dados do IBGE, na Tabela 2, que considera o Cadastro Imobiliário como um conjunto de informações de identificação, assim como de localização e características dos imóveis da área urbana dos municípios possibilita o reconhecimento do terreno,

18 MARTONE, C. L. (1994); LONGO, C. A. (1994); TORRES, I. (1994); MOLDAU J. H. (1994); SILBER, S. D (1994). *Uma Proposta de Reforma Fiscal para o Brasil*. São Paulo: FIPE.

19 REZENDE, Fernando. (2001). *Finanças Públicas*. 2 ed. São Paulo: Atlas.

edificação e localização do imóvel de maneira unívoca para a cobrança de IPTU e outras taxas de serviços públicos. Já a planta genérica de valores possibilita a fixação de valores básicos prévios de terrenos e das edificações expressos por m<sup>2</sup> de área, uniformando e padronizando critérios de apuração de valor dos imóveis, para a cobrança do IPTU. A cobrança do IPTU constitui uma das fontes principais de arrecadação local tendo ainda a função social para a realização de forma efetiva e adequada da política de desenvolvimento urbano. Para isso observa-se na tabela 2 os dados obtidos pelo IBGE, referente a esses critérios.

Tabela 2: Municípios com cadastro imobiliário e cobrança de IPTU entre 2012-2015.

Grandes Regiões e classes de tamanho da população dos municípios	Cadastro Imobiliário		Planta genérica de valores		Cobram IPTU	
	2012	2015	2012	2015	2012	2015
Brasil	93,9	95,0	78,0	80,7	94,1	94,8
Até 5 000	93,8	94,0	74,7	77,7	94,5	94,9
Até 5 001 a 10 000	91,9	94,1	72,6	75,5	92,7	93,5
Até 10 001 a 20 000	91,9	93,2	74,5	77,2	92,1	93,0
Até 20 001 a 50 000	95,4	96,7	83,2	86,1	94,5	95,6
Até 50 001 a 100 000	99,4	98,9	93,9	93,2	98,8	98,9
Até 100 001 a 500 000	100,0	99,6	95,6	96,2	100,0	100,0
Mas de 500 000	100,0	100,0	97,4	97,6	100,0	100,0

Fonte: Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE).

Outra análise realizada para verificar as desigualdades na carga tributária municipal é feita para os bons resultados quando a possibilidade de tributação os não residentes. Explicando que a maior parte dos imóveis que estão situados nessas comunidades é utilizado apenas para férias e finais de semana, sendo que os proprietários dos imóveis residem em outras localidades, onde exercem seu direito de voto. Dessa forma, frente a impossibilidade de os proprietários expressar a sua insatisfação com a carga tributária os governos locais se sentem muito mais confortáveis para realizar a tributação<sup>20</sup>.

Uma conclusão vai apontar para a existência de restrições políticas diante da capacidade dos municípios ao exercer o seu poder de tributar por não desejar se indispor com o seu eleitor. Pode-se considerar, conforme o autor, que estes municípios também veem apresentado uma boa arrecadação de ISS, podendo ser explicado pela existência de serviços de hotelaria mesmo que este tipo não possua pouca expressão na receita total<sup>21</sup>.

Ainda a valorização dos imóveis também propicia uma base para a cobrança do IPTU, contudo mesmo diante disso o pilar central das finanças municipais é a quota-parte do ICMS que propicia um volume de recursos elevado, tendo em vista a decorrência da intensidade das atividades comerciais e industriais caracterizadas nas regiões metro-

20 ABRUCIO, F. L. (2001); SOARES, M. M. (2001). *Redes federativas no Brasil: cooperação intermunicipal no Grande ABC*. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer.

21 ARAUJO, E. A. (2000); OLIVEIRA, P. A. S. (2000). *Tributação Municipal: Desigualdades na Carga Tributária Local. Informe-se BNDES*, Distrito Federal, v. 1 n. 15, p. 1-8, jun.

politanas<sup>22</sup>.

Os governos locais que contam com a quota-parte do ICMS como fonte principal de receita a distribuição da transferência é proporcional ao valor agregado ao ICMS para cada ente municipal, inferindo-se a existência do potencial econômico e as possibilidades de incrementação da própria arrecadação. Uma justificativa para isso seria a fonte de recursos com um livre ônus político que decorre da tributação, sendo que é difícil o município que irá procurar aumentar a sua arrecadação. Esse dinamismo nas economias locais induzem os municípios a serem os mais indicados para a aplicação de políticas públicas com o objetivo de estimular o esforço fiscal municipal<sup>23</sup>.

Tem-se municípios no Brasil que são altamente dependentes do FPM, trata-se dos pequenos apresentando os piores resultados na arrecadação tributária. Apresenta-se dois motivos fundamentam essa situação<sup>24</sup>. Primeiro com relação a má distribuição de renda que além de ser desigual, detém uma condicionante trágica observada em alguns segmentos do Brasil como as regiões do norte e nordeste. E por segundo, o sistema de discriminação de competências que é posto pela Constituição Federal de 1988, prevendo para os municípios os tributos que incidem sobre aquelas atividades urbanas, sendo em sua maioria são predominantemente rurais. O processo urbano brasileiro possui como dificuldade uma regra peculiar, pois em consonância com a legislação vigente cidades são sedes municipais<sup>25</sup>.

Para melhor estudo a respeito da arrecadação do IPTU utiliza-se como exemplo os municípios do Rio Grande do Sul, que totalizam 497, selecionados dois municípios, com os critérios já expostos, de acordo com o IBGE, com relação a consideração de seu tamanho, ou seja, município menor, médio e grande (utilizado os 2º e 3º municípios com maior população do Rio Grande do Sul, tendo em vista que o primeiro, a capital, detém o dobro do número de habitantes, não tendo outro para utilização como parâmetro). Dessa forma, conforme o quatro abaixo percebe-se com relação aos dois pequenos municípios que Torres detém uma diferença de 4.485 gritante ao número de arrecadação de IPTU, pois é uma cidade turística, litorânea e Candelária representa um município do interior do estado.

Com relação aos municípios considerados como médios Santa Cruz do Sul possui 34.547 habitantes mais do que Cachoeira do Sul e a sua arrecadação de IPTU é mais que o dobro da outra considerada como uma cidade de grande população, mas com área rural maior que Santa Cruz do Sul. Os municípios grandes, Pelotas e Canoas, com 4.448 mil habitantes de diferença, Canoas, possui o dobro de arrecadação de IPTU considerada como uma cidade da região metropolitana do estado.

---

22 Idem.

23 Idem.

24 BREMAEKER, François (2001). *Instrumentos e Desempenho da Arrecadação do Imposto Predial e Territorial Urbano*. Rio de Janeiro: IBAM.

25 VEIGA, José Eli da. (2002). *Cidades Imaginárias*. Campinas: Autores Associados.

Tabela 3: Relação de pequenos, médios e grandes municípios, 2015.

	Município	N ú m e r o de Habi- tantes	Receita Corrente	Receita municipal	IPTU
Pequeno	Candelária	30.171	69.994 (99,19%)	3.852,8 (5,46%)	7 3 1 , 2 6 (18,98%)
	Torres	34.656	118.115 (93,56%)	41.421 (32,81%)	2 0 . 8 2 6 , 4 (50,28%)
Médio	Cachoeira do Sul	83.827	185.697 (101,66%)	24.660 (13,28%)	8 . 4 9 2 (35,01%)
	S a n t a Cruz do Sul	118.374	351.964 (104,88%)	59.768,1 (17,81%)	1 8 . 5 4 6 , 4 (31,03%)
Grande	Pelotas	328.275	724.949 (99,37%)	120.687,1 (16,52%)	4 3 . 0 4 9 (35,67%)
	Canoas	323. 827	1.354.992 (92,75%)	232.868,7 (15,94%)	7 3 . 7 1 4 , 5 (29,36%)

Fonte: Sites das respectivas prefeituras; <https://meumunicipio.org.br/>

Um caso como exemplo de aplicação da regra que seria a sede do município de União da Serra, no Rio Grande do Sul em que o Censo do ano de 2000 registra a existência de 18 habitantes e em um total de 5.506 sedes existentes nesse ano, 1.176 estavam com menos de dois mil habitantes; 3.887 com menos de dez mil habitantes e 4.462 com menos de vinte mil habitantes. Todas estas cidades possuem estatuto legal do mesmo modo que aqueles núcleos urbanos que formam as regiões metropolitanas. A defesa está com relação ao fato de que o Estado brasileiro é menos urbano, e a legislação teria criado as chamadas “cidades imaginárias” que não possuem padrões de urbanização caracterizando uma cidade<sup>26</sup>.

No caso específico do Brasil é inaceitável que como regra todos os meses haja um aumento na arrecadação de tributos federais e em decorrência disso, apure-se um maior superávit primário (arrecadação menos despesa pública) e que após deduzidos os juros pagos a dívida pública aumente. Isto é, embora o Brasil arrecade muito mais do que gasta esse excesso de arrecadação é insuficiente frente aos dispêndios necessários para financiamento da dívida pública. Há de se reconhecer que um componente que agravou o processo de exclusão social foi a deliberada opção de se combater o déficit público, em detrimento de investimentos que estivessem aptos a minimizar os efeitos decorrentes dos novos riscos sociais muitos deles advindos do modelo de globalização que foi se consolidando, exclusivamente do aspecto econômico<sup>27</sup>.

Cumprida esta fase em última análise de transferências para os municípios cumpre salientar que as transferências voluntárias da União para os municípios assim como de estados para municípios, os mais importantes são com relação ao Fundef e ao Sistema Único de Saúde. Entende-se ainda que deve-se observar a redução da lacuna entre a demanda viável economicamente pelos bens e serviços públicos e a capacidade fiscal dos governos; ainda a independência de negociações políticas quanto a determinação

<sup>26</sup> Idem.

<sup>27</sup> BUFFON, Marciano. (2009). *Tributação e Dignidade Humana: entre os direitos e deveres fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado.

do montante e entrega das transferências; incentivo para a responsabilidade fiscal e a gestão eficiente dos recursos ora transferidos<sup>28</sup>.

Assim com a administração financeira municipal efetiva buscando a arrecadação dos impostos dos cidadãos de suas cidades, juntamente com as transferências intergovernamentais para municípios verifica-se que muitos destes ainda não conseguem cumprir com a concretização de direitos sociais, pois não possuem recursos suficientes e se possuem não sabem administrá-los – desse modo passa-se a analisar o impacto que a judicialização da política pública na área da saúde causa no orçamento público municipal, que conforme visto já se demonstra insuficiente.

#### **IV. Análise do impacto no orçamento financeiro dos Municípios brasileiros com a judicialização das políticas públicas de saúde**

No ordenamento constitucional brasileiro o direito à saúde está garantido no rol de direitos fundamentais e sociais – artigo 6º - sendo instituído como um direito de todos e dever de prestação por parte do Estado, que vem a garantir por meio de políticas econômicas e sociais a redução de doenças por meio do acesso igualitário e universal de ações e serviços para a sua promoção.

Por conseguinte, consoante ao que dispõe o artigo 23 da Constituição Federal, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios detém a competência comum relativa a saúde. No artigo 24, XII podemos observar que somente a União, Estados e Distrito Federal possuem competência concorrente para legislar nessa área. Os governos locais (artigo 30 I e IV) possuem competência para legislar sobre assuntos de interesse local conferindo a eles a tarefa de prestar, com a cooperação da União e dos Estados, os serviços relacionados à saúde.

No artigo 34, VII e, é possibilitado a intervenção da União nos Estados quando não ser aplicado o mínimo da transferência de receita e na manutenção e desenvolvimento de serviços públicos na área da saúde. Em sequência dispõe o artigo 35, III, que os Estados podem intervir nos Municípios quando não ser aplicada a quantidade mínima exigida da receita municipal na área da saúde.

Desse modo, por meio da falta de efetividade que vem decorrente de fatores administrativos, políticos e econômicos, a judicialização da saúde ocorre. Se há o reconhecimento desse direito, deve-se exigir sua imediata exigibilidade. Assim é certo que não cabe ao Poder Judiciário criar políticas públicas de saúde, pois sua obrigação é observar se tais atendem aos ditames constitucionais, como o do acesso universal e igualitário. Conforme a judicialização pode ser entendida como *“Judicialização pode ser compreendida então como um fenômeno político, social, jurídico em que se observa a crescente expansão da atuação do Poder Judiciário sobre esferas antes adstritas apenas ao espaço político-partidário ou ao cenário individual”*.

Como exemplo de ações mais recorrentes na área da saúde frente ao Judiciário brasileiro cita-se as listas de medicamento do Ministério da Saúde ou do Estado e Município que quando não fornecido ao cidadão, por problemas administrativos ou financeiros, esse direito acaba sendo interrompido. Assim o cidadão não pode ser punido por uma ação administrativa que não é eficaz ou pela omissão do gestor do sistema de saúde

---

28 MENDES, M. M. (2006); COSSIO, F. R. B. (2006). *Transferências intergovernamentais no Brasil: diagnóstico e proposta de reforma*, Consultoria Legislativa do Senado Federal. Texto para Discussão 40, Abril. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td-40-transferencias-intergovernamentais-no-brasil-diagnostico-e-proposta-de-reforma>>.

em adquirir o seu medicamento essencial nas quantidades suficientes para atender a demanda. Não se tem dúvida de que está configurado o direito subjetivo de prestação à saúde, deixando-o passível de efetivação pelo Judiciário<sup>29</sup>.

Importa salientar que os entes federativos devem providenciar o seu orçamento público para prever despesas e fixar receitas detendo como objetivo o alcance do interesse público. As despesas são previamente dispostas, assim como as receitas, e qualquer que seja a alteração na programação anual acarreta em um prejuízo ao orçamento público. O planejamento tem como finalidade corrigir as distorções administrativas afastando condições que sejam indesejáveis para a coletividade e assegurando que os objetivos e metas sejam viabilizados<sup>30</sup>. Os princípios que regem a Administração Pública trazem que é dever do gestor cuidar do dinheiro público de modo efeito e eficaz. Assim o planejamento é uma das funções da administração<sup>31</sup>.

Nesse sentido, como exemplificação, o magistrado ao proferir sua decisão impondo ao município o dever de prestar determinado medicamento, por exemplo, está incluindo um custo ao orçamento financeiro que já está previsto, tendo que este diminuir recursos em uma área para poder suprir determinações judiciais. O que está querendo se demonstrar é que o município não deve atuar no polo passivo individualmente, mas sim em conjunto com os Estados e União que detém uma parcela maior de arrecadação de recursos. É possível o controle jurisdicional sem interferir na separação dos poderes, desde que respeitem os limites para a atuação e que essa via não seja considerada como a única solução para o caso concreto, ou seja, a imposição de sanção somente ao município.

Reitera-se que a judicialização da saúde gera muitas diferenças, pois um tratamento médico ou outro pode custar milhares de reais para um orçamento da saúde municipal limitado<sup>32</sup>. Ou seja, se o magistrado obrigar o município a pagar pelo montante a um único munícipe, o gestor poderá deixar de cumprir com outros deveres para atender a ordem. Assim, é necessário que cada caso seja analisado criteriosamente observando se o interesse deve ser respeitado ante a coletividade ou ao indivíduo.

Assim como as receitas, as despesas são previamente determinadas e qualquer alteração na programação acarretará prejuízo ao orçamento público, que é feito segundo a realidade local. A prática do planejamento objetiva corrigir distorções administrativas, afastar condições indesejáveis para a coletividade, remover empecilhos institucionais e assegurar a viabilização dos objetivos e metas desejados<sup>33</sup>. De acordo com os princípios constitucionais que regem a Administração Pública, é dever do gestor cuidar de formas efetiva e eficaz do dinheiro público. Portanto, o planejamento é uma das funções da administração pública (DE CASTRO, 2006). O legislador estabeleceu o planejamento, ao introduzir na Constituição Federal de 1988, mudanças significativas para a condução do processo orçamentário.

Nesse sentido não deve o Poder Judiciário impor somente ao município a totalidade dos custos da saúde, mas sim a prestação cooperada dos serviços cometidos a cada qual deles. A importância da cooperação entre os entes federativos ressalta nesses e em muitos outros casos, pois com isso e somando-se a participação da sociedade civil na organização do sistema de saúde poderia se trilhar um caminho para a redução de

---

29 MENDES, G. F. (2011); BRANCO, P. G. G. (2011). *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva.

30 ANDRADE, N. A. (2005). *Planejamento governamental para municípios: plano plurianual, lei de diretrizes orçamentárias e lei orçamentária anual*. São Paulo: Atlas.

31 CASTRO, José Nilo de. (2006). *Direito Municipal Positivo*. 6.ed. rev. atual. Belo Horizonte: Edit. Del Rey.

32 MENDONÇA, M. (2010) *R\$ 520,00 por uma vida*. Revista Época, n. 643, São Paulo.

33 ARAUJO, E. A. (2000); OLIVEIRA, P. A. S (2000). *Tributação Municipal: Desigualdades na Carga Tributária Local*. Informe-se BNDES, Distrito Federal, v. 1 n. 15, p. 1-8, jun.

impactos decorrente de ações judiciais na área da saúde. Pode-se verificar a tendência da administração em aderir a gestão compartilhada local, por meio da cooperação que poderia se transformar em política pública para uma melhor organização do sistema, garantindo o financiamento da saúde nos municípios.

De acordo com o artigo 196 da Constituição Federal demonstra-se como importante a ferramenta de garantia ao acesso à saúde para todos que venham a precisar dela. Contudo nem sempre a administração tem capacidade de disponibilizar meios para que esse direito venha a ser garantido. Os recursos às ações judiciais, no momento em que transitam em julgado, mostram-se favoráveis aqueles que requerem, promovendo impactos relevantes ao orçamento público - principalmente ao ente municipal que possui receita limitada quando comparada aos demais entes federativos. Pelo fato de que os valores que estão sendo gastos pela judicialização não estão previstos no orçamento. *“A questão delicada pouso sobre a legitimidade da atuação do Poder Judiciário em relação ao controle das políticas públicas, o que se convencionou chamar de judicialização das políticas. Há que se destacar que, diante de omissão da administração pública no tocante à implementação de ações e serviços efetivadores de seus deveres constitucionais, o Poder Judiciário tem o poder e, igualmente, o dever constitucional de atuar com o objetivo de não permitir violação aos direitos fundamentais”*<sup>34</sup>.

A partir disso a cooperação entre os três entes federados fornece “uma ajuda ao ente menor quanto às tarefas que ele não consegue realizar por si com eficácia”<sup>35</sup>. Importante destacar que o artigo 30, VII da Constituição Federal dispõe que compete aos governos locais a prestação de serviços na área da saúde com cooperação técnica e financeira por parte dos Estados e União.

As ações quando produzidas conjuntamente entre os entes da federação e a sociedade podem contribuir para uma maior eficácia do sistema, garantindo o direito à saúde para os cidadãos, reduzindo demandas no Judiciário com a realização de políticas públicas bem-sucedidas - que dependem cada vez mais da coordenação de ações entre União, Estados e Municípios<sup>36</sup>.

Quando em uma federação se tem uma gestão cooperativa e democrática esta vem a servir aos propósitos da Constituição Federal. Assim, remeter aos governos locais a possibilidade de atender aos munícipes - por estarem mais próximos a realidade local - deve vir acompanhada com o auxílio dos demais entes de modo técnico e financeiro. Pois como pode ser verificado nos capítulos anteriores, os municípios brasileiros possuem apenas um pequeno pedaço da arrecadação tributária total do Brasil, dependendo altamente das transferências constitucionais dos entes superiores. Isso demonstra a importância da atuação conjunta.

O fato de que os municípios tenham sido consagrados como entes da federação, detentores de autonomia política, administrativa e financeira - ao menos do ponto de vista formal - e além de terem suas competências expressas na Constituição Federal de 1988, aumenta a responsabilidade dos governos locais frente a população - principalmente com relação a prestação de serviços públicos. O maior enfrentamento é que grande parte destes não possuem condições - na prática - de gerar recursos próprios suficientes, ficando dependentes das transferências constitucionais.

34 SANTOS, Sandra Avila. (2016). *Políticas públicas no estado democrático de direito: uma análise da legitimidade dos conselhos gestores e da judicialização das políticas públicas*. Justiça do Direito. v. 30, n. 2, p. 298-311, maio./ago, p. 308.

35 ABRUCIO, F. L. (2001); SOARES, M. M. (2001). *Redes federativas no Brasil: cooperação intermunicipal no Grande ABC*. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, p. 42.

36 KRELL, Andreas Joaquim. (2008). *Leis de normas gerais, regulamentação do Poder Executivo e cooperação intergovernamental em tempos de Reforma Federativa*. Belo Horizonte: Fórum.

Nesse sentido não se pode considerar suficientes competências formais sem os instrumentos financeiros diretos e compensatórios para sua concreta realização. Dessa feita, princípios como o da subsidiariedade orientam para a valorização da esfera local, ao mesmo tempo em que mantém solidários e ativos os demais espaços de gestão. Assim, substitui-se a disputa federativa pela cooperação, com o estabelecimento de objetivos comuns acompanhado de formas reais e definidas para alcançá-los, considerando as realidades diferentes dentro do território, preservando as peculiaridades locais.

Nesse seio remete-se a importância do princípio da subsidiariedade que deve ser o norte da cooperação, exigindo-se que haja uma municipalização das políticas públicas de saúde por meio da ação conjunta com os entes superiores. Ou seja, não deve ser transferido para uma sociedade maior o que pode ser realizado por uma menor<sup>37</sup>. A gestão do sistema de saúde deve ser centralizada nos municípios – com a cooperação financeira e técnica dos demais entes federados – para que a política pública seja eficaz, constituindo-se o ideal do federalismo de cooperação que se traduz em um novo fator frente a prestação das políticas públicas no municipalismo brasileiro.

## V. Considerações finais

Do exposto, verifica-se a partir das atividades das administrações financeiras municipais, que em situações de enfrentamento que despendem de empenho dobrado, juntamente com a vontade política de enfrentar, impacta na capacidade do governo local no desenvolvimento de políticas públicas que veem relacionadas com a redução de déficits. Apresentou-se outros emblemas, como o crescimento de despesas com pessoal, repasses para a câmara de vereadores, assim como a racionalização de recursos que a administração local possui em sua disposição, maximizando as receitas próprias municipais.

A administração financeira está apoiada na Constituição Federal de 1988, sendo a sua tarefa fundamental, assim como o aumento da capacidade arrecadatória municipal, os tornar menos dependentes das transferências intergovernamentais, que foi visto no segundo capítulo, abordando as formas de arrecadação tributária própria, as transferências obrigatórias, e as voluntárias. Observou-se que as administrações financeiras possuem um comportamento desigual e heterogêneo, sendo que na maior parte delas, enfrentam diversos problemas quanto a arrecadação de tributos.

Observou-se ainda que a maioria dos municípios brasileiros são conhecidos como rurais, e como fonte de arrecadação própria possuem o Imposto Predial e Territorial Urbano, sendo que em municípios de grande urbanização a arrecadação se torna muito maior do que nos municípios rurais, assim como o Imposto Sobre Serviços também é influenciado por esta questão. Assim, justifica-se a dependência dos municípios menores, para com as transferências intergovernamentais, notadamente ao Fundo de Participação Municipal.

Quanto a distribuição de novos recursos para atender o federalismo fiscal, bem como a descentralização e igualdade. Sendo que com a definição mais clara das competências dos entes locais, e a articulação de uma descentralização mais compatível com os recursos públicos, seria necessário que os pressupostos da subsidiariedade e igualdade informem a repartição dos novos recursos, como os royalties do petróleo. Deve esta

---

37 BARACHO, José Alfredo de Oliveira. (1996). *O princípio da subsidiariedade: conceito e evolução*. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

repartição dos recursos públicos atender os espaços mais próximos aos cidadãos, viabilizando também o financiamento de políticas públicas.

O ente local é a raiz dos interesses sociais, e em grande parte, possuem poucas condições para administrar tais interesses, concretizar políticas públicas, diante de sua receita, tendo que aguardar as transferências dos outros entes, causando a sua dependência. As mudanças necessárias devem partir do atual quadro dos municípios e da sociedade, com a reestruturação do sistema tributário nacional, conferindo maior participação na arrecadação tributária, por parte dos municípios, tendo em vista a prestação de serviços públicos, que são de sua responsabilidade.

E quanto a prestação de serviços evidenciou-se o direito à saúde no Brasil juntamente com o aumento da judicialização das políticas públicas na área e seu impacto no orçamento dos governos locais. Essas ações cresceram significativamente e em municípios menores e altamente dependentes das transferências intergovernamentais a análise se mostra crucial para o momento. É inegável que essa situação traz impactos para a gestão pública local, pois com a realocação de recursos para a saúde – devido a demandas judiciais – causam um prejuízo para outras áreas da despesa pública.

Assim é necessária uma mudança para que se evite a judicialização, com medidas de caráter de urgência – inclusive com repactuação federativa – com todos os entes para que estes assumam as suas tarefas, sob pena de não serem viabilizadas a continuidade das políticas públicas em diversos municípios brasileiros. O impacto das imposições judiciais causa graves entraves para os gestores municipais. O déficit no orçamento municipal causado pelas ações é o reflexo dos recursos que são destinados para a saúde, desse modo deve-se buscar maneiras para equacionar o problema entre a demanda e o valor da rubrica orçamentaria.

Uma solução apontada foi a cooperação entre os entes, de ordem técnica e financeira, onde os três trabalhariam juntos na definição de planos de ação para o financiamento das políticas públicas de saúde. O correto é a união de esforços para eu seja constituída uma ferramenta de adoção de medidas visando o contorno dessa situação. Com a maximização e redução de custos, financiamento e planejamento de serviços de saúde, com a atuação integrada da União, Estados e Municípios.

---

## REFERÊNCIAS

- ABRUCIO, Fernando. Luiz. (2005). A coordenação federativa no Brasil: a experiência do período FHC e os desafios do governo Lula. *Revista de Sociologia e Política, São Paulo*, v. 1, n.24, p. 41-67, mar.
- ABRUCIO, F. L. (2001); SOARES, M. M. (2001). *Redes federativas no Brasil: cooperação intermunicipal no Grande ABC*. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer.
- ANDRADE, N, A. (2005). *Planejamento governamental para municípios: plano plurianual, lei de diretrizes orçamentárias e lei orçamentária anual*. São Paulo: Atlas.
- ARAUJO, E. A. (2000); OLIVEIRA, P. A. S (2000). *Tributação Municipal: Desigualdades na Carga Tributária Local. Informe-se BNDES*, Distrito Federal, v. 1 n. 15, p. 1-8, jun.
- BALEEIRO, Aliomar (1997). *Direito Tributário Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. (1996). *O princípio da subsidiariedade: conceito e*

*evolução*. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

- BARREIRO, G. S.S; FURTADO, R. P. M. (2015). *Inserindo a judicialização no ciclo de políticas públicas*. *Rev. Adm. Pública* — Rio de Janeiro 49(2):293-314, mar./abr.
- BORGES, Aline Gonzales (2006). Consórcios públicos, nova sistemática e controle. *Revista eletrônica de direito administrativo econômico*, Salvador, v. 2, n 6, p. 20-32, jul.
- BREMAEKER, François (2001). *Instrumentos e Desempenho da Arrecadação do Imposto Predial e Territorial Urbano*. Rio de Janeiro: IBAM.
- BUFFON, Marciano. (2009). *Tributação e Dignidade Humana: entre os direitos e deveres fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado.
- CARO, Jaime Vásquez (1992). *Estructura y Administracion de Impuestos em America Latina*. Madri: Instituto de Estudios Fiscales.
- CASTRO, José Nilo de. (2006). *Direito Municipal Positivo*. 6.ed. rev. atual. Belo Horizonte: Edit. Del Rey.
- CONTI, José Maurício. (1977). *Princípios Tributários da Capacidade Contributiva e da Progressividade*. São Paulo: Dialética.
- CRUZ, Maria do Carmo (2002). Consórcios intermunicipais: uma alternativa de integração regional ascendente. In: SPINK, P.; BAVA, S. C.; PAULICS (Orgs.). *Novos contornos da gestão local: conceitos em construção*. São Paulo: Pólis.
- CRUZ, T.; CALBINO, D.; FONSECA, R.; ALMEIDA, M. (2016) *a judicialização das políticas: Desafios na gestão pública municipal*. *Universitas*, v. 1, n.3, jun.
- DE CASTRO, R, B. (2006) . Eficácia, eficiência e efetividade na administração pública. In: Encontro da Anpad, *ENANPAD*, Anais... Rio de Janeiro.
- GASPARINI, C. E. (2006); COSSIO, F. A. B. (2006). Transferências intergovernamentais. In Mendes, Marcos (Org.). *Gasto público eficiente: propostas para o desenvolvimento do Brasil*. São Paulo: Instituto Brauel.
- GIAMBIAGI, F. (1999); ALÉM, A. C (1999). *Finanças Públicas: Teoria e Prática no Brasil*. Rio de Janeiro: Campus.
- HERMANY, Ricardo. (2012). *O município na constituição: poder local no constitucionalismo Luso-Brasileiro*. Curitiba: Juruá.
- KRELL, Andreas Joachim. (2003). *O Município no Brasil e na Alemanha: Direito e Administração Pública comparados*. São Paulo: Oficina Municipal.
- \_\_\_\_\_ . (2008). *Leis de normas gerais, regulamentação do Poder Executivo e cooperação intergovernamental em tempos de Reforma Federativa*. Belo Horizonte: Fórum.
- LACALLE, Fernando Orosco. (2003). O consórcio intermunicipal como estratégia de desenvolvimento regional: estudo de caso do unipontal. *Intertemas*, São Paulo, v. 2, n.5, p. 20-100, jun.
- LIMA, R. H.; SALES, B. B. S.; AMORIN, Y. B. E. A.; PARENTE, L. F.; CHAGAS, M. J. (2016). *O impacto orçamentário pela judicialização da saúde no município de Crato - CE em 2013 e 2014*. Disponível em: <[http://www.anepcp.org.br/anaisanepcp/20161128180651\\_st\\_04\\_ronivon\\_henrique\\_de\\_lima.pdf](http://www.anepcp.org.br/anaisanepcp/20161128180651_st_04_ronivon_henrique_de_lima.pdf)>. Acesso em: 10 de jun. 2018.
- MARTONE, C. L. (1994); LONGO, C. A. (1994); TORRES; I. (1994); MOLDAU J. H. (1994); SILBER, S. D (1994). *Uma Proposta de Reforma Fiscal para o Brasil*. São Paulo: FIPE.
- MENDES, M. M. (2006); COSSIO, F. R. B. (2006). *Transferências intergovernamentais no Brasil: diagnóstico e proposta de reforma, Consultoria Legislativa do Senado Federal*. Texto para Discussão 40, Abril. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td-40-transferencias-intergovernamentais-no-brasil-diagnostico-e-proposta-de-reforma>>.
- MENDES, G. F. (2011); BRANCO, P. G. G. (2011). *Curso de direito constitucional*. São

Paulo: Saraiva.

- MENDONÇA, M. (2010) R\$ 520,00 por uma vida. *Revista Época*, n. 643, São Paulo.
- NABAIS, José Casalta. (2005). *Por um Estado Fiscal suportável*. Coimbra: Almedina.
- PRUD'HOMME, Rémy (2008). *Estrutura das Finanças Públicas do Estado e dos Municípios do Paraná*. Paraná: [s.n].
- PRADO, Sergio. (2007). *A questão fiscal na federação brasileira: diagnóstico e alternativas*. Campinas: Unicamp.
- REZENDE, Cordocet. (2006). Pandemônio Tributário. *Instituto dos Advogados brasileiros*, Rio de Janeiro, v. 1, n.1, p. 1-20, mar.
- REZENDE, Fernando. (2001). *Finanças Públicas*. 2 ed. São Paulo: Atlas.
- SANTOS, Sandra Avila. (2016). Políticas públicas no estado democrático de direito: uma análise da legitimidade dos conselhos gestores e da judicialização das políticas públicas. *Justiça do Direito*. v. 30, n. 2, p. 298-311, maio./ago.
- SCHROEDER, L. (2003); SMOKE, P. (2003). Intergovernmental Fiscal Transfers: Concepts, International Practice, and Policy Issues. In SMOKE, P.; KIM, Y.H. (Org.), *Intergovernmental Transfers in Asia: Current Practice and Challenges for the Future*. Manila, Asian Development Bank.
- TER-MINASSIAN, T. (1997). *Fiscal federalism in theory and practice*. Washington: FMI.
- VEIGA, José Eli da. (2002). *Cidades Imaginárias*. Campinas: Autores Associados.
- YOINGCO, A. Q.; YEN, C.C. (1992). *Políticas Tributárias y Administracion Tributária en los Países Latinoamericanos y em la Republica de China*. Madri: Instituto de Estudios Fiscales.

# DIRITTO ALLA SALUTE E DIRITTO ALL'AUTODETERMINAZIONE: LA LEGGE SUL "CONSENSO INFORMATO" IN ITALIA. RIFLESSIONI A PARTIRE DALLA TEORIA DEI SISTEMI SOCIALI

---

## RIGHT TO HEALTH AND RIGHT TO SELF-DETERMINATION: THE ITALIAN LAW ON "LIVING WILL". INSIGHTS FROM SOCIAL SYSTEM THEORY

---

SANDRA REGINA MARTINI<sup>1</sup> Y MATTEO FINCO<sup>2</sup>

---

*Fecha de recepción: 31/08/2018*

*Fecha de aceptación: 01/10/2018*

### ABSTRACT:

Con questo lavoro si vuole riflettere sulla semantica societaria – incentrata su termini quali ‘volontà’, ‘libertà’ e soprattutto ‘diritti’ – che descrive l’individualità moderna quale personalità soggettiva dotata della possibilità di distinguersi e di esercitare pretese. L’ambito di riflessione scelto è quello della salute, a partire dalla convinzione che esso rappresenti oggi un contesto privilegiato per osservare la relazione tra individuo e società, tentando di capire quali spazi di azione personale e autonomia abbiano i singoli rispetto alle forze sociali che li condizionano. Alla riflessione di stampo teorico – attraverso la teoria dei sistemi sociali di Niklas Luhmann – sulle rivendicazioni del diritto alla salute, si aggiunge l’analisi della recente legge italiana sul “fine vita”, che consente l’adozione delle “disposizioni di trattamento” (DAT). L’ipotesi è che ciò rappresenti un esempio di riuscito equilibrio fra rivendicazioni dei singoli ed esercizio responsabile dei diritti, a vantaggio dell’integrazione societaria..

---

<sup>1</sup> PhD en Evoluzione dei Sistemi Giuridici e Nuovi Diritti (Università degli Studi di Lecce, 2001). Professoressa del Centro Universitário Ritter dos Reis (Uniritter, Porto Alegre), Professoressa visitante en el Programa de Pós-graduação em Direito de la Universidade Federal do Rio Grande do Sul (Porto Alegre). Pesquisadora Produtividade 2 CNPq, Avaliadora do Basis do Ministério da Educação e Cultura e do Basis do Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira. E-mail: srmvial@terra.com.br.

<sup>2</sup> PhD en Social Sciences (Università degli Studi di Macerata, Italia, 2017). Becario pos doctorado PNPd/CAPES (Uniritter, Porto Alegre). E-mail: fincomatteo@gmail.com.

**ABSTRACT:**

This work is about semantics of society – focused on terms such as ‘will’, ‘freedom’ and above all ‘rights’ – describing the modern individuality as a subjective personality endowed with the ability to be different and to exercise claims. We focus on health, starting from the idea that nowadays it is a perfect context to observe the relationship between individual and society, trying to understand which spaces for personal action and autonomy the individuals have, free from social influences. Beside the theoretical reflection – starting from the perspective of social systems theory by Niklas Luhmann – about claims in the area of the right to health, there is the analysis of the recent Italian law on “end of life”, which allows the adoption of “treatment provisions” (DAT). The hypothesis is that this represents an example of a successful balance between individual claims and responsible exercise of rights, to the advantage of integration of society.

**PALABRAS CLAVE:** Diritto alla salute; Teoria dei sistemi sociali; Consenso informato; Testamento biologico; DAT.

**KEY WORDS:** Right to Health; Social System Theory; Living will; Informed Consent; DAT.

## **I. Introduzione: la salute e la relazione individuo/società**

Questo articolo affronta alcune questioni relative ai limiti e alle possibilità del diritto all'autodeterminazione nell'ambito della salute. Difatti le rivendicazioni individuali relative al diritto di esercitare le scelte ritenute più opportune riguardo al proprio destino, chiamano il diritto sanitario a un continuo sforzo di aggiornamento. L'analisi della legge italiana sulle disposizioni anticipate di trattamento (DAT) ha lo scopo di osservare una concreta “risposta” data a tale sfida. La metodologia di analisi adottata è una riflessione teorica nell'ambito della teoria dei sistemi sociali di N. Luhmann.

Le scienze umane e sociali<sup>1</sup> negli ultimi decenni hanno dedicato al tema della salute un'attenzione costante, occupandosi di svariati temi (ad esempio, la salute mentale<sup>2</sup>, la definizione stessa di salute e la sua differenza rispetto alla malattia, ecc.), con un importante lavoro, in particolare, sul piano storico e sulla costruzione sociale della salute e i rapporti di potere che la determinano. Dall'intreccio di rami differenti del sapere si sono anche sviluppate discipline specifiche capaci di analizzare fenomeni inediti, come l'organizzazione dei sistemi sanitari e delle cure, la relazione fra pazienti e personale sanitario, le politiche relative a igiene pubblica e prevenzione, e altro ancora.

Una difficoltà evidente per gli scienziati sociali è proprio quella di definire la salute, in maniera tale da poterla configurare come oggetto di analisi. La definizione data dall'Organizzazione Mondiale della Sanità (“a state of complete physical, mental and social well-being and not merely the absence of disease or infirmity”<sup>3</sup>) risulta infatti

---

<sup>1</sup> Dal punto di vista più generale delle organizzazioni e dei movimenti sociali e politici, si nota invece che al tema è data spesso una “falsa importanza”, a cui non segue un impegno concreto: lo si vede con facilità analizzando i programmi di qualsiasi partito politico in Europa o in America Latina. Le politiche pubbliche infatti difficilmente fanno tesoro del contributo delle scienze umane e sociali, restando di conseguenza vincolate più all'idea di “curare le malattie” che a quella di “prendersi cura della salute”.

<sup>2</sup> Si pensi al contributo dei processi di riforma psichiatrica nelle ultime decadi del Novecento, con la decisiva influenza in Argentina e Brasile dell'esperienza italiana di Franco Basaglia.

<sup>3</sup> World Health Organization (1946): Constitution of WHO ([http://www.who.int/governance/eb/who\\_constitution\\_en.pdf](http://www.who.int/governance/eb/who_constitution_en.pdf)) (Fecha de consulta: 21 de agosto de 2018).

troppo ampia, generica, vaga e dunque inadatta a scopi scientifici<sup>4</sup>. La teoria sociologica dovrebbe lavorare in questo senso per fornire una descrizione esaustiva della medicina quale fenomeno sociale, cioè appunto una teoria sociologica della medicina<sup>5</sup>. Al di là dell'affermata sociologia della salute, si tratterebbe di descrivere il modo in cui tutto ciò che può essere definito come "salute" concorra alla riproduzione della società stessa. In altri termini, il rapporto fra semantica (temi della comunicazione) e struttura della società.

Dal punto di vista della sociologia del diritto merita attenzione da un lato il fatto che la salute venga generalmente considerata un diritto umano, dunque universale, e dall'altro che tale diritto non riguarda soltanto la richiesta di cure e trattamenti di base, ma anche politiche di prevenzione, terapie avanzate, e molto altro ancora. Si tratta di un riflesso del fenomeno relativo all'aumento delle rivendicazioni, delle pretese (in termini qualitativi e quantitativi), basate sul presupposto che agli individui vadano riconosciute in misura sempre maggiore "libertà" e "autonomia" rispetto ai limiti imposti dalla realtà sociale. Tale tendenza è tipica della società moderna: a differenza di quelle tradizionali, caratterizzate da una differenziazione in base a gruppi o ceti, quest'ultima *richiede* individui maggiormente liberi di determinare il proprio destino (scegliere professioni, partner, disporre di tempo libero, ecc.). Tuttavia non bisogna cadere nella trappola di descrizioni troppo semplici o univoche, e soprattutto in quella di affidarsi ad un linguaggio che non sia scientifico<sup>6</sup>. Ad esempio il termine individualismo, a livello del senso comune, ha un significato per lo più negativo: indica l'isolamento dei singoli e l'indebolimento dei "legami comunitari". In un senso più ampio invece si può intenderlo come una tendenza tipicamente moderna: l'autonomizzazione del singolo rispetto agli altri e al contesto di appartenenza, la responsabilizzazione delle sue scelte e azioni<sup>7</sup>, a loro volta intese quali espressioni "più autentiche" dell'individualità.

Così inteso, l'individualismo permette l'approccio – nell'ambito della salute – a uno dei problemi fondamentali della sociologia, ovvero la relazione fra individuo e società: quali sono gli effetti delle pretese individuali e sulle concrete possibilità che si presentano ai singoli? La salute viene dunque intesa come ambito in cui gli esseri umani assumono un'identità specifica, unica, presupposto sia per l'azione (e la comunicazione) all'interno della società, che per l'attribuzione di senso alle loro esistenze.

## II. Libertà, uguaglianza, diritti soggettivi

Libertà e uguaglianza<sup>8</sup> sono diritti tipicamente moderni, eredità della Rivoluzione Francese. Essi rappresentano i due poli attraverso i quali la moderna concezione dell' "individualità" trova la sua dinamica fondamentale: da un lato gli individui moderni, non più legati e anzi determinati dalle appartenenze tradizionali, sono *liberi* di autodeterminarsi

4 Non vogliamo certamente sottovalutare l'importanza del concetto a livello politico. Il problema è che la l'approccio della OMS non spiega chi dovrebbe tutelare la salute, come trattare le questioni relative alla salute pubblica e alle richieste di autodeterminazione dei soggetti, come affrontare le questioni relative ai determinanti sociali della salute.

5 CORSI, Giancarlo (2015): "Introduzione. Malattia e salute: il contributo della teoria dei sistemi" in Salute e malattia nella teoria dei sistemi. A partire da Niklas Luhmann, Milano, Franco Angeli, pp. 9-39, cit. p. 9.

6 La sociologia intesa come disciplina scientifica non deve infatti necessariamente essere comprensibile, in quanto non si rivolge direttamente all'opinione pubblica: cfr. CEVOLINI, Alberto (2018): "Introduzione" in LUHMANN, Niklas: Che cos'è la comunicazione?, Milano-Udine, Mimesis, pp. 7-16.

7 Responsabilizzazione necessaria in particolare nell'ambito della salute, viste le implicazioni giuridiche e politiche delle scelte compiute: cfr. CALABRESI, Guido; BOBBIT, Philip (2006): Scelte tragiche, Milano, Giuffrè.

8 Di proposito non ci occupiamo del terzo principio reclamato dalla Rivoluzione francese: la fraternità. Non mancano tuttavia i lavori che trattano delle relazioni tra salute e fraternità. Si veda in particolare: MARTINI, Sandra Regina (2014b): "Direito à saúde e fronteiras: saúde e fraternidade como pontes para a efetivação de direitos" in MARTINI, Sandra Regina; BILANCIA, Francesco (dir.): O direito à saúde na Uniao Europeia e no Mercosul, Porto Alegre, Livraria do Advogado editora, pp. 13-27.

e quindi di distinguersi<sup>9</sup>; dall'altro tale libertà deve essere riconosciuta a ognuno. In ciò consiste l'uguaglianza: si è uguali nel fatto di essere liberi. Ciò è possibile solo con il diritto positivo, creato e legittimato dallo Stato, indipendente da religione e morale e modificabile<sup>10</sup>.

Individuo, soggetto e persona configurano allora l'essere umano nella società moderna: individuo, cioè indivisibile e unico<sup>11</sup>, ma in questo uguale a tutti gli altri; sovrano di se stesso ma soggetto alla legge dello stato: non più *subiecto* ("posto sotto") "assoggettato" ad una potestà pubblica o privata, ma "*subiectum*" in quanto "soggetto" protagonista assoluto delle norme stesse<sup>12</sup>; persona, tale in quanto dotata di un corpo e di un'essenza "spirituale" e dunque di una dignità che la separa dal regime delle cose<sup>13</sup>.

All'idea - che emerge nel XIX secolo - di individualità libera ma responsabile delle proprie scelte e azioni, si aggiunge nel Novecento quella della legittimità della manifestazione di necessità e bisogni individuali: come risultato si ha allora un soggetto politico, chiamato alla scelta, alla decisione, alla selezione razionali<sup>14</sup> e a costruirsi da solo il proprio futuro<sup>15</sup>. Nell'ambito del diritto, tale condizione in cui l'originalità individuale viene legittimata - proprio attraverso i diritti soggettivi - trova il suo correlato nei diritti fondamentali<sup>16</sup>: diritti che "fondano" lo Stato costituzionale e allo stesso tempo legittimano il cittadino e le sue pretese, all'insegna della compresenza di libertà e uguaglianza. Il diritto di essere uguale agli altri proprio nella possibilità di distinguersi costituisce allora il paradosso dell'individualità moderna: si può essere unici, ma soltanto all'interno della società.

### III. Spunti dalla teoria dei sistemi sociali: forma persona, dignità e libertà

La teoria dei sistemi sociali di Niklas Luhmann è notoriamente complessa: per i nostri scopi bastino qui pochi accenni ad alcuni elementi-chiave fondamentali.

a) La società moderna viene considerata un sistema costituito da operazioni comunicative, che contribuiscono alla sua riproduzione. Gli esseri umani stanno invece all'esterno della società: fanno parte del suo *ambiente*, a cui le operazioni comunicative si riferiscono. Per questo la teoria dei sistemi sociali è stata accusata di non tenere in debita considerazione gli individui. La spiegazione è in realtà molto semplice: la prospettiva sistemica non è di stampo normativo o valoriale, ma analitico. Di conseguenza gli individui non costituiscono parte della struttura della società.

9 L'individualità moderna "da una parte significa sempre un rapporto col mondo [...] d'altra parte però significa che quest'essere è un mondo a sé, centrato in se stesso, in qualche modo chiuso in se stesso e autosufficiente. L'esistenza terrena colloca in questo dualismo ogni essere spirituale, che in genere si può definire come «uno»: secondo il suo contenuto o la sua forma è qualcosa per sé, un'unità, ha un essere, un senso, un fine che in qualche modo riposa in se stesso; contemporaneamente è una parte di una o più totalità, sta in relazione con qualcosa al di fuori di sé, con una globalità, con una totalità che lo comprende": SIMMEL, Georg (1971): "On Individuality and Social Forms" en LEVINE, Donald N. (dir.): *Freedom at the Individual*, Chicago-London, The University of Chicago Press, pp. 217-226, cit., pp. 74-75.

10 I codici normativi arcaici erano caratterizzati da doveri (obblighi): "la funzione primaria della legge è di comprimere non di liberare, di restringere non di allargare gli spazi di libertà", per "proteggere il gruppo nel suo insieme piuttosto che l'individuo singolo": BOBBIO, Norberto (1997): *Letà dei diritti*, Torino, Einaudi, cit., pp. 54-55. La concezione moderna del diritto invece implica principalmente diritti soggettivi e "corrisponde al concetto di libertà d'azione individuale: i diritti individuali (in inglese: «rights») stabiliscono i limiti all'interno dei quali un soggetto trova libera e legittima conferma della sua volontà": HABERMAS, Jürgen (1996): *Fatti e norme*, Milano, Guerini e Associati, cit., p. 103.

11 Da in (non) e *dividiuus* (separato, separabile).

12 ORESTANO, Riccardo (1950): *Diritti soggettivi e diritti senza soggetto*. Linee di una vicenda concettuale, *Jus XI*, pp. 149-196.

13 Cfr. SUPPIOT, Alain (2005): *Homo juridicus*. Essai sur la fonction anthropologique du Droit, Paris, Éditions du Seuil; ESPOSITO, Roberto (2007): *Terza persona*. Politica della vita e filosofia dell'impersonale, Torino, Einaudi; ESPOSITO, Roberto (2014): *Le persone e le cose*, Torino, Einaudi.

14 Cfr. ROSE, Nikolas (1999): *Powers of Freedom: reframing political thought*, Cambridge, Cambridge University Press, in particolare pp. 227-231.

15 Gli individui sono cioè un "prodotto di se stessi", ovvero del cosiddetto "principium individuationis": cfr. NIETZSCHE, Friedrich (1872): *Die Geburt der Tragödie*.

16 Per una analisi dei diritti fondamentali dal punto di vista della teoria dei sistemi, si veda (2002): *I diritti fondamentali come istituzioni*, Bari, Dedalo.

b) Tale società è una *società-mondo* (*World Society*)<sup>17</sup> policentrica, policontesturale, strutturata su una differenziazione di tipo funzionale: è formata da sottosistemi chiamati a risolvere problemi specifici. Due esempi: la medicina si dedica alla cura delle malattie, mentre famiglia e rapporti intimi riguardano l'orientamento alla *persona*.

c) Quest'ultimo termine non indica l'"essere umano", ma una *forma*<sup>18</sup>: un costrutto che serve da riferimento per l'interazione e la comunicazione. Essa va distinta dal *corpo* e dal *sistema psichico*: il primo è l'organismo biologico vivente, mentre il secondo è la coscienza che produce pensieri.

Di conseguenza sono le *persone*, non i corpi o le coscienze, a partecipare alla comunicazione e a essere incluse nei differenti sistemi di funzione della società. L'*individualità* emerge proprio nella partecipazione alla comunicazione: il singolo viene riconosciuto nella sua unicità solo se acquista rilevanza in un determinato ambito societario (economia, diritto, religione, arte, famiglia, scienza, ecc.) in cui può operare costruendo la propria identità specifica e attribuendo un senso alla propria esistenza, visto che non è più possibile far ricorso ai riferimenti societari tradizionali. L'*individualità* è appunto il risultato di un processo fatto di scelte, decisioni e azioni<sup>19</sup>. Un processo strutturato in base a pretese di inclusione nei sistemi stessi, che si manifestano in maniera chiara appunto come rivendicazioni di diritti: sia quelli già "positivizzati", cioè riconosciuti, sia quelli che devono ancora trovare un consenso e una formulazione conseguente.

In base a tali premesse, *dignità e libertà* non vanno considerati solamente diritti, ma anche e soprattutto *condizioni* per una riuscita autorappresentazione della personalità individuale e per la sua socializzazione. Sono cioè requisiti per l'inclusione e agiscono sui due lati dell'autorappresentazione. La *dignità* riguarda il lato interno: ognuno si considera degno di considerazione e per questo legittimato a partecipare, a essere incluso nella società. La *libertà* agisce sul lato esterno: indica il diritto al libero sviluppo della personalità come individualità autocosciente, consapevole di se stessa e tutelata rispetto alle ingerenze esterne, anzitutto quelle dello Stato<sup>20</sup>. *Dignità e libertà* sono dunque diritti fondamentali proprio perché rendono possibile l'inclusione, ovvero la "partecipazione" nella società.

#### IV. Teoria dei sistemi sociali e salute

Nell'ambito della teoria dei sistemi, il sottosistema della medicina ha la funzione di intervenire su corpi e menti affetti da malattie, devianze, disturbi o da "qualunque manifestazione corporea che non sia riconducibile a qualcosa come "normalità" accettabile"<sup>21</sup>, con lo scopo di rendere gli esseri umani *persone* in grado di partecipare alla comunicazione. Non si tratta dunque solo di guarire i corpi malati, i disturbi psichici e quelli psicologici: il sistema della medicina serve a garantire appunto la partecipazione delle *persone* (nel senso delineato nel paragrafo precedente), che è una delle condizioni fondamentali per la riproduzione della comunicazione nella società. La particolarità di tale sistema è che

17 Cfr. fra gli altri LUHMANN, Niklas (1997a): *Globalization or World society: How to conceive of modern society?*, *International Review of Sociology* (7) 1, pp. 67-79.

18 Cfr. nello specifico LUHMANN, Niklas (1995a): "Die Form „Person“ en Soziologische Aufklärung, Bd. 6. Die Soziologie und der Mensch, Opladen, Westdeutscher Verlag, pp. 142-154. Per il concetto di «forma», cfr. SPENCER-BROWN George (1969): *Laws of form*, Bohmeier Verlag, Leipzig, 2014.

19 Gli individui sono cioè un prodotto di se stessi e vanno intesi quali "self-referential historical machines, which determine with each auto-operation the starting condition for further operations and are able to do this only through their own operations": LUHMANN, Niklas (1992): *The concept of society*, *Thesis Eleven* 31, pp. 67-80, cit., p. 76. Vedi anche LUHMANN, Niklas (1995b): *Individuo, Individualidad, Individualismo*, *Zona Abierta* 70-71, pp. 53-157.

20 Su questo in particolare: LUHMANN, Niklas (2002): *Op. Cit.*

21 CORSI, Giancarlo (2015): *Op. Cit.*, cit., p. 12.

*"la sua funzione non si riferisce al sistema societario, ma al suo ambiente. Corpi e coscienze degli esseri umani non sono né parti né elementi della società, ma appartengono al suo ambiente; però formano una sezione così importante per la riproduzione della società che si sono formati sottosistemi societari appositi, cioè il sistema della cura delle malattie e il sistema educativo"<sup>22</sup>.*

Luhmann ha parlato in proposito di *"Medizinsystem"* ("sistema della medicina") e *"System der Krankenbehandlung"* ("sistema di cura delle malattie"). In realtà ci troviamo qui di fronte a una questione aperta: ha senso oggi limitarsi a parlare di "sistema della medicina" o si dovrebbe considerare la salute un vero e proprio sottosistema della società dotato di una sua specificità e non limitato all'apparato sanitario? I medici stessi infatti non devono soltanto curare disturbi, patologie, malattie, ma anche occuparsi della prevenzione e dell'aumento del più generale "benessere" dei pazienti<sup>23</sup>.

Lo stesso Luhmann non si è in effetti limitato all'analisi dell'ambito sanitario. Delineando le caratteristiche di tale sistema, ha spiegato che esso è tale perché tutto ciò che riguarda la salute e le cure "viene costruito" all'interno della comunicazione: il sapere medico-scientifico, la formazione del personale, l'apparato organizzativo-amministrativo, il linguaggio utilizzato, l'interazione fra medico e paziente, ecc. Tutto questo viene trattato a livello della comunicazione, e per questo è "sociale": i concetti, i termini, le procedure utilizzati nell'ambito della salute, come pure la creazione delle apposite figure professionali e delle aspettative dei pazienti, prendono dunque forma nella comunicazione e aiutano a orientarsi relativamente alla distinzione salute/malattia, fulcro del sistema stesso. Tale distinzione – che nel linguaggio della teoria rappresenta il "codice" del sistema – è fondamentale perché permette di identificare le operazioni comunicative del sistema stesso. Detto altrimenti: il sistema si attiva a partire dall'identificazione di salute e malattia – in particolare di quest'ultima – perché è solo grazie a tale distinzione che emergono quelle situazioni in cui gli esseri umani non sono in grado di partecipare pienamente alla comunicazione (cioè di essere *persone*).

L'identificazione di salute e malattia è però un compito spesso non facile: come è evidente, si tratta di idee estremamente vaghe e che per questo occorre definire, specificare, riconfermare o rivedere continuamente<sup>24</sup>. Altri fattori aumentano le difficoltà: da un lato il progresso tecnico/scientifico, che permette di far luce sui problemi già identificati ma non risolti e di riconoscerne di nuovi; dall'altro tendenze quali la "patologizzazione" e la "medicalizzazione", che portano a considerare e di conseguenza a trattare come disturbi e malattie fenomeni precedentemente non considerati tali (solo per fare qualche esempio: disturbo da deficit di attenzione/iperattività (ADHD), alcolismo, depressione, disturbo da stress post-traumatico)<sup>25</sup>.

22 LUHMANN, Niklas (2015b): "Inflazione di pretese nel sistema delle malattie: una presa di posizione dal punto di vista della teoria della società" in CORSI, Giancarlo (dir.): *Salute e malattia nella teoria dei sistemi*. A partire da Niklas Luhmann, Milano, Franco Angeli, pp. 52-70, cit., p. 61.

23 Su questo, cfr. MARTINI, Sandra Regina (2014a): *O sistema social da saúde: conceito, limites e possibilidades*, Cad. Ibero-Amer. Dir. Sanit. (3) 1, pp. 68-83 e (2015): *Construção do sistema social da saúde a partir da Teoria Sistêmica de Niklas Luhmann*, Revista de Direito sanitario (16) 1, pp. 112-127.

24 Si pensi all'uso di differenti concetti per indicare cosa non va: malattia, infermità, disturbo, disfunzione. In inglese, ad esempio, si parla di disease ("patologia oggettiva"), illness (che rimanda all'idea di "infermità") e sickness ("percezione sociale della malattia individuale."); ZUPPIROLI, Alfredo (2005): "Riduzionismo medico e senso della cura" in MARRONE, Gianfranco (dir.): *Il discorso della salute. Verso una sociosemiotica medica*. Atti del XXXII Congresso della Associazione Italiana di Studi Semiotici, Spoleto, 29 ottobre - 1 novembre 2004, Roma, Meltemi, pp. 100-108.

25 CONRAD, Peter (2007): *The Medicalization of Society. On the Transformation of Human Conditions into Treatable Disorders*, Baltimore, Johns Hopkins University Press.

## V. Pretese crescenti nell'ambito della salute

Gli individui/persona nella società moderna sono dunque incoraggiati a manifestare nell'ambito della salute aspettative e pretese. Aspettative e pretese -questo è il punto- che sono crescenti, proprio a causa dei fattori di cui si è detto: i mutamenti socio-strutturali che rendono estremamente vaghi e variabili i concetti di salute e malattia, e la tendenza all'individualizzazione e alla rivendicazione di diritti soggettivi.

Così nell'ambito della salute vengono richiesti maggiori tutele, un più ampio e generalizzato accesso ai farmaci<sup>26</sup>, prestazioni e diagnostiche più efficaci, con maggiore frequenza e con un elevato livello di attenzione e disponibilità da parte del personale. Ma si rivendicano anche pretese giuridiche vere e proprie: il diritto alla salute è inteso come un diritto fondamentale e/o un diritto umano; si reclamano diritti specifici, come ad esempio "diritti del malato"; più in generale ancora, si ricorre con frequenza al "diritto alla dignità", che indica non soltanto il diritto a condurre una "vita degna", ma anche, fra gli altri, il diritto al fatto che i trattamenti a cui si viene sottoposti non vadano a ledere la propria dignità, e quello a una "morte degna".

Luhmann ha parlato a questo proposito di *inflazione di pretese (Anspruchsinflation)*, ovvero della richiesta di tutele, garanzie e prestazioni sempre crescenti, in termini quantitativi e qualitativi. Occorre tenere in considerazione il fatto che le pretese relative ai diritti risultano crescenti sia perché dopo che un diritto è stato sancito le rivendicazioni nei suoi confronti trovano un fondamento, sia perché pretese già legittimate rappresentano il presupposto per pretese ulteriori<sup>27</sup>.

Il fatto che non ci sia praticamente limite a ciò che può essere rivendicato come diritto, anche nell'ambito della salute, offre l'occasione di interrogarsi sulle caratteristiche degli spazi per l'azione e l'autodeterminazione che gli individui hanno ora a disposizione. Per questo analizzeremo un caso concreto: la recente legge italiana sul cosiddetto "testamento biologico".

## VI. La legge italiana sul "consenso informato" e le "disposizioni anticipate di trattamento"

Il 22 dicembre del 2017 è stata approvata in Italia la legge n. 219 sulle "Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento"<sup>28</sup>, entrata in vigore il 31 gennaio 2018. I punti principali sono essenzialmente due:

a) la legge consente di decidere quali trattamenti sanitari ricevere (oppure no) nel caso in cui venisse a mancare in un momento futuro - per malattia o incapacità - la possibilità di esprimersi. Ciò è possibile appunto attraverso il riconoscimento giuridico delle disposizioni anticipate di trattamento (DAT), che possono essere formulate in un testo scritto o attraverso una videoregistrazione.

26 Il Brasile è noto per l'elevato indice di giudicializzazione nell'ambito della salute, soprattutto relativamente alle richieste di prodotti farmaceutici. Il Núcleo de Judicialização do Ministério da Saúde si occupa specificamente di questo.

27 "Può così costituirsi una sorta di super-diritto soggettivo, un diritto ai diritti, vale a dire un diritto al continuo ampliamento delle pretese individuali": LONGO, Mariano (2001): *Strutture di società e semantica del soggetto*, Lecce, Pensa Multimedia Editore, cit., p. 290. Si è parlato anche di un "diritto di avere diritti" come caratteristica stessa della dimensione umana e della sua dignità (RODOTÀ, Stefano (2012): *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, Laterza), in un senso differente rispetto a quello inteso da H. Arendt ("We became aware of the existence of a right to have rights (and that means to live in a framework where one is judged by one's actions and opinions) and a right to belong to some kind of organized community, only when millions of people emerge who had lost and could not regain these rights because of the new global political situations": ARENDT, Hannah (1966): *The Origins of Totalitarianism*, New York, Harcourt, Brace & World, cit., p. 177).

28 ITALIA (2017): *Legge 22 dicembre 2017, n. 219. Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento* (<http://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2018/1/16/18G00006/sg>) (Fecha de consulta: 28 de Abril de 2018).

b) Il “consenso informato” indica il diritto di ricevere – ma anche quello di decidere di non ricevere – le informazioni sul proprio stato di salute e di approvare l'avvio o la prosecuzione di un determinato trattamento. In questo modo l'Italia ha recepito le disposizioni sul “consenso libero e informato, sempre revocabile” (art. 5) e sui “desideri precedentemente espressi” dal paziente (art. 9) contenute nella *Convenzione europea sui diritti dell'uomo e la biomedicina* del 1996 (“Convenzione di Oviedo”), firmata ma non ancora ratificata dal Parlamento italiano.

La legge si sofferma su vari aspetti specifici: vieta l'accanimento terapeutico; prevede la possibilità di ricorrere alla sedazione profonda; quella di abbandonare le cure, la nutrizione e l'idratazione artificiali di fronte all'impossibilità di guarigione; dispone la pianificazione condivisa fra medico e paziente delle cure nel caso di malattie croniche; richiama il medico a tenere in considerazione la volontà del paziente, e allo stesso tempo lo dichiara esente da responsabilità civili e penali una volta che quest'ultimo abbia compiuto consapevolmente le proprie scelte. La legge si occupa poi anche di minori e incapaci, posti sotto la responsabilità dei genitori o di altre figure apposite.

Uno degli intenti di questa legge è quello di colmare un vuoto normativo: in precedenza gli strumenti giuridici a disposizione per far valere le proprie ragioni appellandosi a concetti quali “diritto a una vita degna” e “diritto all'autodeterminazione”<sup>29</sup> erano limitati da un lato all'indisponibilità assoluta della vita per mano altrui prevista dal codice penale<sup>30</sup>; dall'altro al diritto di rifiutare le cure, previsto dall'art. 32 della Costituzione italiana. Tale articolo riguarda specificamente la salute, e vale la pena citarlo per intero:

*“La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività, e garantisce cure gratuite agli indigenti. | Nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge. La legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana”.*

Accanto al carattere “fondamentale” del diritto alla salute e alla sua connotazione sociale (“*interesse della collettività*” e “*cure gratuite agli indigenti*”) viene qui formulata la tutela dell'autonomia e della dignità dell'individuo (nella parte relativa ai limiti ai trattamenti sanitari e al rispetto della persona umana). Autonomia e dignità individuali peraltro riconosciute in altri punti della Costituzione: dall'art. 2 (“*La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità [...]*”); dall'art 3 Cost. (“*Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge [...]*”); e dall'art. 13 (“*La libertà personale è inviolabile [...]*”). Tale riconoscimento tuttavia non era accompagnato da effettivi strumenti di tutela: il vuoto normativo che la legge ha inteso colmare era difatti evidente da tempo. Si possono ricordare in proposito due casi fra i più noti, entrambi riguardanti la sospensione dei trattamenti sanitari: quello di Piergiorgio Welby e quello di Eluana Englaro.

Nel primo caso il paziente, affetto fin da giovane da distrofia muscolare, dopo il peggioramento delle sue condizioni sopravviveva soltanto grazie a un respiratore automatico. Era tuttavia pienamente capace di intendere e volere: nel 2006 richiese la sospensione delle terapie mediche vitali. Tale richiesta venne però respinta dal Tribunale di Roma proprio sulla base del vuoto legislativo:

<sup>29</sup> Con questa espressione intendiamo il diritto riconosciuto a ogni individuo di poter compiere scelte di vario tipo su se stesso e sul proprio futuro, in maniera libera, autonoma, indipendente.

<sup>30</sup> Artt. 579 (“*Chiunque cagiona la morte di un uomo, col consenso di lui, è punito con la reclusione da sei a quindici anni*”) e 580 c.p. (“*Chiunque determina altri al suicidio o rafforza l'altrui proposito di suicidio, ovvero ne agevola in qualsiasi modo l'esecuzione, è punito, se il suicidio avviene, con la reclusione da cinque a dodici anni. Se il suicidio non avviene, è punito con la reclusione da uno a cinque anni, sempre che dal tentativo di suicidio derivi una lesione personale grave o gravissima*”).

*“in assenza della previsione normativa degli elementi concreti, di natura fattuale e scientifica, di una delimitazione giuridica di ciò che va considerato “accanimento terapeutico”, va esclusa la sussistenza di una forma di tutela tipica dell’azione da far valere nel giudizio di merito e, di conseguenza, ciò comporta la inammissibilità dell’azione cautelare, attesa la sua finalità strumentale e anticipatoria degli effetti del futuro giudizio di merito.”<sup>31</sup>*

Tuttavia Welby morì il 16 dicembre del 2006, dopo che il suo medico anestesista, seguendo la volontà del paziente, staccò il respiratore automatico. Il dott. Mario Riccio, accusato di omicidio, è stato però scagionato riconosciuto innocente<sup>32</sup>.

Il secondo caso riguardava invece una donna che dopo un incidente stradale rimase per 17 anni in stato vegetativo: non cosciente, era alimentata e idratata artificialmente. A seguito di una lunga battaglia nei tribunali e a livello pubblico condotta dal padre della donna, il 9 luglio 2008 la Corte d’Appello di Milano autorizzò infine l’interruzione dell’alimentazione e dell’idratazione artificiali, con la conseguente morte della paziente per disidratazione. La decisione dei giudici si basò su due presupposti: da un lato l’irreversibilità delle condizioni della paziente, cioè la mancanza di qualsiasi

*“fondamento medico, secondo gli standard scientifici riconosciuti a livello internazionale, che lasci supporre la benché minima possibilità di un qualche, sia pure flebile, recupero della coscienza e di ritorno ad una percezione del mondo esterno”;*

dall’altro la certezza che la donna avesse espresso in precedenza le proprie volontà in merito alle decisioni da prendere in un caso simile, ovvero la sicurezza

*“in base ad elementi di prova chiari, univoci e convincenti, della voce del paziente medesimo, tratta dalle sue precedenti dichiarazioni ovvero dalla sua personalità, dal suo stile di vita e dai suoi convincimenti, corrispondendo al suo modo di concepire, prima di cadere in stato di incoscienza, l’idea stessa di dignità della persona”<sup>33</sup>.*

Il rispetto della dignità della persona è il concetto fondamentale che fonda la legge n. 219/2017<sup>34</sup>. Anche se non viene fornita una definizione di “vita degna” o di “dignità”, il diritto del paziente a non ricevere o a interrompere determinati trattamenti sanitari si richiama proprio alla dignità<sup>35</sup>.

Come si è visto, secondo la teoria dei sistemi la dignità è uno dei due poli attorno a cui si orientano le pretese individuali: l’altro è la libertà. Entrambi riguardano diritti soggettivi, dunque pretese dei singoli. Occorre allora tenere in considerazione altri due concetti: quelli di *autonomia* e *autodeterminazione*. In questo senso ci rifacciamo a un’analisi interessante secondo cui tale legge, pur affermando diritti soggettivi e mettendo a disposizione gli strumenti adatti a realizzarli, riesce allo stesso tempo a tenere in debita considerazione l’elemento relazionale, ovvero i rapporti tra paziente, medico, fiduciario e parenti più stretti<sup>36</sup>.

31 Cfr. Trib. Roma, sez. I civ., ordinanza 15-16 dicembre 2006.

32 Ansa, Tribunale di Roma: [https://www.ansa.it/documents/1192719458939\\_welby1.pdf](https://www.ansa.it/documents/1192719458939_welby1.pdf).

33 Sentenza della Corte di Cassazione n. 21748/2007. Notiamo che su questo caso il giurista e filosofo italiano Eligio Resta aveva scritto: “Non ci sarebbe neanche bisogno del testamento biologico, dal momento che determinazione, dignità e divieto di discriminazione sono principi fondamentali del nostro ordinamento”: RESTA, Eligio (2008): “Vivere e morire con dignità”, il Manifesto, 14/11/2008, p. 24.

34 Esso ricorre quattro (4) volte nel testo della legge.

35 Accenniamo soltanto al fatto che la dignità umana può essere considerata una questione soggettiva (è l’individuo che ne stabilisce gli estremi) oppure oggettiva (in base a precetti etico-religiosi).

36 LOSURDO, Federico (2018): L’ultima scelta. Dogmatiche dell’autodeterminazione e fine vita, Rivista elettronica del Centro di Documentazione Europea dell’Università Kore di Enna 12, pp. 1-39 (<https://www.unikore.it/index.php/koreuropa-12/losurdo>), p. 4.

Infatti se da un lato i medici sono chiamati a fare le proprie valutazioni, a dare tutte le informazioni ai pazienti, dall'altro viene tutelata anche la loro autonomia professionale, in quanto viene prevista anche la possibilità di disattendere, in casi specifici, le disposizioni<sup>37</sup>.

*"Da un lato, la legge riconosce un ampio spazio per l'esplicazione dell'autonomia del paziente in ogni tappa della sua malattia, attraverso le disposizioni anticipate di trattamento (art. 4) e/o la "pianificazione condivisa delle cure" (art. 5). Dall'altro, si preoccupa di non abbandonare nell'ultima scelta il paziente a sé stesso, ma, al contrario, si propone di integrare la sua volontà con quella di altri soggetti (medico responsabile, fiduciario, famigliari) che, in varia forma, hanno relazioni con il paziente, al fine di incentivare quella "alleanza terapeutica" che costituisce un caposaldo simbolico e normativo della legge."*<sup>38</sup>

Questo atteggiamento si basa sulla Costituzione italiana<sup>39</sup>, in cui *"la dignità è assunta come valore tendenzialmente relativo che riguarda la collocazione concreta della persona nel tessuto delle relazioni sociali"*, non essendo cioè un valore decidibile solo a livello individuale in quanto *"è fonte, se non di veri e propri obblighi, di impegni relazionali, poiché ogni essere umano deve meritarsi il riconoscimento della propria dignità, adempiendo i "doveri inderogabili di solidarietà""*<sup>40</sup>.

In definitiva questa legge, se da un lato riconosce al paziente il diritto di esercitare la propria autonomia (nello specifico attraverso le DAT e la pianificazione condivisa delle cure), dall'altro non concede una completa possibilità di autodeterminazione, proprio in virtù del richiamo alla responsabilità degli altri soggetti coinvolti: medico, fiduciario, famigliari.

Diverse questioni<sup>41</sup> sono state affrontate dal Consiglio di Stato (parere 1991/2018) - la più alta corte in ambito giuridico-amministrativo - che ha risposto ai quesiti sottoposti dal governo italiano. Ne segnaliamo soltanto alcune.

La Commissione speciale del Consiglio di Stato ha sottolineato la necessità di creare un database nazionale per *"raccolgere"* (e non solo *"registrare"*) le disposizioni: al contrario *"se il registro nazionale avesse unicamente il compito di registrare le DAT senza raccogliere, vi sarebbe il concreto rischio di dar vita ad un sistema incompleto e privo di utilità"*; ha stabilito che tale legge riguarda anche coloro che non sono iscritti al Servizio Sanitario Nazionale (SSN) - ad esempio gli stranieri, i migranti, i richiedenti asilo - in quanto anche a costoro vanno garantiti *"i medesimi diritti fondamentali della persona umana"*; ha affermato che la forma e il contenuto delle DAT è libero: si può scegliere di includere soltanto determinate raccomandazioni, senza l'obbligo di rifarsi a un *"modello tipo"* delle disposizioni; si può decidere di nominare un fiduciario oppure no, ecc.; ha poi

37 Art. 1, comma 2: *"È promossa e valorizzata la relazione di cura e di fiducia tra paziente e medico che si basa sul consenso informato nel quale si incontrano l'autonomia decisionale del paziente e la competenza, l'autonomia professionale e la responsabilità del medico"*; comma 6: *"Il paziente non può esigere trattamenti sanitari contrari a norme di legge, alla deontologia professionale o alle buone pratiche clinico-assistenziali; a fronte di tali richieste, il medico non ha obblighi professionali"*; comma 7: *"Nelle situazioni di emergenza o di urgenza il medico e i componenti dell'equipe sanitaria assicurano le cure necessarie, nel rispetto della volontà del paziente ove le sue condizioni cliniche e le circostanze consentano di recepirle"*. Art. 4 comma 5: *"il medico è tenuto al rispetto delle DAT, le quali possono essere disattese, in tutto o in parte, dal medico stesso, in accordo con il fiduciario, qualora esse appaiano palesemente incongrue o non corrispondenti alla condizione clinica attuale del paziente ovvero sussistano terapie non prevedibili all'atto della sottoscrizione, capaci di offrire concrete possibilità di miglioramento delle condizioni di vita"*.

38 LOSURDO, Federico (2018): Op. Cit., cit. p. 15.

39 Un atteggiamento presente, peraltro, anche nelle costituzioni di altri Stati.

40 LOSURDO, Federico (2018): Op. Cit., cit. pp. 9-10.

41 Ad esempio il tribunale di Pavia ha sollevato una questione di legittimità costituzionale in relazione alla norma secondo cui in assenza delle disposizioni anticipate di trattamento, *"l'amministratore di sostegno può «rifiutare, senza l'autorizzazione del giudice tutelare, le cure necessarie al mantenimento in vita dell'amministrato"*: BUSANI, Angela; SMANIOTTO, Elisabetta (2018): *"No alle cure senza «Dat», rischio incostituzionalità"*, Il Sole 24 Ore 18/04/2018, p. 24. Ancora: la legge non si occupa di quei casi in cui persone sottoposte a condizioni limite - quali una dipendenza assoluta dall'assistenza e la contemporanea impossibilità di muoversi - volesse porre termine alla propria esistenza.

stabilito il criterio di “*adeguatezza*” delle informazioni ricevute dai medici relativamente alle proprie scelte e disposizioni; riguardo il diritto alla riservatezza (“*anche questo diritto fondamentale della persona umana*”) il Consiglio di Stato ha previsto le condizioni per l’accesso alle disposizioni da parte del medico curante e del fiduciario “*allorché sussista una situazione di incapacità di autodeterminarsi del paziente*”<sup>42</sup>.

## VII. Considerazioni finali

Questo articolo ha analizzato il caso specifico di una legge italiana approvata recentemente, allo scopo era quello di analizzare il modo in cui uno specifico ordinamento giuridico ha tentato di “risolvere” quello che appare un problema comune nella società-mondo: quello relativo alle crescenti pretese individuali nell’ambito della salute. L’esperienza italiana potrebbe forse costituire un riferimento interessante nel dibattito analogo in paesi differenti.

L’impressione è che la discussione sulla legge 219/2017 e quella più generale sul “fine vita” rappresentino una riproposizione di uno dei problemi classici della sociologia: il rapporto individuo/società. Di fronte alle nuove possibilità messe a disposizione dal sapere scientifico e tecnologico e all’evoluzione della sensibilità sociale (temi, idee, sentimento comune), si moltiplicano in questo modo le occasioni per l’esercizio di un’azione individuale, personale, specifica. Un’azione sempre più ispirata a principi quali libertà, dignità, autonomia, autodeterminazione. Far sì che tale azione sia, oltre che *libera e personale*, anche *consapevole e responsabile* non è però un compito della scienza sociologica, ma delle politiche sociali, chiamate ad affrontare appunto i mutamenti strutturali della società:

*“È di fronte alle diverse rivendicazioni dal basso (ad esempio la rivendicazione a vivere una buona morte, come conseguenza delle tecniche, considerate talvolta inappropriate, di prolungamento della vita) che i diversi sistemi di funzione della società sperimentano aree di insicurezza. L’insicurezza dovuta alla mancanza di legittimità o alle sfide di continuo lanciate da cittadini sempre più consapevoli e esigenti”*<sup>43</sup>.

Ciò è tanto più importante e urgente in una realtà sociale in cui la distinzione vita/morte risulta ormai sottratta all’ambito della materia organica e ricondotta invece alla realtà della comunicazione, cioè di una società che, come visto, non può che essere “inumana”<sup>44</sup>.

Appare dunque evidente l’urgenza di norme adatte ad affrontare i quesiti che la modernità presenta, specie nell’ambito della salute. Le pretese rivendicate a questo proposito possono essere considerate un riflesso del rapporto individuo/società, nella misura in cui i singoli si trovano a dover gestire le possibilità - cioè le libertà - ottenute a seguito di mutamenti socio-strutturali che richiedono tempo per essere pienamente “compresi” e

42 Consiglio di Stato, Commissione speciale, 31 luglio 2018, n. 1991 (2018): *Richiesta di parere in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento* (<https://www.giustizia-amministrativa.it/cdsintra/wcm/idc/groups/public/documents/document/mday/odm0/-edisp/46hxmdk5wuoh565h75ebukeoxe.html>) (Fecha de consulta: 24 de agosto de 2018).

43 CARAMASCHI, Giulia; CAPANNA PISCÉ, Guido (2008): “Mutamento sociale, morte e genesi dell’individuo contemporaneo. Terri Schiavo e l’eutanasia nei media” en AGUSTONI, Alfredo (dir.): *Intorno al mondo nuovo. Modernità e Mutamento Culturale*, Roma, Aracne, pp. 159-176.

44 Si veda la sezione III.

che si prestano spesso a una gestione da parte del potere<sup>45</sup>. Pretese che probabilmente continueranno a crescere.

---

## RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

- ARENDT, Hannah (1966): *The Origins of Totalitarianism*, New York, Harcourt, Brace & World.
- BENASAYAG, Miguel (2008): *La salute ad ogni costo. Medicina e biopotere*, Milano, Vita e Pensiero ((2008): *La santé à tout prix. Médecine et biopouvoir*, Paris, Bayard).
- BOBBIO, Norberto (1997): *L'età dei diritti*, Torino, Einaudi.
- BUSANI, Angela; SMANIOTTO, Elisabetta (2018): "No alle cure senza «Dat», rischio incostituzionalità", *Il Sole 24 Ore*, 18/04/2018, p. 24.
- CALABRESI, Guido; BOBBIT, Philip (2006): *Scelte tragiche*, Milano, Giuffrè.
- CARAMASCHI, Giulia; CAPANNA PISCÈ, Guido (2008): "Mutamento sociale, morte e genesi dell'individuo contemporaneo. Terri Schiavo e l'eutanasia nei media" en AGUSTONI, Alfredo (dir.): *Intorno al mondo nuovo. Modernità e Mutamento Culturale*, Roma, Aracne, pp. 159-176.
- CEVOLINI, Alberto (2018): "Introduzione", en LUHMANN, Niklas: *Che cos'è la comunicazione?*, Milano-Udine, Mimesis, pp. 7-16.
- CONRAD, Peter (2007): *The Medicalization of Society. On the Transformation of Human Conditions into Treatable Disorders*, Baltimora, Johns Hopkins University Press.
- CORSI, Giancarlo (2015): "Introduzione. Malattia e salute: il contributo della teoria dei sistemi" en *Salute e malattia nella teoria dei sistemi. A partire da Niklas Luhmann*, Milano, Franco Angeli, pp. 9-39.
- ESPOSITO, Roberto (2007): *Terza persona. Politica della vita e filosofia dell'impersonale*, Torino, Einaudi.
- ESPOSITO, Roberto (2014): *Le persone e le cose*, Torino, Einaudi.
- HABERMAS, Jürgen (1996): *Fatti e norme*, Milano, Guerini e Associati ((1992): *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats Frankfurt am Main*, Suhrkamp).
- ITALIA (2017): *Legge 22 dicembre 2017, n. 219. Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento* (<http://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2018/1/16/18G00006/sg>) (Fecha de consulta: 28 de Abril de 2018).
- ITALIA, Consiglio di Stato, Commissione speciale, 31 luglio 2018, n. 1991 (2018): *Richiesta di parere in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento* (<https://www.giustizia-amministrativa.it/cdsintra/wcm/idc/groups/public/documents/document/mday/odm0/-edisp/46hxmdk5wuoh565h75ebukeoxe.html>) (Fecha de consulta: 24 de agosto de 2018).
- LONGO, Mariano (2001): *Strutture di società e semantica del soggetto*, Lecce, Pensa Multimedia Editore.
- LOSURDO, Federico (2018): *L'ultima scelta. Dogmatiche dell'autodeterminazione e fine vita*, *Rivista elettronica del Centro di Documentazione Europea dell'Università Kore*

---

<sup>45</sup> Infatti "la preoccupazione per la salute e per la sorveglianza testimonia cambiamenti e spostamenti nelle strutture stesse della nostra società". BENASAYAG, Miguel (2008): *La salute ad ogni costo. Medicina e biopotere*, Milano, Vita e Pensiero, cit., p. 8. In questo contesto, la medicina "partecipa sia alla produzione che alla giustificazione di quelle norme che, da un lato, si presentano come una risposta alla domanda di salute degli individui e, dall'altro, nutrono le nuove «strategie» di potere, regolazione e gestione delle popolazioni." (pp. 11-12).

*di Enna 12*, pp. 1-39 (<https://www.unikore.it/index.php/koreuropa-12/losurdo>).

- LUHMANN, Niklas (1992): *The concept of society*, Thesis Eleven 31, pp. 67-80.
- LUHMANN, Niklas (1995a): "Die Form „Person“" en *Soziologische Aufklärung. Bd. 6. Die Soziologie und der Mensch*, Opladen, Westdeutscher Verlag, pp. 142-154.
- LUHMANN, Niklas (1995b): *Individuo, Individualidad, Individualismo*, Zona Abierta 70-71, pp. 53-157 ((1989): "Individuum, Individualität, Individualismus" en: *Gesellschaftsstruktur und Semantik. Studien zur Wissenssoziologie der modernen Gesellschaft. Bd. 3*, Frankfurt am Main, Suhrkamp), pp. 149-259).
- LUHMANN, Niklas (1997a): *Globalization or World society: How to conceive of modern society?*, International Review of Sociology (7) 1, pp. 67-79.
- LUHMANN, Niklas (1997b): *Die Gesellschaft der Gesellschaft* (Frankfurt am Main, Suhrkamp).
- LUHMANN, Niklas (2002): *I diritti fondamentali come istituzioni*, Bari, Dedalo ((1965): *Grundrechte als Institution: Ein Beitrag zur politischen Soziologie*, Duncker & Humblot, München-Leipzig).
- LUHMANN, Niklas (2015a): "Il codice della medicina" en CORSI, Giancarlo (dir.): *Salute e malattia nella teoria dei sistemi. A partire da Niklas Luhmann*, Milano, Franco Angeli, pp. 40-51 ("Der Medizinische Code" en LUHMANN, Niklas (1990): *Soziologische Aufklärung. Bd. 5: Konstruktivistische Perspektiven*, Opladen, Westdeutscher Verlag, pp. 183-195).
- LUHMANN, Niklas (2015b): "Inflazione di pretese nel sistema delle malattie: una presa di posizione dal punto di vista della teoria della società" en CORSI, Giancarlo (dir.): *Salute e malattia nella teoria dei sistemi. A partire da Niklas Luhmann*, Milano, Franco Angeli, pp. 52-70 ((1984): "Anspruchsinflation im Krankheitssystem. Eine Stellungnahme aus gesellschaftstheoretischer Sicht" en HERDER-DORNEICH, Philipp, SCHULLER, Alexander (dir.): *Die Anspruchsspirale. Schicksal oder Systemdefekt?*, Stuttgart, Kohlhammer).
- MARTINI, Sandra Regina (2014a): *O sistema social da saúde: conceito, limites e possibilidades*, Cad. Ibero-Amer. Dir. Sanit. (3) 1, pp. 68-83.
- MARTINI, Sandra Regina (2014b): "Direito à saúde e fronteiras: saúde e fraternidade como pontes para a efetivação de direitos" en MARTINI, Sandra Regina; BILANCIA, Francesco (dir.): *O direito à saúde na Uniao Europeia e no Mercosul*, Porto Alegre, Livraria do Advogado editora, pp. 13-27.
- MARTINI, Sandra Regina (2015): *Construção do sistema social da saúde a partir da Teoria Sistêmica de Niklas Luhmann*, Revista de Direito sanitario (16) 1, pp. 112-127.
- NIETZSCHE, Friedrich (1872): *Die Geburt der Tragödie*.
- ORESTANO, Riccardo (1950): *Diritti soggettivi e diritti senza soggetto. Linee di una vicenda concettuale*, Jus XI, pp. 149- 196.
- RESTA, Eligio (2008): "Vivere e morire con dignità", il Manifesto, 14/11/2008, p. 24.
- RODOTÀ, Stefano (2012): *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, Laterza.
- ROSE, Nikolas (1999): *Powers of Freedom: reframing political thought*, Cambridge, Cambridge University Press.
- SIMMEL, Georg (1971): "On Individuality and Social Forms" en LEVINE, Donald N. (dir.): *Freedom at the Individual*, Chicago-London, The University of Chicago Press, pp. 217-226.
- SUPIOT, Alain (2005): *Homo juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du Droit*, Paris, Éditions du Seuil.
- ZUPPIROLI, Alfredo (2005): "Riduzionismo medico e senso della cura" en MARRONE, Gianfranco (dir.): *Il discorso della salute. Verso una sociosemiotica medica*. Atti del XXXII Congresso della Associazione Italiana di Studi Semiotici, Spoleto, 29 ottobre - 1 novembre 2004, Roma, Meltemi, pp. 100-108.



---

## **3. ESTUDIOS ESPECIALES**

---



# EL “MODELO ARGENTINO” DE TRASPLANTE Y LOS PROTOCOLOS DE ACTUACIÓN JUDICIAL – LA “LEY JUSTINA”<sup>1</sup>

---

## THE “ARGENTINE MODEL” OF TRANSPLANT AND THE PROTOCOLS OF JUDICIAL ACTION – THE “JUSTINA’S LAW”

---

PAULA AGLIOZZO MOLINA<sup>2</sup>

---

*Fecha de recepción: 19/06/2018*

*Fecha de aceptación: 14/09/2018*

### RESUMEN:

El avance de la medicina, las prácticas quirúrgicas enmarcados en principios bioéticos y el descubrimiento de nuevas drogas inmunosupresoras consolidaron el trasplante como método terapéutico a nivel mundial aumentando la esperanza y calidad de vida de miles de habitantes en todo el mundo. Sin embargo, los órganos disponibles no son suficientes para dar satisfacción a la creciente demanda global de trasplantes -más de 87.000 en Europa. En Argentina, el Instituto Central Único Coordinador de Ablación e Implante -que impulsa, coordina y fiscaliza la procuración- informó que, en junio de 2018, los pacientes en lista de espera de órganos y tejidos (LE) y Enfermedad Renal Crónica ascendieron a 10.979.

La finalidad de la investigación fue abordar la realidad argentina, su marco legal y vinculación con el “Modelo Español”, el procedimiento de ablación-trasplante; el sistema de asignación de órganos (“SINTRA”), las características de la nueva ley conocida como “Justina”. Y la importancia de repensar protocolos de actuación sanitario y judicial en los casos de pedidos de autorización judicial para la ablación de órganos y tejidos (muertes traumáticas o donaciones entre vivos) como así también la aplicación de nuevas Tecnologías de Información y Comunicación (TICs) en dichos procedimientos para garantizar la salud y seguridad jurídica, tanto de donantes como receptores.

---

<sup>1</sup> Este artículo es una versión revisada de la Ponencia presentada en el I Seminario Internacional “Derechos Humanos, Salud y Bienestar”, celebrado en la Ciudad de Córdoba, los días 28 y 29 de junio de 2018.

<sup>2</sup> Abogada. Traductora Pública de Inglés (Universidad Nacional de Córdoba, Universidad Blas Pascal). Magister en Gestión y Planificación (Univ. Diego Portales, Chile). Diplomada en Derecho Procesal (UBP) y en Alta Dirección (Fundación para el Centro de la República, FUNCER). Poder Judicial de la Provincia de Córdoba, Argentina. Docente Universitaria. Argentina.Mail:mpaglio@hotm.com

## ABSTRACT:

The advancement of medicine, surgical practices framed in bioethical principles and the discovery of new immunosuppressive drugs consolidated transplantation as a therapeutic method worldwide, increasing the hope and quality of life of thousands of inhabitants worldwide. However, the available organs are not enough to satisfy the growing global demand for transplants - more than 87,000 in Europe. In Argentina, the Central Unique Institute Coordinator of Ablation and Implant - which promotes, coordinates and oversees the procurement - reported that, in June 2018, patients on the waiting list of organs and tissues (LE) and Chronic Kidney Disease amounted to 10,979 .

The purpose of the investigation was to address the Argentine reality, its legal framework and its link with the "Spanish Model", the ablation-transplant procedure; the system of organ allocation ("SINTRA"), the new legislation features known as "Justine Law". Finally, it is important to reconsider judicial and police action protocols in judicial authorization procedures for organ and tissue ablation (violent deaths or inter vivos donation); as well as the impact of Information and Communication Technologies (ICTs) in said procedures to preserve the health and legal certainty of both donors and future recipients.

## PALABRAS CLAVE

Derechos Humanos; Modelo de Trasplante Argentino; Ley Justina; Listas de espera de trasplante; Medidas para la lista corta; Protocolos Judiciales.

## KEYWORDS:

Human Rights. Argentine Transplantation Model. "Justine Law"; Transplant waiting lists. Measures for shortlist. Judicial Protocols.

## I. Introducción

El Derecho a la salud es un derecho fundamental que ha sido aceptado en los tratados internacionales, tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos de la ONU (arts. 3 y 8), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 4 y correl.), el Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art.12), habiendo tenido Argentina recepción constitucional -a nivel federal en los artículos 14 y 75 inc.22- con su respectivo correlato en el Código Civil Argentino (arts.56 a 61 CCyC), y en las constituciones provinciales.

Si nos remontamos al origen etimológico de la palabra "trasplante", derivada del latín y del verbo "trasplantar", en su acepción médica es definido por la Real Academia Española<sup>1</sup> como "*trasladar un órgano o un tejido vivo desde un organismo donante a otro receptor, para sustituir en este al que está enfermo o inútil*". La Organización Nacional de Trasplante de España -máximo referente mundial sobre la materia- define al trasplante como "*sustituir un órgano o tejido enfermo por otro que funcione adecuadamente*". Por su parte, el Instituto Nacional Central Único Coordinador de Ablación e Implante (INCUCAI) que impulsa, normaliza, coordina y fiscaliza las actividades de donación y trasplante de órganos, tejidos y células en Argentina, lo conceptualiza como el "*tratamiento médico indicado cuando se ha agotado toda otra alternativa para recuperar la salud de una persona. Consiste en el reemplazo de un órgano vital o tejido enfermo, sin posibilidad de recuperación por otro sano*". Cabe preguntarse si es correcto hablar de "trasplante" o "transplante". Pues bien, el prefijo "trans" significa "al otro lado", "a través de" o "detrás

1 REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. (www.rae.es) (Fecha de consulta: 2 de mayo de 2018)

de”. Ambas formas (transplante y trasplante) podrían funcionar como sinónimos. Sin embargo, mientras la primera deriva el inglés (transplant) y su uso ha sido aceptado por la comunidad angloparlante que prefiere la pronunciación y escritura con “-ns”, la Real Academia Española en aras a la unidad terminológica y simplicidad del lenguaje recomienda actualmente las grafías solo con “s” (trasplante y trasplantar).

El progreso de la medicina, las prácticas quirúrgicas enmarcados en principios bioéticos y el descubrimiento de nuevas drogas inmunosupresoras consolidaron el trasplante como método terapéutico a nivel global aumentando la esperanza y calidad de vida de miles de habitantes en todo el mundo. Sin embargo, la cantidad de donantes no son suficientes para dar satisfacción a la creciente demanda global de pacientes críticos.

En Argentina –en los primeros días de junio de 2018– la cifra oficial informada por el ente oficial, INCUCAI, ascendía a los pacientes en lista de espera de órganos y tejidos (LE) y Enfermedad Renal Crónica fueron 10.979. Estadísticamente, en Argentina, cada tres horas ingresa un paciente en lista de espera y cada cinco horas se realiza un trasplante. Es decir, la cantidad de pacientes a la espera de un trasplante supera con creces la disponibilidad de órganos.

Partiendo de la premisa que los valores esenciales que motorizan la donación de órganos y tejidos son el respeto a la dignidad humana, la autonomía de la voluntad, altruismo, solidaridad, empatía y gratuidad, cabría preguntarse: ¿A qué obedece que los argentinos no estén prestando su consentimiento positivo hacia la donación en los niveles esperados?

Uno de los núcleos fundamentales es el desconocimiento de la población de la posibilidad de necesitar un trasplante (persona sana que abruptamente presenta falla orgánica irreversible, por causa genética, accidente -ej. ocular- o complicación de patología de base). Tampoco se tiene noción del funcionamiento del sistema de ablación-trasplante –lo que crea desconcierto y temores-. Poca claridad existe en la población sobre el concepto de “muerte”. Todavía, cuesta comprender que aunque el corazón de una persona siga latiendo ésta pueda ser declarada científicamente muerta por cuanto la vida pasa por el cerebro, y no por el corazón (Manes, López Rossetti). También se desconoce el sistema de asignación de órganos que controla y fiscaliza INCUCAI; los acotados tiempos del procedimiento de ablación-trasplante y el aumento progresivo de la demanda de trasplante (Dr. José Ramón Nuñez Peña, Director médico del Programa de Donación y Trasplantes de la Organización Mundial de la Salud (OMS))<sup>2</sup>.

## **II. El “Modelo español” y su descendiente argentino. Modificaciones introducidas por “Ley Justina”**

Los principios y valores que informan la donación de órganos y trasplante fueron sistematizados legislativamente por la ley de trasplante española, designando como máximo organismo de procuración y fiscalización a la Organización Nacional de Trasplante (ONT). Así fue concebido el “Modelo Español”, gracias al cual, España ha pasado de estar en la parte media-baja de los índices de donación en Europa, a tener con diferencia el índice más elevado, no ya de Europa, sino del mundo (a 34,6 donantes por millón de población).<sup>3</sup> Este noble sistema se funda sobre cuatro premisas fundamentales: altruismo de la donación, equidad en el acceso al trasplante, gratuidad de la cirugía de trasplante como la medicación inmunosupresora post-trasplante y finalmente, listas de

<sup>2</sup> La Vanguardia (2017): <http://www.lavanguardia.com/vida>, cit.

<sup>3</sup> ORGANIZACIÓN NACIONAL DE TRASPLANTES (2018) <http://www.ONT.es>

espera y criterios de asignación de órganos en el que se garantiza igualdad y equidad. En Argentina, hacia fines de la década de los '70, gracias al descubrimiento de nuevas drogas inmunosupresoras, comienza una progresiva demanda de trasplantes, generándose el contexto propicio para la sanción de la primer ley regulatoria de trasplantes. Así, en 1977 se dictó la Ley N° 21.541 que dio nacimiento al Centro Único Coordinador de Ablación e Implante (CUCAI) a nivel nacional, el que comienza a funcionar un año más tarde. A principios de los '80, con un marco regulatorio y el control de la inmunosupresión, se fueron constituyendo organismos de procuración en algunas provincias, desarrollándose en los años sucesivos el criterio organización del país en regiones. En paralelo, los programas de trasplante hepático y cardíaco se sumaron a los equipos de trasplante renal en marcha. En 1980 comenzaron a realizarse trasplantes cardíacos exitosos en forma sistemática. En 1986 se modificó la Ley N° 21.541, sancionándose la Ley N° 23.464. Dos años más tarde, se realizó el primer trasplante hepático. La consolidación del desarrollo organizacional de la actividad se concretó en la década del '90 al promoverse desde el Estado políticas sanitarias que impulsaron nuevas instancias de coordinación. Se crearon organismos jurisdiccionales de procuración en la mayoría de las provincias argentinas, y de esta manera se optimizó la cobertura territorial: 24 organismos jurisdiccionales de ablación e implante con el fin de brindar a la población un acceso oportuno y equitativo al trasplante. En 1990, con la sanción de la Ley N° 23.885, el CUCAI se convirtió en el Instituto Nacional Central Único Coordinador de Ablación e Implante (INCUCAI), pasando a ser un organismo descentralizado con autarquía y conservando su dependencia del Ministerio de Salud de la Nación<sup>4</sup>.

Los avances científicos posibilitaron concretar trasplantes pulmonares en Argentina en 1992. Más tarde, se iniciaron los trasplantes de páncreas, y luego los de intestino. En 1993 se aprobó la Ley N° 24.193, modificada por ley N° 26.066, que sentó las bases para la creación del Fondo Solidario de Trasplante apoyo financiero de las provincias.

En los últimos años, en la República Argentina, se incrementaron estrepitosamente la cantidad de pacientes en lista de espera del INCUCAI para ser trasplantados; muchos de ellos niños. Tras intensas campañas de concientización lanzadas en los últimos dos años por los propios familiares y amigos de pacientes en lista de Espera, Organizaciones No Gubernamentales, Red Solidaria (Juan Carr) y la familia de la pequeña Justina Lo Cane (de 12 años) -que murió a la espera de un trasplante de corazón- pudieron canalizar a través del Senador Marino un proyecto de ley que finalmente resultó enriquecido por las propias autoridades del ente regulador de trasplantes en Argentina (INCUCAI) y ha sido plasmado como la nueva ley de trasplante vigente.

El 4 de julio de 2018 el Congreso argentino -por unanimidad- en la Cámara de Diputados como de Senadores- sancionó la nueva ley 27.477 sobre Trasplante de Órganos, Tejidos y células en seres humanos (LTO), conocida como “Ley Justina”, que sustituye el texto legal anterior (ley 24.193, ordenado en 1993, con las modificaciones introducidas por la ley 26.066, en el año 2005).

El objeto de la nueva normativa es la regulación de las actividades vinculadas a la obtención y utilización de órganos, tejidos y células de origen humano, en todo tipo de territorio de la República Argentina, incluyendo la investigación, promoción, donación, extracción, preparación, distribución, trasplante y su seguimiento (artículo 1). Quedan excluidas de la reglamentación: los tejidos y células naturalmente renovables o separables del cuerpo -conforme se detalle en la reglamentación, la sangre y sus hemocomponentes para fines transfusionales (por encontrarse específicamente regulada en la Ley N° 22990), las

<sup>4</sup> INCUCAI (2018): <https://www.argentina.gob.ar/salud/incuca>

células y tejidos germinativos para reproducción humana asistida y las destinadas para investigación (artículo 4)

### 1.Principios rectores en el procedimiento argentino

El sistema argentino –tanto en la ley anterior como en la actual- adoptó idénticos principios rectores a los españoles. El artículo 3 de la nueva LTO explicita un elenco de principios bioéticos que enmarcan la actividad terapéutica en consonancia con el Código Civil argentino (arts. 56 a 61 CCyC) y normativa internacional para otorgar transparencia y trazabilidad al procedimiento.

El elenco de principios son: respeto a la dignidad humana –la cual debe ser entendida tanto desde la perspectiva del donante como del receptor; respeto a 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 (tenga o no cobertura social el receptor conforme disposiciones del Fondo Solidario para trasplante); extrapatrimonialidad del cuerpo, sus órganos, tejidos y células; la atención integral del paciente trasplantado –idéntico tratamiento es extensible al donante, por cuanto el trasplante no es posible sin donante-, la observancia de los principios éticos en el desarrollo y promoción de toda actividad de investigación vinculada a trasplante, basada en adelantes 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 las listas de espera; y finalmente, voluntariedad, altruismo y gratuidad en la donación. Asimismo, el artículo 40 in fine, intitulado “De las prohibiciones” establece la prohibición de toda contraprestación u otro beneficio por la donación de órganos, tejidos o células o intermediación con fines de lucro y realización de actividades relacionadas sin respetar el principio de confidencialidad.

Un aspecto muy importante es la trazabilidad del procedimiento (art.24, 25 LTO). La República Argentina cuenta con un organismo de prestigio internacional, Instituto Nacional Central Único Coordinador de Ablación e Implante (en adelante, INCUCAI)<sup>5</sup> que impulsa, coordina y fiscaliza la procuración y ablación, como así también la creación de listas de espera y de criterios transparentes de asignación o distribución de órganos mediante la creación del Sistema Nacional de Información de Procuración y Trasplante de la República Argentina “SINTRA”. Consiste en un banco de datos informático único, nacional, que tiene a su cargo de la administración, gestión y fiscalización de las actividades de procuración y trasplante de órganos, tejidos y células en el ámbito nacional. Permite el registro y la fiscalización en tiempo real de la actividad de procuración, la gestión de pacientes con insuficiencia renal crónica terminal, listas de espera y asignación de órganos, tejidos y células con fines de implante. Funciona las 24 horas del día los 365 días del año, y cuenta con las medidas de seguridad necesarias para resguardar el acceso, cuidado y confidencialidad de la información. Cada paciente en lista de espera tiene una clave única personal e intransferible, con sus datos personales, en los sus familiares pueden corroborar el día, hora y minuto en que los médicos del INCUCAI se comunicaron con el equipo de trasplante, y la aceptación o no del órgano

<sup>5</sup> ORGANIZACIÓN PANAMERICANA DE LA SALUD (2018) <https://www.paho.org>

La Organización Mundial de la Salud, por medio de la Organización Panamericana de la Salud (OPS) el 21/5/17 anunció la designación de INCUCAI, como Centro Colaborador de la Organización Panamericana de la Salud/Organización Mundial de la Salud (OPS/OMS), entre los organismos más prestigiosos en materia de ablación de órganos, junto a dos centros de Italia y España, que tenían esta distinción

por parte de los médicos del equipo de trasplante, debiéndose consignarse en dicho registro, la causal de rechazo, en su caso.

## 2. Proceso de ablación-trasplante en Argentina

El artículo 2 establece que la procedencia del trasplante o implante de órganos, tejidos y células debe ser realizado cuando los otros medios y recursos terapéuticos disponibles se hayan agotado, sean insuficientes o inconvenientes o resulte la mejor alternativa terapéutica para la salud del paciente, conforme a la evidencia científica.

Resulta imprescindible conocer el proceso de trasplante para poder dimensionar la importancia de cada uno de los actores sociales en el procedimiento.

### A. Estudios pre-trasplante y admisión en lista de espera

Una vez diagnosticada la necesidad de trasplante, el paciente deberá someterse a estudios pre-trasplantes. La batería de estudios médicos se encuentra protocolizada por INCUCAI de acuerdo a la patología y al tipo de trasplante a recibir siendo los resultados determinantes para la admisibilidad del paciente en lista de espera

El estudio de factibilidad para trasplante lo hace el equipo médico tratante conjuntamente con los facultativos de INCUCAI y su finalidad es determinar la viabilidad de la práctica quirúrgica por la condición clínica del paciente y la escasez de órganos. En el supuesto de diagnosticarse la no factibilidad (es decir, que no habrá posibilidades de sobrevida aun realizándose el trasplante debido al estado clínico del paciente o por las complicaciones que podría sufrir), INCUCAI emite una resolución fundada con el diagnóstico, pronóstico y estudios médicos que avalan la decisión. Caso contrario, confirmada la admisibilidad, el paciente (si es mayor de edad) o sus padres o representantes legales (en caso de ser menor), deberán establecer un domicilio constituido en la ciudad en la que se practicará el trasplante, cuya distancia no puede ser mayor a 20 kilómetros del establecimiento médico de alta complejidad en donde se practicará cirugía, por cuanto el tiempo es un factor crucial para el éxito del procedimiento.

En cuanto a los profesionales y equipos médicos (Capítulo III, arts. 5 a 8 LTO) la normativa establece que deben encontrarse registrados y habilitados por la autoridad de contralor jurisdiccional, implementando un régimen de capacitación permanente para el éxito del procedimiento. En esta misma línea, se dispone que los actos médicos regidos por la presente ley sean realizados en establecimientos médicos de alta complejidad habilitados por INCUCAI, y la creación de Servicios de Procuración en establecimientos hospitalarios destinados a garantizar cada una de las etapas del proceso de donación (Capítulo V, arts.14 a 16 LTO). Ello es fundamental para la trazabilidad del proceso de ablación-trasplante por cuanto quedan registrados en el sistema informático SINTRA todos los actos médicos que servirán, posteriormente, para el seguimiento pos trasplante. Otorga transparencia al sistema y desalienta el tráfico de órganos por cuanto la realización de un trasplante supone cuidados sanitarios extremos, intervención de instituciones de alta complejidad (generalmente dos- una donde se encuentra el futuro donante y otra la del receptor), cientos de profesionales y colaboradores (aproximadamente 150, entre médicos, enfermeras, bioquímicos, cirujanos, personal de quirófano, pilotos de avión, emergentólogos, policía, funcionarios judiciales, etc.) y estudios de histocompatibilidad, antropometría y peso cuyas mediciones se realizan a escasas horas de la cirugía. Más aún, el sistema de trasplante en Argentina --reconocido hace mundialmente por su prestigio-- desde su creación, estableció un doble standard para asegurar la seriedad del sistema:

únicamente los pacientes admitidos en lista de espera para trasplante, y que fueron trasplantados en el país tienen acceso mensualmente a la medicación inmunosupresora –de alto costo por su origen importado– siendo su entrega monitoreada por el Ministerio de Salud de la Nación en formulario que anualmente debe completar cada equipo de trasplante en participó.

En virtud de la complejidad y formación de los equipos trasplantológicos, la mayor parte de las cirugías son realizadas en las principales ciudades cabeceras del país (Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Santa Fe, Córdoba, Mendoza e incipientemente San Juan). No obstante ello, los trasplantes pediátricos, en su mayoría, únicamente se realizan en Ciudad Autónoma de Buenos Aires, lo que supone –para los pacientes del interior del país–, mudanza del grupo familiar del paciente enfermo sumado a todas las implicancias psicológicas y socioeconómicas concomitantes con el desarrollo de la enfermedad (pérdidas y/o nuevas búsquedas laborales, habitacionales, educativas, etc). La nueva LTO –con sentido federal y para garantizar la equidad en el acceso a los tratamientos de trasplantes– establece el 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 en los términos que defina la reglamentación (inc. f, art.4 LTO). Los especialistas concluyen que las patologías asociadas al trasplante exceden al paciente por cuanto son realidades que comprenden a todo el grupo familiar, máxime cuando el paciente es menor de edad.

La Sociedad Argentina de trasplante<sup>6</sup> explica que el médico del equipo de trasplante será el responsable de iniciar el proceso de inscripción del enfermo en la lista de espera única y nacional del INCUCAI, llamada “SINTRA”, sobre la cual se hizo alusión en párrafos precedentes. En ese momento, el médico informará al paciente y a su grupo familiar sobre los beneficios, riesgos, cuidados y controles necesarios del trasplante. Asimismo, solicitará su consentimiento para iniciar el proceso de inscripción en Lista de Espera ante INCUCAI. En dicha instancia, el paciente o su representante legal deberá decidir si acepta ingresar a la lista de espera para trasplante o no, pudiéndose modificar esta decisión en cualquier momento. Los pacientes en lista de espera se encuentran en “*situación electiva*”. Recién cuando el equipo de trasplante del establecimiento sanitario evalúa que el estado de salud del paciente es grave o existe riesgo de muerte, lo comunica a los organismos de procuración provinciales (24 -1 por cada provincia argentina) o directamente al INCUCAI central, todos comunicados en tiempo real a través del SINTRA, para que el paciente sea categorizado en “emergencia” o “urgencia” de acuerdo al riesgo de vida que presente (inminente o grave). Esta información va organizando la prioridad en la lista administrada por el INCUCAI (de acuerdo al tipo de trasplante)

## **B. Derechos de los donantes y receptores**

En consonancia con los principios receptados en el código de fondo y los principios rectores en materia de derechos humanos<sup>7</sup>, en el artículo 4 se postulan los siguientes derechos: derecho a la intimidad, privacidad, confidencialidad de la información y datos personales, no pudiendo divulgar públicamente la identidad de los donantes y receptores. La finalidad de la norma es preservar el anonimato. No obstante, las autoridades de INCUCAI informan al donante (donación de médula) y a los familiares del donante cadavérico el destino de los órganos (nombre de pila del receptor, edad y hospital donde se encuentra internado). Solamente se suministran los datos consignados

6 SOCIEDAD ARGENTINA DE TRASPLANTE (2018):<http://www.sat-argentina.com/comunidad>

7 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales [servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/20000-24999/23782/norma.htm](http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/20000-24999/23782/norma.htm)

para preservar la confidencialidad del receptor y evitar cualquier tipo de especulación económica, por cuanto –explican los especialistas– los órganos se donan para la sociedad y en caso de tener diferencias socio-económicas, el donante puede tener una carga sentimental muy fuerte por cuanto no alcanzarían los recursos materiales y humanos para recompensar a ese ser que falleció y dejó lo mejor de sí para que otro ser humano pudiera recuperar su salud. Por ello, los principios de gratuidad en la donación, altruismo y solidaridad tienen su máxima expresión. Otras de las razones es respetar los tiempos de duelo de la familia del donante y proyección del donante en la vida del receptor. Los órganos no tienen sentimiento.

Únicamente, en el caso del trasplante entre vivos (como lo es el trasplante de médula), donante y receptor pueden conocerse después de transcurrido el año si el donante accede, porque en este caso, ambas personas siguen vivas. Asimismo, INCUCAI, transcurrido meses de la donación envía carta de agradecimiento a la familia donante para expresar gratitud en nombre de la sociedad en su conjunto y de la familia del receptor por el noble gesto pro-vida.

### C. Consentimiento. Potencial donante.

El potencial donante puede ser vivo o un donante cadavérico.

En el primer caso, con *donante vivo*, el trasplante es generalmente realizado entre familiares y con preferencia entre aquellos genéticamente emparentados. Se donan tejidos regenerables como médula ósea o sangre, o bien órganos como riñón o segmento lateral hepático (órganos no considerados imprescindibles, u órgano doble sin el cual la falta de uno no impide llevar una vida normal). La donación de órganos entre familiares está permitida exclusivamente cuando se estima que no se afectará la salud del donante y existan perspectivas de mejora para el receptor (art. 21 y 22 LTO). En este supuesto, deberán realizarse ambos los estudios pre-trasplantes para la admisibilidad en la lista de espera de INCUCAI conforme los protocolos establecidos por el organismo. Como cuestión novedosa, en materia de trasplante de riñón incorpora la donación cruzada con donante vivo<sup>8</sup>(antes requería autorización judicial expresa, caso “Lanata”, 2015) y la creación del Registro de Donación Renal Cruzada, pudiendo la reglamentación incorporar otras prácticas de acuerdo al avance científico.

Para la procedencia de la extracción de órganos, tejidos y células con fines de trasplante entre vivos, el donante debe ser persona capaz, mayor de 18 años y el receptor ser pariente consanguíneo o por adopción hasta el cuarto grado, o su cónyuge, o conviviente, conforme la normativa vigente (art.22). El consentimiento es revocable hasta el momento de la intervención (art.27).

En opinión que se comparte,<sup>9</sup> si bien el artículo 26 del Código Civil argentino considera al adolescente de 16 años como adulto en las decisiones atinentes al cuidado de su

8 Raffaele, Pablo. Jefe de Nefrología, Fundación Favaloro (2018) (<https://www.fundacionfavaloro.org/ley-justina-se-podran-realizar-trasplantes-renales-cruzados>) (Fecha de consulta: 29 de julio, 2018).El trasplante cruzado es una estrategia de trasplante con donante vivo que se basa en cruzar donantes entre pares que son incompatibles entre sí, o que buscan mejorar su situación de trasplante. Con posterioridad al caso “Lanata”, INCUCAI trabajó en la reglamentación de que establece la creación de un registro donde deben inscribirse los pares no compatibles (donante-receptor) para poder cotejar sus datos con los de otros pares y analizar las posibilidades de concretar el trasplante. Este tipo de donación ya existe en otros países como Holanda o Inglaterra. El 70% de los trasplantes renales en Argentina provienen de donantes fallecidos, mientras que un 30% corresponden a donantes vivos. La lista de espera para el trasplante de riñón en Julio de 2018 es la más abultada del Incucaí: de las casi 11.000 personas que están en lista de espera, 5.911 esperan un trasplante renal. Además, en el país hay 30.000 personas que se realizan diálisis, condición necesaria para ingresar a la lista de espera para un trasplante renal. Riñón e hígado son los únicos órganos para los que se permiten donantes vivos. El trasplante con donante cruzado es una parte más de la estrategia de donante vivo. El donante vivo es una opción válida, cuando es libre en su decisión y no le genera un riesgo en su salud a largo plazo. Sin embargo, se estima que el 30% de los donantes vivos que se presentan son incompatibles, ese es el grupo que debería anotarse en la lista de donante cruzado. Si bien el trasplante cruzado “en número tal vez no vaya a ser tan significativo, sí lo es en calidad de trasplante. Porque son más compatibles, no necesitan tratamiento de desensibilización.

9 BASSETT, Ursula.“El consentimiento presunto para la donación de tejidos cadavéricos o vivos.Algunas observaciones sobre la “Ley Justina”, LA LEY 13/7/18, AR/DOC/1426/2018

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 (LTO) sobre el código de fondo por ser ley posterior y especial.

Para la donación de Células Progenitoras Hematopoyéticas (CPH) –trasplante de médula<sup>10</sup>- se establece que cualquier persona capaz de 18 años puede disponer ser donante sin las limitaciones establecidas en el artículo 22. Los menores de 18 años pueden ser donantes previa autorización de su representante legal, y siendo un acto extrapatrimonial de naturaleza personalísima correspondería aplicar supletoriamente el artículo 26 de CCyC en consonancia con los principios rectores enumerados en la presente legislación.

En cuanto a los incapaces o personas con restricciones a la capacidad, para asegurar la plena voluntariedad del acto, la reglamentación debiera establecer un procedimiento especial.

En cuanto al consentimiento, la nueva ley mantiene la noción de “*donante presunto*” (*todos los mayores, capaces, de 18 años de edad somos donantes, salvo manifestación en contrario*) receptada en la ley anterior en el año 2005 –aunque muchos desconocían- y, adopta la figura del “*donante presunto rígido*”<sup>11</sup>, con nueva exigencia legal: manifestación y retractación por escrito. En caso, de no haberse expresado por la “negativa a la

10 INCUCAI . Registro Nacional de CPH (www.incucai.gov.ar) (Fecha de consulta: 27 de julio,2018) Cada año, cientos de personas son diagnosticadas con enfermedades hematológicas pueden ser tratadas con un trasplante de CPH. Sin embargo, sólo el 25% de estos pacientes tiene la posibilidad de encontrar un donante compatible en su grupo familiar. Los demás, deben recurrir a un donante no emparentado. Para facilitar el acceso a dicha práctica, existen los registros de donantes voluntarios. El Registro Nacional de Donantes de CPH argentino, creado por la Ley 25.392, funciona dentro del Instituto Nacional Central Único Coordinador de Ablación e Implante (INCUCAI) y forma parte de la Red internacional Bone Marrow Donors Worldwide (BMDW), que agrupa registros de más de 40 países. Trasplante de médula: Se realiza en los centros habilitados en los Servicios de Hemoterapia de los Hospitales de todo el país. Los requisitos para donar células son: estar sano, tener entre 18 y 55 años, pesar más de 50 kilos y cumplir los requisitos para donar sangre. Consta de dos instancias: la inscripción como donante (extracción de sangre para estudio serológicos y de marcadores genéticos ABO-HLA.) y la donación propiamente dicha (extracción de sangre, si resultara compatible con algún paciente)

11 Exposición de motivos:

“Se trata de un derecho personalísimo y como tal una liberalidad fundada en los más altos estándares de conciencia social. El presente proyecto se funda en la necesidad imperiosa de lograr un cambio paradigmático respecto a la donación de órganos en nuestro país. Se basa en tres pilares: aumentar la cantidad de donantes, instar a una mejor y mayor capacitación de los profesionales intervinientes: médicos, enfermeros, asistentes; y la inclusión de un representante del Defensor del Pueblo dentro del directorio del INCUCAI.

Si bien en 2005 se modifica la ley de trasplante, incluyendo la figura del —donante presunto, en realidad la misma nunca se aplicó en el sentido literal de la norma. Hoy nos encontramos ante lo que comúnmente se conoce como consentimiento atenuado, en tanto más allá de la presunción de la calidad de donante, la última palabra la tienen los familiares. Al momento de su debate en Diputados, algunas consideraciones como la del diputado Beccani, dan cuenta del fin perseguido por dicha modificación, que hasta el momento no se han visto reflejadas: —No sólo debe poner en conocimiento de la población la presunción de la donación de órganos que establece el proyecto y la posibilidad de ejercitar libremente el derecho de la oposición, sino que también conlleva la concientización de la población en los beneficios que tiene dicha acción. (...) Y sobre todo cuando se trata de personas más jóvenes, dado que a sus familiares en un momento de dolor tan intenso les resultará dificultoso aceptar que se procuren órganos de su ser querido.” El Incucai refiere así a la situación actual respecto a la expresión y decisión de cada ciudadano sobre el destino de sus órganos: —La ley 26066, modificatoria de la ley 24193, es la herramienta legal que otorga a todos los ciudadanos mayores de 18 años el derecho a decidir sobre el destino de sus órganos y tejidos para después de su muerte, tanto para expresar su voluntad afirmativa como de oposición respecto a la donación. El Incucai registra esta voluntad en el módulo 5 del Sistema Nacional de Información de Procuración y Trasplante de la República Argentina (SINTRA), manteniendo carácter confidencial. De no existir manifestación expresa, la ley presume que la persona es donante. En ese caso, en el momento de la muerte, el organismo responsable solicita testimonio a la familia sobre la última voluntad del fallecido. Si bien la modificación precitada avanzó en la concepción del —donante presunto, pasando de la autorización de la familia a un mero testimonio sobre la voluntad del fallecido, en los hechos se tradujo en respetar sólo los casos donde el donante expresamente había dado su consentimiento a ser donante (mediante la inscripción en el SINTRA) Respecto a la oposición a ser donante, este proyecto respeta la postura negativa, requiriendo la sola manifestación mediante los canales habilitados. Del mismo modo que determina la legislación vigente, la expresión negativa puede ser revocada en cualquier momento por los mecanismos habilitados por art. 20 de la ley. A los fines de constatar la voluntad de la persona, se mantiene el Sistema Nacional de Información de Procuración y Trasplante de la República Argentina (SINTRA), a cargo del INCUCAI. Esta iniciativa parte del supuesto de que las personas están inclinadas a donar, y arbitra los mecanismos para su disposición en contrario. Por ende, quienes no quieren ser donantes deben expresarlo explícitamente, dejando asentada su posición en el registro correspondiente. Es menester destacar que el presente proyecto respeta profundamente la libertad de cada individuo, dando la opción a elegir en cualquier momento la condición o no de donante. Cabe señalar que todas las medidas que se tomaron en el proceso de aprobación de la última modificación a la ley, tendientes a la concientización, al debate y al aumento de donantes en la Argentina, no han dado los resultados esperados. Basta consultar los datos estadísticos disponibles en el SINTRA, donde no han aumentado la tasa de donantes reales. La iniciativa tiene como pilar fundamental, relevar a la familia de la responsabilidad que conlleva la decisión de donar los órganos del pariente que ha fallecido” (...) “...Y aquí viene otra cuestión más que relevante: aunque miles más creen ser donantes (por haber manifestado su voluntad en actos electorales, al sacar su carnet de conductor, etc.), la realidad es que dicha decisión no consta en la base de datos del INCUCAI. Cada año se realizan más de 100 mil trasplantes de órganos en el mundo y se estima que más de 250 mil personas se encuentran en lista de espera”.

donación” y/o restricción de la voluntad a la donación de ciertos órganos en el módulo V del SINTRA, comprende la totalidad de los órganos y tejidos.

El artículo 32 dispone los canales habilitados para la expresión de la voluntad la actual reproduce los anteriores (INCUCAI, RENAPER, Registros Civiles, OPAI y establecimientos asistenciales autorizados, Correo Oficial) y establece la incorporación de otras modalidades por vía reglamentaria. El proyecto de Reglamentación bajo estudio en Agosto de 2018: *“ a) Comprende las actas de manifestación de voluntad autorizadas por el INCUCAI; el perfil digital del ciudadano “Mi Argentina” o el que en un futuro modifique o reemplace; y los canales y/o servicios definidos en la Plataforma Digital del Sector Público Nacional.”*

El artículo 33 establece cuales son los requisitos para la obtención de órganos y/o tejidos de donante fallecido. Dispone que la ablación de órganos y/o tejidos podrá realizarse sobre toda persona capaz mayor de dieciocho años, que no haya dejado constancia expresa de su oposición a que después de su muerte se realice la extracción de sus órganos y tejidos. En el segundo párrafo ordena que en caso de no encontrarse registrada la voluntad del causante, de acuerdo a lo previsto en los artículos 31 y 32, el profesional a cargo del proceso de donación deberá verificar la misma conforme lo determine la reglamentación.

La intención del legislador en los artículos enumerados precedentemente es el respeto a la autonomía de la voluntad de cada persona, como ya lo venía haciendo la ley anterior (26.066), que recae en cada individuo y no ya en la familia. El propio individuo en vida expresa su voluntad por la afirmativa o negativa (Registro de No Donantes de INCUCAI), asistiéndole derecho a limitar la donación afirmativa a todos o alguno de sus órganos. Cabe decir que la expresión de su voluntad no queda condicionada a la decisión de un tercero. La dificultad que representaba el sistema anterior de la Ley N° 26.066 de “donante presunto atenuado” era que la familia, al momento de la muerte, inmersa en el dolor de la pérdida de un ser querido, en muchas ocasiones, no se encontraban en situación psico-emocional para expresarse por la voluntad afirmativa hacia la donación por falta de conocimiento de los beneficios terapéuticos que conlleva el procedimiento de trasplante, o, ante la falta de certeza de lo que hubiera decidido su familiar, se pronunciaba por la negativa.

Es por ello, que siendo el momento de la muerte de un familiar, un momento tan crítico, doloroso, en el cual no se tiene la capacidad crítica para tomar dicha decisión, la intención del legislador – recalco, unanimidad en ambas Cámaras- es trasladar la decisión en vida, como se resuelve las cuestiones patrimoniales. De allí, que el nuevo procedimiento establece que el profesional a cargo del proceso de donación “comunicará” a los familiares la voluntad expresada en vida por el paciente, y en caso afirmativo, procederá a la ablación.

Cabe puntualizar que la mayoría de las religiones se pronuncian a favor de la donación de órganos (inclusive la Iglesia Católica<sup>12</sup> y los Testigos de Jehová<sup>13</sup>) Sin perjuicio de ello, y en opinión que se comparte<sup>14</sup>, la reglamentación deberá prever mecanismos para resguardar a población vulnerable, o con directivas médicas anticipadas, para asegurarse que la falta de oposición fue realizada en forma libre e informada de acuerdo a su nivel socio-cultural (art.4 LTO). Caso contrario, a fin de no vulnerar la autonomía de

12 REVELLO, Rubén, “La Iglesia Católica ante la Donación de órganos”. <https://bibliotecadigitaluca.edu.ar/repositorio/revistas/iglesia-catolica-donacion-organos.pdf> (fecha de consulta:28.7.18)

13 [www.jw.org/es/medical-library/hemodilucion](http://www.jw.org/es/medical-library/hemodilucion) (fecha de consulta: 15.8.18)

14 BASSET, Ursula. (Op.cit)

la voluntad y dignidad personal, deberá disponerse mecanismo para la dispensa, el que deberá ser fundado y registrado ante INCUCAI. El respeto a las garantías individuales genera confianza en el sistema y la proyección en el "otro" de la mayor factibilidad de la necesidad de recibir un trasplante a la posibilidad de ser donante fortalecerá el cambio de paradigma para la generación de una sociedad altruista y donante.

En el segundo caso, cuando se trata de un *donante cadavérico*, el operativo de procuración de órganos y tejidos se inicia en una unidad de terapia intensiva (UTI) u otras unidades de atención de pacientes neurológicos críticos. Cuando por la gravedad de la lesión alguno de estos pacientes fallece, detectándose el "*síndrome de muerte encefálica*", se abre la posibilidad de la donación de órganos para trasplante.

La muerte encefálica es determinada por el cese completo e irreversible de las funciones de los hemisferios cerebrales y del tronco encefálico<sup>15</sup>. La interrupción de dichas funciones conlleva una pérdida absoluta de la capacidad respiratoria y cardiocirculatoria, que son mantenidas de una forma automática y artificial. Huelga decir que la Federación Mundial de Neurología ha propuesto unificar mundialmente los criterios diagnóstico de "muerte encefálica" y la necesidad o no, tras examen clínico protocolizado, de exámenes complementarios confirmatorios<sup>16</sup>. La nueva ley elimina los criterios médicos de la ley y el Ministerio de Salud de la Nación con el asesoramiento de INCUCAI se encuentra elaborando protocolo con criterios de diagnósticos clínicos (signos descriptivos de la muerte encefálica), que se podrán ir actualizando conforme el avance científico consensuado por los comités de bioética médica internacional. La certificación de muerte debe ser suscripta por dos médicos, uno de ellos neurólogo o neurocirujano que determinará el cese irreversible de las funciones circulatorias o encefálicas; ninguno de los ellos puede integrar el equipo de ablacionistas o implantólogos del fallecido (art.37 LTO). Ello garantiza la transparencia del sistema por cuanto los médicos de INCUCAI auditan la muerte encefálica del potencial donante y en caso afirmativo, autorizan la ablación, una vez verificados los requisitos legales que se desarrollarán en acápite posterior.

La hora del fallecimiento del paciente es aquella en que se completó el diagnóstico de muerte, lo que quedará determinado por vía reglamentaria conforme art. 37 LTO. Otra modificación en materia de diagnóstico de muerte es el tiempo de su determinación: de 6 horas (ley anterior) se redujo a 4 horas (art. 35 LTO) por cuanto los avances tecnológicos y estudios complementarios (ecodoppler transcraneal, entre otros) permiten diagnosticar y documentar con certeza la muerte encefálica en menor tiempo. La letra de la ley es clara. Para que sea procedente la donación, el artículo 36 de la LTO exige la existencia de "*muerte*" (aclaro, en terapia intensiva -por cuanto es necesario sostenimiento artificial de los órganos hasta la realización del trasplante), por oposición a "*vida*", plena o atenuada<sup>17</sup>. La donación de órganos no es apta cuando el paciente se encuentra en estado de "coma" (tiene afectada la capacidad de estar alerta o vigil y de interactuar como si mismo y el entorno; permanece con los ojos cerrados sin ninguna respuesta a su estimulación; y requieren de cuidados intensivos); "estado vegetativo" (la persona está alerta o vigil, pero carece de la capacidad de interactuar con sí mismo y con el entorno. Es decir; presenta los ojos abiertos espontáneamente, conserva los ciclos de sueño y vigilia, respira espontáneamente, su presión arterial y frecuencia

---

15 ABAROA, Luz, GARRETO, Néida (2013). "Muerte encefálica. Situación legal en Argentina" <http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S1853002813000359>

16 ELSEVIER. NEUROLOGÍA ARGENTINA (2015) "Muerte bajo criterios neurológicos en Argentina". Carta al Editor. <http://www.elsevier.es/neurolarg>

17 OLMOS, Lisandro. Director Médico del Centro de Rehabilitación FLENI, Argentina (2012). [https://www.clarin.com/entremujeres/vida-sana/salud/coma-estado\\_vegetativo-eutanasia](https://www.clarin.com/entremujeres/vida-sana/salud/coma-estado_vegetativo-eutanasia)

cardíaca están estables y no requiere del aporte externo de drogas para su sostén, pero lo más importante es que carece de conexión con el entorno, con ausencia de comprensión o expresión de su lenguaje. Su mirada luce como “perdida”, visualizando el infinito, sin capacidad de fijar o seguir objetos con su mirada y de responder a órdenes simples) y el “estado mínimo de conciencia” (existe una absoluta certeza de que la persona está “conectada con el entorno y que interactúa con él. Presenta al menos uno de los siguientes criterios: logra responder a órdenes simples (por ejemplo: cerrar o abrir los ojos o las manos ante el pedido), trata de responder a las preguntas con gestos o con respuestas verbales (sí/no) independientemente de la certeza de la respuesta, se percibe la presencia de conductas afectivas (llanto o risa) apropiadas al contexto en el cual se presentan; busca y fija la vista de objetos con la mirada, con clara relación entre la localización del objeto y la dirección de la búsqueda).

En consonancia con la enumeración de los principios rectores de la ley, el artículo 38 expresamente recepta el derecho al tratamiento respetuoso del cuerpo del donante ordenando la restauración estética del cadáver, sin cargo alguno para los sucesores del fallecido y dispone la realización del procedimiento dentro del menor tiempo posible para realizar las exequias.

#### **A. Criterios de selección del donante cadavérico. Procedimiento de ablación y de trasplante.**

Los criterios de selección para el donante o receptor de órganos o tejidos son amplios<sup>18</sup>. En general no hay límite de edad. El primer requerimiento es la certificación de la muerte conforme requerimientos legales ya desarrollados y, el segundo, es consignar la causa de muerte del fallecido. El INCUCAI<sup>19</sup> -en el sistema informático llamado SINTRA- carga la causa de muerte real del donante (traumática o no), los antecedentes médicos y enfermedades previas del fallecido (para evitar la transmisión de enfermedades al receptor), el grupo sanguíneo e histocompatibilidad (determina la diferencia o la similitud inmunológica entre dos personas para evitar el rechazo del órgano), análisis de laboratorios para verificar el funcionamiento y evaluar la viabilidad de los órganos y tejidos, la antropometría (altura, peso y medidas corporales), la edad y la jurisdicción en la que se encuentran los potenciales receptores. Este sistema de asignación de órganos va cruzando los datos del donante con los pacientes inscriptos en lista de espera cargados en el SINTRA y genera un puntaje (score), de acuerdo al estado clínico de receptor. Producida la detección de los potenciales donante, y receptor(es)- lo que transcurre en el plazo de 24 horas en el entrecruzamiento del datos- se produce una estrecha comunicación en tiempo real entre los funcionarios del INCUCAI (o de cada uno de los 24 centros jurisdiccionales, dependiendo donde se encuentran el/os receptor(es) y el donante), y el equipo de trasplante para verificar el estado clínico de los futuros receptores. Por cuanto, si el candidato a trasplante tiene fiebre, cirugías recientes, infecciones o transfusiones puede modificarse el orden de asignación. En este supuesto, se pasa al siguiente receptor potencial en SINTRA, dejándose constancia en el sistema.

Los criterios de asignación son: Si hay riesgo de vida (“emergencia”, estado verificado por funcionarios del INCUCAI), prevalece el estado clínico y no el lugar de residencia en el país. En el caso de menores de 16 años (pacientes infanto-juveniles que rápidamente pierden peso y se deterioran y presentan mayor viabilidad de sobrevida si el órgano

18 SOCIEDAD ARGENTINA DE TRASPLANTE (2018) <http://www.sat-argentina.com/comunidad>

19 BACQUÉ, María del Carmen. Trasplantes: quién decide y cómo es la asignación de órganos en el país. (2017) <https://www.lanacion.com.ar/2085402-trasplantes-quien-decide-y-como-la-asignacion...>

llega en tiempo oportuno) tienen prevalencia legal frente a igual condición crítica que un adulto. Asimismo, si el donante se encuentra en una provincia, los primeros que aparecen en la lista de asignación son los receptores de esa provincia. Si no, los de la región, y si tampoco hubiera, los del país. Verificado el apto para trasplante, se comienza con el operativo (viajan generalmente los cirujanos del equipo de trasplante a realizar la ablación (supervisados por los funcionarios del INCUCAI). De allí la importancia de conocer los plazos para la realización de un trasplante (máximo de 4 horas para implantar un corazón hasta 24 horas siguiente a la muerte encefálica para otros órganos y tejidos) para poder optimizar procesos y salvar vidas.

## **B. Trasplante. Costos. Seguimiento. Derechos laborales. Beneficios.**

La normativa expresamente establece que los gastos de ablación y/o trasplante, tratamientos médicos posteriores serán a cargo de la cobertura social o sanitaria del receptor, o de éste, cuando no la tuviera. Provisión de medicamentos (art. 70) .Asimismo, brinda protección laboral tanto a donante como receptor (arts. 28 y 29 LTO)

El trasplante reporta múltiples beneficios para el sistema de salud y la economía : permite que el paciente recupere su salud, también la capacidad productiva (propia y/o de sus familiares dedicados a su cuidado) al reinsertarse al mercado laboral y/o retomar sus estudios pudiéndose destinar los recursos económicos del tratamiento crónico a otros tratamientos. También tiene alto impacto presupuestario porque permite disminuir los costos de internación, medicación crónica y tratamientos ambulatorios crónicos (diálisis) y sobre todo, genera mecanismos de fraternidad en el entramado social.

### **1. Protocolos de actuación judicial para optimización de autorizaciones judiciales**

Una de las funciones primordiales del Poder Judicial, como organismo del Estado, es velar por la preservación de la vida, la salud e integridad física de los ciudadanos en cumplimiento de los derechos constitucionales y tratados internacionales.

Para que la tutela sea efectiva, la decisión jurisdiccional debe ser pronta, expedida y ajustada a Derecho. En tal sentido, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 8) dispuso que: *“Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”*.

Este es el núcleo central donde finca la creación de protocolos de actuación judicial para conferir autorización para ablación y trasplante tanto en materia civil (donantes vivos, caso de oposición a la calidad de donante, o conflicto con cobertura social) como penal (muertes de etiología dudosa).

La sistematización de la intervención de los organismos judiciales pertinentes, (Juzgado de Control, Ministerio Público Fiscal, Ministerio Pupilar, Policía y Unidades Judiciales, o de ser procedente la competencia civil, Juzgado Civil, Ministerio Público Fiscal y Pupilar, en su caso); la capacitación continua a la comunidad judicial sobre la importancia e impacto de los tiempos procesales en el procedimiento que se traducen en salvaguardar vidas coadyuvará -de encontrarse cumplimentados los recaudos legales- con la obtención de una expedita resolución y comunicación al INCUCAI para la prosecución del operativo de ablación-trasplante. Se propone la generación

de formulario estandarizado de Autorización Judicial para Ablación y Trasplante en el que especificados y cumplimentados los requisitos legales permitirá agilizar el procedimiento y su transmisión en tiempo real por medios electrónicos, o informáticos (TICs), con firma digital al organismo procurador. Asimismo, se consensuó entre los magistrados de control y ECODAI (representante de INCUCAI en Córdoba) la realización de ateneos informativos sobre la asignación de órganos trasplantados para dotar de mayor publicidad a los actos judiciales, generar valores entre la comunidad judicial y sinergia entre ambas organizaciones. Huelga decir que, “... a sabiendas de que las leyes no se autoabastecen con suficiencia y efectividad el dilema de ser oído, se ha visto y propuesto la necesidad de que sean los jueces quienes, activismo mediante, puedan resolver con igualdad la emergencia que se transita”<sup>20</sup>. En este sentido la LTO, en el Capítulo VX ha normado en materia civil la competencia de los tribunales federales o provinciales del domicilio del actor, estableciendo en el orden federal un procedimiento especial, invitándose a las provincias a la adhesión de la ley (art.69 LTO). El Poder Judicial de la Provincia de Córdoba ha sido pionero en el país al regular en el Código de Procedimiento Civil y Comercial, en el capítulo XII, intitulado “Juicio sobre cuestiones extrapatrimoniales relativo a la ablación e implante de órganos o materiales anatómicos”, en el artículo 800 bis del CPC (Ley 8465 y modif.), procedimiento especial para los casos de ablación y trasplantes provenientes de donantes vivos.

En aras a otorgar un marco de transparencia y seguridad a la actividad de procuración, trasplante de órganos y material anatómico proveniente de pacientes vivos, mediante Acuerdo Reglamentario Número Tres de fecha 29/5/15, se creó el “Registro Único Provincial de causas judiciales sobre Trasplantes y Ablación de Órganos y Materiales Anatómicos”, inédito en el país. Se dispuso que las comunicaciones de iniciación del juicio civil ante la Justicia Provincial deberán contener los siguientes datos: juzgado interviniente, nombre de los Autos (carátula de la causa) y número de expediente, nombre y apellido del donante de órganos, fecha de nacimiento, número de D.N.I. y domicilio; nombre y apellido del receptor, fecha de nacimiento, número de D.N.I. y domicilio; órgano o material anatómico objeto de trasplante, institución hospitalaria donde se efectuará el trasplante; Ministerio Público Fiscal y Ministerio Público Pupilar interviniente, en su caso. Las comunicaciones serán realizadas por los Juzgados intervinientes, inmediatamente iniciada la demanda, con los datos reseñados, siendo responsables de la exactitud de su información. El Área de Servicios Judiciales tomará razón y certificará sobre la existencia de algún juicio similar, o en la que haya intervenido con anterioridad alguna de las partes: donante o receptor. En caso de surgir del Registro alguna coincidencia entre las partes o en el órgano a donar, será comunicada al Juez interviniente para que, si surgiera alguna situación de las incluidas como prohibida en la normativa aplicable. Comunicada que fuere, el Área de Servicios Judiciales dispondrá la participación de un equipo profesional y citación a representantes del organismo central de procuración, INCUCAI (o su delegación en el interior del país), en la audiencia estipulada en el art. N° 800 bis del Código de Procedimientos Civil de la Provincia de Córdoba a los fines de: a) Evaluar la capacidad del donante para donar y los motivos que lo impulsan a ello, con el fin de asesorar al magistrado interviniente sobre cualquier limitación o condición que observare respecto de su discernimiento y voluntad en cuanto a la donación a practicar, así como a la libertad con que la ejecuta; b) Si correspondiere, dicho equipo tendrá las atribuciones previstas en el art. N° 11 del Acuerdo Reglamentario N° 125 Serie “B” de fecha catorce de octubre de dos mil catorce (que aprueba el reglamento para la inscripción, designación y actuación de los peritos judiciales).

---

20 GOZAINI, Osvaldo(2013):Op.cit.p.629

### III. Conclusión

La muerte, como hecho jurídico, es una delgada línea que separa a la persona de la vida, generando dilemas existenciales y legales que han marcado el rumbo de la humanidad. La donación de órganos es un acto libre, voluntario y personalísimo en vida de una persona, el cual es comunicado a sus familiares a la hora del deceso. El respeto a las garantías individuales (sea por la afirmativa o negativa) garantiza la seguridad jurídica y fortalece la confianza en el sistema.

La educación y capacitación continua sobre el procedimiento de ablación-trasplante, los principios bioéticos que lo informan, el prestigio del ente que regula los trasplantes en el país (INCUCAI) y de la trazabilidad del sistema de asignación de órganos permitirá que la sociedad argentina dimensione la problemática, pueda proyectar en el "otro" la mayor factibilidad de la necesidad de recibir un trasplante a la posibilidad de ser donante (1/4000) lo que terminará por fortalecer el cambio de paradigma para la generación de una sociedad altruista y donante.

---

### BIBLIOGRAFÍA

#### Libros:

- ANDRUET, Armando S. (h). (2004): *Bioética, Derecho y Sociedad. Conflicto, ciencia y convivencia*, Córdoba, Ed. Conjunta de EDUCC y Alveroni, p. 107
- GOZAINI, Osvaldo(2013): "El Derecho a la Salud y sus aspectos procesales" en Palacio de Caeiro, Silvia (dir.): *Tratado de Derecho Federal y leyes especiales*, La Ley, Buenos Aires, Tomo I, p.640

#### Artículos en Revistas científicas:

- ABAROA, Luz, GARRETO, Nélica (2013). "Muerte encefálica. Situación legal en Argentina" <http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S1853002813000359> (fecha de consulta: 27.7.18)
- ANIORTE HERNÁNDEZ, N. "Donación de órganos. Manejo y mantenimiento del donante".[http://www.aniorte-nic.net/trabaj\\_donac\\_organ.htm](http://www.aniorte-nic.net/trabaj_donac_organ.htm) (fecha de consulta: 27.7.18)
- ELSEVIER. *NEUROLOGÍA ARGENTINA* (2015) "Muerte bajo criterios neurológicos en Argentina". Carta al Editor. <http://www.elsevier.es/neurolarg> (fecha de consulta: 22.7.18)

#### Documentos de fuentes electrónicas:

- BILGEL, Firat. "The impact of presumed consent laws and institutions on deceased organ donation", *The European Journal of Health Economics*, N 1,vol.13 (febr. 2012),ps. 29-30 Springer:. <http://www.jstor.org/stable/41408297>
- BACQUÉ, María del Carmen. *Trasplantes: quién decide y cómo es la asignación de órganos en el país.* (2017) <https://www.lanacion.com.ar/2085402-trasplantes-quien-decide-y-como-la-asignacion...>
- BASSET, Ursula."El consentimiento presunto para la donación de tejidos cadavéricos o vivos.Algunas observaciones sobre la "Ley Justina", LA LEY 13/7/18, AR/DOC/1426/2018

- INCUCAI (2018):<https://www.argentina.gob.ar/salud/incuca> (fecha de consulta: 1.9.18)
- INFOLEG. [servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/20000-24999/23782/norma.htm](https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/20000-24999/23782/norma.htm)
- LA VANGUARDIA (2017) <http://www.lavanguardia.com/vida/20170918/431392047774/mas-87000-personas-esperan-trasplante-en-europa-y-solo-hay-10500-donantes.html> (fecha de consulta: 02.8.18)
- ORGANIZACIÓN NACIONAL DE TRASPLANTES (2018) <http://www.ONT.es>
- OLMOS, Lisandro. Director Médico del Centro de Rehabilitación FLENI, Argentina (2012). [https://www.clarin.com/entremujeres/vida-sana/salud/coma-estado\\_vegetativo-eutanasia](https://www.clarin.com/entremujeres/vida-sana/salud/coma-estado_vegetativo-eutanasia) (fecha de consulta: 02.8.18)
- ORGANIZACIÓN PANAMERICANA DE LA SALUD (2018) <https://www.paho.org> (fecha de consulta: 2.5.18)
- RAFFAELLE, PABLO Fundación Favaloro (2018) (<https://www.fundacionfavaloro.org/ley-justina-se-podran-realizar-trasplantes-renales-cruzados>) (Fecha de consulta: 29 de julio, 2018).
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. ([www.rae.es](http://www.rae.es)) (fecha de consulta: 2.5.18)
- REVELLO, Rubén, “La Iglesia Católica ante la Donación de órganos”. <https://bibliotecadigitaluca.edu.ar/repositorio/revistas/iglesia-catolica-donacion-organos.pdf> (fecha de consulta: 28.7.18)
- TESTIGOS DE JEHOVÀ. [www.jw.org/es/medical-library/hemodilución](http://www.jw.org/es/medical-library/hemodilucion) (fecha de consulta: 15.8.18)

# DERECHOS PREVISIONALES Y VIH<sup>1</sup>

---

## PENSION RIGHTS AND HIV

---

MAXIMILIANO CALDERON<sup>2</sup> Y PAULINA R. CHIACCHIERA CASTRO<sup>3</sup>

---

*Fecha de recepción: 11/06/2018*

*Fecha de aceptación: 04/07/2018*

### RESUMEN:

En el trabajo se analiza la primera sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba vinculada con derechos previsionales de una persona que vive con el VIH (virus de inmunodeficiencia humana), cuya doctrina constituye un valioso antecedente en tanto que brinda una solución adecuada al caso, acorde con los estándares internacionales fijados por los organismos especializados en la temática.

---

### ABSTRACT:

The paper analyzes the first sentence of the Superior Court of Justice of Córdoba linked to pension rights of a person who lives with HIV (human immunodeficiency virus), whose doctrine constitutes a valuable antecedent which provides an adequate solution to the case, in accordance with the international standards set by the specialized agencies in the subject.

### PALABRAS CLAVE

Derechos previsionales; Salud; VIH

---

### KEYWORDS:

Pension rights; Health; HIV

---

1 Este artículo es una versión revisada de la Ponencia presentada en el I Seminario Internacional "Derechos Humanos, Salud y Bienestar", celebrado en la Ciudad de Córdoba, los días 28 y 29 de junio de 2018.

2 Abogado (UCC). Doctor en Derecho y Ciencias Sociales (UNC). Docente de Derecho Privado IV y de Derecho Público Provincial y Municipal (Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UCC). Investigador (UCC). Mail: calderon@marquezcalderson.com.

3 Abogada (UNC). Doctora en Derecho y Ciencias Sociales (UNC). Magíster en Derechos Humanos en el Mundo Contemporáneo (U. Int. de Andalucía, España). Magíster en Partidos Políticos (CEA, UNC). Docente de Derecho Constitucional (Facultad de Derecho, UNC). Mail: paulichc@gmail.com.

## I. Derechos previsionales y VIH: planteo de la cuestión

El VIH (virus de inmunodeficiencia humana) es considerado uno de los problemas más graves de la salud pública en el mundo. Según cifras de la Organización Mundial de la Salud, hacia finales de 2016 había 36,7 millones de personas infectadas en el mundo<sup>1</sup>, mientras que en la República Argentina el Ministerio de Salud de la Nación estimó que en dicho año 120.000 personas vivían con el VIH en el país<sup>2</sup>.

En cuanto a la relación entre el VIH y la esfera laboral, el informe de la Organización Internacional del Trabajo titulado “El impacto del VIH y el SIDA en el mundo del trabajo: estimaciones mundiales”, publicado recientemente<sup>3</sup>, advierte que si bien se ha elevado el número de personas que viven con el VIH en el seno de la población activa y que seguirá incrementándose en los próximos años, se ha reducido la mortalidad de hombres y mujeres integrados en la fuerza del trabajo y ha disminuido la gravedad de los síntomas del sida (síndrome de inmunodeficiencia adquirida) en millones de personas, como consecuencia de la mayor accesibilidad al tratamiento antirretroviral (ARV)<sup>4</sup>.

Asimismo, el informe señala que el número de trabajadores con incapacidad laboral total o parcial por el VIH se ha reducido desde el año 2005 y se prevé que dicha tendencia continúe. En tal sentido, se estima que en el 2020 el número de personas que presentan incapacidad total disminuirá a 40.000 y el de personas con incapacidad parcial a 95.000, frente a las 350.000 y 655.000 -respectivamente- que había en el año 2005<sup>5</sup>. Si bien el pronóstico es favorable -al menos en estos últimos aspectos- se trata de una situación compleja que requiere de un especial tratamiento desde el ámbito de la seguridad social, que resulte acorde con las particularidades propias de dicha problemática. Para ello, se requiere de una sólida formación en la materia de los distintos operadores jurídicos, como también de una gran sensibilidad social de parte de la Administración Pública y del Poder Judicial a la hora de brindar soluciones rápidas y adecuadas que contribuyan a mejorar las condiciones de vida de la población que vive o que se encuentra afectada por dicha epidemia.

En el ámbito de la Provincia de Córdoba, la Sala Contencioso Administrativa del Tribunal Superior de Justicia dictó en mayo de 2018 el primer fallo vinculado con derechos previsionales de una persona que vive con el VIH, cuya doctrina constituye un valioso antecedente en tanto que brinda una solución adecuada a la situación planteada, acorde con los estándares internacionales fijados por los organismos especializados en la temática. En este trabajo nos proponemos analizar los principales argumentos brindados por el Máximo Tribunal cordobés en su sentencia, y las implicancias y proyecciones de dicho fallo en el ámbito provincial.

1 Cfr. ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (2018): *VIH/sida. Datos y Cifras* ([www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/hiv-aids](http://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/hiv-aids)) (Fecha de consulta: 15 de junio de 2018).

2 Cfr. MINISTERIO DE SALUD (2016), *Boletín sobre VIH/sida en la Argentina*, Nro. 33, Año XIX, pp. 8/10 ([www.msal.gov.ar/images/stories/bes/graficos/0000000918cnt-2016-11-30\\_boletin-vih-sida-2016.pdf](http://www.msal.gov.ar/images/stories/bes/graficos/0000000918cnt-2016-11-30_boletin-vih-sida-2016.pdf)) (Fecha de consulta: 15 de junio de 2018).

3 Dicho informe se publicó el 23 de mayo de 2018 en una versión completa en inglés y con un resumen en español ([www.ilo.org/global/publications/books/WCMS\\_630161/lang-es/index.htm](http://www.ilo.org/global/publications/books/WCMS_630161/lang-es/index.htm)) (Fecha de consulta: 15 de junio de 2018).

4 Los medicamentos antirretrovirales son productos utilizados para tratar y prevenir la infección del VIH, que detienen o alteran la reproducción del virus en el organismo, lo que disminuye la carga vírica. A mediados de 2017, había 20,9 millones de personas en el mundo en tratamiento con antirretrovíricos (cfr. ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (2017), *Preguntas y respuestas sobre el VIH/SIDA* ([www.who.int/features/qa/71/es/](http://www.who.int/features/qa/71/es/)) (Fecha de consulta: 15 de junio de 2018).

5 Resulta interesante destacar que según dicho informe la mayoría de los casos de sida afectan a trabajadores en la plenitud de su vida, cuando su productividad es más alta para ellos, su familia y la sociedad, y que la mayor incidencia de la mortalidad de aquellos se da a finales de la treintena (cfr. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (2018), *El impacto del VIH y el SIDA en el mundo del trabajo: estimaciones mundiales*, Op Cit, pp. 6/7).

## II. EL caso “J., C.N.”<sup>6</sup>

En la causa “J., C.N.”, la Sala Contencioso Administrativa del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba analizó la situación del actor, quien en el año 2009 solicitó la pensión derivada del fallecimiento de su padre (ocurrida en el año 2002) en su carácter de hijo soltero a cargo del causante a la fecha de su deceso, e incapacitado para el trabajo como consecuencia de enfermedades relacionadas con el sida que padecía (arts. 35 y 36, Ley 8024, en su texto aplicable a la causa<sup>7</sup>).

En el caso, el beneficio de pensión en cuestión lo había percibido su madre a partir del año 2002 y, a su muerte, dado que no lo había requerido oportunamente en forma concurrente, el accionante lo solicitó ante la Caja de Jubilaciones de la Provincia, la que no hizo lugar a su pedido, con fundamento en que no se había acreditado la incapacidad exigida legalmente a la fecha del fallecimiento del causante o a los dieciocho años de edad.

Como consecuencia de ello, presentó una demanda contencioso administrativa de plena jurisdicción impugnando tales actos, cuya confirmación por la Cámara *a-quo*<sup>8</sup> motivó la interposición de un recurso de casación en contra de tal decisión ante el Tribunal Superior de Justicia. En su resolución, el Máximo Tribunal local casó la sentencia impugnada, hizo lugar a la demanda incoada y reconoció el derecho del actor al beneficio de pensión solicitado, desde la fecha en que optara por percibir dicha prestación y renunciara a la pensión no contributiva que le había sido otorgada a nivel nacional.

## III. Los argumentos de la decisión

En el fallo en cuestión, el Tribunal Superior de Justicia reconoció el derecho de pensión del actor por considerar que, si bien el hecho de estar enfermo de sida no implicaba necesariamente que estuviera incapacitado laboralmente, se había acreditado en la causa que efectivamente lo estaba en el porcentaje requerido por la ley y a cargo del causante al momento de su fallecimiento. Asimismo, ordenó que se omitiera el nombre y apellido del recurrente, y que sean colocadas en su lugar las iniciales correspondientes, para la publicación y/o difusión de dicha resolución. Analizaremos a continuación cada uno de estos aspectos.

### 1. El VIH y la capacidad laboral

#### A. El estándar de preservación del vínculo laboral

El Máximo Tribunal local analizó, en primer lugar, la relación entre el VIH y la capacidad de trabajo y explicó que “...no necesariamente el hecho de encontrarse infectado con

6 TSJ Córdoba, Sala Contencioso Administrativa, “J., C.N. c/ Caja de Jubilaciones, Pensiones y Retiros de Córdoba”, Sent. Nro. 32/2018.

7 El artículo 35 de la Ley 8024 en el texto aplicable al caso establecía: “Enumeración de los beneficiarios. El derecho a pensión corresponde a: 1- La viuda, o viudo incapacitado para el trabajo o que tenga cumplida la edad de cincuenta y ocho (58) años a la fecha de fallecimiento de la causante. La mujer divorciada vincularmente que goce de prestación alimentaria a cargo del causante en los términos de la Ley N° 23.515 en ambos casos en concurrencia con: a) Los hijos e hijas solteros hasta los dieciocho (18) años de edad (...) 2- Los hijos y nietos de ambos sexos, en las condiciones del apartado anterior ...”. El artículo 36, por su parte, disponía: “Incapacitado para el trabajo a cargo del causante. Los límites de edad fijados en el inciso 1, apartados a) y d) e inciso 5 del artículo 34 de la presente Ley, no rigen si los derecho-habientes se encontraran incapacitados para el trabajo y a cargo del causante a la fecha de fallecimiento de éste o incapacitados a la fecha que cumplieran la edad de dieciocho (18) años. Se entiende que el derecho-habiente estuvo a cargo del causante cuando concurre en aquél un estado de necesidad revelado por la escasez o carencia de recursos personales, y la falta de contribución importe un desequilibrio esencial en su economía particular. El Poder Ejecutivo, a propuesta de la Caja, fijará pautas objetivas para establecer si el derecho-habiente estuvo a cargo del causante”.

8 La Cámara interviniente rechazó la demanda por entender que no se habían acreditado los presupuestos fácticos necesarios para acceder a la pensión provincial y porque el actor ya había obtenido una pensión en la órbita nacional (CCA 2° Nom., “J., C.N.”; Sent. Nro. 45/2017).

VIH o encontrarse enfermo de SIDA acarrea la incapacidad laboral de quien lo padece". En tal sentido, puntualizó que:

*"...las personas con VIH o una enfermedad derivada del SIDA tienen el derecho de trabajar mientras sean médicamente aptas para ello, sin ningún tipo de discriminación ni amenaza de perder su empleo, sin perjuicio de que cuando su salud se vea deteriorada en un grado tal que les impida continuar prestando tareas, puedan solicitar las prestaciones previsionales que pudieran corresponderle, como sucede con cualquier sujeto que se encuentre incapacitado"*.

De esta manera, el Tribunal siguió las recomendaciones efectuadas por la Organización Internacional del Trabajo en la materia<sup>9</sup>, de las que se desprende que la extinción del vínculo laboral de las personas con enfermedades relacionadas con el VIH debe ser la última ratio, y procede luego de que se hayan agotado las posibilidades de su contención en el ámbito laboral.

Conforme a dicho organismo, las personas con enfermedades relacionadas con el VIH deberían poder continuar realizando su trabajo, con ajustes razonables de ser necesario, mientras sean médicamente aptos<sup>10</sup>. Se entiende por *ajustes razonables* a toda modificación o ajuste de un empleo o del lugar de trabajo que sea razonablemente practicable y que permita que las personas que viven con el VIH o el sida tengan acceso a un empleo o participen o puedan progresar en él<sup>11</sup>.

Esta noción de adaptación o "acomodación razonable" constituye un mecanismo genérico antidiscriminatorio, que impone la adopción de medidas tendientes a armonizar las cargas laborales de una persona con sus particularidades subjetivas, evitando que le causen una carga excesiva. Su empleo es usual en materia de libertad religiosa en el ámbito laboral<sup>12</sup>, se encuentra previsto por el artículo 2º de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad<sup>13</sup> y es congruente con ciertas normas reglamentarias en nuestro sistema jurídico vigente<sup>14</sup>.

Se corresponde además con la protección constitucional de la estabilidad propia o impropia (art. 14 bis, Const. Nac.) cuya conjugación, en el caso de personas que viven con el VIH, torna inválido el despido de trabajadores que pueden seguir prestando alguna tarea útil al empleador, tanto cuando se funda expresamente en su estado de salud -real o supuesto<sup>15</sup>- como cuando esta es la causa encubierta de un despido incausado<sup>16</sup>.

9 Cfr. Organización Internacional del Trabajo (2001), *Repertorio de recomendaciones prácticas de la OIT sobre el VIH/SIDA y el mundo del trabajo* ([www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_protect/---protrav/---ilo\\_aids/documents/publication/wcms\\_113788.pdf](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---ilo_aids/documents/publication/wcms_113788.pdf)) (Fecha de consulta: 15 de junio de 2018) y Conferencia Internacional del Trabajo (2010), *Recomendación 200. Recomendación sobre el VIH y el SIDA y el mundo del trabajo* ([www.ilo.org/dyn/normlex/es/?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100\\_ILO\\_CODE:R200](http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:R200)) (Fecha de consulta: 15 de junio de 2018).

10 Cfr. Punto 13, Recomendación 200 de la OIT, *Op. Cit.*

11 Cfr. Punto 1.g), Recomendación 200 de la OIT, *Op. Cit.* En la Recomendación sobre VIH y el SIDA de 2010 se habla de *medidas de acondicionamiento razonable* y se explica que podrían consistir en: reordenar la jornada laboral, facilitar equipo especial, autorizar pausas de descanso, conceder tiempo libre para las consultas médicas y licencias de enfermedad flexibles, prever el trabajo a tiempo parcial y establecer modalidades de reincorporación laboral (Punto 5.2.j).

12 Cfr. VIVES, Juan Martín (2012), *La "acomodación razonable" de las prácticas religiosas en el ámbito laboral. Su posible aplicación al derecho argentino*, La Ley 2012-D, P. 828.

13 Se alude en esta norma a "...las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales".

14 Por ejemplo, el deber de reincorporación sin disminución de ingresos (salvo imposibilidad por causa inimputable) que pesa sobre el empleador respecto a trabajadores con algún grado de capacidad, que debe cumplirse asignándole otra tarea que pueda ejecutar (art. 212, Ley 20.744).

15 Según ha explicado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, una persona puede resultar discriminada con motivo de la percepción que otras tengan acerca de su relación con un grupo o sector social, independientemente de que ello corresponda con la realidad o con la auto-identificación de la víctima (Corte I.D.H., Caso Perozo y otros Vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 195, párr. 380, Caso Ríos y otros vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 194, párr. 349 y Caso Flor Freire Vs. Ecuador. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2016. Serie C No. 315, párr. 120).

16 Cfr. KIPER, Claudio M. (1998), *Derecho de las minorías ante la discriminación*, Buenos Aires, Hammurabi, pp. 284-285. Según ha sostenido la Corte Suprema de Justicia de la Nación, toda restricción o limitación al derecho del trabajo "...en aquellos casos en que las consecuencias de la infección del virus HIV

La efectiva aplicación de estos estándares requiere de una gran responsabilidad y solidaridad por parte de la sociedad y del Estado, quienes necesariamente deben estar presentes si se quiere dar batalla eficaz a esta epidemia y a sus proyecciones en los distintos ámbitos a los que afecta.

## B. Discapacidad e incapacidad

Cabe en este punto aclarar que no debe confundirse la *incapacidad laboral*<sup>17</sup> con la *discapacidad*, en tanto que se trata de conceptos que, si bien pueden tener en ciertos casos relación con el VIH, no son equiparables.

Según el Diccionario del Español Jurídico de la Real Academia Española<sup>18</sup>, la *incapacidad laboral* es la

*“Situación del trabajador que, después de haber estado sometido al tratamiento prescrito, presenta reducciones anatómicas o funcionales graves, susceptibles de determinación objetiva y previsiblemente definitivas, que disminuyan o anulen su capacidad laboral”.*

Se ha explicado también que la incapacidad laboral puede entenderse como un desequilibrio entre las capacidades funcionales y los requerimientos de un puesto de trabajo, el que puede ser transitorio (incapacidad laboral temporal) o permanente (incapacidad laboral permanente)<sup>19</sup>.

La *discapacidad*, en cambio, es la

*“Situación de merma o carencia de alguna capacidad física, sensorial o psíquica de la persona, que limita o impide su participación plena e igualitaria en la sociedad o el ejercicio efectivo de sus derechos”<sup>20</sup>.*

El artículo 1 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad<sup>21</sup>, considera que son tales aquellas personas

*“...que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”*

No toda persona con discapacidad se encuentra incapacitada laboralmente<sup>22</sup>. Por el contrario, las personas con discapacidad tienen derecho a trabajar, lo cual se encuentra en nuestro país expresamente reconocido con jerarquía constitucional en el artículo 27

no afecten concretamente las aptitudes laborales - o no se hayan agotado las posibles asignaciones de tareas acordes a la aptitud del agente - ni comprometan la salud de terceros, constituye una conducta discriminatoria que el orden jurídico debe hacer cesar por medios idóneos” (Fallos 319:340). Algunos Tribunales de la región sostienen que en estos casos existe una *estabilidad laboral reforzada*, como una especial protección a la fuerte carga discriminatoria que han tenido que soportar en sus relaciones de trabajo las personas que viven con el VIH, que exige al empleador justificar de manera razonable y eficiente que la separación de funciones obedece a una causal objetiva y no a una situación de enfermedad del trabajador, lo cual se considera inconstitucional por discriminatorio (cfr. Corte Constitucional de Colombia, S-T 898/10 y Corte Constitucional de Ecuador, Sent. 080-13-SEP-CC Caso 0445-11-EP)-.

17 No incluimos en el análisis a la denominada *incapacidad vital*, cuya caracterización y eventual autonomía respecto a la incapacidad laboral exceden el objeto del presente trabajo y *prima facie* no impactaría en la esfera previsional.

18 Cfr. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA Y CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL (2016), *Diccionario del español jurídico*, Madrid, Espasa (<http://dej.rae.es/#/entry-id/E152500>) (Fecha de consulta: 15 de junio de 2018).

19 Cfr. VICENTE-HERRERO, M.T., TERRADILLOS GARCÍA, M.J., AGUADO BENEDÍ, M.J., CAPDEVILA GARCÍA, I., RAMÍREZ INIGUEZ DE LA TORRE, M.V., AGUILAR JIMÉNEZ, E. (2016), *Incapacidad y Discapacidad. Diferencias conceptuales y legislativas* ([www.aemtm.com/](http://www.aemtm.com/)) (Fecha de consulta 15 de junio de 2018).

20 Cfr. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA Y CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL (2016), *Diccionario del español jurídico*, Madrid, Espasa (<http://dej.rae.es/#/entry-id/E152500>) (Fecha de consulta: 15 de junio de 2018).

21 Dicho instrumento goza de jerarquía constitucional en los términos del artículo 75 inciso 22 de la Ley Fundamental Federal en virtud de lo establecido por la Ley 27.044 (B.O. 22/12/2014).

22 De allí que el certificado de discapacidad, que es el documento público que acredita en nuestro país la condición de discapacidad de una persona y las prestaciones que necesita (Ley 22.431 y Ley 24.901), no otorga porcentaje de incapacidad laboral, cfr. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (2015), *Ser contratado. Guía para personas con discapacidad en búsqueda de trabajo*, Oficina de País de la OIT para la Argentina, Buenos Aires, P. 19 ([www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-buenos\\_aires/documents/publication/wcms\\_452868.pdf](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-buenos_aires/documents/publication/wcms_452868.pdf)) (Fecha de consulta 15 de junio de 2018).

de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad<sup>23</sup>. A ello se suma que la discapacidad puede suponer incluso un criterio de acceso preferencial a ciertos trabajos en función de cuotas o cupos establecidos legal o reglamentariamente.

Realizamos estas aclaraciones a fin de subrayar que el tratamiento que eventualmente pudiera darse a las personas que viven con el VIH desde la perspectiva de la discapacidad no incide directamente en el plano de la incapacidad laboral y sus consecuencias jurídicas.

En cuanto a la relación VIH y discapacidad, algunos autores sostienen que las personas que viven con VIH son personas con discapacidad a la luz del artículo 1 de la Convención Internacional sobre los Derechos de Personas con Discapacidad, en la medida que, como resultado de la interacción entre la infección y diversas barreras, se impide que participen plena y efectivamente en la sociedad, en igualdad de condiciones que las demás<sup>24</sup>. Desde la ONU, en cambio, se ha considerado que aunque existe una relación cada vez más estrecha entre el VIH y la discapacidad (ya que las personas con discapacidad corren más riesgo de verse expuestas al VIH, y cada vez se conoce más que las personas que viven con el VIH también corren riesgo de contraer una discapacidad permanente o episódica como consecuencia de su estado de salud), el hecho de vivir con el VIH no implica necesariamente el padecimiento de una discapacidad<sup>25</sup>.

La cuestión excede el presente análisis, sin perjuicio de lo cual apuntamos que resulta necesario revisar leyes, decretos, resoluciones y baremos existentes procurando maximizar la tutela eficaz del colectivo involucrado, acudiendo a medidas de política legislativa que tiendan con el mayor grado posible de efectividad a asegurarle la posibilidad de ejercicio igualitario de todos sus derechos.

Pero, como lo señalamos precedentemente, esto no se traduce en reglas de aplicación mecánica relativas a la incapacidad laboral. Una persona que vive con el VIH no está, solo por encontrarse en dicha situación, incapacitada laboralmente, como bien fue advertido en el fallo analizado.

---

23 Art. 27, Convención sobre los Derechos de las Personas con discapacidad: "Trabajo y empleo. 1. Los Estados Partes reconocen el derecho de las personas con discapacidad a trabajar, en igualdad de condiciones con las demás; ello incluye el derecho a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido o aceptado en un mercado y un entorno laborales que sean abiertos, inclusivos y accesibles a las personas con discapacidad. Los Estados Partes salvaguardarán y promoverán el ejercicio del derecho al trabajo, incluso para las personas que adquieran una discapacidad durante el empleo, adoptando medidas pertinentes, incluida la promulgación de legislación, entre ellas: a) Prohibir la discriminación por motivos de discapacidad con respecto a todas las cuestiones relativas a cualquier forma de empleo, incluidas las condiciones de selección, contratación y empleo, la continuidad en el empleo, la promoción profesional y unas condiciones de trabajo seguras y saludables; b) Proteger los derechos de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a condiciones de trabajo justas y favorables, y en particular a igualdad de oportunidades y de remuneración por trabajo de igual valor, a condiciones de trabajo seguras y saludables, incluida la protección contra el acoso, y a la reparación por agravios sufridos; c) Asegurar que las personas con discapacidad puedan ejercer sus derechos laborales y sindicales, en igualdad de condiciones con las demás; d) Permitir que las personas con discapacidad tengan acceso efectivo a programas generales de orientación técnica y vocacional, servicios de colocación y formación profesional y continua; e) Alentar las oportunidades de empleo y la promoción profesional de las personas con discapacidad en el mercado laboral, y apoyarlas para la búsqueda, obtención, mantenimiento del empleo y retorno al mismo; f) Promover oportunidades empresariales, de empleo por cuenta propia, de constitución de cooperativas y de inicio de empresas propias; g) Emplear a personas con discapacidad en el sector público; h) Promover el empleo de personas con discapacidad en el sector privado mediante políticas y medidas pertinentes, que pueden incluir programas de acción afirmativa, incentivos y otras medidas; i) Velar por que se realicen ajustes razonables para las personas con discapacidad en el lugar de trabajo; j) Promover la adquisición por las personas con discapacidad de experiencia laboral en el mercado de trabajo abierto; k) Promover programas de rehabilitación vocacional y profesional, mantenimiento del empleo y reincorporación al trabajo dirigidos a personas con discapacidad. 2. Los Estados Partes asegurarán que las personas con discapacidad no sean sometidas a esclavitud ni servidumbre y que estén protegidas, en igualdad de condiciones con las demás, contra el trabajo forzoso u obligatorio".

24 BARRANCO AVILÉS, María del Carmen (2010), *Consecuencias del reconocimiento de un 33 por 100 de minusvalía para las personas que viven con VIH/SIDA*, Instituto de Derecho Bartolomé de las Casas, P. 5 (<http://sid.usal.es/idoocs/F8/FDO26048/informevihydiscapacidad.pdf>) (Fecha de consulta: 15 de junio de 2018). Se apunta incluso que cuando las personas que viven con el VIH permanecen asintomáticas, el estigma asociado actúa como una barrera que dificulta o impide el igual ejercicio de sus derechos y el acceso a bienes y servicios. Por lo que, mientras que el VIH mantenga su carácter estigmatizante, es posible afirmar que las personas que lo padecen, son personas con discapacidad a los efectos de la Convención (Op. Cit., P. 5).

25 Cfr. ENABLE NACIONES UNIDAS, *La discapacidad y el VIH/SIDA* ([www.un.org/spanish/disabilities/default.asp?id=1566](http://www.un.org/spanish/disabilities/default.asp?id=1566)) (Fecha de consulta: 15 de junio de 2018).

### C. VIH e incapacidad en materia previsional

Proyectando estos conceptos a la materia previsional, cuando una persona solicita un beneficio para cuyo otorgamiento se requiere padecer un alto grado de incapacidad, en el caso en cuestión 66% de la T.O., no le basta invocar que vive con el VIH o el sida (como pretendía el accionante en la causa), sino que debe acreditar que tal situación lo ha afectado en un grado tal que le impide trabajar o continuar haciéndolo, según sea la prestación que solicite.

No obstante ello, las personas que viven con VIH pueden solicitar en el orden nacional una pensión no contributiva cuando no han realizado aportes al sistema de previsión social y acrediten tener necesidades básicas insatisfechas conforme a lo dispuesto por la Ley 18.910<sup>26</sup>. Para el otorgamiento de esta prestación, que equivale al setenta por ciento (70%) de una jubilación mínima, si bien se requiere de la presentación de un certificado médico, no se exige la acreditación de incapacidad alguna<sup>27</sup>. Esto evidencia la complejidad del tema, pues existen ciertas prestaciones de la seguridad social que se encuentran al alcance de las personas que viven con el VIH por esa sola circunstancia, mientras que otras, en cambio, dependen de la verificación de ciertos extremos tales como la incapacidad laboral superior a cierto porcentual de la Total Obrera.

De este modo, para una persona que vive con el VIH no es disponible la continuidad laboral, en el sentido que pueda escoger a discreción si sigue trabajando (con arreglo a los estándares de acomodación razonable) o se acoge a la jubilación (cuando aún no ha cumplido los requisitos de años de aportes y edad exigidos en el sistema previsional al que pertenece). El trato igualitario no solamente se manifiesta en la preservación del vínculo laboral sino que, en sentido inverso, también coloca al trabajador en la imposibilidad de alegar como justificativo del distracto su estado psicofísico, cuando no sea incapacitante en el grado requerido por la ley a tales fines<sup>28</sup>.

#### 2. La valoración de la incapacidad laboral de personas que viven con el VIH

Luego de analizar el primer aspecto reseñado anteriormente, el Tribunal expuso que en la causa se encontraba acreditado el avanzado estadio de la enfermedad (C3, sida) que padecía el actor al momento en el que fue diagnosticado (2001) y la multiplicidad de dolencias vinculadas a dicha patología que soportó desde el año dos mil dos en adelante, las que fueron deteriorando su salud física y mental progresivamente, hasta alcanzar una incapacidad del cien por ciento de la Total Obrera (100% T.O.). En consecuencia, a pesar de las dificultades probatorias planteadas frente al largo tiempo transcurrido desde la fecha del fallecimiento del causante, consideró que el estado de salud del accionante que se exhibía como consecuencia insoslayable de la gravedad del cuadro sanitario previo, permitía inferir que en aquel momento existía el grado de incapacidad exigida como requisito legal, dando razón a la pericia médica oficial en tanto entendió que correspondía otorgar la pensión solicitada.

---

26 B.O. 15/01/1971.

27 En la sección correspondiente a la Dirección de Sida, ETS, Hepatitis y TBC de la página web del Ministerio de Salud de la Nación se menciona esta posibilidad de acceder a una pensión social que tienen las personas que viven con el VIH en el apartado titulado "Preguntas frecuentes". Asimismo, se explican allí los requisitos para obtenerla, se menciona la documentación de debe presentarse a tal fin, se describe el trámite a seguir y se advierte que las personas beneficiarias en caso se incorporarse al trabajo formal tienen la obligación de informarlo para que se suspenda su pago de manera temporal, ya que, si no lo hacen, puede darse de baja a la prestación (<http://www.msal.gob.ar/sida/index.php/preguntas-frecuentes>) (Fecha de consulta: 15 de junio de 2018).

28 Esto más allá de las prestaciones de seguridad social a las que pueda acceder cuando no se encuentra trabajando, como lo apuntamos en el párrafo anterior.

Igualmente remarcó que dicha conclusión no se veía afectada por el hecho de que el actor hubiera trabajado en el período 2004/2007 como personal de limpieza en un estudio jurídico, cumpliendo tareas dos horas, dos veces por semana, si se tiene en cuenta el carácter progresivo, intermitente y episódico del VIH y del sida, como también los efectos secundarios que trae aparejado su tratamiento.

A los fines de analizar si se encontraba acreditada la incapacidad laboral invocada, el Tribunal aplicó una de las recomendaciones del “Repertorio de recomendaciones prácticas de la OIT sobre el VIH/SIDA y el mundo del trabajo” (2001) dirigida al gobierno y a las autoridades competentes, según la cual:

*“5.1.f) Protección social: (...) Al concebir y llevar a cabo los programas de seguridad social, los poderes públicos deberían tener en cuenta el carácter progresivo e intermitente de la enfermedad y adaptarlos en consonancia con ello, por ejemplo, facilitando las prestaciones cuándo y cómo sean necesarias y asegurando una tramitación rápida de las solicitudes”.*

De este modo, la ponderación judicial de la incapacidad debe someterse, como sucedió en el caso analizado, a criterios elásticos, atendiendo a las características específicas de la persona y del cuadro patológico que lo afecta. E, inclusive, asumir el perfil de una *tutela procesal diferenciada*, por la cual, partiendo de la corroboración de la debilidad estructural de uno de los sujetos procesales y la necesidad de arbitrar mecanismos eficaces que aseguren su protección y su igualdad de trato, se altera la matriz procesal tradicional, flexibilizando las exigencias en materia de prueba<sup>29</sup> y otorgando a los jueces un rol más activo en la averiguación de la verdad real<sup>30</sup>.

### 3. Confidencialidad, VIH y Poder Judicial

Finalmente, consideramos de suma importancia la medida adoptada de oficio por el Tribunal vinculada a la confidencialidad de los datos identificatorios del actor con sustento en el artículo 2 de la Ley 23.798<sup>31</sup>.

En tal sentido, a los fines de resguardar la privacidad del accionante, el Tribunal ordenó que se omitiera consignar su nombre y apellido y que sean colocadas en su lugar las iniciales correspondientes para la publicación y/o difusión de la resolución. Según explicó, siguiendo calificada doctrina, la falta de publicación de los nombres de los litigantes en estos casos no importa una afectación al principio de publicidad de los actos de gobierno ni impide el correcto escrutinio del servicio de justicia, ya que lo relevante es conocer cómo piensa y decide el tribunal en este tipo de casos para lo cual no resulta necesario el conocimiento de las identidades de los afectados.

En relación a la protección de la identidad de las personas que viven con el VIH en el ámbito del Poder Judicial -la que en nuestro país deriva de las disposiciones sobre confidencialidad en general de la Ley 23.798<sup>32</sup>-, los tribunales locales y de otros países han

29 Este trato procesal diferenciado debería plasmarse también, por ejemplo, en la utilización de carriles procesales sumarios o en la abreviación o simplificación de trámites y el despacho preferente de los procesos que involucren a personas que viven con el VIH, pues tales casos tienen carácter urgente y “...el retraso en el dictado de las resoluciones judiciales puede suponer que el demandante no sobreviva el tiempo suficiente para beneficiarse de una resolución o sentencia” (cfr. ILOAIDS (2004), VIH/SIDA + Trabajo. Utilización del Repertorio de recomendaciones prácticas y del Manual de Educación y formación de la OIT: Directrices orientadas a los Jueces y Magistrados del Trabajo, OIT, Suiza, P. 2 ([www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_protect/---protrav/---ilo\\_aids/documents/publication/wcms\\_107735.pdf](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---ilo_aids/documents/publication/wcms_107735.pdf)) (Fecha de consulta 15 de junio de 2018).

30 Sobre la justificación de las tutelas procesales diferenciadas en materia de discapacidad, véase: VILLAVARDE, María Silvia (2009), *Tutela procesal diferenciada de las personas con discapacidad. Claves para su reforma procesal*, Revista de Derecho Procesal 2009-1. Tutelas procesales diferenciadas II, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, pp. 287 y sigs.

31 B.O. 20/09/1990.

32 Conforme el artículo 2 de la Ley 23.798: “Las disposiciones de la presente ley y de las normas complementarias que se establezcan, se interpretarán

adoptado distintas medidas a tal fin<sup>33</sup>, entre las que se pueden mencionar: a) la limitación de los posibles autorizados a la consulta de un expediente (reserva de causa)<sup>34</sup>; b) la reserva de los contenidos de este último, a través de la utilización de seudónimos y sistemas codificados<sup>35</sup> y c) la reserva de la identidad de la persona en la publicación de las decisiones relacionadas con el proceso dispuesta por el responsable de la difusión<sup>36</sup>. En el caso objeto de estudio, el Tribunal adoptó la última técnica, que luce adecuada y suficiente en el contexto en que se dictó, al tratarse de una instancia recursiva, sin que mediara requerimiento de medidas tuitivas por el afectado<sup>37</sup>.

Sin perjuicio de ello, entendemos que en este tipo de causas en el ámbito provincial, podría disponerse a pedido de parte<sup>38</sup> o de oficio, además de tal recaudo, la reserva del expediente con sustento en el principio de confidencialidad derivado de la ley que declara de interés nacional a la lucha contra el síndrome de inmunodeficiencia adquirida, como así también con sustento en lo dispuesto por el artículo 68 del Código Procesal Civil y Comercial local<sup>39</sup> que faculta al juez a adoptar tal medida por razones de seguridad, de moral o en protección de alguna de las partes<sup>40</sup>.

Dado que el estado serológico respecto del VIH sigue siendo, lamentablemente, una fuente de discriminación actualmente en nuestra sociedad, resulta de suma importancia la adopción de dichos recaudos a los fines de preservar la confidencialidad de los datos de las personas afectadas, para evitar que el temor a su difusión pueda actuar en los hechos como un obstáculo subjetivo para recurrir a la justicia en busca de la protección de los derechos que, a la postre, vulnere su garantía de tutela judicial efectiva (arts. 8 y 25, C.A.D.H.).

#### IV. Las conexiones de la cuestión con el principio constitucional de igualdad

Los temas examinados se relacionan, obviamente, con el derecho constitucional a la salud (arts. 41, 42, 43, 75 inc. 19, 22 y 23, Const. Nac.; art. 11 DADH, art. 25 DUDH, art. 12 PIDESC, art. 6.7 y 25 PIDCP y 3, 23, 24 y 25 CADH).

---

*teniendo presente que en ningún caso pueda: a) Afectar la dignidad de la persona; b) Producir cualquier efecto de marginación, estigmatización, degradación o humillación; c) Exceder el marco de las excepciones legales taxativas al secreto médico que siempre se interpretarán en forma respectiva; d) Incursionar en el ámbito de la privacidad de cualquier habitante de la Nación Argentina; e) Individualizar a las personas a través de fichas, registros o almacenamiento de datos, los cuales, a tales efectos, deberán llevarse en forma codificada”.*

33 Ver las distintas alternativas con mayor profundidad en WIERZBA, Sandra M., *Protección de datos de salud en procesos judiciales. Transparencia judicial y confidencialidad de datos de litigantes con VIH/SIDA: ¿Existe oposición entre tales principios?*, pp. 5/9 ([www.ijusticia.org/heredia/PDF/Wierzba.pdf](http://www.ijusticia.org/heredia/PDF/Wierzba.pdf)) (Fecha de consulta: 15 de junio de 2018).

34 En la causa T-509-10 la Corte Constitucional de Colombia dispuso que a los fines de proteger la identidad del accionante y de su familia, su nombre no sería divulgado y el expediente en cuestión quedaría bajo estricta reserva, pudiendo solo ser consultado por los directamente interesados, con el fin de evitar que aquello se vean expuestos a tratos degradantes o discriminatorios en su entorno familiar y social, dado las connotaciones de esta enfermedad frente a la sociedad.

35 En Estados Unidos de Norteamérica algunos tribunales han admitido la posibilidad de que el actor litigara bajo un pseudónimo durante el transcurso del tiempo. Ver al respecto: WIERZBA, Sandra M., *Op. Cit.*, P. 6.

36 En Argentina, en casos vinculados con personas que viven con el VIH la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha difundido algunos fallos resguardando la identidad del accionante (Fallos 319:3040 y 327:5373), mientras que en otros no lo ha hecho (317:282, 324:677 y 323:4108).

37 De haber ocurrido tal requerimiento o haberse planteado la cuestión en instancias previas del proceso, podría haber resultado aconsejable la adopción de medidas protectorias más intensas.

38 Esto sería lo más apropiado, teniendo en cuenta que, como ya se dijo, todos los actores sociales deben involucrarse en la mitigación de los efectos adversos que puede producir el VIH en el ejercicio de los derechos, lo que concierne especialmente a los abogados quienes deben asesorar debidamente a sus clientes respecto a los mecanismos aptos para resguardar su identidad. El deber de asesoramiento no sólo concierne a los aspectos técnicos del proceso a iniciar, sino que también involucra las garantías y medidas protectorias que debe gozar la persona afectada en el desenvolvimiento del proceso y en resguardo de su intimidad.

39 El artículo 68 de la Ley 8465 dispone: “Publicidad y consulta. *EL expediente será de conocimiento público, salvo que la ley disponga lo contrario, o el tribunal lo decida por razones de seguridad, de moral o en protección de alguna de las partes. Podrán consultarlo, en la oficina, las partes y todos los que tuvieren un interés en la exhibición. Si el secretario la negare podrá reclamarse verbalmente ante el tribunal, que resolverá de acuerdo con el primer párrafo”*

40 E, inclusive, de manera más amplia encuentra resguardo en el deber genérico de prevenir el daño (art. 1710 inc. b, Cód. Civ. y Com.), que cabe a los magistrados a fin de procurar que las partes no sufran consecuencias perjudiciales por su actuación procesal.

Este derecho no es susceptible de un aseguramiento absoluto, ya que la preservación de la salud depende de múltiples variables que escapan a la capacidad de acción del Estado y al control humano; pero en gran medida depende de políticas públicas que inciden tanto en relación a la salud propiamente dicha como respecto a sus efectos, mitigando las consecuencias que pueden derivar del padecimiento de enfermedades crónicas<sup>41</sup>.

Y es en este punto donde se produce la intersección entre dos dimensiones del principio de igualdad: (i) la tradicional (igualdad como no discriminación)<sup>42</sup>, según la cual debe evitarse todo tipo de discriminación derivada de la condición de salud (real o supuesta) en el acceso al trabajo, su conservación<sup>43</sup> y el pleno goce de sus derechos laborales y previsionales<sup>44</sup>; (ii) la estructural (igualdad como no sometimiento o equiparación)<sup>45</sup>, debiendo dotarse a las personas que viven con el VIH de una protección especial (dada su especial vulnerabilidad)<sup>46</sup> que les asegure una igualdad material o real en el ejercicio de sus derechos a través de las herramientas idóneas para que accedan sin restricciones indebidas al mundo del trabajo y al goce de todos los beneficios previsionales que pudieran ser procedentes en cada caso particular, incluso mediante medidas de discriminación inversa o acciones positivas (art. 75 inc. 23, Const. Nac.)<sup>47</sup>.

Este mandato igualitario es, en definitiva, el que valida la decisión que examinamos, que combina satisfactoriamente las dos facetas involucradas.

## V. Reflexión final

El aseguramiento de la calidad de vida y la cobertura de las necesidades básicas de las personas que viven con el VIH, como presupuestos básicos para el ejercicio igualitario de sus derechos, constituye un objetivo innegociable y permanente de los poderes públicos, que exige la articulación y coordinación de esfuerzos sostenidos del Estado (en todos sus niveles) y de la sociedad en su conjunto.

En tal sentido, las decisiones judiciales (aún individuales o incluso aisladas) aportan a la construcción de un sistema protectorio eficaz y contribuyen a las transformaciones

41 Cfr. YAMIN, Alicia Ely (2013), "Poder, sufrimiento y los tribunales. Reflexiones acerca de la promoción de los derechos de la salud por la vía de la judicialización", en YAMIN, Alicia Ely y GLOPPEN, Siri (coordinadoras), *La lucha por los derechos de la salud. ¿Puede la justicia ser una herramienta de cambio?*, Buenos Aires, Siglo XXI, P. 433.

42 Nos referimos a la igualdad de trato plasmada en el artículo 16 de la Constitución Nacional, caracterizada por la abstracción de las diferencias de personas (o la neutralidad frente a ellas) a los fines de asignarle derechos y posibilitarles su ejercicio.

43 El riesgo de discriminación en estos casos "...se produce en los dos extremos de la relación de trabajo, ya que al seropositivo le es tan difícil obtener empleo, como fácil que lo echen. En tal sentido, los portadores del VIH y los sospechosos de serlo constituyen un grupo de riesgo laboral pasible de ser discriminado" (Cám. Nac. Ap. del Trabajo, sala VII, 31/05/1996, "I., O. E. c. Empresa Líneas Marítimas Argentinas S.A.", DT 1997-A, p. 497, La Ley Online AR/JUR/2707/1996).

44 Se aplican en la materia la norma específica sobre igualdad de trato prevista por el art. 81 de la ley 20.744, además de la Ley antidiscriminatoria 23.592. Incluso a nivel constitucional se establecen pautas específicas antidiscriminatorias en el plano laboral, como la regla de igual remuneración por igual tarea (art. 14 bis, Const. Nac.).

45 Este plano de la igualdad surge en nuestro derecho vigente de diversas normas (arts. 37, 75 inc. 19 y 23, Const. Nac.) y ha dado lugar al desarrollo de microsistemas normativos protectorios (del trabajador, art. 14 bis, Const. Nac.; del consumidor, art. 42, Const. Nac.). Se parte de un estado de cosas en que ciertas personas o grupos de personas se encuentra fácticamente en una posición de debilidad, sometimiento o vulnerabilidad, de modo que un trato neutral no haría respecto a ellas más que reforzar y consolidar las desigualdades preexistentes; correlativamente, la técnica a la que se recurre implica asignar relevancia a las diferencias y, en función de ellas, dictar normas especialmente tuitivas que procuren compensar jurídicamente las disparidades fácticas.

46 La protección del débil en el derecho contemporáneo presenta intensos desarrollos en la ciencia jurídica actual. La C.S.J.N. admitió expresamente que la reforma constitucional de 1994 "reforzó el mandato constitucional de tutela para situaciones de vulnerabilidad", mediante el dictado del art. 75 inc. 23 C.N., reconociendo un "deber de protección de sectores especialmente vulnerables", sentando principios "de igualdad democrática y de diferencia con finalidad tuitiva con los sectores excluidos" ("Q.C., S.", Fallos 335:452, Considerandos 8 y 12; en su voto, Petracchi aludió a "deberes adicionales de protección" y de la necesidad de resguardo "a los grupos más vulnerables de la población", mientras que Argibay aludió a una "tutela más acentuada" en aras a un ejercicio igualitario de derechos y destacó el derecho de los accionantes a ser tratados de un modo diferente, siendo "irrazonable" incluirlos dentro del mismo grupo que otras personas). También aludió a esta protección preferente en la causa "Villarreal" (Fallos 337:1564).

47 V. gr., estableciendo cuotas u objetivos (*goals*) a fin de favorecer el ingreso de personas con el VIH a la Administración pública, aplicando políticas promocionales (por ejemplo, de exenciones impositivas) a empresas privadas que llenen estos cupos, adoptando condiciones especiales de acceso a beneficios previsionales, pautando porcentajes mínimos automáticos de discapacidad a quienes viven con VIH, entre muchas alternativas.

culturales requeridas para mitigar los efectos perjudiciales asociados a dicha epidemia. Allí reside la trascendencia del fallo analizado, que excede la mera composición de un litigio individual.

---

## BIBLIOGRAFÍA

---

- BARRANCO AVILÉS, María del Carmen (2010), *Consecuencias del reconocimiento de un 33 por 100 de minusvalía para las personas que viven con VIH/SIDA*, Instituto de Derecho Bartolomé de las Casas (<http://sid.usal.es/idocs/F8/FDO26048/informevihydis-capacidad.pdf>) (Fecha de consulta: 15 de junio de 2018).
- CONFERENCIA INTERNACIONAL DEL TRABAJO (2010), *Recomendación 200. Recomendación sobre el VIH y el SIDA y el mundo del trabajo* ([www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100\\_ILO\\_CODE:R200](http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:R200)) (Fecha de consulta: 15 de junio de 2018).
- ENABLE Naciones Unidas, *La discapacidad y el VIH/SIDA* ([www.un.org/spanish/disabilities/default.asp?id=1566](http://www.un.org/spanish/disabilities/default.asp?id=1566)) (Fecha de consulta: 15 de junio de 2018).
- ILOAIDS (2004), *VIH/SIDA + Trabajo. Utilización del Repertorio de recomendaciones prácticas y del Manual de Educación y formación de la OIT: Directrices orientadas a los Jueces y Magistrados del Trabajo*, OIT, Suiza ([www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/--ed\\_protect/---protrav/---ilo\\_aids/documents/publication/wcms\\_107735.pdf](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/--ed_protect/---protrav/---ilo_aids/documents/publication/wcms_107735.pdf)) (Fecha de consulta 15 de junio de 2018).
- KIPER, Claudio M. (1998), *Derecho de las minorías ante la discriminación*, Buenos Aires, Hammurabi.
- MINISTERIO DE SALUD (2016), *Boletín sobre VIH/sida en la Argentina*, Nro. 33, Año XIX ([www.msal.gov.ar/images/stories/bes/graficos/0000000918cnt-2016-11-30\\_boletin-vih-sida-2016.pdf](http://www.msal.gov.ar/images/stories/bes/graficos/0000000918cnt-2016-11-30_boletin-vih-sida-2016.pdf)) (Fecha de consulta: 15 de junio de 2018).
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (2001), *Repertorio de recomendaciones prácticas de la OIT sobre el VIH/SIDA y el mundo del trabajo* ([www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_protect/---protrav/---ilo\\_aids/documents/publication/wcms\\_113788.pdf](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---ilo_aids/documents/publication/wcms_113788.pdf)) (Fecha de consulta: 15 de junio de 2018)
- (2015), *Ser contratado. Guía para personas con discapacidad en búsqueda de trabajo*, Oficina de País de la OIT para la Argentina, Buenos Aires ([http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-buenos\\_aires/documents/publication/wcms\\_452868.pdf](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-buenos_aires/documents/publication/wcms_452868.pdf)) (Fecha de consulta: 15 de junio de 2018).
- (2018), *El impacto del VIH y el SIDA en el mundo del trabajo: estimaciones mundiales*, ([www.ilo.org/global/publications/books/WCMS\\_630161/lang-es/index.htm](http://www.ilo.org/global/publications/books/WCMS_630161/lang-es/index.htm)) (Fecha de consulta: 15 de junio de 2018).
- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (2017), *Preguntas y respuestas sobre el VIH/SIDA* ([www.who.int/features/qa/71/es/](http://www.who.int/features/qa/71/es/)) (Fecha de consulta: 15 de junio de 2018).
- (2018): *VIH/sida. Datos y Cifras* ([www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/hiv-aids](http://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/hiv-aids)) (Fecha de consulta: 15 de junio de 2018).
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA Y CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL (2016), *Diccionario del español jurídico*, Madrid, Espasa (<http://dej.rae.es/#/entry-id/E152500>) (Fecha de consulta: 15 de junio de 2018).
- VICENTE-HERRERO, M.T., TERRADILLOS GARCÍA, M.J., AGUADO BENEDÍ, M.J., CA-

PDEVILA GARCÍA, L, RAMÍREZ IÑIGUEZ DE LA TORRE, M.V., AGUILAR JIMÉNEZ, E. (2016), *Incapacidad y Discapacidad. Diferencias conceptuales y legislativas* ([www.aee-mt.com/](http://www.aee-mt.com/)) (Fecha de consulta 15 de junio de 2018).

- VILLAVARDE, María Silvia (2009), *Tutela procesal diferenciada de las personas con discapacidad. Claves para su reforma procesal*, Revista de Derecho Procesal 2009-1. Tutelas procesales diferenciadas II, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, pp. 287-328.
- VIVES, Juan Martín (2012), *La "acomodación razonable" de las prácticas religiosas en el ámbito laboral. Su posible aplicación al derecho argentino*, La Ley 2012-D, P. 828.
- WIERZBA, Sandra M., *Protección de datos de salud en procesos judiciales. Transparencia judicial y confidencialidad de datos de litigantes con VIH/SIDA: ¿Existe oposición entre tales principios?* ([www.iijusticia.org/heredia/PDF/Wierzba.pdf](http://www.iijusticia.org/heredia/PDF/Wierzba.pdf)) (Fecha de consulta: 15 de junio de 2018).
- YAMIN, Alicia Ely (2013), "Poder, sufrimiento y los tribunales. Reflexiones acerca de la promoción de los derechos de la salud por la vía de la judicialización", en YAMIN, Alicia Ely y GLOPPEN, Siri (coordinadoras), *La lucha por los derechos de la salud. ¿Puede la justicia ser una herramienta de cambio?*, Buenos Aires, Siglo XXI, pp. 395-438.

# PRIMERA APROXIMACIÓN A LA EXIGIBILIDAD -NO JUDICIAL- DEL DERECHO A LA SALUD EN LA PROVINCIA DE CÓRDOBA <sup>1</sup>

---

## A FIRST APPROACH TO NONJUDICIAL ENFORCEABILITY OF THE RIGHT TO HEALTH IN THE PROVINCE OF CÓRDOBA

---

CLAUDIO E. GUIÑAZÚ<sup>2</sup>

---

*Fecha de recepción: 11/06/2018*

*Fecha de aceptación: 13/08/2018*

### RESUMEN:

Desde la perspectiva del “enfoque de derechos humanos” el trabajo aborda la distinción entre la exigibilidad judicial del derecho a la salud, y otras instancias y mecanismos administrativos de exigibilidad, que permiten monitorear ciertos aspectos del sistema de salud. Expone algunas ventajas y desventajas de ambas modalidades, concentrándose en la exigibilidad -no judicial- de este derecho en la provincia de Córdoba. Releva los principales organismos provinciales, competentes para fiscalizar actividades vinculadas con el derecho a la salud, así como la información disponible sobre los reclamos y denuncias formulados ante ellos. Particularmente se detiene en la Dirección de Defensa al Consumidor y Lealtad Comercial, el Registro de Unidades de Gestión de Prestaciones de Salud (R.U.GE.PRE.SA.) y el Consejo de Evaluación Ética de la Investigación en Salud (CoEIS) -en la esfera de la Administración Pública centralizada-, y -fuera del Poder Ejecutivo- en el Defensor del Pueblo de la Provincia.

---

### ABSTRACT:

From a human rights approach, this paper analyzes the distinction between judicial enforceability of the right to health and other enforcement mechanisms which allow monitoring of certain elements of local healthcare systems. The paper describes advantages and disadvantages of all these mechanisms, and it focuses on nonjudicial enforcement of the right to health in the province of Córdoba. The

---

<sup>1</sup> Este artículo es una versión revisada de la Ponencia presentada en el I Seminario Internacional “Derechos Humanos, Salud y Bienestar”, celebrado en la Ciudad de Córdoba, los días 28 y 29 de junio de 2018.

<sup>2</sup> Abogado (UNC), Maestrando en Bioética (FCM, UNC), Profesor de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho (UNC) y de Políticas Sociales del Estado en la Licenciatura en Trabajo Social, Facultad de Ciencias Sociales (UNC). Investigador del proyecto “Políticas sociales, derechos sociales y enfoque de derechos: hacia un modelo de análisis constitucional”, con subsidio SECYT desde 2012 (CIJS, Facultad de Derecho, UNC). Miembro de GIDES. Correo electrónico: ceguinazu@yahoo.es

main provincial healthcare supervision offices are examined, as well as the information available on complaints filed before them. In particular, the paper centers on the Consumer Protection Office, the Registry of Healthcare Provision Units (Spanish acronym: RUGEPRESA) and the Council for Ethics Assessment in Health Research (Spanish acronym: CoEIS) -all of them part of the decentralized Provincial Administration- and the Ombudsman Office -external to the local Executive Power.

#### PALABRAS CLAVE

derecho a la salud; exigibilidad; enfoque de derechos; Provincia de Córdoba

#### KEYWORDS:

Right to health; enforceability; human rights approach; Córdoba province

### I. Introducción

Durante los últimos años los estudios en torno a la exigibilidad del derecho a la salud se concentraron en analizar sus posibilidades de reclamo ante los tribunales de justicia, trazando cierta equiparación entre las nociones de exigibilidad y acceso a la justicia. Sin embargo, a partir del “enfoque basado en derechos humanos”<sup>3</sup> (EBDH) es posible ampliar las fronteras de exigibilidad, y distinguir otras instancias y mecanismos más amplios, inscriptos en la noción de “accountability”<sup>4</sup>, que no hacen foco sólo en el acceso a la esfera jurisdiccional para la protección de la salud. Entre ellos, se cuenta el acceso a variados órganos y procedimientos -en el ámbito de la administración pública centralizada y descentralizada, o incluso por fuera de ella-, que permiten fiscalizar el funcionamiento de ciertos aspectos del sistema de salud, a la vez que participar en la toma de decisiones estructurales sobre tales aspectos. Estas instancias y mecanismos pueden ser leídos como otros modos de exigibilidad del derecho a la salud, puesto que -entre otras cosas-

3 Los “enfoques basados en derechos” (EBDH) o “enfoques de derechos” consideran al Derecho Internacional de los Derechos Humanos como un marco conceptual, que ofrece un sistema coherente de principios y reglas que resulta jurídicamente vinculante para el Estado, tanto al momento de diseñar e implementar políticas sociales -por caso, en materia de salud-, como al ejecutarlas o modificarlas. “En líneas generales, el enfoque basado en derechos considera que el primer paso para otorgar poder a los sectores excluidos es reconocer que ellos son titulares de derechos que obligan al Estado. Al introducir este concepto se procura cambiar la lógica de los procesos de elaboración de políticas, para que el punto de partida no sea la existencia de personas con necesidades que deben ser asistidas, sino sujetos con derecho a demandar determinadas prestaciones y conductas. Las acciones que se emprendan en este campo no son consideradas solo como el cumplimiento de mandatos morales o políticos, sino como la vía escogida para hacer efectivas las obligaciones jurídicas, imperativas y exigibles, impuestas por los tratados de derechos humanos. Los derechos demandan obligaciones y las obligaciones requieren mecanismos para hacerlas exigibles y darles cumplimiento”. ABRAMOVICH, Víctor (2006): *Una aproximación al enfoque de derechos en las estrategias y políticas de desarrollo*, Revista de la CEPAL n° 88, p. 36. Ver además ETCHICHURY, Horacio J. (2015): “El aporte del derecho en el enfoque de derechos” en ETCHICHURY, Horacio J. y ÁLVAREZ, Magdalena I. (coord.) *Encuentros y (des)encuentros entre las políticas públicas y los derechos sociales*, Córdoba, GIDES-CIJS, UNC, pp. 13-37.

4 La “accountability” es usualmente traducida como “rendición de cuentas”; en el discurso sobre los DESC comprende una variedad de mecanismos de control social que posibilitan la fiscalización y participación de la ciudadana sobre las políticas sociales. Presupone el acceso a la información, la libertad de expresión, la libertad de asociación y el derecho a petionar a las autoridades. Comprende el acceso a los recursos judiciales, pero no se agota sólo en ellos. “La rendición de cuentas es la piedra angular de los EBDH en América Latina, y quizás sea el aporte más distintivo de la región a otros esfuerzos en pro de la cobertura universal de salud. La rendición de cuentas en los EBDH no es una ocurrencia tardía, e involucra tanto a los procesos como a los resultados en relación a la cobertura universal de salud. Los EBDH promueven un ‘círculo de rendición de cuentas’ que implica cambios en una cadena de decisiones, desde el análisis de la situación inicial, pasando por el establecimiento de marcos legales y de políticas; el desarrollo de estrategias de salud pública a nivel nacional y planes de acción para establecer prioridades; la formulación y asignación de presupuestos; la implementación de programas, procesos de seguimiento y evaluación y mecanismos de vigilancia... Los EBDH... van más allá del ámbito legal. Convierten a beneficiarios pasivos de los servicios en activos titulares de derechos, lo que significa que no puede haber un paquete estático de servicios para la cobertura universal de salud definido por tecnócratas a puertas cerradas. La manera en que se determinan los servicios y tratamientos prioritarios, así como las intervenciones de salud pública, junto con los pasos para incluir a más personas y disminuir la carga financiera, se deben lograr mediante una activa participación ciudadana que promueva los derechos y la legitimidad del sistema. Los procesos sociales de rendición de cuentas en América Latina, han posibilitado la participación significativa de personas, así como la inclusión de grupos tradicionalmente marginados y excluidos, en el diseño, implementación y evaluación de las políticas y presupuestos públicos, y también en la auditoría de la calidad de atención”. YAMIN, Alicia y FRISANCHO, Ariel (2014): *Enfoques basados en los derechos humanos para la salud en América Latina* ([www.medicc.org/mediccreview/pdf.php?lang=es&id=437](http://www.medicc.org/mediccreview/pdf.php?lang=es&id=437)) (Fecha de consulta: 23 de junio de 2018), p. 5. Ver además HUNT, Paul (2008): *Informe del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del nivel más alto posible de salud física y mental* [8-18] UN Doc. A/63/263, 11 de agosto de 2008 ([http://repository.un.org/bitstream/handle/11176/171379/A\\_63\\_263-ES.pdf?sequence=6&isAllowed=y](http://repository.un.org/bitstream/handle/11176/171379/A_63_263-ES.pdf?sequence=6&isAllowed=y)) (Fecha de consulta: 25 de junio de 2018).

permiten reclamar prestaciones y servicios inherentes a tal derecho, así como demandar y controlar el cumplimiento de las obligaciones estatales derivadas de aquél.

El presente trabajo se detiene brevemente en la distinción conceptual entre la exigibilidad judicial del derecho a la salud y otros mecanismos de exigibilidad -no judicial-, focalizándose en el segmento específico de las denuncias y reclamos ante organismos administrativos. Expone algunas de sus ventajas y desventajas, y sus posibles relaciones con la exigibilidad judicial. Luego efectúa un relevamiento de los principales organismos de la Provincia de Córdoba, cuyas competencias les exigen desplegar algún tipo de fiscalización sobre actividades vinculadas con el derecho a la salud, así como la información disponible sobre los reclamos y denuncias formulados ante ellos. En particular, se detiene en la Dirección de Defensa al Consumidor y Lealtad Comercial, el Registro de Unidades de Gestión de Prestaciones de Salud (RUGEPRESA) y el Consejo de Evaluación Ética de la Investigación en Salud (CoEIS) -en la esfera de la Administración Pública centralizada-; y -fuera del Poder Ejecutivo- en el Defensor del Pueblo de la Provincia. Finalmente, esboza algunas conclusiones<sup>5</sup>.

A modo de advertencia, debe recalcar que la exploración de estas modalidades de exigibilidad del derecho a la salud en modo alguno implica menguar la trascendencia política e institucional que su exigibilidad judicial presenta para el enfoque de derechos, como piedra angular para reivindicar el carácter jurídico-vinculante de los derechos económicos y sociales (DESC), en paridad de condiciones con los derechos civiles y políticos. Tampoco implica desconocer que el agotamiento de las instancias judiciales internas de los Estados constituye -por regla- una exigencia para acceder a los órganos de monitoreo de derechos humanos, tanto en el sistema interamericano como en el universal. De otro lado, aún cuando ciertas ventajas de los mecanismos de exigibilidad no judicial permiten la protección eficaz del derecho a la salud de los sectores más excluidos y marginados en la provincia, el presente trabajo no sostiene que sus reclamos deban canalizarse *sólo* mediante estos últimos mecanismos, ni pretende excluirlos del acceso a los tribunales de justicia, que las Constituciones -federal y provincial- y los instrumentos de derechos humanos garantizan a todos por igual. Tampoco pretende legitimar las condiciones de desigualdad estructural que excluyen a estos colectivos del acceso a los tribunales, ni los obstáculos que se lo impiden.

## II. Modalidades de exigibilidad del derecho a la salud

Se ha anticipado que la exigibilidad del derecho a la salud ha sido usualmente abordada circunscribiéndola a la posibilidad de reclamar ante los tribunales su protección jurisdiccional, y de obtener una respuesta favorable a la tutela solicitada. Esta concepción parece identificar exigibilidad con acceso a la justicia, encuentra apoyo normativo en el texto de numerosos instrumentos de derechos humanos<sup>6</sup> con jerarquía constitucional en Argentina (art. 75, inc. 22 CN), y responde a una de las principales funciones institucio-

5 Un abordaje más completo -que excede los objetivos del presente- debe comprender también otros organismos. El Ente Regulador de Servicios Públicos (ERSEP), órgano de regulación y fiscalización de servicios públicos creado por art. 21 Ley 8.835, competente para intervenir la prestación de un servicio cuando se afecte la salud de la población o el medio ambiente (art. 25 inc. 1, Ley 8.835). La Administración Provincial del Seguro de Salud (APROSS), creada por Ley 9.277, que brinda cobertura en salud a los agentes en actividad y pasividad de los tres poderes del Estado provincial y de los municipios y comunas adheridos, como así también a otras personas y/o grupos públicos y/o privados incorporados a su régimen (art. 3, Ley 9.277), ajustando su actuación a los lineamientos de política sanitaria definidos por el Poder Ejecutivo Provincial (art. 4, Ley 9.277). Y la Dirección de Policía Ambiental, organismo autárquico emplazado en la esfera del Ministerio de Agua, Ambiente y Servicios Públicos (art. 36, Ley 10.337), con competencia para ejercer el control y fiscalización en materia hídrica, ambiental y recursos naturales, y para hacer cesar toda forma de contaminación.

6 Cfr. art. 18 Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (DADDH), art. 10 Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH), arts. 8 y 25 Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), y art. 14 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP).

nales de los poderes judiciales, cual es garantizar el ejercicio efectivo de tales derechos y remediar su violación. No obstante, el acceso a los tribunales no puede ser entendido como la única vía jurídicamente disponible para reclamar la protección del derecho a la salud. Desde el prisma del EBDH<sup>7</sup> existen otras formas de exigibilidad, inclusive fuera del ámbito de los poderes del Estado, que se inscriben en una concepción más amplia y abarcativa de acceso a la justicia. Desde esta perspectiva, la exigibilidad del derecho a la salud no se limita sólo a las acciones y recursos que habilitan el acceso a la jurisdicción, puesto que comprende además un heterogéneo abanico de institutos.

*“Cuando se habla ...de mecanismos para hacer exigibles los derechos no se hace referencia solo a los sistemas de administración de justicia, aun cuando estos tengan un papel muy importante: se incorporan asimismo en el concepto, entre otros instrumentos, los procedimientos administrativos de revisión de decisiones y de fiscalización ciudadana de las políticas, los espacios de reclamo para usuarios y consumidores, las instancias parlamentarias de fiscalización política y las instituciones especializadas que resguardan derechos fundamentales (defensorías del pueblo, oficinas de protección de consumidores y defensa de la competencia, etc.)”<sup>8</sup>.*

En este marco, la presentación de reclamos y denuncias ante organismos administrativos, para solicitar el cumplimiento de diversos aspectos del derecho a la salud constituye un valioso instrumento cuyo potencial no debe subestimarse, ya que a veces permite obtener una respuesta eficaz y oportuna para el goce efectivo de tal derecho, sin los costos y tiempo que irroga entablar una acción judicial, y sin necesidad de contar con patrocinio letrado. Podría objetarse que esta “exigibilidad administrativa” del derecho a la salud presenta ciertas desventajas estructurales, como la eventual falta de independencia de los organismos administrativos, en virtud de su subordinación jerárquica al Poder Ejecutivo, o la falta de capacitación de algunos agentes o funcionarios. Empero, no puede obviarse que la exigibilidad judicial también las tiene, no sólo por los costos de los procesos judiciales<sup>9</sup>, las dificultades para acceder al patrocinio de un abogado, la saturación de litigios y las modalidades de abordaje inadecuado de algunas causas en la esfera judicial. Algunas de estas desventajas motivaron la adopción de reformas legislativas destinadas –entre otras cosas- a *desjudicializar* ciertos conflictos, creando agencias administrativas especializadas, tal como aconteció con la protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes<sup>10</sup>. Tampoco debe olvidarse que los sectores marginados de la sociedad encuentran muchas veces obstáculos culturales y económicos para promover una acción judicial<sup>11</sup>, y que si bien el reconocimiento de la justiciabilidad del derecho a la salud permitió reivindicar su carácter jurídico como derecho exigible, ha recibido algunos cuestionamientos en la doctrina, por haber dado lugar a nuevos problemas,

7 Para un abordaje del derecho a la salud desde el EBDH ver: ASE, Iván y BURJOVICH, Jacinta (2009): *La estrategia de Atención Primaria de la Salud: ¿progresividad o regresividad en el derecho a la salud?*, Salud Colectiva, vol. 5, n° 1, pp. 27-47; y BALARDINI, Lorena, PAUTASSI, Laura y ROYO, Laura (2013): “Derechos en la mira. Indicadores de medición en salud y vivienda”, en CLÉRICO, Laura, RONCONI, Liliana y ALDAO, Martín (coord.): *Tratado de Derecho a la Salud*, T. I, Buenos Aires, Abeledo Perrot, pp. 845 a 870.

8 ABRAMOVICH, Victor (2006): *Op. Cit.*, p. 47.

9 “Los tribunales y servicios legales están en teoría disponibles para todos, del mismo modo en que lo está el Hotel Sheraton: cualquiera puede entrar; todo lo que se necesita es dinero. La verdad de la cuestión es entonces que la justicia es una mercancía costosa, incluso en los países que tienen los más altos niveles de educación y una asignación generosa de fondos para bienestar social. En América latina en particular, la triste verdad es que la maquinaria de la justicia históricamente ha estado más allá del alcance de la masa de la población, que finalmente recibe sólo una pequeña porción del ingreso nacional”. GARRO, Alejandro M. (2002): “Acceso de los pobres a la justicia en América Latina” en MÉNDEZ, Juan, O’DONNELL, Guillermo y PINHEIRO, Paulo S. (comp.): *La (in)efectividad de la ley y la exclusión en América latina*, Buenos Aires, Paidós, p. 280.

10 Cfr. la Ley nacional N° 26.061, y -en el ámbito local- las Leyes N°s 9.936 y 9.944.

11 Para un análisis del acceso a la justicia de los sectores urbano marginados en la ciudad de Córdoba ver: LISTA, Carlos y BEGALA, Silvana (2001): *Pobreza, marginalidad jurídica y acceso a la justicia: condicionamientos objetivos y subjetivos*, Anuario N° 5, CIJS (FDCS, UNC), pp. 405-430.

tales como la posible reproducción de condiciones de desigualdad estructural<sup>12</sup>, y la “rutinización”<sup>13</sup> de ciertos reclamos. La afirmación de la exigibilidad administrativa del derecho a la salud no persigue erigirla como un requisito previo a la promoción de una acción judicial. Tampoco implica desconocer que la actuación administrativa debe estar sujeta siempre al contralor -eventual- de un órgano jurisdiccional, ni que el acceso al sistema judicial constituye el pilar último para la defensa de los derechos, a nivel interno.

Una precondition común a ambas modalidades de exigibilidad -judicial y administrativa- es la alfabetización jurídica, esto es, la difusión de información de calidad, suficientemente detallada y asequible acerca del contenido y alcances del derecho a la salud, las obligaciones a que da lugar, y los mecanismos y organismos disponibles para reclamar su protección. Comprende además la disponibilidad y posibilidades efectivas de empleo de tal información. Es responsabilidad de los Estados generar y difundir tal información, especialmente entre los sectores marginados de la población, que no disponen de los recursos y capacidades -materiales y simbólicos-, necesarios para reclamar por sus derechos<sup>14</sup>.

La exigibilidad administrativa del derecho a la salud se enmarca en una “concepción amplia” de acceso a la justicia, sostenida por el EBDH y por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en su informe temático sobre “*El acceso a la justicia como garantía de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales*”<sup>15</sup>. Para este organismo regional de monitoreo la tutela efectiva de los DESC exige que se respete la garantía del *debido proceso en la esfera administrativa*, puesto que es allí donde se dirime la mayoría de las adjudicaciones de las prestaciones sociales; a los efectos de instalar la lógica de los derechos y desterrar la de los beneficios asistenciales, reduciendo el margen de discrecionalidad política<sup>16</sup>. Expresa además que

*“(l)as funciones sociales del Estado se han ampliado a áreas tales como salud, vivienda, educación, trabajo, seguridad social, consumo o promoción de la participación de grupos sociales desaventajados. Sin embargo, ello no se ha traducido necesariamente, desde el punto de vista técnico, en la configuración concreta de derechos. En muchos casos, el Estado asumió esas funciones a partir de intervenciones discrecionales o de formas de organización de su actividad, como la provisión de servicios públicos, o la elaboración de programas o planes sociales focalizados... Sin embargo, no hay imposibilidad teórica o práctica alguna de configurar derechos*

12 Un análisis de los litigios en salud en Argentina indica que la mayoría de los litigantes proviene de comunidades con un ingreso promedio relativamente alto del grupo familiar. Allí se ha sugerido que “...el predominio de un estilo de litigación tradicional enmarcado en el derecho privado que no da solución a las desigualdades ni a las limitaciones de gestión estructurales en materia de política de salud, sumado a los efectos agregados de casos acumulados, puede, en última instancia, reforzar las desigualdades. En otras palabras, lejos de remediar los problemas, la judicialización parece exacerbarlos”. BERGALLO, Paola (2013): “Argentina: los tribunales y el derecho a la salud ¿Se logra justicia a pesar de la ‘rutinización’ de los reclamos individuales de cobertura?” en YAMIN, Alicia E. y GLOPPEN, Siri (coord.): *La lucha por los derechos de la salud ¿Puede la justicia ser una herramienta de cambio?*, Buenos Aires, Siglo XXI, p. 60.

13 “La rutinización es el resultado de la acumulación de casos agrupados en torno de ciertas demandas. Pueden surgir agrupamientos de casos vinculados con vacíos en la implementación y reglamentación del PMO en torno de disputas por la cobertura de una enfermedad particular o de un grupo determinado de pacientes. Por ejemplo, la rutinización se manifestó en los primeros casos relativos al VIH/SIDA; también se observó, posteriormente, en relación con otras enfermedades, como la esclerosis múltiple, o con las demandas de personas con discapacidades, personas obesas o parejas no fértiles”. BERGALLO, Paola (2013): *Op. Cit.*, p. 80.

14 La posibilidad de las personas de exigir el cumplimiento de sus derechos sociales con ciertas posibilidades de éxito “...no depende sólo del reconocimiento normativo, ni de la posición legal de cada individuo, sino de la disponibilidad de una serie de recursos y capacidades. Podemos mencionar por ejemplo recursos materiales y financieros, capacidades intelectuales, sociales y culturales, facilidades de lenguaje, información y conocimiento, acceso a servicios de asesoramiento y patrocinio jurídico, y recursos económicos. En ocasiones la integración de las personas en redes sociales y su contacto con actores relevantes como organizaciones de la sociedad civil con capacidad de demandar derechos o movilizarse y negociar con las autoridades públicas”. OEA, CIDH, *Lineamientos para la elaboración de Indicadores de Progreso en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, OEA/Ser.L/V/II.132, Doc. 14, 19 julio 2008, párr. 18.

15 CIDH (2007): *El acceso a la justicia como garantía de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Estudio de los estándares fijados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos* (OEA/Ser.L/V/II.129) (<http://www.cidh.org/pdf%20files/ACCESO%20A%20LA%20JUSTICIA%20DESC.pdf>) (Fecha de consulta 20 de julio de 2018).

16 CIDH (2007): *Op. Cit.*, párr. 95.

*exigibles también en estos campos, de modo de sumar a los mecanismos de control institucional, administrativos o políticos, el control que puedan ejercer sobre los prestadores o funcionarios, las personas que ejercen derechos vinculados a esas prestaciones sociales*<sup>17</sup>.

También adoptó esta concepción amplia el Grupo de Trabajo del Protocolo de San Salvador (GTPSS-OEA), al elaborar *“Indicadores de progreso”* para medir la satisfacción del primer agrupamiento de los DESC (salud, seguridad social y educación) consagrados en ese instrumento interamericano<sup>18</sup>. El acceso a la justicia es considerado allí como un principio transversal que

*“...incluye el examen sobre la posibilidad legal y fáctica de acceso a mecanismos de reclamo y protección administrativos y judiciales. En rigor, no solo restringido a las esferas netamente judiciales sino es más amplio e incluye reclamos administrativos, la presencia de sedes u otras instancias para efectuar reclamos, defensorías, entre otros múltiples instancias”*<sup>19</sup>.

Entre los temas a considerar para el monitoreo de estos derechos, este instrumento continúa la línea trazada por la CIDH, señalando que deben contemplarse

*“los componentes del debido proceso en los procedimientos administrativos relativos a derechos sociales, incluyendo la información relativa a los mecanismos de queja o reclamo ante la denegación de derechos por la administración, y la denegatoria de beneficios considerados de otorgamiento discrecional buscando limitar los márgenes de arbitrariedad de las autoridades públicas”*<sup>20</sup>.

En el Sistema Universal de Derechos Humanos la exigibilidad administrativa del derecho a la salud queda incluida en los “otros recursos apropiados”, contemplados por la Observación General (OG) N° 14 del Comité DESC<sup>21</sup>.

### III. Instancias y mecanismos de exigibilidad -no judicial- del derecho a la salud en la provincia de Córdoba

Entre los principales organismos provinciales legalmente habilitados para recibir denuncias o reclamos administrativos relacionados con el derecho a la salud se cuentan, en la esfera de la Administración Pública centralizada, la Dirección General de Defensa al Consumidor y Lealtad Comercial, el Registro de Unidades de Gestión de Prestaciones de Salud (*R.U.GE.PRE.SA.*) y el Consejo de Evaluación Ética de la Investigación en Salud (*CoEIS*). Fuera del Poder Ejecutivo se encuentra el *Defensor del Pueblo* de la Provincia. Ante la fragmentación del actual sistema de salud, con las funciones de estos organismos quedaría cubierta la fiscalización de los hospitales del sector público y privado, y de las empresas de medicina prepaga. Por su parte, la fiscalización de las obras sociales es preminentemente desarrollada en la provincia por la delegación local de la Superintendencia de Salud de la Nación. Fragmentada y sesgada resulta también la información

17 CIDH (2007): *Op. Cit.*, párr. 96.

18 GTPSS (OEA) (2015): *Indicadores de progreso para la medición de derechos contemplados en el Protocolo de San Salvador* ([https://www.oas.org/en/sedi/pub/indicadores\\_progreso.pdf](https://www.oas.org/en/sedi/pub/indicadores_progreso.pdf)) (Fecha de consulta: 22 de junio de 2018).

19 GTPSS (OEA) (2015): *Op. Cit.*, p. 30.

20 GTPSS (OEA) (2015): *Op. Cit.*, p. 31.

21 COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS SOCIALES Y CULTURALES (2000): *El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud. Observación General 14* (UN Doc. E/C.12/2000/4) ([www2.ohchr.org/English/bodies/crc/docs/GC/CRC.C.GC.14\\_sp.doc](http://www2.ohchr.org/English/bodies/crc/docs/GC/CRC.C.GC.14_sp.doc)) (Fecha de consulta: 20 de junio de 2018), párrs. 59 a 62. Ver además HUNT, Paul (2008): *Informe del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del nivel más alto posible de salud física y mental* UN Doc. A/63/263, 11 de agosto de 2008 ([http://repository.un.org/bitstream/handle/11176/171379/A\\_63\\_263-ES.pdf?sequence=6&isAllowed=y](http://repository.un.org/bitstream/handle/11176/171379/A_63_263-ES.pdf?sequence=6&isAllowed=y)) (Fecha de consulta: 25 de junio de 2018), en especial la Sección III donde se profundiza la rendición de cuentas y el derecho a la salud.

accesible sobre la labor desplegada por estos organismos provinciales. No obstante, en base a los escasos datos disponibles y a las atribuciones específicas de cada uno de ellos, es posible trazar un perfil panorámico de las denuncias y reclamos que se pueden presentar ante ellos. Cabe exceptuar aquí al Defensor del Pueblo, de cuya actuación en virtud de los reclamos vinculados al derecho a la salud existe información relevante.

### 1. La Dirección de Defensa al Consumidor y Lealtad Comercial

Este organismo depende de la Secretaría de Comercio, en el Ministerio de Industria, Comercio y Minería de la provincia, y funciona como *órgano de aplicación* de la Ley 10.247<sup>22</sup>, que regula los derechos de los consumidores y usuarios (art. 9), y de la Ley nacional 24.240 de defensa al consumidor, entre otras<sup>23</sup>. Entre sus principales atribuciones (art. 10) se cuenta la promoción, protección y defensa de tales derechos, en forma individual o colectiva, tanto en sede administrativa como judicial (inc. a); la fiscalización y supervisión del cumplimiento de la referida ley nacional (inc. c); así como la difusión de sus normas y la orientación y el asesoramiento de los consumidores y usuarios (inc. e). Específicamente, el Capítulo VI regula el procedimiento administrativo gratuito a tramitar ante este organismo.

Tales facultades lo habilitan para *receptar reclamos y/o denuncias* (art. 19) por incumplimientos de las *empresas de medicina prepaga* que funcionan en la provincia<sup>24</sup>, pudiendo celebrar a tal efecto audiencias conciliatorias y aplicar eventualmente las sanciones previstas por la Ley 24.240. Sin embargo, estos reclamos y denuncias no parecen representar un porcentaje significativo en el total de reclamaciones formuladas ante este organismo. Así, de los 8557 reclamos recibidos en 2012, sólo 60 se dirigieron contra estas empresas, conformando un porcentaje inferior al 1%. En las estadísticas de 2013 no se registran reclamos contra este tipo de empresas<sup>25</sup>.

Este escaso porcentaje es llamativo, pero difícilmente puede leerse como un índice del correcto y eficaz funcionamiento de la medicina prepaga en la provincia, por cuanto -en no pocas oportunidades- los reclamos contra tales empresas son formulados ante otros organismos, como el Defensor del Pueblo, registrándose además condenas judiciales por incumplimientos de estas empresas, donde existe un nivel de litigiosidad significativo<sup>26</sup>. En todo caso, la escasez de reclamos puede obedecer al desconocimiento de la población cordobesa acerca de esta instancia administrativa de reclamación cuando se trata de empresas de medicina prepaga<sup>27</sup>, o a la falta de disponibilidad de los recursos y capacidades necesarios para acceder a la misma.

### 2. El Registro de Unidades de Gestión de Prestaciones de Salud (R.U.GE.PRE.SA.)

Fue creado mediante Decreto N° 78/00 y Resolución N° 28/00 del Ministerio de Salud, en cuya órbita desarrolla sus funciones. La página oficial de este organismo de

22 Esta ley persigue -entre otros objetivos- la "protección de la salud, la seguridad y los intereses económicos" de los consumidores (art. 4 inc. b).

23 Tiene su sede en Córdoba Capital y delegaciones en ciudades del interior, como Río Cuarto, San Francisco, Bell Ville y Dean Funes.

24 El formulario de reclamos se puede descargar sin costo en el portal de trámites del gobierno provincial (<http://portaldetramites.cba.gov.ar>, consultado el 30/08/2015).

25 No pudimos acceder a las estadísticas 2014 de este organismo. Empero, una gacetilla de prensa del 14/09/2014, publicada en el sitio (<http://www.cba.gov.ar>, consultado el 30/08/2015) destaca que en 2013 los reclamos contra entidades financieras, respondieron en algunos casos al cobro de servicios adicionales en las tarjetas de crédito "...tales como seguros o planes de medicina prepaga que se debitan todos los meses y que el cliente no solicitó".

26 Cfr. ÁLVAREZ, Magdalena I. y GUIÑAZÚ, Claudio E. (2013): "El derecho a la salud en la Provincia de Córdoba" en CLÉRICO, Laura, RONCONI, Liliana y ALDAO, Martín (coord.): *Tratado de Derecho a la Salud*, T. III, Buenos Aires, Abeledo Perrot, pp. 2319-2341.

27 En los sitios web institucionales de este organismo, consultados el 30/08/2015, (<http://www.cba.gov.ar/reparticion/ministerio-de-industria-comercio-y-mineria/direccion-de-defensa-al-consumidor/> y <http://www.cba.gov.ar/consultas-y-asesoramiento/>), donde se explicita su órbita de actuación, puede encontrarse una definición jurídico-técnica y abstracta de las voces "consumidor" y "empresa o proveedor", pero no se emplea un lenguaje asequeble ni se menciona expresamente a las empresas de medicina prepaga.

control<sup>28</sup> enuncia, entre sus objetivos generales: monitorear el sistema de salud en la provincia, verificar la viabilidad de su funcionamiento, evaluar la calidad de las prestaciones y reglamentar el funcionamiento de las empresas que desarrollen actividades inherentes a la cobertura y prestación de los servicios de salud. Sus objetivos específicos comprenden el registro y acreditación de las Unidades de Gestión de Prestadores de Salud (UGPS), y su control económico-financiero y de legalidad. En coordinación con la Dirección de Regulación, Prevención y Fiscalización Sanitaria fiscaliza las UGPS y sus efectores. Además puede receptor *inquietudes, reclamos o denuncias de los usuarios y prestadores*, encontrándose habilitado para hacer recomendaciones y para dirimir conflictos de intereses.

El R.U.GE.PRE.SA. se perfila como un órgano de fiscalización específico en materia de salud, con un espectro de acción más amplio que la Dirección referida precedentemente, ya que sus competencias comprenden el funcionamiento de organismos públicos, como los Centros de Atención Primaria de Salud (CAPS) municipales o provinciales, y las empresas que gerencien, asesoren, gestionen u organicen actividades relacionadas con el derecho a la salud. Sin embargo, se encuentra notablemente más invisibilizado que la Dirección precitada y la difusión de sus actividades -más allá del sitio web oficial- es más limitada, lo que dificulta su accesibilidad para la mayoría de la ciudadanía, que desconoce su existencia, y la posibilidad de formular allí reclamos y denuncias por prestaciones deficientes relacionadas con el derecho a la salud. El referido sitio no contiene información accesible sobre la cantidad y calidad de denuncias y/o reclamos receptados por este organismo, pudiendo rastrearse algunos casos en que ha intervenido por la cobertura periodística dada a algunas inspecciones<sup>29</sup>.

Cabe destacar que los *geriátricos*, que muchas veces han sido noticia en el ámbito local por su funcionamiento irregular y sin habilitación<sup>30</sup>, están comprendidos en la esfera de competencia de este órgano, donde pueden radicarse denuncias y solicitarse inspecciones, conforme lo previsto por los arts. 55 y 56 de la Resolución N° 394/09 del Ministerio de Salud<sup>31</sup>.

### 3. Consejo de Evaluación Ética de la Investigación en Salud (CoEIS)

Los ensayos clínicos en seres humanos registran una página oscura en la provincia, y más precisamente en la ciudad de Córdoba, con motivo de algunas irregularidades verificadas en el Hospital infantil municipal hace más de doce años, cuya repercusión trascendió las fronteras del país<sup>32</sup>. Estas prácticas experimentales constituyen un subcapítulo muy específico y delicado del derecho a la salud, donde convergen variados intereses y derechos que pueden entrar en tensión<sup>33</sup>. La investigación biomédica no

28 <http://www.cba.gov.ar/r-u-ge-pre-sa-registro-de-unidades-de-gestion-de-prestaciones-de-salud/> (Fecha de consulta: 23/06/2018).

29 Así, por ejemplo, en sanatorios de Villa Carlos Paz (<http://www.centenario.com/>, del 16/03/2014) y en una clínica de la ciudad de Córdoba con motivo de denuncias por las muertes de bebés (<http://www.infobae.com/>, del 27/03/2013) (Fecha de consulta: 15/08/2015).

30 Ver la nota de Viviana Trecco "Por cada geriátrico habilitado, hay dos que funcionan ilegalmente", en *La mañana de Córdoba* (<http://www.lmcordoba.com.ar>, del 10/05/2006) (Fecha de consulta: 30/08/2015). La muerte de dos ancianos por un incendio en un geriátrico que habría funcionado con irregularidades dio lugar en 2017 a la imputación del funcionario que estaba a cargo del RUGEPRESA. Ver "Grave imputación a funcionario por la tragedia del geriátrico", en *La voz del interior* (<http://www.lavoz.com.ar/ciudadanos/grave-imputacion-funcionario-por-la-tragedia-del-geriatrico>, del 14/06/2017) (Fecha de consulta: 23/06/2018).

31 Esta Resolución complementa al Decreto N° 657/09, reglamentario de la Ley 7.872 -Régimen de establecimientos geriátricos privados de la Provincia de Córdoba-.

32 Sobre estas actividades consultar la Sentencia del TSJ N° 96 del 15/10/2013, causa "Baudagna, Ana María c/ Municipalidad de Córdoba - Plena jurisdicción - Recurso de Casación" (Expte. Letra "B", N° 23, iniciado el 23/10/2009). Ver además UGALDE, Antonio y HOMEDES, Núria (2012): "Política y ensayos clínicos en la provincia de Córdoba" en HOMEDES, Núria y UGALDE, Antonio (coord.): *Ética y ensayos clínicos en América Latina*, Buenos Aires, Lugar editorial, pp. 195-213.

33 Por un lado, el interés en comprobar científicamente la seguridad y eficacia de nuevos fármacos y tratamientos, y los intereses económicos de la industria farmacéutica; y por el otro, el interés en respetar la dignidad y salvaguardar los derechos humanos de quienes se exponen a una actividad potencialmente riesgosa, al aceptar participar en ensayos clínicos, particularmente si se trata de personas en condiciones de vulnerabilidad.

siempre se ha realizado por estas latitudes con un estricto apego a las exigencias éticas y jurídicas, y a los derechos humanos<sup>34</sup>.

Con la sanción de la Ley 9.694 2009 se creó en la provincia el Sistema de Evaluación, Registro y Fiscalización de las Investigaciones en Salud (SERFIS), que tiene como autoridad de aplicación al Ministerio de Salud (art. 7), y que en líneas generales persigue promover la investigación biomédica éticamente justificada y científicamente sólida, así como el resguardo de la dignidad y derechos humanos de quienes consienten someterse a tales prácticas. Establece la *primacía de la protección y preocupación de la salud y el bienestar de los seres humanos por sobre cualquier otro interés* (art. 3, inc. g).

A tal efecto, se establece el *Consejo de Evaluación Ética de la Investigación en Salud (CoEIS)*, órgano independiente y de integración multidisciplinaria, que tiene por función la evaluación ética de las investigaciones en salud, conjuntamente con los Comités Institucionales de Ética en Investigación en Salud (CIEIS) (art. 12). El art. 15 enuncia sus atribuciones, vinculadas a la supervisión y coordinación del SERFIS, al registro de las investigaciones y los investigadores, y a la observancia de los derechos humanos de los participantes en ensayos clínicos<sup>35</sup>. En especial, el CoEIS está habilitado para *recibir y evaluar denuncias* de los CIEIS o *de particulares*, por cualquier conflicto vinculado a una investigación (art. 15, inc. h); por lo que constituye otra instancia administrativa de reclamación para quienes experimenten la vulneración de sus derechos durante el desarrollo de estas investigaciones. Sin embargo, la web oficial de este organismo<sup>36</sup> no contiene información accesible sobre denuncias presentadas, aunque existe un Registro de Infractores donde puede apreciarse que en 2010 se ha aplicado una suspensión a un CIEIS, y que en 2011 se multó a tres investigadores responsables, por violaciones a la Ley 9.694. Se trata también de un organismo cuya labor y atribuciones no han tenido mayor difusión fuera del ámbito médico-científico.

#### 4. El Defensor del Pueblo de la Provincia

Se trata de un organismo de control y defensa de los derechos colectivos que goza de independencia y autonomía funcional (art. 124, Const. local, y art. 5, Ley 7.741). En el marco de la competencia funcional delimitada genéricamente por los arts. 11, 12 y 13 de la Ley 7.741<sup>37</sup> este órgano está facultado para fiscalizar ciertos aspectos del funcionamiento de los hospitales públicos provinciales, como así también el desarrollo de diversas actividades de los servicios de salud. A diferencia de su par en el orden federal, *carece de legitimación* para promover acciones judiciales (art. 16) pero está facultado para *recibir denuncias y quejas* administrativas (art. 17), para *solicitar informes y promover investigaciones* con motivo de tales denuncias (art. 14), y para instar a las autoridades administrativas al ejercicio de sus potestades de inspección y sanción, formular advertencias y recomendaciones, y proponer modificaciones administrativas y legales (art.

34 Además de la situación verificada en Córdoba, cabe mencionar que el Defensor del Pueblo de la Nación elaboró en 2003 el *Informe Especial sobre ética en la experimentación con humanos y el deber del Estado Nacional*, donde puso de relieve "...la falta de control por parte del Estado respecto de la experimentación en farmacología clínica, que se realiza sobre seres humanos, en nuestro país...". Cuestionó además la labor de fiscalización desplegada por la Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología Médica (ANMAT). Posteriormente, mediante la Disposición 2626/2011, este organismo de control sanitario impuso una sanción pecuniaria a un laboratorio y al investigador principal, por haber verificado irregularidades en un ensayo clínico ejecutado en la provincia de Mendoza. Esta decisión fue confirmada por el Juzgado Nac. en lo Penal Econ. N° 2, mediante sentencia del 28/12/2011, autos "GLAXOSMITHKLINE Argentina S.A. - A. H. - T. M. s/ Infracción Ley 16.463".

35 La fiscalización está a cargo de un Área específica dentro del sistema, creada por Resol. N° 870/08 del Ministerio de Salud.

36 <http://www.cba.gov.ar/coeis/> (Fecha de consulta: 22/06/2018).

37 Art. 11: "El Defensor del Pueblo tendrá las siguientes funciones, que ejercerá de oficio o a pedido de parte: 1. Defender los derechos colectivos o difusos frente a actos, hechos u omisiones de la Administración Provincial. 2. Supervisar, en la Administración, la aplicación de las leyes y demás disposiciones. 3. Supervisar la eficacia en la prestación de los servicios públicos provinciales... 4. Receptar todo tipo de denuncias ecológicas...". El art. 12 precisa que su órbita de actuación comprende la administración centralizada y descentralizada, abarcando las entidades autárquicas y empresas y sociedades del Estado; al tiempo que el art. 13 extiende tal órbita a las personas jurídicas no estatales o privadas, en tanto ejerzan funciones estatales o prerrogativas públicas.

15). Esta institución tiene delegaciones en el interior de la provincia, y goza de mayor visibilidad y reconocimiento entre la ciudadanía, como un espacio institucional donde formular denuncias y reclamos vinculados a la salud. Los reclamos pueden recibirse por diversos medios<sup>38</sup>, lo que lo vuelve una institución más accesible.

Cuenta con un *Area de actuación específicamente destinada a los reclamos y denuncias sobre salud* que, según información oficial de la institución, se ocupa de la “prestación del servicio [de salud] en hospitales, infraestructura sanitaria, salud mental, Profe (Córdoba y Nación), APROSS, Discapacidad, Adultos mayores, solicitud de prótesis, medicamentos y derivaciones, etc.”<sup>39</sup>. La experiencia en el campo nos indica que esta área tiene una buena coordinación y articulación con áreas específicas del Ministerio de Salud y del Ministerio de Desarrollo Social de la Provincia, con las delegaciones locales de dependencias nacionales, lo que posibilita que en no pocas oportunidades brinde una respuesta ágil y eficaz ante cierto tipo de reclamos en salud<sup>40</sup>. En la página oficial de la institución ([www.defensorcordoba.org.ar](http://www.defensorcordoba.org.ar)) se puede acceder a las estadísticas de los reclamos y consultas presentados ante la Defensoría del Pueblo y a los Informes Anuales, elaborados de conformidad con el art. 19 de la Ley 7.741, para rendir cuentas de su labor a la Legislatura provincial. A título de ejemplo, en 2009 recibió 13683 “consultas”, de las que 405 correspondían a la competencia provincial, al tiempo que en 2010 recibió 9815 “consultas” ascendiendo a 490 los reclamos de competencia provincial. Se trata, mayoritariamente de reclamos individuales, siendo escasos los reclamos colectivos<sup>41</sup>. Los informes anuales permiten obtener además una apreciación general e integral del sistema de salud en la provincia.

Por caso, el Informe Anual 2014 califica de “crítica” la situación del sistema de salud en la provincia, denunciando cierta contradicción en las decisiones estatales en la materia, y falta de información acerca de ciertas instancias de reclamo, lo que condujo a esta área a recibir consultas que excedían su competencia<sup>42</sup>. Según el informe, los organismos que dieron lugar a la mayor cantidad de reclamos ese año en salud fueron la APROSS, el PROFE (Programa Federal de Salud que brinda atención por convenio con el Gobierno provincial mediante los hospitales públicos provinciales), todo el sistema Nacional de Obras Sociales Sindicales, Monotributistas y Empresas de medicina prepaga, DASPU y hospitales provinciales, dependientes del Ministerio de Salud de la Provincia. También refiere un proceso “crítico” en la situación hospitalaria provincial, denunciando incumplimientos “sistemáticos y programados” que dan lugar a reclamos individuales<sup>43</sup>.

El Informe Anual 2017, notablemente matizado en el área salud, indica que los reclamos

38 Por vía telefónica, en forma presencial, por correo electrónico y por redes sociales.

39 Cfr. <http://defensorcordoba.org.ar/areasDeActuacion.aspx> (Fecha de consulta: 23/06/2018).

40 Por caso, para agilizar internaciones en hospitales públicos provinciales, para adelantar cirugías “reprogramadas” en tales nosocomios, o para viabilizar el acceso a ciertas prótesis. En algunos casos articuló su labor con algunas Asesorías Letradas

41 Fuente: Informes anuales del Defensor del Pueblo, <http://defensorcordoba.org.ar/informeAnual.aspx> (Fecha de consulta: 22/06/2018).

42 “La gestión realizada durante el 2014 en el Área de Salud... consistió en un intento por palear las consecuencias de la crítica situación del sistema de salud y así contribuir al desarrollo social. Existió una dualidad en las decisiones del Estado, ya que mientras se publicaban acondicionamientos o resoluciones que presumían un avance importante en el cumplimiento del derecho a la salud, en las acciones concretas hubo un sistemático entorpecimiento para solucionar los problemas de los usuarios... La ausencia de elementos informativos o bocas de recepción de reclamos accesibles en ciertas áreas que competen organismos tanto estatales como privados, causó que el Área de Salud sea durante este año receptora de todo tipo de consultas, en muchas de las cuales no tenía competencia... En función de ello, se intentó brindar atención a todos los casos presentados independientemente de la competencia o jurisdicción a la que pertenezcan. En aquellos casos en que no tenía competencia el Defensor del Pueblo, la respuesta consistió en explicarles sus derechos, así como la manera de formalizar su demanda y de presentarla en los Organismos de Control del Estado en que fuera pertinente”. DEFENSOR DEL PUEBLO DE LA PROVINCIA DE CORDOBA (2015): Informe Anual 2014 (<http://defensorcordoba.org.ar/informeAnual.aspx>) (Fecha de consulta: 22 de junio de 2018), pp. 319-320.

43 “En lo referido a la situación Hospitalaria Provincial, se observó a lo largo del 2014 un proceso cada vez más crítico. Los ciudadanos continuaron reclamando por la falta de turnos y los plazos exagerados, así como por la indicación de estudios en centros privados que debían pagar en forma particular. Si bien se cumplió con la entrega de tratamientos medicamentosos con buena regularidad, fue muy frecuente el reclamo de la suspensión de la entrega o la negativa a determinados tratamientos. Es oportuno mencionar que se encontró en general una buena predisposición por parte del Ministerio de Salud para resolver estos casos, el problema es que las faltas son sistemáticas y programadas, y sería lo óptimo que se atienda la causa de fondo en lugar de palear los conflictos y reclamos particulares”. DEFENSOR DEL PUEBLO DE LA PROVINCIA DE CORDOBA (2015): Op. cit., p. 321.

en la materia representaron el 4,55% del total de ese año, pero no individualiza tal total impidiendo apreciar el volumen real de ese porcentaje. Indica asimismo que este Área recibió consultas relacionadas a entidades y organismos pertenecientes al orden Nacional, Provincial, Municipal y Privado, de responsabilidad mixta e Institutos provinciales<sup>44</sup>, con un panorama variopinto similar a años anteriores. Destaca este informe que

*“...pocos ciudadanos reclamaron directamente el incumplimiento de las normas, generalmente, acudieron en busca de ayudas económicas que le permitieran acceder a las exigencias del sistema. Fue muy frecuente el planteamiento de la necesidad de dinero, o la imposibilidad de obtener los montos requeridos para la compra de lo indicado por los profesionales, desconociendo que las soluciones pueden llegar realizando gestiones administrativas que garanticen sus derechos como personas”<sup>45</sup>.*

Este desconocimiento de los reclamantes se reproduce en informes anteriores, y es revelador del bajo grado de alfabetización jurídica en materia de derecho a la salud en amplios sectores de la población, que -por desconocer los alcances y modos de protección de este derecho- no denuncian el incumplimiento de normas o leyes, ni solicitan la realización de trámites administrativos específicos. Según este informe, algunos de los reclamantes solicitaron además “ayuda económica para subsistencia”, lo que da cuenta de una situación socioeconómica desventajosa. Ambos extremos no conducen sino a concluir que, a pesar de tratarse de un organismo de protección de derechos socialmente reconocido, los peticionantes de prestaciones relacionadas con la salud se continúan acercando a la Defensoría del Pueblo *bajo la lógica de la beneficencia* (pidiendo “ayudas”), antes que bajo la lógica de derechos exigibles. De otro lado, se aprecia que las consultas, reclamos y denuncias pueden servir como indicadores de los aspectos defectuosos del sistema de salud en la provincia, al tiempo que ponen de relieve la necesidad imperiosa de difundir entre la población, no sólo el contenido del derecho a la salud sino además los procedimientos, trámites y organismos competentes para garantizarlo.

#### IV. Conclusiones

La exigibilidad administrativa del derecho a la salud constituye un campo que debe ser profundizado, tanto por el ámbito académico jurídico, como por el de la definición, implementación y ejecución de las políticas sanitarias, por cuanto presenta un potencial aún insuficientemente explorado, a los efectos de garantizar el acceso universal al referido derecho. Ello no va en desmedro de su exigibilidad judicial, sino que en todo caso la complementa, presentando además algunas ventajas que no deben ser despreciadas.

Resulta necesario e imperioso visibilizar los organismos administrativos legalmente habilitados para fiscalizar diversos aspectos del sistema de salud en la provincia, y que pueden intervenir eficazmente para garantizar el acceso a las prestaciones de salud, lo que constituye en primer lugar una obligación del Estado. Debe insistirse en la importancia de alfabetizar jurídicamente a toda la población, difundiendo información accesible, actualizada y de calidad respecto del contenido del derecho a la salud, las obligaciones

44 “(L)as consultas se produjeron, mayoritariamente, de afiliados al sistema Nacional de Obras Sociales Sindicales, Monotributistas, Prepagas (Sistema de Salud Privado o prepago), APROSS (Administración Provincial del Seguro de Salud del Gobierno de la Provincia de Córdoba), PROFE (Programa Federal de Salud del Ministerio de Desarrollo Social de la Nación) y Hospitales Provinciales dependientes del Ministerio de Salud de la Provincia”. DEFENSOR DEL PUEBLO DE LA PROVINCIA DE CORDOBA (2018): *Informe Anual 2017* (<http://defensorcordoba.org.ar/informeAnual.aspx>) (Fecha de consulta: 22 de junio de 2018), T. III, p. 25.

45 DEFENSOR DEL PUEBLO DE LA PROVINCIA DE CORDOBA (2018): *Op. cit.*, p. 25.

jurídicas que origina, y los organismos y procedimientos que pueden garantizar su protección efectiva. Ello resulta jurídicamente más trascendente para los grupos marginados de la provincia, contribuye a desterrar la lógica de los beneficios asistenciales, y a cimentar la lógica de los derechos, consolidando a la salud como derecho exigible. Posibilita a su vez el incremento de la rendición de cuentas, el acceso a la información pública y una mayor participación ciudadana en la gestión y funcionamiento del sistema de salud.

Una vez activado el círculo de rendición de cuentas, el incremento de denuncias y reclamos administrativos ante los organismos provinciales de fiscalización en salud -hoy mayoritariamente desconocidos- posibilita un mayor control por parte de la ciudadanía y permite verificar si su funcionamiento resulta satisfactorio o no. Es evidente que el mentado incremento no basta para convertir mágicamente en eficaces a tales organismos, pero puede contribuir a poner en evidencia problemas tales como incumplimientos sistemáticos o estructurales, la falta de presupuesto, falta de personal idóneo o suficiente para realizar inspecciones, eventuales conflictos de intereses, falta de coordinación entre tales organismos, etc. La identificación de tales obstáculos puede activar a su vez nuevos reclamos para su remoción -incluso en sede judicial-, a los efectos de mejorar el funcionamiento del sistema de salud en la provincia.

---

## BIBLIOGRAFÍA

- ABRAMOVICH, Víctor (2006): *Una aproximación al enfoque de derechos en las estrategias y políticas de desarrollo*, Revista de la CEPAL n° 88, pp. 35-50.
- ÁLVAREZ, Magdalena I. y GUIÑAZÚ, Claudio E. (2013): "El derecho a la salud en la Provincia de Córdoba" en CLÉRICO, Laura, RONCONI, Liliana y ALDAO, Martín (coord.): *Tratado de Derecho a la Salud*, T. III, Buenos Aires, Abeledo Perrot, pp. 2319-2341.
- ASE, Iván y BURJOVICH, Jacinta (2009): *La estrategia de Atención Primaria de la Salud: ¿progresividad o regresividad en el derecho a la salud?*, Salud Colectiva, vol. 5, n° 1, pp. 27-47.
- BALARDINI, Lorena, PAUTASSI, Laura y ROYO, Laura (2013): "Derechos en la mira. Indicadores de medición en salud y vivienda", en CLÉRICO, Laura, RONCONI, Liliana y ALDAO, Martín (coord.): *Tratado de Derecho a la Salud*, T. I, Buenos Aires, Abeledo Perrot, pp. 845-870.
- BERGALLO, Paola (2013): "Argentina: los tribunales y el derecho a la salud ¿Se logra justicia a pesar de la `rutinización` de los reclamos individuales de cobertura?" en YAMIN, Alicia E. y GLOPPEN, Siri (coord.): *La lucha por los derechos de la salud ¿Puede la justicia ser una herramienta de cambio?*, Buenos Aires, Siglo XXI, pp. 59-95.
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2007): *El acceso a la justicia como garantía de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Estudio de los estándares fijados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos* (OEA/Ser.L/V/II.129) (<http://www.cidh.org/pdf%20files/ACCESO%20A%20LA%20JUSTICIA%20DESC.pdf>) (Fecha de consulta 20 de julio de 2018).
- COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS SOCIALES Y CULTURALES (2000): *El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud. Observación General 14* (UN Doc.

E/C.12/2000/4) ([www2.ohchr.org/English/bodies/crc/docs/GC/CRC.C.GC.14\\_sp.doc](http://www2.ohchr.org/English/bodies/crc/docs/GC/CRC.C.GC.14_sp.doc)) (Fecha de consulta: 20 de junio de 2018).

- DEFENSOR DEL PUEBLO DE LA PROVINCIA DE CORDOBA (2015): *Informe Anual 2014* (<http://defensorcordoba.org.ar/informeAnual.aspx>) (Fecha de consulta: 22 de junio de 2018).
- (2018): *Informe Anual 2017* (<http://defensorcordoba.org.ar/informeAnual.aspx>) (Fecha de consulta: 22 de junio de 2018).
- ETCHICHURY, Horacio J. (2015): “El aporte del derecho en el enfoque de derechos” en ETCHICHURY, Horacio J. y ÁLVAREZ, Magdalena I. (coord.) *Encuentros y (des)encuentros entre las políticas públicas y los derechos sociales*, Córdoba, GIDES-CIJS, UNC, pp. 13-37.
- GARRO, Alejandro M. (2002): “Acceso de los pobres a la justicia en América Latina” en MÉNDEZ, Juan, O´DONNELL, Guillermo y PINHEIRO, Paulo S. (comp.): *La (in)efectividad de la ley y la exclusión en América latina*, Buenos Aires, Paidós, pp. 279-303.
- HUNT, Paul (2008): *Informe del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del nivel más alto posible de salud física y mental* (UN Doc. A/63/263) ([http://repository.un.org/bitstream/handle/11176/171379/A\\_63\\_263-ES.pdf?sequence=6&isAllowed=y](http://repository.un.org/bitstream/handle/11176/171379/A_63_263-ES.pdf?sequence=6&isAllowed=y)) (Fecha de consulta: 25 de junio de 2018).
- LEMA AÑÓN, Carlos (2009): *Salud, Justicia y Derechos. El derecho a la salud como derecho social*, Madrid, Dikinson.
- LISTA, Carlos y BEGALA, Silvana (2001): *Pobreza, marginalidad jurídica y acceso a la justicia: condicionamientos objetivos y subjetivos*, Anuario N° 5, CIJS, pp. 405-430.
- GRUPO DE TRABAJO DEL PROTOCOLO DE SAN SALVADOR (OEA) (2015): *Indicadores de progreso para la medición de derechos contemplados en el Protocolo de San Salvador* ([https://www.oas.org/en/sedi/pub/indicadores\\_progreso.pdf](https://www.oas.org/en/sedi/pub/indicadores_progreso.pdf)) (Fecha de consulta: 23 de junio de 2018).
- UGALDE, Antonio y HOMEDES, Núria (2012): “Política y ensayos clínicos en la provincia de Córdoba” en HOMEDES, Núria y UGALDE, Antonio (coord.): *Ética y ensayos clínicos en América Latina*, Buenos Aires, Lugar editorial, pp. 195-213.
- YAMIN, Alicia E. y FRISANCHO, Ariel (2014): *Enfoques basados en los derechos humanos para la salud en América Latina* ([www.medicc.org/mediccreview/pdf.php?lang=es&id=437](http://www.medicc.org/mediccreview/pdf.php?lang=es&id=437)) (Fecha de consulta: 23 de junio de 2018).

# LA SENSIBILIDAD HUMANA EN EL PROFESIONAL DEL DERECHO COMO INSTRUMENTO ESENCIAL PARA UNA EFECTIVA JUSTICIA<sup>1</sup>

---

## HUMAN SENSITIVITY IN LEGAL PROFESSIONALS AS AN ESSENTIAL INSTRUMENT FOR AN EFFECTIVE JUSTICE

---

GRACIELA NOELIA HERBAS<sup>2</sup>

---

*Fecha de recepción: 07/06/2018*

*Fecha de aceptación: 31/07/2018*

### RESUMEN:

Basta observar las normas jurídicas vigentes para advertir que todas realzan la Dignidad Humana para la realización de la justicia. Pese a esto, el contenido de las normas no se refleja en la realidad. Entonces ¿cuál es el rol del profesional del derecho? ¿Basta conocer y comprender el valor de los derechos humanos?

El abogado no puede preocuparse solo por la aplicación correcta de las normas, sino que requiere que se cultive el sentido de justicia como virtud del ser humano. Solo con calidad humana y sensibilidad, podrá alcanzar una justicia eficaz y verdaderamente cercana. No debe olvidar la empatía para percibir con certeza, las necesidades de quien requiere justicia

Los Derechos Humanos demandan del abogado la necesidad de vivirlos y transmitirlos en la cotidianeidad. No es posible ser buen operador del derecho y defensor de la justicia, si no se es antes un buen vecino. Esto exige que nos ocupemos y preocupemos por reflexionar sobre nuestra praxis.

---

### ABSTRACT:

Just by observing the legal norms in force, it is noticed that they all enhance human dignity for the realization of justice. In spite of this, the content of the norms is not reflected in reality. Thus, which role do legal professionals have? Is it enough to know and understand the value of human rights?

The lawyer cannot be concerned only with the correct application of the norms; a sense of justice should be cultivated as a virtue of the human being. Only through human quality and sensitivity, an

---

<sup>1</sup> Este artículo es una versión revisada de la Ponencia presentada en el I Seminario Internacional "Derechos Humanos, Salud y Bienestar", celebrado en la Ciudad de Córdoba, los días 28 y 29 de junio de 2018.

<sup>2</sup> Abogada. Especializanda Derecho Judicial y de la Judicatura. Empleado del Poder Judicial de la Provincia de Córdoba. noeliaherbas@hotmail.com

effective justice can be achieved and brought truly close to citizens. Empathy to perceive with certainty the need of those who require justice must not be forgotten.

Human Rights demand that the lawyer leads a life in accordance with them and that these rights can be transmitted on a daily basis. It is not possible to be a good legal professional and defender of justice if you are not a good neighbor first. This requires that we must be occupied and preoccupied pondering about our praxis.

#### PALABRAS CLAVE

Dignidad humana; Abogado; Sensibilidad; Servicio; Justicia.

---

#### KEYWORDS:

Human dignity; Lawyer; Sensitivity; Service; Justice.

### I. Introducción

En los tiempos que corren, basta dar un simple vistazo a todas las normas jurídicas vigentes para advertir que todas -de manera específica o genérica- presentan y resaltan el concepto de lo humano, de dignidad de la persona y del respeto por los Derechos Humanos fundamentales como instrumento eficaz para alcanzar la plena realización del derecho y la justicia en la sociedad. Puede observarse que a lo largo del mundo, se encuentran vigentes leyes, constituciones y numerosos tratados internacionales que consagran estos valores, e incluso existen distintos sistemas para su protección.

Sin embargo, paradójicamente en contradicción a lo dicho, se puede percibir en la realidad -con desánimo- que la transgresión a los derechos elementales de la persona continúa siendo constante y, la llamada universalidad de estos derechos no es una vivencia que pueda advertirse en todos los países como de hecho debiera ocurrir.

Teniendo presente estas dos dimensiones de las cuales hoy todos somos testigos, es decir, considerando la consagración teórica normativa de los Derechos Humanos por un lado y por otro la realidad de su vivencia práctica, se pretende en el presente ensayo, reflexionar respecto a la manera de combatir con efectividad esta disociación entre norma y realidad en el campo de lo jurídico, para lo cual se considera como instrumento esencial la sensibilidad humana y el compromiso personal que al técnico jurídico le exige el cumplimiento de su función. Es que, es evidente que si al profesional del derecho se le ha encomendado garantizar la correcta aplicación del derecho para que cada persona cuando lo necesite encuentre justicia, no es posible ignorar que en esta profesión se requiere valorar esencialmente lo humano, entendiendo por humano a esa cualidad propia y exclusiva del hombre como ser social, de entender, comprender, ayudar, apoyar y motivar a sus semejantes; a la capacidad de ponerse en el lugar del otro, a lo sensible o empático, en definitiva -según lo señala la RAE- al *“adjetivo propio del hombre, comprensivo, sensible a los infortunios ajenos”*.

Siguiendo estos lineamientos, se propone indagar sobre el siguiente interrogante: al profesional del derecho -para cumplir el rol que su profesión le exige y lo que de él espera la sociedad- ¿le es suficiente conocer y comprender el valor de los Derechos Humanos desde el punto de vista teórico normativo? o además de ello, ¿necesita la asimilación, toma de conciencia y práctica del significado de los valores humanos que procura transmitir la ley?

Con ayuda del sentido común y la lógica parece evidente pensar que aun cuando se conozca el concepto técnico de Dignidad Humana, de Igualdad, de Libertad y en defini-

---

<sup>1</sup> Significado del término humano dado por el Diccionario Real Academia Española

tiva se estudie el contenido de los Derechos Humanos, su valor y lo que respecto a ello refieren la doctrina, la jurisprudencia y los tratados internacionales, ello se convierte en letra muerta si el operador del derecho -quien tiene a su cargo garantizar su efectiva aplicación- no vive, ni transmite en la vida cotidiana su significado y alcance al relacionarse con sus semejantes.

Esta reflexión, que meditándola parece ser una obviedad, es el objeto de estudio de este ensayo, pues -como ya se ha señalado- se analizará cómo combatir -desde el ámbito jurídico- la separación que actualmente existe entre el contenido de las normas jurídicas en relación a los Derechos Humanos y su aplicación práctica.

Finalmente, se estima pertinente agregar que la elección de centrar la atención particularmente en el profesional del derecho no ha sido librada al azar sino que, teniendo en cuenta su rol en la sociedad y, siendo éste el encargado de cumplir y hacer cumplir la ley, es quien tiene sobre su cabeza la obligación de trabajar para lograr cambios que realmente impacten a futuro en el respeto por los Derechos Humanos no solo en sentido formal sino también en su vigencia real y práctica.

## II. Breve referencia al estado actual de los Derechos Humanos en la República Argentina

Para comenzar el desarrollo del presente ensayo, atento que en el acápite precedente se ha destacado la preocupante separación entre la consagración normativa de los Derechos Humanos y su realidad práctica, se estima pertinente -sin tentar el agotamiento del tema- exponer brevemente la situación que actualmente atraviesan los Derechos Humanos en la república Argentina, tanto en su fase normativa como en su vivencia social, todo en el afán de dejar adecuadamente justificada la existencia de esta disociación. En este orden de cosas, si se pone atención a la historia de los Derechos Humanos en el ordenamiento jurídico argentino, es simple advertir que lo que marcó un cambio radical en la situación normativa del país fue la reforma constitucional de 1994. A partir de allí, debido a que se otorgó jerarquía constitucional a diversos tratados internacionales sobre derechos humanos, el Estado asumió el compromiso de conducir sus políticas y sus acciones basados en el respeto por estas convenciones internacionales que, trabajaban por garantizar fundamentalmente el respeto por la persona y su dignidad.<sup>2</sup>

Así, en ese marco interno e internacional, se experimentó un proceso paulatino y progresivo del enfoque de los Derechos Humanos los que, poco a poco, comenzaron a formar parte de los escenarios académicos, políticos, legislativos y sociales en el entendimiento que solo de esta manera se garantizaría un efectivo derecho, una real justicia.

Una de las primeras normas jurídicas que puede mencionarse -a modo de ejemplo como reflejo de este concepto a nivel nacional- fue la ley 24.660 de ejecución penitenciaria

2 La constitución Nacional Argentina a partir de su reforma en el año 1994, en el art. 75 inc. 22 enumeró y otorgó jerarquía constitucional a los siguientes Tratados internacionales:

- Declaración americana de los Derechos y Deberes del hombre.
- Declaración Universal de Derechos Humanos.
- Convención americana de Derechos Humanos.
- Pacto internacional de Derechos económicos, sociales y Culturales y su protocolo facultativo.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y políticos.
- Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio.
- Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial.
- Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.
- Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles o inhumanos.
- Convención sobre los Derechos del Niño.

Cabe agregar que con posterioridad a estos acuerdos, se continuaron aprobando otros convenios internacionales también con rango constitucional, tales como: convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas, convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de lesa humanidad, convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, tan solo por nombrarse algunos.

sancionada el 19/06/1996. Este cuerpo legal, se dictó para regular los derechos que asisten a las personas privadas de libertad bajo el postulado que la ejecución penitenciaria no pretende únicamente evitar que el condenado penalmente se fugue, en la seguridad y no en su castigo, sino que además puso énfasis en la consideración que quienes se encuentran cumpliendo una condena cuentan con otros derechos como el derecho a educarse, a trabajar, el derecho a la comunicación con su familia, entre otros.

Durante los años posteriores, continuó consolidándose la perspectiva de los Derechos Humanos y más normas se sancionaron con el criterio explícito de valorar, respetar a la persona y sus derechos. Se pueden traer a colación -tan solo para mencionar algunos ejemplos- la ley de creación del seguro de salud 23.661, la ley de salud mental n° 26.657, las leyes protectoras de los derechos de las personas con discapacidad, la ley de protección al consumidor 24.240 y sus modificatorias etc.

Más recientemente, puede mencionarse como norma digna de ser resaltada el actual Código Civil y Comercial (ley 26.994 B.O. 8/10/2014) ya que, este cuerpo legal vino a revolucionar el sentido tradicional de regular las relaciones privadas, en tanto fue estructurado con base en procurar la protección de la persona humana y de sus derechos fundamentales. Instituyó el denominado proceso de constitucionalización o humanización del derecho privado, derivado del desarrollo creciente de la doctrina internacional de los Derechos Humanos, entre cuyos principios esenciales se destaca el de no discriminación y el respeto de la persona y su dignidad.

Conforme todo lo dicho, no puede dudarse que en la República Argentina -al menos desde el punto de vista teórico normativo- el enfoque de los Derechos Humanos, el respeto por la persona y el concepto de Dignidad Humana se encuentran debidamente receptados, considerándose fundamentales y supremos para la existencia de una real justicia en el país. Ahora bien, se verá qué muestra respecto a la vivencia de estos conceptos la realidad, a efectos de verificar si lo plasmado hipotéticamente en la norma se ve reflejado en la vida de los habitantes argentinos.

En este marco, para conocer la situación del país en materia de Derechos Humanos, sirven de fuente objetiva, los informes emitidos por los diferentes organismos y comités de Naciones Unidas, ya que estos -al emitir sus preocupaciones y recomendaciones al Estado- proporcionan una mirada amplia acerca de los Derechos Humanos, la problemática existente respecto a ellos y, en definitiva su vigencia en la Nación.

Así se puede citar el informe emitido por el Comité de Derechos Humanos en observaciones al quinto informe periódico presentado por Argentina.<sup>3</sup> En este documento, se hizo mención a diversas preocupaciones que rodean al país, entre las que se pueden nombrar:

a. *Igualdad y Violencia de Género*: El Comité, aunque toma nota de las medidas adoptadas por el Estado para promover la igualdad entre hombres y mujeres, lamenta la persistencia de las diferencias salariales entre ambos géneros y la falta de representatividad de las mujeres en los sectores públicos y privados. En este sentido también hace saber su preocupación por la incesante violencia contra la mujer que se advierte en la realidad social pese a los distintos programas, medidas y leyes adoptados por el país para prevenirla y erradicarla;

b. *Personas con Discapacidad*: si bien en este campo destaca los avances legislativos en cuanto al tema, el Comité resalta con tristeza las continuas violaciones de derechos humanos para con personas con discapacidad, fundamentalmente las que se producen en establecimientos psiquiátricos. Asimismo, hizo notar que

---

3 Naciones Unidas, "observaciones finales sobre el quinto informe periódico de Argentina", disponible en página web: <http://acnudh.org/paises/argentina/> Naciones Unidas Derechos Humanos. Oficina del Alto comisionado. América del Sur. Consultado el 21 de Junio de 2018.

pese a la obligación legal de una cuota laboral del 4% para personas con discapacidad, esta continúa siendo ínfima;

c. *Derechos de los Pueblos Indígenas*: el Comité hizo notar su preocupación por el hecho que grupos indígenas continúen siendo objeto de violencias y desalojos forzosos en varias provincias

Otro informe que se puede traer a colación, es el presentado con fecha 24/05/2017 por el *Comité Contra La Tortura Y Otros Tratos O Penas Cruelles* que, al emitir sus observaciones finales sobre los informes periódicos presentados por la Argentina -en relación a los establecimientos carcelarios y los detenidos alojados en estos- destacó la profunda preocupación que le genera la difusión de

*“informaciones que denuncian la práctica recurrente de la tortura y el maltrato en los diferentes ámbitos de las fuerzas de seguridad, así como en las rutinas del personal penitenciario, que arrastra el peso histórico de una estructura militarizada y corporativa. Dichos actos de violencia institucional incluirían los maltratos que padecen los reclusos al ingresar a las unidades carcelarias (la llamada bienvenida) y otras prácticas de asfixia con bolsas, torturas en los oídos, tobillos y plantas de los pies (...) preocupan además al comité las informaciones que denuncian los traslados arbitrarios de detenidos lejos de sus familias a modo de castigo encubierto...”*.<sup>4</sup>

De una lectura detallada de este documento se desprende que la situación en el régimen penitenciario del país es sumamente preocupante. Se destacan allí el excesivo uso de la violencia policial, las deficientes condiciones sanitarias de quienes se encuentran alojados en los establecimientos carcelarios, los abusos cuando se realizan detenciones sin orden judicial para averiguar antecedentes y, todo ello pese a la existencia de legislación que intenta combatir y evitar estos sucesos.

Teniendo en cuenta estos dos informes, puede advertirse claramente que en la República Argentina la realidad que a diario viven los habitantes del país, difiere en gran medida de la que pretende reflejar y alcanzar el ordenamiento jurídico que la regula y, si bien se van observando avances en el ámbito legislativo y político pareciera ser que esto no se ve reflejado en la cotidianeidad de cada día.

Tristemente esta situación es vivida en todo el mundo, pues basta poner atención a las noticias difundidas a diario en todos los medios de comunicación para verificar que, constantemente se dan a conocer hechos que translucen situaciones de desprecio por los Derechos Humanos, la Dignidad de la persona y el respeto de sí mismo.<sup>5</sup>

Frente a esta situación, que no resulta desconocida por nadie, cabe reflexionar sobre el siguiente interrogante: ¿cuál es el rol que debe cumplir el operador del derecho frente a la tajante separación entre norma y realidad?,

Se reflexionará acerca de estas cuestiones en los acápite siguientes.

---

4 Comité Contra la Tortura de Naciones Unidas, *“observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto combinados de la Argentina”*, informe del 24 de Mayo de 2017 disponible en página web: <http://acnudh.org/paises/argentina/> Naciones Unidas Derechos Humanos. Oficina del Alto comisionado. América del Sur. Consultado el 21 de Junio de 2018.

5 A modo de ejemplo:

• Con fecha 17/05/2018 el periódico Argentino Clarín informó: “...nueva York...un abogado discrimina a empleados de un local porque hablan español...” disponible en: [https://www.clarin.com/sociedad/video-racista-escandaliza-unidos\\_0\\_HyEfuVs0z.html](https://www.clarin.com/sociedad/video-racista-escandaliza-unidos_0_HyEfuVs0z.html) (consultado el 21/06/2018).

• Con fecha 2/02/2018 el diario La Nación publicó: “...la violencia se expande y alarma a Río...” disponible en: <https://www.lanacion.com.ar/2105949-la-violencia-se-expande-y-alarma-a-rio-hubo-20-tiroeos-por-dia-en-enero>(consultado el 21/06/2018).

### III. El rol del abogado frente a la norma jurídica y la sociedad: la justicia como centro esencial de su función

Con el fin de indagar qué papel debe jugar el profesional del derecho -frente a esta realidad que muestra por un lado los valores humanos contenidos en ley y por el otro su poca vivencia real- se ha estimado pertinente primeramente analizar qué función cumple o al menos debe cumplir el profesional del derecho en la sociedad para contribuir a terminar con esta problemática que parece acrecentarse cada día.

Así, en palabras del Dr. Daniel Carreras se puede afirmar que *“la palabra abogado “proviene de la voz latina advocatus, la cual está formada por la partícula ad (a o para) y por el participio vocatus, (llamado) o sea “llamado a” o “llamado para”, en definitiva llamado para asistir a las personas en la defensa de sus intereses”*.<sup>6</sup> Por su lado, el Diccionario de la Real Academia Española enseña que el abogado es *“el licenciado en derecho que ofrece profesionalmente asesoramiento jurídico y que ejerce la defensa de las partes en los procesos judiciales o en los procedimientos administrativos”*.<sup>7</sup> Asimismo, en la antigüedad los griegos utilizaban el término *parakletos* (παράκλητος)<sup>8</sup> para designar al *“abogado, defensor, intercesor, llamado en auxilio”*, palabra que posteriormente fue tomada por el cristianismo, quienes al significado le añadieron el término *consolador* para definir al Espíritu Santo, el cual está llamado a ser *el auxilio de los fieles, el abogado defensor e intercesor de los mismos*.

Teniendo por eje estas definiciones no puede dudarse que la abogacía es una profesión nacida para el servicio, para el auxilio de la comunidad, toda en defensa de sus derechos, del descubrimiento de la verdad que exige la justicia y ello, es independiente del lugar en el cual se ejerza la profesión, es decir, independientemente que se actúe como defensor de una parte, como magistrado o como empleado de un estudio jurídico o del poder judicial. Es que, si bien existe una clara diferencia entre los abogados litigantes respecto a los integrantes del Poder Judicial, en tanto los primeros se deben a la defensa del interés de su cliente, mientras que los segundos deben ser necesariamente neutrales, ambos -por definición- están llamados a ser servidores de la sociedad a partir de sus conocimientos del ordenamiento jurídico que rige la vida de las personas, a contribuir a la realización de la justicia y a brindar soluciones cuando exista desacuerdo sobre el verdadero sentido o aplicación de una ley.

Para comprender mejor la real misión del abogado, resulta oportuno traer a colación palabras del ilustre jurista Eduardo Couture<sup>9</sup> quien, al describir a la abogacía explicó:

*“la abogacía es, al mismo tiempo, arte y política, ética y acción. Como arte, tiene sus reglas pero éstas, al igual que todas las reglas del arte, no son absolutas sino que quedan libradas a la inagotable actitud creadora del hombre. El abogado está hecho para el derecho y no el derecho para el abogado (...) Como política, la abogacía es la disciplina de la libertad dentro del orden, los conflictos entre lo real y lo ideal, entre la libertad y la autoridad, entre el individuo y el poder, constituyen el tema de cada día. En medio de esos conflictos, cada vez más dramáticos, el abogado no es una hoja en la tempestad, por el contrario, desde la autoridad que crea el derecho o desde la defensa que pugna por su justa aplicación, el abogado es quien desata*

6 Carrera, Daniel Pablo, “el rol del abogado de cara al siglo XXI”, 1997, publicado en *Semanario Jurídico* 1156 T. 77 B, p. 241 “

7 Significado brindado por la RAE disponible en página web: <http://dle.rae.es/?id=07TG2dgc> consultado el 21/06/2018.

8 Diccionario manual. Griego clásico – español. Editorial VOX . Febrero 2008

9 Couture Etcheverry, Eduardo Juan. Fue un prestigioso abogado y profesor uruguayo, considerado el procesalista más influyente del Derecho Continental en el siglo XX

*muchas veces ráfagas de la tempestad y puede contenerlas. Como ética, la abogacía es un constante ejercicio de la virtud. La tentación pasa siete veces cada día por delante del abogado. Este puede hacer de su cometido, la más noble de todas las profesiones o el más vil de todos los oficios. Como acción, la abogacía es un constante servicio a los valores superiores que rigen la conducta humana. La profesión demanda, en todo caso, el sereno sosiego de la experiencia y el adoctrinamiento en la justicia (...)"<sup>10</sup>*

En este contexto, es claro que los conocimientos en derecho -entendido como el saber acerca del conjunto de normas destinadas a organizar la convivencia social- constituyen tan solo una herramienta para hacer efectivo lo justo y con ello conservar la armonía social. Desde este punto de vista, al profesional del derecho para lograr cumplir con su función en la sociedad se le exige que sea sensible a lo que ocurre en la realidad y tome conciencia que es un servidor de la comunidad y sobre todo, de la justicia.

En definitiva: es evidente que, la función del profesional del derecho de ningún modo se limita a procurar la aplicación de la ley para resolver los conflictos que se le presentan sino que además, su tarea tiene como eje el servicio, en el que empleando su saber, colabora -incluso por encima de la aplicación de la norma- con la realización de una verdadera justicia. De ahí que el ilustre jurista Couture -ya citado- al recopilar el conocido *Decálogo del abogado* como una de las directrices -que a su entender- deben tenerse en cuenta para el ejercicio de la profesión señaló: *"...lucha. Tu deber es luchar por el derecho. Pero el día que encuentres en conflicto el derecho con la justicia, lucha por la justicia"*.<sup>11</sup>

Así, teniendo claro que el rol fundamental del profesional del derecho en la sociedad está dado por su disposición y servicio a la comunidad para alcanzar la justicia, corresponde reflexionar entonces: ¿Qué se quiere significar cuando se sostiene que el profesional del derecho debe trabajar por la justicia? ¿Cualquier abogado instruido en ciencias jurídicas puede ser capaz de alcanzarla como si se tratara tan solo de una tarea más en el ejercicio profesional?

A continuación, se tratarán estos interrogantes.

Sabido es que la palabra Justicia encuentra su origen en la voz latina *Iustitia* que alude a lo justo, por lo que su conceptualización depende de la cosmovisión de cada individuo, de las creencias, culturas y valores de cada sociedad. Así, haciendo memoria es posible recordar que Santo Tomás de Aquino tomando por base los presupuestos teóricos del pensamiento de Aristóteles y Cicerón la definía como *"la disposición del espíritu (hábito) por la que, con constante y perpetua voluntad, se atribuye a cada uno su derecho"*<sup>12</sup>. Para este ilustre filósofo la justicia conjuntamente con la templanza, la prudencia y la fortaleza son virtudes cardinales y, la justicia en sí misma *"implica una cierta igualdad porque en ella se ajustan las cosas que se igualan y, la igualdad es con otro"*<sup>13</sup>. Los romanos por su parte llamaron *iustitia* a la *"la constante y perpetua voluntad de dar a cada cual lo suyo"* (*constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*). A su vez, Ulpiano - jurista romano que todo operador del derecho identifica- sostenía que el contenido del derecho comprendía tres principios fundamentales para su plena realización: *vivir*

<sup>10</sup> Couture Eduardo, "los mandamientos del abogado" disponible en: <http://civilistica.com/wp-content/uploads/2012/09/Los-mandamientos-del-abogado-civilistica.com-1.2012.pdf> consultado el 21/06/2018.

<sup>11</sup> Ídem anterior

<sup>12</sup> Martínez Paz Fernando. *Introducción al Derecho*. Segunda edición. Editorial Ábaco de Rodolfo de Palma 2005 págs. 107/108.

<sup>13</sup> Enciclopedia Jurídica OMEBA, pág. 65. Citado en *"La Justicia a través de la Historia"* disponible en página web: [http://www.la-razon.com/index.php?url=/la\\_gaceta\\_juridica/justicia-traveshistoria\\_0\\_2456154447.html](http://www.la-razon.com/index.php?url=/la_gaceta_juridica/justicia-traveshistoria_0_2456154447.html) con fecha 21/06/2017

*honestamente, no dañar a otro y dar a cada uno lo suyo. (Honeste vivere, alterum non laedere, súim cujaue tribueré)*<sup>14</sup>

Sin perjuicio de los múltiples conceptos que se puedan mencionar lo cierto es que, al hablar de justicia se hace referencia fundamentalmente a dos aspectos:

- *subjetivo* que resalta su carácter de virtud moral suprema y, la identifica con la expresión absoluta de la perfección individual del ser humano; de ahí que en este sentido se la haya conceptualizado como “el hábito del alma observado en el interés común que da a cada cual su dignidad” y
- *objetivo*, que refiere a la justicia como valor jurídico, como el simple ajuste de las relaciones sociales con el ordenamiento jurídico con el fin de hacer posible la convivencia y el mantenimiento de la paz social.

De esta manera, el sentido objetivo de justicia es el que remite al concepto de derecho, comprensivo del conjunto de normas que se establecen para cumplimiento obligatorio de todos los miembros de una sociedad. En esta relación entre derecho y justicia, lo ideal es que el derecho realice cada vez más a aquella (tanto en su sentido subjetivo como objetivo) para que con ello pueda concretarse realmente en la mayor medida posible la dignidad y libertad de todos. Como ya se ha puesto de manifiesto en los párrafos precedentes es, en procuras a alcanzar esta meta en que aparece el Profesional del Derecho, quien tiene a su cargo la realización de la justicia en sus dos aspectos subjetivo y objetivo ya descriptos. Es que, tal como lo explica Aníbal Torres Vásquez al referirse a la justicia subjetiva o justicia como valor y a la justicia objetiva o justicia como derecho, ambas pueden coincidir total o parcialmente o bien, incluso ser opuestas. Así Torres Vásquez refiere ejemplificando:

*“si un juez dicta una resolución dando la razón a quien le corresponde porque así lo dicta su conciencia y así está dispuesto por el derecho, entonces se realiza la justicia tanto en su aspecto objetivo como subjetivo. En cambio, un juez que en base a la coima o la recomendación de un tercero o por temor a ciertos grupos de presión dicta una sentencia dando la razón a quien realmente la tiene, para el derecho realiza un acto justo, porque aplica correctamente la norma pero para la moral ejecuta un acto injusto, pues no es virtuoso ni persigue la perfección individual”.*<sup>15</sup>

En este orden de ideas, el abogado no puede preocuparse solo por velar por la aplicación correcta de las normas jurídicas para el mantenimiento de la convivencia social, sino que además debe ocuparse por trabajar por el respeto de la libertad y dignidad de todos, sin excepción alguna, lo que sin duda requiere que estos profesionales, cultiven y no olviden poner en práctica su calidad humana y sensibilidad, ya que únicamente sustentados en aquella se podrá alcanzar una justicia eficaz y verdaderamente cercana, servidora para quienes la reclaman.

Con sustento en todo lo precedentemente expuesto es posible afirmar que, frente a la separación -ya manifestada- entre el contenido de las normas jurídicas que consagran el respeto por los Derechos Humanos el valor de la persona y su dignidad y la triste realidad que muestra lo contrario, el profesional del derecho -para contribuir a combatirla- debe (además de trabajar para que continúen los avances teórico normativos) apelar a cultivar en su persona el sentido de justicia entendida como esa virtud moral del ser humano que otorga la capacidad de dar a cada quien lo que le corresponde. Solo

14 Arguello, Luis Rodolfo. *Manual de Derecho Romano*. Pág. 7-8 Tercera Edición corregida. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma. Buenos Aires, 1998

15 TORRES Vásquez, Aníbal, “Introducción al Derecho”. Pág.113 citado en “La justicia a través de la historia” disponible en: [http://www.la-razon.com/index.php?url=/la\\_gaceta\\_juridica/justicia-traves-historia\\_0\\_2456154447.html](http://www.la-razon.com/index.php?url=/la_gaceta_juridica/justicia-traves-historia_0_2456154447.html)

de esta manera, trabajando en su propia vida, podría decirse que logrará cambios que puedan con posterioridad reflejarse en la realidad que se vive. Es que, si el profesional del derecho asimila para sí, en lo más íntimo de su ser el verdadero valor que representan los Derechos Humanos, reflejará esto en su vida diaria, lo que le permitirá trabajar en beneficio de otros. En este sentido es fundamental que el operador del derecho al ejercer su profesión no olvide emplear la cualidad humana de la empatía ya que ésta, es una emoción compartida e involuntaria que todo ser humano posee, que refiere a la mirada en espejo y permite ponerse en el lugar de quien requiere de su servicio; Solo así será capaz de percibir con certeza la necesidad que detrás del reclamo del ejercicio de un derecho se esconde.

Hoy, el progreso de los Derechos Humanos exige del abogado -más que su estudio, su comprensión y difusión- la necesidad de vivirlos y transmitirlos en el ejercicio profesional diario, en la cotidianeidad de los despachos, porque con la ejemplaridad de la conducta podrá la sociedad tomar conciencia de su real valor. Es que, si los operadores jurídicos que estudian, trabajan e incluso contribuyen a la elaboración de las normas jurídicas, que consagran a la persona y su dignidad como valor supremo, a su vez no transmiten esos valores en su vida diaria al relacionarse con los demás, todo lo escrito no pasa de ser una mera utopía.

Por todo lo dicho, es necesario que -además de trabajar por otorgar supremacía al respeto por los Derechos Humanos en toda la legislación y en la práctica judicial, además de estudiar lo que nos dice acerca de ello la doctrina, la jurisprudencia y los organismos de Derechos Humanos, actualmente- nos ocupemos y preocupemos por reflexionar acerca de su vivencia diaria como personas en el ejercicio de la profesión, en la vida cotidiana; porque de esta forma, llevando a la práctica del diario vivir los valores que como profesionales del derecho pretendemos se hagan efectivos, se logrará -repito- con la ejemplaridad de la conducta, sembrar los valores humanos en el resto de la sociedad. Asimismo, cabe agregar que a su vez, adquirir esta calidad y sensibilidad humana, los llevará a involucrarse realmente con la situación que se les plantee -sea como abogado litigante o como miembro del poder judicial- y colaborar en su resolución con una mirada más amplia de la realidad.

Resulta imprescindible entonces, que el profesional del derecho -para cumplir correctamente con su función social de realizador de la justicia en sus dos acepciones- trabaje su calidad humana, su relación con los demás en el diario vivir, su sensibilidad y empatía por lo cual -respondiendo a uno de los interrogantes planteados en la introducción del presente ensayo- al operador del derecho no le bastan los conocimientos teóricos de las normas y su contenido, sino que necesita más que eso y ello, está marcado pura y exclusivamente por su persona como ser humano que es.

A continuación, se procederá a profundizar sobre lo precedentemente expuesto, para lo cual se acudirá a una distinción que pondrá en evidencia la razón fundamental por la cual se postula que el trabajar la calidad humana es de suma relevancia para el profesional del derecho.

#### **IV. Profesión y Vocación: Concepto y Diferencias; Sus Implicancias en el logro de una verdadera justicia**

Previo comenzar el desarrollo de este acápite, es preciso aclarar que, al abordar aquí la relación entre los términos profesión y vocación no se pretende -pese a la carga emotiva que pudiere derivarse de la utilización conjunta de ambos vocablos- ingresar a un

lirismo sentimental sino que por el contrario, el propósito es poner atención respecto a cómo se implica la persona en la profesión y cómo la profesión configura a la persona que la ejerce de un modo responsable, para luego examinar cómo influye esto en la calidad del servicio que se presta y en particular -en nuestro caso- en el desempeño del abogado y en su relación con la sociedad y la efectiva justicia.

Siguiendo este lineamiento se parte de la idea que no es posible disociar la clase de persona de la clase de profesional que se es; no es posible ser buen operador del derecho y defensor de la justicia, si no se es antes buen ciudadano, buen vecino, buen padre, buen amigo, en definitiva buena persona en el más amplio sentido. Así, en el caso del abogado, hace falta más que calidades técnicas y jurídicas, una cierta ejemplaridad de vida, es decir, ser buena persona en la vida cotidiana para ser buen profesional en el ámbito laboral.

A menudo el trabajo profesional puede -y a veces suele- vivirse solo como mero medio de vida, como puesto de trabajo del que lo único importante es el dinero que se obtiene por el servicio. También, existen personas que viven la profesión únicamente como carrera, como fuente de status social que se desarrolla en un itinerario ascendente a lo largo de su propia trayectoria profesional. Cuando solo se viven y experimentan estas dos dimensiones, el trabajo profesional sin duda se convierte en ajeno al núcleo de la persona que ejerce la profesión y ello, influye en la manera de realizar sus tareas laborales diarias (solo se limita a cumplir sin sentirse comprometido), en el modo de relacionarse con los demás colegas (actuará considerando jerarquías y honores) y, en el caso del profesional del derecho, seguramente se limitará a la aplicación de las normas jurídicas sin reflexionar que su función abarca más que eso, pues -como ya se ha señalado- el abogado debe buscar realizar la justicia en sus dos acepciones. Esta clase de profesional -no cabe dudas- situado solo en realizar su trabajo, se limitará a considerar cuestiones técnicas y formales dejando de lado que detrás de las normas, los procesos judiciales y el trámite de la causa se encuentran involucradas personas, que necesitan de su auxilio. Pese a lo expuesto, la profesión también puede ser vivida como vocación; en ese caso el trabajo profesional se constituye en una parte importante y central de la vida al punto de configurar la identidad de quien la ejerce. Aquí -a diferencia de lo anterior- el profesional al trabajar pone en juego su propio ser, demuestra un compromiso personal con sus tareas diarias, intenta ser creativo en lo que hace y, la idea de superación ya no involucra solo una cuestión de honorabilidad y status social sino que la misma, se construye por aspiraciones y metas personales que contribuyen a la realización interna del ser humano. En este orden de ideas es que se gesta el concepto de vocación, que se puede definir como *el llamado interior que una persona siente para inclinarse al ejercicio de una profesión determinada*,<sup>16</sup> que se vincula a su vez con sus objetivos personales y lleva al ser humano a vivir la profesión como parte suya y no medir esfuerzos en su ejercicio; en este sentido, su tarea laboral refleja el disfrute de lo que hace.

En otros términos, la vocación refiere fundamentalmente a la aptitud personal de vivir una profesión o carrera como verdaderamente importante en la vida y, considerarla -más que un simple trabajo- un modo de realización personal, un modo de vida. Así el concepto de vocación vincula las nociones de profesión y persona que, al unirse íntimamente una con otra, genera que la profesión forme parte del ser del individuo y el ejercicio profesional se convierta en un estilo de vida que enriquece tanto al servicio que se presta a los demás como al propio ser humano.

Trasladando estas ideas al caso del abogado -a ese profesional del derecho que tiene

---

<sup>16</sup> Diccionario de la Real Academia Española: Vocación (término que proviene del latín *vocatio*) es la inclinación a cualquier estado, carrera o profesión.. Disponible en sitio Web <http://dle.rae.es/srv/search?m=30&w=vocaci%C3%B3n>

como deber contribuir a la justicia- es claro que -si este pretende que los valores humanos (dignidad, libertad, igualdad, respeto, solo por nombrar algunos) contenidos en la norma se reflejen en la realidad social, además de estudiarlos- debe necesariamente trabajarlos en su persona y vivirlos. Es que, no es posible hablar de dignidad en sentido técnico jurídico sin antes llevar una propia vida digna, sin primero reconocerle al otro (sea este amigo, colega, familiar o un mero desconocido) en el diario vivir aquella noción de dignidad que lo identifica como ser humano y lo hace valioso. Asimismo, tampoco el profesional del derecho no se encuentra en condiciones de proclamar el principio de igualdad de derechos y de trato, si en la rutina diaria al relacionarse con sus colegas, muestra una actitud de superioridad, o mira a los protagonistas de la situación -que pretende resolver- como simples objetos de su trabajo y no como personas.

Finalmente, es obvio que el profesional del derecho no puede resaltar el concepto de libertad sin previo a esto sentirse libre, sin respetar antes la libre elección de los demás y, si en el ámbito interno en el que trabaja no es capaz de ejercer la misma al expresarse (sea en una sentencia, decreto, escrito o dictamen) por temor reverencial a quienes detentan cargos superiores.

Para concluir, el vivir la vocación durante el ejercicio profesional adquiere mayor importancia en el ámbito jurídico más que en cualquier otra profesión, ya que solo teniendo el abogado esta característica -de buena persona sensible, empática, humana y buen profesional comprometido con su labor- podrá lograr una efectiva justicia para la comunidad.

Es cierto que, al comprender la vocación aspectos internos de la persona esta se va desarrollando de distintas maneras en cada individuo y, por tanto, resulta complejo detectarla, trabajarla y cultivarla. Ahora bien, si esta comenzará a ser tenida en cuenta a la hora de hablar sobre Derechos Humanos -sea en congresos, seminarios, clases- y se a fomentará la toma de conciencia de su valor -pero ya no tanto como normas incluidas en la legislación sino más bien como cuestiones a vivir en la cotidianeidad- se lograría, además de sembrar o acrecentar la vocación en el abogado, la concreción de una verdadera justicia y la persona que necesita de él se sentiría contenida pese al resultado que obtenga al reclamar por su derecho.

A lo expresado corresponde agregar que, si se construyen profesionales del derecho con vocación y humanamente formados, y estos llevan una conducta acorde a ello en su vida diaria, la comunidad toda al tenerlos presente, comprenderá y asimilará con mayor fuerza el real significado de los Derechos Humanos; pues ya no los percibirá únicamente en la letra de una norma lejana, sino que los verá reflejados en el ser y actuar de una persona.

## **V. Reflexión final**

Resulta sumamente preocupante que en la actualmente asechen al mundo entero violencias, discriminaciones, maltratos, corrupción y sobre todo la falta de valor de la persona por el solo hecho de ser tal. Todo ello, pese a la continua evolución de los Derechos Humanos a nivel legislativo, político y social.

Frente a esto, es de vital importancia que el profesional del derecho se ocupe y preocupe por cumplir con compromiso y responsabilidad su rol, el cual se encuentra marcado por concretar en la realidad de todos la justicia en sus dos sentidos: objetivo referido a la subsunción del hecho al derecho y subjetivo, como virtud cardinal del ser humano que permite dar a cada quien lo que le corresponde. Para el cumplimiento de esta función es imposible dudar respecto a la necesidad que el operador jurídico cultive su sensibili-

dad humana, su empatía, su calidad como persona, pues no basta para impartir justicia el ser instruido en derecho, ya que si bien la formación académica nos enseña a aplicar formalmente la ley, para contribuir a realizar lo justo además se requiere tener vocación porque solo esta cualidad es la que permite al profesional comprometerse con los asuntos que llegan a su conocimiento.

Es menester además que el profesional del derecho incorpore a su cotidianeidad los valores humanos que pretende se hagan efectivos, pues solo de esta manera, llevando cierto grado de coherencia -entre su vida personal y su ejercicio profesional- contribuirá con el progreso de los Derechos Humanos.

Por todo lo expuesto, es fundamental que en todos los ámbitos donde se estudie, se hable y se trabaje sobre Derechos Humanos se incluya como ítem destacado la vivencia de los valores humanos. Es hora de sumar a las manifestaciones de la doctrina, la jurisprudencia y los organismos de Derechos Humanos, la vida que como personas se lleva adelante; únicamente reflexionando sobre ella se podrá continuar avanzando.

Es necesario que se tome conciencia que previo al derecho existió la vida y como consecuencia de esto, para lograr la aplicación del contenido de una norma primero hay que vivirla.

Por último, para sintetizar con exactitud lo desarrollado en el presente ensayo son pertinentes las palabras manifestadas por el Dr. Baquero Lazcano en su libro *Ética y Derecho*:

*“Nuestro tiempo encuentra agresiones fuertes a la vida, a la verdad y a la libertad del amor, frente a esas agresiones se encuentra el derecho, librando una de sus luchas mas heroicas (...) hay una profesión que sin vocación es solamente una ficción y que, con vocación auténtica brilla en la historia universal como testimonio irrefutable de la unidad profunda de la condición humana en la multiplicidad de sus individuos. Esa profesión es la abogacía”.<sup>17</sup>*

---

## BIBLIOGRAFÍA

### Libros:

- BAQUERO, Lazcano Pedro. ((2008) *Ética y Derecho*, Córdoba Argentina Editorial Lerner. S.R.L.
- *La Constitución Nacional Argentina* (1999), Edición Santillana Buenos Aires. Argentina.
- PABON S. DE URBINA, José M. (2008). *Diccionario manual. Griego clásico - Español*. Editorial VOX . España

### Artículos de revistas científicas

- CARRERA, Daniel Pablo, “El rol del abogado de cara al siglo XXI” (1997). *Semanario Jurídico* n° 1156 Tomo. 77 B. P. 241

### Documentos de Fuentes electrónicas

- Diccionario de la Real Academia Española: *Vocación* (<http://dle.rae.es/srv/search?m=30&w=vocaci%C3%B3n>) (fecha de consulta 25 de Junio 2018)
- Diccionario Real Académica Española: *ABOGADO* (<http://dle.rae.es/?id=07TG2dg> consultado) (fecha de consulta 21/06/2018)
- La Justicia A Través De La Historia. TORRES, Vásquez, Aníbal *“Introducción al Derecho”*. ([http://www.larazon.com/index.php?\\_url=/la\\_gaceta\\_juridica/justicia-traves-](http://www.larazon.com/index.php?_url=/la_gaceta_juridica/justicia-traves-)

---

<sup>17</sup> Baquero Lazcano Pedro, “ética y derecho”,1935

historia\_0\_2456154447.html) (Fecha de consulta 25 de junio, 2018) P.11.

- Los Mandamientos Del Abogado. COUTURE, Eduardo, (<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2012/09/Los-mandamientos-del-abogado-civilistica.com-1.2012.pdf>) (fecha de consulta 21/06/2018)
- Periódico Argentino CLARÍN informó (17/05/2018): “...nueva York...un abogado discrimina a empleados de un local porque hablan español...” ([https://www.clarin.com/sociedad/video-racista-escandaliza-unidos\\_0\\_HyEfuVsOz.html](https://www.clarin.com/sociedad/video-racista-escandaliza-unidos_0_HyEfuVsOz.html)) (fecha de consulta el 21/06/2018).
- Periódico LA NACIÓN publicó (02/02/2018): “...la violencia se expande y alarma a Río...” (<https://www.lanacion.com.ar/2105949-la-violencia-se-expande-y-alarma-a-rio-hubo-20-tiroteos-por-dia-en-enero>) (fecha de consulta 21/06/2018).
- NACIONES UNIDAS DERECHOS HUMANOS Comité Contra la Tortura de Naciones Unidas, *observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto combinados de la Argentina*, (24 de Mayo de 2017) (<http://acnudh.org/paises/argentina/>). Oficina del Alto comisionado. América del Sur. (fecha de consulta 21 de Junio de 2018)
- NACIONES UNIDAS DERECHOS HUMANOS. Oficina del Alto comisionado. América del Sur. *Observaciones finales sobre el quinto informe periódico de Argentina*, (<http://acnudh.org/paises/argentina/>) (fecha de consulta 21 de Junio de 2018.)

# LOS JUECES COMO GARANTES DEL MODELO SOCIAL DE DISCAPACIDAD: JUZGAR CON PERSPECTIVA DE VULNERABILIDAD<sup>12</sup>

---

## JUDGES AS GUARANTORS OF THE SOCIAL MODEL OF DISABILITY: JUDGE WITH VULNERABILITY PERSPECTIVE

---

MARÍA GUADALUPE NEDER<sup>3</sup>

---

*Fecha de recepción: 07/06/2018*

*Fecha de aceptación: 03/07/2018*

*“La injusticia en cualquier parte es una amenaza a la justicia en todas las partes”*

*Martin Luther King*

### RESUMEN:

Las 100 Reglas de Brasilia incluyen, a las personas con discapacidad, dentro de los colectivos de personas que sufren la denegación del acceso a la justicia, a raíz de su situación de vulnerabilidad. Ellas, no son vulnerables a raíz de sus limitaciones personales, sino que son situadas en “condición o situación de vulnerabilidad”, a raíz de la hostilidad actitudinal y física de la sociedad, que no es capaz de incluir y prever las necesidades derivadas de su diversidad en el diseño de una sociedad verdaderamente inclusiva .

En este marco, nos preguntamos ¿qué rol debe cumplir el Poder Judicial frente a los obstáculos que se le presenta a una persona con discapacidad en el ejercicio de sus derechos?

---

1 Este artículo es una versión revisada de la Ponencia presentada en el I Seminario Internacional “Derechos Humanos, Salud y Bienestar”, celebrado en la Ciudad de Córdoba, los días 28 y 29 de junio de 2018.

2 El presente artículo forma parte del Proyecto de Investigación “Justicia y protección de personas en condiciones de vulnerabilidad” (Código 157-20180224-96), dirigido por la Prof. Claudia E. Zalazar y adscrito a la Sala de Derecho a la Salud del Instituto de Investigación en Ciencias Jurídicas (IDI-CJ), de la Secretaría de Investigación y Desarrollo de la Universidad Blas Pascal.

3 Abogada (UNC); Auxiliar del Poder Judicial de Córdoba; Maestranda en Derecho Procesal (Universidad Siglo 21); Adscripta de la Cátedra de Derecho de Familia y Sucesiones (UCC); miembro del Proyecto de investigación “Justicia y protección de las personas en condición de vulnerabilidad”, Sala de Derecho a la Salud del Instituto de Investigación en Ciencias Jurídicas (IDI-CJ). Secretaría de Investigación y desarrollo, Universidad Blas Pascal; correo electrónico: mariaguadalupeneder@gmail.com.

**ABSTRACT:**

The 100 Brasilia Rules include, for people with disabilities, among the groups of people who suffer denial of access to justice, as a result of their situation of vulnerability. They are not vulnerable as a consequence of their personal limitations, but because they are placed in a "condition or situation of vulnerability", as a result of the attitudinal and physical hostility of society, which is unable to include and anticipate the needs derived from their diversity in the design of a truly inclusive society.

In this context, we ask ourselves what role should courts play in face of the obstacles that a person with special needs have in the exercise of their rights?

**PALABRAS CLAVE**

100 Reglas de Brasilia; Personas con Discapacidad; Poder Judicial; Perspectiva de Vulnerabilidad; Modelo Social de Discapacidad

---

**KEYWORDS:**

Brasilia regulations; Disability; Judicial System; Vulnerability perspective; Social Model of Disability.

**I. Introducción**

Por imperio del art. 13 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad<sup>1</sup> (CDPC), los Estados Partes –uno de ellos la República Argentina– se comprometieron a asegurar que las personas con discapacidad tengan acceso a la justicia en igualdad de condiciones con las demás, incluso mediante ajustes de los procedimientos. Es así que, desde el Poder Judicial de la Provincia de Córdoba, se buscó sensibilizar y dar herramientas para adaptarse al nuevo modelo social de la discapacidad<sup>2</sup> y mejorar así, el acceso a la justicia de las personas con discapacidad, promoviendo un trato adecuado y procurando eliminar las barreras actitudinales que las afectan.

A continuación, se analizarán tres sentencias de los tribunales de la provincia, especialmente en materia de salud, una de ellas del Tribunal Superior de Justicia (TSJ), en las cuales se tuvo en cuenta la aplicación de las 100 Reglas de Brasilia sobre el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad.

Previo a ello, se hará hincapié en una importante reglamentación del Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Córdoba, a tener en cuenta por magistrados y funcionarios judiciales, a la hora de conducir un proceso judicial que tenga como parte principal a una persona con discapacidad.

**II. Cuestiones previas: reglas iniciales de actuación**

Previo a ingresar al análisis de las diferentes resoluciones judiciales dictadas con *perspectiva de vulnerabilidad*, se destaca una particular e importante reglamentación del Alto Cuerpo del año 2015, referente a la materia, como directriz fundamental a seguir por parte de los operadores judiciales, a la hora de llevar a cabo un procedimiento judicial que tenga como parte principal a una persona con discapacidad.

---

<sup>1</sup> Incorporada a nuestro derecho interno mediante ley nacional n° 26378. Por ley nacional 27044 (BO 22/12/2014), se le otorgo jerarquía constitucional en los términos del art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional.

<sup>2</sup> En contraposición al modelo médico rehabilitador.

Es así que, por Acuerdo Reglamentario n° 1301, serie "A", de fecha 19/8/2015, se resolvió disponer las reglas iniciales de actuación conforme las prescripciones recogidas por el Código Civil y Comercial de la Nación (CCyCN) en los artículos 31 y siguientes; Principios 1, 4 y 18 para la Protección de los Enfermos Mentales y el Mejoramiento de la Atención de la Salud Mental adoptados por la Leyes n° 26.657 y n° 9848; y la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPC) y en consecuencia, invito a los jueces, asesores y funcionarios judiciales a que implementen las demás medidas que estimen conducentes en tal sentido; así como a promover espacios de intercambio sobre la temática que estimen pertinentes.

En los considerandos, es importante recalcar lo resaltado por el TSJ al sostener que *"se observa que cierta terminología aún utilizada por nuestras costumbres, códigos de forma y acuerdos, no resulta compatible con la nueva perspectiva, siendo menester recomponer el lenguaje y las prácticas en el marco del sistema de derechos. En mérito de ello como primera medida urge cambiar algunas locuciones a fin que sean contestes con la perspectiva de derechos humanos de quienes atraviesan estas situaciones. Por tanto, deben reemplazarse términos tales como "insano, demente, enfermo mental e incapaz"- o similares- por aquellos que respondan al fin tuitivo que tales procedimientos conlleven, llamando a cada persona por su nombre o, en su defecto, refiriéndose a ella como persona usuaria de los servicios de salud mental; persona con discapacidad psicosocial; persona con padecimiento mental (denominación que utiliza la ley 26.657); persona con uso problemático de drogas. Tampoco cabe aludir a las personas reduciéndolas a un diagnóstico, cuando se trata de su capacidad. Ello puesto que las personas a las que se les ha restringido la capacidad cuentan con un plus de padecimiento a causa de estas "marcas" y el uso de la terminología inadecuada"*.

En consecuencia, las líneas iniciales de adecuación al CCyCN en los arts. 31 y ss. resueltas, son:

- a) Como el proceso de determinación de capacidad tiene por objeto determinar la necesidad de establecer un sistema de apoyos para el acompañamiento de una persona en el ejercicio de los derechos y libertades en iguales condiciones que las demás, los Sres. Jueces, Fiscales y Asesores deberán requerir la asistencia de la Dirección de Servicios Judiciales y de la Oficina de Derechos Humanos del Poder Judicial (arts. 1, 2, 3 de la Ley n° 26.657; arts. 1, 3, 4, 5, 12 y 14 de la CDPC).
- b) En razón que la persona en cuya tutela se inicia el proceso es parte necesaria, participa personalmente a los fines de ejercer su derecho a ser escuchado y puede aportar las pruebas que hacen a su defensa, deberá contar con la asistencia técnica adecuada en los términos del art. 31 del CCyCN, la que será prestada por los Señores Asesores Letrados del fuero en los términos del artículo 36 de dicho cuerpo normativo (Principios 1, 4 y 18 para la protección de los enfermos mentales y el mejoramiento de la atención de la salud mental).
- c) Cuando las personas legitimadas para pedir la declaración de capacidad restringida se presenten ante el tribunal competente exponiendo en forma detallada los hechos y no cumplimenten los recaudos formales establecido en el Código Procesal Civil de Córdoba (CPCC) y surgiere, prima facie, la verosimilitud del planteo; el juez podrá requerir, sin más, de la Dirección de Servicios Judiciales la asistencia de los profesionales en la materia, para completarlos y pedir la evaluación pertinente.
- d) De acuerdo a las circunstancias del caso, el juez podrá despachar de oficio y con carácter de urgente las notificaciones de la demanda, entrevista personal y demás oficios pertinentes.

- e) La audiencia personal deberá registrarse en base al formulario adjunto.
- f) Admitida la demanda y receptada la entrevista, deberá oficiarse a la Dirección de Servicios Judiciales a los fines de la individualización de los profesionales que realizarán un dictamen interdisciplinario del que participarán necesariamente áreas de psicología, psiquiatría, trabajo social, enfermería, terapia ocupacional y otras disciplinas o campos pertinentes (art. 8 de la Ley n° 26.657) en base al formulario adjunto. Tal dictamen deberá notificarse en forma personal a la persona sujeta a tutela, a la persona de confianza a la que aludiera en la audiencia, al Asesor o abogado interviniente. Las notificaciones a su patrocinante, asesor o abogado, persona de confianza o apoyo no suplen la notificación personal al interesado (arts. 3, 5, 7 y 8 de la Ley n° 26.657; Principios 1, 4 y 18 para la Protección de los Enfermos Mentales y el Mejoramiento de la Atención de la Salud Mental).
- g) La sentencia dictada será notificada a todas las partes y a la Oficina de Derechos Humanos, por el medio que se estime pertinente; y en forma personal a la persona en cuya tutela se inició el proceso. Deberá efectuarse en base al formulario adjunto (arts. 2, 3 y 7 de la Ley n° 26.657; arts. 1, 3, 4, 5, 12 y 14 de la CDPC) pudiendo solicitar la asistencia de las oficinas de apoyo de este TSJ para procurar una mejor comprensión del estatuto personal por parte del interesado (v.gr. Oficina de Atención Ciudadana, Dirección de Servicios Judiciales, etc.).

Se considera que el mencionado acuerdo, conjuntamente con el Acuerdo Reglamentario del TSJ n° 618, serie A, de fecha 14/10/2011, mediante el cual se dio a conocer los recursos organizacionales disponibles en el Poder Judicial de Córdoba que se armonizan con las recomendaciones contenidas en las 100 Reglas de Brasilia, constituyen, al igual que con las sentencias dictadas con perspectiva de vulnerabilidad -que analizaremos a continuación- una manifestación del rol activo y protagónico que paulatinamente está adoptando el Poder Judicial con relación al punto de reflexión del presente trabajo.

### **III. Sentencias dictadas en la Provincia de Córdoba con adopción de las 100 Reglas de Brasilia y con perspectiva de vulnerabilidad, especialmente en casos de salud**

Sobre este punto, previo ingresar al análisis de las resoluciones judiciales propiamente dichas, se destaca un importante y pionero pronunciamiento con perspectiva de vulnerabilidad, mediante el cual se aplicaron de las 100 Reglas de Brasilia, de la Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de 5ta. Nominación del Poder Judicial de la Provincia de Córdoba, en autos *A., L. E. - Demanda de limitación de capacidad - cuerpo de copias - Expte. 6534302*, de fecha 6 de septiembre de 2017, comentado en la Revista de Derecho y Salud n° 1, páginas 170 y siguientes, a cuya lectura remitimos.

1. "P., M. F. - DEMANDA DE LIMITACION A LA CAPACIDAD" - Sentencia dictada por el Juzgado de Primera instancia de 4ta. Nominación en lo civil, comercial y familia de la ciudad de Villa María, n° 37 de fecha 12/5/2017
- A- Reglas de Brasilia mencionadas por el Tribunal: 3, 7, 8 y 33
  - B- Hechos: En el año 2007, M.F.P. sufrió un accidente de tránsito, el cual le dejó graves secuelas a nivel neurológico y motriz. En consecuencia, los padres solicitaron la declaración de incapacidad de su hija y la designación de su padre como curador definitivo.
  - C- Sentencia: El Juez resolvió disponer la restricción del pleno ejercicio de la ca-

pacidad por afectación de salud mental de la mujer de 47 años de edad; que en el plazo de tres años se proceda a una revisión del estado de su salud mental; se designe como persona de apoyo a su padre; y, hacerle saber la sentencia en el formato de lectura fácil.

Para así decidir, tuvo en cuenta los siguientes puntos:

#### *Informe interdisciplinario*

El informe interdisciplinario concluyó que M.F.P tiene “*incapacidad para dirigir su persona, realizar actos jurídicos y disponer de bienes, y necesidad de asistencia de terceros responsables para su cuidado y disposición de sus bienes. Se indica como que la patología es crónica (permanente) e irreversible. Se indica que se sugiere su internación, bajo cuidados permanente de terceros, con apoyo psiquiátrico y psicológico permanente y periódico (Neuropsiquiátrico). No se recomienda internación domiciliaria*”.

#### *Conocimiento personal de M.F.P en su lugar de residencia (hogar para personas ancianas)*

En esa oportunidad, el juez pudo apreciar que M.F.P desarrolla algunas actividades de acuerdo a su estado de salud, mira televisión, lee algunas revistas, realiza algunas manualidades como dibujar, pero no aquello que requiere motricidad fina. Se observó también que tiene comprensión limitada, pero se ubica en alguna medida en tiempo y espacio. Asimismo, el tribunal pudo observar que el lugar es más apto y confortable que una institución neuropsiquiátrica.

#### *Actos que se limitan*

En consecuencia, el juez resolvió que M.F.P se encuentra restringida en su capacidad para dirigir su persona, realizar actos jurídicos y de disposición de sus bienes y necesidad de asistencia de terceros responsables para su cuidado y disposición de sus bienes. Sin perjuicio de ello, el tribunal sostuvo que la persona afectada conserva las facultades para desarrollar las funciones y actos que puede cumplir, es decir, que puede participar o desarrollar todas aquellas actividades que favorezcan su integración social y eleven su desarrollo psico-espiritual.

#### *Necesidad de revisar la enfermedad*

El tribunal considero que no obstante ser crónica la enfermedad y el grado de compromiso a las facultades mentales, la revisión periódica de la enfermedad o capacidad deviene necesaria. Explico que ello significa una garantía para quien se le ha limitado su capacidad, y que es parte de la visión establecida por los tratados internacionales vigentes en la materia que marcan un cambio de paradigma respecto de la concepción de las personas con discapacidad, basado en la promoción y protección de su autonomía y la dignidad y plena integración en la sociedad.

De tal modo, el art. 12 inc. 4 de la CDPC establece que “*Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por*

*parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas”.*

En segundo lugar, preciso que la ley 26657 de salud mental se enmarca en el nuevo concepto de salud mental al que se ha denominado “modelo social de la discapacidad”. En ese contexto refiere en su art. 7 una serie de derechos de los cuales gozan las personas con padecimiento mental, entre los cuales se enumera el *derecho a que el padecimiento mental no sea considerado un estado inmodificable* (inc. n). Con respecto a este punto, destaco un pronunciamiento de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires<sup>3</sup>, en la cual se sostuvo que: *“(...) aún frente a pacientes con pronósticos médicos irreversibles, como en el caso (...), la periodicidad de su reexaminación se justifica en el carácter evolutivo y circunstanciado de su más amplia concepción como persona discapacitada. No se trata de supeditar la asistencia y tutela estatales a la demostración periódica de su enfermedad -como sostiene el tribunal a quo- sino más bien de actualizar cada tres años el estudio circunstanciado del estado de su patología a los fines de auscultar su evolución, con el objeto de observar -aún en los cuadros médicamente irremisibles- los avances que el paciente pudiere haber logrado en el desenvolvimiento cotidiano de su existencia, para así establecer y obtener o requerir las adicionales salvaguardias que sean necesarias en beneficio de su mayor autonomía residual”.*

#### *Sentencia de lectura fácil*

El juez se dirigió en forma personal y directa a M. F. P., con la simplicidad que el caso en concreto requiere, para explicarle qué significa la resolución para ella: *“Buenos días, M. te explico lo que hicimos en esta carpeta tuya. Esta carpeta está hecha para ver qué es lo mejor para vos, luego del accidente que tuviste. Te fueron a ver varios médicos, una psicóloga y una trabajadora social. Ellos nos informaron las cosas de tu vida de todos los días, que podés hacer sola, y otras cosas para las cuales necesitás ayuda de otras personas. Te fuimos a ver el juez, una defensora especial, y la abogada de tu papá, y conversamos con vos. Con todos esos papeles, y otros informes que buscamos, decidimos qué es lo mejor para vos, para que estés bien. De los papeles tuyos, y de tus cosas más importantes, se va a encargar tu papá, A. S. P., pero siempre te va a preguntar primero qué es lo que vos querés. Vimos que el lugar donde estás viviendo está bien para vos, porque en la casa se hace difícil atenderte bien. En el hogar donde vivís te van a dar los remedios, y actividades para que estés bien físicamente. Te van a seguir visitando tus papás, tu hija y tu nieto, y les vamos a recordar que no se olviden de ir a visitarte para ver cómo estás. También les podés decir a ellos que te visiten otras personas. También les podés pedir a ellos las cosas que te gustan o necesitás. En el hogar donde estás, podés seguir haciendo todas las cosas que te gustan, como ver televisión, y hacer manualidades, y otras cosas que tengas ganas de hacer. Si necesitás algo, se lo podés pedir a la gente del hogar, a tu papá, y a tus familiares. También si querés podés pedir hablar con una abogada o un abogado, o con el juez, si tenés alguna duda con esta carpeta. Después de un tiempo te van a ver de nuevo los médicos, una psicóloga y una trabajadora social, y el juez, para ver cómo está tu salud”.*

Para así proceder, el Tribunal destaco que, de acuerdo a la CDPC, existe un mandato y compromiso internacional de promover y proteger la autonomía y la dignidad y plena integración en la sociedad, de las personas con discapacidad -entendido como modelo

<sup>3</sup> Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, 08/07/2014, C.116.954, “E, E.R. - Insania y curatela”, voto del Dr. Eduardo Julio Pettigiani; ver reseña en Diario Jurídico de Córdoba -edición digital- N° 2832, 22/08/2014, p. 4 y sig., [www.diariojuridicocba.com.ar](http://www.diariojuridicocba.com.ar)

social de integración de las personas con discapacidad- (art. 1 de la Convención) y que en su artículo 2, se establece que la “comunicación” (hacia las personas con discapacidad) incluirá los lenguajes, la visualización de textos, en medios y formatos de fácil acceso.

Asimismo, destacó las Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad (aprobadas por la Asamblea General de Naciones Unidas en sesión del 04/03/1994, ver en internet <http://www.un.org/spanish/disabilities/standardrules.pdf>), mediante las cuales se estableció la obligación de los Estados de hacer accesible la información y documentación para las personas con discapacidad, bajo un lenguaje simple y directo que evite los tecnicismos, abstracciones y elaboraciones complejas (art. 5 inciso b de las Normas Uniformes).

Por último, hizo hincapié en las 100 Reglas de Brasilia (aprobadas por la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, Brasilia, 4 a 6/03/2008, a las cuales adhirió la Corte Suprema de Justicia de la Nación por Acordada N° 5/2009 del 24/02/2009, y mencionadas como “recurso disponible” por el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba –Acuerdo N° 618 Serie “A” del 14/10/2011-), en las cuales se establece que “se consideran en condición de vulnerabilidad aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas y étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico” (Regla 3); la Regla 7 prevé específicamente que “se entiende por discapacidad la deficiencia física, mental o sensorial”, la Regla 8 concretamente establece que “se procurará establecer las condiciones necesarias para garantizar la accesibilidad de las personas con discapacidad al sistema de justicia, incluyendo aquellas medidas conducentes ... que garanticen su ... comprensión ... y comunicación”, y la Regla 33 dispone la revisión de reglas de procedimiento “para facilitar el acceso de las personas en condición de vulnerabilidad, adoptando aquellas medidas de organización y de gestión judicial que resulten conducentes a tal fin”.

2. “C., V. F. – C., A. F. – DEMANDA DE LIMITACION A LA CAPACIDAD” – Sentencia de los Tribunales de Villa Cura Brochero n° 121 de fecha 26/7/2017

A- Reglas de Brasilia mencionadas por el Tribunal: 8 y los Principios Rectores para el Desarrollo de la atención en salud mental de las Américas de Brasilia

B- Hechos: Se presenta ante los tribunales de la ciudad de Cura Brochero una señora (E.R.C) manifestando que tiene dos hermanos de 54 años, mellizos, ambos con patologías psiquiátricas congénitas.

El primero (V.F.C), presenta malformaciones neurológicas congénitas con Síndrome de Cri du chat, también llamado de “maullido de gato”, con una discapacidad psicofísica del 100% y una total dependencia de terceros para el desenvolvimiento de cualquier actividad o satisfacción de necesidad básica cotidiana, actualmente internado en una clínica.

El segundo (A.F.C), presenta oligofrenia en grado II con discapacidad neurológica cognitiva del 90% (noventa por ciento).

En consecuencia, con respecto al primero, solicita la declaración de insania y la designación de un curador, solicitando, además, que se mantenga su internación. Con respecto al segundo, solicita la restricción de su capacidad y la designación de un apoyo. En ambos casos, solicita ser la curadora y el apoyo de sus hermanos, respectivamente.

- C- Sentencia: El juez estableció que la situación clínica de cada uno de los afectados es distinta y con distintos efectos jurídicos, y es por ello que analizo y resolvió individualmente cada caso.

*V.F.C. - Deficiencia: síndrome de Cri du Chat*

Con respecto a V.F.C., resolvió declarar su incapacidad, no admitiendo fijar actos que pueda efectuar por sí mismo y designó como curadora a su hermana. Sostuvo que, de las pruebas incorporadas a la causa, se acreditó categóricamente la imposibilidad de V.F.C. de expresar inequívocamente su voluntad. En consecuencia, considero que el sistema de apoyo resultaba ineficaz y que el único remedio adecuado era designarle un curador.

*A.F.C. - Deficiencia: Oligofrenia en grado II*

Con respecto a A.F.C., el Tribunal resolvió disponer la restricción de pleno ejercicio de la capacidad por afectación de la salud mental, únicamente para los siguientes actos: i) de administración que excedan la cobertura de necesidades básicas; ii) de disposición del patrimonio; iii) relacionados con el ejercicio del derecho a la salud, debiendo asegurarse un tratamiento acorde a su patología; iv) de realización de gestiones administrativas; y, v) procesales de disposición (ejemplo demandar, contestar demandas, transar, formular acuerdos), judiciales y/o administrativas en las que resulte parte.

Para así decidir, valoro que, de las pruebas colectadas, se puede comunicar, que se encuentra orientado, que contesta preguntas y que puede realizar tareas que contribuyen a su bienestar, como ayudar en las labores domésticas, realizar compras, sembrar verduras, regar, barrer, etc. Asimismo, tuvo en cuenta la audiencia personal que tuvo con A.F.C., en la que conto que “sabe de la existencia del juicio”; “no toma medicamentos porque ahora está bien”; “que cuida gallinas, barre y cuida la huerta”; que “nunca dice que no a lo que le mandan a hacer”. Expuso cuales eran sus preferencias indicando que “le gusta ver noticieros y documentales”, que “no le gustan ‘Los Simpson’” y que “su ropa favorita son los pantalones joggings”; que “no maneja la plata ni números”, por lo que necesita ser supervisado en decisiones ligadas a ello.

En conclusión, tuvo en cuenta que su enfermedad no lo inhabilita para obrar *plenamente* por sí mismo, y por lo tanto debía especificarse el alcance de su restricción. Frente a ello, se impuso la necesidad de designar a su hermana como persona que colabore con él, en calidad de apoyo. En la resolución, el juez le impuso deberes a cumplir por parte de ella, a saber: i) respetar los deseos y aspiraciones de su hermano, con respecto a los actos para los que necesita de su ayuda; ii) transmitir las situaciones complejas para que A. pueda decidir personalmente, dentro los parámetros señalados en la resolución, promoviendo así su autonomía, a los efectos de la manifestación de su voluntad para el ejercicio de sus derechos; y, iii) acudir a la salvaguarda que asegura la intervención judicial cuando su función como apoyo resulte insuficiente.

*Revisión de la declaración de incapacidad y lenguaje llano*

Al igual que en la sentencia analizada en el punto anterior, el tribunal de Cura Brochero, también ordeno que la sentencia deba ser revisada en un plazo no superior a tres años. Asimismo, entendió incluir un apartado de lenguaje llano para que pueda ser transmitida la sentencia a A.F.C. Sobre este último punto, recalco que “(...) Esta exigencia deriva de los tratados internacionales que la Argentina se ha comprometido a respetar, en donde se establece que la comunicación hacia las personas con discapacidad debe incluir un

*lenguaje de fácil acceso, que se adecuará a las posibilidades del afectado, pudiendo importar la visualización de textos u otros medios o formatos útiles para la efectiva y directa comprensión de la resolución dictada (art. 2 de la “Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”, art. 5 inc. b de las “Normas Uniformes sobre la Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad” -aprobadas por la Asamblea General de Naciones Unidas en sesión de fecha 04/03/1994-, y Regla 8 de las “Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad”). Además, ello contribuye a afianzar la autonomía y la dignidad de uno de los destinatarios de este proceso, que, por su posibilidad de entendimiento, merece recibir del Estado, representado por el Poder Judicial, una respuesta directa y comprensible de su situación y de la trascendental decisión adoptada en cuanto a su persona. (...)” el resaltado me pertenece.*

*Función preventiva: orden judicial para la Administración Pública y entes dependientes a adecuarse al modelo social de discapacidad*

Sobre este punto es importante detenernos, ya que es un claro reflejo del rol activo y preventivo que paulatinamente van adoptando los jueces en aquellos casos donde están en juego los derechos de personas en situación de vulnerabilidad y, en consecuencia, surge la necesidad de evitar que los mismos se tornen ilusorios.

El Tribunal resolvió librar oficios, a las Obras Sociales PAMI y APROSS, al Programa Federal de Salud “Incluir Salud” (PROFE), a la Comisión Nacional de Pensiones Asistenciales (CNPA), dependiente del Ministerio de Desarrollo Social de la Nación, y a la Administración Nacional de Seguridad Social (ANSeS), a fin de que en el plazo de dos meses informen al Tribunal si los trámites tendientes a la afiliación u obtención de beneficios por discapacidad, se adecúan a las normas contenidas en los arts. 31 a 50 del CCyCN (Ley 26.994), conforme a las pautas desarrolladas en la resolución, con especial referencia a legitimación de las personas designadas como apoyos para efectuar las gestiones pertinentes, o, en su caso, para que adopten las medidas tendientes a dicha adecuación, bajo apercibimiento de ley.

Para así decidir, el Tribunal tuvo en cuenta lo siguiente:

- La peticionante manifestó que uno de los objetivos por los cuales iniciaba el proceso ha sido contar con la posibilidad de tramitar pensiones y afiliaciones varias para que sus hermanos puedan obtener medicación específica de mayor calidad y mejor atención terapéutica;
- Tales finalidades habían existido en otros procesos gestionados ante los estrados judiciales;
- En todos los casos, se observó que tal finalidad, se ha visto afectada porque el sistema o los formularios de la dependencia pública correspondiente, no admitía a la persona designada como “apoyo” para cumplir con el trámite correspondiente.

#### *Adecuación terminológica*

Con respecto a la falta de adecuación del lenguaje, destaco que hay consenso doctrinario en indicar que es una primera transformación trascendental. Reconoció que es una marca común al Código Unificado, la preocupación por el uso de un lenguaje llano, comprensible para el destinatario de la norma, y a su vez, neutral y respetuoso del pluralismo.

Por ello, advirtió que se hace necesario desterrar de la vida cotidiana, más aún de la institucional, términos peyorativos y ofensivos con los que se denominan a las personas discapacitadas, tales como “*dementes*”, “*insanos*”, “*incapaces*” o “*enfermos mentales*”.

Destaco que no se trata, de un simple cambio de palabras, sino de hacer palpable y perceptible aquello que se hallaba detrás de la palabra, el ser silenciado, ocluido, expulsado de su condición central, el de persona.

Señalo que excluir el lenguaje degradante implica sacar de la humillación a las personas integrantes de ciertos colectivos, como un primer paso para el reconocimiento de sus derechos, especialmente aquellos derechos relacionados a la dignidad como lo es la capacidad jurídica, siendo ello la clave de transformación propuesta.

*Adecuación a la nueva normativa de los trámites para afiliación a obras sociales y para solicitar la pensión por discapacidad*

En virtud de todo ello, y en razón de la obligación emanada de los tratados suscriptos por nuestro país, que imponen la obligación de todos los integrantes del Estado de procurar allanar aquéllas dificultades derivadas de su falta de acogimiento y que importan verdaderos actos de desigualdad social, exigieron al juez reiterar el pedido de informe oportunamente ordenado, requiriendo con mayor precisión la aclaración necesaria, o en su caso, imponiendo los ajustes correspondientes.

Destaco que resulta incomprensible que, habiendo transcurrido un poco menos de dos años desde la entrada en vigencia del CCyCN, la Administración Pública y entes dependientes de ella no hayan procurado el ajuste de los trámites y sistemas informáticos correspondientes, afectando o entorpeciendo el otorgamiento de prestaciones que resultan esenciales para mejorar la calidad de vida de las personas con discapacidad, lo que se presenta aún más penoso si tenemos en cuenta que los individuos afectados por patologías psiquiátricas congénitas -como las de autos- tienen un promedio de vida inferior.

Acentúo, que los jueces tienen la obligación, tanto jurídica como moral, de hacer todo lo que se encuentre dentro de sus atribuciones para garantizar los derechos humanos, máxime cuando se trata, como en el caso, de personas en situación de vulnerabilidad.

Así señalo, que en esta senda y haciendo especial referencia al resguardo de la capacidad jurídica entendida como derecho humano, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha asegurado que *“el Estado se encuentra obligado a garantizar a aquellas personas en situación de vulnerabilidad, marginalidad y discriminación, las condiciones jurídicas y administrativas que les aseguren el ejercicio de este derecho en atención al principio de igualdad de la ley”* (Sent. de fecha 29/03/2006, Serie “C”, Nro. 146, párrafo 189, en “Caso Comunidad Indígena Sawhoymaxa vs. Paraguay- Fondo, Reparación y Costas”).

3. “K. M. D. C/ ADMINISTRACIÓN PROVINCIAL DEL SEGURO DE LA SALUD (APROSS) - AMPARO (LEY 4915) - RECURSO DE APELACION” - Sentencia del TSJ nº 4 de fecha 30/11/2017
- A- Reglas de Brasilia mencionadas por el TSJ: 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, sección segunda, 1,3
  - B- Hechos: En el año 2013, el sr. K. fue declarado incapaz por insania, en los términos del viejo art. 141 del C.C. por padecer leucoencefalopatía multifocal progresiva, deterioro cognitivo de leve a moderado, poseñermedad infectocontagiosa (HIV), y se declaró a su actual esposo, su curador.  
Posteriormente, el sr. K. promovió acción de amparo con el fin de que APROSS le cubriera el 100% del costo de la *casa de medio camino* COCREAR a la que

concurría, y en ese marco, celebraron un acuerdo, homologado judicialmente en el mes de julio de 2015. En el mencionado convenio, la obra social se comprometió a reconocer al afiliado –por vía de reintegro– el monto mensual equivalente a lo que APROSS paga –en función de su planilla de prestadores– por un *hogar permanente, categoría C*. El acuerdo, fue operativo hasta el mes de julio de 2016, que dejó de funcionar COCREAR.

En consecuencia, el sr. K interpone nuevamente una demanda de amparo contra APROSS, con el fin de que la obra social le cubriera el 100% del costo de la *casa de medio camino* Caleidoscopio, a la que concurría, y la Cámara Contencioso Administrativa resolvió la admisión parcial de la demanda, ordenando a la obra social el reintegro al afiliado del monto de la cuota mensual del *Hogar de día* del Sanatorio Morra a valores que dicha institución percibe de los particulares.

#### *Recurso de apelación interpuesto por el actor*

El señor K. apeló la sentencia dictada por la Cámara, agraviándose en que la resolución le causaba un gravamen irreparable.

En primer lugar, considero que la sentencia es incongruente y arbitraria porque, por una parte, la Cámara concluyó que el afiliado tiene un derecho a recibir un tratamiento integral acorde a su discapacidad, en una casa de medio camino, pero, por otro lado, ordeno a la obra social que reintegre al señor K. lo que abona mensualmente en la casa de medio camino a la que concurre, importe que deberá tener como límite lo que el hogar de día del Sanatorio Morra cobra a sus pacientes particulares.

En los hechos, esto significaba que el señor K. debía hacerse cargo de un saldo aproximado de \$12000, lo cual le resultaba imposible, ya que el grupo familiar del afiliado está compuesto por él y su esposa, que es albañil y trabaja de manera informal haciendo changas.

En segundo lugar, considero que dicha prestación parcial equivale a falta de cobertura y que la ley de creación de APROSS contempla una *atención especial* al discapacitado.

En tercer lugar, de acuerdo con los antecedentes médicos, el actor presenta: encefalopatía secundaria a retrovirus de HIV con evidencias de lesiones encefálicas progresivas en el nivel del hemisferio cerebral, con consecuencias tales como afasia, apraxia, hemiparesia faciobraquial derecha, deterioro cognitivo, trastornos asimicos y de la conducta, toxoplasmosis, síndrome convulsivo, etc., y en razón de ello, le fue recomendado un tratamiento integral en las denominadas “casas de medio camino”, previstas por la Ley n° 9848, así como por el Decreto n° 1022/11 (reglamentario de la ley) y por la Resolución n° 921, del Ministerio de Salud de la Provincia, que regula la reglamentación de dichos establecimientos.

En cuarto lugar, denunció que APROSS no cuenta con ninguna casa de medio camino en su cartilla de prestadores, razón por la cual ofreció el hogar de día, con una tarifa menor a la de casa de medio camino.

Por último, sostuvo que la Cámara a la hora de resolver, no considero las necesidades del paciente; que una casa de medio camino cuesta el doble; que la persona es discapacitada sin recursos; que la obra social debe brindar una cobertura integral; y, por último, la aversión que siente el actor por el Sanatorio Morra debido a experiencias negativas durante una internación.

Al evacuar el traslado del recurso, la parte demandada solicitó que la sentencia fuera confirmada. Por su parte, la Asesora Letrada Civil –por la actuación promiscua o complementaria que le correspondía– solicitó que se haga lugar al recurso, fundamentándose en que los beneficios de la casa de medio camino han quedado ampliamente demostra-

dos y que se debe tener en cuenta su particular situación de vulnerabilidad y discapacidad. Mientras que el MPF, se pronunció por el rechazo del recurso.

C- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia

El TSJ resolvió: i) revocar la sentencia dictada por la Cámara Contencioso Administrativa de Primera Nominación de la ciudad de Córdoba; ii) Ordenar a APROSS que brinde al afiliado la prestación reconocida en los términos fijados en la resolución, teniendo en cuenta el especial deber de adecuación a las previsiones de la Ley n° 9848 de toda cobertura que concierne a los derechos y a la protección de la salud mental de una persona en condición de vulnerabilidad; y, iii) exhortar a la obra social APROSS y al Ministerio de Salud de la Provincia de Córdoba a que, progresivamente, adecue las normas y prácticas, en relación con las prestaciones en materia de salud mental, a las disposiciones de la CN y de los tratados internacionales de derechos humanos, de conformidad con el deber de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que fueran necesarias para cumplir con los compromisos internacionales asumidos por la Argentina (art. 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).

Para así resolver, en lo que aquí nos interesa, tuvo en cuenta los siguientes argumentos: En primer lugar, determino que fueron principalmente tres las cuestiones en disputa:

Actor recurrente	Obra social APROSS
1. Considero que la sentencia es incongruente porque la Cámara reconoce el derecho a una cobertura total que le asiste en una casa de medio camino y la resolución solo se limitó a que APROSS solvente -vía de reintegro- hasta el monto que el hogar de día del sanatorio Morra cobra mensualmente a sus propios pacientes.	Considero que la sentencia es razonable porque resolvió que el actor continúe en la casa de medio camino que eligió voluntariamente, pero el valor de la cobertura llega hasta el monto que percibe el prestador de la APROSS, respecto de particulares, en un hogar de día.
2. Sostuvo que APROSS no cuenta en su cartilla de prestadores con ninguna casa de medio camino, razón por la cual se ve obligada a ofrecer una prestación menor que si figura en su listado (hogar de día).	Fundamento que ofreció hogares de día en función de lo prescripto en el certificado de discapacidad que obraba en el expediente.
3. Manifestó que la cobertura es sin límite de tiempo mientras dure la situación de incapacidad o los médicos lo prescriban.	Sostuvo que las casas de medio camino, de acuerdo a la normativa vigente, son un espacio de transición a la independencia. En autos, observo una institucionalización indefinida, que no se encuentra justificada por los médicos.

El TSJ estableció los carriles por los cuales debe transitar la resolución

- Teniendo en cuenta que el médico tratante y el informe de la COPRAMESAB

prescribieron que el alojamiento en una casa de medio camino es la solución terapéutica más adecuada y considerando que dicha prestación está reconocida expresamente por la propia Ley n° 9848 (con su correspondiente reglamentación y demás normativa que regula el funcionamiento de dichos espacios), la APROSS debe brindar tal prestación a la parte actora.

- Ello no implica que el actor tiene un derecho adquirido a alojarse —por cuenta de la APROSS— en una determinada y específica casa de medio camino, la elegida por él de forma discrecional, sin importar si ella figura entre los prestadores de la obra social, porque ello significaría romper la solidaridad e igualdad sobre la que se asienta un sistema de coaseguro como el que supone la APROSS. Sobre este punto, el TSJ agrega que un sistema de cobertura de la salud como el que supone la APROSS, basado en recursos finitos, no sería viable y colapsaría si cada afiliado tuviera el derecho a cualquier prestación “a la carta” y en cualquier centro de atención al margen de una cartilla oficial que ordenara, tasara, regulara y ofreciera un determinado listado de prestadores según los tipos diferentes de prestaciones y prácticas sanitarias autorizadas. Advierte que esto, tampoco releva a la APROSS de su obligación de garantizar una prestación como la demandada.
- Tratándose de un afiliado con una discapacidad acreditada, circunstancia que lo vuelve una persona especialmente vulnerable, el prestador que ofreciera la APROSS en función de la terapéutica diagnosticada (casa de medio camino) no podría ser una institución en la que dicha persona, con anterioridad, hubiera experimentado alguna situación traumática, porque eso acentuaría su vulnerabilidad y contravendría uno de los objetivos primarios de la Ley n° 9848: la “rehabilitación” del paciente (art. 1). Admitir esto sería la negación de la perspectiva de vulnerabilidad bajo cuyo prisma debe ensayarse en cualquier salida jurisdiccional vinculada con personas en situación de vulnerabilidad; esto es, “personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico” (100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, sección segunda, 1.3).
- APROSS al no brindar dicha cobertura, tendrá que acordar con el paciente la prestación o prestaciones asimilables que, en función del SAID, más se aproximen a lo que su cuadro clínico demanda, por vía de reintegro, sin dilaciones ni obstáculos extras de ningún tipo, que pudieran agravar las condiciones de “accesibilidad a la salud” que, en el caso de las personas con discapacidad, deben ser facilitadas por mandato constitucional (apartado “b” del Preámbulo y art. 3, inciso “f”, entre otros, de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, que goza de jerarquía constitucional en la Argentina en virtud de la Ley n° 27.044).
- La obligación —por parte de la APROSS— de brindar la cobertura, tomando como punto de partida el momento de la interposición de la demanda, se extenderá mientras se mantengan las condiciones clínicas que requieran esta prestación según el diagnóstico médico correspondiente.

#### *Obligación de adecuar el sistema sanitario al nuevo paradigma*

El TSJ efectuó una última consideración con relación a la obligación de adecuar el sistema sanitario al nuevo paradigma que, en materia de protección de salud mental, signifi-

ca la ley provincial n° 9848. Sobre ello, puntualizo que:

- Irrupción de un nuevo paradigma terapéutico que supone una mirada actualizada sobre la salud mental, que demanda un cambio cultural, en consonancia con los tratados, convenciones internacionales y el nuevo CCyCN, que garantizan los derechos de las personas con discapacidad o en situación de vulnerabilidad.
- Atrás han quedado los tiempos en los que la “manicomialización” y el encierro definitivo constituían el eje de la respuesta a las afectaciones psíquicas de las personas. Ahora, el principio es que los pacientes tienen derecho a ser “tratados con la alternativa terapéutica menos restrictiva de su autonomía y libertad” y a “tomar decisiones relacionadas con su tratamiento, dentro de sus posibilidades” (Ley n° 9848, art. 3, incisos “c” y “d”). Esto, en consonancia con el reconocimiento de la “importancia que para las personas con discapacidad reviste su autonomía e independencia individual, incluida la libertad de tomar sus propias decisiones” (apartado “k” del Preámbulo de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad).
- En ese marco cobra relevancia la prestación que demanda el actor (casa de medio camino) en tanto espacio intermedio que posibilita la reinserción social progresiva de personas que “no pueden convivir en su grupo familiar ni en forma individual o independiente” (Ley n° 9848, art. 14, inciso “b”). Advierte que estos autos versan sobre un paciente en especial estado de vulnerabilidad, que fue declarado incapaz en virtud de una sentencia judicial cuando regía el viejo Cód. Civil; esto, por padecer un deterioro cognitivo, de leve a moderado, como consecuencia de una delicada enfermedad infectocontagiosa desde 2007.
- La discapacidad ya no es concebida como una fatalidad ante la cual solo queda resignarse, sino más bien como un concepto evolutivo, de urdimbre sociocultural, que “resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás” (apartado “c” del Preámbulo de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad). Desde esta mirada, la búsqueda de la “accesibilidad” en todo sentido se convierte en un principio medular de toda medida o decisión que pudiera incumbir a una persona en esta especial situación de vulnerabilidad; en el caso de estos autos, la accesibilidad —sin exclusiones— a un sistema de salud mental integral, basado en “la promoción, prevención, tratamiento y rehabilitación” (Ley n° 9848, art. 1, inciso “a”).
- En tanto instalado en el catálogo de los derechos personales, el de la salud supone “una situación personal de bienestar físico, psíquico, mental, moral, integral, que excede en mucho a ‘no estar enfermo’ para convertirse en ‘estar plenamente sano’”. Pero, al mismo tiempo, en tanto elenco integrante de los derechos sociales de segunda generación, conlleva un indudable e inobjetable carácter prestacional, que se traduce en “prestaciones y medidas positivas, principalmente a cargo del estado como sujeto pasivo”.

*Exhorto a la obra social APROSS y al Ministerio de Salud de la Provincia*

- El TSJ sostiene que desde este ángulo es donde pesa el deber de adecuación como obligación específica del Estado (nacional, provincial o municipal, según

se trate) para asegurar el mayor goce posible —sin exclusiones— de los derechos previstos por el bloque de constitucionalidad y de convencionalidad federal (de conformidad con los arts. 1 y 2 de la Convención Americana sobre derechos Humanos, y art. 4, incisos “a”, “b” y “c” de la CDPC).

- Teniendo en cuenta que ya ha pasado un tiempo prudencial desde la sanción y promulgación de la Ley n° 9848 (fines del año 2012), así como los plazos previstos por la propia norma para adecuar progresivamente el sistema sanitario a la protección integral de las personas con discapacidad mental, este pronunciamiento también consiste —en sí mismo— una exhortación y un llamado a cumplir con los ajustes presupuestarios —exigidos por la propia ley, según el art. 8, inciso “c”, por ejemplo— de manera que los derechos y las prestaciones de este colectivo no se vuelvan ilusorios. Esto, teniendo en cuenta que, en virtud del orden constitucional y convencional, siempre pende sobre el Estado la posibilidad de incurrir en responsabilidad internacional, atento a la preocupación que media, dado que, “pese a estos diversos instrumentos y actividades, las personas con discapacidad siguen encontrando barreras para participar en igualdad de condiciones con las demás en la vida social y que se siguen vulnerando sus derechos humanos (...)” (apartado “k” del Preámbulo de la CDPC).
- Este llamado comprende tanto a la APROSS (sin perder de vista su carácter de ente autárquico con individualidad financiera) como al Ministerio de Salud de la Provincia, en su carácter de autoridad de aplicación de la Ley n° 9848, quien —por esa misma razón— debe promover “la adecuación de la cobertura en salud mental por parte de la APROSS a lo establecido en dicha ley” (Ley n° 9848, art. 36).
- En definitiva, corresponder exhortar a las autoridades provinciales (en este caso, concretamente, al Ministerio de Salud) a que adecuen progresivamente las normas, en relación con las prestaciones en materia de salud mental, a las disposiciones de la CN y de los tratados internacionales de derechos humanos. Dicho requerimiento es una manifestación del despliegue del control de constitucionalidad y de convencionalidad que demanda a la judicatura un rol activo en pos de que todas las prácticas estatales sean conforme a la Constitución y a los pactos suscriptos por la Argentina. Desde este punto de vista, la exhortación que se propicia puede cifrarse en el mandado de conocer y decidir sobre los puntos regidos por la Constitución (arts. 116 de la CN y 160 de la CP, en concordancia con el art. 75, inciso 22, CN), incluso de oficio; esto, en conexión con el deber de velar que sean dictadas “las medidas legislativas o de otro carácter” que sean necesarias para asegurar los derechos y garantías reconocidos por la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH, art. 2).

#### IV. Conclusión

Las 100 Reglas de Brasilia, específicamente la n° 24, establece que los jueces, se constituyen como uno de los principales destinatarios de las mismas y en consecuencia, el rol de ellos tiene una importancia radical en la implementación del nuevo modelo social de discapacidad, modelo mediante el cual la discapacidad es percibida como una característica de la diversidad humana con el mismo valor y dignidad que las demás, lo que supone centrar las respuestas sociales y jurídicas en la no-discriminación e igualdad

de oportunidades, incluyendo la diferencia en la construcción y diseño de la sociedad<sup>4</sup>. El *corpus iuris* de los derechos de las personas con discapacidad en relación al acceso a la justicia (es decir, las 100 Reglas de Brasilia, la CDPD y la CIEDPD<sup>5</sup>) impulsa grandes desafíos para los operadores judiciales a la hora de la implementación práctica de las prescripciones contenidas en el mencionado conjunto de instrumentos legales.

Aceptar este desafío, implica entre otras cosas, que el Poder Judicial sea sensible a las demandas de los grupos más vulnerables. Así, la Justicia puede asumirse como una función catalizadora y coadyuvante de los procesos de inclusión social. En el ejercicio de las funciones que le son propias, puede resultar un instrumento de transformación social, comprometiéndose con las demandas de los sectores más vulnerables de la sociedad<sup>6</sup>. Los acuerdos reglamentarios y las sentencias analizadas, reflejan la aceptación de este desafío por parte del Poder Judicial de la Provincia. La justicia cordobesa acepto el desafío, no solo protegiendo los derechos de las personas con discapacidad en el caso concreto, sino también garantizándolos, por ejemplo, mediante la toma de medidas de corrección para con entes públicos y dependencias del Estado, instándolos a adecuarse al nuevo paradigma.

Otro cumplimiento a destacar en las resoluciones judiciales, desde la perspectiva comunicacional, es el cumplimiento de las reglas de Brasilia n° 59 y 60, en cuanto al uso de términos y estructuras gramaticales simples y comprensibles. Lo mismo se establece con relación al compromiso de revisar la sentencia y las audiencias personales tomadas por el juez con la persona con discapacidad.

Es por ello que, las resoluciones reflejan la promoción del efectivo acceso a la justicia de las personas con discapacidad a través de la toma de conciencia de las barreras socioculturales que obstaculizan la participación de aquellas en los procedimientos judiciales y sobre la necesidad de adoptar medidas para su superación, mediante ajustes razonables.

Y es por ello, que los jueces tienen la obligación, tanto jurídica como moral, de hacer todo lo que se encuentre dentro de sus atribuciones para garantizar los derechos humanos, máxime cuando se trata, como en el caso, de personas en situación de vulnerabilidad.

En fin, proceder con perspectiva de vulnerabilidad y adoptar buenas prácticas que tengan como fin último el *trato adecuado* de las personas con discapacidad, es un deber que tiene el Poder Judicial. Pero sin perjuicio de ello, debemos ser conscientes que proceder de tal manera, no es tarea exclusiva de los operadores judiciales, sino que es una responsabilidad de TODOS.

---

## BIBLIOGRAFÍA

- BARIFFI, Francisco J. y PALACIOS, Agustina (2012): *Acceso a la justicia y grupos vulnerables. A propósito de las 100 Reglas de Brasilia*, La Plata, Librería Editora Platense.
- LORENZETTI, Ricardo Luis (2014): *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado. Tomo I*, Santa Fe, Rubinzal - Culzoni Editoriales.

---

4 BARIFFI, Francisco J. y PALACIOS, Agustina (2012): Op. Cit., P. 158.

5 Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad.

6 BARIFFI, Francisco J. y PALACIOS, Agustina (2012): Op. Cit., P. 47.

---

### **3. JURISPRUDENCIA COMENTADA**

---



## Corte Interamericana de Derechos Humanos

Causa: Caso I.V. vs. Bolivia s/ supervisión de cumplimiento de sentencia

14 de noviembre de 2017

VISTO:

1º) 1. La Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas (en adelante “la Sentencia” o “el Fallo”) dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “la Corte”, “la Corte Interamericana” o “el Tribunal”) el 30 de noviembre de 2016<sup>1</sup>. Los hechos del caso se refieren a la esterilización no consentida realizada a la señora I.V. en un hospital público en Bolivia el 1 de julio de 2000, durante una cesárea. La Corte determinó que el Estado Plurinacional de Bolivia (en adelante “el Estado” o “Bolivia”) incurrió en responsabilidad internacional por la violación a los derechos a la integridad personal, a la libertad personal, la dignidad, la vida privada y familiar, al acceso a la información y a fundar una familia por cuanto no adoptó medidas de prevención suficientes para garantizar a la señora I.V. su derecho a tomar sus propias decisiones sobre su salud reproductiva y los métodos anticonceptivos que mejor se ajustaban a su proyecto de vida, de modo tal que no fuera sometida a una esterilización sin su consentimiento previo, libre, pleno e informado. Igualmente, determinó que la esterilización no consentida o involuntaria a la que fue sometida la señora I.V. constituyó un trato cruel, inhumano y degradante. La Corte también consideró que existió un

1 Cfr. Caso I.V. Vs. Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de noviembre de 2016. Serie C.No. 329. El texto íntegro se encuentra disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_329\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_329_esp.pdf). La Sentencia fue notificada el 22 de diciembre de 2016.

## LA AUTONOMÍA INDIVIDUAL Y EL ACCESO A LA INFORMACIÓN EN MATERIA DE SALUD REPRODUCTIVA

INDIVIDUAL AUTONOMY AND ACCESS TO INFORMATION ON REPRODUCTIVE HEALTH

IGNACIO VÁZQUEZ<sup>1</sup>

RESUMEN

El presente trabajo realiza un análisis del pronunciamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso I.V. vs. Bolivia, en función de su aporte al desarrollo del concepto de autonomía individual teniendo en consideración su aspecto relacional, al destacar las condiciones necesarias para que la mujer pueda tomar decisiones en el ámbito de su salud sexual y reproductiva libre de violencia, discriminación y estereotipos de género negativos. Asimismo, al abordar detenidamente la exigencia del consentimiento informado del paciente previo a la práctica médica, el pronunciamiento pone de relieve la necesaria conexión entre el acceso a la información en materia de salud reproductiva y el efectivo ejercicio de la autonomía individual.

<sup>1</sup> Abogado (UBA, Argentina), Máster en Derecho Constitucional (Centro de Estudios Políticos y Constitucionales y UIMP, España). Ha cursado parte de sus estudios de grado en la Universidad Autónoma de Madrid (España). Mail: vazquezignacio32@gmail.com

tratamiento discriminatorio en contra de I.V. por ser mujer, ya que el médico actuó con base en estereotipos de género motivado en una lógica de cuidado paternalista y bajo la pre-concepción de que la esterilización debía realizarse mientras I.V. se encontraba en el transoperatorio de una cesárea, a pesar de que su caso no era una urgencia o emergencia médica, debido a que se partía de la idea de que ella no tomaría decisiones confiables en el futuro para evitar un nuevo embarazo y de que era la única responsable de la anticoncepción de la pareja. Finalmente, se determinó la existencia de una violación al derecho de acceso a la justicia, por la ineficacia judicial frente al caso de violencia contra la mujer perpetrada en perjuicio de I.V. La Corte estableció que la Sentencia constituye por sí misma una forma de reparación y, además, ordenó al Estado determinadas medidas de reparación (infra Considerando 1).

2°) Los cuatro informes presentados por el Estado entre abril y octubre de 2017<sup>2</sup>.

3°) La nota de la Secretaría de la Corte de 4 de julio de 2017, mediante la cual se remitió al Estado el recibo del pago por el reintegro efectuado al Fondo de Asistencia Legal de Víctimas (en lo sucesivo, el “Fondo” o el “Fondo de Asistencia”).

4°) Los seis escritos de observaciones presentados por los representantes de las víctimas<sup>3</sup> entre mayo y octubre de 2017<sup>4</sup>.

5°) El escrito de observaciones presentado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “la Comisión Interamericana” o “la Comisión”) el 19 de julio de 2017

6°) Las notas de Secretaría de julio y octubre de 2017, mediante las cuales se solicitó al Estado que se refiriera a

---

2 Escritos de: 18 de abril, 26 de junio, 22 de agosto y 10 de octubre de 2017.

3 La organización Derechos en Acción representa a la víctima.

4 Escritos de 4 de mayo, 24 de junio, 8 y 25 de septiembre y 2 y 23 de octubre de 2017.

#### Abstract:

The present work analyzes the Inter-American Court of Human Rights' judgment in I.V. vs. Bolivia in light of its contribution to the development of the concept of personal autonomy, taking into account its relational aspect while considering the necessary conditions for a woman to take autonomous decisions about its sexual and reproductive health, free of violence, discrimination or negative gender stereotypes. Moreover, while addressing the duty to obtain patient's informed consent for medical treatment, the judgment highlights the necessity of a proper access to sexual and reproductive health information in order to guarantee an effective exercise of personal autonomy.

Palabras Claves: Salud sexual y reproductiva, Autonomía individual, Acceso a la información, Estereotipos de género, Consentimiento informado

Key Words: Sexual and reproductive health, Personal autonomy, Access to information, Gender stereotypes, Informed consent.

### I. Introducción. La autonomía y su aspecto individual y relacional.

El concepto de autonomía personal se enmarca en un conjunto de valores a cuya realización contribuye, siendo conducente la misma para el efectivo ejercicio de múltiples derechos como el derecho a la integridad personal, el resguardo de la vida privada y familiar, a la no discriminación o a la dignidad personal, entre otros.

las objeciones planteadas por los representantes y la Comisión respecto a la publicación en un diario de amplia circulación nacional (infra Considerando 6).

CONSIDERANDO QUE:

1) En el ejercicio de su función jurisdiccional de supervisar el cumplimiento de sus decisiones<sup>5</sup>, la Corte ha venido supervisando la ejecución de la Sentencia emitida en el presente caso en noviembre de 2016 (supra Vis- to 1). En la Sentencia, la Corte ordenó al Estado las siguientes medidas de reparación: i) brindar tratamiento médico y psicológico a la señora I.V.<sup>6</sup>; ii) realizar las publicaciones de la Sentencia y su resumen oficial (in- fra Considerando 4); iii) realizar un acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional (infra Considerando 11); iv) diseñar una publicación o cartilla que desarrolle los derechos de las mujeres en cuanto a su salud sexual y reproductiva<sup>7</sup>; v) adoptar programas de educación y formación permanentes sobre temas de consentimiento informado, discriminación basada en género y estereotipos, y violencia de género<sup>8</sup>; y vi) pagar los montos dispuestos en la Sentencia por concepto de indemnización del daño material e inmaterial y reintegro de costas y gastos (infra Considerando 13). Además, se ordenó al Estado efectuar el reintegro al Fondo de Asistencia Legal de Víctimas de la cantidad ordenada en la Sentencia emitida en el presente caso (infra Considerando 15).

2) De conformidad con lo establecido en el artículo 68.1 de la Convención Americana, “[l]os Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes”. Esta obliga-

---

5 Facultad que además se desprende de lo dispuesto en los artículos 33, 62.1, 62.3 y 65 de la Convención Americana y 30 de su Estatuto y se encuentra regulada en el artículo 69 de su Reglamento.

6 Punto dispositivo octavo de la Sentencia.

7 Punto dispositivo décimo primero de la Sentencia.

8 Punto dispositivo décimo segundo de la Sentencia.

.....

Tradicionalmente, el concepto de autonomía era abordado desde un aspecto eminentemente individual, en el sentido de que la misma era entendida como la capacidad interna de reflexión de cada individuo que le permitiría identificar sus preferencias y asignarle un orden de jerarquía para así escoger el curso de acción a seguir. A su vez, dicha capacidad de reflexión interna se vería complementada con el factor externo de la independencia del sujeto en la toma de decisiones, entendida en la visión tradicional como la capacidad del individuo de distanciarse de los influjos externos y de los deseos y preferencias ajenas.<sup>2</sup>

Ahora bien, dicha visión tradicional centrada en la autonomía individual ha sido cuestionada por quienes sugieren que el contexto relacional en el que se inserta el individuo resulta determinante para conocer el grado de autonomía con el que cuenta el mismo. Así, se sugiere la noción de *autonomía relacional*, que daría cuenta de la importancia del entorno en que el individuo se desenvuelve y la posición que ocupa en el mismo producto de las relaciones que entabla. Como bien señala Álvarez, la independencia en el sentido de no injerencia externa en la autonomía individual no debe ser entendida como la capacidad del individuo de aislarse de su entorno sino, por el contrario, como la plena consciencia del individuo de su contexto relacional que le permite conocer cuáles son sus opciones y adoptar las decisiones que más se adecuen a sus preferencias.<sup>3</sup>

Desde esta perspectiva, entonces, el contexto relacional resulta determinante para conocer cuáles son las opciones relevantes con las que cuenta el individuo, ya que en ausencia de las mismas su capacidad de decisión se vería anulada y no habría espacio

---

2 ÁLVAREZ, Silvina (2015): “La autonomía personal y la autonomía relacional”, en *Análisis Filosófico* Vol. XXXV N°1, pp. 16-17

3 *Ibidem*, p. 18.

ción incluye el deber del Estado de informar a la Corte sobre las medidas adoptadas para cumplir cada uno de los puntos ordenados por ésta, lo cual es fundamental para evaluar el estado de cumplimiento de la Sentencia en su conjunto<sup>9</sup>. Los Estados Parte en la Convención deben garantizar el cumplimiento de las disposiciones convencionales y sus efectos propios (*effet utile*) en el plano de sus respectivos derechos internos. Estas obligaciones deben ser interpretadas y aplicadas de manera que la garantía protegida sea verdaderamente práctica y eficaz, teniendo presente la naturaleza especial de los tratados de derechos humanos<sup>10</sup>.

3) En la presente Resolución, este Tribunal se pronunciará sobre cuatro medidas de reparación respecto de las cuales estima que las partes han aportado información suficiente para realizar una valoración acerca de su cumplimiento. Aún no ha vencido el plazo de un año, contado a partir de la notificación de la Sentencia, para que el Estado presente su primer informe sobre el cumplimiento de las restantes medidas dispuestas en la Sentencia<sup>11</sup>. Las consideraciones de este Tribunal se estructurarán en el siguiente orden:

- |    |  |   |
|----|--|---|
| A. | Publicación y difusión de la Sentencia.....  | 3 |
| B. | Realización de un acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional..... | 5 |
| C. | Indemnización por daños materiales e inmateriales, y reintegro de costas y gastos..... | 6 |
| D. | Reintegro al Fondo de Asistencia Legal de las Víctimas.....                            | 6 |

---

9 Cfr. Caso Cinco Pensionistas Vs. Perú. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 17 noviembre de 2004, Considerando 5, y Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 31 de agosto de 2017, Considerando 2.

10 Cfr. Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú. Competencia. Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 24 de septiembre de 1999. Serie C No. 54, párr. 37, y Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador, supra nota 9, Considerando 2.

11 El plazo para que el Estado presente su primer informe vence el 22 de diciembre de 2017.

.....

alguno para un ejercicio real de la autonomía. En otras palabras, el grado de autonomía de un individuo se encuentra fuertemente determinado por la red de relaciones de las que forma parte y de la percepción que tenga el individuo de su propia inserción en ese contexto relacional, lo cual le permitirá identificar diversas opciones relevantes y adoptar un curso de acción en forma autónoma.

Sin embargo, cabe destacar que las relaciones que un individuo establece con sus familiares, amigos o compañeros de trabajo (entre otras) se insertan asimismo en un contexto más amplio de relaciones *estandarizadas o estereotipadas* que colocan en una posición determinada al individuo y le asignan cierto rol, limitando su abanico de opciones disponibles.<sup>4</sup> Este tipo de relaciones estereotipadas son aquellas que, por ejemplo, prefiguran la relación entre un médico y un paciente, un profesor y su alumno e, incluso, entre un hombre y una mujer.

En el siguiente apartado se analizará cómo, en su pronunciamiento, la Corte Interamericana toma en consideración este aspecto relacional de la autonomía de las mujeres, al reconocer que el poder de decisión de las mismas en materia de salud reproductiva se ha visto tradicionalmente limitado por una visión paternalista que indicaría que la mujer es un ser vulnerable e incapaz de tomar decisiones consistentes en la materia y necesita de un hombre protector que adopte las decisiones en su lugar, sumado al estereotipo de que ellas son quienes deben asumir la plena responsabilidad de la anticoncepción en la pareja.

---

4 Ibidem, p. 23

## A. Publicación y difusión de la Sentencia

### A.1. Medida ordenada por la Corte

4) En el punto resolutivo noveno y en el párrafo 334 de la Sentencia, la Corte dispuso que “el Estado debe publicar, en el plazo de seis meses, contado a partir de la notificación de la [...] Sentencia: a) el resumen oficial de la [...] Sentencia elaborado por la Corte, por una sola vez, en el Diario Oficial en un tamaño de letra legible y adecuado; b) el resumen oficial de la [...] Sentencia elaborado por la Corte, por una sola vez, en un diario de amplia circulación nacional en un tamaño de letra legible y adecuado, y c) la [...] Sentencia en su integridad, disponible por un período de un año, en un sitio web oficial”. También dispuso que el Estado “deberá informar de forma inmediata a [la] Corte una vez que proceda a realizar cada una de las publicaciones dispuestas, independientemente del plazo de un año para presentar su primer informe”.

### A.2. Consideraciones de la Corte

5) Con base en los comprobantes aportados, este Tribunal constata que el Estado dio cumplimiento a la publicación en el Diario Oficial mediante publicación del 3 de marzo de 2017 en la Gaceta Oficial de Bolivia<sup>12</sup>.

6) Asimismo, en lo que respecta a la publicación del resumen oficial de la Sentencia en un diario de amplia circulación nacional, el Estado efectuó una publicación en el periódico “El Diario” el 3 de marzo de 2017<sup>13</sup>. No obstante, los representantes presentaron objeciones a que se declare el cumplimiento de la medida ya que consideran que “se hizo en un tamaño de letra no legible ni adecuado y en un periódico que no es de circula-

12 Cfr. Copia de la Gaceta Oficial del Estado Plurinacional de Bolivia de 3 de marzo de 2017 (Anexo al informe del Estado de 18 de abril de 2017).

13 Cfr. Ejemplar de la página 7 del cuarto cuerpo del periódico El Diario de 3 de marzo de 2017 (Anexo al informe del Estado de 18 de abril de 2017).

## II. El Caso I.V. vs Bolivia.

En el caso bajo análisis la Corte debió analizar la alegada responsabilidad internacional de Bolivia por la intervención quirúrgica conocida comúnmente como *ligadura de trompas de Falopio* realizada a una paciente en un hospital público de la ciudad de La Paz en el año 2000. Dicha intervención, que implicó la esterilización permanente de la señora I.V., fue realizada tras haberle practicado a la misma una operación de cesárea producto de su embarazo. Mientras que el Estado alegaba que la intervención había sido realizada tras haber obtenido el consentimiento de la paciente en forma verbal, esta última lo desmentía y aseguraba haber tomado conocimiento del procedimiento al que fue sometida el día posterior a la intervención quirúrgica.<sup>5</sup>

La Corte indicó que el punto central de la controversia consistía en determinar si el Estado boliviano había obtenido el consentimiento informado de la señora I.V. conforme los parámetros exigidos por el derecho internacional en vigor. Para dilucidar ello, la Corte delimita en primer lugar el alcance y contenido de los derechos cuya violación alegaba la recurrente: a la integridad personal, libertad, dignidad, vida privada y familiar, a fundar una familia y al acceso a la información. Lo interesante del análisis de fondo que realiza la Corte es la manera en que vincula el contenido de cada uno de estos derechos de modo tal de construir una teoría que le permite concluir en la necesidad del consentimiento informado para lograr el pleno respeto de la autonomía de las mujeres en materia de salud reproductiva.

5 Corte IDH. *Caso I.V. Vs. Bolivia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de noviembre de 2016. Serie C No. 329. párr. 68 y 225.

ción nacional<sup>14</sup>. La Comisión también presentó objeciones similares<sup>15</sup>. Siguiendo instrucciones del Presidente del Tribunal, se solicitó al Estado que presentara información con respecto a las referidas objeciones<sup>16</sup>(supra Visto 6), a lo cual Bolivia dio respuesta mediante escritos de agosto<sup>17</sup> y octubre de 2017. Los representantes de la víctima reiteraron la solicitud de que no se declare el cumplimiento de la medida<sup>18</sup>.

7) En lo que respecta al argumento de los representantes sobre la legibilidad de la publicación, de la revisión del ejemplar aportado por el Estado y la explicación dada ante la objeción (supra Considerando 6 y nota 16), la Corte encuentra que, si bien el tamaño de la letra es menor al utilizado en otras secciones del diario, el mismo es legible.

---

14 Los representantes manifestaron que “es prácticamente imposible que, sin el auxilio de [un] instrumento óptico, una persona pueda leer con facilidad o relativa facilidad un texto transcrito con letras diminutas”. Aunado a lo anterior, indicaron que “El Diario no es un ‘periódico de circulación nacional’ que se pueda adquirir fuera de La Paz”, y presentaron como prueba de ello copias de la primera página de los periódicos El Deber, la Razón y Página Siete, de donde se desprende en el encabezado un precio para la compra fuera de La Paz; del diario Cambio, de donde se desprende que se indica que es de “circulación nacional”; y del periódico El Diario, donde se habría realizado la publicación del resumen oficial, del que no se desprende referencia alguna a que sea o no de circulación nacional. Al respecto, los representantes consideran esto último como un indicador de que no es un periódico de circulación nacional.

15 Sostuvo que “[a] fin de que la publicación pueda tener el efecto reparador para el cual está concebida [...] la misma no puede ser de difícil lectura para la víctima y la población en general” y consideró que sería pertinente “ordenar al Estado la repetición de la publicación”.

16 Mediante notas de Secretaría de 31 de julio y 27 de septiembre de 2017.

17 El Estado afirmó que “cumplió a cabalidad con su obligación dispuesta en el numeral 9 de la Sentencia”. Sostuvo que “el tamaño de la letra es legible y adecuado para una adecuada lectura del público”. Explicó que “[l]a publicación original del resumen de la Sentencia en ‘El Diario’ fue realizada en el formato más grande que dispone ese periódico para la publicación de Edictos” y se hizo “con los títulos en letras agrandadas y llamativas”. También afirmó que “El Diario es un medio de comunicación de amplia circulación nacional e idóneo para realizar este tipo de publicaciones”.

18 Los representantes, mediante escrito de observaciones de septiembre de 2017, insistieron en sus observaciones relativas al tamaño de la publicación y al carácter de diario de circulación nacional, y argumentaron que si el Estado pide al medio impreso que se use un tamaño de letra mayor, el medio “le dirá que sí y le dará un precio”. En cuanto al argumento relativo a que ya la Corte ha aceptado ese tamaño de letra en otras publicaciones, señalaron que en esos casos anteriores los representantes no actuaban como tales, “por lo que difícilmente hubiera[n] podido plantear una objeción”. Dichas observaciones fueron reiteradas en escritos de 10 y 23 de octubre de 2017.

En esta línea, destaca la conexión importante que la Corte establece entre la dignidad personal consagrada en el artículo 11 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH en adelante) y la autonomía personal en decisiones ligadas al plan de vida y salud del individuo, expresándolo en los siguientes términos:

*“un aspecto central del reconocimiento de la dignidad constituye la posibilidad de todo ser humano de auto-determinarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias opciones y convicciones. En este marco juega un papel fundamental el principio de la autonomía de la persona, el cual veda toda actuación estatal que procure la instrumentalización del individuo, es decir, que la convierta en un medio para fines ajenos a las elecciones sobre su propia vida, su cuerpo y el desarrollo pleno de su personalidad, dentro de los límites que impone la Convención”.*<sup>6</sup>

Asimismo, la Corte establece una relación entre la protección de la vida privada garantizada por el art. 11 CADH con la protección de la familia del art. 17 CADH, al indicar que la noción de *vida privada* es más amplia que la de mera privacidad, incluyendo también el derecho a la autonomía personal sobre decisiones que impactan sobre la forma en que el individuo se proyecta hacia los demás y que hacen al desarrollo de su personalidad.<sup>7</sup> En ese sentido, la Corte destaca que las decisiones en relación a la maternidad forman parte esencial del libre desarrollo de la personalidad de las mujeres y que, por tanto, las

---

6 Ibidem, párr. 150.

7 Ibidem, párr. 152.

8) Por su parte, en lo que respecta al argumento de los representantes sobre que “El Diario” no es de circulación nacional, la Corte considera que el mismo cumple con el criterio ordenado tomando en cuenta el contenido de una nota aportada por el Estado en su informe de octubre de 2017 suscrita por el asesor legal del medio “El Diario”<sup>19</sup>, en la cual se afirma que es un diario de “cobertura nacional”, que “se distribuye en todo el país especialmente en la red troncal que comprende los departamentos de La Paz, Oruro, Cochabamba, Santa Cruz y principales ciudades de Bolivia, llegando a 120 poblaciones de todo el territorio nacional”<sup>20</sup>. En consecuencia, la Corte no encuentra motivos suficientes para considerar que la referida publicación no cumple con lo dispuesto en la Sentencia.

9) Finalmente, en cuanto a la publicación de la Sentencia de manera íntegra en un sitio web oficial por el período de un año, la Corte constata que ésta fue realizada en la página web de la Procuraduría General del Estado<sup>21</sup> desde, al menos, el 18 de abril de 2017, fecha en la que comunicó a la Corte sobre la publicación de la Sentencia<sup>22</sup>. Los representantes consideraron que “sí se ha cumplido” con la referida medida de reparación<sup>23</sup>. La Corte considera que el Estado ha dado cumplimiento a esta medida y deberá continuar garantizando la preservación de la publicación en la referida página web al menos hasta el 18 de abril de 2018, debido a que indicó el enlace

---

19 Cfr. Escrito del Asesor Legal de “El Diario” de 10 de octubre de 2017 (Anexo al informe del Estado de 10 de octubre de 2017).

20 También argumentó que “en relación al periódico empleado, en el caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia, la publicación se realizó en ‘El Diario’ y en consecuencia, la Corte resolvió que el Estado cumplió con su obligación, lo que sirvió de parámetro para continuar utilizando es[e] medio de prensa escrito, de circulación nacional”.

21 En el informe presentado por el Estado el 18 de abril de 2017, comunicó que “publicó el resumen y la Sentencia in extensa en [...] la Página oficial Web de la Procuraduría General del Estado <http://www.procuraduria.gob.bo/2017>”.

22 El Estado no acreditó la fecha en la que se dio inicio a la referida publicación de la Sentencia.

23 No obstante, en las observaciones presentadas en escrito de 4 de mayo de 2017, manifestaron que “el Estado debería considerar que el sitio web de la Procuraduría General del Estado [...] no es el lugar que recibe más visitas de parte de la ciudadanía, a diferencia [de] otros sitios web oficiales, por lo que la difusión de información a través de este canal es significativamente menor”.

.....

decisiones en materia de salud reproductiva forman parte intrínseca de las decisiones sobre su vida privada y familiar.<sup>8</sup>

Por último, la Corte establece que la salud forma parte del derecho a la integridad personal protegido en el art. 5 de la CADH y que la misma comprende “*la libertad de cada individuo de controlar su salud y su cuerpo y no padecer injerencias, tales como ser sometido a torturas o a tratamientos o experimentos médicos no consentidos.*”<sup>9</sup> Esta conexión entre el necesario respeto de la autonomía personal de las mujeres para tomar decisiones sobre su salud y su cuerpo y la protección de la integridad personal, conlleva para la Corte la obligación de los Estados de evitar por un lado cualquier tipo de injerencia en las decisiones libres que adopten las personas (obligación negativa) y, por el otro, la obligación de los mismos de suministrar de oficio la información necesaria para que las personas puedan adoptar decisiones informadas y razonadas conforme a su plan de vida<sup>10</sup>.

De este modo, y tras esa construcción doctrinaria, la Corte concluye que “*el consentimiento informado del paciente es una condición sine qua non para la práctica médica, el cual se basa en el respeto a su autonomía y su libertad para tomar sus propias decisiones de acuerdo a su plan de existencia*”<sup>11</sup>. En otras palabras, la Corte entiende que la eficacia

---

8 Esto ya fue mencionado por la Corte en el Caso Artavia Murillo donde se alude a como las decisiones de los individuos respecto a ser madre o padre pertenecen a la esfera de sus decisiones autónomas respecto a su vida privada y familiar. Véase Corte IDH, *Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) Vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas Sentencia de 28 noviembre de 2012. Serie C No. 257, párr. 143.

9 Corte IDH, Caso I.V. vs. Bolivia, op.cit. párr. 155.

10 Ibidem, párrs 155 y 156. La Corte resalta el hecho de que en función del deber de “transparencia activa” los Estados deben brindar la información de oficio, sin esperar a que el paciente se las solicite o haga preguntas al respecto.

11 Ibidem, párr. 159.

a dicha publicación el 18 de abril de 2017 y la misma debe estar disponible al menos por un año<sup>24</sup>.

10) En virtud de lo anterior, la Corte declara que, dentro del plazo dispuesto en la Sentencia, el Estado ha dado cumplimiento total a las medidas de publicación y difusión de la Sentencia y de su resumen oficial, ordenadas en el punto resolutivo noveno de la Sentencia.

## B. Realización de un acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional

### B.1. Medida ordenada por la Corte

11. En el punto resolutivo décimo y en el párrafo 336 de la Sentencia, la Corte ordenó al Estado, dentro del plazo de un año desde la notificación de la Sentencia, “reali[zar] un acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional en relación con los hechos del presente caso”, en el cual se debía hacer referencia a las violaciones de derechos humanos declaradas en la Sentencia. Asimismo, se dispuso que debía “llevarse a cabo mediante una ceremonia pública en presencia de altos funcionarios del Estado y la víctima”, y que el Estado debía “acordar con la señora I.V. o su representante la modalidad de cumplimiento del acto público de reconocimiento, así como las particularidades que se requieran, tales como el lugar y la fecha para su realización”.

### B.2. Consideraciones de la Corte

12) Tomando en cuenta que los propios representantes de la víctima comunicaron que “el 16 de octubre pasado el Estado ha dado cumplimiento a la medida de reparación [...] en acto celebrado en las instalaciones

---

24 Cfr. Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 17 de abril de 2015, Considerando 9, y Caso Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros Vs. Panamá. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 23 de mayo de 2017, Considerando 9.

de la autonomía reconocida a las mujeres respecto a las decisiones sobre su cuerpo y salud sólo puede garantizarse cabalmente mediante el otorgamiento de la información necesaria para que puedan adoptar sus decisiones libremente, siendo ello a su vez esencial para la protección de todos los derechos asociados al respeto de la autonomía personal como son la dignidad e integridad y el resguardo de la vida privada y familiar.

## III. El consentimiento informado y los estereotipos de género negativos.

En el apartado anterior se ha expuesto como la Corte en su pronunciamiento ha establecido una conexión entre el pleno ejercicio de la autonomía individual y la obligación del personal médico de recabar el consentimiento informado del paciente en forma previa a toda práctica médica.

Ahora bien, otro de los aspectos más relevantes de este pronunciamiento consiste en la delimitación que efectúa la Corte de las características que debe asumir el consentimiento informado para ser válido y el rol que juegan los estereotipos de género en la obtención del mismo. Así, la Corte destaca que el reconocimiento de la autonomía individual de los pacientes se traduce en la conservación por parte de los mismos de un poder decisorio respecto al tratamiento médico que recibirán, producto de un cambio de paradigma en la relación entre el médico y el paciente, habiéndose abandonado el tradicional modelo paternalista donde el médico adoptaba todas las decisiones por ser el experto profesional en la materia, y siendo sustituido por un modelo donde el paciente colabora con el médico en cuanto a las decisiones a tomar respecto a su cuerpo

de la Procuraduría General del Estado<sup>25</sup>, este Tribunal considera que Bolivia, dentro del plazo dispuesto en la Sentencia, ha dado cumplimiento total a la medida correspondiente a realizar un acto público de reconocimiento internacional en relación con los hechos del presente caso, ordenada en el punto resolutivo décimo de la Sentencia.

### C. Indemnización por daños materiales e inmateriales, y reintegro de costas y gastos

#### C.1. Medidas ordenadas por la Corte

13) En el punto resolutivo décimo tercero y en los párrafos 358, 363, 366 a 371 de la Sentencia, la Corte ordenó al Estado “pagar las cantidades fijadas [...] por concepto de indemnización por daño material e inmaterial<sup>26</sup>, y por el reintegro de costas y gastos<sup>27</sup>”, dentro del plazo de un año desde la notificación de la Sentencia.

#### C.2. Consideraciones de la Corte

14. La Corte observa que los representantes reconocieron que durante el acto público celebrado el 16 de octubre de 2017 (supra Considerando 12), se les entregó “el reporte de transferencia bancaria que cubre la indemnización por daño material y moral, [...] y de similar reporte en favor de Derechos en Acción por reintegro de costas y gastos, en cumplimiento del punto 13 [...] de la [S]entencia”. En virtud de lo anterior, este Tribunal considera que el Estado ha dado cumplimiento total, dentro del plazo dispuesto en la Sentencia, a las medidas

---

25 Indicarón que la víctima del presente caso no habría participado en dicho acto por motivos de salud. No brindaron información sobre las particularidades del acto más allá de lo que consta en el Considerando 12.

26 En el párrafo 358 de la Sentencia la Corte, “fij[ó] en equidad, por concepto de daño material e inmaterial, la cantidad de US\$ 50.000,00 (cincuenta mil dólares de los Estados Unidos de América)” a favor de la víctima I.V..

27 En el párrafo 363 de la Sentencia la Corte dispuso, por concepto de costas y gastos, “la cantidad de US\$ 18.290 (dieciocho mil doscientos noventa dólares de los Estados Unidos de América) a la organización Derechos en Acción”.

.....

y salud.<sup>12</sup> Por ello, la evidente desigualdad de poder que existe en la relación entre un médico y su paciente dado el conocimiento especializado y el mayor control de la información por parte del primero exige que el consentimiento informado otorgado por el paciente cumpla ciertas características que funcionan como límite a la práctica médica a la vez que como reaseguro de la autonomía individual del paciente.

La Corte determina que los caracteres esenciales que deben verificarse en todo consentimiento informado son principalmente cuatro: a) Previo, b) Libre, c) Pleno, d) Informado. Sin ser objeto del presente un análisis minucioso de cada uno de los requisitos, cabe destacar la importancia que la Corte otorga a eliminar la discriminación basada en estereotipos de género, al reconocer que la tradicional desigualdad de poder entre un médico y su paciente puede verse exacerbada por las relaciones desiguales de poder que históricamente han caracterizado a hombres y mujeres y por los estereotipos de género negativos que constituyen la base de prácticas que refuerzan la posición de la mujer como dependiente y subordinada.<sup>13</sup> Estos estereotipos de género atentan contra la eficacia del principio de autonomía personal y constituyen, en visión de la Corte, un impedimento para el otorgamiento de un consentimiento en forma libre y plena ya que normalmente afectan el acceso a la información de las mujeres en materia de salud sexual y reproductiva.<sup>14</sup>

---

12 *Ibidem*, párr. 161.

13 Para un análisis detallado de los requisitos que debe contener el consentimiento informado para ser válido véase párrafos 176 a 196 del pronunciamiento.

14 *Ibidem*, párr. 187. La Corte indicó que “una mujer que no tiene conocimiento de sus derechos sexuales y reproductivos puede ser propensa a adoptar una actitud menos asertiva respecto a sus derechos. Esto puede conllevar a que deposite mayor confianza en el criterio de su médico, o a que profesionales de la salud adopten una posición paternalista respecto a su paciente. Ambas condiciones pueden abrir la puerta a una situación de ejercicio de poder donde profesionales de la salud tomen decisiones sin tomar en cuenta la autonomía y voluntad de su paciente”.

de reparación relativas al pago de la indemnización por concepto de daño material e inmaterial a la víctima, y del reintegro de costas y gastos a favor de sus representantes.

#### D. Reintegro al Fondo de Asistencia Legal de las Víctimas

##### D.1. Medida ordenada por la Corte

15. En razón de las violaciones declaradas en la Sentencia (supra Visto 1) y en atención a lo establecido en el artículo 5 del Reglamento del Fondo de Asistencia<sup>28</sup>, en el párrafo 365 y en el punto dispositivo décimo cuarto del Fallo, la Corte “orden[ó] al Estado el reintegro a dicho Fondo de la cantidad de USD \$ 1.623,21 (un mil seiscientos veintitrés dólares de los Estados Unidos de América con 21/100)” correspondientes a “gastos necesarios realizados para la comparecencia de la declarante en la audiencia pública del presente caso, así como para la formalización y envío de los affidávits”. La Corte dispuso que dicha cantidad debía ser reintegrada en el plazo de seis meses, contado a partir de la notificación del Fallo<sup>29</sup>.

##### D.2. Consideraciones de la Corte

16) El Tribunal ha constatado que, mediante depósito realizado el 19 de junio de 2017<sup>30</sup>, el Estado ha cumplido con reintegrar al Fondo de Asistencia Legal de Víctimas la cantidad dispuesta en el párrafo 365 de la Sentencia,

---

28 Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el Funcionamiento del Fondo de Asistencia Legal de Víctimas, aprobado por el Tribunal el 4 de febrero de 2010, y en vigor a partir del 1 de junio de 2010. Disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/regla\\_victimas/victimas\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/regla_victimas/victimas_esp.pdf).

29 Dicho plazo venció el 22 de junio de 2017.

30 Cfr. Constancia de Depósito N° 2559 emitida por el Viceministerio de Tesoro y Crédito Público de Bolivia (Anexo al informe del Estado de 26 de junio de 2017).

Asimismo, la Corte reconoce la necesidad de tener en cuenta las necesidades y particularidades del paciente para lograr que la información sea cabalmente entendida por el mismo, siendo ello *“especialmente importante cuando los pacientes pertenecen a grupos en situación de vulnerabilidad o con necesidades específicas de protección debido a fuentes de exclusión, marginalización o discriminación, relevantes para el entendimiento de la información.”*<sup>15</sup> En esta línea, autores como López Mesa indican que la sola provisión de información no resulta suficiente, sino que para que el consentimiento sea válido es necesaria una adecuada comprensión de la información, lo que a su vez exige que la misma se adecue a las circunstancias personales del paciente como son la edad, gravedad de la intervención médica, tipo de enfermedad o situación socio-económica, entre otros factores.<sup>16</sup>

Siguiendo esa línea, la Corte resalta la relación que existe entre los estereotipos de género negativos y la histórica restricción de la autonomía en materia sexual y reproductiva que han sufrido las mujeres, destacando que las esterilizaciones no consentidas afectan en forma desproporcionada a las mujeres en razón de que históricamente se les ha asignado a los hombres un rol preponderante en la adopción de decisiones sobre el cuerpo de las mujeres y a estas últimas la función reproductora y de planificación familiar.<sup>17</sup> En función de lo expuesto, la Corte califica a la ligadura de trompas realizada a la señora I.V. como una medida sospechosa de discriminación en función del sexo de

---

15 Ibidem, párr. 192.

16 LÓPEZ MESA, Marcelo J. (2016): *Los médicos y el consentimiento informado (necesarias precisiones sobre el tema en el marco del nuevo CCC)*, El Derecho N° 13.892, pp. 4-5.

17 Corte IDH, Caso I.V. vs. Bolivia, op.cit. párr. 243.

dentro del plazo establecido en la misma.

17) El Tribunal recuerda que la creación del Fondo de Asistencia Legal del Sistema Interamericano fue aprobada en el 2008 por la Asamblea General de la OEA<sup>31</sup>, y se aprobó que tuviera dos cuentas separadas: una para la Comisión Interamericana y otra para la Corte Interamericana<sup>32</sup>. En lo que respecta al financiamiento del Fondo de Asistencia de la Corte, el Tribunal recuerda que desde su funcionamiento a partir del 2010, este ha dependido de los aportes de capital voluntarios de fuentes cooperantes y del aporte de un Estado miembro de la OEA<sup>33</sup>, así como de los reintegros que realicen los Estados responsables, razón por la cual los recursos disponibles en el mismo son limitados. Es por ello que el Tribunal resalta la voluntad de cumplimiento de sus obligaciones internacionales demostrada por el Estado de Bolivia al reintegrar los recursos al referido Fondo de Asistencia. El reintegro realizado por Bolivia contribuirá a la sostenibilidad de dicho Fondo, el cual está dirigido a brindar asistencia económica a las presuntas víctimas que carecen de recursos económicos suficientes para sufragar los gastos del litigio ante la Corte Interamericana, garantizando su acceso a la justicia en términos igualitarios.

---

31 Con el "objeto [de] facilitar acceso al sistema interamericano de derechos humanos a aquellas personas que actualmente no tienen los recursos necesarios para llevar su caso al sistema". AG/RES. 2426 (XXXVIII-O/08) Resolución adoptada por la Asamblea General de la OEA durante la celebración del XXXVIII Período Ordinario de Sesiones de la OEA, en la cuarta sesión plenaria, celebrada el 3 de junio de 2008, "Creación del Fondo de Asistencia Legal del Sistema Interamericano de Derechos Humanos", párrafo dispositivo 2.a.

32 El artículo 2.1 del Reglamento del Fondo de Asistencia Legal de Víctimas del Sistema Interamericano, estipuló que éste se financia por medio de los "[a]portes de capital voluntarios de los Estados miembros de la OEA, de los Estados Observadores Permanentes, y de otros Estados y donantes que deseen colaborar". CP/RES. 963 (1728/09), Resolución adoptada el 11 de noviembre de 2009 por el Consejo Permanente de la OEA, "Reglamento para el Funcionamiento del Fondo de Asistencia Legal del Sistema Interamericano de Derechos Humanos", artículo 2.1.

33 El Fondo de Asistencia Legal de Víctimas de la Corte Interamericana no cuenta con recursos del presupuesto ordinario de la OEA. Hasta la fecha los fondos provienen de proyectos de cooperación firmados por el Tribunal con Noruega y Dinamarca, y del aporte voluntario realizado por Colombia. Al respecto ver: Informe Anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 2016, págs. 177 a 187, disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/sitios/informes/docs/SPA/spa\\_2016.pdf](http://www.corteidh.or.cr/sitios/informes/docs/SPA/spa_2016.pdf).

.....

la paciente y por tanto susceptible de un escrutinio estricto de proporcionalidad conforme a la doctrina de la Corte, lo cual exige al Estado una argumentación exhaustiva y razones de peso suficientes como para desvirtuar la presunción de discriminación que recae sobre el accionar estatal.<sup>18</sup>

En función de lo expuesto, la Corte concluyó que la ligadura de trompas practicada a la señora I.V. no era una medida estrictamente necesaria ya que existían medidas menos lesivas de la autonomía y libertad reproductiva de I.V. y menos restrictivas de su vida privada y familiar. Ello así, dado que el riesgo de un embarazo futuro no constituía una situación de extrema urgencia que impidiera obtener el consentimiento informado de la paciente bajo los estándares del derecho internacional. Por tanto, la Corte consideró que el sometimiento de I.V. a una esterilización sin su consentimiento supuso la anulación de su poder decisorio en forma discriminatoria ya que el médico actuó considerando únicamente su criterio, sin tener en cuenta las necesidades de su paciente y sin haberle informado sobre la existencia de otros métodos anticonceptivos menos invasivos y no permanentes que eran igualmente conducentes para evitar los riesgos de un embarazo futuro. Asimismo, el hecho de que el médico haya intentado localizar al marido de la señora I.V. para que este autorice la intervención constituyó para la Corte una práctica médica paternalista basada en el estereotipo de que las mujeres no son

---

18 El test del *escrutinio estricto* exige que la medida restrictiva de un derecho no solo sea idónea para alcanzar un fin legítimo sino que además la misma sea necesaria, en el sentido de ser la alternativa menos restrictiva que permita alcanzar dicha finalidad legítima. Para un análisis detallado del mismo véase CLÉRICO, Laura (2012): "Hacia la reconstrucción de un modelo integrado de proporcionalidad a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en: CAPALDO, SIECKMANN y CLÉRICO, (Dir.): *Internacionalización del Derecho Constitucional; Constitucionalización del Derecho Internacional*, Buenos Aires, EUDEBA.

POR TANTO:

LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS,

en el ejercicio de sus atribuciones de supervisión del cumplimiento de sus decisiones, de conformidad con los artículos 33, 62.1, 62.3, 65, 67 y 68.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 24, 25 y 30 del Estatuto de la Corte, 31.2 y 69 de su Reglamento, así como con los artículos 1, 4 y 5 del Reglamento del Fondo de Asistencia Legal de Víctimas,

RESUELVE:

1) Declarar, de conformidad con los Considerandos 10, 12, 14 y 16 de la presente Resolución, que el Estado Plurinacional de Bolivia ha dado cumplimiento total a las siguientes medidas de reparación:

- a) publicar el resumen oficial de la Sentencia en el Diario Oficial y en un diario de amplia circulación nacional, y la Sentencia en su integridad en un sitio web oficial (punto resolutivo noveno de la Sentencia);
- b) realizar un acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional por los hechos del presente caso (punto resolutivo décimo de la Sentencia);
- c) pagar las cantidades fijadas en la Sentencia por concepto de indemnización por daño material e inmaterial, y por el reintegro de costas y gastos (punto resolutivo décimo tercero de la Sentencia), y
- d) reintegrar al Fondo de Asistencia Legal de Víctimas de la Corte Interamericana la cantidad dispuesta en el párrafo 365 de la Sentencia (punto resolutivo décimo cuarto de la Sentencia).

2) De conformidad con lo indicado en el Considerando 3 de la presente Resolución, mantener abierto el procedimiento de supervisión de cumplimiento de las siguientes medidas de reparación respecto de las cuales se encuentra corriendo el plazo para que el Estado presente el informe requerido en la Sentencia:

- a) brindar gratuitamente, a través de sus instituciones de salud especializadas, y de forma inmediata, adecuada y efectiva, el tratamiento médico y, específicamente en salud sexual y reproductiva, así como tratamiento psi-

.....  
capaces de adoptar decisiones autónomas sobre su cuerpo.<sup>19</sup>

Por todo ello, la Corte entiende que la intervención médica realizada a I.V. supuso una restricción grave de su autonomía y una interferencia abusiva sobre su vida privada y familiar que no tuvo en consideración la propia voluntad de la paciente, causando así consecuencias graves para su integridad personal. En efecto, la Corte determinó que dicha intervención médica abusiva le causó un grave daño físico y psicológico a la paciente que constituyó un acto de violencia contra la mujer en los términos de la Convención de Belém do Para así como también un trato cruel, inhumano y degradante contrario a la dignidad del ser humano, configurando una violación al artículo 5 de la Convención Americana de Derechos Humanos.<sup>20</sup>

Finalmente, y por las consideraciones señaladas, la Corte determina que el Estado de Bolivia resulta responsable internacionalmente por violación del deber de respeto y garantía, así como de la obligación de no discriminar, de los derechos a la integridad personal, libertad personal, dignidad, vida privada y familiar, a fundar una familia y al acceso a la información, todos ellos en relación con la autonomía personal y la salud sexual y reproductiva de la señora I.V., en razón de la no obtención de su consentimiento previo, libre, pleno e informado para la realización de la intervención quirúrgica.<sup>21</sup>

<sup>19</sup> Corte IDH, Caso I.V. vs. Bolivia, op.cit. párr. 246.

<sup>20</sup> Ibidem, párrs. 250-255 y 262-270.

<sup>21</sup> Ibidem, párr. 205 y 256.

cológico y/o psiquiátrico, a la señora I.V. (punto resolutivo octavo de la Sentencia);

b) diseñar una publicación o cartilla que desarrolle en forma sintética, clara y accesible los derechos de las mujeres en cuanto a su salud sexual y reproductiva, en la que se deberá hacer mención específica al consentimiento previo, libre, pleno e informado (punto resolutivo décimo primero de la Sentencia), y

c) adoptar programas de educación y formación permanentes dirigidos a los estudiantes de medicina y profesionales médicos, así como a todo el personal que conforma el sistema de salud y seguridad social, sobre temas de consentimiento informado, discriminación basada en género y estereotipos, y violencia de género (punto resolutivo décimo segundo de la Sentencia).

3) Disponer que el Estado adopte, en definitiva y a la mayor brevedad, las medidas que sean necesarias para dar efectivo y pronto cumplimiento a los puntos resolutivos pendientes de cumplimiento de la Sentencia, de acuerdo a lo considerado en la presente Resolución, y con lo estipulado en el artículo 68.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

4) Disponer que la Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos notifique la presente Resolución al Estado Plurinacional de Bolivia, a los representantes de la víctima y a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Corte IDH. Caso I.V. Vs. Bolivia. Supervisión de cumplimiento de sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 14 de noviembre de 2017.

Firmas: Roberto F. Caldas Presidente, Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, Eduardo Vio Grossi, Humberto Antonio Sierra Porto, Elizabeth Odio Benito, Eugenio Raúl Zaffaroni, L. Patricio Pazmiño Freire, Pablo Saavedra Alessandri Secretario, Roberto F. Caldas Presidente, Pablo Saavedra Alessandri Secretario

---

#### **IV. El reconocimiento de la autonomía relacional y la importancia del acceso a la información en materia de salud reproductiva.**

El pronunciamiento de la Corte en el Caso I.V. vs. Bolivia desarrolla el concepto de autonomía desde una perspectiva individual al abordar el caso de la violación de derechos humanos de una mujer fuera de un contexto sistemático o generalizado de violaciones que permita considerar a las esterilizaciones no consentidas de las mujeres como una política estatal deliberada. Ahora bien, lo novedoso y relevante del mismo radica en que, más allá de destacar la importancia de la autonomía individual en la toma de decisiones en el ámbito de la salud sexual y reproductiva de las mujeres, la Corte reconoce la importancia de que la misma sea ejercida por las mujeres libre de toda discriminación y violencia, y el rol determinante que cumple el acceso a una información oportuna, completa y fidedigna en ello.

En este sentido, cabe destacar como la Corte no realiza un abordaje de la autonomía de las mujeres desde la concepción tradicional descrita anteriormente, sino que también reconoce que el grado de autonomía con el que pueden contar las mujeres en materia de su salud sexual y reproductiva se encuentra condicionado por ciertos estereotipos de género negativos que han afectado a las mujeres históricamente, limitando su poder de decisión en función de prácticas paternalistas que tradicionalmente han despreciado la capacidad de las mujeres de tomar decisiones sobre su salud y su propio cuerpo.

De este modo, la Corte reconoce que la autonomía de las mujeres debe ser analizada también desde su aspecto relacional, destacando que su capacidad de decisión para elegir entre diversas opciones relevantes se verá condicionada no sólo por las circuns-

tancias particulares de cada mujer en relación a su educación o situación socio-económica sino también por el rol que se le asigna a las mujeres en las relaciones *estandarizadas* de las que forman parte, las cuales históricamente han estado caracterizadas por estereotipos de género negativos que precisamente suponen una restricción al libre ejercicio de su autonomía.

El reconocimiento de la existencia de estos estereotipos permite a la Corte resaltar la importancia de un adecuado acceso a la información en materia de salud sexual y reproductiva por parte de las mujeres que atienda a sus particulares necesidades y que permita revertir la escasa participación que se les ha otorgado en cuanto a la decisión sobre las intervenciones médicas que se realizan sobre su cuerpo. Ello así, en tanto tal como destaca Álvarez, para que la autonomía pueda ejercerse libremente es necesario que existan opciones relevantes a escoger por el individuo, pero también que el mismo las perciba como viables, en función de la percepción que tenga del contexto y del entramado de relaciones en el que se encuentra inmerso.<sup>22</sup>

## VI. Conclusión

El pronunciamiento de la Corte en el Caso I.V. vs. Bolivia supone una contribución a una mejor conceptualización de la noción de autonomía individual así como también la reafirmación de la indispensable conexión existente entre un adecuado acceso a la información en materia de salud sexual y reproductiva y el ejercicio libre y pleno por parte de las mujeres de su autonomía individual.

En este sentido, se resalta el carácter multidimensional de la autonomía, cuya protección y libre ejercicio por parte de las mujeres impacta sobre la protección de otros derechos como el derecho a la dignidad personal, a la igualdad, a la libertad, a la privacidad o a la integridad personal. A su vez, se pone el foco de atención en el aspecto relacional de la autonomía, entendiendo que el grado de autonomía de las mujeres para tomar decisiones respecto a su salud sexual y reproductiva no depende enteramente de sus circunstancias personales como el nivel educativo o su posición social y económica, sino que viene también condicionado y restringido por los estereotipos de género negativos que han imperado históricamente en las sociedades y por ciertas prácticas médicas paternalistas que el Estado tiene la obligación de revertir.

Es destacable la labor realizada por la Corte en el sentido de evidenciar los estereotipos negativos que tradicionalmente han restringido la autonomía de las mujeres en materia de salud reproductiva y como ello agrava la ya de por sí desigual relación de poder existente entre un médico y su paciente. Es por ello que en situaciones como las esterilizaciones no consentidas que se practican a las mujeres, la Corte exige extremar los recaudos para recabar el consentimiento informado de la paciente, debiendo el Estado tomar en cuenta las necesidades particulares de la misma y siendo responsable, por tanto, no solo de suministrar dicha información sino también de asegurar que la misma sea comprendida por la paciente.

Este pronunciamiento, entonces, puede entenderse como una punta de lanza para un mayor desarrollo del derecho a la autonomía personal que incluya como contrapartida el deber de los Estados de respetar y garantizar la facultad de cada individuo de elegir un plan de vida conforme a sus propios valores e intereses. En este sentido, sería positivo que la Corte Interamericana desarrolle el derecho a la autonomía personal de las

---

22 ÁLVAREZ, Silvina (2015): "La autonomía personal y la autonomía relacional", en *Análisis Filosófico* Vol. XXXV N°1, p. 19.

mujeres en otros ámbitos de su vida que no se limiten meramente al de la salud reproductiva, tales como su educación, trabajo, vida familiar o participación política.

La Corte Interamericana ha abierto un camino que, resulta de esperar, sea transitado por ella en la dirección de continuar procurando la protección del ejercicio de la autonomía de las mujeres en los diversos ámbitos de su vida y reforzar el deber de los Estados de adoptar una actitud proactiva para desterrar los estereotipos de género negativos y afianzar el poder decisorio de las mujeres sobre su plan de vida y desarrollo personal.

## BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ, Silvina (2015): “La autonomía personal y la autonomía relacional”, en *Análisis Filosófico Vol. XXXV N°1*.
- CLÉRICO, Laura (2012): “Hacia la reconstrucción de un modelo integrado de proporcionalidad a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en: CAPALDO, SIECKMANN y CLÉRICO, (Dir.): *Internacionalización del Derecho Constitucional; Constitucionalización del Derecho Internacional*, Buenos Aires, EUDEBA.
- LÓPEZ MESA, Marcelo J. (2016): Los médicos y el consentimiento informado (necesarias precisiones sobre el tema en el marco del nuevo CCC), *El Derecho* N° 13.892, pp. 4-5.

## JURISPRUDENCIA:

- Corte IDH. *Caso I.V. Vs. Bolivia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de noviembre de 2016. Serie C No. 329. párr. 68 y 225.
- Corte IDH, *Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) Vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas Sentencia de 28 noviembre de 2012. Serie C No. 257



## Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina

**Causa: Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa D. G., C. E. cl Obra Social del Poder Judicial s/ amparo de salud**

Buenos Aires, 26 de diciembre de 2017

vistos los autos: "Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa D. G., C. E. cl Obra Social del Poder Judicial s/ amparo de salud", para decidir sobre su procedencia.

CONSIDERANDO:

1º) Que la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo civil y Comercial Federal confirmó la sentencia de la instancia anterior en cuanto había hecho lugar a la acción de amparo entablada por M. G., en representación de su hijo menor discapacitado C. E. D. G., tendiente a obtener a favor de este, por parte de la Obra Social del Poder Judicial de la Nación, la cobertura total de medicación, terapia fisiológica, rehabilitación kinesiológica, escolarización en centro educativo terapéutico y transporte escolar. Asimismo, la modificó al ordenar que dichas prestaciones debían otorgarse sin los topes, ni límites previstos en la resolución 42,8/1999 del Ministerio de Salud y

Acción Social.

2º) Que para así decidir, el a quo entendió, en lo que interesa, que los valores de las prestaciones establecidos en las resoluciones del citado ministerio, no resultaban oponibles al afiliado, habida cuenta del carácter integral

---

## EL PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD EN LA COBERTURA DE LAS PRESTACIONES DE SALUD

THE PRINCIPLE OF REASONABILITY IN THE COVERAGE OF HEALTH BENEFITS

MARÍA YANINA GÁZQUEZ<sup>1</sup>

RESUMEN

El siguiente artículo tiene por objeto analizar, a partir de un fallo reciente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, cual es el alcance de la frase "cobertura integral de las prestaciones de salud en caso de discapacidad" y que parámetro deben utilizar los prestatarios públicos y privados al momento de otorgar las mismas.

ABSTRACT

The following article is intended to analyze, from a recent ruling of the Supreme Court of Justice of the Nation, what is the scope of the phrase "comprehensive coverage of health benefits in case of disability" and what parameter should be used by public and private borrowers at the time of granting them.

---

<sup>1</sup> Abogada (UNC), Escribana (UES21), tesina presentada para cumplir con los requisitos finales para la obtención del título de Especialista en Derecho Laboral. Cohorte 2015-2016. Director: Dr. Carlos Toselli. Se desempeña profesionalmente en la Sala Octava del Trabajo, Secretaria 16 de la Ciudad de Córdoba. Adscripta de la Cátedra de Derecho Público y Provincial (UNC). Contacto: yanigazquez@hotmail.com

de la cobertura de las necesidades y requerimientos de las personas con discapacidad que establece la ley 24.901.

3º) Que contra dicho pronunciamiento la demandada dedujo el recurso extraordinario cuya denegación origina la presente queja. En su memorial, la apelante cuestionó la interpretación dada por la cámara a las disposiciones de las leyes 22.431, 23.660, 23.890 Y 24.901 Y su aplicación al caso. Sostiene que las leyes 22.431 y 24.901 que establecen el Sistema Único de Prestaciones Básicas para Personas con Discapacidad obligan a las obras sociales comprendidas bajo la órbita de la ley 23.660 a suministrar los servicios asistenciales allí especificados, pero que la Obra Social del Poder Judicial de la Nación se halla excluida expresamente de ese régimen en razón de lo dispuesto

por el arto 4º. de la ley 23.890. Plantea, asimismo, que “integral no es sinónimo de gratuidad y que conforme con el decreto 1193/1998 y la resolución 428/99 del Ministerio de Salud y Acción Social, que imponen limitaciones al otorgamiento de tales prestaciones, dictó la resolución 1126/2004 con el objeto de establecer el alcance de ellas para la atención de los afiliados discapacitados. Expresa que sobre dicha plataforma normativa es que admitió, mediante la resolución 1362/2013, la asistencia reclamada por el actor con los topes allí previstos.

4º) Que existe en el caso materia federal suficiente que habilita el examen de los agravios por la vía elegida pues se ha puesto en cuestión la interpretación de normas federales y la decisión ha sido contraria al derecho que la apelante fundó en ellas (art. 14 de la ley 48).

5º) Que, como se ha puesto de relieve en repetidas oportunidades, en la tarea de esclarecer la inteligencia de las normas federales, esta Corte no se encuentra limitada por los argumentos de las partes o del a quo, sino que le incumbe realizar una declaratoria sobre el punto disputado (Fallos: 307:1457, 315:1492 y 330:2416, entre muchos otros) sin necesidad de abordar todos los temas propuestos sino aquellos que sean conducentes para una correcta solución del caso (Fallos: 301:970; 303:135; 307:951, entre muchos otros).

Palabras Claves: Niños, Niñas y Adolescentes ; Obra Social Del Poder Judicial; Derecho a La Salud; Razonabilidad; Personas con Discapacidad;

Key Words: Children and Adolescents; Social Work of The Judicial Power; Right to Health; Reasonability; People with Disabilities;

## I. Introducción.

El derecho de la salud se ha visto reforzado en los últimos años, gracias a la firma y adhesión a diversos Tratados Internacionales y a la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación, en el cual se plasma el fenómeno de la constitucionalización del derecho privado, lo que implica que en su articulado se refleja el contenido de dichos Tratados. Es así como el Estado argentino se instituye como el primer garante en materia de salud y de protección de la discapacidad, adoptando medidas de forma programática y efectiva para proteger a quienes se encuentran en una situación de mayor vulnerabilidad. Sin embargo, pese a esta fuerte consagración constitucional, en los últimos años se ha generado una fuerte judicialización, en la mayoría de los casos a través de acciones de amparo, debido a la falta de políticas públicas concretas de salud, el abordaje insuficiente por parte de los prestadores ya sean públicos o privados y los rechazos de las debidas prestaciones. Esto pone en evidencia una serie de deficiencias y debilidades del sistema de salud como por ejemplo: el rechazo de determinados tratamientos por no ser la institución o el equipo de profesionales prestadores de la obra social; la carencia de suministro de medicamentos o elementos ortopédicos por los costos o por no estar incluidos en el programa médico obligatorio; la reducción de la cantidad de sesiones

6°) Que es menester puntualizar que el decreto 1193/1998, al reglamentar la ley 24.901 (Sistema de Prestaciones Básicas de Habilitación y Rehabilitación Integral a favor de las Personas con Discapacidad), facultó al Ministerio de Salud y Acción Social y a la Comisión Nacional Asesora para la Integración de Personas con Discapacidad, a dictar las normas aclaratorias y complementarias que fueran necesarias (art. 20). En su virtud, el citado ministerio dictó la resolución 428/1999 que estableció los diferentes módulos de las prestaciones específicas, sus valores -que se fueron actualizando mediante el dictado de sucesivas resoluciones (que van desde la 1794/2005 hasta la 629/2016)- y una serie de limitaciones respecto de aquellas con relación a la medicación, provisión de prótesis y ortesis, cantidad de sesiones admitidas, duración de cursos, etc. (aps. 9 Y 15 de la Normativa General; aps. 2.1.5.d; 2.1.6.4.d; 2.3.1.d; 2.3.2.d, de Niveles de Atención, entre otras).

7°) Que, a su vez, el arto 2° del anexo del citado decreto 1193/1998 dispone que las obras sociales no comprendidas en el arto 1° de la ley 23.660 podrían adherirse al referido sistema. En ese sentido, la Obra Social del Poder Judicial de la Nación -que se encuentra fuera de dicho ámbito en virtud de expresa disposición del arto 4° d~ la ley 23.890- dictó la resolución 1126/2004 por medio de la cual estableció el régimen propio de atención a los afiliados con discapacidad que, al igual que la ya citada resolución 428/1999 del Ministerio de Salud y Acción Social, determinó el alcance de la cobertura.

8°) Que, frente a ese cuadro normativo, es menester recordar que si bien esta Corte ha reconocido el carácter fundamental del derecho a la salud y la especial atención que merecen las personas con discapacidad, ello no es óbice para admitir que en nuestro ordenamiento jurídico tales derechos de raigambre constitucional, así como los principios y garantías consagrados en la Carta Magna, no son absolutos sino que deben ser gozados con arreglo a las disposiciones que reglamentan su ejercicio, con la única condición de no ser alterados en su substancia (Fallos: 172:21; 249:252; 257:275; 262:205; 283:98; 300:700; 303:1185; 305:831; 308:1631; 310:1045; 311:1132 y 1565; 314:225 y 1376; 315:952 y 1190; 316:188; 319:1165; 320:196; 321:3542; 322:215; 325:11, entre muchos otros) extremo, este último, que no se configura en el sub examine.

.....

de psicomotricidad, terapia y fonoaudiología así como la ausencia de maestros integradores o la negativa al cursado en colegios especiales entre otras falencias.

La Organización Mundial de la Salud (OMS) afirma que las personas con discapacidad tienen una mayor demanda de asistencia sanitaria que quienes no padecen discapacidad, y también tienen más necesidades insatisfechas en esta esfera. El caso que analizaremos a continuación justamente busca la intermediación de la justicia para obtener la cobertura integral de las necesidades de un niño con discapacidad.

## II. Síntesis de la causa

El progenitor de un menor discapacitado reclama a la Obra Social del Poder Judicial de la Nación la cobertura total de medicación, terapia fisiológica, rehabilitación kinesiológica, escolarización en centro educativo terapéutico y transporte escolar.

La obra social mencionada admite el reclamo mediante la resolución 1362/2013. Dicha admisión se basa en el decreto 1193/1998, que reglamenta a la ley 24.901 y permite que el Ministerio de Salud dicte normas jurídicas y en dos resoluciones: la número 428/99 que contiene limitaciones al otorgamiento de las prestaciones y la número 1126/2004 que no solo establece el régimen propio de atención a los afiliados con discapacidad sino que también determina el alcance de la cobertura.

La admisión es parcial y frente a esta situación, el representante necesario del menor entabla una acción de amparo con el objetivo de obtener la cobertura total de lo reclamado.

9º) Que, en efecto, en las actuaciones -ajustadas al estrecho marco cognoscitiva que ofrece la acción de amparo- no aparece demostrado que las limitaciones y topes fijados en la resolución 428/1999 del Ministerio de Salud y Acción Social y en la 1126/2004 de la entidad asistencial recurrente, importen el menoscabo o la desnaturalización del derecho del actor.

Ello es así pues no ha sido acreditado que los valores de los servicios asistenciales fijados en las citadas normas y en las resoluciones que los actualizan periódicamente, resulten insuficientes para afrontar las necesidades de aquel.

10º) Que, de igual modo, tampoco surge de las probanzas de la causa que la cobertura parcial de cierta medicación (ibuprofeno y eritromicina) en razón de que su requerimiento no responde a la propia patología del paciente, importe una afectación tal de su derecho que conduzca inexorablemente a declarar inaplicables al caso las normas aludidas.

En tales condiciones, se impone la descalificación del fallo apelado pues ha sido demostrada la relación directa e inmediata entre lo debatido y resuelto y las garantías constitucionales que se dicen vulneradas (art. 14 de la ley 48).

Por ello, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia apelada con el alcance indicado. Con costas. Agréguese la queja al expediente principal y devuélvase a fin de que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo al presente. Notifíquese y, oportunamente, remítase.

Ricardo Luis Lorenzetti – Juan Carlos Maqueda – Elena I. Highton de Nolasco – Carlos Fernando Rosenkrantz (por su voto)

.....

El juzgado de primera instancia hace lugar a la acción de amparo entablada y falla a favor de la cobertura total de las prestaciones exigidas. Por su parte, la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial confirma dicho pronunciamiento pero además agrega que las prestaciones debían otorgarse sin los topes ni los límites previstos por la resolución 428/1999 del Ministerio de Salud y Acción Social atento a que los valores fijados por este, son inoponibles al afiliado gracias a la ley 24.901 que establece el carácter integral de las necesidades y requerimientos de las personas con discapacidad.

La demandada interpone un recurso extraordinario, que al ser denegado, origina una queja. La Obra Social apelante cuestiona la interpretación de una serie de disposiciones normativas que se realiza en las instancias previas, fundamentalmente de las leyes 22.431 y 24.901, las cuales establecen el Sistema Único de Prestaciones Básicas para Personas con Discapacidad y obligan a las obras sociales comprendidas por la ley 23.660 a suministrar asistencia. El argumento del agraviado radica en que la Obra Social del Poder Judicial de la Nación demandada, está expresamente excluida de dicho régimen (art. 4 de la ley 23.890). Asimismo sostiene que "integral" no implica gratuidad.

Finalmente la Corte Suprema de Justicia de la Nación remarcó que si bien se ha reconocido el carácter fundamental del derecho a la salud y la atención especial que merecen las personas con discapacidad, tales derechos constitucionales no son absolutos, sino que se gozan con arreglo a las normas que reglamentan su ejercicio, en la medida en que no sean sustancialmente alterados. También puntualizó, que en el caso en cuestión, no se logra demostrar que los límites y topes fijados por las resoluciones 428/1999 y 1126/2004 importen un menoscabo o desnaturalización del derecho del actor o que las actualizaciones periódicas de las prestaciones sean insuficientes para afrontar sus

VOTO DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON CARLOS FERNANDO ROSENKRANTZ  
CONSIDERANDO:

El infrascripto coincide con el voto que antecede con excepción del considerando 10 el que redacta en los siguientes términos:

10) En tales condiciones, se impone la descalificación del fallo apelado pues ha sido demostrada la relación directa e inmediata entre lo debatido y resuelto y las garantías constitucionales que se dicen vulneradas (art. 14 de la ley 48).

Por ello, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia apelada con el alcance indicado. Con costas. Agréguese la queja al expediente principal y devuélvase a fin de que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo al presente. Notifíquese y, oportunamente, remítase.

Carlos Fernando Rosenkrantz

\_\_\_\_\_

.....

necesidades. Asimismo tampoco está comprobado que la cobertura parcial de cierta medicación -que en el caso que nos involucra no responde a la propia patología del paciente- importe una afectación de tal magnitud que sea preciso declarar inaplicables las normas aludidas.

Por estos argumentos, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario y se devuelve a fin de que se dicte nuevo pronunciamiento con el alcance ya indicado.

### III. Concepto de discapacidad

Para poder abordar la temática del fallo, en primer lugar analizaremos el concepto de discapacidad, el cual ha sufrido grandes cambios a lo largo de la historia. Se ha pasado desde una perspectiva paternalista y asistencial de la discapacidad, que miraba a la persona como un ser “dependiente y necesitado”, hacia un nuevo enfoque, que contempla al sujeto con discapacidad como un individuo con habilidades, recursos y potencialidades. Esta evolución se ha visto acompañada de avances paralelos tanto en el tratamiento médico como en la inserción social de este colectivo.

En la actualidad es posible hallar concurrencia de diferentes perspectivas y enfoques sobre discapacidad en cada país. Ello es debido no sólo a las diferentes culturas, sino también a los diferentes niveles de compromiso de entidades, ciudadanos y gobiernos para crear entornos accesibles y para garantizar la inserción socio-laboral de este colectivo, entre otras razones. Sin embargo, en 2001, la Organización Mundial de la Salud, con el objetivo de ofrecer una mayor unificación del concepto de discapacidad, establece la Clasificación Internacional del Funcionamiento de la Salud, en la que ofrece la siguiente definición: “*término genérico que incluye déficit, limitaciones en la actividad y restricciones en la participación. Indica los aspectos negativos de la interacción entre un individuo (con una condición de salud) y sus factores contextuales (factores ambientales y personales)*”. Esto aporta un gran cambio al concepto de discapacidad ya que se pasa

de una concepción estática, en la que sólo se tenía en cuenta la condición de salud de la persona, a una concepción dinámica, en la que también los factores ambientales y personales jugarán un rol esencial. De esta forma, la discapacidad no es sólo una condición de salud propia de la persona, sino el resultado de la interacción entre las limitaciones humanas y el medio en el que nos desenvolvemos. Se reconoce el contexto social como factor determinante en la discapacidad de una persona.

Según la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad de 1999, ratificada por Argentina en el 2001<sup>1</sup> y aprobada por la Ley 25.280, entiende que la discapacidad es *“(...) una deficiencia física, mental o sensorial, ya sea de naturaleza permanente o temporal, que limita la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, que puede ser causada o agravada por el entorno económico y social”*.

La Asamblea General de Naciones Unidas explica que con la palabra discapacidad *“... se resume un gran número de diferentes limitaciones funcionales que se registran en las poblaciones de todos los países del mundo. La discapacidad puede revestir la forma de una deficiencia física, intelectual o sensorial, una dolencia que requiera atención médica o una enfermedad mental. Tales deficiencias, dolencias o enfermedades pueden ser de carácter permanente o transitorio”*<sup>2</sup>.

Por su parte la legislación nacional entiende que una persona con discapacidad es aquella que padece una alteración funcional permanente o prolongada, motora, sensorial o mental, que en relación a su edad y medio social implique desventajas considerables para su integración familiar, social, educacional o laboral (artículo 9, Ley 24.901).

#### **IV. La cobertura integral a la discapacidad. Alcances**

Para comprender que implica “cobertura integral del discapacitado”, es preciso diferenciar que prestaciones abarca tal concepto y cuáles exceden su marco, bajo estándares de razonabilidad y proporcionalidad inherentes al quehacer jurídico.

La Constitución de la Provincia de Córdoba en su artículo 27 señala que *“los discapacitados tienen derecho a obtener una protección integral del Estado que abarque la prevención, asistencia, rehabilitación, educación, capacitación, inserción en la vida social, y a la promoción de políticas tendientes a la toma de conciencia de la sociedad respecto de los deberes de solidaridad”*.

La Ley 24901, denominada “Sistema de Prestaciones Básicas de Atención Integral a favor de las Personas con Discapacidad”, establece que con el objeto de prestar una cobertura integral a sus necesidades y requerimientos deben contemplarse prestaciones preventivas (artículo 14), de rehabilitación (artículo 15), terapéuticas educativas (artículo 16), educativas (artículo 17), asistenciales (artículo 18), además de los servicios específicos que enuncia la ley a partir del artículo 19 y siguientes.

La Provincia de Córdoba aprobó el Convenio de Adhesión al Sistema Único de Prestaciones Básicas para Personas con Discapacidad y con ello el Programa Marco para la implementación en colaboración con las jurisdicciones provinciales y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires del Sistema referenciado mediante Decreto N° 1297/99 y Ley 8811 del 3/12/1999.

1 Información disponible en la página web del Departamento de Derecho internacional de la OEA <http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/a-65.html> (consultado el 20/09/2017).

2 Normas Uniformes sobre la Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad, A/RES/48/96 del 04/03/1994, <http://www.un.org/spanish/disabilities/default.asp?id=498> (consultado el 20/09/2017).

El art. 8 del Decreto Nacional nº 1193/98 reglamentario de la Ley nº 24. establece expresamente que tanto las provincias como la Ciudad Autónoma de Buenos Aires podrán optar por su incorporación al “Sistema de Prestaciones Básicas de Atención Integral a favor de las Personas con Discapacidad” mediante los correspondientes convenios de adhesión.

El Nomenclador de Prestaciones Básicas para Personas con Discapacidad, se aprobó por Resolución nº 428/99 del Ministerio de Salud y Acción Social (M.S. y A.S.) de la Nación el 3/6/1999 y especifica el contenido y los alcances de las prestaciones de rehabilitación, terapéutico-educativas, educativas y asistenciales del Sistema de Prestaciones Básicas de Atención Integral en favor de las Personas con Discapacidad, estableciendo las modalidades de cobertura. Sus aranceles han sido actualizados regularmente hasta el dictado de la Resolución nº 1512/2013 del Ministerio de Salud.

Con posterioridad surge el Marco Básico de Organización y Funcionamiento de Establecimientos de Atención del Sistema Único de Prestaciones de la mano del Directorio del Sistema de Prestaciones Básicas de Atención Integral en favor de las Personas con Discapacidad. Su presentación se formalizó ante el Coordinador General del Programa Nacional de Garantía de Calidad de la Atención Médica. El Marco aprobado por la Resolución nº 1328 del 01/09/2016 del Ministerio de Salud de la Nación y se encarga de describir las características y alcances de las prestaciones de rehabilitación, terapéutico-educativas, educativas y asistenciales para personas con discapacidad. Asimismo marca la calidad en la organización y en el funcionamiento de los servicios, los recursos humanos, la planta física y el equipamiento de las prestaciones que se incorporen al Sistema de Prestaciones Básicas de Atención Integral a Favor de las Personas con Discapacidad.

El objetivo fundamental de las prestaciones es brindar a quienes se encontraren en esas condiciones, franquicias y estímulos que le permitan neutralizar la desventaja que la discapacidad les provoca. Entre las prestaciones básicas, podemos mencionar de forma ejemplificativa las siguientes: prestaciones preventivas de la madre y el niño desde la concepción, con apoyo psicológico del grupo familiar; prestaciones asistenciales terapéuticas, educativas, de rehabilitación por el tiempo y etapas que cada caso requiera, de servicios específicos con concordancia con cada patología y cobertura de básicos esenciales: alimentación, hábitat, etc.;

En el caso que nos involucra, es importante recalcar que La Obra Social del Poder Judicial de la Nación se encuentra obligada a prestar cobertura integral a favor de los afiliados con discapacidad en los términos de la ley 24.901 a pesar de no estar expresamente incluida en ese régimen legal. Esto surge de lo establecido por la Corte Suprema en “Segarra” (Fallos: 331:1449) y en “Martin” (Fallos: 327:2127), en donde se sostuvo que es común a todas las prestadoras de servicio de salud la carga de adoptar las medidas razonables a su alcance para lograr la realización plena de los derechos de las personas con discapacidad. Este deber integra una política pública de nuestro país que tiende a lograr la realización plena de los derechos de las personas con discapacidad. A su vez, esta política surge del mandato convencional de garantizar el disfrute del más alto nivel posible de salud (art. 12, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), entre otras obligaciones asumidas internacionalmente.

En definitiva, si bien la ley habla de la cobertura integral, en la práctica, determinar el alcance de las prestaciones a brindar por las distintas entidades, se hace en cada caso concreto en base al parámetro axiológico de la racionalidad.

## V. Niños con discapacidad

La protección se ve reforzada en los casos que involucran a niños, en función de una serie de Tratados Internacionales con jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22 CN) entre los que se destaca la Convención de los Derechos del Niño, el cual es sus artículos 23, 24 y 26 obliga a la adopción de medidas especiales de protección en materia de salud y seguridad social. Se reconoce que el niño mental o físicamente impedido deberá disfrutar de una vida plena y decente en condiciones que aseguren su dignidad, le permitan llegar a bastarse a sí mismo y faciliten su activa participación en la comunidad.

A su vez, la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobada por la Ley 26378, en su art. 7 establece que los Estados partes tomarán todas las medidas necesarias para asegurar que todos los niños y las niñas con discapacidad gocen de plenamente de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en igualdad de condiciones con los demás niños y niñas y que en todas las actividades relacionados con ello se tenga como consideración primordial la protección del interés superior del niño. La CSJN sostiene que la protección y la asistencia universal de la infancia discapacitada constituye una política pública (...) y además de la especial atención por parte de quienes están directamente encargados de su cuidado, requiere también la de los jueces y de la sociedad toda, con lo cual, la consideración primordial de aquel interés orienta y condiciona la decisión jurisdiccional, con singular énfasis en aquellos menores aquejados por impedimentos físicos o mentales, debiendo ser custodiado con acciones positivas por todos los departamentos gubernamentales.<sup>3</sup>

## VI. Importancia del fallo: el principio de razonabilidad

La importancia del fallo analizado radica en que la CSJN sostiene que aquellas prestaciones reclamadas que no fueron íntegramente cubiertas por la Obra Social del Poder Judicial, no implican en este caso, una desnaturalización del derecho a la salud del menor accionante, atento a que los derechos constitucionales no son absolutos, sino que se gozan con arreglo a las normas que reglamentan su ejercicio. Justamente el límite de la reglamentación es que el derecho regulado no sea sustancialmente alterado, lo cual no ocurre aquí.

El actor no logra demostrar tres cuestiones: que los límites y topes fijados por las resoluciones 428/1999 y 1126/2004 importan un menoscabo o desnaturalización de su derecho a la salud, que las actualizaciones periódicas de las prestaciones son insuficientes para afrontar sus necesidades, y que la cobertura parcial de cierta medicación –ajena a la propia patología del reclamante- importa una afectación de tal magnitud que sea preciso declarar inaplicables las normas aludidas.

Podemos ver claramente que se utiliza como parámetro de valoración, a la razonabilidad, proporcionalidad o congruencia, que indaga la relación entre los medios utilizados y los resultados conseguidos, en base a un criterio mitad racional y mitad justo, pudiendo relacionarse con las más diversas modalidades del ejercicio de la función pública. Por tal razón, dicha razonabilidad se convierte en el parámetro axiológico con el cual se valorarán:

---

3 Corte Suprema de Justicia de la Nación, 09.06.09 "R., G.E. s/ amparo –apelación- reseñado en Diario Jurídico online Año 8 – N° 1676 del 20.07.09 pág. 5; Corte Suprema de Justicia de la Nación; "G, M. E. c/ Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados s/ amparo", del 27/12/2011, Fallos 334:1869).

- Las solicitudes puntuales de cobertura integral de dolencias presentadas ante los prestadores públicos y privados.
- Las decisiones de los prestadores en función de la ponderación de la efectividad que ellas revisten para el derecho a la salud en riesgo.
- La constitucionalidad de todo acto de reglamentación o restricción de derechos dictados en nuestro Estado de Derecho por imperio del artículo 28 de la Constitución Nacional.

En agosto del 2016, en la causa *Vir c/ Obra Social del Poder Judicial de la Nación s/ Ordinario*, el Procurador Fiscal Víctor Abramovich, subrogante ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, entendió que “...es obligación de todas las prestadoras de salud hacer su máximo esfuerzo por satisfacer el derecho a la salud de los niños con discapacidad, por lo cual a la demandada no le resulta ajena la obligación de brindar una cobertura integral de las prestaciones que sus afiliados requieren en virtud de su discapacidad [...]. Asimismo, esta obligación surge, tal como lo han entendido las instancias anteriores, de la resolución OSPJN 1126/2004, mediante la cual la obra social se ha obligado a adecuar su cobertura al régimen que establece la ley 24.901”.

Con respecto a la razonabilidad del Nomenclador de Prestaciones Básicas, el representante del Ministerio Público Fiscal expresó que “...reglamentar los valores reembolsables por las prestaciones de salud no es en sí irrazonable. Por el contrario, constituye un medio adecuado para garantizar similares prestaciones a todos los afiliados que las requieran y permite que las entidades del sistema de salud puedan prever los costos de sus obligaciones...”. Sin embargo, aclaró que “...la limitación de cobertura no puede conducir a que en una situación particular se desconozca o desvirtúe la finalidad protectoria del régimen que reglamenta, sino que debe ser razonable, lo cual significa que debe atender a los fines que contempla y no ser descalificable por razón de inequidad [...]. Ello requiere, por lo tanto, un examen de razonabilidad circunstanciado que verifique las consecuencias de la implementación del nomenclador, ponderando cuidadosamente los extremos fácticos que caracterizan la controversia, como el tipo de prestaciones en juego, sus costos efectivos, las sumas a cubrir por la obra social y la temporalidad de los reembolsos, la situación del grupo familiar y de la persona interesada, y la continuidad y regularidad de los tratamientos médicos involucrados, entre otras cuestiones relevantes.

Asimismo, corresponde tener en cuenta que las condiciones del niño con discapacidad beneficiario de las prestaciones requieren de una especial atención al valorarse las circunstancias particulares del caso. Por ello, la consideración primordial de su interés debe orientar la decisión de los jueces...”.

En la causa que analizamos, la decisión final de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, no desnaturaliza el derecho del niño a obtener los tratamientos que requiere y, en definitiva, no se vulnera su derecho a la salud.

## VI. Conclusiones

La cobertura integral de las deficiencias que puede tener el niño debe alcanzar todas las prestaciones médicas y de rehabilitación que fuera menester para su tratamiento así como de los dispositivos de apoyo necesarios para su desarrollo autónomo e integración social y que los mismos.

La Corte Suprema de Justicia determina que el Estado Nacional siempre está obligado

a garantizar el derecho a la salud, principalmente cuando los demás actores del sistema no pueden afrontarlos y en consonancia con la reforma de 1994 de la Constitución Nacional, determina que la forma de hacerlo es a través de las "acciones positivas", imponiendo al Estado Nacional un rol activo (reclamando políticas concretas de acción positiva) y no es de un mero espectador.

Por tal motivo remarcamos que el Estado nacional debe adoptar las medidas económicas y técnicas pertinentes, para lograr en forma progresiva, la plena efectividad del derecho mencionado. Cuestiones relacionadas con el presupuesto estatal no deben ser excusas para la ausencia de cobertura de la discapacidad. La autoridad pública debe emprender acciones positivas, especialmente en todo lo que atañe a promover y facilitar el acceso efectivo a los servicios médicos y de rehabilitación que requieran los infantes, con particular énfasis en aquellos que presenten impedimentos físicos o mentales, cuyo interés superior debe ser tutelado.

Por otra parte, si bien consideramos que el tema presupuestario no debe ser un obstáculo para garantizar la salud, ello no debe significar que el Estado no soslaye el abuso que pueden mediar por parte del ciudadano en el pedido de los tratamientos o prestaciones. Por tal razón es fundamental utilizar a la razonabilidad como parámetro axiológico en los reclamos judiciales vinculados a la salud. La proporcionalidad se desenvuelve siempre en la relación medios fines; significando la adecuación de la actividad administrativa al fin que determina el ordenamiento jurídico. Al respecto ha dicho nuestra Corte Suprema que *"...el Juez debe juzgar con equidad en los casos particulares sometidos a su decisión y ello sólo se logra ejerciendo la virtud de prudencia animada con vivo espíritu de justicia en la realización efectiva del derecho en las situaciones reales que se presenten"*<sup>4</sup> Con la razonabilidad se busca no afectar el principio de solidaridad, es decir que se intenta equilibrar economía y medicina, ponderando los delicados intereses en juego del derecho a la salud y a la vida de las personas, máxime cuando los operadores tienen a su cargo una función social trascendental.

---

4 C.S.J.N., Fallos 305:1163 de fecha 01/01/1983 in re "Perez Carletti", disidencia de los Dres. Adolfo R. Gabrielli y Abelardo F. Rossi.

## BIBLIOGRAFÍA

- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (2014): Discapacidad y Salud, disponible en: <http://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/disability-and-health> (consultado el 16/07/2018).
- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS (2014): Los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad, disponible en: <http://www.un.org/spanish/disabilities/default.asp?id=1192> (consultado el 16/07/2018).
- QUIROGA LAVIE, Humberto; BENEDETTI, Miguel Ángel; y CENICACELAYA, María de las Nieves (2009): Derecho Constitucional Argentino, 2 ed. Rubinzal Culzoni, Buenos Aires.
- ROSALES, Pablo Oscar (2005): La discapacidad en el Sistema de Salud Argentino: Obras Sociales, Prepagas y Estado Nacional, Ley 24.901 y Normas complementarias, Lexisnexis, Bs. As.
- SAGÜÉS, Néstor Pedro (2013); “De la Constitución Nacional a la Constitución “convencionalizada”; JA 2013- IV; SJA 2013/10/09-53.

## JURISPRUDENCIA CONSULTADA

- Fallos 305:1163 de fecha 01/01/1983 in re “Pérez Carletti”, disidencia de los Dres. Adolfo R. Gabrielli y Abelardo F. Rossi.
- Martín, Sergio Gustavo y otros c/ Fuerza Aérea Argentina - Dirección Gral. de Bienestar Pers. Fuerza Aérea s/ amparo”, 08/06/2004. Fallos: 327:2127
- Segarra, Marcelo Fernando c/Instituto de Obra Social del Ejército s/sumarísimo- Fallos 331:1449).
- Vir c/ Obra Social del Poder Judicial de la Nación s/ Ordinario. 18/08/2016
- “R., G.E. s/ amparo -apelación- reseñado en Diario Jurídico Online Año 8 - Nº 1676 del 20.07.09 pág. 5; Corte Suprema de Justicia de la Nación;“ G, M. E. c/ Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados s/ amparo”, del 27/12/2011, Fallos 334:1869



## Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina

**Causa: Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa P., V. E. c/ Obra Social del Poder Judicial de la Nación s/ amparo de salud**

Buenos Aires, 9 de noviembre de 2017

Vistos los autos: "Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa P., V. E. c/ Obra Social del Poder Judicial de la Nación s/ amparo de salud", para decidir sobre su procedencia.

CONSIDERANDO:

1º) Que la sentencia de primera instancia, al hacer lugar al amparo deducido, condenó a la Obra Social del Poder Judicial de la Nación (en adelante OSPJN) a brindar a la hija discapacitada de la actora la cobertura integral (100%) de las prestaciones indicadas por su médico tratante consistentes en asistencia domiciliaria las 24 horas del día, rehabilitación, fisioterapia, terapia ocupacional, kinesiología, musicoterapia y medicación. El magistrado sustentó su decisión en la evaluación de las constancias de la causa y, jurídicamente, en el derecho constitucional a la salud e integridad física y en las disposiciones del sistema de prestaciones básicas de atención integral a favor de las personas con discapacidad (fs. 200/202 de los autos principales, cuya foliatura se citará en lo sucesivo).

2º) Que la Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal declaró desierto el recurso interpuesto por la demandada contra el mencionado fallo. Al efecto consideró que el arto 265 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación exige que la expresión de agravios contenga una crítica con-

## LA COBERTURA INTEGRAL DE PRESTACIONES A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

THE COMPREHENSIVE COVERAGE OF BENEFITS FOR PEOPLE WITH DISABILITIES

ÁNGELES MARÍA BAEZ<sup>1</sup>

RESUMEN

El presente trabajo versará sobre el análisis de una polémica sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la que se decide a favor de la Obra Social del Poder Judicial de la Nación, la cual había impugnado la resolución que la condenaba a prestar cobertura íntegra a una persona con discapacidad. El fundamento de la Corte: la omisión por parte del Tribunal de Primera Instancia de la aplicación de la resolución OSPJ 822/13 que establece las condiciones de cobertura de la prestación de asistencia domiciliaria de las personas con discapacidad, que es compatible con la Ley 24.901. Sin duda alguna, un caso controvertido en el que se encuentra en juego el derecho a la salud, la protección de las personas con discapacidad y el alcance de la cobertura de las obras sociales.

<sup>1</sup> Abogada (Universidad Nacional de Córdoba); Escribana (Universidad Siglo 21) Auxiliar del Poder Judicial de la Provincia de Córdoba – Asistente de Magistrado - ; Maestranda de Derecho Procesal (Universidad Siglo 21); Adscripta de la cátedra de Teoría General del Proceso (Universidad Nacional de Córdoba). Correo electrónico: angelesmariabaez@gmail.com.

creta y razonada de las partes del decisorio consideradas equivocadas, lo cual requiere un análisis serio que demuestre el error o el apartamiento del derecho a cuyo fin deben indicarse las deficiencias atribuidas al fallo sin que baste remitirse a presentaciones anteriores. Apuntó que resultan inadmisibles las quejas que solo comportan un mero desacuerdo con lo resuelto y no se hacen cargo del enfoque jurídico utilizado para resolver la controversia. Concluyó que el memorial de la demandada no reunía mínimamente dichos recaudos, pues se limitaba a disentir con la solución judicial sin fundamentar debidamente su oposición ni dar bases jurídicas a un distinto punto de vista (fs. 227/228).

3°) Que contra tal pronunciamiento el Estado Nacional (OSPJN), interpuso el recurso extraordinario -cuya denegación origina esta queja- en el que afirma la existencia de cuestión federal por haberse dado una indebida hermenéutica a las leyes aplicables y a la normativa de la entidad asistencial enjuiciada. Asimismo, sostiene que la decisión del a quo es arbitraria porque ha juzgado erróneamente que su apelación no satisfacía el requisito de suficiencia crítica y, como consecuencia de ello, soslayó pronunciarse sobre cuestiones conducentes (fs.234/245).

4°) Que sin perjuicio de la naturaleza federal de algunas cuestiones planteadas, corresponde tratar, en primer lugar, los agravios que atañen a la arbitrariedad, dado que de existir esta no habría, en rigor, sentencia propiamente dicha (Fallos: 312:1034; 318:189; 319:2264; 330:4706 y 339:683, entre otros).

En tal sentido se advierte que aunque lo atinente a la valoración del contenido de un memorial de agravios remite al examen de cuestiones de índole procesal, ajenos a la instancia, del art. 14 de la ley 48, ello no es óbice para la apertura del recurso cuando, como ocurre en el sub lite, lo decidido al respecto solo reconoce un fundamento aparente y soslaya el tratamiento de cuestiones decisivas oportunamente introducidas por las partes (cfr. entre otros, Fallos: 330:4459 y sus citas y causa CSJ 117/2011 (47-N) /CS1 "Núñez, Hugo Fabio c/ Surfilatti S.A. y otro s/ accidente acción civil", sentencia del 6 de octubre de 2015).

---

#### ABSTRACT:

The present work will deal with the analysis of a controversial sentence of the Supreme Court of Justice of the Nation in which it is decided in favor of the Social Work of the Judicial Power of the Nation, which had challenged the resolution that condemned it to provide coverage integrates a person with a disability. The basis of the Court: the omission by the Court of First Instance of the application of the resolution OSPJ 822/13 that establishes the conditions of coverage of the provision of domiciliary assistance for persons with disabilities, which is compatible with Law 24,901. Undoubtedly, a controversial case in which the right to health is at stake, the protection of people with disabilities and the scope of coverage of social works.

Palabras claves: Derecho a la salud - Discapacidad - Amparo - Cobertura integral - Obras Sociales

Key words: Right to Health - Disability - Protection - Comprehensive coverage - Social Works

#### I. Introducción - Marco Normativo

En Argentina la protección del derecho a la salud y la asistencia de las personas con discapacidad se encuentran instituidas como una política pública del Estado. A partir de la reforma de la Constitución Nacional en el año 1994 se han incorporado numerosos tratados internacionales con jerarquía constitucional mediante los cuales se fomenta su respeto y protección, poniendo un especial énfasis en la defensa de los grupos vulnerables como niños, adultos mayores, personas con discapacidad, entre otros. El art. 75 inc. 23 de la Carta Magna establece que le corresponde al Congreso de la Nación promover medidas de acción positiva tendientes a garantizar "igualdad real de oportunidades y de

5º) Que, en efecto, como se reseñó anteriormente, la cámara ha desarrollado profusos argumentos para mostrar que el recurso deducido por la demandada contra el fallo de primera instancia se hallaba desierto. Sin embargo, la observación de la pieza recursiva (fs. 209/213) arroja como resultado que, mediante los reproches formulados, el tribunal ha eludido el examen de un planteo conducente, claramente articulado por la apelante, relativo a la ausencia de tratamiento en la sentencia de origen de su pedido de aplicación al caso de la resolución OSPJN 822/13 que establece las condiciones de cobertura de la prestación de asistencia domiciliaria de las personas con discapacidad. Es que, el sistema de cobertura de la asistencia domiciliaria establecido en la ley 24.901 (texto según ley 26.480) resulta compatible con la aplicación de topes arancelarios. Ello implica que aunque el agente de servicios de salud se encuentre necesariamente comprendido en el régimen legal, no por ello está obligado a asumir el gasto total de las prestaciones por los conceptos allí definidos.

En las condiciones expuestas corresponde descalificar el pronunciamiento apelado pues media en el caso relación directa e inmediata entre lo debatido y resuelto y las garantías constitucionales que se dicen vulneradas. Por ello, habiendo dictaminado el señor Procurador Fiscal, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia apelada con el alcance indicado. Costas por su orden en atención a la naturaleza de la cuestión debatida. Vuelvan los autos al tribunal de origen para que, por quien corresponda, se dicte un nuevo fallo con arreglo al presente. Agréguese la queja al principal, notifíquese y, oportunamente, remítase.

Firmado: Ricardo Luis Lorenzetti – Elena I. Highton de Nolasco – Juan Carlos Maqueda – Carlos Fernando Rosenkrantz

---

*trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad”.*

Dentro de los distintos tratados internacionales con rango constitucional que contienen disposiciones respecto al derecho a la salud y a la protección de las personas con discapacidad, mencionamos la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, la Declaración Universal de los Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad y la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad. Podemos destacar también, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y la Convención sobre los Derechos del Niño que reconocen este derecho específicamente para las mujeres y los niños. Cabe puntualizar, en relación al caso bajo estudio, que la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad tiene como propósito conforme lo estipula su art. 1º *“promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente”*<sup>1</sup>.

Por otro lado, en lo relativo al acceso a la justicia de personas con discapacidad, cobran especial relieve las Reglas de Brasilia sobre el “Acceso a la Justicia de las Personas en condición de vulnerabilidad” dispuestas en la XIV edición de la Cumbre Judicial Ibe-

---

<sup>1</sup> Art 1 Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad.

roamericana en el año 2008. Estas reglas consisten en un conjunto de directrices y recomendaciones a los Poderes Judiciales nacionales, tendientes a modificar sus prácticas, en pos de enervar las causas que impiden a las personas en situación de vulnerabilidad acceder a una tutela judicial efectiva.<sup>2</sup>

Es importante asimismo, hacer referencia a la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad de la OEA, que fue el primer instrumento internacional en ser acogido por Argentina en el año 2000, mientras que la Convención Internacional sobre Derechos de la Persona con Discapacidad de la ONU formó parte del derecho interno al ser ratificada en el año 2008, para luego tener jerarquía constitucional en el año 2014 por la ley 27.044.<sup>3</sup>

En lo que respecta a las leyes nacionales, cabe destacar de forma particular la ley 22.431, del año 1981, que establece un sistema de protección integral de los discapacitados. Por otro lado, la ley 24.901, del año 1997, instituye un sistema de prestaciones básicas en habilitación y rehabilitación integral a favor de las personas con discapacidad, con el objeto de brindarles una cobertura integral a sus necesidades y requerimientos. Conforme lo establece el art. 2º de esta ley, los sujetos obligados al cumplimiento de las prestaciones, son las obras sociales, reguladas en la ley 23.660, las que tienen a su cargo con carácter obligatorio, la cobertura total de las prestaciones básicas enunciadas en la ley, que necesiten las personas con discapacidad afiliadas a las mismas.

## II.- Derecho a la salud y personas con discapacidad

El derecho a la salud, siguiendo un orden axiológico, reconoce como referente el derecho a la vida. Se trata de un derecho que se resguarda para asegurar otro derecho. El derecho a la vida es una proyección de un valor superior del ordenamiento jurídico constitucional y reviste el carácter de fundamental, esencial.<sup>4</sup> Es un derecho irrenunciable del ser humano y resulta necesario proteger la vida para gozar el resto de los derechos. Es en este punto que se entiende que la salud se encuentra comprendida dentro del derecho a la vida. La OMS definió al derecho a la salud como “estado completo de bienestar físico, mental y excepcional y no solamente la ausencia de enfermedades”.

Mencionamos al comienzo de este artículo, a los grupos vulnerables. La vulnerabilidad, no es una condición natural de las personas, más bien es una categoría construida en base a la desigualdad real que sufren por la pertenencia grupal y la indiferencia institucional respecto de sus necesidades.<sup>5</sup> Dentro de los grupos vulnerables se encuentran las personas con discapacidad.

La Ley 24.901 define a las personas con discapacidad señalando que es “*toda aquella que padezca una alteración funcional permanente o prolongada, motora, sensorial o mental, que en relación a su edad y medio social implique desventajas considerables su integración familiar, social, educacional o laboral.*”<sup>6</sup> Siguiendo a Luis Carranza Torres podemos decir que “*las discapacidades son deficiencias físicas o mentales que limitan marcadamente una o más actividades principales de la vida*”<sup>7</sup>.

El derecho a la salud no es una simple declaración de derechos, sino que las normas que giran en torno a este derecho deben interpretarse como un compromiso del Estado a

2 NOGUEIRA, Juan Marín – SCHAPIRO, Hernán I. (2012) “Acceso a la justicia y grupos vulnerables”, La Plata, Librería Editora Platense, pág. 28.

3 TAVERNA, Agustina (2018). “Los jueces como custodios de los derechos a la salud de las personas con discapacidad”. Cita Online: AP/DOC/250/2018.

4 CARRANZA TORRES, Luis R. (2013) “Protección Jurídica de la Salud”, Córdoba, Alveroni, pág. 20.

5 NOGUEIRA, Juan Marín – SCHAPIRO, Hernán I. (2012) “Acceso a la justicia y grupos vulnerables”, La Plata, Librería Editora Platense, pág. 33.

6 Art. 9 Ley 24.901.

7 CARRANZA TORRES, Luis R. (2013): *Op. Cit.* pág. 112.

su tutela mediante el dictado de normas, y también velando por su cumplimiento, con el objetivo de que se asegure la real vigencia de este derecho.<sup>8</sup>

Luego de haber contextualizado el marco normativo y teórico, a continuación analizaremos una reciente sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa P. V. E. c/ Obra Social del Poder Judicial de la Nación s/ amparo de salud” en el cual se encuentran en juego, por un lado, el derecho a la cobertura integral de las prestaciones de las personas con discapacidad y por otro lado la aplicación de los topes legales establecidos por obras sociales para el cumplimiento de sus obligaciones.

### **III.- El caso “P. V. E. c/ Obra Social del Poder Judicial de la Nación s/ amparo de salud”**

En el caso de marras, la parte actora interpone acción de amparo con la finalidad que la obra social a la cual estaba afiliada proceda a la cobertura integral que demandaba su hija discapacitada, que consistía en hacerse cargo del cien por ciento de las prestaciones de asistencia domiciliaria las veinticuatro horas del día, incluyendo rehabilitación, fisioterapia, terapia ocupacional, kinesiología, musicoterapia y medicación indicadas por su médico tratante.

En primera instancia el Juez acogió favorablemente la vía intentada, hizo lugar al amparo deducido y condenó la Obra Social del Poder Judicial de la Nación a brindar a la hija discapacitada de la accionante la cobertura integral de las prestaciones arriba señaladas. Sustentó su decisión en la evaluación de las constancias de autos y en el derecho constitucional a la salud e integridad física y en las disposiciones del sistema de prestaciones básicas de atención integral a favor de las personas con discapacidad.

El pronunciamiento fue impugnado por parte de la demandada, elevándose la causa a la Sala Tercera de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial, la cual declara desierto el recurso interpuesto por la accionada por entender que no contenía una crítica concreta y razonada del fallo recurrido tal como exige el art. 265 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación para su procedencia. Expuso que el memorial se limitaba a disentir con la resolución judicial sin fundamentar debidamente su posición, ni dar bases jurídicas a un distinto punto de vista. Contra tal resolutorio la accionada articula recurso extraordinario federal, el cual es denegado, originando la queja que autoriza la intervención del Alto Cuerpo.

### **IV.- La Queja**

La Corte se expidió a favor de la procedencia del recurso extraordinario intentado por la demandada con el razonamiento de que se encuentran en juego cuestiones de índole federal y que la sentencia atacada ha eludido resolver en concreto un planteo conducente formulado por la recurrente, esto es la aplicación de la resolución OPSJN 822/2013 que establece las condiciones de cobertura de la asistencia domiciliaria para las personas con discapacidad y que resulta compatible con la ley 24.901. Tanto la procuración general como la Corte han entendido que el régimen de cobertura es compatible con la aplicación de topes arancelarios, razón por la cual no conduce a la demandada a la obligación de cubrir el gasto total en concepto de asistencia domiciliaria. Resalta el

---

8 CLÉRICO, Laura (2009) “¿El argumento del federalismo vs. el argumento de igualdad? El derecho a la Salud de las personas con discapacidad” Revista Jurídica de la Universidad de Palermo. [http://www.palermo.edu/derecho/revista\\_juridica/pub-11/11/juridica05.pdf](http://www.palermo.edu/derecho/revista_juridica/pub-11/11/juridica05.pdf).

procurador que debe evaluarse la procedencia de los aranceles regulados en el art. 1 de la normativa interna de la demandada y analizar si la aplicación de esos aranceles constituye una reglamentación razonable del derecho a recibir la cobertura prevista en la ley. Así las cosas, el Tribunal Cimero hace lugar a la queja, declara procedente el recurso extraordinario y deja sin efecto la sentencia impugnada, ordenando que los autos vuelvan al tribunal de origen para que se dicte un nuevo fallo con arreglo a lo resuelto.

## V.- Consideraciones respecto a la decisión

Como señalamos al comienzo del presente trabajo, surgen algunos interrogantes en relación al decisorio adoptado por el Máximo Tribunal de la Nación. Entendemos que, si bien la resolución luce ajustada a derecho, y que debía darse tratamiento a la cuestión introducida por la demandada “aplicación de la resolución OPSJN 822/2013” que no podía ser dejada de lado a la hora de resolver - como aconteció en primera y segunda instancia - ya sea para acogerla o rechazarla, estimamos que la solución arribada puede dar lugar a controversias en relación al acatamiento de la normativa legal y supra legal receptada por nuestro país en materia de derecho a la salud, y protección de los grupos vulnerables, como es el caso de las personas con discapacidad.

Ahora bien, en este caso particular: ¿Hubiera podido la Corte haber hecho una interpretación amplia en cuanto a los topes establecidos en la resolución 822/13 de la Obra Social del Poder Judicial de la Nación y conceder el cien por ciento de la cobertura requerida?, ¿Hubiera podido el Máximo Tribunal apartarse de la aplicación de dichos topes en pos del cumplimiento total de las prestaciones indicadas por el médico tratante?. Consideramos que estos interrogantes pueden ser respondidos teniendo en cuenta numerosos pronunciamientos en los que la Corte hizo prevalecer el derecho a la salud y la protección de los derechos de grupos vulnerables, por sobre las cuestiones patrimoniales que involucran a las obras sociales.

Repárese que en aquellos casos en los que se expone un conflicto de derechos de rango superior amparados por la Carta Magna, surge la necesidad de establecer algún criterio con arreglo al cual resolverlo.<sup>9</sup> Cianciardo explica que para ello se han articulado dos mecanismos: la jerarquización y ponderación de los derechos, y que a partir de allí se deberá determinar cuál es el derecho que deberá prevalecer en cada caso y cual se deberá postergar.

En relación a la jerarquización se parte de la premisa conforme a la cual los derechos reconocidos en la Constitución no tienen igual rango, en tanto que los derechos se consagran a fin de resguardar un valor y éstos se encuentran ordenados jerárquicamente, por tanto corresponderá analizar la importancia relativa de cada valor, para, de este modo, establecer un orden decreciente de derechos conforme su nivel de importancia.<sup>10</sup> Por otro lado, el juicio de ponderación propone analizar los derechos en tensión, compararlos y establecer el peso de cada uno para así resolver el punto controvertido.<sup>11</sup>

En este punto, y teniendo en cuenta lo desarrollado anteriormente, podríamos preguntarnos si no faltó en la argumentación del Alto Cuerpo, un juicio ponderativo explícito de los derechos, valores y principios en pugna. Entendemos que una hermenéutica en ese sentido hubiese visualizado una postura de la Corte con mayor perspectiva de protección integral del Derecho a la Salud.

9 CIANCIARDO, Juan (2009) “La Jerarquización de los derechos”, LL 2009-D-897, LL Supl. De Derecho Constitucional.

10 EKMEKDJIAN, Miguel A. (1993) “Tratado de Derecho Constitucional”, Buenos Aires, Depalma, T I, pág. 475.

11 Lorenzetti <sup>\*\*\*</sup>

## VI.- La doctrina de Corte Suprema de Justicia de la Nación

Al comienzo de este artículo, señalamos que este fallo resultaba en algún punto polémico. Esta controversia radica en que si revisamos la doctrina de la Corte Federal, en numerosos pronunciamientos ha decidido poniendo de resalto la protección del derecho a la salud por sobre otros valores en juego. A continuación haremos referencia a extractos de sus pronunciamientos que resultan relevantes para el caso analizado.

En el caso “Campodónico de Beviaqua, Ana Cristina c. Ministerio de Salud y Acción Social”, el Máximo Tribunal sentó la regla que establece que promover y facilitar las prestaciones de salud que requiera la minoridad *“es un compromiso internacional asumido por el Estado Nacional del cual no puede desligarse bajo pretexto de la inactividad de otras entidades públicas o privadas que participan en un mismo sistema sanitario; más aún cuando lo que se halla en juego es el interés superior del niño, que debe ser tutelado”*.<sup>12</sup> Se sostuvo que a partir de lo dispuesto en los tratados internacionales que tienen jerarquía constitucional se ha reafirmado en recientes pronunciamientos el derecho a la preservación de la salud y ha destacado la obligación impostergable que tiene la autoridad pública de garantizar ese derecho 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.

En el fallo “Monteserín, Marcelino c/ Estado Nacional - Ministerio de Salud y Acción Social - Comisión Nacional Asesora para la Integración de Personas Discapacitadas-Servicio Nacional de Rehabilitación y Promoción de la Persona con Discapacidad” resaltamos como aspectos salientes de la resolución: *“que el Estado Nacional no puede desentenderse de aquellas obligaciones so pretexto de la inactividad de otras entidades -públicas o privadas- pues 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 también 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”*.<sup>13</sup>

En “Lifschitz, Graciela B. y otro v. Estado Nacional”, uno de los argumentos de la Corte Suprema: *“atañe a los jueces buscar soluciones que se avengan con la urgencia que conlleva este tipo de pretensiones, para lo cual deben encauzar los trámites por vías expeditivas y evitar que el rigor de las formas pueda conducir a la frustración de derechos que cuentan con tutela de orden constitucional, lo cual se produciría si los actores tuviesen que aguardar al inicio de un nuevo proceso, y en ese lapso quedarán desprotegidos los intereses cuya satisfacción se requiere”*<sup>14</sup>

Por su parte, en el precedente “Reynoso, Nilda Noemí vs. INSSJP s/ amparo” el Alto Tribunal reiteró que *“el derecho a la salud, máxime cuando se trata de enfermedades graves, está íntimamente relacionado con el derecho a la vida, siendo éste el primer derecho de la persona humana que resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional. El hombre es el eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo -más allá de su naturaleza trascendente- su persona es inviolable y constituye*

12 24/10/2000 - Fallos: 323:322

13 16/10/2001 - Fallos: 324:3569

14 15/6/2004 - Fallos 327:2413.

*un valor fundamental, con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental*".<sup>15</sup>

De lo reseñado hasta aquí advertimos que, de acuerdo con la postura de la Corte, es el Estado Nacional quien debe velar por el cumplimiento de los derechos de las personas con discapacidad y de asegurar la continuidad de su tratamiento, por ser el garante del derecho a la salud incorporado en la Constitución Nacional con la reforma de 1994, y por consiguiente interpretamos que, frente al peligro de vulneración de alguno de estos derechos, deberá prevalecer la solución que favorezca el cumplimiento integral de los derechos que hemos mencionado a lo largo de este artículo.

## VII.- Conclusiones

Luego del análisis de la temática nos ocupa, ha quedado claro que, *"es indisimulable el fuerte impacto que la reforma constitucional de 1994 ha provocado en el ámbito de los derechos humanos"*.<sup>16</sup> De ello se coligue que, lo esencial es que la cobertura de las deficiencias que pueda tener una persona con discapacidad sea integral y alcance a todas las prestaciones médicas y de rehabilitación que fuera menester para su tratamiento.

Por otro lado, podemos afirmar que el acceso a las prestaciones de salud es lo que permite el acceso a las personas con discapacidad a los demás derechos. Ahora bien, como hemos podido observar en el fallo comentado, la realidad se encuentra distante de los objetivos previstos por la ley 24.901, ya que se advierte un notable déficit en las prestaciones efectivamente brindadas a través de los sistemas de salud.

Consideramos que en el caso bajo estudio, el Tribunal Cívero se ha apartado de los principios y garantías establecidas en materia de salud y en especial de las disposiciones relativas a la protección de las personas con discapacidad que se encuentran receptadas en la Constitución Nacional y en los tratados internacionales incorporados en el art. 75 inc. 22 de la Ley Fundamental. Recalcamos que esa no debería haber sido la solución adoptada, teniendo en cuenta lo instituido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos que ha insistido en que *"toda persona que se encuentre en una situación de vulnerabilidad es titular de una protección especial"*.

Así las cosas, debe procurarse disminuir los costos de los actos de abnegación que asumen los afiliados de las obras sociales, y llegar a formas diligentes, eficaces y ágiles para el acceso real a las prestaciones de salud.<sup>17</sup>

Del repaso de la jurisprudencia del Alto Tribunal nacional observamos que la misma muestra una línea consistentemente permeable a brindar protección a diversos aspectos del derecho a la salud y a aplicar en su razonamiento y puntos resolutivos los estándares internacionales tuitivos de los derechos humanos en general, y del derecho a la salud en particular.<sup>18</sup>

Uno de los desafíos consiste en remover obstáculos y evitar exclusiones y marginalizaciones sociales que atenten contra la operatividad de los derechos, debiendo implementarse medidas de acción positiva en el ámbito de un sistema de políticas sociales estructurado, coordinado y sustentable.<sup>19</sup>

15 16/05/2006 - Fallos: 329:1638

16 BAZÁN, Víctor (2012), "El derecho a la salud en el escenario jurídico argentino y algunas líneas jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia en la materia", Cita Online: AP/DOC/126/2012.

17 PUCCIO, Sofía (2017), "La Protección de los niños, niñas y adolescentes con discapacidad: deudas pendientes", Revista Derecho y Salud N° 1. pág. 79.

18 BAZÁN, Víctor (2012), *Op. Cit.*

19 BAZÁN, Víctor (2012), *Op. Cit.*

En efecto, la finalidad de la ley 24.901 radica en lograr la integración social de las personas con discapacidad, ergo su interpretación deberá ser amplia a los fines de dar cumplimiento a su objeto principal. Entendemos que resulta lesivo al derecho a la salud que la accionada, en este caso, niegue la totalidad de la cobertura del tratamiento indicado, pues importa desconocer el espíritu de la ley. Por tanto, se debe garantizar a las personas con discapacidad un real derecho de acceso al sistema de salud que garantice el ejercicio efectivo del derecho constitucional a la salud.

---

## Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina

Causa: Pérez, María Luisa c. Omint SA y otro s/ acción de amparo

26 de septiembre de 2017

DICTÁMEN DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN  
SUPREMA CORTE:

- I -

El Superior Tribunal de Justicia de la provincia de Entre Ríos confirmó la sentencia de la instancia anterior que ordenó a la empresa de salud demandada proveer dos neuroprótesis para el tratamiento de rehabilitación de la hemiplejía que padece la actora como secuela de un accidente cerebrovascular (fs. 93/96 del expediente principal, al que me referiré en adelante salvo aclaración en contrario).

En primer término, el tribunal señaló que la demandada no había hecho uso de la facultad de presentar memorial de expresión de agravios que establece el artículo 16 de la ley local 8369.

En segundo término, entendió que la demandada tiene la obligación de proveer los dispositivos marca Bioness L 300 y Bioness H 200 para la rehabilitación de la mano y de la pierna izquierdas de la actora.

Afirmó que en el certificado de discapacidad consta que la actora tiene una hemiplejía y que su médico prescribió un tratamiento con los dispositivos mencionados. El tribunal ponderó que la eficacia médica de las neuroprótesis solicitadas estaba acreditada puesto que el médico forense sostuvo que son beneficiosas para su

## DERECHO A LA SALUD VS. DERECHO DE DEFENSA

RIGHT TO HEALTH VS. RIGHT OF DEFENSE

---

NADIA VIRGINIA COPELLO<sup>1</sup>

---

### RESUMEN

La Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina revocó una sentencia que condenaba a una Obra Social al cumplimiento de prestaciones médicas. En el novedoso caso están en juego el derecho a la salud, a la cobertura médica integral de personas con discapacidad y el derecho de defensa, más precisamente, el respeto por el debido proceso, siendo esto último la base para así decidir en favor de la demandada.

### ABSTRACT

The Supreme Court of Justice of the Argentine Nation revoked a sentence that condemned a Social Work to the fulfillment of medical benefits. In the new case, the right to health, the comprehensive medical coverage of people with disabilities and the right to defense are at stake, more precisely, respect for due process, the latter being the basis for deciding in favor of the defendant.

---

<sup>1</sup> Abogada, Universidad Nacional de Córdoba. Auxiliar Administrativo de la Defensoría Pública Oficial ante los Tribunales Federales de Primera y Segunda Instancia de Córdoba. copellonadiav@gmail.com

rehabilitación. Añadió que la bibliografía en que se apoya el artículo que se encuentra en fojas 12/14 menciona los efectos positivos de la utilización de esas prótesis.

Enfatizó la importancia del derecho a la salud de conformidad con los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado argentino y el derecho de las personas con discapacidad a recibir una cobertura integral. En ese marco, concluyó que la omisión de la demandada de dar una respuesta adecuada a la afiliada lesiona su derecho a la salud.

- II -

Contra ese pronunciamiento, la demandada interpuso recurso extraordinario (fs. 104/118), cuya denegación (fs. 122/125) motivó la presente queja (fs. 86/90 del cuaderno correspondiente).

En primer lugar, la recurrente alega que la sentencia violó su derecho a la defensa al omitir considerar el memorial de agravios interpuesto ante el tribunal. Indica que el 14 de julio de 2015 hizo uso de la facultad que otorga el artículo 16 de la ley local 8369 y presentó su expresión de agravios en tiempo y forma. Explica que el tribunal expresamente afirmó que la demandada no había presentado el escrito mencionado y que, en consecuencia, sentenció sin dar tratamiento a los fundamentos de la recurrente.

En segundo lugar, considera que la solución a la que arriba la sentencia impugnada es arbitraria porque le impone una obligación que carece de sustento legal. Por un lado, se agravia de que el certificado de discapacidad de la actora estaba vencido al momento de interponer la demanda. Por otro lado, argumenta que no tiene una obligación legal o contractual de proveer los dispositivos solicitados. Puntualiza que no están incluidos en el Programa Médico Obligatorio y que no cuentan con aval científico.

- III -

Estimo que el recurso extraordinario y el de queja son admisibles pues la sentencia apelada omitió dar tratamiento al memorial de agravios interpuesto por la recurrente y, por lo tanto, es arbitraria (cf. Fallos: 330:4983, “Banco de la Nación Argentina”, entre muchos otros).

Palabras claves: Derecho a la salud - Derecho de Defensa - Debido Proceso - Obras Sociales - Personas con discapacidad

Key Words: Right to health - Defense Law - Due Process - Social Works - People with disabilities.

## I. Reseña del fallo.

Como consecuencia de un accidente cerebro vascular (ACV), P. M. L requería, para su tratamiento de rehabilitación de hemiplejía subsecuente, dos neuroprótesis. Debió recurrir a la justicia a fin de exigir el cumplimiento de lo prescripto por su médico tratante, por lo que inició una acción de amparo en contra de OMINT S.A.

La actora obtuvo dos pronunciamientos favorables que condenaban a la mencionada empresa de medicina prepaga al cumplimiento de lo requerido, en razón del derecho a la salud de conformidad a los derechos humanos, y el derecho de las personas con discapacidad para recibir una cobertura médica integral.

Frente a esto, y mediante un recurso de queja ante la denegatoria del recurso extraordinario, OMINT S.A. se presentó ante la Corte Suprema alegando que dichas resoluciones habrían violado su derecho de defensa y que carecen de sustento legal. Al fundamentar su postura expresó que se omitió considerar el memorial de agravios; por otra parte que el certificado de discapacidad de la actora estaba vencido al momento de interponer la demanda, y que no tiene obligación legal o contractual de proveer los dispositivos al no estar incluidos en el Programa Médico Obligatorio.

El Máximo Tribunal dejó sin efecto la sentencia apelada, por considerarla arbitraria al

La decisión impugnada manifestó expresamente que la demandada no había presentado el memorial de agravios. En particular, el voto del juez Carubia enfatizó que la apelante no había hecho uso de la facultad de presentar un memorial que funde el recurso de apelación y, por lo tanto, desconocía sus motivos de agravio. No obstante, el memorial de expresión de agravios consta en el expediente a fojas 77/81. Para más, tras la presentación de ese escrito, el tribunal ordenó agregarlo al expediente (fs. 82). Por último, en el auto de denegación del recurso extraordinario, el a quo reconoció haber omitido tener en consideración la expresión de agravios presentada por la demandada, a pesar de que alegó que los argumentos allí expuestos no modificaban la decisión sobre el fondo de la controversia. Sin embargo, aquella presentación contenía objeciones a la sentencia de grado que, sin perjuicio de su acierto o error, no recibieron adecuada respuesta por parte del tribunal local. Corresponde añadir que la carga procesal de presentar memorial de agravios de conformidad con el artículo 16 de la ley local 8369 es facultativa para las partes. Sin embargo, a diferencia de lo que sostuvo el tribunal apelado en el auto de denegación del recurso extraordinario, de ningún modo puede deducirse de ello que sea facultativo para los jueces examinar los agravios planteados por las partes al hacer uso de aquella facultad. En este contexto, la omisión del tribunal de tomar en consideración los agravios expresados por la demandada constituye una flagrante violación a su derecho de defensa y, en particular, a su derecho de ser oída (arts. 18, Constitución Nacional y 8(1), Convención Americana sobre Derechos Humanos). Por lo tanto, la sentencia debe ser dejada sin efecto.

- IV -

Por lo expuesto, y sin que ello signifique emitir opinión sobre la conclusión a la que en definitiva se arrije en el caso, considero que corresponde admitir la queja, declarar procedente el recurso extraordinario, dejar sin efecto la sentencia apelada y devolver los autos a fin de que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento conforme a derecho. Buenos Aires, 21 de noviembre de 2016. — Víctor Abramovich.

.....  
omitir darle tratamiento al memorial de agravios presentado por la demandada, y sin valorar los argumentos allí vertidos, devolvió los autos para un nuevo pronunciamiento.

## II. El derecho a la salud y su alcance jurídico.

La Organización Mundial de la Salud caracteriza a la salud como el estado completo de bienestar físico, mental y social, y no solamente a la ausencia de afecciones o enfermedades. En el mismo sentido, al reflexionar sobre el derecho a la salud, Gladys J. Mackinson expresa:

*“Es un derecho vinculado a la calidad de vida. Es un derecho a proteger el desarrollo de las capacidades potenciales de hombres, mujeres, niños, ancianos, en plenitud física o con minusvalía de algún tipo. Es un derecho enraizado a otros: a una retribución justa, a trabajos dignos, a vivienda de igual carácter, a una alimentación suficiente y nutriente, a la protección integral de la familia, a la incorporación de la mujer, en condiciones de dignidad y respeto a sus características de género, a una vida social plena, al respeto del diferente, no por su condición de tal sino por ser humano... Es en última instancia, el derecho a ser tratado igual no por imperio de la ley sino por ser igual: persona.”<sup>1</sup>*

Entendemos entonces por derecho a la salud, el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, a la asistencia médica, a servicios para el tratamiento de enfermedades. Este derecho personalísimo es esencial, ya que en él radican los demás; de faltar aquél, los restantes quedarían como expresiones abstractas.

<sup>1</sup> BIDART CAMPOS, Germán José, (1995) “Estudios sobre la reforma constitucional de 1994”, Buenos Aires, Ediciones Depalma.

Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

Buenos Aires, septiembre 26 de 2017.

Considerando:

Que esta Corte comparte y hace suyos los fundamentos y conclusiones del dictamen del señor Procurador Fiscal, a los que corresponde remitir en razón de brevedad.

Por ello, de conformidad con lo dictaminado por el señor Procurador Fiscal, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia apelada. Costas por su orden en razón de la naturaleza de las cuestiones debatidas. Devuélvase las actuaciones a fin de que, por quien corresponda, se dicte nuevo pronunciamiento con arreglo al presente. Notifíquese y remítase. — Ricardo L. Lorenzetti. — Elena I. Highton de Nolasco. — Juan C. Maqueda. — Carlos F. Rosenkrantz.

---

.....

Nos encontramos ante un derecho humano, entendido como un derecho subjetivo. En otras palabras, esto es, la salud *“como un bien jurídico reconocido y tutelado por todos los ordenamientos jurídicos legales, donde impera el estado de derecho.”*<sup>2</sup>

Al encuadrar el derecho a la salud dentro de la categoría de derechos subjetivos y personalísimos, implica reconocer como suyas las notas distintivas de los mismos, vale decir que estamos frente a un derecho innato, necesario, vitalicio, inalienable y oponible erga omnes.<sup>3</sup>

Como consecuencia de este último carácter, es que resulta oponible a todos, ante otras personas, incluso ante el propio Estado. Es el Estado quien debe garantizar el acceso a la salud en condiciones de igualdad a todos los ciudadanos, estableciendo políticas y planes de acción sustentables, teniendo como ejes de sus acciones el respeto por la dignidad de la persona humana y la no discriminación.

Históricamente las formas de protección de este derecho se orientaban específicamente en obligaciones de no hacer, en comportamientos negativos, evitando o cesando en las conductas que contribuían a su lesión. Es de destacar que su protección ha evolucionado al punto tal de no solo procurar su defensa con acciones negativas, sino también a partir de acciones positivas para garantizar el ejercicio y reconocimiento de tal derecho. Ya no basta con abstenerse de lesionar el derecho a la salud, sino que pueden exigirse conductas tendientes a asegurarlo, incluso con carácter previo a la ocurrencia de la lesión.<sup>4</sup>

En concordancia con lo expresado en el párrafo anterior, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica” del año 2012, afirmó que:

*“No basta con que los Estados se abstengan de violar los derechos, sino que es imperativa la adopción de medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre”.*<sup>5</sup>

Nuestra Carta Magna no menciona específicamente la tutela preventiva del derecho a la vida, no obstante cuenta reconocimiento internacional y jerarquía constitucional. A partir de la interpretación de nuestro máximo tribunal, podemos afirmar que nuestra

2 GOMEZ HAISS, Dante (2017), “La salud como derecho humano y social de primer orden”. MicroJuris.com, Cita: MJ-DOC-12024-AR.

3 SORIA GUIDONE, Esteban y CARIGNAN, Agustín (2015). “El derecho a la Salud: ¿hacia un derecho absoluto?”. Revista de Derecho de Familia y de las Personas: Sucesiones – Personalísimos – Bioética – Derecho Médico.

4 SORIA GUIDONE, Esteban, y CARIGNANI, Agustín (2015). *Op. Cit.* Pág. 5.

5 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, (2012). Caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica. Sentencia de 28/11/2012, MJJ76725.

Constitución Nacional los reconoce expresa e implícitamente en los arts. 14, 14bis, 18, 19 y 33. Inclusive, lo hace a través del preámbulo, que promueve el bienestar general y asegura los beneficios de la libertad para todos los hombres, no solo los nacidos en Argentina, sino del mundo. Refuerza esta tesis la incorporación de preceptos que atienden el derecho a la salud con la reforma constitucional, a través de disposiciones de fuentes internacionales, en el art. 75 incs. 22 y 24, gozando de la misma jerarquía que las normas citadas precedentemente.

El Estado Argentino asumió el compromiso internacional de crear las condiciones necesarias para asegurar la efectiva vigencia de este derecho. Puntualmente, esta responsabilidad surge de lo dispuesto en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (art. VII y XI), la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 3, 8 y 25), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 12, inc. 1 y 2), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 24), la Convención Interamericana de Derechos Humanos (art. 24), entre otros.

### **III. Derecho a la salud, y la cobertura médica integral de las personas con discapacidad.**

Para comenzar, es necesario precisar qué entendemos por discapacidad.

Las 100 Reglas de Brasilia, sobre el acceso a la justicia de las personas con vulnerabilidad, define en su Regla N°7 a la discapacidad como la deficiencia física, mental o sensorial, ya sea de naturaleza permanente o temporal, que limita la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, que puede ser causada o agravada por el entorno económico y social. Además, establece que se procurará establecer las condiciones necesarias para garantizar la accesibilidad de las personas con discapacidad al sistema de justicia, incluyendo aquellas medidas conducentes a utilizar todos los servicios judiciales requeridos y disponer de todos los recursos que garanticen su seguridad, movilidad, comodidad, comprensión, privacidad y comunicación (Regla N° 8).

Es preciso y oportuno recordar que con la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación, se ha establecido un *“modelo social de la discapacidad, que implica asumir valores intrínsecos de los derechos humanos al potenciarse la dignidad humana, al igualdad, la libertad personal y la inclusión social”*.<sup>6</sup> Se trata entonces, de un sistema de modelo de apoyo.

En este sentido, la discapacidad no se define exclusivamente a partir de una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial, sino que se interrelaciona con las barreras o limitaciones que socialmente existen para que las personas puedan ejercer sus derechos de manera efectiva. Dicho de otro modo, no se trata de un catálogo de *“enfermedades y lesiones que puedan surgir de un pericia médica, es un concepto que denuncia la relación de desigualdad impuesta por ambientes con barreras a un cuerpo con deficiencias”*.<sup>7</sup>

Es allí donde el Estado debe adoptar medidas de protección especiales o específicas en pos de lograr su inclusión por medio de la igualdad de oportunidades, condiciones y participación en todas las esferas de la sociedad; y remover las barreras sociales.<sup>8</sup>

En nuestro país rigen dos convenciones sobre discapacidad, a saber: la Convención

6 LORENZETTI, Ricardo Luis, (2015) *“Código Civil y Comercial de la Nación Comentado”*, Tomo I, art. 1 a 256, Buenos Aires, Editorial Rubinzal Culzoni Editores; Comentario al Art. 41, pág. 216.

7 AVILA PAZ DE ROBLEDO, Rosa Angélica, (2017) *“Derechos Humanos y acceso a la justicia de las personas con discapacidad”*. Revista Argentina de Derecho Público, N° 1, Cita: IJ- CDLXXXIV-117.

8 Corte Interamericana de Derechos Humanos (2012), in re *“Furlan y familiares vs. Argentina.”*.

Interamericana para la Eliminación de Todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (CIADDIS) y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPCD). A partir de este marco normativo, podemos afirmar que “... *las personas con discapacidad tienen derecho a gozar del más alto nivel posible de salud sin discriminación por motivos de discapacidad*” (Art. 25 de la CDPCD).

Con este marco normativo vigente las personas con discapacidad tienen derecho a una cobertura médica integral. Ellos por cuanto al afectarse su derecho a la salud, como en el caso en cuestión, además se afectan otro cúmulo de derechos tales como el derecho a la vida, al desarrollo humano, al trato digno y equitativo.

La acción de amparo, como acción “expedita y rápida”, es el remedio judicial más idóneo para obtener una protección apropiada del derecho a la salud. Se trata de “... *un proceso excepcional sólo utilizable en las delicadas y extremas situaciones en las que por carencia de otras vías aptas, pelagra la salvaguarda de derechos fundamentales, y exige para su apertura circunstancias muy particulares, caracterizadas por la presencia de arbitrariedad o ilegalidad manifiestas que, ante la ineficacia de los procedimientos ordinarios, originan un daño concreto y grave, solo eventualmente reparable por esta vía urgente y expeditiva...*”.<sup>9</sup>

En la misma línea de ideas es que, la demora en la atención médica integral, acarrea un grave peligro a la salud de una persona discapacitada, así P. M. L. se sirvió de esta acción judicial para la protección de sus derechos fundamentales.

#### IV. Debido proceso y el derecho de defensa.

Unos de los ejes normativos para el caso objeto de análisis, fue la Ley de Procedimientos Constitucionales de la Provincia de Entre Ríos, Ley N° 8.369, la que en su primer capítulo regula lo concerniente a la procedencia de una acción de amparo en esa jurisdicción. Más precisamente el artículo 16, de la interposición y trámite en segunda instancia. El mencionado artículo establece en su segundo párrafo que “*Las partes dentro del tercer día de concedido el recurso, podrán presentar un memorial. La alzada podrá disponer medidas, para mejor proveer, que sean compatibles con la sumariedad del procedimiento...*”. Se desprende entonces que resulta facultativo para las partes la posibilidad de presentar un memorial de expresión de agravios, y no surge de allí, la facultad del juez para no contemplarlo al decidir.

Es así que, al no considerarse el memorial presentado por la demandada, el Tribunal no podía conocer los motivos de sus agravios que la llevaron a la segunda instancia. Esta omisión constituye una violación al derecho de defensa y la garantía del debido proceso legal.

Sin perjuicio de que si existió o no ilegalidad o arbitrariedad en el accionar de la Obra Social demandada al denegarle la prestación medica solicitada, no debemos olvidar que no existen los derechos absolutos, y que incluso los derechos humanos propiamente dichos son de carácter relativo, “*porque se gozan y se ejercen conforme las leyes que los crean y reglamentan.*”<sup>10</sup>

Si bien el derecho a la salud es sumamente trascendente, la garantía del debido proceso tiene también raigambre constitucional y reconocimiento internacional. Se deben conciliar de modo tal que el respeto por uno, no afecte la esfera del otro.

<sup>9</sup> Según doctrina constante y reiterada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Fallos 299:185; 301:1061, entre otros.

<sup>10</sup> SORIA GUIDONE, Esteban y CARRIGNANI, Agustín. *Op. Cit.* Pág. 7.

## V. Conclusión final.

Ante la contraposición de derechos, a la salud y de defensa, ambos reconocidos constitucionalmente, por tratados internacionales con jerarquía constitucional, entiendo que lo más acertado es tomar una decisión respetuosa de uno y otro, en lo que sean compatibles. Así, en el fallo en cuestión, la Corte hizo lugar al recurso y devolvió las actuaciones para el dictado de un nuevo pronunciamiento en el que sí tenga lugar el análisis del memorial de agravios presentado por la demandada, respetando la garantía legal del debido proceso. Lo que no significó de ninguna manera el rechazo del pedido de la actora respecto a su cobertura médica integral.

En las cuestiones de salud se conjugan cuestiones sociales, económicas, políticas, culturales, que se plasman o no, en normas jurídicas. Cuando encuentran recepción legal tampoco implican per se la solución a los problemas. Su eficacia depende de desde el Estado se adopten verdaderas políticas sanitarias que remuevan los obstáculos políticos que no permiten la realización íntegra del derecho a la salud, principalmente de los sectores más vulnerables.

La salud es un derecho humano fundamental, y el Estado es principal responsable de garantizar un sistema de salud adecuado a sus ciudadanos. No alcanza con el reconocimiento del derecho, deben crearse las condiciones necesarias para su goce y disfrute de todos.

## BIBLIOGRAFÍA

- AVILA PAZ DE ROBLEDO, Rosa Angélica, (2017) “*Derechos Humanos y acceso a la justicia de las personas con discapacidad*”. Revista Argentina de Derecho Público, N° 1, Cita: IJ- CDLXXXIV-117.
- BIDART CAMPOS, Germán José, (1995) “*Estudios sobre la reforma constitucional de 1994*”, Buenos Aires, Ediciones Depalma.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, (2012). Caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica. Sentencia de 28/11/2012, MJJ76725.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2012), in re “Furlan y familiares vs. Argentina”.
- FAUR, MARTA. “*Los Tribunales y el derecho a la salud en Argentina*”. BERGALLO, Paola en Capítulo 3: “*Argentina: los tribunales y el derecho a la salud. ¿Se logra justicia a pesar de la ‘rutinización’ de los reclamos individuales de cobertura?*”. Pág. 59 – 95.
- GOMEZ HAISS, Dante (2017), “*La salud como derecho humano y social de primer orden*”. MicroJuris.com, Cita: MJ-DOC-12024-AR.
- LORENZETTI, Ricardo Luis, (2015) “*Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*”, Tomo I, art. 1 a 256, Buenos Aires, Editorial Rubinzal Culzoni Editores; Comentario al Art. 41, pág. 216.
- MARIANELLO, PATRICIO (2016) “*Jerarquía constitucional de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*”. Revista MicroJuris.com, Cita: IJ-CCX-VIII-892.
- SORIA GUIDONE, Esteban y CARIGNAN, Agustín (2015). “*El derecho a la Salud: ¿hacia un derecho absoluto?*”. Revista de Derecho de Familia y de las Personas: Sucesiones – Personalísimos – Bioética – Derecho Medico.

## Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina

Causa: S., J. L. cl Comisión Nac. Asesora para la Int. de Personas Discapac. y otro s/ amparo

Buenos Aires, 5 de diciembre de 2017

VISTOS LOS AUTOS: "S., J. L. cl Comisión Nac. Asesora para la Int. de Personas Discapac. y otro s/ amparo

### CONSIDERANDO:

Que la cuestión planteada por la recurrente guarda analogía con la debatida y resuelta en Fallos: 338: 488, a cuyos fundamentos y conclusiones cabe remitir y se dan por reproducidos en razón de brevedad.

Por ello, se declara procedente el recurso extraordinario y se confirma la sentencia apelada. Costas por su orden en razón de la naturaleza de la cuestión debatida (art. 68 del Código

Procesal Civil y Comercial de la Nación). Notifíquese y, oportunamente, remítase.

Ricardo Luis Lorenzetti – Elena I. Highton de Nolasco – Juan Carlos Maqueda – Carlos Fernando Rosenkrantz – Horacio Rosatti (en disidencia)

---

## EL DERECHO A LA SALUD DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD Y SU COBERTURA POR PARTE DEL ESTADO

THE RIGHT TO HEALTH OF PEOPLE WITH DISABILITIES AND THEIR COVERAGE BY THE STATE

---

MARÍA FLORENCIA BLANCO PIGHI<sup>1</sup>

---

### RESUMEN

El derecho a la salud es reconocido por la Constitución Argentina, pero, como todo derecho, no es absoluto. La Corte Suprema de Justicia de la Nación, mediante el fallo en análisis, establece ciertos requisitos para asegurar la cobertura por parte del Estado, de prestaciones que garanticen el acceso a este derecho para personas con discapacidad. El voto en disidencia establece que, muchas veces, apearse a requisitos formales puede implicar cercenar el goce efectivo del derecho a la salud, que es de carácter constitucional.

### ABSTRACT

The right to health is recognized by the Argentine Constitution, but, as every right, is not absolute. The Supreme Court of Justice, through the sentence to analyze, establishes certain requirements to ensure coverage by the State of benefits that guarantee access to this right for people with disabilities. The dissident vote establishes that, often, adhering to formal requirements may imply clogging the effective enjoyment of the right to health, which is constitutional in nature.

---

<sup>1</sup> Abogada y Profesora en Ciencias Jurídicas, egresada de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba. Docente tutor de la Facultad de Derecho U.N.C. en el marco del programa: "Acompañamiento a las trayectorias estudiantiles" de la Secretaría de Asuntos Estudiantiles, U.N.C. Adscripta de la Cátedra "B" de Privado VII, Facultad de Derecho U.N.C. – Correo electrónico: florblancopighi@gmail.com

Disidencia del Señor Ministro Doctor Don Horacio Rosatti

CONSIDERANDO:

1º) Que la madre del actor, en representación de su hijo declarado incapaz por padecer síndrome de down, inició una acción de amparo contra la Comisión Nacional Asesora para la Integración de las Personas Discapacitadas y el Servicio Nacional de Rehabilitación y Promoción de la Persona con Discapacidad, a fin de que se protegiera y reconociera el derecho a la cobertura total de las prestaciones que en atención a su discapacidad requiere, consistentes en el caso en una escolaridad especial de jornada simple en el Instituto El Taller, transporte desde el domicilio hasta el lugar de rehabilitación, sin limitaciones temporales, así como la inmediata regularización de los montos adeudados a fin de garantizar la continuidad de dicho tratamiento.

2º) Que para fundar su pretensión, la demandante señaló que el actor había asistido a dicha institución en la modalidad de Escolaridad Especial, jornada simple, desde 2001, como alumno becado, había realizado un periodo de adaptación y había quedado incluido en el grupo de etapa IV del servicio de escolaridad primaria especial. Explicó que, al ser el actor afiliado al Instituto de Previsión y Seguridad Social de Tucumán -I.P.S.S.T.- que no otorga ningún tipo de cobertura de las prestaciones mencionadas, ni se encuentra adherida al Sistema de Obras Sociales a que hace referencia la ley 24.901, se acumuló una deuda con la institución educativa que a la fecha de la interposición del amparo ascendía a la suma de \$ **14.825,50**. Alegó que la adhesión de la Provincia de Tucumán a la ley 24.901 -Sistema de Prestaciones Básicas para Personas con Discapacidad- se perfeccionó mediante un convenio celebrado con la Nación a partir del año 2003 en el que la provincia optó expresamente por una incorporación gradual a dicho estatuto, que culminaría con el dictado de una ley que estableciera principios análogos a los enunciados en la citada norma, que todavía no ha sido sancionada. Además, puso de manifiesto que la propia provincia reconoció no tener instituciones para tratar la minusvalía del actor.

Palabras claves: Derecho a la salud - Derecho de Defensa - Debido Proceso - Obras Sociales - Personas con discapacidad

Key Words: Right to health - Defense Law - Due Process - Social Works - People with disabilities.

## I. Introducción

En el presente texto se procederá a analizar el caso: “S., J. L. c/ Comisión Nac. Asesora para la Int. de Personas discapacitadas y otro s/ amparo” dictado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación con fecha cinco de diciembre de 2017.

Mediante el mismo, el más alto Tribunal de nuestro país decidió que el Servicio Nacional de Rehabilitación y la Comisión Nacional Asesora para la Integración de las Personas Discapacitadas no se encontraban obligados a brindar la cobertura total de las prestaciones que la actora requería con motivo de su discapacidad, ni debían pagar las sumas que ésta adeudaba por la cobertura de dichos servicios.

Resulta por demás interesante, el voto en disidencia del Dr. Rosatti, quien se aparta del criterio sentado por la Corte Suprema, estableciendo la supremacía constitucional del derecho a la salud.

## II. El fallo

La controversia que motiva la sentencia analizada, se suscita cuando la progenitora de un incapaz que padecía Síndrome de Down interpuso un amparo contra la Comisión Nacional Asesora para la Integración de las Personas Discapacitadas y el Servicio

3º) Que contra la sentencia de la Sala III de la Cámara Civil y Comercial Federal, que revocó el fallo de la instancia anterior que había admitido el amparo y condenado al Servicio Nacional de Rehabilitación y Promoción de la Persona con Discapacidad a hacerse cargo de las prestaciones reclamadas por el actor, este dedujo el recurso extraordinario, que fue concedido.

4º) Que para decidir de ese modo, el *a quo* juzgó –por remisión al precedente de Fallos: 338:488- que la obligación del Estado Nacional era subsidiaria y que la actora no había cumplido los requisitos exigidos por la normativa vigente para obtener la cobertura solicitada por no haber demostrado su falta de afiliación a una obra social y la imposibilidad de afrontar por sí sola las prestaciones requeridas.

5º) Que el remedio intentado suscita cuestión federal bastante para su consideración por la vía intentada, en la medida en que la sentencia apelada ha sido contraria a las normas superiores en que se funda el apelante.

En efecto, tanto los agravios de la recurrente como las consideraciones dadas por el Defensor Oficial ante la Corte, ponen de manifiesto que lo que aquí se discute atañe a la aplicación, inteligencia e interpretación de normas federales como las que tutelan el derecho a la salud de los discapacitados y las que regulan el Sistema de Prestaciones Básicas para Personas con Discapacidad (ley 24.901). Eh este plano, el Tribunal no se encuentra limitado por los argumentos de las partes o del *a qua*, sino que le incumbe realizar una declaración sobre el punto debatido (Fallos: 320:1602 y 323:1656).

6º) Que no se encuentra discutido que el hijo de la demandante ha sido declarado incapacitado por las autoridades administrativas pertinentes (fs. 172); que es afiliado al Instituto de Previsión y Seguridad Social de Tucumán, institución que, según surge de lo expresado a fs. 207, no se encuentra comprendida entre los sujetos obligados por la ley 24.901 (acta número 184 de la Reunión del Directorio del Sistema de Prestaciones Básicas del 17 de mayo de 2005). Tampoco ha sido refutado

por la demandada que el actor ha recibido su rehabilitación en el Instituto El Taller en carácter de “becado” y

.....  
 Nacional de Rehabilitación y Promoción de la Persona con Discapacidad, a los fines de que se protegiera y reconociera el derecho a la cobertura total de las prestaciones que en atención a su discapacidad, requiere su hijo. Las que consistían en: una escolaridad especial de jornada simple en un instituto particular, transporte desde el domicilio del incapaz hasta el lugar de rehabilitación, sin limitaciones temporales, así como la inmediata regularización de los montos adeudados, para garantizar la continuidad de dicho tratamiento.

Es necesario destacar que el niño había concurrido al establecimiento educativo desde hacía varios años, con el carácter de becado, pero que, al cesar la beca y al verse sus padres imposibilitados de hacer frente a los costos del mismo, es que se interpuso el amparo que motiva el fallo en tratamiento. Que, la afiliación con la que contaba el actor, no otorga cobertura de ninguna de las prestaciones necesarias ni se encuentra adherida al Sistema de Obras Sociales que hace referencia la Ley 24.091.

En primera instancia, se hace lugar al reclamo de la actora, condenado al Servicio Nacional de Rehabilitación y Promoción de la Persona con Discapacidad a hacerse cargo de las prestaciones reclamadas. Al ser apelada la sentencia, la Sala III de la Cámara Civil y Comercial Federal de Tucumán revoca el fallo del *a quo*, lo cual motiva la interposición del Recurso Extraordinario que genera la intervención del más alto Tribunal de nuestro país en la resolución de la controversia.

Así las cosas, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, mantiene lo sentenciado por el tribunal de segunda instancia, rechazando el amparo interpuesto por la parte actora. Esta decisión se motiva en un criterio ya establecido por el más alto tribunal argentino, en cuanto a que, la obligación del Estado Nacional es subsidiaria y que la parte actora no había cumplido los requisitos exigidos por la normativa vigente (Ley 24.091) para obtener la cobertura solicitada.

que cuando dicha circunstancia cesó, sus progenitores no pudieron pagar la cuota mensual, generándose una deuda que -en el lapso de desafíos- ascendió a la suma de \$ 14.825,50.

En autos no solo ha sido admitida la necesidad de las prestaciones que se requieren, sino que del informe evolutivo integral emitido por El Taller también surge que el rendimiento pedagógico del actor durante los años de escolaridad ha sido satisfactorio y su interrupción tentaría contra el progreso logrado (fs. 188/189).

7°) Que este Tribunal ha considerado que el derecho a la vida es el primer derecho de la persona humana reconocido y garantizado por la Constitución Nacional (Fallos: 302:1284; 310:112). También ha sostenido que el hombre es el eje y centro de todo el sistema jurídico y que, en tanto fin en sí mismo, la inviolabilidad de la persona constituye un valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental (Fallos: 316:479, votos concurrentes).

A partir de lo dispuesto en los tratados internacionales con jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, de la Ley Suprema), ha reafirmado en diversos pronunciamientos el derecho a la preservación de la salud y ha destacado la obligación impostergable que tiene la autoridad pública de garantizar ese derecho 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: 323:3229 *in re* “Campodónico de Beviacqua”; 321:1684; 323:1339, mayoría y votos concurrentes y dictamen del señor Procurador General de la Nación a cuyos fundamentos se remiten).

La obligación de instrumentar acciones positivas en tutela de las personas con discapacidad fue consagrada por el constituyente argentino en el año 1994 en el arto 75, inc. 23, donde se dispone que corresponde al Congreso Nacional “*legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad*”.

Es decir que, según lo normado en los arts. 3° y 4° de la Ley 24.091, el Estado Nacional solo se encuentra obligado a cubrir las prestaciones previstas por la normativa, cuando la persona con discapacidad carece de cobertura de obra social y no cuenta con los medios adecuados para hacer frente a las erogaciones que demandan dichas prestaciones. Según la Corte Suprema de Justicia de la Nación, éstos son requisitos insoslayables a los fines de cualquier reclamo de cobertura. Los cuales, según el criterio del mencionado tribunal, no se encuentran debidamente cumplimentados en el caso de marras, motivo por el cual, tanto la Cámara de Apelaciones como la Corte Suprema de Justicia de la Nación, rechazan el amparo interpuesto.

Otro de los fundamentos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, para sostener el criterio establecido en el fallo en cuestión, es que el principio de división y equilibrio de los poderes impide al Poder Judicial a legislar, y que, en este sentido, todo juez, al fallar, debe atenerse al texto de la ley. En el caso de la Ley 24.091, resulta claro que son requisitos ineludibles los mencionados *ut supra*, y que, ante su ausencia, no se puede responsabilizar al Estado Nacional por la cobertura de las prestaciones que la persona con discapacidad necesita.

Se mantiene así la doctrina del más alto tribunal argentino, que ha establecido que “*las leyes deben interpretarse conforme el sentido propio de las palabras, computando que los términos utilizados no son superfluos sino que han sido empleados con algún propósito, sea de ampliar, limitar o corregir los preceptos*”.<sup>2</sup> Queda vedado, desde esta óptica, forzar interpretaciones que impliquen que, los jueces, realicen labores legislativas que tienen prohibidas constitucionalmente.

2 CSJN 289/2014 (50-P) ICS1. RECURSO DE HECHO. P., A. el Comisión Nacional Asesora para la Integración de las Personas Discapacitadas y otro s/ amparo. Disponible en: [www.csjn.gov.ar](http://www.csjn.gov.ar)

En el mismo sentido, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, instrumento con jerarquía constitucional en el marco del art. 75, inc. 22 mencionado, sostiene que “*Los Estados Partes reconocen que las personas con discapacidad tienen derecho a gozar del más alto nivel posible de salud sin discriminación por motivos de discapacidad*” (art. 25) Y que “*los Estados Partes reconocen el derecho de las personas con discapacidad a la educación. Con miras a hacer efectivo este derecho sin discriminación y sobre la base de la igualdad de oportunidades, los Estados Partes asegurarán un sistema de educación inclusivo a todos los niveles así como la enseñanza a lo largo de la vida ...*” (art. 24, 1).

El art. 24.2, inc. a de la convención en cita establece que “*los Estados Partes tomarán todas las medidas necesarias para asegurar que todos los niños y las niñas con discapacidad gocen plenamente de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en igualdad de condiciones con los demás niños y niñas*” (art. inc. 1) y asegurarán que “*las personas con discapacidad no queden excluidas del sistema general de educación por motivos de discapacidad, y que los niños y las niñas con discapacidad no queden excluidos de la enseñanza primaria gratuita y obligatoria ni de la enseñanza secundaria por motivos de discapacidad*”.

8º) Que, con específica referencia a la pretensión debatida en el *subjudice*, la Ley Nacional 22.431 instituyó un sistema de protección integral de las personas con necesidades especiales tendiente a abarcar todos los aspectos relativos a su inserción dentro de la sociedad. Por su parte, la ley 24.901 creó un sistema de prestaciones básicas de atención integral a favor de las personas con discapacidad para brindarles asistencia integral, poniendo su cobertura a cargo de obras sociales. Finalmente, la Provincia de Tucumán ratificó el convenio de adhesión a la citada ley nacional, optando por una incorporación gradual al sistema único de prestaciones básicas para personas con discapacidad. Es decir, si bien la tutela de los derechos estaría jurídicamente reconocida, su concreción fue estipulada con carácter gradual y bajo el compromiso de dictar en el ámbito provincial un régimen normativo que estableciera principios análogos a los de la ley 24.901, algo que aún no ha acontecido. Dicha omisión no puede conllevar la vulneración del derecho constitucional señalado, por lo que cabe con-

Sumado a ello, la Provincia de Tucumán ratificó el convenio de adhesión a la Ley 24.091, optando por una incorporación gradual al sistema único de prestaciones básicas para personas con discapacidad. Es decir, si bien la tutela de los derechos estaría jurídicamente reconocida, su concreción fue estipulada con carácter gradual y bajo el compromiso de dictar en el ámbito provincial un régimen normativo que estableciera principios análogos a los de la normativa citada, algo que aún no ha acontecido.

### III. El voto en disidencia

La sentencia en cuestión, remite a fundamentos ya vertidos con anterioridad por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, razón por la cual lo más interesante que plantea la misma es, el voto en disidencia del Dr. Rosatti.

Su planteo es claro, ¿qué debe primar: el derecho a la salud o el cumplimiento de los requisitos de la Ley 24.091? De un análisis constitucional de las normas, el cual realiza de manera exhaustiva en su voto, parece surgir que, al ser el derecho a la salud un derecho constitucionalmente reconocido por nuestra Carta Magna, como así también por tratados internacionales con jerarquía constitucional en virtud del art. 75 inc. 22, debe primar ese derecho, por encima de cualquier interpretación que se realice de una ley infra constitucional, como lo es la Ley 24.091.

Sumado a este razonamiento, se plantea que la existencia de los requisitos exigidos por la normativa en cuestión ha quedado demostrada en autos, y que, no han sido controvertidos por la parte contraria. Es decir, que, realizando una interpretación amplia de todo lo actuado, se ha acreditado el cumplimiento de la ley vigente.

También se puntualiza en que, ha quedado admitida la necesidad de las prestaciones

cluir en la presente causa y a la luz de las específicas circunstancias normativas que le atañen, que el Estado Nacional debe responder al caso, sin perjuicio de los derechos que le correspondan *a posteriori*, para repetir del Estado provincial lo que considere legítimo.

Este razonamiento no implica afectar el principio de federalismo ni pone en crisis las facultades reservadas por los gobiernos locales en la organización de su sistema de salud, que debe ser concebido -en el caso específico en que se analiza- en base a un federalismo de concertación, en el que la omisión del Estado provincial de adoptar las medidas legislativas necesarias no puede sostenerse como óbice para la efectiva vigencia de derechos constitucionales fundamentales, dejando establecida la responsabilidad que cabe también en esta materia a las jurisdicciones provinciales. Tal como ha dicho esta Corte, *“lo expresado pone en evidencia la función rectora que ejerce el Estado Nacional en este campo y la labor que compete al Ministerio de Salud y Acción Social, como autoridad de aplicación, para garantizar la regularidad de los tratamientos sanitarios coordinando sus acciones con las obras sociales y los estados provinciales, sin mengua de la organización federal y descentralizada que corresponda para llevar a cabo tales servicios”* (Fallos: 323: 3229, considerando 27).

Complementariamente, no puede obviarse en esta instancia que el Estado Nacional ha asumido compromisos internacionales encaminados a promover y facilitar la vigencia de los derechos, sin que el federalismo constituya obstáculo para ello (Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art.28; Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 28.2, no siendo razonable desligarse de los deberes asumidos 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 la rehabilitación integral del minusválido, que debe ser tutelada por todos los departamentos gubernamentales (Fallos: 323:3229, ya citado, considerando 21).

9º) Que, por lo demás, no cabe imponer a la persona con discapacidad una mayor mortificación que la que su propio estado le ocasiona, compeliéndola a acudir a tratamientos ajenos a su cobertura de salud, máxime cuando el traslado del afectado fuera de la órbita de su asistencia médica habitual representa un dispendio de

que se requieren y, a su vez, del informe evolutivo integral, emanado de la institución a la que concurría el incapaz, surge que el rendimiento pedagógico del actor, durante los años de escolaridad, ha sido satisfactorio y que, su interrupción atentaría contra el progreso logrado.

Por otro lado, plantea, que la omisión de la Provincia de Tucumán en cuanto a legislar los alcances de su adhesión a la normativa nacional, no puede conllevar la vulneración de un derecho constitucional, por lo que, el Estado Nacional debe responder en este caso, sin perjuicio de los derechos que le correspondan *a posteriori*, para repetir del Estado provincial lo que considere legítimo y sin que ello presuponga afectar de manera alguna la forma de gobierno Federal.

Se debe tener en cuenta que, según Juan A. Seda:

*“la legitimación pasiva es amplia, ya que hay normas de carácter nacional y provincial que expresan garantías y prestaciones para las personas con discapacidad. Siguiendo este razonamiento, el reconocimiento de derechos en leyes nacionales, pondría al Estado nacional en situación de garante de esos derechos”<sup>3</sup>.*

Por estos motivos el Dr. Rosatti se aparta del planteo realizado por el resto de los integrantes de la Corte y establece que el Estado Nacional debe responder.

En idéntico sentido, se ha expedido otro tribunal al establecer que: *“En síntesis, las disposiciones constitucionales que garantizan el derecho invocado por la accionante, plasmadas en la ley 24.901 con alcance amplio, no permiten una interpretación de esa norma,*

3 SEDA, Juan Antonio (2017): DISCAPACIDAD Y DERECHOS: IMPACTO DE LA CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Editorial Jusbaire. Pág. 118.

fondos y recursos humanos, que sustrae posibilidades de tratamiento a otros enfermos que lo necesitan dentro del sistema general de salud pública.

Por ello, el Tribunal resuelve: Declarar procedente el recurso extraordinario, revocar la sentencia apelada por los fundamentos de la presente y confirmar la de primera instancia. Notifíquese y devuélvase.

Horacio Rosatti

---

.....  
*o de las que la reglamentan, que conduzca a una restricción irrazonable de la protección acordada por la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales...*<sup>4</sup>

#### **IV. Los derechos de las personas con discapacidad y su raigambre constitucional**

Resulta claro que los derechos constitucionalmente reconocidos no son absolutos, que deben ser regulados por las leyes que reglamentan su ejercicio, pero debemos ser cautos en cuanto a que algunas reglamentaciones, o la falta de las mismas, puedan provocar lisa y llanamente la imposibilidad de ejercer ese derecho.

El derecho a la salud, a la educación y a la inclusión que tienen las personas con discapacidad es indiscutido, tanto desde nuestra normativa interna como desde la órbita de la legislación internacional, la que, en muchos casos, tiene raigambre constitucional desde 1994.

Asimismo, ha dicho la doctrina que:

*“del juego armónico de los derechos reconocidos en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (...) y nuestra Carta Magna, la persona con discapacidad es sujeto de preferente tutela.”*<sup>5</sup>

Si es un sujeto de tutela preferente, como lo es también, por ejemplo, el consumidor, en caso de dudas ante la interpretación de una ley, podríamos decir que debemos inclinarnos por aquella que sea más favorable a la persona con discapacidad.

Limitar estos derechos conforme a requisitos formales de una norma infra constitucional, resulta, al menos, cuestionable. A pesar de ello, este ha sido el criterio que ha seguido nuestro más alto Tribunal.

Es llamativo como, el Poder Judicial, en muchas ocasiones, y sobre todo en temáticas relacionadas a la cobertura de salud, es reacio a imponer sobre el Estado obligaciones que, en definitiva, nuestras propias normas, ponen sobre Él. Más aún si se tiene en cuenta que el derecho a la salud es un derecho social, especialmente protegido por el ordenamiento jurídico materializada en el ensanchamiento del acceso jurisdiccional y de la garantía de la tutela judicial efectiva.

Que, asimismo, el Poder Legislativo, también en ocasiones, incumple el mandato constitucional del art. 75 inc. 23, el que, dentro de las obligaciones del Congreso de la Nación, impone: “Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos

---

4 CC Fed, sala I, “V.A.B. c/ Swiss Medical S.A.” 21/5/2014.

5 Hector, María E. y Saires, Gustavo A. Doctrina del día: El discapacitado. Sujeto de preferente tutela constitucional. Publicado en Doctrina Judicial 15/02/2012. <http://thomsonreuterslatam.com/2012/05/doctrina-del-dia-el-discapacitado-sujeto-de-preferente-tutela-constitucional/> (Fecha de consulta: 10 de julio de 2018)

humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad”.

Incluso, la Corte Suprema ha dicho en otra oportunidad que, *“a partir de lo dispuesto en los tratados internacionales que tienen jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22, Ley Suprema), ha reafirmado en recientes pronunciamientos el derecho a la preservación de la salud- comprendido dentro del derecho a la vida- y ha destacado la obligación imponible que tiene la autoridad pública de garantizar ese derecho 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”*.<sup>6</sup>

Es importante tener en cuenta, que en el caso en cuestión, no solo se trata de garantizar el derecho a la salud de la persona con discapacidad, sino también su acceso a la educación. En este sentido se ha dicho: *“El ámbito educativo es uno de los principales escenarios donde se disputa el reconocimiento por la igualdad de derechos de las personas con discapacidad”*<sup>7</sup>

Cabe entonces interpellarnos: ¿Puede la omisión del poder legislativo de la Provincia de Tucumán ser causa suficiente para no brindar la cobertura requerida? ¿Puede aplicarse de manera tan estricta el cumplimiento de los requisitos exigidos por la Ley 24.091 que implique impedir el goce efectivo del derecho a la salud y a la educación por parte del actor?

## V. A modo de conclusión

La doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la actualidad es clara, solo el cumplimiento efectivo de lo normado por los artículos tres y cuatro de la Ley 24.091 generan la responsabilidad del Estado de cubrir las prestaciones necesarias para asegurar el derecho a la salud de personas con discapacidad. La falta de acreditación de los mismos, hace que dicha responsabilidad recaiga sobre el propio discapacitado, o su familia, sin que ello genere una vulneración del derecho a la salud.

Así, uno de los argumentos que señala el más alto tribunal es que, los jueces no pueden extralimitarse en sus rol constitucional de intérpretes de la ley, a los fines de forzarla a decir lo que ésta no dice.

Por otro lado, resulta enriquecedor el voto en disidencia del Dr. Rosatti, ya que empieza a abrir el camino a cuestionar este razonamiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que no tiene por qué ser considerado correcto únicamente por haber sido mantenido a lo largo del tiempo. Incluso, podría pensarse que, los argumentos esgrimidos en el voto disidente, pueden llegar a ser el puntapié inicial para un cambio de criterio de nuestro más alto Tribunal. A su criterio, la supremacía constitucional del derecho a la salud de las personas discapacitadas debe imponerse, sobre cualquier interpretación de la normativa vigente que pueda ser realizada.

Así, una conjugación del derecho a la igualdad, a la educación, a la inclusión y a la salud, impone, desde la óptica del voto disidente, la obligación del Estado Nacional de garantizar, a la persona discapacitada, el acceso a las prestaciones que le permitirán su desarrollo pleno. Todo ello, a la luz de la normativa constitucional, internacional y nacional, vigente y obligatoria para nuestro país.

<sup>6</sup> C. de B., A.C. c/ Secretaría de programas de salud y otro”. CSJN, 24/10/2000. Disponible en: [www.csjn.gov.ar](http://www.csjn.gov.ar)

<sup>7</sup> SEDA, Juan Antonio (2017), Op. Cit. Pág 106.

## Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina

Causa: Tejera, Valeria Fernanda c/ ANSES y otro s/ varios

Buenos Aires, 22 de marzo de 2018

Dictámen de la Procuración General de la Nación

Suprema Corte:

-I-

La Sala A de la Cámara Federal de Rosario revocó la decisión del juez de primera instancia, que declaró la inconstitucionalidad del artículo 9 del decreto 1602/09, ordenó a la Administración Nacional de la Seguridad Social (ANSES) otorgarle a la señora V F T , en representación de su hijo menor con discapacidad, la prestación correspondiente a

la Asignación Universal por Hijo para la Protección Social CAUH) y abonarle las prestaciones adeudadas desde mayo de 2010 (fs. 165/168).

La cámara entendió que la acción de amparo era inadmisibles puesto que fue iniciada una vez transcurrido el plazo de caducidad de quince días previsto en el artículo 2, inciso e, de la ley 16.986. Puntualizó que se arriba

## FORTALEZA ANTE LA VULNERABILIDAD DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD

STRENGTH IN THE FACE OF VULNERABILITY OF PEOPLE WITH DISABILITIES

---

MARÍA MILENA BELANTI<sup>1</sup>

---

### RESUMEN

En el caso “Tejera, Valeria Fernanda C/ ANSES y otro s/ varios” la Corte Suprema de Justicia de la Nación resuelve a favor de que una mujer pueda percibir una Asignación Universal por Hijo y una pensión provincial para su hijo menor discapacitado, entendiendo que gozar de ambas no es incompatible. A través del presente comentario se intentará hacer una aproximación del razonamiento de la Corte en una ejemplar decisión que recayó sobre una persona de extrema vulnerabilidad: un niño, con discapacidad y en condiciones de carencias económicas.

### ABSTRACT

In the case “Tejera, Valeria Fernanda C / ANSES and other s / several” the Supreme Court of Justice of the Nation resolves in favor of a woman being able to receive a Universal Assignment for Child and a provincial pension for her disabled minor child, understanding that to enjoy both is not incompatible. Through this commentary we will try to approximate the reasoning of the Court in an exemplary decision that fell on a person of extreme vulnerability: a child, with a disability and in conditions of economic deprivation.

---

<sup>1</sup> Alumna avanzada de la Carrera de Abogacía de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba. Becaria de Pregrado del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales (CIJS). Ha realizado intercambio de grado en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid en el Curso Académico 2016/17. Correo electrónico: milena.belanti@hotmail.com

a esa conclusión tanto si se toma como punto de partida el momento en que se dejó de abonar la AUH –noviembre de 2009- o el rechazo del primer reclamo administrativo –junio de 2011-. Señaló que el hecho de que la actora hubiera presentado dos reclamos administrativos idénticos ante la misma autoridad, que además fueron respondidos en la misma forma, impedía que se tomara en cuenta la fecha del segundo reclamo, razón por la cual correspondía hacer mérito solo del primero y rechazar la acción de amparo.

-II-

Contra ese pronunciamiento, la parte actora interpuso recurso extraordinario (fs. 171/181), que fue concedido por la cuestión federal y rechazado por la arbitrariedad planteada (fs. 190/192 vta.).

La recurrente alega que existe cuestión federal ya que la sentencia apelada desatendió el derecho de acceso a la justicia y, en particular, a interponer una acción de amparo en los términos del artículo 43 de la Constitución Nacional.

Por un lado, cuestiona la interpretación que realizó el *a quo* del artículo 2, inciso e, de la ley 16.986. Al respecto, argumenta que la conducta lesiva de la ANSES es de carácter continuado, por lo que la interposición de la acción no fue extemporánea.

Por otro lado, aduce que el tribunal otorgó preeminencia a una cuestión formal por sobre los derechos sociales del niño con discapacidad contemplados en la Constitución Nacional y en instrumentos internacionales de derechos humanos. En especial, esgrime que el derecho a la seguridad social previsto en el artículo 14 *bis* de la Constitución Nacional ha sido desconocido por una interpretación del plazo de caducidad de excesivo rigor formal. Por último, añade que la sentencia recurrida desconoció el orden de prelación normativa establecido en el artículo 31 de la Constitución Nacional puesto que privilegió la aplicación del artículo 2, inciso e, de la ley 16.986 en detrimento de la normativa con jerarquía constitucional que protege a la niñez y a las personas con discapacidad.

-III-

.....  
Palabras claves: Niñez; discapacidad; carencia; amparo; AUH

Key Words: Child; disability; poverty; Amparo action; AUH

## Introducción

El caso que nos trae a cuestión nos pone en presencia de una acción incoada por Valeria Fernanda Tejera, madre de J.N.T., un infante con discapacidad, contra la Administración Nacional de Seguridad Social (en adelante ANSES) y el Estado Nacional.

Los hechos que lo motivan se originaron en 2009, cuando la mujer, que ya percibía una pensión provincial para su hijo, tramitó ante la ANSES la Asignación Universal por Hijo para Protección Social (en adelante, AUH o Asignación Universal), la cual se otorga y se procede al cobro. Sin embargo, al mes siguiente de percibirla por primera vez sería interrumpida.

El organismo previsional basó esta decisión entendiendo que, de conformidad con el artículo 9 del decreto que estableció la creación de la AUH, existía una incompatibilidad entre la percepción de la Asignación con el cobro de la pensión provincial que venía percibiendo. Ante este escenario, la mujer presentó dos reclamos administrativos ante ANSES en el año 2011, los días 24 de junio y el 9 de agosto. Ambos fueron rechazados.

El 7 de septiembre de ese mismo año se da inicio a una acción de amparo, a la que el juez de primera instancia hizo lugar, rechazando los cuestionamientos formales de la demandada atinentes a la improcedencia de la vía elegida y a su caducidad. En consecuencia, ordeno a la demandada seguir otorgando la Asignación y abonar las prestaciones adeudadas desde mayo del 2010.

Frente a aquella resolución, la ANSES interpone recurso de apelación, en virtud del

A mi modo de ver, el recurso extraordinario es admisible.

En primer lugar, si bien la sentencia dictada en el marco de la acción de amparo no es de carácter definitivo, la Corte Suprema ha hecho excepción de esa doctrina cuando lo decidido produce un agravio de difícil o imposible reparación ulterior (Fallos: 339:201, “Martínez” y sus citas). Esas circunstancias excepcionales acontecen en el caso puesto que, luego del tiempo que insumió la tramitación de la presente acción, la promoción de un nuevo reclamo a través de las vías ordinarias podría comprometer de modo irreparable la subsistencia de un niño con discapacidad.

En segundo lugar, los agravios de la apelante suscitan cuestión federal toda vez que controvierten la validez de la interpretación que efectuó el *a quo* respecto al artículo 2, inciso e, de la ley 16.986, objetándola como violatoria de garantías reconocidas en la Constitución Nacional y en instrumentos internacionales (art. 14, inc. 3, ley 48; Fallos: 329:5266, “Asociación Lucha por la Identidad Travesti” y dictamen de la Procuración General de la Nación, CSJ 1255/2013 (49-A)/CSI, “Arregui, Diego M. el Estado Nacional’ PFA y otros s/ daños y perjuicios”, 27 de marzo de 2015).

-IV-

Ante todo, correspon

de destacar que la presente acción de amparo fue iniciada por V F T, madre de J.N.T., contra la ANSES y el Estado Nacional a fin de obtener la prestación de la Asignación Universal por Hijo para Protección Social (AUH) en los términos del decreto 1602/09.

No se encuentra aquí controvertido que el niño padece una seria discapacidad, que la madre se encuentra en una situación de precariedad laboral y que el sustento estable del que dispone el núcleo familiar proviene de la percepción de una pensión por discapacidad otorgada al niño en virtud de la ley provincial 10.205 (modificada por leyes 11.427, 11.698 y 13.248), que asciende actualmente a la suma de setecientos cincuenta pesos (\$750) (decreto 486116) (fs.5).

.....  
cual los jueces que conformaron la mayoría de Sala A de la Cámara Federal de Rosario, sostuvieron que la demanda de amparo era inadmisibles dado que se había iniciado una vez transcurrido el plazo de caducidad de quince días en virtud del art 2 inc. e de la ley 16.986. Esto tanto desde el momento en que se dejó de abonar la AUH -noviembre de 2009-, como del rechazo del primer reclamo administrativo -junio de 2011-.

Contra ese pronunciamiento la actora interpuso Recurso Extraordinario Federal, el cual fue concedido parcialmente por la Cámara. La Corte Suprema de Justicia, tomando casi en su totalidad el dictamen del Procurador General, resuelve de una manera ejemplar expidiéndose sobre el tipo de acto dañoso perpetrado por ANSES, recordando su doctrina sentada acerca de la inviabilidad de considerar formalismos extremos en estos casos, y contemplando los derechos inmiscuidos de un menor, discapacitado y en serias condiciones sociales.

### **I. Acerca del Art 9 del decreto 1602/09**

El artículo 9 del decreto 1602/09 dispone que “La percepción de las prestaciones previstas en el presente decreto resultan incompatibles con el cobro de cualquier suma originada en prestaciones contributivas o no contributivas nacionales, provinciales, municipales o de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, incluyendo las prestaciones de las Leyes Nros. 24.013, 24.241 y 24.714 y sus respectivas modificatorias y complementarias”. Éste artículo fue el utilizado por ANSES a los fines de motivar la incompatibilidad en la percepción de una pensión provincial que la madre del menor discapacitado, con el otorgamiento de la Asignación Universal.

Cabe preguntarnos entonces, en primera medida, acerca del alcance de dicho artículo

En esas circunstancias, la señora T petitionó a la ANSES la prestación de la AUH, que fue concedida por el término de un mes y discontinuada a fines del año 2009. El organismo previsional revocó la prestación pues entendió que, de conformidad con el artículo 9 del decreto 1602/09, existía una incompatibilidad entre la AUH y la pensión por discapacidad otorgada en los términos de la ley provincial. El 24 de junio de 2011, la señora T presentó un reclamo administrativo, que fue rechazado el 27 de junio de ese año. El 9 de agosto presentó un nuevo reclamo, que también fue desestimado por el organismo previsional el 31 de agosto. Finalmente, el 7 de septiembre fue iniciada la presente acción de amparo. Como fue señalado, el juez de primera instancia hizo lugar al reclamo del amparista y esa decisión fue revocada por el *a quo*, quien consideró que el amparo fue deducido en forma extemporánea.

-V-

En estas circunstancias, entiendo que el tribunal apelado interpretó y aplicó el plazo previsto en el artículo 2, inciso e, de la ley 16.986, soslayando el derecho a una tutela judicial efectiva y a interponer un recurso rápido y sencillo ante tribunales competentes frente a la vulneración de derechos fundamentales previsto en el artículo 43 de la Constitución Nacional y en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Al respecto, la Procuración General de la Nación en el caso “Etchart”, registrado en Fallos: 338: 1092, dijo que “resulta conveniente recordar la doctrina del Tribunal en orden a que el requisito exigido por el artículo 2, inciso e, de la ley 16.986 no puede constituir un obstáculo insalvable cuando el actor no enjuicia un acto único de la autoridad sino una infracción continuada, extremo al que se suma la índole de los derechos que se dicen comprometidos”. Esa doctrina, desarrollada en el marco del reclamo de una prestación previsional periódica, fue compartida por la Corte Suprema (considerando 6°) y remite a la expuesta en el dictamen de la Procuración General registrado en Fallos: 307:2174, “Bonorino Peró”, y en los precedentes de la Corte Suprema de Fallos: 324:3074, “Tartaroglu de Neto”; 329:4918 “Mosqueda” y 335:44, “Koch”. En el caso citado en último lugar,

.....  
 en el caso concreto que nos trae en análisis. ¿Impide la norma otorgar la AUH peticionada por la actora?

El sistema de Asignaciones Familiares tal como lo tenemos concebido en la actualidad Argentina, es el resultado de distintas modificaciones que dan cuenta de cómo fue evolucionado su contenido a hasta arribar al presente.<sup>2</sup>

Después de la última gran reforma al mismo, en el año 1996 con la sanción de la Ley 24.714, el régimen de asignaciones familiares se mantuvo inalterado. Ello sería hasta la creación de la AUH en el año 2009, lo que supuso cambios sustantivos dando lugar a la conformación, según la Ley 24.714 (Art. 1º) de un nuevo subsistema de transferencia de ingresos a las familias, que se suma a los dos ya existentes. De esta forma el sistema quedó configurado de la siguiente manera: un sistema contributivo destinado a los tra-

2 Siguiendo a Pautassi, Laura; Arcidiácono, Pilar y Straschnoy, Mora en “Asignación Universal por Hijo para la Protección Social de la Argentina. Entre la satisfacción de necesidades y el reconocimiento de derechos” hasta 1957, el sistema de Seguridad Social en nuestro país estaba caracterizado por ser un modelo contributivo, lo cual significaba que el derecho a percibir prestaciones se encontraba ligado a las propias contribuciones realizadas por los beneficiarios y de los aportes realizados por sus empleadores. Es a partir de aquel año que se implementó el Sistema de Asignaciones Familiares en Argentina, el cual tenía como objetivo aliviar a los trabajadores formales de los gastos de la reproducción familiar, a través de transferencias de ingresos que se realizaban por intermedio del Sistema de Seguridad Social. Es decir, el derecho a estas asignaciones se encontraba condicionado y legitimado por la relación de los sujetos con el mercado laboral y los aportes financieros realizados al Sistema de Seguridad Social que el vínculo laboral presumía. En 1968, el régimen unifica, a través de la Ley 18017, las distintas cajas de las Asignaciones Familiares. El objetivo de la ley era “la creación de un régimen orgánico de asignaciones familiares, mediante la fijación de leyes únicas que amparen por igual a los distintos sectores de trabajadores. En 1973 se consolida el proceso de inclusión de todos los sectores de trabajadores formales al sistema, y es durante la década de los años noventa donde se lleva a cabo una reforma, que comienza en el año 1991 con la creación del sistema único de seguridad social (SUSS); y culmina en 1996 con la sanción de la ley 24.714 que implica una transformación en la concepción del instituto de las asignaciones familiares. Dicha ley establece modificaciones al sistema que causaron la eliminación de las prestaciones en los tramos más altos de ingresos, y el establecimiento de un monto escalonado de las transferencias que resultaba inversamente proporcional a los ingresos. Pero fundamentalmente, la modificación del régimen supuso un cambio de paradigma: mientras anteriormente las asignaciones familiares tenían como objetivo cubrir las contingencias familiares, a partir de la nueva ley, la protección de tales contingencias familiares pasaron a estar supeditadas por los ingresos familiares, ligando la contingencia al nivel salarial del titular y no más considerando la contingencia en sí misma. Ver más en: <http://www.derecho.uba.ar/investigacion/investigadores/publicaciones/pautassi-asignacion-universal-por-hijo.pdf>

la Corte enfatizó que “el plazo establecido por el arto 2º, inciso e, de la ley 16.986, no puede entenderse como un obstáculo procesal infranqueable ni es aceptable la interpretación restrictiva de una vía consagrada en la Constitución Nacional (art. 43), cuando como ha sido invocado y *prima facie* acreditado en el caso- se trata de la protección de derechos que trascienden el plano patrimonial, comprometen la salud, y la supervivencia misma de los reclamantes (cf. doctrina de Fallos: 324:3074 y el allí citado r. 68 XXXVI “Imbrogno, Ricardo el IOS s/ amparo” del 25 de septiembre de 2001)” (Fallos: 335:44, considerando 6º).

En el presente caso, la señora T no controvierte un acto único, sino una omisión arbitraria e ilegal de carácter continuado. En efecto, la AUH ha sido instituida como una prestación dineraria periódica para el sostenimiento de las necesidades generales básicas de niñas y niños, cuyos padres se encuentren desempleados o se desempeñen en la economía informal (arts. 1 y 5, decreto 1602/09). La ANSES ha omitido otorgar la prestación social periódica reclamada y, de este modo, se ha configurado un estado de cosas potencialmente violatorio de derechos, que se inició con el primer rechazo de la ANSES y persiste en el tiempo.

Además, en el *sub lite* se encuentra en juego la protección de derechos sociales fundamentales de un niño con discapacidad que está en una situación de precariedad económica.

En particular, están comprometidos el derecho a la seguridad social, que cubre los riesgos de subsistencia (art. 14 *bis*, Constitución Nacional y arto 9, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales); el acceso a un nivel de vida adecuado, que comprende alimentación, vestido y vivienda adecuados y una mejora continua de las condiciones de existencia (art. 11, inc. 1, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales) y el disfrute del más alto nivel posible de la salud (art. 12, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales).

A ello cabe agregar la especial protección que los instrumentos internacionales y las leyes prevén a favor de los niños con discapacidad a fin de garantizar su acceso a un nivel de vida adecuado para su desarrollo en condiciones de igualdad (art.75, inc. 23, Constitución Nacional; arts. 6, 23, 24 y 27, Convención sobre los Derechos

.....  
bajadores formales y receptores del seguro de desempleo; un sistema no contributivo destinado a los trabajadores pasivos (que perciban jubilación y/o pensión) y, finalmente, un tercer subsistema no contributivo creado a partir de la AUH, —Decreto1602/09— destinado a los trabajadores informales, desocupados, trabajadoras del servicio doméstico y monotributistas sociales.<sup>3</sup>

La puesta en marcha del AUH ha significado un cambio estructural en las políticas sociales y será recordado, seguramente, como uno de los hitos más importantes que marcan la historia de protección social de Argentina. La medida, tal como se expone en el decreto que le da su nacimiento, se origina en el consenso entre la comunidad y las instituciones en la necesidad urgente de la implementación de medidas como medios que permitan mejorar la situación de los menores y adolescentes en situación de vulnerabilidad social. Se agrega, que “se torna necesario contemplar la situación de aquellos menores pertenecientes a grupos familiares que no se encuentren amparados por el Régimen de Asignaciones Familiares instituido por la Ley N° 24.714 creándose, a tal fin, la Asignación Universal por Hijo para Protección Social”.<sup>4</sup> A su vez, la medida, contempla la exigencia de condicionalidades tendientes al acceso de los derechos a la salud y a la educación de los menores. Por ello, la ANSES retiene mensualmente el 20% de la prestación hasta que se demuestre anualmente su cumplimiento en materia de salud y educación. Esto es, acreditar controles sanitarios y asistencia al establecimiento

3 Pautassi, Laura; Arcidiácono, Pilar y Straschnoy, Mora. (2013) *Asignación Universal por Hijo para la Protección Social de la Argentina. Entre la satisfacción de necesidades y el reconocimiento de derechos*. Publicación de las Naciones Unidas; Pág. 15 y 16. Ver más en: <http://www.derecho.uba.ar/investigacion/investigadores/publicaciones/pautassi-asignacion-universal-por-hijo.pdf>

4 Decreto 1602/2009 (BO del 30/10/2009). Régimen General y Disposiciones Especiales. Subsistema no Contributivo de Asignación Universal por hijo para Protección Social.

del Niño; arts. 5, 7, 10, 17, 19, 25 y 28, Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; arts. 8 y 26 de la Ley 26.601 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes).

En este marco, la decisión apelada realizó una interpretación del artículo 2, inciso e, de la ley 16.986 que conduce a la frustración de derechos fundamentales y que soslaya la doctrina elaborada por la Corte Suprema a fin de garantizar que la acción de amparo prevista en el artículo 43 de la Constitución Nacional sea una vía idónea y efectiva 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 manifiestas, derechos y garantías. Por lo tanto, entiendo que la acción de amparo fue interpuesta en tiempo oportuno puesto que a través de esa vía se impugna una arbitrariedad o ilegalidad de la ANSES, que es de carácter continuado y que impacta sobre derechos fundamentales de un niño con discapacidad en situación de vulnerabilidad social extrema.

-VI-

Dicho lo anterior, estimo que las particulares circunstancias del caso, la naturaleza de los derechos discutidos, y el tiempo transcurrido desde su inicio habilitan que, por razones de economía y celeridad procesal y de un buen servicio de justicia, esa Corte Suprema se expida sobre el fondo del asunto, con arreglo al artículo 16 de la ley 48 (CSJ 880/2012(48-C)/CSI, “Chiesa Humberto Juan *cl* ANSES *si* retiro por invalidez (art. 49 PA LEY 24.241)”, sentencia del 30 de junio de 2015 y sus citas), de conformidad con lo peticionado por el Defensor General Adjunto de la Nación ante la Corte Suprema (fs. 198/201).

En el caso bajo examen la actora peticiona la AUH creada por el decreto 1602/09, que dispuso el pago de una asignación no contributiva destinada a los niños, niñas y adolescentes, que no tengan otra asignación familiar prevista por la ley 24.714 y pertenezcan a grupos familiares que se encuentren desocupados o se desempeñen en la economía informal. Esa prestación dineraria está destinada al sostenimiento de necesidades generales básicas de esos grupos familiares que se encuentran en una situación de vulnerabilidad económica y social. Así

educativo del menor. La acreditación de ello, da lugar al cobro de lo acumulado y a continuar percibiendo la asignación; caso contrario, se suspende.

A su vez puede observarse en el decreto una institucionalización de dos medidas diferentes en virtud del sujeto al que se dirigen: la norma instituye una modalidad genérica, la Asignación Universal por Hijo para Protección Social, y una modalidad especializada, la Asignación Universal por Hijo con Discapacidad.

De la misma norma referenciada, emana que la prestación monetaria no retributiva de carácter mensual se abonará a uno solo de los padres, tutor, curador o pariente por consanguinidad hasta el tercer grado, por cada menor de dieciocho años que se encuentre a su cargo.

Sin embargo, la situación es distinta en el caso del otorgamiento a un hijo discapacitado, en el que la AUH tendrá las mismas características antes mencionadas, aunque se entregará sin límite de edad. A ello se agrega, en virtud del Art. 14 bis los requisitos de no estar empleado, emancipado o percibiendo alguna de las prestaciones previstas en la Ley N° 24714.

En este contexto, en el caso que nos trae aquí en cuestión, la demandada alega la imposibilidad de otorgamiento de la AUH motivada en que la actora percibía pensión provincial por discapacidad, entendiéndose que se configura la incompatibilidad del otorgamiento de la asignación, por preexistir un cobro de una suma incompatible en los términos del art. 9 del decreto 1602/09.

En cuanto a la regla de incompatibilidad, debe decirse que obedece a una legítima finalidad de evitar la superposición de prestaciones que puedan brindar distintos sistemas públicos, incluso de distintas jurisdicciones, en aras de asegurar la sostenibilidad y coherencia de estos sistemas y el uso racional de los recursos públicos disponibles.

se ha pretendido equiparar la situación de las familias amparadas por el régimen de asignaciones familiares de la ley 24.174 con las que no reciben una prestación similar.

La cuestión aquí debatida es el alcance y la constitucionalidad del citado artículo 9 y, en particular, determinar si esa norma impide brindar la AUH peticionada por la señora T en representación de su hijo.

El artículo 9 del decreto 1602109 dispone que “La percepción de las prestaciones previstas en el presente decreto resultan incompatibles con el cobro de cualquier suma originada en prestaciones contributivas o no contributivas nacionales, provinciales, municipales o de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, incluyendo las prestaciones de las Leyes Nros. 24.013, 24.241 y 24.714 y sus respectivas modificatorias y complementarias”. El 15 de abril de 2016, el Poder Ejecutivo Nacional dictó el decreto 593/2016, que prevé la derogación del artículo 9 del decreto 1602109 a partir del dictado de un nuevo régimen de compatibilidades por parte de la ANSES (art. 13). No obstante, hasta el momento, no se ha establecido un nuevo régimen de compatibilidades en relación a las pensiones no contributivas por discapacidad de la provincia de Buenos Aires, por lo que el artículo 9 del decreto 1602/09 es aplicable al presente caso.

A mi modo de ver, la regla de incompatibilidad contemplada en el artículo 9 del decreto 1602/09 persigue un fin legítimo, esto es, evitar que se superpongan prestaciones que puedan brindar diferentes sistemas públicos, incluso de diferentes jurisdicciones, en aras de asegurar la sostenibilidad y coherencia de estos sistemas y el uso racional de los recursos públicos disponibles.

Sin embargo, y en función de esta finalidad, el alcance de la incompatibilidad para acceder a la AUH debe limitarse, como principio, a la percepción de otras prestaciones contributivas o no contributivas, que tengan propósitos similares a la AUH, y cubran las mismas o análogas contingencias y necesidades, pero sin alcanzar a aquellas otras que responden a fines diversos y resguarden otros riesgos sociales.

Esta última circunstancia es la que se verifica en el presente caso, puesto que no existe identidad entre la

---

Sin embargo, tal como se pronunció el procurador fiscal ante la Corte Suprema, “la prestación nacional y la local están dirigidas a satisfacer finalidades diferentes, y por ende, no se superponen ni cubren los mismos riesgos sociales”<sup>5</sup> [...] “la AUH forma parte del sistema de seguridad social y consiste en una prestación periódica dirigida al sostenimiento del ingreso de los grupos familiares que se encuentren desocupados o se desempeñen en la economía informal. Por su parte, las pensiones por discapacidad de la provincia de Buenos Aires tienen por objeto contribuir a solventar las prestaciones específicas vinculadas con la condición de discapacidad, incluyendo la cobertura médica del Instituto de Obra Médico Asistencial. De los fundamentos de la ley provincial 11.427, modificatoria de la ley 10.205, surge que el régimen de protección a los niños con discapacidad y sus familiares “está altamente justificado, dado que las características de estas afecciones además de generar gastos extraordinarios por los altos costos de su tratamiento, generalmente afectan el desarrollo de las actividades no solo de los menores que padecen la enfermedad sino también la de sus responsables que deben dedicar mayor tiempo al cuidado de estas personas”<sup>6</sup>

A ello agrega, que el propósito diferenciado emana del propio decreto que ha instituido, junto con la modalidad genérica de la AUH, la Asignación Universal por Hijo con Discapacidad dirigida a atender esta situación, -incluso con posterioridad a los 18 años- para posibilitar que puedan afrontar las necesidades particulares referidas a su situación de discapacidad.<sup>7</sup>

---

5 Dictamen del Procurador Fiscal, Victor Abramovich, ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

6 ibid

7 ibid

AUH y la pensión provincial por discapacidad instituida a favor de la niñez. La prestación nacional y la local están dirigidas a satisfacer finalidades diferentes y, por ende, no se superponen ni cubren los mismos riesgos sociales.

En efecto, como señalé, la AUH forma parte del sistema de seguridad social y consiste en una prestación periódica dirigida al sostenimiento del ingreso de los grupos familiares que se encuentren desocupados o se desempeñen en la economía informal. Por su parte, las pensiones por discapacidad de la provincia de Buenos Aires tienen por objeto contribuir a solventar las prestaciones específicas vinculadas con la condición de discapacidad, incluyendo la cobertura médica del Instituto de Obra Médico Asistencial. De los fundamentos de la ley provincial 11.427, modificatoria de la ley 10.205, surge que el régimen de protección a los niños con discapacidad y sus familiares “está altamente justificada, dado que las características de estas afecciones además de generar gastos extraordinarios por los altos costos de su tratamiento, generalmente afectan el desarrollo de las actividades no solo de los menores que padecen la enfermedad sino también la de sus responsables que deben dedicar mayor tiempo al cuidado de estas personas”.

Además, el propio decreto 1602/09 reconoce que la AUH tiene una finalidad diversa a la de cubrir los gastos específicos que se derivan de la discapacidad. En efecto, este decreto ha instituido, junto con la modalidad genérica de la AUH, la Asignación Universal por hijo con Discapacidad (cfr. Art. 5). Esa asignación está dirigida a atender la situación de los niños o niñas con discapacidad -incluso con posterioridad a los 18 años- para posibilitar que puedan afrontar las necesidades particulares referidas a su situación de Discapacidad.

Si bien en el caso la accionante expresó que no desea solicitar esta asignación, a fin de mantener la pensión provincial que prevé, además, una cobertura médica (fs, 5), el hecho de que se haya previsto una AUH por discapacidad es un reconocimiento de que el piso mínimo de ingreso provisto por la AUH no alcanza para cubrir

.....  
Emanan del Dictamen del Ministerio público fiscal, dos cuestiones que terminan por dar apoyo a la apropiada solución tomada por la Corte Suprema:

En primera medida, se expone que el hecho de que se haya previsto una AUH por discapacidad, es un reconocimiento de que el piso mínimo provisto por la AUH genérica no alcanza para cubrir las prestaciones accesorias que requiere un niño con discapacidad. De hecho, se expone que esa asignación por discapacidad tiene un valor que triplica el de la prestación genérica. En este sentido, con la reciente resolución ANSES N° 89/2018<sup>8</sup> los nuevos montos a cobrar a partir del 1/06/2018 para las asignaciones familiares por hijo genérica es de \$1578, ascendiendo la AUH con discapacidad a \$ 5.147

En segundo lugar, se expone que, aun percibiendo el monto total que surge de adicionar la pensión con la AUH genérica, el núcleo familiar se encontraría por debajo de la línea de indigencia, de acuerdo a las últimas cifras publicadas por el INDEC.

## **II. Algunas consideraciones acerca del plazo de caducidad en la interposición de la acción de amparo**

El siguiente punto versa acerca de la temporaneidad adecuada en el planteamiento de la demanda de amparo. Dilucidemos previamente algunas cuestiones acerca del instituto y su apreciación en el caso.

La actora cuestiona la interpretación que realizó el a quo del artículo 2 inciso e, de la ley 16.986. Esto es, la inadmisibilidad del amparo por considerar que la acción se presentó con posterioridad a los quince días hábiles a partir de la fecha en que el acto fue eje-

<sup>8</sup>Resolución ANSES N° 89/2018. Ver más en: <https://www.anses.gob.ar/archivos/cartilla/MONTOS%20AUFF-AAUU.pdf>

las prestaciones accesorias que requiere un niño con discapacidad. De hecho, esta asignación por discapacidad tiene un valor que casi triplica el de la prestación genérica (la prestación de la AUH asciende actualmente a \$966 y la AUH por discapacidad es de \$3150; cfr. anexo de la Resolución ANSES W 32/2016),

En conclusión, la AUH apunta al sostenimiento de un ingreso básico de subsistencia, y la prestación local a la cobertura de necesidades propias de la condición de discapacidad, por lo que, a la luz de la interpretación expuesta del artículo 9 del decreto 1602/09, opino que son compatibles.

Finalmente, la inteligencia de la regla de incompatibilidad que propongo resulta la más adecuada para la realización de la finalidad tuitiva del decreto 1602/09, y se ajusta también al deber de juzgar con especial cautela las peticiones vinculadas con la seguridad social en tanto revisten carácter alimentario y su cometido es la cobertura integral de las consecuencias negativas producidas por los riesgos sociales de subsistencia (Fallos: 338:613, “Ortega”, considerando 4° y 338:1092, “Etchart”), Cabe ponderar, que aun percibiendo el monto total que surge de adicionar la pensión provincial con la AUH genérica, el núcleo familiar se encontraría por debajo de la línea de indigencia, de acuerdo a las últimas cifras publicadas por el INDEC (cfr, Informe “Valorización mensual de la Canasta Básica Alimentaria y de la Canasta Básica Total - Gran Buenos Aires Abril a Agosto de 2016”, 22 de septiembre de 2016).

Por lo tanto, concluyo que la percepción de la AUH en su modalidad genérica no resulta incompatible con la pensión provincial instituida a favor de los niños con discapacidad y debe otorgársele a J.N.T.

-VII-

Por todo lo expuesto, opino que corresponde admitir el recurso, revocar la sentencia apelada y hacer lugar a la demanda.

Buenos Aires, 3 de febrero de 2017.

VÍCTOR ABRAMOVICH, Procurador General de la Nación

cutado o debió producirse. En este sentido, la Cámara Federal entendió que la acción de amparo era inadmisibles dado que se había iniciado una vez transcurrido el plazo de caducidad previsto en el artículo referenciado, aduciéndose que ello se había dado tanto desde el momento en que se dejó de abonar la AUH -noviembre de 2009-, como del rechazo del primer reclamo administrativo -27 de junio de 2011-.

El origen pretoriano de la acción de amparo en nuestro país, continuaría con su desarrollo legislativo en el año 1966. Paradójicamente, uno de los institutos más eficaces en el resguardo de derechos adquiriría marco normativo bajo el gobierno de facto de Juan Carlos Onganía, dando el marco legal inicial en la ley 16.986. Finalmente, sería incorporado de manera expresa en nuestra Constitución Nacional en la reforma del año 1994. En este sentido, el plazo de caducidad prescripto por su legislación inicial, ha sido motivo de diversas discusiones. A favor de su fundamentación, se ha señalado que encuentra quicio constitucional en el valor seguridad jurídica (implícito en la presunción de legalidad de los actos estatales), la renuncia tácita a esta herramienta, la naturaleza excepcional del amparo y hasta la división de poderes, resaltando que el verdadero fundamento es el castigo a la negligencia del perjudicado, quien con su demora está dando a entender que puede recurrir a las vías ordinarias para la protección de sus derechos.<sup>9</sup> La doctrina contraria a la viabilidad de un plazo de caducidad en la acción de amparo, se pueden clasificar en: aquellas que consideran operativo el artículo de la Constitución

9 Sagüés, N. P., Derecho Procesal Constitucional. Acción de Amparo, Buenos Aires, Astrea, 1991, p. 276, citado por: Totino Soto, M. K. (2013) “REPERCUSIONES DEL CASO “MOSQUEDA”: EL CAMINO HACIA LA EXCLUSIÓN DEL PLAZO DE CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE AMPARO” Lecciones y Ensayos, Nro. 91; pág 279. Ver más en: <http://www.derecho.uba.ar/docentes/pdf/el-control-de-la-actividad-estatal-ii/cae2-olmos-sonntag.pdf>

Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

Buenos Aires, 22 de marzo de 2018

Vistos los autos: “Tejera, Valeria Fernanda c/ ANSES y otro s/ varios”.

Considerando:

1°) Que en el marco de un proceso de amparo promovido por la madre de un menor discapacitado contra la ANSES, con el objeto de que se ordenara rehabilitar el beneficio correspondiente a la asignación universal por hijo para protección social, previsto en el decreto 1602/09, así como el pago retroactivo de las prestaciones que la actora había dejado de percibir desde noviembre de 2009 (escrito de fs. 4/10, del 7 de septiembre de 2011), el juez de primera instancia rechazó los cuestionamientos formales de la demandada atinentes a la improcedencia de la vía elegida y a su caducidad, e hizo lugar a la pretensión.

En consecuencia, ordenó a la agencia demandada continuar brindando la asignación de que se trata, además de pagar las prestaciones devengadas desde mayo de 2010 (sentencia de fs. 76/80, del 7 de mayo de 2012).

Frente al recurso de apelación deducido por la ANSES (escrito de fs. 89/91, del 14 de mayo de 2012), la decisión fue revocada por la Cámara Federal de Apelaciones de Rosario (sentencia de fs. 165/168, del 13 de noviembre de 2014). Para concluir de ese modo, los jueces que conformaron la mayoría sostuvieron que la demanda de amparo se dedujo en forma extemporánea, pues había sido deducida pasado el plazo de caducidad de quince días previsto en el arto 2°, inc. e, de la ley 16.986, desde el momento en que tuvo lugar el acto que se consideraba lesivo; para lo cual era indiferente que dicho plazo se computara a partir del momento en que se dejó de abonar el beneficio (a fines de 2009), o desde el momento en que la demandada respondió negativamente el primer pedido de reactivación (el 27 de junio de 2011), que era el único que correspondía tomar en cuenta.

Nacional y por lo tanto no sujeto a regulación de fondo; y las que consideran ineficaz el plazo de caducidad por la jerarquía de los derechos lesionados.<sup>10</sup>

Más allá de tomar partido por alguna posición, es indudable que la problemática del plazo y su cómputo adquieren una mayor complejidad cuando los actos lesivos se concatenan o reiteran. En este contexto se ha desarrollado pretorianamente la “Doctrina de la Ilegalidad Continuada”<sup>11</sup> que según Casco fue inicialmente esbozada en el punto 9°) del dictamen de fecha 30 de octubre de 1985 del procurador general subrogante Jorge Mosset Iturraspe, en la causa “Bonorino Perú, Abel y Otros c/ Estado Nacional s/ Amparo”, en virtud de la cual pueden reconocerse los actos lesivos únicos y actos lesivos continuados, teniendo los primeros un punto de partida único e inicial desde donde puede rastrearse la manifiesta violación al derecho constitucional, mientras los segundos se van consumando periódicamente a lo largo del tiempo a través de sucesivos, ilegales y continuos actos lesivos, los que van haciendo renacer o renovar constantemente el plazo de quince días hábiles, impidiendo la caducidad de la acción.

Es esta exactamente la situación que se dio en el caso en cuestión, como expone Abramovich y toma posteriormente la Corte: La señora Tejera, Valeria Fernanda no controvierte un acto único, sino una omisión arbitraria e ilegal de carácter continuado. En efecto, la AUH ha sido instituida como una prestación dineraria periódica para el sostenimiento de las necesidades generales básicas de niñas y niños, cuyos padres se encuentren desempleados o se desempeñen en la economía informal (arts. 1 y 5, decreto

10 Casco Javier Cesar “Tres posturas sobre la no vigencia del plazo de caducidad en la ley de amparo nacional” (2003); La Ley. Citado por Totino Soto, M. K. (2013) “REPERCUSIONES DEL CASO “MOSQUEDA”: EL CAMINO HACIA LA EXCLUSIÓN DEL PLAZO DE CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE AMPARO” Lecciones y Ensayos, Nro. 91; pág 282. Ver más en: <http://www.derecho.uba.ar/docentes/pdf/el-control-de-la-actividad-estatal-ii/cae2-olmos-sonntag.pdf>

11 Casco Javier Cesar “Tres posturas sobre la no vigencia del plazo de caducidad en la ley de amparo nacional” (2003); La Ley.

20) Que contra ese pronunciamiento la parte actora interpuso el recurso extraordinario de fs. 170/181, que fue contestado a fs. 184/187 y concedido parcialmente por la cámara a fs. 190/192.

La demandante sostiene como cuestión federal que lo resuelto por el tribunal *a quo* vulnera su derecho a la tutela judicial, pues la alzada interpretó con excesivo rigor formal la norma aplicable, al negarle el derecho de acceso a la jurisdicción por el mero transcurso del plazo previsto en el art. 2º, inc. e, de la ley 16.986, sin considerar que, en el caso, se

está ante un acto lesivo de carácter continuo por parte de la administración. En ese sentido, afirma que la prestación que se solicita es de carácter periódico y, en consecuencia, los sucesivos actos lesivos hacen renacer o renovar constantemente el plazo de quince (15) días hábiles para accionar establecido en la norma citada. Arguye que lo resuelto ha conculcado directamente las garantías superiores que le asisten, previstas en los arts. 14, 14 bis, 16, 18 Y 33 de la Constitución Nacional, en la Convención sobre los Derechos del Niño y en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

3º) Que si bien es clásica la formulación general de que decisiones como la impugnada resultan ajenas a la instancia del arto 14 de la ley 48, por tratarse de sentencias que -al rechazar la vía del amparo y dejar subsistente el acceso a la revisión judicial a través de la instancia ordinaria- carecen del carácter de definitivas, es igualmente tradicional el reconocimiento por parte de esta Corte de que corresponde hacer excepción a dicha regla cuando lo resuelto ocasiona un agravio de imposible o muy dificultosa reparación ulterior (Fallos: 315:1361; 320:1789; 322:3008; 326:3180 y 335:361) o en las circunstancias que singularizan este asunto, la alegada urgencia en la satisfacción de la prestación solicitada

eh beneficio de un niño discapacitado y el hecho no cuestionado de que la demandada, tras conceder el beneficio, ha dejado de afrontar las prestaciones periódicas y sucesivas, originando el reclamo de la peticionaria desde el mes de noviembre del año 2009, ponen de manifiesto que el fallo apelado irroga agravios de imposible reparación ulterior, condición que fundadamente autoriza a equiparar el pronunciamiento recurrido a la sen-

1602/09). La ANSES ha omitido otorgar la prestación social periódica reclamada y, de este modo, se ha configurado un estado de cosas potencialmente violatorio de derechos, que se inició con el primer rechazo de la ANSES y persiste en el tiempo.<sup>12</sup>

La doctrina recientemente delineada fue inicialmente esbozada por el procurador general en la causa Bonorino Perú, en año 1985, pero esta fue adoptada diez años después en la causa “Video Club Dreams c. Instituto Nac. de Cinematografía”<sup>13</sup>. No es menor recordar que ambos precedentes tienen contenido patrimonial, motivo por el cual la Corte no tardaría en implementar la doctrina en derechos o cuestiones que trasciendan el plano pecuniario. Al respecto, distinguida doctrina se expide -analizando los precedentes jurisprudenciales al respecto- que cuando se trata de derechos a la salud, la CSJN muestra una actitud amplia y reñida con óñices meramente formales.<sup>14</sup> Tal como se expresó el Órgano Supremo en el caso objeto de análisis, esto se da, maxime, “cuando la cuestión versa sobre la protección de derechos que trascienden el plano patrimonial y comprometen la salud y la supervivencia misma de los reclamantes”.<sup>15</sup> Con anterioridad, en resonantes precedentes se expuso que “...la reforma constitucional de 1994 consagró un mecanismo para garantizar de un modo expeditivo y eficaz la plena vigencia y protección de los derechos constitucionales, por lo que corresponde adoptar una interpretación extensiva y no restrictiva sobre la procedencia de la acción, a fin de no tornar utópica su aplicación”<sup>16</sup> y “Tratándose de la cobertura integral de las prestaciones básicas por

12 Dictamen del Procurador Fiscal, Víctor Abramovich, ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

13 Casco Javier Cesar “Tres posturas sobre la no vigencia del plazo de caducidad en la ley de amparo nacional” (2003); La Ley.

14 Palacio de Caeiro Silvia B. (2011) Constitución Nacional en la Doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación - 1ª ed.- Buenos Aires: La Ley, 2011. Pág. 227

15 Tejera, Valeria Fernanda c/ ANSES y otro s/ varios.

16 “Tartaroglu de Neto, Leonor c. IOS s/ amparo” del 25/09/2001, que remiten a los fundamentos del dictamen del Procurador Fiscal en la causa “Imbrogno,

tencia definitiva exigida por el arto 14 de la ley 48.

4°) Que al desestimar la vía del amparo con motivo del mero vencimiento del plazo previsto en el arto 2°, inc. e, de la ley 16 0986, la cámara prescindió de considerar una circunstancia decisiva para dar una respuesta sostenible a su decisión de cancelar la admisibilidad de este remedio constitucional, pues desconoció el carácter periódico de la prestación reclamada por la peticionaria para su reincorporación a un sistema de ayuda económica, en el marco de un conflicto urgente destinado a tutelar derechos que cuentan con reconocimiento directo e inmediato en Tratados Internacionales de Derechos Humanos.

5°) Que, en efecto, ello es así pues para revocar la decisión apelada que había reconocido raigambre constitucional a la instancia promovida y enfatizado sobre la inexistencia de otra vía que permitiera analizar adecuadamente la pretensión, la alzada se limitó a indicar dogmáticamente que el amparo resultaba extemporáneo, en tanto había sido presentado transcurrido el plazo de quince días previsto para instar esta vía en el texto normativo citado. Empero, en la sentencia se omitió ponderar que, en el caso, no se halla controvertido un acto único de la administración, sino que, en cambio, se cuestiona una omisión de carácter continuo atribuible a aquella, pues el beneficio que había sido denegado a la actora consiste en una “prestación monetaria no retributiva de carácter mensual” para la atención de situaciones de exclusión de diversos sectores vulnerables (conf. arto 14 bis de la ley 24.714, incorporado por el arto 5° del decreto 1602/09).

Desde esta nítida comprensión, esta Corte ha establecido para los procesos de amparo una regla de derecho de inequívoca aplicación en el sub lite, que ha sido soslayada por la cámara. En efecto, el Tribunal ha resuelto consistentemente que el plazo de caducidad contemplado en el arto 2°, inc. e, de la ley 16.986 no puede constituir un impedimento insalvable cuando -como en el caso- con la acción incoada se enjuicia una arbitrariedad o ilegalidad periódica o continuada (Fallos: 324: 3074; 329:4918 y 338:1092).

6°) Que la aplicación de esa doctrina se justifica aun en mayor grado en este caso, si se considera que con particular referencia a los asuntos en los que se ha invocado, y prima facie acreditado, que la cuestión versa sobre

.....  
 discapacidad, atañe a los jueces buscar soluciones que se avengan con la urgencia que conlleva este tipo de pretensiones, para lo cual deben encauzar los trámites por vías expeditivas y evitar que el rigor de las formas pueda conducir a la frustración de derechos que cuentan con tutela de orden constitucional, lo cual se produciría - en el caso- si el reclamo del actor tuviese que aguardar al inicio de un nuevo proceso”<sup>17</sup>. Por último, en Koch<sup>18</sup>, tal como expone el dictamen del Procurador General, se enfatizó en que “el plazo establecido por el arto 2°, inciso e, de la ley 16.986, no puede entenderse como un obstáculo procesal infranqueable ni es aceptable la interpretación restrictiva de una vía consagrada en la Constitución Nacional (art. 43), cuando como ha sido invocado y prima facie acreditado en el caso- se trata de la protección de derechos que trascienden el plano patrimonial, comprometen la salud, y la supervivencia misma de los reclamantes.

### III. Algunas reflexiones acerca de la admisibilidad del Recurso Extraordinario Federal

Otra de las cuestiones sobre la que la Suprema Corte se expide, versa sobre la admisibilidad en la interposición del Recurso Extraordinario Federal, el cual fue concedido por la cuestión federal y rechazado por la arbitrariedad planteada, luego de denegarse el amparo por la Cámara.

Sucede, que estamos ante una decisión impugnada que resultaría, en principio, ajena a la posibilidad de interponer un Recurso Extraordinario federal en los términos del art

---

Ricardo c/ IOS s/ amparo”

17 CSJN, Fallos 329:4918, “Mosqueda, Sergio c/ Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados”, (2006).

18 Koch, Lilian Mercedes c/ PEN – ley 25.561 – dtos. 1570/01 214/02 (Boston – Citi) s/ amparo sobre ley 25.561”.

la protección de derechos que trascienden el plano patrimonial y comprometen la salud y la supervivencia misma de los reclamantes, esta Corte ha enfatizado que el plazo establecido en la citada disposición no puede entenderse como un obstáculo procesal infranqueable, ni es aceptable una interpretación restrictiva de una vía consagrada en la Constitución Nacional (art. 43; Fallos:335:44).

Al respecto, es un consolidado criterio hermenéutico seguido por el Tribunal que, dada la índole peculiar de ciertas pretensiones, compete a los jueces la búsqueda de soluciones que se avengan a estas, para lo cual deben encauzar los trámites por vías expeditivas, a fin de evitar que la incorrecta utilización de las formas, pueda conducir a la frustración de derechos tutelados constitucionalmente, cuya suspensión, a las resultas de nuevos trámites, es inadmisibles (Fallos: 327:2127; 329:2179; 330:4647; 332:1394 y 1616).

7º) Que las circunstancias señaladas bastan para poner de manifiesto que las garantías constitucionales que se invocan como vulneradas guardan relación directa e inmediata con lo resuelto, por lo que corresponde declarar procedente el recurso extraordinario y revocar la sentencia apelada. Por ello, oído el señor Procurador Fiscal, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia apelada. Con costas (art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por quien corresponda, se dicte un nuevo fallo con arreglo al presente. Notifíquese y, oportunamente, devuélvase.

Elena I. Highton de Nolasco, Juan Carlos Maqueda, Horacio Rosatti.

---

14 de la ley 48. Ello encontraría fundamento en que al rechazarse previamente la vía de amparo y dejar su posibilidad de acceso a la revisión judicial ordinaria, carecen éstas sentencias del carácter de definitivas.

Sin embargo, a esta tradicional regla de viabilidad de la acción, viene haciendo excepción la Suprema Corte cuando, en casos como éste, lo resuelto ocasiona un agravio de imposible o muy dificultosa reparación ulterior, doctrina que se esgrime por el Sr Procurador, y que luego es recordada por nuestro Órgano Supremo al momento de hacer lugar a la vía del Recurso Extraordinario, cuando expresa que “Exponiéndose que la alegada urgencia en la satisfacción de la prestación solicitada en beneficio de un niño discapacitado y el hecho no cuestionado de que la demandada, tras conceder el beneficio, ha dejado de afrontar las prestaciones periódicas y sucesivas ponen de manifiesto que el fallo apelado irroga agravios de imposible reparación ulterior, condición que fundadamente autoriza a equiparar el pronunciamiento recurrido a la sentencia definitiva exigida por el arto 14 de la ley 48.”

La característica de este tipo de agravios de inviable satisfacción posterior emanan de manera notable en el caso en cuestión, puesto que luego del tiempo que insumió la tramitación de la acción hasta el momento, la única posibilidad recursiva que subsistiría –dada la decisión de la Cámara– de interponer una demanda ordinaria de reconocimiento, con los tiempos que éste procedimiento insumiría, comprometería de manera irreparable la supervivencia misma de un niño discapacitado y la posibilidad de afrontar las necesidades particulares referidas a su situación de discapacidad que logren garantizarle el acceso a un nivel de vida adecuado y el disfrute del más alto nivel posible de salud. Recuérdese que los reclamos por parte de la madre del infante se vienen realizando desde el año 2009 en sede administrativa. Si luego de casi ocho años desde aquel momento, la única solución que se le hubiese podido otorgar el pasado 22 de marzo

de 2018 hubiese sido que interponga un nuevo reclamo a través de las vías ordinarias, esto sin duda y dadas las circunstancias del caso, se hubiese asemejado más una burla y desconsideración extrema del derecho al acceso a la justicia, a partir del cual se intentan hacer valer todos los demás derechos en cuestión.

En este contexto, dada la prioridad del derecho a la vida y a la salud y su rango constitucional e internacional, queda agregar – reprobando aún más la decisión de la Cámara Federal de Rosario- que con relación a las vías mediante las cuales pueden hacerse efectivos estos derechos, la jurisprudencia de la Corte es unánime en afirmar que ante la posibilidad de un menoscabo, el camino adecuado resulta la acción de amparo del art 43 de la Constitución Nacional.

Se ponderó, que el derecho a la salud, especialmente cuando se trata de enfermedades graves, se relaciona estrechamente con el derecho a la vida y con el principio de autonomía personal, en consideración que un individuo “gravemente enfermo no está en condiciones de optar libremente por su propio plan de vida”<sup>19</sup>. En tales circunstancias, la presencia de un daño grave e irreparable, torna improcedente remitir el examen de tales cuestiones a los procedimientos ordinarios. En esta línea, corresponde a los magistrados “habilitar las vías de amparo, ya que la existencia de otras vías procesales que puedan obstar a su procedencia no puede formularse en abstracto sino que depende de la situación concreta a examinar. [...] Si bien la acción de amparo no está destinada a reemplazar medios ordinarios instituidos para la solución de controversias y quien solicita tal protección judicial debe acreditar la inoperancia de las vías procesales ordinarias para reparar el perjuicio invocado, su exclusión por la existencia de otros recursos no puede fundarse en una apreciación meramente ritual, ya que la institución tiene por objeto una efectiva protección de derechos, más que una ordenación o resguardo de competencias.”<sup>20</sup>

#### IV. Una cuestión de Derechos

Esto nos lleva a un análisis de los derechos aquí involucrados y que se han visto soslayados por la decisión de la Cámara, basándose meramente en una extrema formalidad. Debe decirse que éstos van desde el más amplio derecho al acceso a la tutela judicial efectiva y a interponer un recurso rápido y efectivo, en conjunto con un desconocimiento del orden de prelación normativa, lo que se alega por la actora dado que privilegió la aplicación de art 2 de la ley 16.986 por sobre toda la normativa constitucional en virtud del art 75 inc. 22 e instrumentos internacionales que protegen a la niñez, a las personas con discapacidad, y a aquellas en contexto de insuficiencia de recursos económicos.

Para una descripción más acabada al respecto, es dable recapitular acerca de la persona sobre quien ha recaído la decisión en cuestión, y por lo tanto, la naturaleza de los derechos aquí discutidos: estamos hablando de un niño, que padece una seria discapacidad, cuya madre se encuentra en una situación de precariedad laboral, y cuyo sustento

---

19 Palacio de Caerío, Silvia expone que así se expidió la Corte en el caso “María, Flavia Judith C/ Instituto de Obra Social de la Provincia de Entre Ríos y Estado provincial”, sentenciado el 30 de octubre de 2007. En el mismo, el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Entre Ríos revocó la sentencia de primera instancia y rechazó la acción de amparo promovida con el fin de obtener la cobertura integral de gastos para la atención de salud de una persona discapacitada, en cuanto consideró que la pretensión de la actora coincidía con otra acción de amparo anterior que había sido declarada inadmisibles por el tribunal pues la demandante, se hallaba efectuando un pedido similar en sede administrativa. Contra ese pronunciamiento se interpuso recurso extraordinario federal, cuya denegación motivó la queja. La CSJN, dejó sin efecto el fallo apelado. Palacio de Caerío Silvia B. (2011) Constitución Nacional en la Doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación – 1ª ed.- Buenos Aires: La Ley, 2011. Pág. 220

20 Palacio de Caerío Silvia B. (2011) Constitución Nacional en la Doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación – 1ª ed.- Buenos Aires: La Ley, 2011. Pág. 221.

estable de su núcleo familiar proviene de la percepción de una pensión provincial. Todas estas son cuestiones no controvertidas en el caso, que evidentemente no solo agravan en demasía la situación del afectado y hacen más reprochable la decisión del aquo, sino que hacen que la situación esté amparada en un amplio abanico de instrumentos internacionales, a saber:

El derecho a una tutela judicial efectiva y a interponer un recurso rápido y sencillo ante tribunales competentes frente a la vulneración de derechos fundamentales previsto en el artículo 43 de la Constitución Nacional y en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; En este sentido, toman también importancia las Cien Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad<sup>21</sup>, las que comprenden dos reglas de aplicación en el caso en cuestión: quienes estén en situación de discapacidad y pobreza. En cuando a la discapacidad se establece que “Se procurará establecer las condiciones necesarias para garantizar la accesibilidad de las personas con discapacidad al sistema de justicia, incluyendo aquellas medidas conducentes a utilizar todos los servicios judiciales requeridos y disponer de todos los recursos que garanticen su seguridad, movilidad, comodidad, comprensión, privacidad y comunicación.”<sup>22</sup> Y en cuando a la pobreza, se expone en la regla que “constituye una causa de exclusión social, tanto en el plano económico como en los planos social y cultural, y supone un serio obstáculo para el acceso a la justicia especialmente en aquellas personas en las que también concurre alguna otra causa de vulnerabilidad.”<sup>23</sup>

Se encuentra aquí en juego el derecho a la seguridad social, que cubre los riesgos de subsistencia (art. 14 bis, Constitución Nacional y arto 9, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales); el acceso a un nivel de vida adecuado, que comprende alimentación, vestido y vivienda adecuados y una mejora continua de las condiciones de existencia (art. 11, inc. 1, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales) y el disfrute del más alto nivel posible de la salud (art. 12, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales).

A ello cabe agregar la especial protección que los instrumentos internacionales y las leyes prevén a favor de los niños con discapacidad a fin de garantizar su acceso a un nivel de vida adecuado para su desarrollo en condiciones de igualdad (art.75, inc. 23, Constitución Nacional; arts. 6, 23, 24 y 27, Convención sobre los Derechos del Niño; arts. 5, 7, 10, 17, 19, 25 y 28, Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; arts. 8 y 26 de la Ley 26.601 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes).

---

21 Adoptadas en la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana realizada en Brasilia y a las que la Corte Suprema adhirió mediante la acordada 5/2009 de fecha 24/2/2009, y estableció que las mencionadas reglas “deberán ser seguidas -en cuanto resulte procedente- como guía en los asuntos que se refieren” <http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2009/7037.pdf>

22 REGLAS DE BRASILIA SOBRE ACCESO A LA JUSTICIA DE LAS PERSONAS EN CONDICIÓN DE VULNERABILIDAD en el marco de la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana Brasilia, realizada los días 4 a 6 de marzo de 2008. Pág. 6; ver más en: <http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2009/7037.pdf>

23 REGLAS DE BRASILIA SOBRE ACCESO A LA JUSTICIA DE LAS PERSONAS EN CONDICIÓN DE VULNERABILIDAD en el marco de la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana Brasilia, realizada los días 4 a 6 de marzo de 2008. Pág. 8; ver más en <http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2009/7037.pdf>

## V. Efectividad de la Asignación Universal y la problemática de discapacidad

Es dable referenciar la reciente investigación interdisciplinaria publicada por ANSES, titulada “Análisis y propuestas de mejora para ampliar la Asignación Universal por Hijo”<sup>24</sup> un estudio enfocado en evaluar los alcances, impactos y desafíos futuros del programa, desde un nacimiento. En el mismo, se destaca la gran eficiencia de la AUH. Entre otros datos, se revela que protege al 87,4 de niños, niñas y adolescentes<sup>25</sup>. Además, se comprueba que el impacto social es significativo, ya que generó una mejora de casi un 30% en el ingreso promedio desde su implementación. Con relación a la condicionalidad educativa, se evidencia un fuerte impacto positivo de la AUH sobre las tasas de asistencia secundaria de los varones elegibles de entre 15 y 17 años, aunque para las mujeres, no hay un impacto significativo sobre la asistencia. En lo que hace al efecto de la condicionalidad en salud, se observan diferencias estadísticamente significativas en el modo de obtención de los remedios. En este caso, los hogares que reciben AUH tienen mayores probabilidades de obtenerlos gratuitamente respecto de los no destinatarios del programa

En lo que hace a la discapacidad, lamentablemente no existen datos actuales. En el reciente estudio no se observa una diferenciación de datos entre la AUH genérica y la AUH por discapacidad. En virtud del censo del año 2010 se observa que el 12,9 % de la población padece alguna algún tipo de dificultad o limitación permanente física y/o mental<sup>26</sup>. A pesar de las falencias propias de este tipo de estadísticas en temas tan particularizados, la misma nos permite tener una aproximación acerca de las características particulares que presentan más de cinco millones de personas –específicamente 5.114.190- que padecen alguna dificultad en nuestro país. Se expone que la tasa de alfabetismo es de 93,5% mientras que el 6,5% restante representa a la población analfabeta. Este último valor es superior a la media nacional que es de 1,9%, lo que hace que el porcentaje de analfabetos en la población con dificultad o limitación permanente sea tres veces mayor que en la población total del país.<sup>27</sup>

Al observar la inserción en el mercado laboral, se destaca un alto porcentaje de población inactiva, la cual representa algo más del 52% de la población total de 14 años y más<sup>28</sup>.

En cuanto a la Cobertura de salud y previsión social el 91,5% tiene obra social. Sin embargo, de ellos un 10,5% derivan sus aportes a una prepaga. El 4,5 posee prepaga por contratación voluntaria, y es destacable que la proporción de población que tiene cobertura por programas estatales de salud es un 4%.<sup>29</sup>

24 realizada en conjunto por la Ansés, el Ministerio de Desarrollo Social de la Nación, Unicef, la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad de Buenos Aires (UBA), el Centro de Estudios Distributivos Laborales y Sociales (Cedlas) de la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad de La Plata (Unlp) y el Cneps. Ver estudio completo en: <https://www.unicef.org/argentina/informes/an%C3%A1lisis-y-propuestas-de-mejora-para-ampliar-la-asignaci%C3%B3n-universal-por-hijo>

25 Quedan alrededor de 1,6 millones de niños niñas y adolescentes no cubiertos. Dichas brechas de no cobertura se asocian a diversos factores, como el tope en la cantidad de niños (cinco) a cubrir por titular; la demora potencial en la inscripción de los recién nacidos, la falta de documentación necesaria para acceder a la prestación, el incumplimiento de las condicionalidades y la existencia de más de un núcleo familiar en el hogar

26 Aunque un censo no es la fuente ideal para medir la discapacidad, porque aquí se tenía en cuenta una sola pregunta dentro de otras sesenta. Por este motivo recientemente se encomendó un trabajado especializado al Instituto Nacional de Estadísticas y Censos (INDEC), quien está realizando un nuevo Estudio Nacional sobre el Perfil de las Personas con Discapacidad. La publicación final está pendiente de publicación. Sin embargo los resultados preliminares de julio de 2018 pueden verse en: [https://www.indec.gov.ar/ftp/cuadros/poblacion/estudio\\_discapacidad\\_07\\_18.pdf](https://www.indec.gov.ar/ftp/cuadros/poblacion/estudio_discapacidad_07_18.pdf)

27 Censo Nacional de Población, Hogares y Viviendas “Censo del Bicentenario: Población con dificultad o limitación permanente”; (2010); Instituto Nacional de Estadística y Censos; Pág. 44 Ver más en: [https://www.indec.gov.ar/ftp/cuadros/sociedad/PDLP\\_10\\_14.pdf](https://www.indec.gov.ar/ftp/cuadros/sociedad/PDLP_10_14.pdf)

28 Censo Nacional de Población, Hogares y Viviendas “Censo del Bicentenario: Población con dificultad o limitación permanente”; (2010); Instituto Nacional de Estadística y Censos; Pág. 54 Ver más en: [https://www.indec.gov.ar/ftp/cuadros/sociedad/PDLP\\_10\\_14.pdf](https://www.indec.gov.ar/ftp/cuadros/sociedad/PDLP_10_14.pdf)

29 Censo Nacional de Población, Hogares y Viviendas “Censo del Bicentenario: Población con dificultad o limitación permanente”; (2010); Instituto Nacional de Estadística y Censos; Pág. 63 Ver más en: [https://www.indec.gov.ar/ftp/cuadros/sociedad/PDLP\\_10\\_14.pdf](https://www.indec.gov.ar/ftp/cuadros/sociedad/PDLP_10_14.pdf)

En cuanto a las condiciones de vida<sup>30</sup> se analizaron dos indicadores: la calidad de materiales de las viviendas y la presencia de Necesidades Básicas Insatisfechas (NBI)<sup>31</sup> en sus hogares. Al comparar el comportamiento de estos indicadores en la población total y en la población bajo análisis, se concluye por el informe que en la población con dificultad o limitación permanente las condiciones habitacionales son más precarias que en el total de la población, observándose que los hogares con mayores carencias se encuentran en el norte del país<sup>32</sup>

En cuanto al otorgamiento de Asignaciones Universales para Protección Social, se pueden encontrar bases de datos proporcionadas por ANSES<sup>33</sup> acerca de la Cantidad de personas beneficiarias de la Asignación Universal por Hijo e Hijo con Discapacidad en nuestro país, desde enero de 2013 hasta marzo de 2018. Estos datos exponen, que el año 2013 se entregaron un promedio de 22.231 AUH por discapacidad; en el 2014, 22.464; en el 2015, 22.879; en 2016, 24.426; en 2017, 27.058; y desde enero a marzo de 2018 se evidencia un promedio de 29.348 AUH por discapacidad entregadas.

## Conclusiones

En este sentido el análisis del fallo nos deja una serie de importantes aspectos a tener en cuenta. Por una parte, la importancia de recordar que dada la trascendentalidad del derecho a la salud y a la vida y en cuanto a las vías mediante las cuales pueden hacerse efectivos estos derechos, la jurisprudencia de la Corte es unánime en afirmar que ante la posibilidad de un menoscabo, el camino adecuado resulta la acción de amparo del art 43 de la Constitución Nacional. Que frente a ello, la exclusión de la vía por la existencia de otros recursos no puede fundarse en una apreciación meramente ritual o formalista. En este sentido cobra gran importancia la “doctrina de la Ilegalidad Continuada” en los actos lesivos continuados, que hacen renacer o renovar constantemente el plazo de quince días hábiles para la interposición del amparo, impidiendo la caducidad de la acción.

Por otra parte, acerca de la medida por la que surge esta disputa y en virtud de los datos expuestos, logra evidenciarse por un lado, la gran eficacia que ha tenido la AUH en nuestro país como política de inclusión fundamental que mejora la calidad de vida de las familias en situación de vulnerabilidad social. La cual tiene entre sus metas, además de asegurar un ingreso mínimo a las familias, garantizar el derecho de niños, niñas y adolescentes a la salud y a la educación. Que se revele que el 87,4 % de los niños niñas y adolescentes están protegidos por la medida y que esta ocasionó una mejora de casi un 30% en el ingreso de las familias desde su creación, da cuenta de que la puesta en marcha del AUH ha significado un cambio estructural en las políticas sociales de nuestro país. Sin embargo, los datos presentados por el INDEC acerca de la población con dificultad o limitación permanente, no hacen más que evidenciar aún más su condición

30 Censo Nacional de Población, Hogares y Viviendas “Censo del Bicentenario: Población con dificultad o limitación permanente”; (2010); Instituto Nacional de Estadística y Censos; Págs. 32 a 43 Ver más en: [https://www.indec.gov.ar/ftp/cuadros/sociedad/PDLP\\_10\\_14.pdf](https://www.indec.gov.ar/ftp/cuadros/sociedad/PDLP_10_14.pdf)

31 El concepto permite la delimitación de grupos de pobreza estructural y representa una alternativa a la identificación de la pobreza. Por medio de este abordaje se identifican dimensiones de carencias absolutas y se enfoca la pobreza como el resultado de un cúmulo de privaciones materiales esenciales. Se consideran hogares con NBI a aquellos que presentan al menos una de las siguientes privaciones: Vivienda, (es el tipo de vivienda que habitan los hogares que moran en habitaciones de inquilinato, hotel o pensión, viviendas no destinadas a fines habitacionales, viviendas precarias y otro tipo de vivienda.); Condiciones sanitarias: (hogares que no poseen retrete.); Hacinamiento; Asistencia escolar (hogares que tienen al menos un niño en edad escolar (6 a 12 años) que no asiste a la escuela); Capacidad de subsistencia: (hogares que tienen cuatro o más personas por miembro ocupado y que tienen un jefe que no ha completado el tercer grado de escolaridad primaria.)

32 Censo Nacional de Población, Hogares y Viviendas “Censo del Bicentenario: Población con dificultad o limitación permanente”; (2010); Instituto Nacional de Estadística y Censos; Pág. 90 Ver más en: [https://www.indec.gov.ar/ftp/cuadros/sociedad/PDLP\\_10\\_14.pdf](https://www.indec.gov.ar/ftp/cuadros/sociedad/PDLP_10_14.pdf)

33 Administración Nacional de la Seguridad Social. (2018) Asignación Universal por Hijo para Protección Social (AUH). Ver más en: <https://www.anses.gov.ar/institucional/datos-abiertos/asignaciones-universales/>

de vulnerabilidad en el sistema, y la necesidad de políticas públicas para este tipo de poblaciones. De aquellos se expone un importante porcentaje de analfabetismo, un alto porcentaje de población inactiva en el mercado laboral, -ambos pueden ser consecuencia irremediable de sus propias limitaciones- y se evidencia que tienen condiciones habitacionales más precarias que en el total de la población de nuestro país. Por su parte, en virtud de los datos proporcionados por ANSES, se puede hacer una aproximación de 24.879 AUH por discapacidad otorgadas, en promedio, desde el año 2013 hasta la actualidad -sin datos oficiales de los años 2011, 2012 y 2013-. Dada esta información, puede decirse que los números van creciendo mes a mes y año tras año en su otorgamiento, lo que demuestra avances en la importancia de otorgar este tipo de medidas a personas discapacitadas, maxime cuando recientes estudios oficiales dan cuenta de la eficacia en su implementación y los cambios en el nivel de vida de las personas sobre las que recae el otorgamiento de la medida. Más aún se justifica, cuando de datos oficiales -aunque no actuales, pero sí aproximados con el momento en el que se desarrolló el caso en cuestión, ya que el último censo es del año 2010 y el primer reclamo presentado por la madre del menor se realiza a fines de 2009- emana mas vulnerabilidad aún, que la provocada por sus propia dificultad o limitación permanente física y/o mental.

El derecho a la vida, la salud y la protección de las personas con discapacidad se encuentra tutelado desde una perspectiva muy amplia, tanto desde el punto de vista normativo, doctrinario y jurisprudencial. En este sentido se cuenta con un gran abanico de normas que los tutelan, desde la propia Carta Magna e instrumentos con igual jerarquía, pasando por leyes nacionales, Constituciones Provinciales y legislaciones locales. Como no es menor de esperar, la doctrina y la jurisprudencia también son unánimes acerca de la garantía infranqueable que deben tener este tipo de derechos.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sido clara y va dejando gran cantidad de precedentes en la temática que siguen siendo fuentes de nutrición a las garantías que deben existir para que estos derechos sean efectivizados. Gratamente, el que nos trae a cuestión, es uno más de este tipo. En este sentido, es dable rememorar que una de las finalidades de la doctrina sentada consiste en unificar la jurisprudencia, ya que tiene un valor orientador en casos análogos para los tribunales inferiores, siquiera por razones de economía procesal, salvo que se agreguen nuevos argumentos que puedan variar el precedente. A través de esta función uniformadora o normofiláctica se brinda seguridad jurídica a los ciudadanos en la aplicación de la ley, siendo el acatamiento de la doctrina legal sentada, la regla. Sin embargo, el caso que nos trae en cuestión, nos demuestra que aun en tiempos de sobrada cuantía normativa, doctrina y jurisprudencia, altos tribunales siguen priorizando rigurosidades formales por sobre derechos fundamentales a la hora de tomar decisiones que definirán el futuro de vida y la salud de un niño con discapacidad de bajos recursos económicos.

La decisión, por una parte, nos da tranquilidad de saber que la Corte Suprema opera como el garante final de nuestros derechos. Sin embargo, podríamos preguntarnos que hubiese pasado si la Corte hubiese decidido confirmar la sentencia de cámara y atenerse a una extrema formalidad. Sin duda que existen resonantes y cuestionables precedentes, como es el caso Fontevicchia y D'Amico. Sin embargo, sentencias como la presente nos dan acabados fundamentos para pensar que el garantismo y la supremacía de los Tratados con jerarquía constitucional en materia de Derechos Humanos están más presentes y aplicables que nunca, como así también la postura de nuestro Órgano Supremo en la interpretación de la ley, y en el mensaje expuesto en este precedente acerca de la trascendental función de la justicia, -en sentido amplio-, y los jueces -en sentido estricto-, quienes tienen un indiscutible poder deber: asegurar que exista una garantía expedi-

ta para cada derecho escrito, lo cual se enfatiza cuando la decisión versa sobre personas vulnerables y sus derechos fundamentales; el mensaje acerca del trascendental poder deber de los jueces de ser fuertes con los más débiles.

---

## Corte de Justicia de la Provincia de Salta

Causa: G. de J., R. c. Instituto Provincial de Salud de Salta s/ amparo - recurso de apelación

Salta: 18 de octubre de 2017

### CONSIDERANDO:

1°) Que vienen estos autos para resolver el recurso de apelación interpuesto por el demandado a fs. 131, en contra de la sentencia de fs. 122/128 mediante la cual se hizo lugar a la acción de amparo interpuesta por la Sra. R. G. de J. y, en su mérito, se ordenó al accionado que proceda a afiliarse, en calidad de beneficiaria, a la Srta. L.E.J.G. (hija de la actora), con costas por su orden.

Para así decidir, considero el a quo que en autos se acreditó que la Srta. L.E.J.G. sufre de esclerosis múltiple; que posee un certificado de discapacidad en los términos de la Ley 24.091; que padece una incapacidad del 86 % total y permanente de orden físico y mental; que vive con su madre, de quien depende económicamente, y que no cuenta con pensión por discapacidad.

Indicó que el art. 5.2.a. inc. 4 del Decreto N° 3402/2017 —reglamentario de la Ley 7127— consigna que serán beneficiarios de la obra social los hijos incapacitados a cargo del afiliado titular, entendiéndose por tales aque-

## AL AMPARO DE LA SALUD. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE DERECHOS HUMANOS Y CONDICIONES DE MERCADO

UNDER THE PROTECTION OF HEALTH. SOME CONSIDERATIONS ON HUMAN RIGHTS AND MARKET CONDITIONS

MARÍA FLORENCIA BELANTI<sup>1</sup>

### RESUMEN

El presente comentario tiene como finalidad una reflexión sobre la salud desde la órbita de los derechos humanos. Adscribimos a la era de la humanización de derechos y bajo ningún pretexto se nos ocurriría negar su existencia aunque, a veces, suele costar apreciarlos en su faz operativa. Frente a su desconocimiento arbitrario, como en el caso que nos ocupa, contamos con una herramienta que provee el remedio adecuado, máxime cuando, como en el fallo bajo análisis la vulneración opera sobre argumentos no acreditados inspirados en la lógica del mercado.

### ABSTRACT

The purpose of this commentary is to reflect on health from the orbit of human rights. We ascribe to the era of the humanization of rights and under no pretext we would think of denying their existence although, sometimes, it usually costs to appreciate them in their operational face. Faced with their arbitrary ignorance, as in the case before us, we have a tool that provides the appropriate remedy, especially when, as in the ruling under

<sup>1</sup> Diplomada en Ciencias Sociales (UCC) – Estudiante avanzada de la carrera de Abogacía (UNC). Auxiliar del Poder Judicial de la Provincia de Córdoba, mail: maflorenciabelanti@gmail.com

llos mayores de 21 años que se encuentren impedidos física o mentalmente para trabajar, con una incapacidad superior al 66 %, a cargo exclusivo —económica y físicamente— del afiliado titular y que conviva en el mismo hogar. Sostuvo que el requisito de la continuidad, que importa la existencia de una afiliación anterior, no está contemplado en este párrafo del decreto, que distingue la situación del hijo incapacitado con una incapacidad superior al 66 %, del descendiente que no alcance el porcentaje establecido.

Afirmó que es evidente la arbitrariedad en que incurre el demandado al negar la afiliación requerida, cuando existe una previsión normativa que respalda el pedido y que lo contrario implica, en los hechos, dejar a la beneficiaria de dicha solicitud en una situación de desamparo.

Entendió que la interpretación legislativa invocada para sustentar la denegatoria, no puede ser válidamente sostenida por afectar —al grado de restringirlo— el goce de derechos humanos fundamentales.

Al expresar agravios (v. fs. 134/137) alega el recurrente que el fallo carece de debida fundamentación. Esgrime que la hija de la Sra. R. G. de J. nunca fue afiliada de la obra social y que, por ello, el decisorio convalida una situación irregular al ordenar dar afiliación a una persona que no tuvo continuidad alguna.

Aduce que el sentenciante soslayó considerar que si bien el Estado provincial instituyó, mediante Ley 7600, un sistema de prestaciones básicas para personas con discapacidad, en dicha norma no se establece que la cobertura deba ser otorgada por su parte; que ello es así, en tanto el I.P.S.S. es una entidad autárquica creada por Ley 7127, que cuenta con personalidad jurídica propia e individualidad administrativa, económica y financiera.

Acota que el amparo resulta improcedente por existir otras vías idóneas para resolver la cuestión, y manifiesta que la actora omitió demostrar el peligro que le ocasiona la utilización del procedimiento ordinario.

Expone que la sentencia impugnada afecta el principio de solidaridad contributiva que sostiene el régimen de los aportes forzosos, el que exige además una correcta y cuidadosa administración de sus finanzas.

Corrido el pertinente traslado, la actora lo contesta (v. fs. 140/145) y pide el rechazo del recurso.

A fs. 155/156 vta. el señor Fiscal ante la Corte N° 1 emite su dictamen, y a fs. 157 se llaman autos para resolver.

.....  
analysis, the violation operates on non-accredited arguments inspired by the logic of the market.

Palabras claves: Derechos Humanos; Amparo; Obra Social;

Key Words: Human rights; Protection; Social work;

## Introducción.

El fallo traído a consideración de reciente dictado -octubre de 2017- nos posiciona una vez más en la toma de conciencia respecto a la eminente calidad de derecho humano del que participa el derecho a la salud. Por medio del referido dictamen el más alto tribunal de la provincia de Salta confirma la sentencia de grado la cual, haciendo lugar a la acción de amparo, manda a afiliarse en calidad de beneficiaria a la hija de la actora, una niña con esclerosis múltiple que sufre una incapacidad del 86% total y permanente de orden físico y mental.

Para arribar a la solución mencionada la Corte de Justicia de Salta desestimó los agravios planteados por la obra social apelante haciendo un especial énfasis en la protección de goce de salud, derecho receptado en normas de las más altas jerarquía. En este sentido el Instituto Provincial de Salud de Salta había esgrimido, por una parte el no haberse acreditado la ineficacia de la vía ordinaria para debatir la cuestión, resultando según su criterio, improcedente la acción de amparo para solicitar la petición. Frente a ello el máximo tribunal de Salta destacó que, tramitar el caso por un vía distinta implicaría contravenir la exigencia de un adecuado servicio de justicia y que la vía es la adecuada

2°) Que esta Corte ha dicho reiteradamente que, a tenor de lo dispuesto por el art. 87 de la Constitución de la Provincia, la acción de amparo procede ante actos u omisiones ilegales de la autoridad o de particulares restrictivos o negatorios de las garantías y derechos subjetivos explícita o implícitamente allí consagrados. La viabilidad de esta acción requiere, en consecuencia, la invocación de un derecho indiscutible, cierto, preciso, de jerarquía constitucional, pero además, que la conducta impugnada sea manifiestamente arbitraria o ilegítima, y que el daño no pueda evitarse o repararse adecuadamente por medio de otras vías (Tomo 61:917; 64:137; 65:629; 127:315; 208:137, entre otros).

El amparo, por lo demás, constituye un proceso excepcional que exige, para su apertura, circunstancias muy particulares, caracterizadas por la presencia de arbitrariedad o ilegitimidad manifiesta que, ante la ineficacia de los procedimientos ordinarios, origina un daño grave sólo eventualmente reparable por este procedimiento urgente y expeditivo. Debe tratarse de una vulneración de garantías constitucionales, pues la razón de ser de la acción de amparo no es someter a la vigilancia judicial el desempeño de los funcionarios y organismos administrativos, ni el contralor del acierto o error con que ellos cumplen la función que la ley les encomienda, sino proveer el remedio adecuado contra la arbitraria violación de los derechos y garantías reconocidos por la Constitución (cfr. doctrina de la CSJN en Fallos: 305:2237; 306:788, entre muchos otros).

El objeto de la demanda de amparo, en resumen, es la tutela inmediata de los derechos fundamentales acogidos por la Carta Magna frente a una trasgresión que cause daño irreparable en tiempo oportuno y que exige urgentes remedios (esta Corte, Tomo 112:451; 183:585, entre otros).

3°) Que hasta la reforma de la Constitución Nacional de 1994, no existía en el ámbito nacional texto alguno de jerarquía constitucional que consagrara explícitamente el derecho a la salud. Si bien las obligaciones del Estado en la materia podían inferirse de la mención del carácter integral de la seguridad social, el otorgamiento de jerarquía constitucional al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha modificado sensiblemente el panorama legal en cuestión (art. 75 inc. 22 de la C.N.).

.....  
a fin de no tornar utópica la aplicación del derecho a la salud, derecho operativo y no teórico; máxime cuando en el caso se acreditó que la parte demandada explicitó en sede administrativa la negativa a afiliar a la hija de la accionante, posición que mantuvo en sede judicial.

Por otra parte la Corte de Justicia salteña argumentó que no era procedente el agravio emitido por la apelante en lo referido a la interpretación normativa según la cual era necesaria una afiliación anterior (continuidad) por parte de la hija de la Sra. RG de J. Ello así, atenta la interpretación literal de la disposición legal, única posible en el caso al ser la misma clara, precisa y razonable; vislumbrándose en el asunto una mera disconformidad con la decisión adoptada por el a quo y no una argumentación que acredite el error del juzgador invocado por el Instituto Provincial de Salud.

Finalmente se desestimó que la sentencia impugnada afectara el principio de solidaridad contributiva, acentuando el no poder eludir sus obligaciones constitucionales alegando potenciales limitaciones financieras en un futuro.

## **I.La forzosa judicialización del fundamental derecho a la salud.**

El decisorio que en este momento nos interpela permite una clara reflexión desde la órbita de los derechos humanos. Adscribimos a la era de la humanización de derechos y bajo ningún pretexto se nos ocurriría negar su existencia, ahora bien, una vez más la ausencia de su reconocimiento en un caso particular nos impulsa a realizar una serie de consideraciones. Es que, resulta paradójico que a más de veinte años de haber sido declarados y consagrados oficialmente a la elevada categoría de supremos cueste tanto apreciarlos en su faz operativa.

En el mencionado Pacto, los Estados Parte se han comprometido a propender al derecho de todas las personas a disfrutar del más alto nivel posible de salud física y mental, adoptando medidas para hacer efectivos tales derechos (CSJN, “Campodónico de Beviacqua, Ana Carina vs. Ministerio de Salud y Acción Social”, 24/10/2000, LA LEY, 2001-C, 32). Asume así el Estado tales obligaciones con características proyectivas, comprometiendo la aplicación progresiva del máximo de los recursos posibles.

Es así que el goce de la salud, entendido en sentido amplio, importa la defensa del derecho a la vida y a su preservación, que dimana de normas de la más alta jerarquía (cfr. Preámbulo y arts. 31, 33, 42, 43, 75 inc. 22 de la Constitución Nacional; 3° y 8° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; 12, incs. 1° y 2° ap. d, del Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales; 4° inc. 1°, 5° inc. 1° y 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos).

A su vez, nuestra Carta Magna Provincial, en sus arts. 41 y 42, contiene disposiciones concretas y claras referidas a la protección del derecho a la vida y a la atención de la salud (esta Corte, Tomo 183:585).

4°) Que atento a las constancias de autos, cabe señalar que no resulta acertada la defensa esgrimida por el apelante, en el sentido de sostener que la amparista no acreditó la ineficacia de la vía ordinaria para debatir la cuestión.

Al respecto, se advierte que en sede administrativa el demandado ha explicitado de manera fehaciente su negativa a afiliarse a la Srta. L.E.J.G. (v. fs. 21 del Expte. N° 74-36.282/15 reservado como prueba), posición en la que persistió en esta sede judicial conforme surge del informe obrante a fs. 72/78.

Asimismo, del estudio socio-económico ambiental (v. fs. 16 del expediente administrativo señalado) practicado por el I.P.S.S. surge que el grupo familiar se encuentra conformado por la actora y su hija, que residen en la misma vivienda de titularidad de la primera y que se sostienen económicamente con los ingresos percibidos por la Sra. G. de J. en concepto de jubilación (\$8.525) que sólo le permiten cubrir sus necesidades básicas.

.....

Fíjese que, en el caso que nos ocupa, la Sra. R. solicitó la afiliación de su hija, con fundamento en la disposición legal que así lo consagraba<sup>2</sup> y acreditó lo extremos necesarios para la procedencia tales como que su hija era familiar primario -siendo ella afiliada titular-; un porcentaje superior al 66% de incapacidad, contando asimismo en este punto con la correspondiente documentación formal (certificado de discapacidad) y además se certificó que se encontraba exclusivamente a su cargo, conforme el estudio socio-económico ambiental efectuado por el Instituto provincial de Salud. Pese a todo ello la solicitud no fue acogida favorablemente por la mencionada Obra Social.

Resulta innecesaria una reflexión mayor para vislumbrar como la Srta. L.E.J.G se vio palmariamente restringida en el goce y vulnerada en su fundamental derecho.

En este punto no podemos olvidarnos que la doctrina es conteste en admitir que el concepto de salud no debe entenderse en términos negativos, es decir como ausencia de enfermedades o afecciones, sino como un completo bienestar físico, mental y social<sup>3</sup>, ahora bien, tampoco podemos desconocer que es frente a su negativa, su restricción

---

2 La ley provincial n° 7127 de Salta, que crea el Instituto Provincial de Salud, en su título II se refiere a los afiliados y beneficiarios del sistema, estipulando en su artículo 5 A) un cartabón de personas obligatoriamente incluidos en calidad de afiliados titulares del Instituto Provincial de Salud de Salta (I.P.S.); entre ellos: “Los jubilados”, situación de la que goza la reclamante en la causa. Asimismo en el artículo 5 B) estipula quienes quedan incluidos en calidad de beneficiarios, entre los que se mencionan los grupos familiares primarios de las categorías antes mencionadas y particularmente, en lo que aquí interesa, enumera a “los hijos incapacitados y a cargo del afiliado titular”. A su turno, el decreto que reglamenta tal disposición estatuye “Los hijos incapacitados a cargo del afiliado titular. Se entenderá por tales los hijos del afiliado titular mayor de veintiún (21) años, impedido física o mentalmente para trabajar, con una incapacidad superior al 66% de la total obrera establecido por la Ley 20.744, a cargo exclusivo económica y físicamente del afiliado titular, y convivan en el mismo hogar. La verificación de tales circunstancias se realizará por el servicio asistencial y profesional del I.P.S. el que deberá realizarse “in situ”, bajo pena de sanción al funcionario que autorice la incorporación sin el cumplimiento y verificación de los requisitos establecidos anteriormente. A tales fines se llevará un registro habilitado al efecto, donde consten los requisitos mencionados.

Los hijos incapacitados de los afiliados titulares que no alcancen el porcentaje establecido en el presente inciso, pero que cumplieren el resto de los requisitos, podrán en el plazo de tres (3) meses, antes de la baja del sistema, optar por incorporarse al régimen de afiliación individual con continuidad, sin carencias ni pre-existencias abonando una cuota diferencial que establezca la resolución respectiva”

3 Concepto acuñado por la Organización Mundial de la Salud (OMS) y aceptado de manera pacífica por la doctrina.

Por lo tanto, remitir a la accionante a un trámite diverso al de esta vía de amparo, constituye una solución que en el caso no se condice con las exigencias de un adecuado servicio de justicia.

En igual sentido, debe tenerse presente que el derecho a la salud no es un derecho teórico sino que debe ser examinado en estrecho contacto con los problemas que emergen de la realidad social, por lo que, ante la interposición de un amparo con el objeto de garantizar de un modo expedito y eficaz su plena vigencia y protección, procede exigir de los órganos judiciales una interpretación extensiva y no restrictiva sobre su procedencia a fin de no tornar utópica su aplicación (cfr. CSJN, Fallos: 324:3074; esta Corte, Tomo 175:417; 194:211; 202:967).

5°) Que sentado ello, corresponde considerar el agravio vinculado a la interpretación del inc. 4 del art. 5.2.a. del Decreto N° 3402/2017, reglamentario de la Ley 7127.

En relación a ello, sostiene el apelante que dicha normativa exige para su aplicación el requisito de la “continuidad”, entendida ésta como la existencia de una afiliación anterior, y que el sentenciante de grado prescindió de este recaudo fundamental para decidir como lo hizo.

Ahora bien, analizado el inciso en cuestión, se advierte que, tal como se sostuvo en el fallo atacado, en su primer párrafo contempla el caso de los hijos incapacitados del afiliado titular mayores de 21 años que padezcan una incapacidad superior al 66 %, en tanto en el segundo prevé el supuesto de los hijos incapacitados que no alcancen el porcentaje establecido, y es sólo en esta última situación en la que se prevé la exigencia de la continuidad.

En ese contexto, es dable recordar que cuando una disposición jurídica es clara, precisa y razonable, su prioritaria y lógica interpretación es la literal. La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha resuelto que no es admisible una interpretación que equivalga a la prescindencia del texto legal (CSJN, Fallos: 300:687; 301:958) desde que la primera fuente de hermenéutica de la ley es su letra (Fallos: 200:175; 299:167; 314:458; 315:727; 318:198, 441, entre otros).

o limitación que procede la protección y cuando no -como en el caso en cuestión- su visibilización de ostensible e indiscutible categoría de derecho humano. Nótese el argumento esgrimido en el caso por la Corte de Justicia salteña, que en el análisis de lo planteado manifiesta: *“el ejercicio de un derecho constitucionalmente reconocido como el de preservación de salud no necesita justificación alguna(...)”*<sup>4</sup>

Ello así atento a que, al referirnos a la protección de salud reseñamos a uno de los derechos fundamentales de la persona humana, puntapié inicial e indispensable para el goce del resto, base y condición para el disfrute de los demás. En este sentido, a decir de Andruet, A.S.:

*“(...) no sólo debe ser garantizada porque es un derecho que está positivizado (...) sino porque es antes que ello, un objetivo de derecho natural confiado a la custodia del Estado. Huelga decir que es tal: derecho natural; por ser sin más él mismo, una clara extensión -prolongación, derivación o corolario- del mismo derecho a la vida. El derecho a la salud en definitiva no puede ser pensado disociadamente del derecho a la vida”*<sup>5</sup>

Ahora bien pese a tal y campante reconocimiento continúa siendo necesario luego de agotar la órbita extrajudicial recurrir a la herramienta jurídica de reclamación, puesto que existe un claro aspecto negacionista de los organismos que debieran brindar el debido resguardo.

4 Conforme considerando n° 6 del fallo bajo análisis.

5 ANDRUET, Armando Segundo, *“Investigaciones aplicadas en el ámbito del Poder Judicial de Córdoba IV”* Colección Investigación y Ensayos -Tomo XIII -Centro de Capacitación Ricardo C. Núñez, 1a ed. - Córdoba 2017 pág. 287:

Siendo ello así, las argumentaciones vertidas por el apelante sobre el punto resultan genéricas y no logran acreditar, de manera precisa, el error del juzgador en la interpretación efectuada.

En este sentido, cabe recordar que el memorial debe expresar, con claridad y corrección, de manera ordenada, los motivos de la disconformidad, indicando cómo el Juez ha valorado mal la prueba, omitido alguna que pueda ser decisiva, aplicado mal la ley o dejado de decidir cuestiones planteadas. Debe el litigante poner de manifiesto, mostrar lo más objetiva y sencillamente posible los agravios, cumpliendo así con los deberes de colaboración y de respeto a la justicia y al adversario, facilitando al tribunal de alzada el examen de la sentencia sometida al recurso y, sobre todo, limitando el ámbito de su reclamo (esta Corte, Tomo 55:207; 59:825; 78:427, entre muchos otros).

Por lo demás, no puede pasarse por alto que la Junta de Admisión de la obra social demandada, entendió configurados en el caso la totalidad de los requisitos necesarios para hacer lugar a la afiliación de la Srta. L.E.J.G., tal como expresamente lo dejó establecido en su Dictamen N° 0451/16 de fecha 22 de marzo de 2016 (v. fs. 17 del Expte. N° 74-36.282/15).

Como consecuencia de ello, las alegaciones efectuadas en el recurso bajo análisis no consiguen demostrar el desacierto atribuido al pronunciamiento atacado.

6°) Que finalmente, y en relación a las argumentaciones vertidas respecto a la naturaleza jurídica del I.P.S.S. y el principio de solidaridad que emana de ello, cabe señalar —como ya lo sostuviera este Tribunal— que el demandado no puede eludir ligeramente sus obligaciones constitucionales alegando limitaciones financieras para cumplir con las prestaciones exigidas por los restantes afiliados y beneficiarios. En efecto, no basta con la simple y conjetural afirmación de que podrían existir limitaciones para atender esas demandas, pues el ejercicio de un derecho constitucionalmente reconocido como el de la preservación de la salud no necesita justificación alguna sino que, por el contrario, es la restricción que de ellos se haga la que debe ser justificada (cfr. Tomo 114:603; 125:401, entre otros); de modo que es preciso fundar adecuada y convincentemente la

De esta manera, en aras de lograr el reconocimiento de garantías en materia de salud se recurre a una judicialización o activismo judicial <sup>6</sup> es decir la órbita tribunalicia como mediatizadora del reclamo, dado su desconocimiento originario.

Como nos ilustran los autores Víctor Abramovich y Laura Pautassi (2008), la intervención activa de los tribunales sirve para restaurar los derechos vulnerados especialmente para aquellos individuos que se encuentran, entre otras situaciones, frente a una urgencia impostergable. Pero además *“la sumatoria de demandas individuales aceptadas por los tribunales puede también funcionar como una caja de resonancia de problemas de política pública que deben ser atendidos por el Estado y contribuir a colocar ciertos aspectos del sistema en la agenda pública”*<sup>7</sup>.

## II. La acción de amparo como mecanismo protectorio.

Acordamos que el derecho a la salud, en cuanto derecho humano es una verdadera carta de triunfo, y como tal, ante la especialidad de la que goza merece de un procedimiento también especial para su protección. Ello así atento al objeto de tutela condición indispensable y necesaria para gozar de un verdadero bienestar en la vida.

Hoy en día la mayoría de los reclamos incoados ingresan por la acción constitucional de

6 Se entiende por activismo judicial siguiendo a Víctor Abramovich y Laura Pautassi (2008) “el uso estratégico de los tribunales por organizaciones dedicadas al litigio de interés público, como el mayor uso de los tribunales por particulares para canalizar demandas al Estado o a empresas prestadoras de servicios de salud”. ABRAMOVICH Víctor y PAUTASSI Laura “El derecho a la salud en los tribunales. Algunos efectos del activismo judicial sobre el sistema de salud en Argentina” en *Salud colectiva* v.4 n.3 *Lamís sept./dic. 2008* Recuperado en 24 de julio de 2018, de [http://www.scielo.org.ar/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1851-82652008000300002&lng=es&tlng=es](http://www.scielo.org.ar/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1851-82652008000300002&lng=es&tlng=es).

7 Ibidem.

carencia presupuestaria para que ésta pueda ser considerada un obstáculo insalvable a la procedencia de la acción (Tomo 99:185; 146:973).

En tal sentido, esta Corte sostuvo también que por tratarse de un ente autárquico, la obra social demandada goza de una personalidad jurídica propia y tiene capacidad de administración de sí misma aunque, al ser creada por el Estado para la satisfacción de sus fines, su patrimonio es estatal, siendo su responsabilidad para con los terceros, directa (cfr. Gordillo, Agustín A., “Tratado de Derecho Administrativo”, Tomo I, ps. XI-4 y XI-5); y que, si bien el Estado también debe garantizar el derecho a la salud de los habitantes, tal circunstancia no la exime de cumplir con su obligación en la forma que se dispuso (cfr. Tomo 81:845; 114:903; 182:323).

Lo expuesto en los párrafos anteriores no implica desconocer la existencia de eventuales conflictos de valores y de derechos —distribución de los recursos económicos destinados al área de salud y la protección integral de la salud en relación a los individuos—, pero resulta inevitable jerarquizar aquellos principios que priorizan la salud del ciudadano por sobre consideraciones de mercado (cfr. esta Corte, Tomo 111:031), máxime cuando —como en el caso— no se ofrecieron argumentos relevantes para desvirtuar este criterio. Sobre el particular es importante destacar que en autos no se ha acreditado, ni se ha ofrecido probar, que la afiliación que se ordenó afecte el principio de solidaridad contributiva que adujo como vulnerado el recurrente. 7°) Que por lo expuesto, corresponde rechazar el recurso impetrado a fs. 131 y, consecuentemente, confirmar la sentencia de fs. 122/128, con costas.

Por ello, la Corte de Justicia, resuelve: I. Rechazar el recurso de apelación interpuesto a fs. 131 y, en su mérito, confirmar la sentencia de fs. 122/128. Con costas. II. Mandar que se registre y notifique. — Guillermo A. Catalano. — Ernesto R. Samsón. — Sergio F. Vittar. — Guillermo A. Posadas. — Susana G. Kauffman.

---

amparo, explícitamente consagrada en el artículo 43 de nuestra Carta Magna. Ello también aconteció en el caso que estamos comentando, siendo el mecanismo elegido por la Sra. R.G. de J. para solicitar judicialmente la denegatoria esgrimida administrativamente. Y fue incluso uno de los agravios específicamente esbozado por la parte demandada, arguyendo en este sentido la improcedencia de la vía.

Frente a lo planteado fue categórica la Suprema Corte de Salta en manifestar la pertinencia de la vía. En este sentido, citando su doctrina y tras delinear que se estaba ante un proceso excepcional que procede por ineficacia de los procedimientos ordinarios, estipuló en resumen que el objeto de la demanda de amparo es *“la tutela inmediata de los derechos fundamentales acogidos por la Carta Magna frente a una trasgresión que causa daño irreparable en tiempo oportuno y que exige urgentes remedios”*.<sup>8</sup>

Deviene necesario valorizar lo expuesto en razón de los derechos que se encuentran en juego, dado que las circunstancias que fundamentan la acción cobran especial relevancia cuando se analizan el contexto fáctico que impulsa su procedencia. Repárese que en el caso analizado, la sustanciación deviene de considerar las necesidades propias de una persona en especial situación de vulnerabilidad, con un porcentaje de discapacidad elevado y a cargo de una jubilada con ingresos mínimos, sin contar con algún beneficio adicional para hacer frente a su cotidiano devenir. Al estar en jaque el derecho a la salud, derivación del derecho a la vida, es la propia protección legal imperante la que imprime el carácter de excepcionalidad de la vía.

Es la normativa aplicable al caso (Constitución Nacional; Declaración Universal de los Derechos Humanos, Pacto internacional sobre derechos Económicos Sociales y Cultu-

---

8 Conforme considerando n° 2 del fallo analizado

rales, Convención Americana de Derechos Humanos)<sup>9</sup> la que inclusive obstaría la necesidad de demostrar una vía alternativa a la acción, dado el amparo constitucional que debe guiar la habilitación de esta instancia.

Sucede que se encuentra en juego el estado físico y psíquico de una persona por lo que, la exigencia de agotamiento de vías previas o la demostración de mecanismos alternativos dilataría innecesariamente el disfrute de sus derechos constitucionales. Es de reflexionar al respecto que como buen intérprete de los derechos y garantías, el máximo Tribunal de la Provincia de Salta consideró la interpretación amplia de la medida incoada. En este sentido refirió – citando doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, órgano máximo de custodia de derechos- que ante la interposición de un amparo con el objeto de garantizar de un modo expedito y eficaz la plena vigencia y protección del derecho a la salud, “procede exigir de los órganos judiciales una interpretación extensiva y no restrictiva sobre su procedencia”.<sup>10</sup>

Es dable apreciar en esta instancia que no debemos olvidar que la recepción constitucional de esta vía es un mecanismo que impide que la vigencia de los derechos consagrados queden en una mera expresión de deseos o consagración puramente formal.

La jurisprudencia de la CSJN es unánime en afirmar que resulta adecuado el mecanismo de la acción de amparo ante un menoscabo del derecho referido. Ello por cuanto “atañe a los jueces buscar soluciones que se avengan con la urgencia que conlleva este tipo de pretensiones, para lo cual deben encauzar los trámites por vías expeditivas y evitar que el rigor formal pueda conducir a la frustración de derechos que cuentan con tutela de orden constitucional...”<sup>11</sup>

Tal y como lo sostuvo oportunamente la CSJN en una causa sentenciada en 2007<sup>12</sup> corresponde a los magistrados “habilitar las vías de amparo, ya que la existencia de otras vías procesales que pueden obstar su procedencia no puede formularse en abstracto sino que depende de la situación concreta a examinar. (...) Si bien la acción de amparo no está destinada a reemplazar medios ordinarios instituidos para la solución de controversias y quien solicita tal protección judicial debe acreditar la inoperancia de las vías procesales ordinarias para reparar el perjuicio invocado, su exclusión por la existencia

9 Es dable reconocer en este punto que el cambio paradigmático respecto al derecho a la salud surge con la reforma constitucional del año 1994, que recepta e incorpora los tratados internacionales, imprimiendo suprema jerarquía aquellos cuya materia verse en derechos humanos, conforme el art. 75 inc 22. En este punto es imperioso recordar lo preceptuado por la Declaración Universal de derechos humanos: “Artículo 3. Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona” “Art. 8. Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley” “Art. 25 inc 1. Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad”. Por su parte el Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y culturales Art. 12 inc 1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. 2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para: d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad. Asimismo la Convención Americana de Derechos Humanos “Artículo 5. 1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral”

Asimismo, no debe obviarse que el derecho a la salud receptado por el bloque de constitucionalidad federal (art. 31 y 75 inc22), emerge como derecho no enumerado conforme el art. 33 y se proyecta, dentro del capítulo de los nuevos derechos y garantías, en los arts. 41 con relación al ambiente y en el 42 en materia de derecho de consumidores y usuarios donde se menciona la defensa de la salud. También debe mencionarse el inc. 23 del art. 75 que en lo atinente a las medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades de trato, el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por la constitución y por los tratados internacionales.

10 Conforme considerando nº 4 del fallo analizado.

11 PALACIO DE CAEIRO Silvia B. (2011) *Constitución Nacional en la Doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación* – 1ª ed.- Buenos Aires: La Ley, 2011. Págs. 219-220

12 “María, Flavia Judith c/Instituto de Obra Social de la Provincia de Entre Ríos y Estado Provincial” donde el TSJ de la Provincia de Entre Ríos revocó la sentencia de primera instancia y rechazó la acción de amparo promovida por el Instituto de Obra Social de la provincia y dicho Estado local, con el fin de obtener la cobertura integral de los gastos para la atención de la salud de una persona discapacitada, en cuanto consideró que la pretensión de la actora coincidía con otra acción de amparo anterior que había sido declarada inadmisibles por el tribunal, pues la demandante, a la sazón, se hallaba efectuando un pedido similar en sede administrativa. Contra ese pronunciamiento se interpuso recurso extraordinario que motivó la queja. La CSJN, por mayoría, dejó sin efecto el fallo apelado. Citado en Palacio de Caero Silvia B. (2011) *Constitución Nacional en la Doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación* – 1ª ed.- Buenos Aires: La Ley, 2011. Pág.220

de otros recursos no puede fundarse en una apreciación meramente ritual, ya que la institución tiene por objeto una efectiva protección de derechos, más que una ordenación o resguardo de competencias<sup>13</sup>

### III. La negativa economicista de la obra social.

La importancia del derecho que estamos analizando puede ser apreciado desde una perspectiva constitucional y desde una visión de humanidad que, trascendiendo las naciones y peculiaridades les atañe a las personas por su condición de tal.

Ahora bien, este valorpreciado se encuentra impregnado por una lógica economicista. Ciertoes que la salud es un derecho inalienable, indivisible y que se localiza fuera del comercio; innegable también es que la cobertura de sus vicisitudes se movilizan en base a un criterio de demandas ilimitadas y recursos limitados. En este diálogo entre ambas naturalezas se focalizan las pretensiones de los particulares y una tendencia negativa a afiliary/o a cubrir.

En el caso que nos ocupa es apreciable como campea la lógica de la denegación por parte del Instituto Provincial de Salud de Salta con fundamentos que hacen foco en la mercantilización de la salud<sup>14</sup> puesto que, bajo la suposición hipotética de una plausible afectación económica (y sin demostrar en el caso concreto como realmente serían afectadas sus finanzas) rechaza la previsión legislativa que lo regula, refuta la manda del tribunal de grado y recurre a una instancia superior agraviándose en situaciones de las que no demuestra sustento fáctico. Solo expone que “la sentencia impugnada afecta el principio de solidaridad contributiva que sostiene el régimen de los aportes forzados, el que exige además una correcta y cuidadosa administración de sus finanzas<sup>15</sup>”

Es claro que en virtud de la solidaridad se colabora mutuamente en aras de satisfacer necesidades comunes. En el caso de las obras sociales, consiste en participar en la formación del patrimonio para la cobertura de las contingencias, sin esperar una compensación por ese aporte, como también en algunos casos sin recibir ningún beneficio<sup>16</sup>. Es claro también que para que el sistema funcione apropiadamente se necesita un adecuado gobierno y el debido resguardo del capital común; ahora bien no puede legitimarse un desamparo bajo un falso argumento preventivo, con un potencial peligro no justificado.

Resulta ilustrativo recordar que el régimen de obras sociales surge legislativamente en nuestro país como parte de reconocer una realidad previa: organizaciones (sindicatos, mutuales o cooperativas) que daban servicio de salud mediante el aporte de sus afiliados. Luego por la ampliación de la estructura estatal, que empleó a un número importante de individuos se instauraron las obras sociales estatales. Asimismo se instituyó un organismo específico de contralor. Una de sus cuestiones fundamentales fue la intro-

13 Ibid.

14 Pareciera que el impuso de actuación responde a una lógica de mercado de naturaleza excluyente, donde impera la relación costo/beneficio por sobre la consideración de derechos. En este sentido, de un breve recorrido por los diarios locales, la información estadística resultante manifiesta el exponencial crecimiento de demandas que se han visto judicializadas en el último tiempo contra el Instituto Provincial de Salud de Salta ante la negativa efectuada. Los datos publicitados refieren a más de un centenar de reclamos en los tres años inmediatos anteriores. Asimismo se manifiesta que la mencionada Obra Social cuenta con mayor cantidad de afiliados de la provincia; mas de 200 mil. (fuente: <https://www.eltribuno.com/salta/nota/2018-4-23-0-0-0-pacientes-iniciaron-169-amparos-contrael-ips-en-los-ultimos-tres-anos>; <https://www.eltribuno.com/salta/nota/2016-6-24-1-30-0-lleven-amparos-contrasobras-sociales-y-demandas-a-medicos>)

15 Conforme considerando n° 1 del fallo bajo reseña.

16 Thomson Reuters 26 junio, 2014 “Doctrina Clásica: El derecho del trabajo y el derecho de la seguridad social. Con una mentalidad de cambio” en En Artículos de Opinión. Disponible en <http://thomsonreuterslatam.com/2014/06/doctrina-clasica-el-derecho-del-trabajo-y-el-derecho-de-la-seguridad-social-con-una-mentalidad-de-cambio-2/>

ducción por ley del aporte obligatorio.<sup>17</sup> El sistema referido -con sus transiciones a lo largo del tiempo- se proyecta sobre la base de agrupamiento de individuos que buscan la previsión -compulsiva en este supuesto- frente al riesgo de la enfermedad. Se caracteriza por descuento obligatorio de aportes y porque el costo de la previsión se divide en todo el grupo<sup>18</sup>. Ahora bien su finalidad precisa consiste en brindar servicios de salud y sociales a los afiliados. Por ello, conforme lo estipuló la Corte Suprema de Justicia de la Nación “si bien la actividad que asumen presenta rasgos comerciales, en tanto ellas tienden a proteger las garantías a la vida, salud, seguridad, e integridad de las personas, adquieren también un compromiso que excede o trasciende el mero plano negocial”<sup>19</sup>. En este punto no podemos sino remarcar la arbitrariedad en la que incurre el Instituto Provincial de Salud de Salta en el caso, en perjuicio de la Stra. L.E.J.G (hija de la actora) al indicar e, insistimos, sin acreditar que su afiliación como beneficiaria perturbaría el cumplimiento de las prestaciones a los restantes afiliados y beneficiarios, lo que inclusive deja entrever la clara lógica economicista que los motiva. Empero, con buen tino, el máximo Tribunal envió un mensaje clarificador y paradigmático: *“el ejercicio de un derecho constitucional reconocido como el de la preservación de la salud no necesita justificación alguna sino que, por el contrario, es la restricción que de ellos se haga la que debe ser justificada; de modo que es preciso fundar adecuada y convincentemente la carencia presupuestaria para que ésta pueda ser considerada un obstáculo insalvable a la procedencia de la acción (...) lo expuesto (...) no implica desconocer la existencia de eventuales conflictos de valores y de derechos (...) pero resulta inevitable jerarquizar aquellos principios que priorizan la salud de ciudadano por sobre consideraciones de mercado”*<sup>20</sup>

## Conclusiones:

Luego del breve recorrido efectuado, llegado a la instancia de las consideraciones finales y tras una valoración de lo resuelto en el caso “G. de J., R c Instituto Provincial de Salud de Salta s/amparo - recurso de apelación” resulta propicio subrayar el acierto de los sentenciantes, pues tanto el Tribunal de grado como el Superior en un entendimiento a todas luces imbuido por la valía de la salud en cuanto derecho humano no dudaron en brindar la protección adecuada. Focalizando en la naturaleza de lo pretendido remarcaron el innecesario rigorismo formal que acompaña el remedio procesal y dejaron claramente establecido que la balanza se inclina a favor del resguardo frente a manifestaciones económicas infundadas, es decir que la salud triunfa frente a meras consideraciones utilitarias, puesto que: “el derecho no se puede desentender de la salud: porque es lo más suyo de cada ser, que le debe reconocer y proveer de ella frente a las carencias, así como restituirla cuando es menoscabada; porque es el bien más preciado, el valor supremo, que integra el valor humanidad; porque hace a la seguridad, a la tranquilidad y a la paz social; así como a la calidad de vida de una comunidad”<sup>21</sup>

17 ITURRASPE Jorge Moiseet- LORENZETTI Ricardo L. (1991) “Contratos médicos” Ediciones La Rocca - bs. As. Argentina . pág. 27

18 LORENZETTI, Ricardo Luis (1998) “la empresa Médica” Edit. Rubinzal -Culzoni - Buenos Aires pág.34

19 “V. W. J. c/ Obra social de Empleados de comercio y Actividades Civiles” fallado el 2 de diciembre de 2004 donde la CSJN hizo lugar al recurso extraordinario deducido por el accionante y revocó por arbitraria la decisión que había rechazado el reclamo formulado contra una Obra Social, dirigida a obtener una cobertura médico asistencial en condiciones de adherente voluntario por quien padece el virus del HIV- SIDA. Citado en PALACIO DE CAEIRO Silvia B. (2011) *Constitución Nacional en la Doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación - 1ª ed.*- Buenos Aires: La Ley, 2011. Págs. 219-220

20 Conforme considerando nº 6 ; el resultado me pertenece.

21 ITURRASPE Jorge Moiseet- LORENZETTI Ricardo L. (1991) “Contratos médicos” Ediciones La Rocca - bs. As. Argentina . pág. 41

## Corte de Justicia de la Provincia de Salta

Causa: M., P. M.; M. A., M. c. Instituto Provincial de Salud de Salta (I.P.S.S.) s/ amparo - recurso de apelación

Salta, diciembre 15 de 2017

### CONSIDERANDO:

1º) Que a fs. 554 el Instituto Provincial de Salud de Salta (I.P.S.S.) interpuso recurso de apelación contra la sentencia de fs. 539/550 vta. que hizo lugar a la acción de amparo, condenando al impugnante a brindar de manera total e inmediata la cobertura al 100 % de los tratamientos médicos, de estimulación temprana y rehabilitación (fonoaudiología, fisio-kinesioterapia, neuropsicología, psicomotricidad, psicopedagogía e hidroterapia), así como las prestaciones de terapia ocupacional, apoyo escolar, de transporte y medicación que su diagnóstico requiera, y el reintegro de las sumas y de los gastos realizados por el amparista, en un plazo de 10 días, bajo apercibimiento de aplicar intereses a la tasa anual del 36 %, y desestimó el pedido de cobertura de toda prestación médica, farmacológica o asistencial futura formulado genéricamente en la demanda.

---

## EL DERECHO A LA SALUD DEL MENOR CON DISCAPACIDAD

THE RIGHT TO HEALTH OF THE CHILD WITH DISABILITIES

---

FRANCO JAVIER DE GRANDIS<sup>1</sup>

---

### RESUMEN

En el presente trabajo se comenta un fallo de la Corte de Justicia de Salta, en el cual se analiza el alcance de las obligaciones que pesan sobre las obras sociales, en relación a la cobertura médica que debe ser brindada a un menor con discapacidad. Además, se hace un análisis sobre cuál es la vía por la que se garantiza la efectiva protección del derecho a la salud en situaciones como la analizada.

### ABSTRACT

This paper is based on a judicial decision of the Salta Court of Justice, which analyzes the scope of the obligations of the medical insurance organizations in relation with the medical coverage that must be provided to a child with disabilities. It also includes an analysis of which is the most suitable way to achieve the effective protection of the right to health on this sort of situations.

Palabras claves: Derecho a la Salud; niño con discapacidad; amparo; cobertura médica; obras sociales

Key Words: Right to Health; child with disabilities; protection; medical coverage; medical insurance

---

<sup>1</sup> Abogado (Universidad Nacional de Córdoba). Ex becario del Programa de Intercambio del Centro de Estudios de América Latina de la Universidad Autónoma de Madrid. Ex becario del Programa de Fortalecimiento de la Función Pública en América Latina de la Fundación Botín (España). Ex becario del Programa Friends of Fulbright. Correo electrónico: francojgrandis1@gmail.com

Para así resolver el “a quo” concibió que la vía del amparo se encontraba habilitada para canalizar la pretensión de autos, en tanto está dirigida a resguardar el derecho a la salud de un niño con discapacidad. Concretamente consideró que en materia de discapacidad y cobertura médica, la Corte Suprema de Justicia de la Nación entendió que es obligación estatal garantizar con acciones positivas su efectivo acceso. Agregó que en el caso de las personas con discapacidad tal cobertura tiende a facilitar el mayor nivel de integración social. Cita instrumentos internacionales de protección de la infancia y de las personas con discapacidad, entre otros. En el orden provincial, fundó su decisión en las prescripciones contenidas en la Ley 7039 de Protección de la Niñez y la Adolescencia, en la Ley 7127 de creación del instituto demandado y en su decreto reglamentario (Decreto N° 3402/1997). Admitida la procedencia del amparo, el “a quo” analizó que la diferencia entre los valores reconocidos por el I.P.S.S. conforme su nomenclador y los que fijan por idénticas prestaciones las autoridades nacionales, podría llegar a superar el sueldo que percibe el actor, obligándolo a afrontar préstamos para cubrirla, lo que implicaría una inadmisibles vulneración de los derechos comprometidos. No obstante, el sentenciante no acogió la pretensión relativa a la cobertura integral del 100 % de toda prestación médica, farmacológica o asistencial futura que la patología del menor amerite según los profesionales tratantes, en atención a que ello supondría soslayar una instancia ineludible de control por parte de la demandada, cual es la presentación ante el I.P.S.S. de los pedidos médicos y de cobertura de las prácticas, medicamentos o cualquier otra prestación. Finalmente, en relación con el pedido de reintegro de las diferencias reclamadas, el “a quo” fundó su admisión en jurisprudencia de esta Corte.

Al expresar agravios a fs. 557/561 el apelante aduce que la sentencia impugnada adolece de la debida imparcialidad. Puntualmente sostiene que en autos no se ha demostrado que haya sido vulnerado derecho alguno del hijo del amparista, que en cambio si fue acreditada la falta de urgencia, requisito que debiera haber sido pon-

## **Introducción**

La Corte de Justicia de la Provincia de Salta rechazó el recurso de apelación interpuesto por el Instituto Provincial de Salud de Salta (I.P.S.S.) y confirmó la sentencia que condenó al impugnante a brindar de manera total e inmediata la cobertura al 100% de los tratamientos médicos, de estimulación temprana y rehabilitación, así como las prestaciones de terapia ocupacional, apoyo escolar, de transporte y la medicación que el diagnóstico del amparista requiera, junto con el reintegro de las sumas y los gastos ya realizados por el accionante.

### **I. El reconocimiento del Derecho a la Salud y su alcance.**

El reconocimiento del derecho a la salud posee raigambre constitucional y convencional. Históricamente, tal reconocimiento estaba comprendido dentro de los derechos implícitos protegidos por el art. 33 de la Constitución Nacional, y no existía ninguna normativa de jerarquía constitucional que protegiera explícitamente el derecho a la salud. Sin embargo, la situación ha variado desde que tuvo lugar la reforma de la Constitución Nacional de 1994.

La reforma de la Constitución Nacional de 1994 explicitó el reconocimiento del derecho a la salud a través de los Tratados Internacionales dotados de jerarquía constitucional en virtud del art. 75 inc. 22 CN. Entre ellos, el art. 12.1 del Pacto de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el art. 24 de la Convención de los Derechos del Niño; los arts. 12 y 14 de la Convención para la eliminación de todas las formas contra la discriminación contra la mujer; el art. 25 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con

derado a efectos de evaluar la procedencia del amparo, ello en tanto la demanda fue presentada el 04/11/2016 y la sentencia fue dictada recién con fecha 21/02/2017. También se agravia porque no existe ningún peligro en la salvaguarda de derechos constitucionales, ni arbitrariedad e ilegalidad imputables a su obrar. Afirma que el derecho a la salud como cualquier derecho no puede ser interpretado en términos absolutos. En ese sentido, agrega que el derecho a la salud debe analizarse en estrecho contacto con la realidad del caso concreto, en el que —dice— se reconoce la cobertura demandada conforme valores vigentes según el nomenclador provincial, y que por tanto si se apartase de ellos iría en detrimento del mismo derecho que le asiste al resto de los afiliados. En otro orden plantea que la sentencia confunde al Estado provincial con el instituto demandado y desconoce que éste último no integra el Sistema Nacional del Seguro de Salud ni reviste la calidad de agente del seguro de salud de acuerdo con las previsiones de las Leyes Nacionales 23.660, 23.661, 24.455 y sus respectivos decretos reglamentarios. Por último, se agravia por la condena a pagar los reintegros peticionados en la demanda.

A fs. 577/580 vta. el amparista contesta agravios solicitando se rechace en todos sus términos el recurso incoado, con costas, por los motivos que allí expresa.

A fs. 598/599 vta. y 602/605 se incorporan, respectivamente, los dictámenes de la Sra. Asesora General de Incapaces y del Sr. Fiscal ante la Corte N° 1, ambos coincidentes en que corresponde rechazar el recurso de apelación en análisis.

A fs. 606 se llaman autos para resolver, providencia que se encuentra firme.

2°) Que esta Corte ha dicho reiteradamente que, a tenor de lo dispuesto por el art. 87 de la Constitución de la Provincia, la acción de amparo procede ante actos u omisiones ilegales de la autoridad o de particulares restrictivos o negatorios de las garantías y derechos subjetivos explícita o implícitamente allí consagrados. La

Discapacidad<sup>2</sup>; el art. 25.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; el inciso iv) del apartado e) del artículo 5 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; como así también es necesario mencionar el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales<sup>3</sup>, que en su art. 10 reconoce el derecho a la salud, y en su inc. 1 reza “*Toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social.*”

En este sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que “*el derecho a la vida, más que un derecho no enumerado en los términos del art. 33 de la Ley Fundamental, es una prerrogativa implícita, ya que el ejercicio de los derechos reconocidos expresamente requiere necesariamente de él y, a su vez, el derecho a la salud está íntimamente relacionado con el primero y con el principio de autonomía personal, desde que un individuo gravemente enfermo no está en condiciones de optar libremente por su propio plan de vida*” (CSJN, Fallos: 329:4918)<sup>4</sup>; como así también ratificó su postura al manifestar que “*con relación al derecho a la salud, el Tribunal tiene dicho que está íntimamente relacionado con el derecho a la vida, siendo este el primer derecho de la persona humana que resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional; el hombre es el eje y centro de todo el sistema jurídico y, en tanto fin en sí mismo -más allá de su naturaleza trascendente- su persona es inviolable y constituye un valor fundamental, con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental*” (CSJN, Fallos: 338:1110)<sup>5</sup>.

2 Cuya jerarquía constitucional fue otorgada por Ley 27044.

3 Aprobado por nuestro país por Ley 24658

4 CSJN, “Mosqueda, Sergio c/ Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados”, sentencia del 7 de noviembre de 2006, Fallos: 329:4918, disponible en: [www.csjn.gov.ar](http://www.csjn.gov.ar)

5 CSJN, “Nobleza Piccardo S.A.I.C. y F. c/ Santa Fe, Provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad.”, sentencia del 27 de octubre de 2015, Fallos: 338:1110, disponible en [www.csjn.gov.ar](http://www.csjn.gov.ar)

viabilidad de esta acción requiere, en consecuencia, la invocación de un derecho indiscutible, cierto, preciso, de jerarquía constitucional, pero además, que la conducta impugnada sea manifiestamente arbitraria o ilegítima, y que el daño no pueda evitarse o repararse adecuadamente por medio de otras vías (cfr. esta Corte, Tomo 61:917; 64:137; 65:629; 127:315, entre otros).

El amparo, por lo demás, constituye un proceso excepcional que exige, para su apertura, circunstancias muy particulares, caracterizadas por la presencia de arbitrariedad o ilegitimidad manifiesta que, ante la ineficacia de los procedimientos ordinarios, origina un daño grave sólo eventualmente reparable por este procedimiento urgente y expeditivo. Debe tratarse de una vulneración de garantías constitucionales, pues la razón de ser de la acción de amparo no es someter a la vigilancia judicial el desempeño de los funcionarios y organismos administrativos, ni el contralor del acierto o error con que ellos cumplen la función que la ley les encomienda, sino proveer el remedio adecuado contra la arbitraria violación de los derechos y garantías reconocidos por la Constitución (cfr. doctrina de la CSJN en Fallos: 305:2237; 306:788, entre muchos otros).

El objeto de la demanda de amparo, en resumen, es la tutela inmediata de los derechos fundamentales acogidos por la Carta Magna frente a una transgresión que cause daño irreparable en tiempo oportuno y que exige urgentes remedios (esta Corte, Tomo 112:451, entre otros).

3°) Que en autos no se ha cuestionado la existencia de la discapacidad del menor de edad hijo del actor, su condición de beneficiario de la obra social, ni el acceso a una atención especializada adecuada a su discapacidad, según prescripción de los profesionales tratantes, como consecuencia de la cual su evolución es favorable, en miras a lograr una mayor calidad de vida e inclusión social en los términos en que las normas del más alto rango se lo aseguran.

.....

En la misma línea se ha pronunciado el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, al manifestar que *“La salud es un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos”*<sup>6</sup>, por lo que lograr su completa y efectiva protección es un requisito *sine qua non* para alcanzar un sistema que respete las obligaciones asumidas por los Estados en los diversos tratados internacionales de derechos humanos que han suscripto.

Sin embargo, su protección implica establecer un sistema integral, que trascienda más allá de la tradicional identificación de salud como “salud física”. En relación a la concepción integral del derecho a la salud, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha sostenido que *“el derecho a la salud está estrechamente vinculado con el ejercicio de otros derechos humanos y depende de esos derechos (...), en particular el derecho a la alimentación, a la vivienda, al trabajo, a la educación, a la dignidad humana, a la vida, a la no discriminación, a la igualdad, a no ser sometido a torturas, a la vida privada, al acceso a la información y a la libertad de asociación, reunión y circulación.”*<sup>7</sup> Por su parte, -y en virtud del lugar de procedencia del fallo bajo análisis- es importante destacar que la Constitución de la Provincia de Salta, reconoce expresamente el derecho a la salud al establecer en su art. 41:

*“La salud es un derecho inherente a la vida y su preservación es un deber de cada persona. Es un bien social. Compete al Estado el cuidado de la salud física, mental y social de las personas, y asegurar a todos la igualdad de prestaciones ante idénticas necesidades.”*

6 Observación general N° 14 “El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del PIDESC)”, aprobada por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. (22° período de sesiones, 2000), U.N. Doc. E/C.12/2000/4 (2000), apartado 1

7 Observación general N° 14 “El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del PIDESC)”, aprobada por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. (22° período de sesiones, 2000), U.N. Doc. E/C.12/2000/4 (2000), apartado 3

Lo que el I.P.S.S. discute es el monto que debe cubrir por la cobertura de las prestaciones que demanda el hijo del amparista en función de su discapacidad (síndrome de down o trisomía 21) o, en otras palabras, cuál es el nomenclador que debe aplicarse.

Así definido el objeto, mal puede sostenerse que en el caso no exista la urgencia que exige la vía intentada, a más de hallarse comprometidos derechos cuya satisfacción integral resulta impostergradable.

4°) Que hasta la reforma de la Constitución Nacional de 1994, no existía en el ámbito nacional texto alguno de jerarquía constitucional que consagrara explícitamente el derecho a la salud. Si bien las obligaciones del Estado en la materia podían inferirse de la mención del carácter integral de la seguridad social, el otorgamiento de jerarquía constitucional al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha modificado sensiblemente el panorama legal en cuestión (art. 75 inc. 22 de la C.N.).

En el mencionado Pacto, los Estados Partes se han comprometido a propender al derecho de todas las personas a disfrutar del más alto nivel posible de salud física y mental, adoptando medidas para hacer efectivos tales derechos (CSJN, “Campodónico de Beviacqua, Ana Carina vs. Ministerio de Salud y Acción Social”, 24/10/2000, LA LEY, 2001-C, 32). Asume así el Estado tales obligaciones con características proyectivas, comprometiendo la aplicación progresiva del máximo de los recursos posibles. Esto significa un esfuerzo constante que aquél asume y que no se agota en un acto concreto, sino que debe ser una política continua y comprometida.

Es así que el goce de la salud, entendido en sentido amplio, importa la defensa del derecho a la vida y a la preservación de aquélla, que dimana de normas de la más alta jerarquía (cfr. Preámbulo y arts. 31, 33, 42, 43, 75 inc. 22 de la C.N.; 3° y 8° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; 12 incs. 1° y 2° ap. “d”, del Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales; 4° inc. 1°, 5° inc. 1° y 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos).

## II. El amparo como vía procesal

La vía procesal del amparo reconocida jurisprudencialmente en los renombrados casos “Siri”<sup>8</sup> y “Kot”<sup>9</sup> y consagrada legislativamente mediante Ley 16986, obtuvo su reconocimiento constitucional en el año 1994, con un mayor campo de aplicación. Así, el artículo 43 de la Constitución Nacional establece en su primer párrafo:

*“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.”*

Sin embargo, la Constitución de la Provincia de Salta avanzó aún más, al establecer en su artículo 87 una explícita mención de la procedencia de esta acción ante supuestos en los que la prestación servicio de salud no se realice sin que exista justificación alguna:

*“La acción de amparo procede frente a cualquier decisión, acto u omisión arbitrarios o ilegales de la autoridad, excepto la judicial, o de particulares, restrictivos o negatorios de las garantías y derechos subjetivos explícitos o implícitos de esta Constitución, tanto en el caso de una amenaza inminente cuanto en el de una lesión consumada, a los fines del cese de la amenaza o del efecto consumado (...)*

*(...) La no prestación injustificada por parte del Estado de los servicios educativos, de salud y de otros esenciales da lugar a esta acción.”*

8 CSJN, “Siri, Ángel s/interpone recurso de hábeas corpus”, sentencia del 27 de diciembre de 1957, Fallos: 239:459, disponible en: [www.csjn.gov.ar](http://www.csjn.gov.ar)

9 CSJN, “Kot, Samuel S.R.L. s/ recurso de habeas corpus”, sentencia del 27 de diciembre de 1957, Fallos: 241:291, disponible en: [www.csjn.gov.ar](http://www.csjn.gov.ar)

A su vez, nuestra Carta Magna Provincial, en sus arts. 41 y 42, contiene disposiciones concretas y claras referidas a la protección del derecho a la vida y a la atención de la salud.

5°) Que a su vez existen leyes específicas de protección ante la discapacidad del hijo del amparista: la Ley 24.901 denominada Sistema de Prestaciones Básicas en Habilitación y Rehabilitación Integral a Favor de las Personas con Discapacidad, promulgada en diciembre de 1997 y la Ley provincial 7600 que adhiere al sistema de la ley nacional (sancionada en el año 2009).

Esta última norma, en el art. 2°, establece en forma expresa que el I.P.S.S. está obligado a brindar las prestaciones básicas de atención integral de acuerdo a un nomenclador especial que establezca con sus prestadores, respetando las prestaciones básicas determinadas según Ley 24.901.

Por su parte, dicha norma establece en su articulado un sistema de prestaciones básicas de atención integral a las personas con discapacidad, contemplando acciones de prevención, asistencia, promoción y protección, a los fines de brindarles una cobertura integral a sus necesidades y requerimientos. En su art. 2° prevé expresamente que las obras sociales tendrán a su cargo con carácter obligatorio, la cobertura “total” de las prestaciones básicas enunciadas en la presente ley, que necesiten las personas con discapacidad afiliadas a las mismas. Así el art. 15 se refiere a las prestaciones de rehabilitación entendiendo por tales “aquellas que mediante el desarrollo de un proceso continuo y coordinado de metodologías y técnicas específicas, instrumentado por un equipo multidisciplinario, tienen por objeto la adquisición y/o restauración de aptitudes e intereses para que una persona con discapacidad alcance el nivel psicofísico y social más adecuado para lograr su integración social, a través de la recuperación de todas o la mayor parte posible de las capacidades motoras, sensoriales, mentales y/o viscerales, alteradas total o parcialmente por una o más afecciones, sean éstas de origen congénito o adquirido”. Añade el artículo —en un segundo párrafo— que: “En todos los casos se deberá brindar cobertura .....

Así, el amparo representa la vía procesal más importante por la que se han canalizado las acciones tendientes a la protección del derecho a la salud. La Corte Suprema de Justicia de la Nación, ha manifestado que el “*El amparo es el procedimiento judicial más simple y breve para tutelar real y verdaderamente los derechos consagrados en la Ley Fundamental y tiene por objeto una efectiva protección de derechos.*” Y que “*es imprescindible ejercer la vía del amparo para la salvaguarda del derecho fundamental de la vida y de la salud.*” (CSJN, Fallos: 326:4931, del voto de los Dres. Belluscio, Petracchi, Boggiano, Vázquez en remisión al dictamen de la Procuración General de la Nación)<sup>10</sup>.

Sin embargo, esto no significa en manera alguna sostener que el amparo ha producido un reemplazo de las vías ordinarias previstas para la resolución de las controversias que se pudieran suscitar. En consecuencia, el amparista deberá demostrar -tal como lo establece la disposición constitucional- que no existe otro medio judicial más idóneo para atender a su solicitud, y en su caso, la necesidad de evitar el perjuicio inminente o lograr una efectiva reparación de los daños ya causados; ya que “*la acción de amparo constituye una vía excepcional que sólo procede en ausencia de otro medio adecuado o cuando la inminencia del daño haría ilusoria su reparación.*” (CSJN, Fallos: 274:13)<sup>11</sup>

En el mismo sentido, la Corte de Justicia de Salta ha dicho reiteradamente que “*a tenor de lo dispuesto por el art. 87 de la Constitución de la Provincia, la acción de amparo procede ante actos u omisiones ilegales de la autoridad o de particulares restrictivos o negatorios de las garantías y derechos subjetivos explícita o implícitamente allí consagrados. La viabilidad de esta acción requiere, en consecuencia, la invocación de un derecho indiscutible, cierto, preciso, de jerarquía constitucional, pero además, que la conducta impugnada sea manifiestamente arbitraria o ilegítima, y que el daño no*

10 CSJN, “Asociación de Esclerosis Múltiple de Salta c/ Ministerio de Salud - Estado Nacional s/ acción de amparo-medida cautelar”, sentencia del 18 de diciembre de 2003, Fallos: 326:4931, disponible en: [www.csjn.gov.ar](http://www.csjn.gov.ar)

11 CSJN, “Blanco, Gervasio y otro c/ Capitanía del Puerto de Buenos Aires”, sentencia del 9 de junio de 1969, Fallos: 274:13, disponible en: [www.csjn.gov.ar](http://www.csjn.gov.ar)

integral en rehabilitación, cualquiera fuera el tipo y grado de discapacidad, con los recursos humanos, metodologías y técnicas que sea menester y por el tiempo y las etapas que cada caso requiera”.

Asimismo la ley nacional regula en los arts. 15 y 16 las prestaciones de rehabilitación y terapéuticas educativas, tendientes “al desarrollo de un proceso continuo y coordinado de metodologías y técnicas específicas... que tienen por objeto la adquisición y/o restauración de aptitudes e intereses para que una persona con discapacidad alcance un nivel psicofísico y social más adecuado para lograr su integración social” y “a promover la restauración de conductas desajustadas, adquisición de adecuados niveles de autovalimiento e independencia e incorporación a nuevos modelos de interacción, mediante el desarrollo coordinado de metodologías y técnicas de ámbito terapéutico-pedagógico y recreativo”.

Tales normas deben ser interpretadas en el marco de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad así como de la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad.

6°) Que el derecho a la preservación de la salud es una obligación impostergable que tiene la autoridad pública, quien debe garantizar ese derecho 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 pre-paga” (CSJN, Fallos: 321:1684; 323:1339).

Esa doctrina del Alto Tribunal Federal ha sido reiterada en un caso en el que se demandaba a la obra social de la Provincia de Buenos Aires —Instituto de Obra Médico Asistencial (IOMA)—, en el que además ha recordado precedentes donde ha dejado bien claro que las obligaciones que incumben a la Nación en materia sanitaria no son exclusivas ni excluyentes de las que competen a sus unidades políticas en sus esferas de actuación sino que, en estados de estructura federal, pesan sobre ellas responsabilidades semejantes, que también se

*..... pueda evitarse o repararse adecuadamente por medio de otras vías” (Corte de Justicia de Salta, Tomo 61:917; 64:137; 65:629; 127:315).*

De esta manera, el objeto de una demanda de amparo, debe perseguir necesariamente la protección inmediata de derechos fundamentales receptados por la Carta Magna, siempre en la medida de que sea ante una transgresión que cause o pueda causar un daño que exige una solución urgente, so pena de causar un daño irreparable si no se actúa de esa manera.

En consecuencia, encontrándose el derecho a la salud comprendido en el elenco de derechos fundamentales receptados constitucionalmente y convencionalmente, el amparo representa una vía apropiada para perseguir la protección del mismo, en tanto la situación exija la mayor celeridad posible, ya que “*la no admisibilidad del amparo por meros requisitos formalistas e inconducentes implica un claro retroceso en pos de la efectiva reparación de ese daño que se está produciendo, lo que conlleva a que en la práctica la garantía consagrada por las normas constitucionales y supranacionales termine siendo algo ficticio*”.<sup>12</sup>

### III. Consideraciones sobre la decisión

La Corte Suprema de Justicia de Salta, en forma unánime, consideró que debía rechazarse el recurso de apelación interpuesto por el Instituto Provincial de Salud de Salta (I.P.S.S); obligando de esta manera a la demandada a brindar inmediata cobertura del 100% de los tratamientos médicos, de estimulación temprana y rehabilitación, como así también las prestaciones de terapia ocupacional, apoyo escolar, de transporte y medicación que el diagnóstico requiera, con el consecuente reintegro de los gastos ya realizados por

12 DUIZEIDE, Santiago G., “¿La inconstitucionalidad del derecho a la salud?”, DFyP 2015 (octubre), 180, AR/DOC/3177/2015

proyectan sobre las entidades públicas y privadas que se desenvuelven en este ámbito, sosteniendo que, de lo contrario, las leyes sancionadas en la materia no dejarían de ser sino enfáticas enumeraciones programáticas vacías de operatividad (Fallos: 331:2135). 7º) Que en las Observaciones Finales al informe inicial de Argentina, aprobadas durante la 91ª sesión, celebrada el 27/09/2012, el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, observó con preocupación el hecho de que no toda la legislación provincial argentina esté armonizada con la Convención, circunstancia que genera disparidades en la forma en la que a nivel local se entienden los derechos de las personas con discapacidad y su concreta implementación. En virtud de tal observación, el Comité instó a nuestro país a tomar las medidas necesarias para armonizar toda su normativa federal, provincial y local con los preceptos de aquélla, en un marco que asegure la participación efectiva de las organizaciones de personas con discapacidad, en concordancia con el art. 4, inc. 3, de dicho instrumento. En esa línea, esta Corte sostuvo que la no adhesión por parte de la demandada al sistema de las Leyes 23.660, 23.661 y 24.901 no determina que le resulte ajena la carga de adoptar las medidas razonables a su alcance para lograr la realización plena de los derechos de las personas con discapacidad a los beneficios de la seguridad social, con el alcance integral que estatuye la normativa tutelar en la materia (cfr. Tomo 144:089, entre muchos otros).

Así debe desestimarse el agravio que imputa un error de encuadramiento normativo a la sentencia apelada.

8º) Que asimismo, en ese marco jurídico, que a su vez debe ser leído teniendo como horizonte el mejor interés del menor de edad (cfr. art. 3, Convención sobre los Derechos del Niño), no puede tener acogida favorable el agravio relativo a una supuesta desacertada aplicación judicial del nomenclador nacional, por cuanto no resulta ajeno a la jurisdicción local, como pretende el demandado.

En ese sentido, el accionar del Instituto, en tanto pretende regirse por un nomenclador local que se aleja de

parte del amparista; con base en las siguientes líneas argumentales.

En primer lugar, coincidió con el “*a quo*” en que el amparo representa la vía procesal para resguardar el derecho a la Salud de un niño con discapacidad, en virtud de que el objeto de la demanda se corresponde el deber impuesto al Estado de realizar acciones positivas para garantizar su resguardo y efectivo acceso a la cobertura médica, dado que “*a diferencia de los derechos civiles -que imponen un “no hacer”, “no interferir”- los derechos sociales prestacionales exigen un dar o hacer. Tienen en mira propender hacia alguna forma de equilibrio o igualdad, procurando corregir las desigualdades de hecho a través de un régimen diferenciado*”<sup>13</sup>

En segundo lugar, el Tribunal realiza un análisis integral de toda la normativa aplicable al caso, haciendo expresa remisión a disposiciones de orden internacional, nacional y provincial. Esta aplicación sistémica de la normativa vigente, le permite al Tribunal acudir a las disposiciones de la Leyes Provinciales 7039 de Protección de la Niñez y la Adolescencia y la Ley 7600 por la cual la Provincia de Salta adhiere al Sistema de Prestaciones básicas en habilitación y rehabilitación integral a favor de las Personas con Discapacidad previsto por la ley 24901. Desde el punto de vista normativo nacional, el tribunal acude a las disposiciones de las leyes 23.660, 23661 y 24901, para ratificar su postura de que que la no adhesión de la demandada al sistema previsto por la normativa nacional, no implica en modo alguno que le sea ajena la carga de adoptar las medidas razonables a su alcance para lograr la realización plena de los derechos de las personas con discapacidad, coincidentemente con lo manifestado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en autos “Martín, Sergio Gustavo y otros c/ Fuerza Aérea Arg. Direc. Gral. Bienestar Pers. Fuerza Aérea s/ amparo”<sup>14</sup>. A mayor

13 SAMMARTINO, Patricio Marcelo E., “Principios Constitucionales del Amparo Administrativo”, Abeledo Perrot, 2003, pág. 128

14 CSJN, “Martín, Sergio Gustavo y otros c/ Fuerza Aérea Arg. Direc. Gral. Bienestar Pers. Fuerza Aérea s/ amparo”, sentencia del 8 de junio de 2004, Fallos: 327:2127, disponible en: [www.csjn.gov.ar](http://www.csjn.gov.ar)

los montos dispuestos por la legislación vigente, resulta ilegítimo y arbitrario. Y no ha logrado probar en estos autos que su obligación de garantizarlos tenga consecuencias tan negativas que sean capaces de poner en crisis su solvencia económica, en detrimento de iguales derechos que pudieran asistirles al resto de sus afiliados.

Sobre este punto cabe recordar que esta Corte tiene dicho que no basta con una simple afirmación relativa a la eventual afectación del principio de solidaridad, sino que es preciso fundar adecuada y convincentemente la carencia presupuestaria para que ésta pueda ser considerada un obstáculo insalvable a la procedencia de la acción (cfr. Tomo 174:451, entre otros).

Por lo demás cabe señalar que si bien la legislación provincial habilita la confirmación de un nomenclador especial que el demandado establezca con sus prestadores, su aplicación no puede ocasionar detrimento a la cobertura integral de la salud de los afiliados; ello es así, sin perjuicio de los derechos que, en orden al nomenclador pactado con sus efectores y a las condiciones establecidas convencionalmente, pueda tener la obra social frente a éstos.

9°) Que el agravio referente a los reintegros dispuestos en la sentencia tampoco puede prosperar.

Si bien, en principio, el reintegro de gastos solicitado por la vía del amparo no resulta procedente cuando la cuestión se limita a un asunto meramente patrimonial y está ausente la urgencia que es propia de este proceso especial, esta Corte ha hecho lugar a pedidos en ese sentido cuando se ordena la cobertura de un problema de salud y el reintegro de gastos resulta ser la consecuencia de la modalidad de aquélla, razón por la cual el reconocimiento guarda relación directa e inmediata con la protección de la salud del amparado (cfr. Tomo 138:15; 182:323, entre otros).

El apelante no ha demostrado error o desacierto en la sentencia pues el “a quo” ha analizado y aplicado correctamente la normativa que rige el caso para concluir que asiste al actor el derecho a obtener la restitución

abundamiento, cabe destacar que el art. 2° de la ley 7600<sup>15</sup> prescribe que el Instituto Provincial de Salud de Salta está obligado a brindar las prestaciones básicas de atención integral de acuerdo a un nomenclador especial que establezca con sus prestadores, respetando las prestaciones básicas determinadas según ley 24901, el que deberá ser confeccionado en un plazo de noventa (90) días. A su vez, el art. 1° de la ley 24901 instituye un sistema de prestaciones básicas de atención integral a favor de las personas con discapacidad, contemplando tanto acciones de prevención, asistencia, promoción como de protección para las personas con discapacidad, con el objeto de brindarles una cobertura integral a sus necesidades y requerimientos. Al mismo tiempo, en virtud de su art. 2° -que establece su ámbito de aplicación- todas las obras sociales, tienen a su cargo con carácter obligatorio, *la cobertura total de las prestaciones básicas*<sup>16</sup> que necesiten las personas afiliadas con discapacidad. Dentro de las prestaciones comprendidas, se encuentran las prestaciones preventivas (art. 14), de rehabilitación (art. 15), terapéuticas educativas (art. 16), educativas (art. 17), como así también las prestaciones asistenciales (art. 18).

Es imprescindible destacar que toda la lectura e interpretación de la normativa anteriormente citada, es realizada por la Corte en el marco de los parámetros establecidos por Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad<sup>17</sup> y la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad<sup>18</sup>. Pero es aún más remarcable la importancia dada por el tribunal al hecho de que todo el análisis fáctico gira en torno a la protección del derecho a la salud de un menor, y es por ello, que la Corte expresa con claridad que todo

15 Mediante la cual la Provincia de Salta instituye el Sistema de Prestaciones Básicas de Atención Integral a favor de las personas con discapacidad, adhiriendo al sistema establecido por Ley 24901.

16 El resaltado me pertenece

17 Aprobada por nuestro país por Ley 26378.

18 Aprobada por nuestro país por Ley 25280.

reclamada. En relación con ello, debe tenerse presente que el reclamo tiene por fin inmediato la preservación de la salud y el derecho a una vida con inclusión social plena del niño con discapacidad, hijo del amparista, y que la cuestión referida a la restitución de los importes de los gastos fue planteada como una pretensión accesoria al mencionado objeto principal, que sobradamente justificaba la pertinencia de la vía. En tal sentido, el recurrente no logra refutar los argumentos sobre los cuales se construye el fallo atacado, limitándose el memorial a esbozar objeciones generales, insuficientes para desvirtuarlo.

En ese contexto, obligar al actor a intentar un proceso ordinario para cobrar la suma reclamada implicaría un exceso ritual manifiesto.

10) Que por todo lo expuesto, corresponde rechazar el recurso de apelación interpuesto por la demandada. Con costas, por aplicación del principio objetivo de la derrota (art. 67 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación). Por ello, la Corte de Justicia, resuelve: I. Rechazar el recurso de apelación de fs. 554 y, en su mérito, confirmar la sentencia de fs. 539/550 vta. Con costas. II. Mandar que se registre y notifique. — Guillermo A. Catalano. — Ernesto R. Samsón. — Sergio F. Vittar. — Guillermo A. Posadas. — Abel Cornejo. — Susana G. Kauffman. — Sandra Bonari.

---

.....

el marco jurídico “*debe ser leído teniendo como horizonte el mejor interés del menor de edad*”<sup>19</sup>, conforme las disposiciones del art. 3 de la Convención de los Derechos del Niño (con jerarquía constitucional en virtud del Art. 75 inc. 22 CN)

Además, la Corte –con mucho acierto– insiste en que “*no basta una simple afirmación relativa a la eventual afectación del principio de solidaridad, sino que es preciso fundar adecuada y convincentemente la carencia presupuestaria para que ésta pueda ser considerada un obstáculo insalvable a la procedencia de la acción*”<sup>20</sup>. Así, “*la tensión entre la obligación constitucional del Estado de proveer servicios médicos adecuados y la necesidad de contar con recursos económicos para prestarlos, debe resolverse en favor de la primera. Es decir, que el Estado no puede eludir ligeramente sus obligaciones constitucionales alegando limitaciones financieras*”<sup>21</sup>

Es importante recordar que en el caso bajo análisis se encuentra comprometido el derecho de un menor a la protección integral de la salud y, por consiguiente a una adecuada calidad de vida, derecho que debe ser tutelado por sobre otras consideraciones por todos los departamentos de gobierno, pues el art. 3º de la Convención sobre los Derechos del Niño expresamente dispone que en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas, o los órganos legislativos, debe atenderse en forma primordial al interés superior del menor.

## Conclusiones

La sentencia analizada realiza un gran aporte a la jurisprudencia en materia de protección del derecho a la salud. En primer lugar, ratifica la obligación que pesa sobre las obras sociales de otorgar cobertura integral de los tratamientos médicos, de estimulación temprana y rehabilitación, así como las prestaciones de terapia ocupacional, apoyo escolar, de transporte y medicación que sean necesarias en un caso de discapacidad,

---

<sup>19</sup> Cfr. Considerando 8º

<sup>20</sup> Idem.

<sup>21</sup> CAPUTI, María Claudia, “La tutela judicial de la salud y su reivindicación contra los entes estatales”, LA LEY 2005-B, 1460, AR/DOC/587/2005

en miras a lograr una mayor calidad de vida e inclusión social en los términos en que las normas del más alto rango se lo reconocen.

Además, la Corte establece con claridad que negar el otorgamiento de la correspondiente cobertura sin probar suficientemente que las consecuencias negativas puedan poner su solvencia económica en crisis, constituye un obrar ilegítimo y arbitrario por parte de las obras sociales.

En relación al reintegro de gastos, la Corte entiende que si bien no es procedente su reclamo por vía de amparo, si corresponde hacer lugar a dicha pretensión, cuando el reintegro de gastos resulta ser una consecuencia de una cobertura de un problema de salud reclamado por vía de la acción de amparo, dado que -en ese marco- tiene relación directa e inmediata con la protección de la salud del amparado.

En el decisorio bajo análisis, la Corte de Justicia de Salta, nos deja un análisis integral de la normativa aplicable para aquellos casos en los que se encuentran involucrados menores con discapacidad, de cuáles son las obligaciones que pesan sobre las obras sociales y cuál es la vía idónea para reclamarlo.

#### REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- CAPUTI, María Claudia, “La tutela judicial de la salud y su reivindicación contra los entes estatales”, LA LEY 2005-B, 1460, AR/DOC/587/2005
- LL, Suplemento de Derecho Administrativo, 19 de abril de 2005.
- DUIZEIDE, Santiago G., “¿La inconstitucionalidad del derecho a la salud?, DFyP 2015 (octubre), 180, AR/DOC/3177/2015
- SAMMARTINO, Patricio Marcelo E., “Principios Constitucionales del Amparo Administrativo”, Abeledo Perrot, 2003, pág. 128



## Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba

Causa: : M., V. C/ Administración Provincial de Seguro de Salud (APROSS) – Amparo (Ley 4915) – Recurso de Apelación

Córdoba, 17 de octubre de 2017

SENTENCIA NUMERO: 3.

Vocales integrantes del Tribunal Superior de Justicia, Doctores Aída Lucía Teresa Tarditti, Domingo Juan Sesin, Luis Enrique Rubio, M. de las Mercedes Blanc G. de Arabel, María Marta Cáceres de Bollati, Sebastián Cruz López Peña y Silvia B. Palacio de Caeiro, bajo la presidencia de la primera, a fin de dictar sentencia en estos autos caratulados “M., V. C/ADMINISTRACIÓN PROVINCIAL DE SEGURO DE LA SALUD (APROSS) - AMPARO (LEY 4915) - RECURSO DE APELACIÓN” (expte. SAC n° xxxxx), con motivo del recurso de apelación interpuesto por la parte actora, procediéndose a fijar las siguientes cuestiones a resolver: PRIMERA CUESTIÓN: ¿Es procedente el recurso de apelación interpuesto?

SEGUNDA CUESTIÓN: ¿Qué pronunciamiento corresponde?

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA LOS SEÑORES VOCALES DOCTORES AÍDA LUCÍA TERESA TARDITTI, DOMINGO JUAN SESIN, LUIS ENRIQUE RUBIO, M. DE LAS MERCEDES BLANC G. DE ARABEL, MARÍA MARTA CÁCERES DE BOLLATI, SEBASTIÁN CRUZ LÓPEZ PEÑA Y SILVIA B. PALACIO DE CAEIRO, EN FORMA CONJUNTA, DIJERON:

## DERECHO A LA SALUD DE ANCIANOS Y DISCAPACITADOS Y CRITERIO DE INTERPRETACIÓN DE LOS HECHOS EN MATERIA DE SALUD

RIGHT TO HEALTH OF OLD AGE AND DISABILITY AND INTERPRETATION CRITERIA OF FACTS IN HEALTH MATTER

MICAELA ROCÍO PASSETTI <sup>1</sup>

### RESUMEN

El presente artículo analiza la resolución del Tribunal Superior de Justicia de un recurso de apelación contra el dictamen de la Cámara Contencioso Administrativa que no hace lugar a una acción de amparo. La sentencia objeto de análisis nos expone claramente la naturaleza del razonamiento jurídico y el alcance del Derecho a la Salud de discapacitados y ancianos, como así también, el criterio de interpretación de los hechos en materia de salud y su relevancia innegable para arribar a lo justo judicial

### ABSTRACT

This article analyzes a resolution of the Superior Court of Justice. The resolution clearly exposes the nature of the legal reasoning and the scope of the Right to Health, as well as the interpretation criteria of facts in health matter and its undeniable relevance to arrive at fair judicial decisions.

<sup>1</sup> Alumna avanzada de la Carrera de Abogacía de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba. Ha sido becaria de grado en la Universidad Autónoma de Madrid en el Curso Académico 2017/18; y becaria en la Pontificia Universidad Javeriana de Cali en el marco del Programa de Movilidad ODS y Ciudadanía Global. Correo electrónico: passettimicaela@gmail.com.

1. Los representantes de la parte actora interpusieron recurso de apelación (fs. 125/129) en contra de la Sentencia número Setenta y ocho dictada con fecha veintisiete de abril de dos mil diecisiete por la Cámara Contencioso Administrativa de Primera Nominación de esta ciudad por la que se resolvió “1. *No hacer lugar a la presente acción de amparo interpuesta por la señora V. M. contra la Administración Provincial de Seguro de Salud (A.PRO.S.S.) con motivo de la denegación de la cobertura de un ‘concentrador de oxígeno portátil’.* 2. *Imponer las costas a la parte actora atento no encontrar razones que aconsejen apartarse del principio objetivo de la derrota...*” (fs. 118/124vta.).

Solicitan se haga lugar a la acción de amparo presentada por la actora y se ordene a la APROSS la cobertura del concentrador de oxígeno portátil tal como fue peticionado por ella.

Alegan que la resolución recurrida resulta violatoria del principio lógico de razón suficiente. Fundamentan tal extremo en la propia fórmula empleada por el *a quo* para justificar el rechazo de la pretensión en cuanto consignó “*Que la salud es definida como el estado general de bienestar físico, psíquico y social*”, sin considerar que el concentrador de oxígeno portátil pedido por lo actora ayudaría a brindarle mayor calidad de salud para su estado general de bienestar físico, psíquico y social.

Explican que el aparato provisto por la APROSS, esto es la mochila de oxígeno líquido, no violenta con arbitrariedad e ilegalidad manifiesta su derecho a la salud, pero lo que su representada pretende es el reconocimiento de tal derecho en su calidad cotidiana, el que resulta lesionado al negarle la cobertura del concentrador de oxígeno medicamente indicado. Refieren que la actora se encuentra próxima a cumplir 76 años y, no obstante estar retirada de su vida laboral activa, lleva una vida socio-cultural intensa, pretende asistir a talleres de la tercera edad, a conciertos musicales, a museos, relacionarse con sus parientes mediante visitas, actividades éstas que se encuentran acotadas precisamente porque la mochila de oxígeno líquido no le lo permite.

.....

Palabras claves: Derecho a la salud; cobertura médica; discapacidad y ancianidad; criterio de interpretación; análisis particular.

Key Words: Right to Health; health insurance; disability and old age; interpretation criteria; particular analysis.

## I. Introducción al caso

La Administración Provincial de Seguro de Salud proveyó a la señora M.V. de una mochila de oxígeno líquido en razón de sus afecciones respiratorias. Con posterioridad y en reiteradas ocasiones, la señora M.V. solicitó a APROSS la cobertura de un concentrador de oxígeno portátil, pero la Administración se negó. En consecuencia, los representantes de la señora M.V. interpusieron ante la Cámara Contencioso Administrativa de la Ciudad de Córdoba una acción de amparo en contra de la APROSS solicitando la cobertura del concentrador de oxígeno portátil. La Cámara Contencioso Administrativa resolvió con fecha veintisiete de abril de dos mil diecisiete no hacer lugar a la acción de amparo atento no advertir ilegalidad o arbitrariedad visible por parte de APROSS toda vez que las denegatorias fueron fundadas en la reglamentación legal vigente y en la carencia de fundamentación médica suficiente para apartarse de ésta y brindar una cobertura distinta. Los representantes de la parte actora interpusieron recurso de apelación ante el Tribunal Superior de Justicia en contra del dictamen del *a quo*. El Tribunal Superior de Justicia se expidió al respecto en la sentencia número 3 con fecha diecisiete de octubre de dos mil diecisiete haciendo lugar al recurso de apelación, admitiendo la acción de amparo interpuesta y ordenando la provisión del concentrador de oxígeno portátil. Tal resolución, dirimida en autos: “M., V. C/ ADMINISTRACIÓN PROVINCIAL DE

Afirman que en la actualidad la imagen de las personas con enfermedades respiratorias crónicas incapaces de desarrollar una vida activa ha llegado a su fin, y refieren que los concentradores portátiles de oxígeno incrementan las posibilidades de interrelación de los pacientes que lo utilizan con su entorno.

Describen que la mochila de oxígeno líquido provista por APROSS cubre las necesidades derivadas de la patología respiratoria de la señora M. pero no logra el estado general de bienestar físico, psíquico y social, toda vez que contribuye a agravar su patología de escoliosis en la columna debido a su gran peso y que para recargarla es necesario levantar la mochila y colgarla sobre el tubo de oxígeno grande.

Asimismo sostienen que la mochila de oxígeno líquido no favorece la independencia y auto valimiento de la actora ya que con su oxígeno sólo puede respirar aproximadamente dos horas, lo que limita e impide que realice cualquier tipo de actividad, con el consecuente pánico que si en ese tiempo no vuelve a su casa para cargar la mochila, se queda sin oxígeno.

Exponen que para su representada el desarrollo de actividades cotidianas -como sería ir al supermercados, al cine, al teatro, de vacaciones, visitar parientes- resulta imposible ya que, continuamente siente el pánico que le genera la posibilidad de demorar más de dos horas sin poder regresar a su casa.

Afirman que la situación descrita se revertiría si la demandada le brindara la cobertura de un concentrador portátil de oxígeno, ya que existen concentradores mucho más livianos que la mochila de oxígeno, aparte de tener más duración por la cantidad de oxígeno que proporciona y que admiten ser cargados con electricidad. Por lo expuesto, afirman que la sentencia recurrida viola el principio lógico de razón suficiente al negarle a la actora un estado general de bienestar en su derecho a la salud.

2. Por Auto interlocutorio número Ciento cincuenta y ocho de fecha tres de mayo de dos mil diecisiete, la Cámara actuante resuelve conceder el recurso de apelación, elevando los presentes a este Cuerpo (fs. 130 y vta.).

.....  
 SEGURO DE LA SALUD (APROSS) – AMPARO (LEY 4915) -RECURSO DE APELACIÓN”, constituyere el objeto de análisis del presente comentario.

## II. Aclaraciones de los hechos

Antes de ahondar sobre la sentencia, se cree pertinente esclarecer qué es una mochila de oxígeno líquido como así también un concentrador de oxígeno portátil. Ambos constituyen equipos de oxigenoterapia crónica domiciliaria (OCD), específicamente fuentes móviles de oxígeno proveídos a pacientes con diagnóstico de insuficiencia respiratoria. Una de las principales diferencias entre los instrumentos, y que conciernen al caso, es el patrón de movilidad que cada uno provee al paciente en razón de su modo de funcionamiento. En el artículo titulado: “Perfiles de movilidad de los pacientes con oxigenoterapia crónica domiciliaria” Díaz Lobato s. y Mayoralas Alises S. especifican:

“La movilidad del paciente que recibe OCD mediante un sistema de O2 líquido depende de la autonomía de la mochila. Ésta se recarga de la nodriza, por lo que la autonomía del paciente queda limitada por la duración de la mochila. El patrón de movilidad podríamos representarlo (...) por un círculo en cuyo centro situaríamos el punto de recarga. El paciente puede aprovechar la mitad de la carga de O2 para alejarse, reservando la otra mitad para volver al punto de recarga.”<sup>2</sup>

El cuanto los concentradores de oxígeno portátiles se describe:

“Los CPO dependen del suministro eléctrico. Su autonomía mediante baterías puede ser mayor o menor, pero siempre que haya un enchufe o bat-

2 DÍAZ LOBATO Salvador, MAYORALAS ALISES Sagrario (2012): “Perfiles de movilidad de los pacientes con oxigenoterapia crónica domiciliaria”, *Archivos de Bronconeumología*. Recuperado de: <https://www.archbronconeumol.org/es-perfiles-movilidad-los-pacientes-con-articulo-S0300289611003292#aff0010>

3. Recibidos éstos (fs. 133) se corre traslado a la parte contraria (decreto del 2 de junio de 2017, fs. 136).

A fojas 139/145vta. la demandada solicita la deserción del recurso por falta de fundamentación, contesta agravios y solicita se rechace el recurso deducido, con imposición de costas.

4. A fojas 146 se corre vista al Ministerio Público Fiscal (decreto del 16 de junio de 2017), expidiéndose el señor Fiscal Adjunto mediante Dictamen n° E-441 presentado con fecha 22 de junio de 2017 (fs. 147/148), pronunciándose por el rechazo del recurso planteado.

5. Dictado el decreto de autos (fs. 149), y firme éste, se encuentra la causa en estado de ser resuelta.

#### 6. LA APELACIÓN

El recurso de apelación ha sido deducido en tiempo oportuno, por quienes se encuentran procesalmente legitimados al efecto, lo cual habilita a este Tribunal a analizar si concurren los demás requisitos para su procedencia.

#### 7. LOS FUNDAMENTOS DE LA RESOLUCIÓN OBJETO DE CENSURA

La Cámara Contencioso Administrativa de Primera Nominación rechazó la acción de amparo presentada por la señora M. en cuanto procuraba obtener la cobertura de un concentrador de oxígeno portátil que proporcione más de 4 litros/minuto de modo continuo y pulsado, que tenga un peso inferior al de la mochila de oxígeno líquido (Sentencia n° 78 del 27 de abril de 2017, fs. 118/124vta.).

Para así resolver consideró que no se encuentra en cuestión la eficiencia del equipamiento médico brindado por la demandada (mochila de oxígeno líquido) sino los efectos que supuestamente produce sobre la columna vertebral de la amparista, por otras dolencias que padece.

Circunscribe las afecciones invocadas por la actora a la dolencia respiratoria y a la derivada de su columna

erías de repuesto, el equipo funcionará y podremos volver a recargar baterías. El perfil de movilidad podríamos representarlo por una línea que uniría puntos de recarga (enchufes, baterías), por lo que podría pensarse que la autonomía es indefinida. De hecho, la movilidad con estos equipos viene condicionada únicamente por sus propias características técnicas”<sup>3</sup>

Debido a su peso los concentradores portátiles de oxígeno disponen de un carro de transporte con ruedas, así no las mochilas de oxígeno líquido. Entre las fuentes de oxígeno existen otras diferencias relevantes como el modo de suministro de oxígeno ya sea a flujo continuo en litros por minuto o mediante válvula a demanda; pero tales diferencias no conciernen, al menos en principio, en el análisis del caso.

### III. Análisis

#### 1. Resolución de la sentencia

En Tribunal Superior de Justicia se expide haciendo lugar al recurso de apelación interpuesto, admitiendo la acción de amparo en contra de la Administración Provincial de Seguro de Salud, y en consecuencia, ordenando la provisión del concentrador de oxígeno portátil. El Tribunal Superior de Justicia advierte el carácter irrazonable de las negativas de la APROSS ante la solicitud de cobertura del concentrador de oxígeno portátil. Para llegar a tal conclusión se funda en los argumentos conclusivos expresados en el párrafo final del apartado “Análisis de la cuestión” del siguiente modo: “Entonces, contando con tales medios y estando probado el difícil cuadro de salud de la amparista de conformidad a los extremos analizados, luce irrazonable la negativa dada a ésta. Es que los principios fundantes del sistema de salud a los que debe someterse APROSS,

<sup>3</sup> DÍAZ LOBATO Salvador, MAYORALAS ALISES Sagrario (2012). *Op. Cit.*

vertebral, en tanto –puntualizó- las relacionadas con su vida social y personal no se muestran claramente como un problema de salud.

Al respecto precisó que la afectación al derecho a la salud que motiva la presente acción se centra en la incidencia que produce el equipo médico de uso diurno en las dolencias relativas a las columna vertebral, en tanto, lo atinente a su problema respiratorio parece íntegramente protegido con la cobertura brindada, respecto de la cual no existe conflicto de intereses entre las partes.

En relación a ello, señaló que se hubiera necesitado mayores elementos de prueba para acreditar fehacientemente los extremos necesarios para evaluar las posibles implicancias sobre la salud de la actora de cada uno de los equipos médicos en cuestión y su pertinencia respecto al fin terapéutico.

Fundamentó que la ilegalidad o arbitrariedad no se presentaron de modo visible ya que las denegatorias de la APROSS fueron fundadas en la reglamentación legal vigente y en la carencia de fundamentación médica suficiente para apartarse de aquella y brindar una cobertura distinta.

Ponderó las especiales circunstancias del caso a los fines de analizar si en autos existe el equilibrio entre el medio y el fin que permita evaluar la razonabilidad del actuar de la APROSS, y concluyó que las razones brindadas por la amparista –en cuanto no constituye un problema de salud grave- no tienen entidad suficiente para justificar que la APROSS exceda el marco de su regulación legal y atienda el pedido individual de la señora M..

#### 8. EL TEMA A DECIDIR

De conformidad a la reseña efectuada, el tema a decidir consiste en determinar si la demandada ha obrado con arbitrariedad o ilegalidad manifiestas al negar a la señora M. la cobertura de un concentrador de oxígeno portátil, por considerar que no existe suficiente justificación médica que habilite tal provisión por fuera del menú prestacional de la APROSS.

.....

basados en la solidaridad y enraizados en un fuerte fin social, no pueden conducir a una respuesta diferente en este caso singular, sin que ello implique su generalización”.

Para un mejor análisis de la decisión del Tribunal es posible desglosar tal párrafo en las siguientes afirmaciones:

- 1- La APROSS cuenta con los medios para llevar a cabo la cobertura solicitada
- 2- Se encuentra debidamente probado el difícil cuadro de salud de la amparista
- 3- Los principios fundantes del sistema de salud a los que debe someterse la APROSS, basados en la solidaridad y enraizados en un fuerte fin social, no pueden conducir a una respuesta diferente en este caso singular, sin que ello implique su generalización.

La última afirmación constituye un argumento contrario sensu. Es decir, se deduce que si se resolvería de otra manera se obtendría una consecuencia opuesta a una premisa previamente sostenida como certera. Tal premisa, en el presente caso, es la necesidad de no incurrir en la generalización. Expresado de otro modo, el Tribunal Superior de Justicia advierte pertinente hacer un análisis particular de los supuestos fácticos. En consecuencia de tal análisis singular concluye que el cuadro de salud de la amparista está debidamente probado; y por lo tanto, en el carácter irrazonable de las negativas de APROSS.

Para comprender acabadamente lo sostenido en el párrafo anterior se expone a continuación la línea argumentativa sostenida en la sentencia y su relevancia en la resolución, como en elementos tan trascendentales como el alcance del Derecho a la Salud.

## 2. Razonamiento jurídico

En la sentencia analizada, el Tribunal Superior de Justicia cita a la Corte Suprema de Justicia y sostiene que en relación a la problemática debatida: “(...) la actividad jurisdiccional tiene un rol preponderante a los fines de lograr que el derecho ejerza su función

Por su parte, la crítica desarrollada en el escrito recursivo gira en torno a cuestionar la decisión de la Cámara en cuanto consideró que el equipo médico requerido por la actora sólo contribuiría a mejorar su calidad de vida y tal extremo “...no constituye manifiestamente un problema de salud grave que tenga entidad suficiente para que A.PRO.S.S. deba exceder el marco de su regulación legal y atender un pedido individual”.

#### 9. PROBLEMÁTICA SINGULAR EN LOS AMPAROS DE SALUD

En este contexto es preciso recordar que cualquier examen de un caso donde esté de por medio la salud, y con ella, el derecho a la vida de las personas, debe partir necesariamente de un pormenorizado análisis de las circunstancias vitales particulares y singulares que subyacen al planteo, en aras de dotar de equidad a la solución que se procure, por cuanto, lo justo judicial es lo que acorde a derecho resulta prudente y razonable en ese caso en particular y no a cualquier otro<sup>1</sup>.

En materia de amparo, más que en ninguna otra, debe destacarse la importancia del caso concreto, de modo que las pautas primarias de procedencia de esta vía deben adaptarse a las particulares circunstancias de cada asunto, las que pueden ser determinantes de una variada solución<sup>2</sup>.

De acuerdo a la documentación agregada en autos surge que la señora M., próxima a cumplir 76 años de edad (cfr. fs. 1), padece de escoliosis dorsal dextroconvexa con vértice en T10 y límites entre T5 y L1 con una angulación de 118 grados según el método de medición de Cobb; y de insuficiencia respiratoria crónica hipoxémica con hipertensión pulmonar asociada, presentando marcada disnea a la hora de realizar actividades; patologías

---

1 Cfr. Andruet, Armando S.; “Código de Ética Modelo para las Magistraturas Provinciales”, Revista de la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional, n° 25 (enero-julio), Bs. As., 2000, Regla 304, p. 86.

2 Cfr. TSJ, Sala Civil y Comercial, “Conet”, Sentencia del 05/03/91.

preventiva y tuitiva de los derechos fundamentales de las personas con sufrimientos físicos y/o psíquicos”.

Las sentencias constituyen actos jurisdiccionales que dirimen conflictos en sede judicial. Tradicionalmente se definió al razonamiento judicial como un silogismo compuesto por una premisa mayor (la norma) y una premisa menor (Los hechos), en donde para derivar a la conclusión se analiza si el caso se encuadra en el supuesto fáctico contenido en la norma.

“(...) El legislador ha plasmado en la norma reglas destinadas a regir determinados “supuestos de hecho” que se dan en la realidad social, y para ello ha recurrido al lenguaje como medio de comunicarse con los destinatarios de esos preceptos (...) El lenguaje es un sistema de símbolos que sirve para transmitir las ideas; se recurre, pues, a una especie de “código” de señales, y el que desea conocer el mensaje debe “traducir” esas señales, atribuyéndoles sentido, con lo que ya está efectuando una tarea primaria de “interpretación” (...) Pero la función del intérprete en materia jurídica no se agota con la averiguación del sentido que tiene la norma, sino que debe también ahondar en los hechos del caso concreto, para establecer si concuerdan con el “supuesto de hecho” contemplado por la norma, única manera de determinar si es o no aplicable al caso.”<sup>4</sup>

Para derivar a una resolución judicial es necesario ahondar sobre el alcance de los elementos normativos que componen la ley y advertir si el caso queda comprendido en los mismos. En otras palabras, se deberá *interpretar* la norma e *interpretar* los hechos; procesos que de acuerdo a Recasens Siches no componen sino dos caras de una misma

---

4 MOISSET DE ESPANÉS, Luis (1977) “Interpretación del derecho e interpretación de hechos. Reflexiones a raíz del “valorismo judicial”. *Comercio y Justicia*, Semanario Jurídico N° 12.

que le produce un cuadro de discapacidad debidamente acreditado mediante el certificado pertinente emitido por el Ministerio de Salud de la Provincia (cfr. fs. 58).

En tal contexto, corresponde ponderar también que la experiencia de la discapacidad es singular para cada individuo, no sólo porque la manifestación concreta de la enfermedad, desorden o lesión es única, sino porque esa condición de salud estará influida por una compleja combinación de factores (personales, emocionales, psicológicas, intelectuales, contexto social, físico y cultural)<sup>3</sup>.

10. DERECHO A LA SALUD. PROTECCIÓN A LA DISCAPACIDAD Y A LOS ADULTOS MAYORES  
Sentado ello, queda recordar que el derecho a la salud es un derecho personalísimo de rango constitucional y un derecho humano fundamental consagrado a nivel internacional en numerosas normas convencionales (arts. VII y XI, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; arts. 3, 8 y 25, Declaración Universal de Derechos Humanos; art. 12, incs. 1 y 2, ap. "d", Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales; art. 24, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y arts. 4, inc. 1; 5, inc. 1; 19 y 26, Convención Americana de Derechos Humanos) que ostentan jerarquía constitucional, conforme lo normado por el inciso 22 del artículo 75 de la Constitución Nacional.

Por su parte, le referida protección constitucional y convencional de tal derecho asume notable preeminencia cuando su titularidad es ejercida por una persona que se encuentra en condiciones de vulnerabilidad, como ocurre en el presente caso en donde se discute la tutela estatal que corresponde reconocer a una persona que cuenta con certificado de discapacidad.

---

3 Cfr. Egea García, Carlos y Sarabia Sánchez, Alicia; "Clasificaciones de la OMS sobre discapacidad", publicado por el Servicio de Información sobre Discapacidad (SID) perteneciente a la Red Española de Información sobre Discapacidad, disponible en: <http://sid.usal.es/articulos/discapacidad/6594/8-2-6/clasificaciones-de-la-oms-sobre-discapacidad.aspx>, entrada del 11/08/2014.

moneda. En el artículo "La Jurisprudencia, interpretación y creación de derecho", Carlos de Silva cita al jurista Recasens Siches para sostener:

"La corriente doctrinaria actual ha dejado atrás a teorías que se habían venido sosteniendo tradicionalmente (...) A este respecto Recasens Siches hace notar que el proceso lógico del silogismo no es el que opera en la mente del juzgador para llevarlo a una decisión. 'Ante todo es necesario que el órgano jurisdiccional determine *cuál* es la norma aplicable al caso concreto planteado. Pero este punto, que, a primera vista y equivocadamente parece ser el primero, no es algo independiente del punto que en apariencia -errónea- podríamos creer que es el segundo: la constatación del hecho y su calificación jurídica. Hay una recíproca interrelación simultánea e indisoluble, entre estos dos puntos: entre la constatación del hecho incluyendo su clasificación jurídica y el hallazgo o determinación de la norma aplicable."<sup>5</sup>

La reciprocidad entre la determinación de la norma y la constatación del hecho y su clasificación jurídica acaece claramente en la sentencia analizada, con relevantes consecuencias en la resolución.

Antes de ahondar sobre el punto expuesto, se cree pertinente recordar que el artículo segundo del Código Civil y Comercial dispone que la ley "...debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento". Daniel Vítolo, en su artículo "La interpretación de la ley en el nuevo código civil y comercial de la nación" sostiene:

"En este artículo, el Código dispone y establece el modo adecuado de interpretación de la ley, señalando —como directiva de carácter general— que

---

5 DE SILVA Carlos (1995) "La jurisprudencia, interpretación y creación del derecho". ITAM, UIA, UNAM (Coord.) *La Interpretación del Derecho*, México, 7-23.

En esta línea cabe señalar que desde los inicios del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, en la Declaración de los Derechos y Deberes del Hombre, se han reivindicado los derechos de las personas con discapacidad<sup>4</sup> consagrando “*Un derecho internacional de los derechos humanos mucho más actualizado (...) [que] propone la primacía del ‘mejor derecho’, en el sentido de hacer prevalecer la regla más favorable al individuo (principio pro persona), sea esa norma doméstica o internacional. Este postulado es una directriz tanto de preferencia de normas como de preferencia de interpretaciones*”<sup>5</sup>.

Asimismo, corresponde ponderar lo establecido por el artículo 27 de la Constitución de la Provincia de Córdoba en cuanto dispone que los discapacitados tienen derecho a obtener una protección integral del Estado que abarque la prevención, asistencia, rehabilitación, inserción en la vida social, y a la promoción de políticas tendientes a la toma de conciencia de la sociedad respecto de los deberes de solidaridad; tutela que en el presente caso se encuentra reforzada por lo dispuesto en su artículo 28 que impone al Estado la obligación de procurar la protección de los ancianos y su integración social y cultural, tendiendo a que desarrollen tareas de creación libre, de realización personal y de servicio a la sociedad.

Lo sentado hasta aquí proporciona una guía hermenéutica clara y certera a los efectos de dar contenido a la cobertura requerida por la accionante en las presentes actuaciones.

A su vez, la Provincia de Córdoba aprobó el Convenio de Adhesión al Sistema Único de Prestaciones Básicas para Personas con Discapacidad (Ley n° 24.901) y con ello el Programa Marco para la implementación en colaboración con las jurisdicciones provinciales y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires<sup>6</sup>, que con el objeto de

4 Cfr. CIDH, “Furlán”, Sentencia del 31/08/2012, párrafo 128 con cita del art. XVI de la Declaración de los Derechos y Deberes del Hombre.

5 Sagüés, Néstor Pedro; “De la Constitución Nacional a la Constitución ‘convencionalizada’”; JA 2013-IV; SJA 2013/10/09-53; cita on line AP/DOC/2001/2013.

6 Decreto n° 1297/99 (BOP 22/07/1999) y Ley n° 8811 (BOP 6/12/1999). Cfr. art. 8 del Dec. Regl. de la Ley n° 24.901.

esa interpretación siempre debe efectuarse de un modo coherente con todo el ordenamiento jurídico (...)<sup>6</sup>

### **3. Interpretación y reciprocidad entre la determinación de la norma y la constatación del hecho en la sentencia analizada**

De acuerdo a la ley reglamentaria 16.986 se define a la acción de amparo como aquella 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 o garantías explícita o implícitamente reconocidas por la Constitución Nacional, con excepción de la libertad individual tutelada por el habeas corpus.

La actora interpuso una acción de amparo en contra de la denegatoria de APROSS de proveimiento de un concentrador de oxígeno portátil. En consecuencia, la Cámara Contencioso Administrativa debió analizar si tales denegatorias quedaban comprendidas en el supuesto de “acto que (...) lesione (...) con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, los derechos o garantías (...) reconocidos por la Constitución Nacional (...)”, en el presente caso, el Derecho a la Salud. La Cámara resolvió no hacer lugar a la acción de amparo, considerando que no había ilegalidad o arbitrariedad por parte de la APROSS toda vez que la misma habría actuado de acuerdo a la reglamentación vigente y no habría habido fundamentación médico suficiente.

El Tribunal Superior de Justicia, advirtió que el tema a decidir es “(...) determinar si la demandada ha obrado con arbitrariedad o ilegalidad manifiestas al negar a la señora M. la cobertura de un concentrador de oxígeno portátil, por considerar que no existe

6 VÍTOLO, Daniel (2015) “La interpretación de la ley en el nuevo código civil y comercial de la nación”

DPI Diario. Recuperado de: <http://www.pensamientocivil.com.ar/doctrina/1224-interpretacion-ley-nuevo-codigo-civil-y-comercial-nacion>.

prestar una cobertura integral a las personas con discapacidad de acuerdo a sus necesidades y requerimientos, contempla el reconocimiento de prestaciones de prevención, de rehabilitación, terapéuticas-educativas, educativas y asistenciales.

Todo este plexo tuitivo de las personas que padecen discapacidad se encuentra reforzado, en los casos en que se trate de adultos mayores (cfr. arts. 25, inc. “b”, 28, inc. 2. b y 16, Convención sobre los derechos de las Personas con Discapacidad; arts. 1, 2.1, 7, 22 y 25, DUDH; arts. 2.1 y 26, PIDCP; arts. 9, 11.1 y 12.1, PIDESC; arts. II, XVI y XXX, DADDH, y arts. 1.1 y 24, CADH).

#### 11. ANÁLISIS DE LA CUESTIÓN PLANTEADA

Sentado ello, confrontados y evaluados los antecedentes obrantes en el *sub examine*, surge que la amparista convive con dos patologías que afectan su salud: la insuficiencia respiratoria crónica, para lo cual realiza un tratamiento de rehabilitación asociado a un dispositivo de uso nocturno, ayudada con una mochila de oxígeno líquido que la acompaña durante el día para poder realizar sus actividades cotidianas y poder respirar; y un cuadro de escoliosis dorsal dextroconvexa con una angulación de 118° grados según el método de medición de Cobb (causante de aquella dificultad respiratoria, cfr. certificado médico de fs. 12) que dificulta sus posibilidades de deambular con el equipamiento médico provisto para tratar su patología respiratoria, debido a que el peso del mismo agrava su afección vertebral provocándole un dolor crónico.

En este sentido, tal como lo señala la Cámara *a quo*, la afectación de salud que motiva la presente acción se encuentra circunscripta a la incidencia que produce el equipo médico de uso diurno en las dolencias relativas a la columna vertebral, las que se encuentran suficientemente acreditadas con los certificados médicos agregados en estas actuaciones, que dan cuenta de la imposibilidad y limitaciones con las que convive la señora M. debido al indispensable uso de la mochila de oxígeno líquido para poder respirar.

.....

suficiente justificación médica que habilite tal provisión por fuera del menú prestacional de la APROSS.” En el análisis de la cuestión, el Tribunal exteriorizó el proceso intelectual sostenido por Recasens Siches. Los magistrados extrajeron elementos relevantes del supuesto fáctico: el derecho comprometido, Derecho a la Salud, y el criterio de interpretación de los hechos aplicable a los supuestos donde tal derecho se encuentra aparentemente vulnerado. En consecuencia, antes de avocarse al análisis de la cuestión, el Tribunal se expidió en cuanto al alcance del Derecho a la Salud y el criterio de interpretación aplicable a los hechos, lineamientos sumamente importantes para el posterior análisis exhaustivo del caso y la resolución arribada.

A continuación se expone el alcance del Derecho a la Salud y el criterio de interpretación de los hechos, determinados por el Tribunal Superior de Justicia.

#### **A. Alcance del Derecho a la Salud**

La Cámara Contencioso Administrativa dirimió que no estaba en cuestión la eficacia del equipamiento médico brindado por APROSS; en otras palabras, que la mochila de oxígeno líquido era eficaz y que esto no constituía objeto de controversia. La Cámara también advirtió que las afecciones de salud que motivaron la acción de amparo se circunscribían a las dolencias relativas a la columna vertebral de la actora, excluyendo las relacionadas a su vida social y personal por no mostrarse claramente como problemas de salud. Finalmente, en cuanto las afecciones en la columna vertebral, el *a quo* concluyó que el equipo médico requerido por la actora sólo contribuiría a mejorar su calidad de vida y que tal extremo no constituía un problema de salud grave, por lo que las razones brindadas por la amparista no tenían entidad suficiente para justificar que la APROSS exceda el marco de su regulación legal y atienda el pedido individual de la señora M.

Por su parte la actora sostuvo que el dictamen de la Cámara resultaba violatorio al principio lógico de razón suficiente por negarle “un estado general de bienestar a su

A dichos problemas de salud se adicionan las circunstancias relativas a la situación personal de la amparista, en cuanto se trata de una mujer próxima a cumplir 76 años de edad que vive sola, que depende para poder respirar del auxilio de un equipamiento que reconoce una duración limitada a una determinada cantidad de horas para cumplir con su objetivo (la recurrente indica que el tiempo de independencia de la mochila es de dos horas aproximadamente –cfr. fs. 129-, mientras que la demandada no acuerda si la misma es de cuatro –cfr. fs. 108- o de seis horas –cfr. fs. 144-), requiriendo encontrarse en su hogar, donde se encuentra el tubo de oxígeno, y de colaboración de otra persona para poder recargarla.

En relación a la problemática aquí debatida la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho que la actividad jurisdiccional tiene un rol preponderante a los fines de lograr que el derecho ejerza su función preventiva y tuitiva de los derechos fundamentales de las personas con sufrimientos físicos y/o psíquicos<sup>7</sup>.

Con dicha orientación cabe precisar que no obstante lo ponderado por el *a quo*, respecto a que no se encuentran fehacientemente acreditados los extremos necesarios para evaluar la incidencia que provoca el uso de la mochila de oxígeno líquido en la salud de la amparista, lo informado por los diferentes profesionales médicos que tratan a la señora M. en sus patologías, cuyas prescripciones se acompañan en autos, dan cuenta que la solicitud del concentrador de oxígeno portátil se encuentra debidamente fundamentada.

Al respecto se ha precisado “...se ha ensayado el uso de oxígeno líquido (mochila) y el peso de la misma ha limitado las actividades y desplazamiento de la paciente. Paciente con gral. actividad social, necesidad de desplazamiento a centros de rehabilitación, vive sola” (certificado del Dr. Cazaux de fecha 30 de septiembre de 2015, fs.

---

7 Cfr. CSJN, Fallos: 331:211.

derecho a la salud”. Argumenta que la mochila de oxígeno líquido no violenta con arbitrariedad e ilegalidad manifiesta su derecho a la salud pero lo que pretende es el reconocimiento de tal derecho en su calidad cotidiana, el que sí resulta lesionado al negarle la cobertura del concentrador de oxígeno medicamente indicado. A pesar de cubrir las necesidades derivadas de su afección respiratoria, la mochila de oxígeno líquido no logra el estado general de bienestar físico, psíquico y social de la amparista. La mochila de oxígeno líquido restringe la independencia y auto valimiento de la actora, impide que lleve a cabo una vida sociocultural intensa, empeora su patología de escoliosis debido a su peso y agrava su pánico por estar en casa para recargarla en razón de su corta duración de dos horas.

El Tribunal Superior de Justicia advierte la edad avanzada de la actora y la posesión por su parte de un certificado de discapacidad, por lo que define el alcance del Derecho a la Salud, especialmente en cuanto tales extremos. A partir de un análisis sistémico y coherente del plexo normativo, el Tribunal Superior de Justicia comienza por recordar que: “El derecho a la salud es un derecho personalísimo con rango constitucional y un derecho humano fundamental consagrado a nivel internacional con en numerosas normas convencionales (...) que ostentan jerarquía constitucional (...)” Luego continúa por reconocer la preeminencia que asume tal protección en relación a los discapacitados y ancianos. En cuanto a este punto cita el artículo 27 de la Constitución de la Provincia de Córdoba el cual dispone que los discapacitados tienen derecho a obtener la *protección integral del Estado* que abarque la prevención, asistencia, rehabilitación, educación, capacitación, inserción en la vida social, y a la promoción de políticas tendientes a la toma de conciencia de la sociedad respecto de los deberes de la solidaridad; y el artículo 28 el cual dispone que el Estado Provincial, la familia y la sociedad procuran la *protección de los ancianos y su integración social y cultural*, tendiendo a que desarrollen tareas de creación libre, de realización personal y de servicio a la sociedad. Así también, el Tribu-

56 y vta.), reiterando la prescripción debido a la *“Imposibilidad de deambular con mochila (de oxígeno líquido) debido a su peso”* (fs. 73).

En igual sentido, se asentó que la amparista presenta marcada disnea a la hora de realizar actividades, a nivel extramuros logra solo realizar pocos metros de distancia, y el gran peso de la mochila de oxígeno líquido y su poca autonomía, limita su uso y su reinserción familiar y social, generándole fatiga muscular generalizada. A ello se suma que el temor de quedarse sin oxígeno, exagera su disnea aumentando su TEMOR E INSEGURIDAD (cfr. certificado de la Dra. Ferreyra de fecha 26 de febrero de 2016, fs. 7 y vta.).

Por su parte del certificado médico obrante a fs. 76 y vta. surge que la amparista *“...presenta una escoliosis severa de 113° lo que le ocasiona dificultad respiratoria (...) no puede cargar peso debido a la severidad de la escoliosis”* (certificado de la Dra. Sarquisian de fecha 24 de febrero de 2016), acompañando a dicha prescripción la imagen y el informe de la espinografía que da cuenta que la señora M. presenta *“Osteopenia generalizada. Osteofitosis anterolateral en múltiples cuerpos vertebrales, dorsales y lumbares, con esclerosis subcondral asociada, y pinzamiento de espacios intervertebrales, dorsales y lumbares (...). Artrosis interapofisaria múltiple a nivel lumbares. Apofisis espinosas de L3 a L5, ‘en beso’ (Enfermedad de Bastrup). Ateromas calcificados en aorta abdominal e ilíacas”* (informe de Dr. Carpinella, fs. 77).

Finalmente la prescripción médica agregada a fs. 89 y vta. da cuenta que *“Solicito concentrador portátil de oxígeno (...) motiva dicha solicitud que la paciente presenta serias dificultades con oxígeno líquido/mochila. Por afectación vertebral tienen dolor crónico y escasa fuerza muscular (...) que le impide llevar mochila. Es una persona que vive sola y pide colaboración (...) para cargar la mochila. Esta situación limita sus salidas a rehabilitación y centros médicos. Pude comprobar el cuadro favorable tras un préstamo de concentrador portátil (2 días).*

.....

nal incorpora jurisprudencia expedida acorde a tales normas. Por otro lado, el Tribunal Superior de Justicia cita al Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales para afirmar *“(...) la importancia de un enfoque integrado de la salud que combine elementos de prevención, curación y rehabilitación, basado en medidas de rehabilitación física y psicológica destinadas a mantener la funcionalidad y la autonomía de los adultos mayores, y la prestación de atenciones y cuidados a los enfermos crónicos, a los fines de ahorrarles dolores evitables.”*

Es necesario aclarar que del análisis anterior del plexo normativo, el Tribunal Superior de Justicia extrae un criterio de interpretación de las leyes. El Tribunal cita la Declaración de los Derechos y Deberes del Hombre la cual consagra el principio de aplicación del “mejor derecho”, en sentido de hacer prevalecer la regla más favorable al individuo (principio pro persona), sea esa norma doméstica o internacional. *“(...) Este postulado en una directriz tanto de preferencia de normas como de preferencia de interpretaciones”*. Así también cita jurisprudencia al respecto, sosteniendo *“(...) a la luz de los principios fundantes del sistema tuitivo de la discapacidad y, en especial del principio pro homine, aquellas normas que limiten derechos de la persona humana deben ser objeto de una interpretación restrictiva”*.

### **B. Criterio de interpretación de los hechos**

Antes de avocarse al análisis de la cuestión el Tribunal Superior de Justicia cita jurisprudencia y doctrina para determinar el criterio de interpretación de los hechos. Este punto no es poco relevante toda vez que debido a éste, el Tribunal dirimió cómo lo hizo.

Bajo el título *“Problemática singular en los amparos de salud”*, el Tribunal cita a Andruet A.S. y afirma que *“(...) cualquier examen de un caso donde esté de por medio la salud, y con ella, el derecho a la vida de las personas, debe partir necesariamente de un pormenorizado análisis de las circunstancias vitales particulares y singulares que subyacen al planteo (...) lo justo judicial es lo que acorde a derecho resulta prudente y razonable*

*No puede deambular sin oxígeno suplementario*” (certificado del Dr. Cazaux de fecha 20 de marzo de 2016).

Frente a ello, no se advierte donde reside la falta de sustento médico invocada por la demandada y confirmada por el *a quo* para rechazar la cobertura del equipo médico solicitado.

En tal sentido, cabe mencionar que las respuestas brindadas por APROSS a las reiteradas solicitudes presentadas por la señora M. (cfr. fs. 55/57, 70/71, 87/88 y 97/98) no fueron acordes con la atención que requiere la misma debido a su especial situación de vulnerabilidad acreditada en estas actuaciones (adulto mayor con certificado de discapacidad).

Adviértase que en todos los casos la Subdirección de prestaciones médicas de la demandada se ha limitado a invocar que los insumos solicitados no se encuentran dentro del menú prestacional de esa obra social (cfr. fs. 67, 81, 90, 107/108), sumando en algunos casos a esa razón la circunstancia que la afiliada ya se encuentra equipada con tubo de oxígeno líquido y que no existe justificación médica sustentable que fundamente la provisión solicitada, sin brindar alternativas posibles a los fines de disminuir las dolencias e inconvenientes que le provoca el uso de la mochila de oxígeno líquido en la columna vertebral de la amparista.

Al respecto, surge también que si bien la resolución recurrida descarta la arbitrariedad e ilegalidad manifiestas de las denegatorias de la APROSS bajo el argumento que las mismas se encuentran fundadas en la reglamentación legal vigente, no indica específicamente cual es dicha norma aplicable en el presente caso.

En tal contexto, cabe precisar que si bien el artículo 14 de la Ley n° 9277 establece que *“La APROSS no otorgará cobertura asistencial ni reconocerá reintegro de gastos en los siguientes supuestos: (...) b) Prestaciones y medicamentos en etapa experimental no avalados por instituciones científicas reconocidas a nivel nacional, y no incluidos en el Menú Prestacional de la APROSS...”*, la prestación aquí discutida no engasta en dicho supuesto. Este Tribunal tiene dicho que la sistemática de tal artículo, que incluye en cada inciso una sola hipótesis, lleva-

.....

en ese caso en particular y no a cualquier otro” Del mismo modo el Tribunal Superior cita jurisprudencia para reafirmar la importancia del caso concreto en materia de amparo, donde las particulares circunstancias del asunto pueden ser determinantes de una variada solución. Finalmente el Tribunal Superior también cita a Egea García G. y Sarabia Sánchez A. y sostiene *“(...) corresponde ponderar también que la experiencia de discapacidad es singular para cada individuo, no sólo porque la manifestación concreta de la enfermedad, desorden o lesión es única, sino porque esa condición de salud estará influida por una compleja combinación de factores (...).”*

Debido a la característica de singularidad de las afecciones de salud, se concluye la necesidad de un análisis particular de los supuestos fácticos para dirimir que es lo justo judicial, prudente y razonable, en el hecho concreto.

#### **4. Decisión del Tribunal Superior de Justicia**

Tras definir el alcance del Derecho a la Salud por medio de referencias legales, jurisprudenciales y doctrinales, el Tribunal Superior de Justicia identifica a M.V. como titular de tal derecho y miembro de los grupos vulnerables: ancianos y discapacitados. La amparista posee 76 años y cuenta con un certificado de discapacidad. Además de realizar un análisis de la edad y afecciones que adolece la actora, el Tribunal examina las circunstancias relativas a su situación personal; advierte que se trata de una mujer de edad avanzada que vive sola, que depende para poder respirar del equipamiento proveído, el cual posee una duración limitada a cierta cantidad de horas, requiriendo encontrarse en su hogar y de otra persona para poder recargarla. Como titular del derecho a la salud, M.V. queda amparada por la protección integral y especial otorgada a ancianos y discapacitados.

La Cámara Contencioso Administrativa sostuvo haber realizado una ponderación concreta del caso, pero ensaya un argumento totalmente equívoco. La Cámara sostuvo que

ría a sostener que el mismo se refiere sólo a medicamentos o prestaciones en etapa experimental no incluidos en el menú prestacional, en tanto, a la luz de los principios fundantes del sistema tuitivo de la discapacidad y, en especial del principio *pro homine*, aquellas normas que limiten derechos de la persona humana deben ser objeto de una interpretación restrictiva<sup>8</sup>.

Así las cosas desde tal perspectiva, corresponde recordar a la demandada -que reconoce entre sus objetivos brindar la excelencia en la administración de la atención médica entre sus afiliados<sup>9</sup>- que toda persona que se encuentre en una situación de vulnerabilidad -como los niños, adultos mayores y discapacitados- es titular de una protección especial y, como tal, tiene derecho a recibir un trato particular con el fin de alcanzar el máximo desarrollo de su personalidad<sup>10</sup>.

A su vez, el argumento ensayado referido a que la actora no es una afiliada en edad activa laboral que requiera el equipamiento para su desempeño de funciones en ocasión de trabajo, no importa una justificación acorde con la tutela y reconocimiento que merecen las personas de edad avanzada, quienes deben ser respetadas como sujetos simultáneamente distintos, que no obstante su condición de jubilados continúan siendo parte de la comunidad aunque padezcan dependencia<sup>11</sup>, y en tal contexto, la sociedad y principalmente los poderes

8 Cfr. TSJ, en pleno, Secretaría Electoral, Auto n° 493 del 16/12/2014 in re "O. E. c/APROSS".

9 Cfr. ¿Qué es APROSS?, disponible en: <http://www.apross.gov.ar>, entrada del 16/05/2017

10 Cfr. CIDH, "Furlan", Sentencia del 31/8/2012; párrafo 134; "Ximenes Lopes", Sentencia del 4/7/2006, párrafo 104; en igual sentido art. 18 del Protocolo Adicional a la CADESyC.

11 Cfr. Urbina, Paola A.; "Exigibilidad judicial del derecho a la salud. Adultos mayores con discapacidad", La Ley 2015-B, 314 - DFyP 2015 (junio), 08/06/2015, 209, p. 5. Cita online:AR/DOC/548/2015.

la actora no requería del equipamiento solicitado para su desempeño en funciones en ocasión de trabajo por no poseer una edad activa laboral. El Tribunal, acorde al alcance del Derecho a la Salud anteriormente desarrollado, advierte que tal argumento no es coherente con la tutela y reconocimiento que merecen las personas de edad avanzada, quienes siguen formando parte de la comunidad y deben ser respetados. Así también sostiene que cualquier distinción relacionada con la edad que no se base en criterios razonables y objetivos puede ser considerada discriminación.

Así como hay titulares de derecho, se encuentran en contraposición quienes deben garantizarlo. La ley provincial 9277 define a la APROSS como una entidad descentralizada del Poder Ejecutivo Provincial, cuya función es organizar y administrar un seguro de salud para los habitantes de la Provincia de Córdoba. En su página web oficial, la Administración Provincial de Seguro de Salud se define como una "(...) entidad autárquica cuya función es la de organizar y administrar un sistema de seguro de atención médica para los habitantes de la provincia de Córdoba, con el fin de organizar la salud de la población mediante coberturas de atención médica con el aporte solidario de todos sus afiliados. Es la obra social de la provincia de Córdoba, que pretende ser el eje para el Seguro Provincial de Salud. Su objetivo como organización es el de brindar la mayor cobertura y la excelencia en la administración de la atención médica, con un sistema solidario y proporcional a todos los afiliados, mejorando día a día las coberturas asistenciales y eliminando el pago de plus adicionales."<sup>7</sup> El Tribunal Superior de Justicia concluye que la APROSS no se comportó debidamente ante las solicitudes de la amparista. Afirma que la demandada debe disminuir las complicaciones que la realidad misma impone a sus afiliados y asumir modos y formas diligentes caracterizados por la simpleza y agilidad para el acceso cierto a las pretensiones, las que - por otro lado - requieren de una prudente inmediatez para lograr su efectividad. Por otro lado, "los adultos may-

7 APROSS, *Institucional* (<http://www.apross.gov.ar/2-Institucional.note.aspx>) (Fecha de consulta: 28 de julio de 2018)

del Estado se encuentran obligados a brindarles protección contra los factores que afectan su bienestar físico, psíquico y social.

Por lo demás, cabe agregar que cualquier distinción relacionada con la edad que no se base en criterios razonables y objetivos puede ser considerada discriminación<sup>12</sup>. A su vez, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad ha reconocido a los adultos mayores como un grupo vulnerable que requiere medidas especiales de protección, más cuando son discapacitados (art. 16, inc. 2), de modo que la prestación de los servicios de salud deben orientarse a prevenir y reducir al máximo la aparición de nuevas discapacidades entre las personas mayores (art. 25, inc. “b”). En razón de ello cabe reconocerles el derecho a la movilidad personal, incluido el acceso a ayudas, dispositivos y tecnologías de apoyo (art. 20), y a la rehabilitación con el fin de lograr su máxima independencia (art. 26).

Asimismo, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha reafirmado la importancia de un enfoque integrado de la salud que combine elementos de prevención, curación y rehabilitación, basado en medidas de rehabilitación física y psicológica destinadas a mantener la funcionalidad y la autonomía de los adultos mayores, y la prestación de atenciones y cuidados a los enfermos crónicos, a los fines de ahorrarles dolores evitables (Observación General n° 14).

---

12 Cfr. Dirk, Jaspers (director), Huenchan, Sandra (autora), “Los derechos de las personas mayores”, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), Naciones Unidas, disponible en: [http://www.cepal.org/celade/noticias/documentosdetrabajo/8/51618/Derechos\\_PMayores\\_M2.pdf](http://www.cepal.org/celade/noticias/documentosdetrabajo/8/51618/Derechos_PMayores_M2.pdf), entrada del 1/09/2017.

ores que cuentan con certificado de discapacidad necesitan una mayor disponibilidad y accesibilidad a los mecanismo existentes a los fines de garantizarles una vía efectiva y conducente a una protección especial”. Ante las peticiones de la actora, la Subdirección de prestaciones médicas de APROSS se limitó a invocar que el aparato solicitado no se encontraba en el menú prestacional, sumando en algunos casos, el argumento de que la afiliada ya contaba con una mochila de oxígeno líquido y que no existía fundamentación médica sustentable para fundamentar la provisión solicitada. La APROSS siquiera brindó alternativas posibles para disminuir las dolencias e inconvenientes en la columna vertebral de la amparista.

Acorde al criterio de interpretación de la norma, extraído por el Tribunal Superior de Justicia del sistema tuitivo de la discapacidad, el menú prestacional de APROSS debe interpretarse de restrictivamente. La resolución recurrida descarta la arbitrariedad e ilegalidad manifiestas de las denegatorias de la APROSS bajo el argumento que las mismas se encuentran fundadas en la reglamentación legal vigente. A pesar de que no se indica específicamente cuál es la norma aplicable al caso, el Tribunal Superior asume que se trata del artículo 14 de la Ley n° 9277 el cual dispone en su inciso b: “LA APROSS no otorgará cobertura asistencial ni reconocerá reintegro de gastos en los siguientes supuestos: Prestaciones y medicamentos en etapa experimental, no avalados por instituciones científicas reconocidas a nivel nacional, y no incluidos en el Menú Prestacional de la APROSS”. Consecuentemente, el Tribunal sostiene que la sistemática de tal artículo incluye en cada inciso una única hipótesis y que la conjunción “y” no hace más que incluir otra característica a las prestaciones y medicamentos descritos anteriormente.

En cuanto al criterio de interpretación aplicable a los hechos, el Tribunal Superior de Justicia analiza los elementos probatorios incorporados al caso a la luz de la situación personal de la amparista. Tal análisis se desarrolla al comenzar el apartado “Análisis de la cuestión” ahondando en las afecciones de la señora M.V y en sus circunstancias personales. El Tribunal Superior de Justicia advierte que la actora sufre de imposibilidad

Conteste con ello la APROSS debe disminuir las complicaciones que la realidad misma impone a sus afiliados signados por estas circunstancias y asumir modos y formas diligentes caracterizados por la simpleza y agilidad para el acceso cierto a las prestaciones, las que –por otro lado– requieren de una prudente inmediatez para lograr su efectividad.

No es posible dispensar a los adultos mayores que cuentan con certificado de discapacidad el mismo trato que al resto de los afiliados de la APROSS, por cuanto éstos requieren de una mayor accesibilidad y disponibilidad de los mecanismos existentes a los fines de garantizarles una vía efectiva y conducente a una protección especial.

El contexto referenciado y la especial situación de discapacidad que atraviesa la actora, permite tener por acreditado que el obrar de la demandada, al rechazar la cobertura del concentrador de oxígeno portátil solicitado descuidando el severo cuadro de escoliosis dorsal que padece aquella, que también merece atención, habilita la procedencia de la pretensión encauzada a través del amparo.

A lo dicho cabe agregar que la APROSS, si bien ha hecho hincapié en los principios de solidaridad y equidad, no ha mostrado el daño o perjuicio que podría acarrearle la cobertura del equipo solicitado, lo que permitiría concluir que la citada entidad cuenta con los medios necesarios para llevar excepcionalmente adelante dicha práctica en atención a las particularidades del caso de marras. Entonces, contando con tales medios y estando probado el difícil cuadro de salud de la amparista de conformidad a los extremos analizados, luce irrazonable la negativa dada a ésta. Es que los principios fundantes del sistema de salud, sostenidos por toda la regulación normativa provincial, referidos al derecho de salud a los que debe someterse la APROSS, basados en la solidaridad y enraizados en un fuerte fin social, no pueden conducir a una respuesta diferente en este caso singular, sin que ello implique su generalización.

.....

de deambular con autonomía, de disnea, de dolor crónico, de fatiga muscular, de inseguridad, de aislamiento y de afecciones en la columna. También toma en consideración que es una mujer de edad avanzada y que vive sola. Este aspecto, el criterio de interpretación aplicado, es sumamente importante ya que deriva a sostener que la actora sí aporó elementos suficientes de convicción para fundamentar la necesidad de la cobertura solicitada en razón de su Derecho a la Salud; considerado este último en virtud de la protección integral y especial que otorga a ancianos y discapacitados.

El Tribunal Superior de Justicia, en una de sus afirmaciones conclusivas nombradas al comenzar el comentario, sostiene que la APROSS cuenta con los medios para llevar a cabo la cobertura solicitada. Si bien no se ahonda demasiado en este argumento, es interesante nombrar que el Tribunal Superior de Justicia seguramente se basó en el artículo 13 de la Ley n° 9277 el cual dispone, en parte, que las prestaciones, servicios e insumos serán brindadas por la APROSS en la medida de las posibilidades técnico-financieras de la entidad. El Tribunal Superior de Justicia advierte que la APROSS no mostró el daño o perjuicio que le acarrearía la cobertura del concentrador de oxígeno, lo que le permite concluir que la entidad cuenta con los medios necesarios para llevar a cabo la cobertura excepcional en consideración de las particularidades del caso.

#### **IV. Conclusión**

La sentencia analizada es sumamente interesante toda vez que expone en sus líneas la naturaleza del razonamiento jurídico, el alcance del Derecho a la Salud de discapacitados y ancianos y el criterio de interpretación de los hechos en materia de salud, con importantes consecuencias en la resolución.

Respecto al razonamiento jurídico, es pertinente advertir que el mismo acaece y se expone como una interrelación entre el plexo normativo y los supuestos fácticos. El

## 12. COSTAS

En función de las particularidades del juicio, se estima justo y equitativo imponer las costas por su orden en ambas instancias (art. 130 CPC, por remisión del art. 17 de la Ley n° 4915).

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA LOS SEÑORES VOCALES DOCTORES AÍDA LUCÍA TERESA TARDITTI, DOMINGO JUAN SE SIN, LUIS ENRIQUE RUBIO, M. DE LAS MERCEDES BLANC G. DE ARABEL, MARÍA MARTA CÁCERES DE BOLLATI, SEBASTIÁN CRUZ LÓPEZ PEÑA Y SILVIA B. PALACIO DE CAEIRO, EN FORMA CONJUNTA, DIJERON:

Por ello, corresponde

I. Hacer lugar al recurso de apelación interpuesto en contra de la Sentencia número Setenta y ocho dictada con fecha veintisiete de abril de dos mil diecisiete por la Cámara Contencioso Administrativa de Primera Nominación de esta ciudad.

AI. Admitir la acción de amparo interpuesta por la señora V. M. en contra de la Administración Provincial de Seguro de Salud y en consecuencia, ordenar la provisión del concentrador de oxígeno portátil conforme las prescripciones de los médicos tratantes acompañadas en autos.

BI. Imponer las costas por su orden en ambas instancias. Así votamos.

Por ello, SE RESUELVE:

I. Hacer lugar al recurso de apelación interpuesto en contra de la Sentencia número Setenta y ocho dictada con fecha veintisiete de abril de dos mil diecisiete por la Cámara Contencioso Administrativa de Primera Nominación de esta ciudad.

.....

Tribunal Superior de Justicia advirtió que el tema a decidir era determinar si la demandada había obrado con arbitrariedad o ilegalidad manifiestas al negar la cobertura de un concentrador de oxígeno portátil por considerar que no existía suficiente justificación médica. Consecuentemente, el Tribunal exteriorizó el proceso intelectual sostenido por Recasens Siches. Los magistrados extrajeron elementos relevantes del supuesto fáctico: el derecho comprometido, Derecho a la Salud, y el criterio de interpretación de los hechos aplicable a los supuestos donde tal derecho se encuentra aparentemente vulnerado. Por consiguiente, y antes de avocarse al análisis de la cuestión, se expidieron en cuanto al alcance del Derecho a la Salud de ancianos y discapacitados y el criterio de interpretación aplicable a los hechos, lineamientos sumamente importantes para el posterior análisis exhaustivo del caso y la resolución arribada.

En cuanto al alcance del Derecho a la Salud, el Tribunal lo define acabadamente. A partir de un análisis sistémico y coherente del plexo normativo, el Tribunal Superior de Justicia recuerda el carácter fundamental y personalísimo del Derecho a la Salud y su garantía constitucional y convencional. Así también, el Tribunal afirma la *protección integral* de los discapacitados y ancianos a la que se obliga el Estado, y que incluye prevención, asistencia, rehabilitación, educación, capacitación, inserción en la vida social, realización personal y la promoción de políticas tendientes a la toma de conciencia de la sociedad respecto de los deberes de la solidaridad. Esto se aúna totalmente con la necesidad de un enfoque integrado sostenido por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, citado en la sentencia.

Del plexo normativo, el Tribunal Superior de Justicia extrae también un criterio de interpretación de las leyes. El Tribunal cita la Declaración de los Derechos y Deberes del Hombre la cual consagra el principio de aplicación del "mejor derecho", en sentido de hacer prevalecer la regla más favorable al individuo (principio pro persona). Este postulado es una directriz tanto de preferencia de normas como de interpretaciones.

II. Admitir la acción de amparo interpuesta por la señora V. M. en contra de la Administración Provincial de Seguro de Salud y en consecuencia, ordenar la provisión del concentrador de oxígeno portátil conforme las prescripciones de los médicos tratantes acompañadas en autos.

III. Imponer las costas por su orden en ambas instancias. Protocolícese, hágase saber, dese copia y bajen.

Firma: TARDITTI, Aida Lucia Teresa; SESIN, Domingo Juan; RUBIO, Luis Enrique; BLANC GERZICICH de ARABEL, Maria de las Mercedes; CACERES de BOLLATI, María Marta; LOPEZ PEÑA, Sebastián Cruz; PALACIO de CAEIRO, Silvia Beatriz

Por su parte, la crítica desarrollada en el escrito recursivo gira en torno a cuestionar la decisión de la Cámara en cuanto consideró que el equipo médico requerido por la actora sólo contribuiría a mejorar su calidad de vida y tal extremo "...no constituye manifiestamente un problema de salud grave que tenga entidad suficiente para que A.PRO.S.S. deba exceder el marco de su regulación legal y atender un pedido individual".

---

En cuanto al criterio de interpretación de las leyes en materia de salud, el Tribunal Superior de Justicia advierte la relevancia de un pormenorizado análisis de las circunstancias vitales particulares y singulares del caso, y cita doctrina para sostener que "lo justo judicial es lo que acorde a derecho resulta prudente y razonable en ese caso en particular y no a cualquier otro". Más aun tratándose de materia de discapacidad donde no sólo la misma es singular per se en cada individuo sino que se confluencia con una compleja combinación de factores personales. Debido a la característica de singularidad de las afecciones de salud, se concluye la necesidad de un análisis particular de los supuestos fácticos para dirimir qué es prudente y razonable en el hecho concreto.

Tales análisis permiten al Tribunal identificar a M.V. como titular del Derecho a la Salud y miembro de los grupos vulnerables: ancianos y discapacitados. Analiza sus circunstancias personales y a la luz de un estudio particularizado del hecho concluye que el Derecho a la Salud está siendo vulnerado, y que existen suficientes fundamentos médicos para solicitar la cobertura excepcional a la demandada. Este no es un dato menor, toda vez que se aparta de la interpretación que habría realizado el a quo. Finalmente, el Tribunal Superior concluye que el derecho de la amparista estaba siendo afectado de modo ilegal y arbitrario, tras analizar el proceder de la APROSS e interpretar restrictivamente la reglamentación vigente.

La sentencia analizada es de sumo interés como objeto de reflexión y estudio; y un importante antecedente jurisdiccional en cuanto el alcance del Derecho a la Salud y el criterio de interpretación de los supuestos fácticos en la materia.

---

## Cámara Civil – Sala G (Poder Judicial de la Nación)

**Causa:: P. V.J. Y OTRO c/ I. M. DE O.S.A. Y OTROS s/DAÑOS Y PERJUICIOS - RESP.PROF.MEDICOS Y AUX.**

Diciembre de 2017

En la Ciudad de Buenos Aires, Capital de la República Argentina, a los XX días de Diciembre de Dos Mil Diecisiete, reunidos en Acuerdo los Señores Jueces de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, para conocer en el recurso de apelación interpuesto en los autos caratulados: “V.P.VA.Y OTRO c/ IN. M. DE O. S.A. Y OTROS s/DAÑOS Y PERJUICIOS - RESP.PROF.MEDICOS Y AUX.”, respecto de la sentencia de fs.535/564, el Tribunal estableció la siguiente cuestión a resolver:

¿ES JUSTA LA SENTENCIA APELADA?

Practicado el sorteo resultó que la votación debía realizarse en el siguiente orden: Señores Jueces de Cámara Doctores MARIA ISABEL BENAVENTE -CARLOS CARRANZA CASARES-CARLOS ALFREDO BELLUCI-

A la cuestión planteada el Señor Juez de Cámara Doctora BENAVENTE dijo:

L.- La sentencia de fs.535/564 rechazó la demanda en todas sus partes e impuso las costas a los actores que re-

## **RESPONSABILIDAD POR INCUMPLIMIENTO AL DEBER DE INFORMACIÓN**

NON-COMPLIANCE'S LIABILITY OF DUTY OF INFORMATION

AGUSTINA DALLEGRE<sup>1</sup>

### RESUMEN

El deber de información se ve vulnerado por la parte demandada, viciando así el consentimiento informado de la actora, generando la responsabilidad del profesional junto con la obra social de indemnizar a la misma. El análisis se enfocará en cinco tópicos brindando conocimientos acerca de la ligadura de trompas de Falopio, precisando el deber de información, consentimiento informado, deber de alimentos, reparación integral y si existiría o no la posibilidad del niño de denunciar a sus padres a futuro por daño moral.

### ABSTRACT

The duty of information is violated by the defendant, vitiating the informed consent of the plaintiff consequently, generating the professional's responsibility alongside with the health insurance to compensate them. The analysis is focused on five topics providing knowledge about the Fallopian Tube's ligation, specifying the duty of information, informed consent and duty of nourishment.

Palabras claves: Derecho a la salud; Consentimiento informado; Deber de información y Deber de alimentos; Indemnización; Denuncia por daño moral a futuro.

Key Words: Right to health; Informed consent; Duty of information and Duty of Nourishment; Compensation/ Indemnification; Impeachment for future moral damage

<sup>1</sup> Alumna avanzada de la carrera de Abogacía de la Universidad Nacional de Córdoba. Mail: agustinadallegre@hotmail.com

sultaron vencidos. Viene apelada por los perdedores quienes expresaron agravios a fs. 553/565, los que fueron respondidos a fs. 569/570 por I. M.de O. SA, a fs. 572/3 por O.y a fs.575/580 por S. M.SA.

II.- En el escrito de postulación P.V.J. V y D.A.

C. promovieron demanda por mala praxis médica y por incumplimiento del deber de información contra el Dr. B., I.M. de O.SA -I- y O.. Señalan que por las distintas dificultades que relatan, tomaron la decisión de solicitar al médico demandado que al dar a luz al tercer hijo de la pareja realizara la ligadura y sección de las trompas de Falopio. Es así que el 25 de noviembre de 2011 -día en que se llevó a cabo la cesárea programada- el Dr. B. hizo firmar a la coactora su consentimiento para el acto en un formulario que inicialmente se encontraba en blanco y fue completado más tarde. Luego de la intervención -añaden- les manifestó que había llevado a cabo la tarea según lo convenido. Sin embargo, tres meses más tarde, los reclamantes comprobaron que V. estaba nuevamente embarazada. Sostienen que el profesional nunca les explicó que el método elegido tenía chances de fallar. De todos modos ponen en duda que la intervención se hubiera efectivamente realizado, por cuanto al momento de dar a luz a su cuarto hijo -también por una intervención cesárea- el médico que asistió a la actora en esa ocasión -Dr. D.- asentó en la historia clínica que practicó la sección y la ligadura tubaria. Los demandados negaron la existencia de mala praxis médica como así también que no se hubiera proporcionado suficiente información a la paciente.

Luego de estudiar las pruebas producidas, especialmente el informe pericial, la colega de grado no encontró acreditada la culpa médica. De todos modos señaló que no se había probado que al margen de lo que surge del respectivo formulario, el Dr. B. hubiera explicado a la paciente que existía alguna posibilidad de que el tratamiento fracasara. Consideró, sin embargo, que no se había logrado probar un menoscabo concreto derivado de la referida falta de información, de manera que la omisión en que se habría incurrido no habilita por sí sola

## Introducción:

A fin de resolver recurso de apelación interpuesto en los autos caratulados: "V.P. VA. J. Y OTRO c/ IN. M. DE O. SA. Y OTROS s/DAÑOS Y PERJUICIOS - RESP. PROF. MEDICOS Y AUX." se pone en conocimiento a la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial, conformada por los siguientes magistrados: María Isabel Benavente - Carlos Carranza - Casares Carlos - Alfredo Bellucci.

Se promueve demanda por la parte actora, la cual manifiesta mala praxis médica e incumplimiento en el deber de información contra el doctor B., I.M. La actora frente a su tercer embarazo, le solicita al médico ya identificado intervención quirúrgica a fin de realizarse la ligadura de trompas de Falopio. El doctor previo a la intervención hace firmar a la actora un formulario en blanco, el cual con posterioridad es completado. El conflicto entre las partes intervinientes es dado tres meses después de esta intervención, ya que la actora se encontraba transitando su cuarto embarazo, hecho por el cual le infundió gran sorpresa ya que contrariaba su planificación familiar responsable, producto del cual meses atrás había decidido realizarse la ligadura tubería a fin de no poder engendrar ningún otro niño.

La parte actora desconfía de la realización de la ligadura de trompas de Falopio, además que plantea que el medico faltó al deber de información por no avisarle que esta intervención no era definitiva, y que podría producirse a futuro la recanalización (la cual ocurre cuando los extremos de las trompas se reconectan espontáneamente), o por la aparición de una fistula en la parte ocluida que permite el paso de gambetas. Le reclama al profesional el incumplimiento de la Ley 26.130 al no respetar los modelos de consentimiento informado que recomienda el programa de salud sexual y procreación responsable del Ministerio de Salud de la Nación.

El demandado esgrime que realizo correctamente la ligadura de trompas de Falopio, la

la procedencia del reclamo. De lo contrario –afirmó- se consagraría una suerte de multa civil, que no encuentra sustento en el ordenamiento jurídico.

Los actores consideran que el pronunciamiento recurrido es incongruente por cuanto el razonamiento parte de premisas que luego fueron arbitrariamente dejadas de lado y llega a una solución que no se condice con los postulados en los que se afirma la sentencia. Sostienen, además, que no se ha valorado adecuadamente la prueba.

III.- A la luz de las pautas de aplicación del derecho transitorio (art. 7 CCyC) la Sra. Juez de grado aplicó al caso la legislación vigente al tiempo de ocurrir los hechos, aspecto que no mereció críticas de ninguna de las partes.

Es sabido que la nulidad de la sentencia sólo procede cuando adolece de vicios o defectos de forma o construcción que la descalifican como acto jurisdiccional (art. 253 CPCCN), es decir cuando se ha dictado sin sujeción a los requisitos de tiempo, lugar y forma prescriptos por la ley adjetiva (arts.34, inc. 4 y 163 CPCCN), pero no en hipótesis de errores u omisiones, que -de existir- pueden ser reparados por medio del recurso de apelación, toda vez que el tribunal de Alzada puede examinar los hechos y el derecho con plena jurisdicción.

Las quejas de los actores se asientan en tres aspectos. Por un lado, en que el demandado B.no habría realizado la ligadura tubaria como habían previamente convenido; por el otro que, de haberla efectuado, la ejecutó de forma inadecuada y con culpa, pues de otro modo no se habría producido el nuevo embarazo a los pocos meses de la tercera cesárea. Por último, reprochan al profesional no haber informado sobre la eficacia del método. Se fundan para ello en las estadísticas y en las conclusiones expuestas por la perito médica designada de oficio –Dra. C.- en su dictamen.

IV.- Reiteradamente se ha dicho -con criterio que comparto- que, salvo en contados supuestos, la responsab-

.....

cual fue con consentimiento de la actora. Y considera que no faltó al deber de información de la misma. Argumenta que el servicio que el realizo es de medio por lo cual solo se obliga a realizar la ligadura tubaría. Al no ser su obligación de resultado no puede garantizar el mismo sino la realización de la intervención quirúrgica la cual fue efectivamente llevada a cabo.

El tribunal en base a los argumentos esgrimidos por la parte actora y demandada pone en observación el caso, se realizan informes periciales, pruebas testimoniales, análisis de doctrina y jurisprudencia, con el profesional que atiende a la actora en su cuarto embarazo, la cual finalmente es desacreditada por falta de pruebas, ya que la misma al realizar la cuarta cesaría no apunta el estado de la zona intervenida sino las tareas que desarrollo en ese momento, por lo que no se podría comprobar si la misma observo el estado en que se encontraban las trompas de Falopio, además que hay dos factores espontáneos que pudieron haber retrovertido la intervención quirúrgica realizada con anterioridad al cuarto embarazo, los cuales son la recanalización espontanea o la aparición de una fistula que produce el paso de gambetas.

Con respecto a la culpa medica que se le imputa al demandado, se llega a la conclusión que no es suficiente que la parte actora la cual tiene la carga de la prueba, esgrima que el resultado no fue el deseado, sino que debe aportar a la justicia los actos concretos que reprocha al medico por provocarle un perjuicio en su planificación familiar acreditando así, la deficiente prestación profesional.

En este caso se parte de la premisa que la intervención turbaría fue efectivamente realizada por el profesional, por lo que ninguna de las pruebas planteadas en la sentencia demuestra que la prestación del médico fue defectuosa.

Con respecto al deber de información, hay mucho por imputarle al demandado, ya que al momento de realizar la intervención quirúrgica le hizo firmar a la actora una hoja en blanco que posteriormente fue completada, la cual representaría su consentimiento in-

ilidad del médico frente al paciente es de fuente contractual (conf. Bustamante Alsina, Jorge, “Teoría general de la responsabilidad civil”, n° 1367; Bueres, “Responsabilidad civil de los médicos”, p. 74; Kemelmajer de Carlucci en Belluscio-Zannoni, “Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado”, t. 5, p. 369, N° 20; Llambías, “Obligaciones”, t. IV-B, pág. 132, N° 2822; Alterini- Ameal-López Cabana, “Curso de obligaciones”, t. 2, pág. 491, N° 1861 y sigts.; Mosset Iturraspe, “Responsabilidad civil del médico”, p. 97, N° 2; Trigo Represas en Cazeaux-Trigo Represas, “Derecho de las obligaciones”, t. III, pág. 83; Rezzónico, “Obligaciones”, t. II, pág. 1514; Salvat-Acuña Anzorena, “Fuentes de las obligaciones”, t. IV, pág. 312, N. 2987). De manera que la cuestión queda gobernada por los principios generales enunciados en los arts. 512, 520, 902 y conchs. del código civil sustituido. Por tanto, para que el deber de responder por parte del médico pueda configurarse, el paciente tiene la carga de acreditar que el daño cuya reparación se reclama es consecuencia de un comportamiento culposo –por acción u omisión- atribuible a la mala praxis profesional; de modo que el interesado está precisado a demostrar no sólo el mencionado factor de imputación sino –además- la relación de causalidad (conf. Calvo Costa, Carlos, “Responsabilidad médica. Causalidad adecuada y daño: una sentencia justa”, LL 2006-D, pág.69). Esta premisa es el efecto natural de las obligaciones que se caracterizan como de medios, que suponen que el deudor sólo se obliga –en principio- al desarrollo de una actividad o conducta diligente y de conformidad con la *lex artis* (conf. Asúa, Clara I, “Responsabilidad civil médica”, en “Tratado de la responsabilidad civil” dir. Fernando Reglero Campos, Thomson- Aranzadi, reimpresión 2007, p. 1179 ss., Bustamante Alsina, J., “Responsabilidad civil de los médicos en el ejercicio de su profesión”, cit., LL 1976-C, 63; Yungano, Bolado, Poggi, Bruno “Responsabilidad profesional de los médicos”, ed. Universidad, 141; CNCiv, sala C, del voto del Dr. Belluscio, del 6-4-76, en L.L. 1976-C, 69, anotado por Bustamante Alsina; Vázquez Ferreyra, “La obligación de seguridad en la responsabilidad civil y en el contrato de trabajo”, ed.

.....  
 formado.

El consentimiento informado consta de dos partes, la informativa y el consentimiento propiamente dicho, al no ser informada por el medico acerca de la falibilidad de la intervención quirúrgica que le fue ejecutada a la actora, se considera que ha faltado al primer componente del mismo, por lo que su consentimiento no sería libre y estaría viciado por el incumplimiento del deber de información médica.

La obra social en este caso es demandada también por parte de la actora, ya que es la responsable de hacer que sus prestadores cumplan los estándares de información requeridos para cada operación en particular. Por ello el profesional antes de realizar cualquier intervención debe explicar acerca de la misma, sus posibilidades, ventajas, factores de riesgos, y la falibilidad o efectos secundarios de la misma.

Finalmente se resuelve revocar la sentencia apelada, hacer lugar a la demanda promovida y cobrar una indemnización al medico y la obra social interviniente, por haberse demostrado el incumplimiento al deber de información.

## **I.Ligadura Tubaria**

A fin de detallar la intervención quirúrgica realizada en el caso por el demandado a la actora, me parece apropiado aportar información acerca de la ligadura tubaria o comúnmente llamada ligadura de trompas de Falopio, es una cirugía de anticoncepción solicitada por la mujer a fin de lograr la esterilización, no es definitiva puede revertirse por el mecanismo de recanalización o aparición de una fistula en la parte ocluida que produce el paso de gambetas. Se puede realizar inmediatamente después de tener un bebé a través de una incisión pequeña en el ombligo o durante una cesárea.

La intervención quirúrgica tiene altas probabilidades de eficacia, pero admite excepcio-

Vélez Sarsfield, 1988, 157; Bueres, Alberto J. "Responsabilidad civil de los médicos", tº 1, pág. 380 ss; Andorno, Luis O. "La responsabilidad médica", Zeus, tº 29, D 126; CNCiv., Sala D, del 7-6-2005, "M., S. M.

c. Lecumberri, Luis E.," La Ley Online).

Podría ocurrir que el reproche formulado contra el profesional no radique en el deficiente cumplimiento de la prestación sino que se alegue directamente que no ejecutó el acto prometido. En esas circunstancias no sería apropiado acudir a la calificación de la obligación asumida como "de medios" o de "resultado" sino que bastará con que el paciente demuestre que el opus prometido no se realizó para que se desplace sobre el médico la carga de demostrar las razones que justificaron la omisión.

Como dije, los actores pusieron en duda que el demandado B. hubiera realizado la ligadura y sección tubaria a que se había comprometido. Para el caso de haberse realizado, atribuyeron el fracaso de la técnica a la negligencia de aquél, reprochándole, por otra parte, no haber cumplido con el deber de información que exige la ley 26.130 ni respetar los modelos de consentimiento informado que recomienda el Programa de salud sexual y procreación responsable del Ministerio de Salud de la Nación. De este modo, se vieron privados de tomar una decisión adecuada sobre si llevaban a cabo la práctica, o bien -si resolvían consentirla- podrían haber adoptado otras medidas de contracepción para evitar un nuevo embarazo.

Corresponde, entonces, examinar si – efectivamente- se encuentra acreditada la realización de la ligadura y sección tubaria y luego –en caso afirmativo- si el profesional incurrió en culpa médica susceptible de generar el deber de responder.

V.- Por cierto, el reprochado incumplimiento es posterior a la vigencia de la ley 26.130 que incluyó los métodos de contracepción quirúrgica entre los permitidos, como así también de la Ley sobre Salud Sexual y Reproductiva y Procreación Responsable (Ley 25.673, de 2002) que modificó en el ámbito nacional la ley

.....  
 nes donde podría producirse un embarazo a futuro.

*"La ligadura de trompas se considera una forma de planificación familiar permanente y no se recomienda como método a corto plazo o reversible. Sin embargo, algunas veces, una cirugía mayor puede restablecer la capacidad para tener un bebé. Esto se denomina recanalización. Más de la mitad de las mujeres que se someten a una recanalización de trompas puede volver a quedar en embarazo. Una alternativa a la cirugía de recanalización es hacerse una fecundación in vitro (FIV).*

*Un procedimiento histeroscópico de oclusión de las trompas es muy difícil de revertir. En este caso, la mejor opción sería una FIV.*

*Los riesgos de la ligadura de trompas son:*

- *Cierre incompleto de las trompas, lo cual podría aún hacer posible que se presente un embarazo.*
- *Aumento del riesgo de embarazo tubárico (ectópico) si dicho embarazo ocurre después de una ligadura de trompas.*
- *Lesión a órganos o tejidos adyacentes causada por instrumentos quirúrgicos."*

## **II.Consentimiento informado. Deber de Información.**

El consentimiento informado implica una declaración de voluntad efectuada en este caso por el paciente, el profesional que va a realizar la prestación medica debe haberle proporcionado toda la información necesaria que compromete la intervención quirúrgica. De esta manera el paciente, tiene la libertad de elegir si va a aceptar las ventajas y riesgos que produce realizarse la operación.

El consentimiento posee dos elementos para ser completo, la información refiere a detallar de manera clara y precisa el procedimiento que se le va a realizar a la paciente,

17.132 que prohibía derechamente a los médicos realizar intervenciones esterilizantes si no mediaba indicación terapéutica precisa (art. 20 inc. 1). Dicho marco legal se integraba –entre otras normas- con el art. 91 del Código Penal que atribuye pena de reclusión o prisión de tres a diez años si la lesión produjera “la pérdida de la capacidad de engendrar o concebir”. Vale decir, en el contexto normativo que regía al momento de la intervención del galeno demandado, el procedimiento elegido era ya un método de contracepción legalmente permitido.

Según se desprende de la historia clínica que se encuentra agregada en sobre reservado, el 25 de noviembre de 2011, el Dr. B. realizó una operación cesárea electiva. Como resultado, nació un niño –el tercer hijo de los actores- de 8 meses de gestación y en buen estado (Apgar 9 al primer minuto y 10 a los cinco minutos). La intervención se llevó a cabo sin complicaciones. Ese mismo día, a la hora 8, asentó también que V. solicitó que se practique una ligadura tubaria. Exteriorizó su voluntad firmando la historia clínica. En pieza separada, se encuentra el “documento de consentimiento informado para ligadura de las trompas de Falopio”. También allí la actora suscribió el referido instrumento en el que solicitó la práctica en los términos dispuestos por la ley 26.130, sobre cuyos alcances y su eficacia me referiré más adelante.

La reclamante sostiene que si fuera cierto que el médico demandado realizó la ligadura tubaria, el embarazo no habría tenido lugar a los tres meses de la cirugía. En apoyo de su postura afirma que si el 19 de octubre de 2012, el Dr. D.-que la asistió en la última cesárea- procedió a realizar sección y ligadura tubaria, es porque dicha intervención no había sido anteriormente efectuada. Refuerza el argumento con citas de estadísticas internacionales -que también destaca la experta en su informe- que revelan que la posibilidad de embarazo postligadura son bajas. Estos argumentos no me parecen decisivos para tener por acreditado el incumplimiento absoluto de la prestación

.....

las ventajas, los riesgos, efectos secundarios y posibles complicaciones que podrían presentarse durante y posterior a la intervención. El segundo elemento es el consentimiento propiamente dicho, este lo completa, y refiere a la aceptación de la intervención quirúrgica correspondiente en cada caso particular, se acepta la oferta de la prestación medica de manera libre y autónoma, adolece de vicios. La autonomía dentro del consentimiento presenta un papel protagónico, ya que permite que este sea libre y no sea inducido por factores exteriores.

Es decir que para que el consentimiento sea eficaz, precisa que se cumplan de manera total estos dos componentes. Rige el principio de buena fe con respecto del profesional para el paciente, ya que este ultimo se encuentra en una situación de vulnerabilidad por desconocer los procedimientos quirúrgicos.

En este fallo se falta al deber de información, ya que no se cumple el primer componente del consentimiento informado, el medico hace que su paciente firme un documento en blanco, el cual completa posteriormente, impidiéndole así, conocer acerca de la falibilidad de la ligadura de trompas de Falopio, al no explicarle a la actora las posibilidades de que la operación se revierta espontáneamente o por formación de fistula llevándola así a la posibilidad de un futuro embarazo. Por otro lado, no le informa a la paciente con el tiempo correspondiente que debe prestarse a fin de que la misma, pueda evaluar lo que mas se adapta su proyecto familiar.

Por consiguiente, se deduce que el profesional en este caso, ha faltado al deber de información por lo que se impone el pago de indemnización al ser probada la culpa medica por la deficiencia en el deber de información a la actora.

Además, esta resolución comprende también a la obra social, ya que la misma tiene injerencia en el caso por ser deudora de las prestaciones médicas, aunque estas sean ejecutadas, en este caso por el demandado, y en ese carácter de deudor responde por el incumplimiento de la obligación de quien haya materializado la inejecución.

En efecto, según se indica en el informe pericial de fs.366/376, el embarazo posterior a la ligadura tubaria puede obedecer a una falla intrínseca del método. Se puede producir por la recanalización –que ocurre cuando los extremos de las trompas se reconectan espontáneamente- o por la aparición de una fistula en la parte ocluida que permite el paso de las gametas. La Dra. C.explicó que las tasas anuales de embarazo en caso de minilaparotomía por medio de la salpingectomía parcial, comúnmente con las técnicas de Pomeroy y Parkland, son muy bajas, pero en caso de fracaso, la mayor incidencia es en el primero o segundo año después de la cirugía. Agregó que según “el estudio CREST se observó que entre mujeres jóvenes la posibilidad de falla del método fue mayor, lo cual es lógico ya que... son más fértiles y por otro lado cuentan con más años de fertilidad”. Añadió que para los expertos el embarazo es un evento raro después de la IT, por ello es difícil determinar las tasas exactas de embarazo a través de las fuentes de datos internacionales, dado que no se reportan rutinariamente en conjunto con las tasas de embarazo de los otros métodos anticonceptivos.

De lo expuesto se infiere que, aunque la ligadura tubaria es un método de esterilización destinado a impedir el embarazo de manera permanente, ello no implica que no se puedan presentar excepciones, sobre todo en mujeres jóvenes, como es el caso de la actora. Una de sus posibles causas es la recanalización espontánea de las trompas de Falopio. En tales condiciones, el sólo hecho de haberse realizado una segunda sección y ligadura al nacer el cuarto hijo no descarta de plano que no se hubiera llevado a cabo la primera.

Es verdad que en el parte quirúrgico elaborado a raíz de la cesárea practicada en 2012, el Dr. D. no dejó constancia del estado en que se hallaba la zona intervenida, es decir, no asentó si las trompas presentaban signos de haber sido ligadas con anterioridad. Sólo se limitó a transcribir en la historia clínica –escuetamente, por cierto- la práctica que personalmente llevó a cabo en el momento de la cesárea. No advierto que esa omisión sea reveladora del incumplimiento absoluto al que se refiere la demanda. Como bien destaca la Sra. Juez a quo,

.....  
 En este caso a obra social no ha cumplido con las instrucciones que deben darles a los prestadores profesionales para ofrecer a sus afiliados sobre el modo en que debe llevarse el consentimiento informado.

### **III. Deber de alimentos**

La parte actora solicita que se haga responsable económicamente la parte demandada de todo lo necesario para cubrir el consumo de su hijo hasta la mayoría de edad, esgrimiendo daño a su proyecto económico de vida, y su planificación familiar.

Por la cual decidió realizarse esa operación, reclama daño como consecuencia por incumplimiento del deber de información, fundándolo en las desventajas económicas que le trae aparejado el nacimiento de su cuarto hijo.

En nuestro ordenamiento, el deber de alimentos es intransferible e indisponible, reservado solo a los sujetos regulados por el artículo 537 del código Civil y Comercial de la Nación por lo que, si por incumplimiento al deber de información nació un hijo no deseado, la manutención del mismo es inherente e indelegable para los progenitores.

Como cita el artículo 539 CCYC Prohibiciones: La obligación de prestar alimentos no puede ser compensada, ni el derecho a reclamarlos o percibirlos, ser objeto de transacción, renuncia, cesión, gravamen o embargo alguno. No es repetible lo pagado en concepto de alimentos.

Por lo que los magistrados resuelven denegar el daño planteado por la actora en materia de alimentos, ya que corresponde a los progenitores brindarle a su hijo ese deber de manera indelegable e inherente, acreditando la falta de causalidad de la intervención del médico con el nacimiento y mantenimiento del nacido posteriormente a la ligadura de trompas de Falopio.

es sugestivo que no se hubiera ofrecido como testigo al Dr. D. a efectos de que pudiera efectuar las aclaraciones pertinentes. Resulta también extraño que ante la sorpresa –o disgusto– por el nuevo embarazo y frente a la sospecha de que no se habría realizado la intervención expresamente requerida, la paciente no tomara la precaución de averiguarlo y de requerir al médico las explicaciones que podrían haber constituido, por cierto, una prueba fundamental para esclarecer este aspecto medular de la pretensión.

No pasa inadvertido que al contestar las impugnaciones formuladas por la actora, la perito respondió que la probabilidad de que no hayan sido ligadas las trompas en la operación cesárea que concierne a esta litis es mayor que la canalización tubaria posterior, dado que el embarazo postligadura se produjo a los cuatro meses en que tuvo lugar aquélla (ver resp. III-e, fs.408 y vta.). Tal manifestación tampoco me parece suficiente para tener por probada la falta de ejecución de la práctica.

Al respecto, no está de más recordar que el art. 477 CPCCN no asigna al peritaje el carácter de prueba legal, toda vez que establece que su fuerza probatoria será estimada por el juez teniendo en cuenta la competencia del perito, los principios científicos o técnicos en que se funda, la concordancia de su aplicación con las reglas de la sana crítica, las observaciones formuladas por los consultores técnicos o los letrados (arts. 473 y 474 CPCCPN). En el caso, no puede perderse de vista que la apreciación de la experta no se basó en ninguna evidencia científica, pues es claro que realizó una ponderación de carácter conjetural, que no encuentra sustento objetivo en la prueba producida en estos autos.

Pues bien. Según la historia clínica, el 25 de diciembre de 2011, B.llevó a cabo la cesárea –de la que nació un varón sano– como así también la sección y ligadura tubaria solicitada por la actora. De haberse asentado falsamente que se realizó esta práctica, la conducta del deudor no sería culposa sino claramente dolosa. De

#### **IV.Posibilidad de que en un futuro el niño considerado costo adicional pueda demandar a sus padres por daño moral**

A lo largo de la sentencia aparece una pregunta muy interesante esgrimida por el autor Prieto Molinero, la misma data un tema muy interesante a tratar ¿Es razonable o moralmente valioso considerar que el nacimiento de un niño sano es un daño? ¿Qué ocurre si en el futuro el niño descubre que sus padres lo consideraron un mero “costo adicional” los podría demandar a su vez por daño moral?

En este fallo se habla de daño, refiriéndose al nacimiento de un hijo no previsto por la falta al deber de información, esto trae a colación en la sentencia dos problemas denominados “Wrongful pregnancy” o “Wrongful conception” estos reflejan la anticoncepción fallida, son los casos donde la mujer se sometió a una intervención quirúrgica tal como, la ligadura de trompas de Falopio, o el hombre a una vasectomía, y lo mismo se produjo a futuro un embarazo. Los términos mencionados en inglés aluden a las capacidades del niño, en base a si el nacimiento del niño es sano, o si tiene secuelas de incapacidad. Se realiza un análisis comparado a fin de determinar la postura de si el nacimiento del niño independientemente de su capacidad podría generar un menoscabo económico y reclamar así indemnización por incumplimiento del deber de información.

No es razonable analizar acerca de si el nacimiento de un niño produciría un daño ya que no podría generar planteos acerca de si el mismo fue deseado o no, en lo que respecta a la indemnización en caso de faltar al deber de información o por culpa médica, es justa la misma, ya que la actora tomo las medidas previas necesarias para evitar un futuro embarazo en base a su planificación económica familiar, con respecto al deber de alimentos, considero que es inadmisibles reclamarle al demandado ya que es un derecho personal e intransferible.

Por otro lado, el niño que en un futuro tome conocimiento acerca de que su nacimiento no fue querido por sus padres, se vería afectado moralmente. Por lo que no debería

allí que el dolo –entendido como inexecución deliberada de la obligación, aun cuando no se hubiera tenido el propósito de causar un daño- en tanto constituye una conducta agravada del deudor, debe ser probado de manera categórica por quien lo alega (conf. Llambías, Jorge J. “Tratado de Derecho Civil- Obligaciones”, ed. Abeledo Perrot, Bs.As. 1978, T.I, N. 155, p. 186; Bustamante Alsina, Jorge, “Prueba de la culpa” en Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales - Obligaciones y Contratos - Tomo I, p. 631; Pizarro-Vallespinos, “Instituciones de Derecho Privado”, t. 2, p. 607). No basta a tal efecto la invocación de vagas inferencias que no son siquiera graves, precisas y concordantes pues –como se ha visto- no se descarta en absoluto la posibilidad de la recanalización natural y espontánea de los extremos de las trompas o bien la formación de una fistula que permite el paso de las gametas, aunque se trate de contingencias excepcionales (ver resp. preg.11 de IMOS, fs. 36). No hay motivos serios para presumir con certeza que no se hubiera verificado en la especie la mencionada recanalización. Reitero, las inferencias de la Dra. Cejas son meramente probabilísticas y advierto que sus conclusiones en este aspecto parten de premisas no acreditadas, sino de sospechas que, por sí mismas, no son idóneas para desvirtuar las constancias de la historia clínica.

En tales condiciones, el sólo hecho del embarazo con posterioridad a la intervención cesárea no basta para acreditar la falta de realización de la sección y ligadura tubaria. Y aun cuando es cierto que el segundo profesional dejó constancia en la historia clínica que procedió a ligar las trompas, no explicó cuál era el estado previo de éstas, de modo que no queda claro si ejecutó la práctica por primera vez o bien si resolvió –v.gr.- un problema de recanalización espontánea. Frente a la duda, no puede reputarse falsa la atestación efectuada en la historia clínica y, por ende, menos aún puede tenerse por comprobado el dolo del deudor en el incumplimiento de la obligación.

VI.- Esclarecido el tópico analizado anteriormente vinculado al incumplimiento liso y llano de la prestación,

debaterse acerca de si la venida de los niños producto de fallos en las operaciones esterilizantes es deseada o no, el enfoque tiene que estar dado en si se realizó de manera correcta el procedimiento, brindando la información necesaria cumpliendo con los formularios enviados por las obras sociales, y observando el consentimiento detallado, libre y autónomo.

Se produce la violación del plan de vida y la voluntad procreacional de los padres, pero esto no justifica faltar al deber de alimentos, pero si concede la necesidad de la indemnización por parte del médico y la obra social debido al menoscabo patrimonial que lo trajo aparejado la sorpresiva venida del niño posterior a la ligadura de trompas de Falopio. Con respecto a la segunda pregunta que nos plantea el fallo, el niño no podría denunciar por daño moral, porque no fue damnificado por parte del demandado, no se presenta un nexo de causalidad entre su nacimiento, y el obrar del médico.

Por otro lado, el niño a futuro debería valorar las actitudes de sus progenitores posteriores a su nacimiento, y comprender que la importancia de la sentencia en cuestión no se centra en si el fue deseado o no por sus padres, sino en la solicitud de indemnización por parte del médico en su obrar culposo contrario al proyecto económico familiar.

## **V.Derecho a la reparación integral: indemnización**

Siguiendo con el análisis del fallo en cuestión, el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación adopto la postura de la reparación íntegra o plena, así en el artículo 1740, establece que la misma consiste en restituir al afectado las cosas a como estaban en el momento anterior al hecho lesivo. Esta restitución como regla, establece que se deberá intentar restituir al estado anterior de cómo estaban las cosas y en caso de no poder ser posible, deberá de ser reemplazada por una suma de dinero.

Ahora teniendo en cuenta esto, el caso establece dos tipos de indemnizaciones que

resta examinar si existió culpa médica por haber llevado a cabo la cirugía en forma defectuosa o negligente. En principio, quien carga con la prueba de la culpa médica es el actor, quien debe justificar que el galeno no observó los deberes de prudencia y diligencia que caracterizan a la obligación de medios (conf. Bustamante Alsina, Jorge, "Prueba de la culpa", cit.). Sin embargo, tanto la doctrina como la jurisprudencia desde hace tiempo destacaron la necesidad de aplicar en estos casos las denominadas "cargas probatorias dinámicas" –actualmente recibidas en el art. 1735 del Código Civil y Comercial- que son, en rigor, corolario del deber de "cooperación" que han de asumir los profesionales cuando son traídos a juicio (conf. Morello, Augusto, "La responsabilidad civil de los profesionales, la defensa de la sociedad y la tutela procesal efectiva", en "Las responsabilidades profesionales",

p. 15, Ed. Platense, La Plata, 1992; Compagnucci de Caso R., "La responsabilidad médica y la omisión en la presentación de la historia clínica", en *La Ley*, 1995-D, 549; voto del Dr. Bueres, CNCiv., Sala D, del 24-5-90, LL 1991-D, pág. 469). En función de dicho postulado, cuando no existen elementos completos o suficientes la carga de la prueba se coloca en cabeza de la parte que se encuentre en mejores condiciones para producirla (conf. Peyrano, Jorge W.-Chiappini, Julio O., "Lineamientos de las cargas probatorias dinámicas", ED 107-1005). Esta distribución de la carga probatoria –que es claramente complemento del deber de buena fe y lealtad que se deben las partes entre sí- ha sido perfilada con el objeto de nivelar las asimetrías que existen entre los litigantes ya que el paciente –profano- puede tropezar con dificultades para acceder a la verdad y ver frustrado –así- su derecho a la reparación de un daño injusto, de modo que el profesional –cuya superioridad técnica con relación a aquél es innegable- está llamado a colaborar con el esclarecimiento de los hechos. Pero esta carga no implica, por cierto, dejar de lado la que incumbe al paciente que pretende el resarcimiento (art. 377 CPCCN) pues es quien tiene primordial interés en acreditar la causa fuente del daño, es decir, la culpa médica.

.....  
fueron solicitadas y otorgadas por el tribunal en primera instancia. Una primera indemnización que es el daño emergente, que es, el deterioro o pérdida de la cosa, como así también, por la privación de la misma que tuvo que soportar el damnificado. Y una segunda indemnización que se trata del daño moral sufrido por la demandante. Este daño moral en palabras de Pizarro (2004) "consiste en una modificación disvaliosa del espíritu, en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir, que se traduce en un modo de estar diferente de aquel en el que se hallaba antes del hecho, como consecuencia de este y anímicamente perjudicial" p.31. Estos dos daños, deberán de ser probados por quienes lo invocan, no bastando su propia alegación.

El tema central en este análisis pasa por la consideración del daño moral por sobre la consideración de los daños emergentes que pudo haber sufrido los damnificados. Esto es así, porque quedo probado que el daño emergente reclamado no pudo probarse en su momento oportuno, durante la etapa probatoria en primera instancia, quedando a consideración y como eje central de la reparación la afectación de la esfera interna de los demandantes.<sup>2</sup>

El daño moral, como decía Pizarro, es esta afectación al querer, sentir y entender de la persona que provoca una afectación a su espíritu. Esta afectación a diferencia del daño emergente, no puede ser restituida a un estado anterior del hecho, por lo cual se buscará otorgar bienes que ayuden a sobrellevar el daño provocado.

La afectación al proyecto de vida y al plan pro creacional, configura un verdadero daño moral, ya que el mismo si bien no produce un daño en el patrimonio de la persona, produce una alteración en el espíritu de la persona afectada, a su faz interna.

La cuantificación del daño moral o extramatrimonial, como esta receptado en el Código Civil y Comercial, es una tarea delicada, ya que el dolor no puede medirse o tasarse,

---

<sup>2</sup> En los casos de daños, a fin de calcular la indemnización, no resulta suficiente que el damnificado acredite una lesión a determinados intereses, sino que es necesario, además, que se aporten suficientes elementos de juicio sobre su específica repercusión patrimonial (C1a Civ., Com., Minas, Paz y Trib. San Rafael, 29/12/2011, LLGran Cuyo 2012 [mayo], 417) Aporte realizado por Jorge Eduardo Vázquez.

Por cierto, no basta con que la actora pruebe que el resultado obtenido no ha sido satisfactorio, sino que debe precisar cuáles son los actos concretos que reprocha a los médicos y que el desenlace tuvo lugar por la deficiente prestación profesional.

La conclusión que cabe en este caso no es distinta de la expuesta en el apartado anterior sino, por el contrario, corolario lógico de lo explicado. En efecto, si se parte de la premisa según la cual la sección y ligadura tubaria fueron ejecutadas en ocasión de la cesárea y ninguna de las pruebas aportadas revela que haya estado mal efectuada, no puede derivarse culpa en el acto médico considerado en sí mismo. Más aún, al contestar el cuestionario de O., la experta respondió que según el parte quirúrgico, la operación realizada por B. ha sido correcta (conf. resp. 4, fs.367 vta.). Es verdad que en el protocolo el codemandado no dejó constancia sobre cuál ha sido el método empleado en la ocasión. Pero de ello no se sigue que hubiera sido deficiente. Repárese que tampoco el Dr. D. explicitó en la historia clínica cuál fue la técnica utilizada el 19 de octubre de 2012 y nada indica que tenía obligación de hacerlo. No obstante, la falta de mención en este caso impidió verificar de qué modo había sido llevada a cabo la anteriormente practicada.

En suma, ninguna de las pruebas avala el alegado cumplimiento defectuoso de la prestación. Tampoco advierto qué otro elemento podría haber aportado el codemandado a modo de colaboración con el esclarecimiento de los hechos. La prestación estaba asentada en la historia clínica. De lo expuesto se infiere que no se produjo ninguna evidencia que justifique imponer al médico y a los restantes demandados, el deber de reparar por no haber sido satisfecha la práctica médica quirúrgica específica estipulada de conformidad con la *lex artis* punto las quejas.

.....

sino que se trata de dar algunos medios de satisfacción, que no es lo mismo que equivalencia, el daño moral no se cuantifica, sino que se cuantifica la satisfacción. Aquí es menester tener en cuenta, a su vez, sobre lo que el nuevo código recepto como los hechos notorios. Estos hechos notorios, que son una excepción a la carga de la prueba del daño, son los conocidos y tenidos por ciertos por la generalidad de las personas de mediana cultura en el lugar y en el tiempo en que se desenvuelve el proceso, como ser el sufrimiento del padre ante la muerte del hijo, o en este caso, la llegada de un hijo que la familia no esperaba tener y por lo que habían hecho todo lo posible para no engendrar.

### **Conclusiones:**

A modo de corolario la importancia de esta sentencia radica en la entidad que debe tener el deber de información con respecto al consentimiento informado en caso de prestación medica a la paciente. El papel de la obra social debería cubrir sus falencias instruyendo a los profesionales adscriptos a la misma a conocer y respetar el modo en que debe llevarse a cabo el formulario de consentimiento informado.

Por consiguiente, debe respetarse la autonomía y libertad del paciente delegándole el tiempo suficiente, a fin de que esta pueda decidir si realizarse la operación o no examinando beneficios y riesgos. En este caso el deber de información se vio vulnerado impidiéndole a la actora tomar conocimiento que la ligadura turbaría tenía reversión, por lo que esta no pudo prevenir el próximo embarazo.

La indemnización en mi criterio es correcta, ya que el demandado frustró el proyecto de economía familiar por la deficiente prestación del servicio, con respecto a la culpa médica. Y la obra social es responsable por no haber instruido de manera correcta a sus prestadores profesionales.

Con respecto al deber de alimentos, es justo no hacer responsable al demandado, ya que este es propio de la actora en su carácter de madre, por ser inherente e intransferi-

Por tanto, propongo al Acuerdo desestimar en este

VII.- Más complejo es el examen de los agravios vinculados con el deber de información que concierne a los médicos que, según se explica en la sentencia, no fue adecuadamente proporcionado.

En la demanda, V. sostiene que firmó una hoja en blanco que fue completada después y que no recibió ninguna información sobre la posibilidad del fracaso de la técnica consentida. En forma reiterada señaló que el code-mandado B. le preguntó varias veces si estaba segura de realizar la sección y ligadura de las trompas porque – aseguraba- no podría volver a quedar embarazada. Vale decir, recibió información sobre los efectos comunes o generales que produce la práctica –incluso son esas las consignas que figuran en el formulario agregado como prueba- pero nadie le advirtió que ese método, como cualquier otro, no es infalible.

En el formulario tipo que obra en la documentación que se encuentra reservada –claramente pre impreso- se mencionan siete puntos que revelan que V. recibió explicaciones sobre las distintas opciones terapéuticas; la técnica a utilizar, las complicaciones que podrían presentarse “por orden de frecuencia” y su conformidad para que si en el momento del acto quirúrgico surgiera algún imprevisto, se pudiera variar la técnica programada”. El instrumento, remata con la frase: “he comprendido las explicaciones que se me han facilitado en lenguaje simple y claro, permitiéndome realizar todas las observaciones y aclarándome todas las dudas que he planteado. Por ello manifiesto que estoy conforme y satisfecha con la información recibida y que comprendo el alcance y los riesgos del tratamiento y en tales condiciones CONSIENTO que se me realice una ligadura simple de trompas uterinas”.

Al contestar la demanda O. adjuntó un formulario

–F-PAD-2-8- que no corresponde a V. sino a otra paciente. Allí se asentó la posibilidad de que aun cuando la intervención fuera correctamente realizada, no se descarta un embarazo natural, según la estadística interna-

.....  
ble, ella debe hacerse responsable del deber de alimentos hasta la mayoría de edad de su hijo.

Para finalizar con respecto al último tópico analizado, se llega a la conclusión que el niño no podría denunciar a sus padres por daño moral, ya que no es el damnificado en este proceso. Por otro lado, en el derecho comparado que presenta la jurisprudencia a lo largo de la sentencia, se ha arribado a diferentes conclusiones. En lo que a mi opinión respecta la más acertada es aquella que no pone en eje la vida como una cuestión negativa, o que apareja ser un nacimiento no deseado, sino en tener en cuenta la frustración al proyecto familiar, pero desde el punto de vista económico, si entrar en menoscabo espiritual por la venida del niño.

#### BIBLIOGRAFÍA:

- Libros:

VALLESPINOS, Carlos Gustavo, OSSOLA, Federico Alejandro (2016): *La Obligación de Informar en los Contratos*, Córdoba, Hammurabi.

SCHIRO, María Victoria (2017): *Responsabilidad por daños intrafamiliar*, Córdoba Astrea.

BERTOLDI DE FOURCADE, María Virginia (2015): *Manual de Derecho Privado*, Córdoba, Advocatus.

- Capítulos de Libros:

BERTOLDI DE FOURCADE, María Virginia (2015): “Teoría General de la Responsabilidad Civil” coord. STEIN, Patricia: *Manual de Derecho Privado*, Córdoba, Advocatus.

- Documentos de Fuentes Electrónicas:

Medline plus (2018): *Ligadura de Trompas de Falopio* (<https://medlineplus.gov/spanish/ency/article/002913.htm>) (06 de agosto del 2018)

cional que allí se indica. Por supuesto, la pieza mencionada no es oponible a nuestra actora, pero revela -en todo caso- que es de práctica complementar la información proporcionando otros elementos que la paciente debe conocer para que su decisión sea verdaderamente libre y consentida. Recuérdese que O. es la obra social demandada en estos autos y, cuanto menos, debería garantizar que sus prestadores cumplan con los estándares mínimos de información que son requeridos para este supuesto en particular.

De lo expuesto se deduce que no se probó que hubiera existido culpa en la ejecución del acto médico. En cambio, no se ha demostrado que el consentimiento prestado por Vivero reúna las exigencias previstas para el caso. Es un hecho notorio que en los últimos años se advierte un endurecimiento del deber de información exigible a los médicos, como uno de los deberes inherentes a la *lex artis*. Así se ha dicho que “cuanto más nueva e inexperimentada es una actividad médica, mayor es el nivel de cuidado que el médico debe al paciente en el curso del tratamiento, más riguroso es el deber de información y menores son las exigencias de prueba a cargo del paciente” (conf. Pantaleón Prieto, “Procreación artificial y responsabilidad civil” p. 257, cit. por Elena Vicente Domingo, en Reglero Campos (coordinador) “Tratado de la responsabilidad civil”, Thomson- Aranzadi, 3 ed. p. 298; Larroumet, Christian, “Tendencias en materia de hecho generador de la responsabilidad médica”, en “Derecho Privado”. Libro homenaje a Alberto Bueres, Dir. O. Ameal – D. Gesualdi, Hammurabi, Bs.As. 2001, p. 1550).

Cuadra recordar, en primer lugar, que el consentimiento informado (informed consent) se relaciona con el concepto bioético de autonomía (conf. Tom Beauchamp- James Childress, “Principios de Etica Biomédica”, ed. Masson, Barcelona 1999). Implica una declaración de voluntad efectuada por el paciente, por la cual luego de proporcionarle información suficiente referida al procedimiento o intervención quirúrgica que se propone como médicamente aconsejable, éste decide prestar su conformidad o bien negarse al tratamiento (conf. Highton, Elena I. – Wierzba, Sandra M. “La relación médico paciente: el consentimiento informado”, Ad Hoc, Buenos Aires, 2003, 2. ed. Actualizada y ampliada). Tiene dos componentes: el informativo y el consentimiento. El primero consiste en exponer la información y que ésta sea comprendida. El segundo hace referencia a la decisión voluntaria, autónoma y libre de someterse o no a la intervención o tratamiento propuestos (conf. Beauchamp- Childress, op.cit., p. 137). Para ello es preciso que previamente el médico informe al paciente sobre las ventajas, desventajas, probabilidades de éxito y riesgos de la terapéutica. El paciente tiene que saber qué está consintiendo, sus alcances, y los posibles efectos secundarios del tratamiento. Es indispensable su participación activa para que pueda identificar aquellos aspectos que para él son fundamentales y decisivos, pues será quien sufrirá las consecuencias del acto. La eficacia del consentimiento dependerá del intercambio recíproco de información y opiniones, que permite superar la desigualdad científica y técnica en que se encuentra con relación al experto. Debe partirse de la base de que el paciente se encuentra en situación de vulnerabilidad e inferioridad con respecto al primero, de modo que sólo si la información es objetiva, veraz, completa y asequible –tomando en cuenta la capacidad de comprensión y de decisión del paciente- y está basada en el principio de la buena fe, el interesado podrá otorgar un consentimiento libre.

La práctica del consentimiento informado se justifica por el respeto a la libertad del individuo y por la consecución de lo que más le conviene. Se trata de una exigencia impuesta por la vinculación que caracteriza a las decisiones sobre el propio cuerpo con los denominados derechos de la personalidad o derechos personalísimos (conf. Bueno Arus, Francisco, “Límites del consentimiento en la disposición del propio cuerpo desde la perspectiva del derecho penal”, en “El Derecho en las fronteras de la medicina”, Coord. Prof. Luna Maldonado, Universidad de Córdoba, España, pág. 26; Martín Mateo, Ramón, “Bioética y Derecho”, 1. ed. Ariel, Barcelona, 1987, p.105). Bien se ha dicho que esta prerrogativa se asienta en la libertad del paciente de ejercer el control de su propio cuerpo para decidir por sí mismo si se somete o no a una terapia particular (conf. Highton-Wierzba, op.cit., p. 14 ss.). De allí, aun cuando el profesional no hubiere incurrido en culpa, negligencia o torpeza, puede generarse responsabilidad por daños si no anticipó al paciente todos los datos suficientes para que pudiera prestar su consentimiento con pleno conocimiento de los riesgos y consecuencias (conf. Corte Suprema de Justicia de Mendoza, Sala I, del 31/3/2008, RCyS 2008, p. 535; CNFed.Civ.yCom., Sala I, del 28/12/1993, LL 1994-D, p. 20; López Mesa, Marcelo, en “Tratado de la responsabilidad médica”, ed. Legis, 1. Ed., Bs.As., 2007, p. 53 ss.). De lo expuesto se infiere que el incumplimiento de la obligación de informar, en tanto y en cuanto está pre-

scripta legalmente, forma parte de la *lex artis ad hoc* y trae aparejada responsabilidad aun cuando la prestación médica en sí misma se desarrolle correctamente (conf. Audiencia Provincial de Barcelona, Sentencia 440/2014, del 25/9/2014, RDE, 2015-III, p. 255; Arcos Vieira, cit. por Andrés Domínguez Luelmo, “Derecho sanitario y responsabilidad médica”, ed. Lex Nova, 2. Ed., Valladolid, 2007, p. 312). Por su importancia, la información que ha de proporcionarse al paciente antes de una intervención debe realizarse con tiempo y dedicación suficiente para que pueda adoptar la solución que más conviene a su salud (SSTS, del 15 de noviembre de 2006 (RJ 2006, 8059). Como señaló el Tribunal Constitucional español, se trata ‘de un mecanismo de garantía para la efectividad del principio de la autonomía de la voluntad del paciente y, por tanto, de los preceptos constitucionales que reconocen derechos fundamentales que pueden resultar concernidos por las actuaciones médicas y, señaladamente, una consecuencia implícita y obligada de la garantía del derecho a la integridad física y moral, alcanzando así una relevancia constitucional que determina que su omisión o defectuosa realización puedan suponer una lesión del propio derecho fundamental’ (conf. STC 28 de marzo 2011 (RTC 2011, 37); Tribunal Supremo, Sala Civil, del 13/5/2011, RCyS 2011-XI, p. 299). Por cierto, la carga de probar el cumplimiento de este deber de prestación se encuentra a cargo del profesional (conf. Larroumet, Christian, op.cit. y sus citas del derecho francés).

Cuando se trata de los tratamientos vinculados con la denominada salud reproductiva, especialmente los que procuran la contracepción, el problema tiene una dimensión existencial que se vincula con la decisión autorreferente de devenir o transitar la maternidad - paternidad.

En el ámbito nacional, la ley 26.130 –aplicable al caso- establece que “toda persona mayor de edad tiene derecho a acceder a la realización de las prácticas denominadas “ligadura de trompas de Falopio” y “ligadura de conductos deferentes o vasectomía” en los servicios de salud (art. 1). Entre los requisitos, se dispone que su realización se encuentra autorizada para toda persona capaz y mayor de edad que lo requiera formalmente, siendo recaudo previo inexcusable que otorgue su consentimiento informado. No se requiere, en cambio, el consentimiento del cónyuge o conviviente (art. 2). Dicho consentimiento ha de estar precedido por un informe claro sobre: a) La naturaleza e implicancias sobre la salud de la práctica a realizar; b) Las alternativas de utilización de otros anticonceptivos no quirúrgicos autorizados; c) Las características del procedimiento quirúrgico, sus posibilidades de reversión, sus riesgos y consecuencias. Asimismo, se indica que debe dejarse constancia en la historia clínica de haber proporcionado dicha información, debidamente conformada por la persona concerniente (art. 4).

La norma reseñada es complementaria del Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable en el ámbito del Ministerio de Salud, ya citado (Ley 25.673), entre cuyos objetivos se encuentra “prevenir embarazos no deseados” (art. 2 inc. c). Desde otro ángulo, la Ley de Derechos del Paciente –N. 26.529- exige en forma insoslayable que antes de consentir un determinado tratamiento, el paciente sea adecuadamente informado –de manera clara y comprensible- sobre distintos aspectos (art. 5), entre los cuales se cuentan riesgos y beneficios de la práctica a realizar (inc. e).

El Ministerio de Salud de la Nación ha establecido cuál es la información que debe proporcionarse a la interesada con carácter previo a tomar la decisión de ligarse las Trompas de Falopio, y es la que se transcribe en el peritaje de fs. 366/369. Así, entre los recaudos se mencionan “las fallas” y se indica que “el método puede fallar en muy raras ocasiones a pesar de haber sido bien realizado. Aproximadamente, de cada 10.000 mujeres operadas de ligadura..., 17 de ellas pueden quedar embarazadas. En caso de falla del método hay mayores probabilidades de un embarazo ectópico”. Es decir, pese a la bajísima probabilidad de producirse un embarazo luego de la intervención –puesto que es de difícil reversibilidad- la autoridad pública considera que es relevante dar a conocer el área de un embarazo posterior aunque no exista falta médica en la ejecución de la técnica. La escasa probabilidad de que se produzca un embarazo no deseado no sirve de excusa. La importancia de la omisión no pasa por la estadística cuantitativa sino por la cualitativa y, desde este punto de vista, es claro que esa información significativa no fue proporcionada a la actora, aunque sí consta en los formularios “tipo” que suministra la obra social demandada.

Repárese, por otra parte, que la ley 26.130 no requiere el consentimiento del cónyuge ni del conviviente, sino solamente el que concierne al paciente que se somete voluntariamente a la esterilización. De modo tal que,

en la especie, desde la perspectiva de la mencionada ley que no ha sido oportunamente cuestionada, el deber de información no puede considerarse incumplido con relación al coactor, padre del niño nacido luego de la ligadura tubaria.

VIII.- En este estado de cosas, la primera pregunta que cuadra responder desde el derecho es si puede hablar jurídicamente de un daño –y en su caso, en qué consiste– cuando a raíz de una falla o por deficiente información tiene lugar el nacimiento no previsto de un hijo.

El problema que se presenta en el caso es conocido como “*wrongful pregnancy*” o “*wrongful conception*” o, como mayor precisión, anticoncepción fallida. Se trata de los casos en que la mujer queda embarazada y tiene un hijo sano después de que ella o su marido se sometieran a una intervención quirúrgica –ligadura de trompas o vasectomía, respectivamente– con la finalidad de quedar estériles. Si, en cambio, el niño nace con secuelas incapacitantes, el caso se encuadraría en los denominados “*wrongful birth*” y “*wrongful life*” que es un supuesto que suele presentarse en aquellos países que admiten el aborto eugenésico (conf. Kemelmajer de Carlucci, Aída y Lamm, Eleonora, El daño del nacimiento de una persona que padece una discapacidad grave, en la jurisprudencia española (*wrongful birth*; *wrongful life*), en Revista de Derecho de Daños, 2011-3; Medina, Graciela, “Daños en el derecho de familia”, ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2002, p. 429 ss.; Roca, María, “Resarcimiento de daños por el hijo nacido tras una esterilización? En Cuadernos de Bioética 1998/2, p. 379 ss.; Aurelia M. Romero Coloma, “Las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life* en el ordenamiento jurídico español (en referencia a la responsabilidad médica)”, en Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, N. 722, p. 2559 ss.). Esta cuestión –escasamente abordada en nuestro país por la doctrina y sobre la que no existen antecedentes jurisprudenciales, como bien se destaca en el fallo apelado– ha sido un tema recurrente en el Derecho comparado. Pero aún así, los precedentes consultados se refieren en su gran mayoría a los casos de erróneo diagnóstico prenatal, en los cuales no se advirtieron malformaciones en el feto y en los que las mujeres alegaron que se les impidió tomar la decisión de interrumpir el embarazo. Por cierto, en esos ordenamientos, a diferencia de lo que ocurre en el nuestro, está permitido el aborto hasta un determinado mes de la gestación.

Cabe destacar que cuando la ligadura tubaria no fue llevada a cabo –como se denunció en el escrito de inicio– o bien se ejecutó en forma incorrecta, la cuestión queda regulada por las disposiciones comunes que gobiernan la responsabilidad profesional. Pero, en muchos de los precedentes extranjeros conocidos, las demandas por “*wrongful pregnancy*” –o anticoncepción fallida– se fundan en que el médico no ha cumplido con el deber de información, pues no advirtió a su paciente sobre los riesgos inherentes y el eventual fracaso de la técnica o la posibilidad de recanalización espontánea (conf. Elena Vicente Domingo, en Reglero Campos (coordinador) “Tratado de la responsabilidad civil”, Thomson- Aranzadi, 3 ed. Navarra, 2006, p. 29. Tal circunstancia deja en claro que no es tan extraña la posibilidad de recanalización, como afirman los actores y señaló la experta en su dictamen, pues de otro modo no existiría una amplia variedad de precedentes en el derecho comparado.

En los Estados Unidos de Norteamérica, la gran mayoría de las sentencias rechazaron la demanda y las pocas a favor que reconocen el pago de gastos de crianza, los compensan con los beneficios emocionales que importa el nacimiento de un hijo. En 1986, la Corte Suprema de Nevada resolvió que “el nacimiento de un niño saludable pero no querido era un evento que, por sí mismo, no es una consecuencia legalmente indemnizable incluso si es parcialmente atribuible a la negligencia de alguien en condiciones de ser capaz de evitar la eventualidad del nacimiento del niño... Nuestra decisión simplemente sostiene que uno no puede reclamar como daño por tal evento, porque el elemento constitutivo del *tort de negligence*, llamado daño, concretamente no está presente aquí” (conf. “*Szkeres v. Robinson*” (1986), p. 715 P.2d 1076; en el mismo sentido, Corte Suprema de Florida, en “*Public Health Trust v. Brown Clinic*” (1977). En sentido contrario, la Corte Suprema de Minnesota en el caso “*Christensen vs. Thornby* (1934) condenó al médico que realizó una vasectomía fallida –la esposa quedó embarazada– y lo consideró responsable del cuidado financiero del niño. En Australia, hasta 1985 en la causa “*Thake Vs. Maurice*” se acordó que la reparación alcanzaba los salarios dejados de percibir por la madre y los gastos de crianza del niño hasta que cumpliera los 17 años. Este mismo criterio fue seguido por la Corte de apelaciones inglesa en “*Chelsea Vs. Westminster Area Health Authority*”, pero tal precedente fue revertido en 1999 por una sentencia de la House of Lords, a la sazón, el máximo tribunal de Gran Bretaña. En efecto, en “*MacFarlane vs. Tayside Health Board*” el tribunal rechazó una demanda originada a raíz del na-

cimiento inesperado de un niño sano con posterioridad a una vasectomía donde no se le había advertido a los padres que el procedimiento no era cien por ciento seguro (conf. Prieto Molinero, Ramiro J., “The wrongfulness or Rightfulness of actions for wrongful birth” en RCyS, 2008. P.1217). El argumento principal en “McFarlane” –que modificó la jurisprudencia anterior- contra la concesión de daños y perjuicios por la crianza de un niño concebido como consecuencia de negligencia médica es que el nacimiento de un niño sano y normal es una bendición y un beneficio tanto para los padres como para la sociedad. Por lo tanto, no es una cuestión de compensación. Esta postura fue objeto de críticas. Así, se dijo que no son considerados universalmente como una bendición. De hecho, es dudoso si alguna vez lo fueron. Los niños no son meramente activos económicos, sino que son pasivos financieros por muchos años (Véase la Justicia Hale Staple Inn Reading: El valor de la vida y el costo de vida - Daños de Nacimiento Injusto (2001).

En un caso similar a “MacFarlane” la Corte Suprema de Australia dispuso, en cambio, indemnizar a los padres los gastos de crianza por el nacimiento de un hijo no deseado. El caso es “Cattanach vs. Melchior” de 2003 y la cuestión fue encarada como un problema de pérdidas económicas. Representando la postura mayoritaria, el Juez Kirby esbozará la siguiente distinción: en MacFarlane el demandado era el sistema de salud pública y eso es lo que había llevado a la House of Lords a hacer razonamientos de justicia distributiva; algo que no correspondía en Cattanach al ser el demandado un médico particular. En contra de la postura mayoritaria, merece ser destacado el voto en disidencia del juez Hayne, quien hace suyos dos argumentos centrales de la defensa: que no puede verse a la vida humana como un daño; ni tampoco obviarse el daño moral que sufriría el niño en el futuro cuando supiera no sólo que no había sido querido, sino que sus padres lo habían considerado como un costo (conf. Prieto Molinero, Ramiro J., “The wrongfulness or Rightfulness of actions for wrongful birth” en RCyS, 2008. p. 1217).

La jurisprudencia española ha dado soluciones contradictorias, como corresponde generalmente a los casos llamados “difíciles” (conf. Ronald Dworkin, “Los derechos en serio”, ed. Ariel Derecho, 2. Reimpresión, Trad. Marta Guatavino, Barcelona, 1995). En algunos casos se admite un daño de carácter exclusivamente patrimonial. En otros, el daño sólo es moral o extrapatrimonial. Se ha dicho –incluso- que puede ser considerado “caso fortuito” (conf. STS 11 de febrero de 1997 (RJ 1997, 940).

Un tribunal de Badajoz afirmó que aun si se respeta el derecho que, en ejercicio de una lícita postura de la paternidad responsable, permite a los padres adoptar la decisión de no incrementar el número de hijos, no deja de ser insólito que, ante el fracaso de la intervención a que voluntariamente se sometió -que produjo un nacimiento no esperado ni deseado- solicite y se le otorgue una indemnización como ayuda a la alimentación y crianza del niño, en una cantidad que iguala o supera a la concedida en caso de fallecimiento del hijo ( STS 25 de abril de 1994). En cambio, en Barcelona, frente al nacimiento de un niño después de que su madre se sometiera a una ligadura de trompas sin que conste que el médico le hubiera informado del riesgo inherente a la intervención, se dijo “que a la situación familiar que padecía venía a sumarse un nuevo miembro y a su precaria situación económica le amenazaban los gastos que supone la presencia de un nuevo hijo” (Audiencia Provincial, Barcelona 20-9-1999). En Alicante se decidió que debía indemnizarse el daño extrapatrimonial o moral como “consecuencia de la frustración de la decisión que habían adoptado de no tener más hijos, por la alteración emocional y anímica que sufrirían en sus relaciones de pareja y con las personas más allegadas ante la noticia de un embarazo que se tenía la seguridad que no se iba a producir”.

En un fallo bastante reciente (2015), el Tribunal Supremo español, expresó: “ Esta Sala ha declarado en ocasiones anteriores (sentencia de la Sección Sexta de 4 de noviembre de 2008, rec.de casación núm. 4936/2004) que el nacimiento de un hijo no puede considerarse un daño, pues no cabe en el ordenamiento español lo que, en terminología inglesa, se denomina ‘wrongful birth’, ya que no hay nacimientos equivocados o lesivos, pues el art. 15 de la Constitución implica que toda vida humana es digna de ser vivida. Por eso mismo, en la indicada sentencia se descarta expresamente que los gastos derivados de la crianza de los hijos constituyan, en principio, un daño, ya que son inherentes a un elemental deber que pesa sobre los padres y, desde luego, no enervan esa obligación lega. Sería, sin embargo, un grave error, integrar este concepto resarcitorio con el importe de las cantidades destinadas a la manutención del hijo inesperado, pues ésta constituye una obligación en el orden de las relaciones familiares impuestas por el ordenamiento jurídico, de tal suerte que el daño padecido

no sería antijurídico, por existir para ellos la obligación de soportarlo. Sólo podría existir lucro cesante en el caso de que se probara la existencia de un perjuicio efectivo como consecuencia de la necesidad de desatender ciertos fines ineludibles o muy relevantes mediante la desviación para la atención al embarazo y al parto y a la manutención del hijo de recursos en principio no previstos para dichas finalidades, en tanto no sea previsible una reacomodación de la situación económica y social del interesado o de los interesados” (TS, Sala de lo Contencio sent. 19/5/2015).

En el Derecho italiano, el Tribunal de Callegari se ha pronunciado a favor del resarcimiento por incumplimiento contractual padecido por la madre por haber procreado un hijo no deseado, como consecuencia de una intervención fallida (conf. cit. por Guido Alpa, “La responsabilidad civil-Parte general”, vol. 1, ed. San Marcos, Lima Traducción Moreno More, p. 541). En otro precedente

–esta vez, de un tribunal de Milán– se hizo lugar al resarcimiento del perjuicio causado a los padres como consecuencia de la incorrecta esterilización del esposo que había lesionado su derecho a la procreación consciente y responsable. En ese caso, el tribunal no consideró como “daño” el nacimiento del hijo –porque la vida es un bien incommensurable, portador de alegría a los padres y capaz de compensar las pérdidas que significa su manutención– sino más bien la lesión de un derecho de libertad personal que se configura en cabeza de los padres (conf. sentencia del 20/10/1997, cit. por Guido Alpa, op.cit., p. 542, nota n. 161).

Sostiene De Angel Yaguez que “el nacimiento de una criatura nunca puede ser considerado un daño” (conf. De Angel Yaguez R., “La reparación de daños personales en el Derecho español, con referencia al Derecho Comparado”, en Revista Española de Seguros, número 57, 1989). Esta es una premisa que, a mi juicio, se impone en el ordenamiento jurídico local, por cuanto la vida es un bien o un valor y no podría constituir en sí misma un menoscabo a un interés lícito –patrimonial o extrapatrimonial– (conf. Calvo Costa, Carlos A., Daño resarcible, Hammurabi, Buenos Aires, 2005, p. 97). Son estas consecuencias las que deben ser objeto de reparación (Pizarro, Ramón D. - Vallespinos, Carlos G., Obligaciones, Hammurabi, Buenos Aires, 1999, t. 2, p. 640; CNCiv., Sala A, del voto del Dr. Picasso, en “D. V. A. C. c. A. Á., M. J. A. y otros s/ daños y perjuicios”, RCyS2017-IX, 152 - del 14-6-2017), con entidad para afectar los derechos de terceros. Si todo daño injusto se presume antijurídico considerando a tal efecto el ordenamiento jurídico en su totalidad, (conf. Agoglia, María M., “¿Es la antijuridicidad un presupuesto de la responsabilidad civil”, en Derecho Privado (Oscar AMEAL (dir), Hammurabi, Buenos Aires, 2001, págs. 1036 y 1037; López Herrera, Edgardo, Teoría general de la responsabilidad civil, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006, pág. 166; De Lorenzo, Miguel F., El daño injusto en la responsabilidad civil, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996), a partir de ese mismo anclaje y por el principio lógico de no contradicción, debe inferirse que esos bienes y valores que tutela el Derecho tampoco podrían dar lugar a un daño indemnizable.

En efecto, no tengo dudas que la persona es el epicentro del Derecho. Al respecto, en numerosas oportunidades la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha declarado que el derecho a la vida es el primer derecho natural de la persona humana preexistente a toda legislación positiva que resulta garantizado por la Constitución Nacional (Fallos: 302:1284; 310:112; 323: 1339; 316:479), postulado que ha sido indeleblemente consagrado en los tratados internacionales que tienen jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, de la Ley Suprema; Fallos: 323:3229). En efecto, el art. 4.1. del Pacto de San José de Costa Rica establece: “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida”. A su vez, el art. 6.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño dispone que el niño tiene el derecho intrínseco a la vida (“in re” C.823.XXXV. “Campodónico de Beviacqua, Ana Carina c/Ministerio de Salud y Acción Social. Secretaría de Programas de Salud y Banco de Drogas Neoplásicas”, resuelta el 24 de octubre de 2000, Fallos: 323:3229; “Asociación Benghalensis y otros c/ Ministerio de Salud y Acción Social - Estado Nacional s/amparo ley 16.986”, Fallos: 323:1339). De modo que el nacimiento, la vida de una persona, no puede ser considerado un daño injusto, que afecte la intimidad o la libre autodeterminación de terceros (art. 19 CN). Sería un contrasentido que el ordenamiento legal tutele especialmente la vida y la erija al propio tiempo en fuente de un menoscabo.

Pienso, en cambio, que en el caso, el daño inferido a la madre está constituido por la violación de su derecho a la autonomía personal y a la libertad de autodeterminación, causados por la falta de suficiente información. Sólo en esa medida queda comprometida la responsabilidad profesional, ya sea que se considere que tuvo in-

cidencia sobre el consentimiento prestado o bien que impidió a la actora adoptar los recaudos indispensables para planificar su descendencia.

A partir de lo expuesto, queda descartada la procedencia de la demanda con relación al coactor D. A.C. pues – reitero- el deber de información no era exigible a su respecto (Ley 26.130). Este constituye un derecho personal –intransferible- de la madre, de modo que no consiente ser extensivo a su pareja. Por tanto, postulo rechazar la demanda por el progenitor en todas sus partes.

IX.-PROCEDENCIA Y CUANTÍA DE LOS DAÑOS reclamados. extrapatrimonial.

A. Daño al proyecto de vida. Daño Bajo este acápite –al que denomina “daño al proyecto de vida económico”, la actora solicita se otorgue una suma en concepto de capital “cuya renta constituya la posibilidad de generar alimentos hasta los 18 años” de su hijo, “que permita cubrir lo necesario para el consumo conforme lo dispone el art 267 del Código Civil, de una familia de clase media...”. Funda el reclamo en las desventajas e inconvenientes que el nacimiento del hijo trajo aparejado para la economía familiar, y en la repercusión desfavorable para la organización doméstica. Solicita, asimismo, una suma por daño moral.

Cabe destacar, en primer lugar, que la interferencia en el proyecto de vida se produce cuando una lesión incide en el destino de una persona, conforme el curso normal y ordinario de las cosas, y provoca que se frustre, menoscabe o postergue su realización personal (conf. Fernández Sessarego, Carlos, “El daño al ‘proyecto de vida’ en una reciente sentencia de la Corte Interamericana de derechos humanos”, RCyS, 1999-1324 y ss.). Una lesión que irrumpe en un proyecto vital puede exteriorizar sus efectos tanto en el plano patrimonial como espiritual, dando lugar a daños de una y otra especie.

Como se advierte, el denominado “daño al proyecto de vida” es ambivalente y puede ser moral o patrimonial, o ambos a la vez. Se ha sostenido que “el daño al proyecto de vida menoscaba la persona misma en su integridad espiritual y, por tanto, constituye una vertiente agravadora de perjuicios morales, los cuales no deben restringirse indebidamente a sufrimientos, sino comprender con amplitud los desequilibrios existenciales. Si la lesión incide negativamente en miras económicas, debe resarcirse en concepto de privaciones pecuniarias (el menoscabo de aptitudes productivas) y, además, la indemnización procede dentro de la órbita del daño moral, a título de beneficio cesante para la incolumidad espiritual y como factor agravante de la cuantía (conf. Galdós, Jorge M., “Daño a la vida de relación, daño biológico y al proyecto de vida”, en Trigo Represas-Benavente (dir), “Reparación de daños a la persona”, ed. La Ley, Bs.As. 2014, p. 598 ss.).

El daño causado por la interferencia al proyecto de vida no puede ser encuadrado como una categoría de daño autónomo, como un *tertius genus*, independiente del daño patrimonial o moral (conf. Mosset Iturraspe, “El valor de la vida humana”, ps. 30 y ss.; Zavala de González, Matilde, “La responsabilidad civil en el nuevo Código”, t. II, p. 607; Pizarro, Ramón D. “El concepto de daño en el Código Civil y Comercial”, RCyS2017-X, 13).

En el caso, no advierto que en la esfera patrimonial –a la que la reclamante circunscribe expresamente su afectación al proyecto de vida (fs. 75)- se configure un daño, en el sentido explicado. Ello quiere decir que si como consecuencia de la deficiente información proporcionada a la progenitora nació un hijo no deseado para ella, en nuestro ordenamiento jurídico no es posible imponer al médico que se haga cargo de su manutención, por distintas razones. Primero, porque no existe suficiente relación causal –directa e inmediata- entre la práctica médica que se hizo conforme la *lex artis* y el nacimiento. En segundo lugar, la obligación alimentaria de los padres para con sus hijos no es delegable, de modo que no es admisible por esta vía adjudicar al médico deberes que son inherentes a aquéllos.

En cambio, pienso que la falta de información relevante sobre las posibilidades de falla de la ligadura tubaria, incidió –aunque sea en un mínimo margen- sobre la libertad de elegir. Vale decir, la omisión en el cumplimiento del deber de información, tuvo influencia en la autodeterminación de la paciente, aunque claramente no es la causa eficiente del embarazo ni del nacimiento de V.T.

Por otra parte, la solución contraria no sólo quedaría descartada en nuestro derecho positivo sino que –más aún- nuestra sociedad actual tampoco toleraría semejante conclusión desde el punto de vista ético, por partir de un razonamiento contrario a nuestras costumbres más arraigadas.

Prieto Molinero se pregunta ¿es razonable o moralmente valioso considerar que el nacimiento de un niño sano es un “daño”? Por otra parte, ¿qué ocurre si en el futuro el niño descubre que sus padres lo consideraron un

mero “costo adicional”? ¿Los demanda, a su vez, por daño moral? (conf. Prieto Molinero, R. “La cuestión de la antijuridicidad en la responsabilidad civil”, LL 2016-E, 1049). Las respuestas surgen implícitamente respondidas a lo largo de mi voto.

Considero, en síntesis, que la falta de debida información tuvo repercusión desfavorable en el aspecto íntimo y personalísimo de la actora y configura un daño moral –en el cual la legislación actualmente vigente aprehende expresamente a “las interferencias al proyecto de vida” (art. 1738 CCyC), siguiendo los lineamientos anteriormente reseñados- entendido como una modificación disvaliosa del espíritu, en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir, consecuencia de una lesión a un interés no patrimonial, que habrá de traducirse en un modo de estar diferente de aquel al que se hallaba antes del incumplimiento, como consecuencia de éste y anímicamente perjudicial” (conf. Pizarro, Ramón D., Daño moral. Prevención. Reparación. Punición. El daño moral en la diversas ramas del derecho, Hammurabi, Buenos Aires, 2004, p. 31; del mismo autor, “Reflexiones en torno al daño moral y su reparación”, JA, 1986-III- 902 y 903; Bueres, Alberto J., “El daño moral y su conexión con las lesiones a la estética, a la psique, a la vida de relación y a la persona en general”, en Revista de Derecho Privado y Comunitario”, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, N1 1, 1992, pág. 237 a 259; Zavala de González, Matilde, “El concepto de daño moral”, JA, 1985-I- 727 a 732).

Ya he dicho también que la autonomía es un concepto esencial para el ulterior desarrollo del consentimiento informado, ya que es la regulación personal de uno mismo, libre, sin interferencias externas que impidan hacer una elección. Una persona autónoma actúa libremente de acuerdo con un plan elegido (conf. Garay, Oscar E., “El consentimiento informado en clave cultural, bioética y jurídica”, LL 2014-D, 937; RCyS 2013-X, 5). Por tanto, probada la infracción y que ésta impidió a la coactora decidir en forma libre y consciente sobre la técnica de contracepción elegida, corresponde a mi juicio que se la indemnice por el menoscabo causado a su derecho a la autodeterminación.

De lo expuesto anteriormente se infiere que el profesional deberá responder frente a la madre por el daño no patrimonial causado. No corresponde –reitero una vez más- hacer extensivo el deber antedicho al restante coactor, que es un tercero ajeno a la relación médico-paciente, aunque resulte indirectamente afectado, toda vez que la injuria fue causada a un bien de la personalidad que es inherente a la persona afectada (arg. art. 1078 Cód.Civil derogado).

En lo atinente a su cuantía, propongo fijar por este renglón la suma de PESOS OCHENTA MIL (\$ 80.000), que estimo adecuada para enjugar el daño experimentado.

**B. DAÑO EMERGENTE. PÉRDIDAS ECONÓMICAS POR IMPOSIBILIDAD DE COBRAR EL PRESENTISMO. GASTOS MÉDICOS.**

Destaco en primer lugar, que como se infiere de los párrafos anteriores, no postulo indemnizar el nacimiento con vida del hijo, sino el daño no patrimonial por falta del adecuado cumplimiento del consentimiento informado, de modo que las partidas mencionadas, no guardan relación causal con el menoscabo específicamente mencionado. A mayor abundamiento, señal que no encuentro probado ninguno de los ítems reclamados.

Es sabido que uno de los requisitos del daño resarcible es que sea cierto, y no simplemente conjetural (conf. Llambías, Obligaciones, tº I, pág. 277; Bustamante Alsina, “Teoría general de la responsabilidad civil”, Abeledo Perrot, 1993, 8ªed., pág.168; Orgaz, A. “Daño resarcible”, pág.95), de modo que no corresponde admitirlo si falta certeza suficiente sobre su existencia, pues ello impide dar sustento a la condena.

No se acreditó que a raíz del cuarto embarazo P.V.haya debido guardar reposo y se hubiera visto privada de mantener sus ingresos. Vale decir, no se probó su convalecencia ni que se hubiera tratado de una gestación de riesgo, como sostiene. Las pérdidas que se indican en el epígrafe no fueron debidamente acreditadas. Por otra parte, se adjuntaron recibos de sueldo –que fueron desconocidos- de los cuales no surge que se hubiera deducido el plus por presentismo que se aduce en la demanda y –en todo caso- que éstas hubieran tenido lugar a causa del riesgo –no probado- que traía aparejado su cuarto embarazo (art. 377 CPCCN). Por tanto, propongo a mis distinguidos colegas desestimar la partida en cuestión.

De igual modo, no se demostró en estos autos que la apelante hubiera realizado erogaciones para afrontar los gastos médicos que indica. Como única prueba, acompañó una constancia agregada en un recetario supestandamente emanado del Dr. D.(fs. 5) del cual se desprende que habría abonado todos los gastos “en forma

particular”. No sólo dicho documento no ha sido reconocido por la persona de quien supuestamente emana, sino que sugestivamente tampoco se consigna cuál es el monto que habría sido abonado en esa oportunidad.

X.- Probada la culpa médica por deficiencias en el deber de proporcionar información al paciente, surge la responsabilidad del establecimiento asistencial y de la obra social demandadas que están llamadas a responder. Al respecto se ha sostenido que la obra social es deudora de las prestaciones médicas aunque las haga ejecutar materialmente por otro, y en esa medida (es decir, en su carácter de deudora) responde naturalmente por el incumplimiento de la obligación, cualquiera sea el sujeto que de hecho haya materializado esa inejecución (conf. CNCiv., Sala A, “D. V. A. C. c. A. Á., M. J. A. y otros s/ daños y perjuicios”, cit., y sus numerosas citas). Desde hace tiempo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostiene que en la actividad de las obras sociales ha de verse una proyección de los principios de seguridad social, a la que el art. 14 de la Constitución Nacional confiere un carácter integral, que obliga a apreciar los conflictos originados por su funcionamiento con un criterio que no desatienda sus fines propios, ni subestime la función que compete a los profesionales que participen en la atención brindada en su órbita (conf. CSJN, del 29-3-1984, “González Oronó de Leguizamón N. c/ Federación de Trabajadores Jaboneros y afines” LL 1984-B, p. 390). Es que el adecuado funcionamiento del sistema asistencial médico no se cumple tan sólo con la yuxtaposición de agentes y medios, con su presencia pasiva o su uso meramente potencial, sino que resulta imprescindible, además, que todos ellos se articulen activamente en cada momento y con relación a cada paciente, en tanto cada individuo que requiere atención médica pone en acción todo el sistema y, un acto fallido en cualesquiera de sus partes, sea en la medida en que pudiere incidir en el restablecimiento del paciente, demorándolo, frustrándolo definitivamente o tornándolo más difícil, más riesgoso o más doloroso, ha de comprometer la responsabilidad de quien tiene a su cargo la dirección del sistema y su contralor (conf. CSJN, Fallos 306:187, causa “Brescia, N. c/Prov. de Buenos Aires” del 22/12/1994; ídem, “Albornoz, Luis R. c/ Provincia de Buenos Aires y otro”, del 13-3-2007, del voto en disidencia de los Dres. Fayt y Zaffaroni; conf. Kemelmajer de Carlucci, Aída, “Últimas tendencias en materia de responsabilidad médica”, JA 1992-II-815; Jorge Bustamante Alsina, “Responsabilidad civil de las obras sociales por mala praxis en la atención médica de un beneficiario”, LL 1998-A-404; del mismo autor, “Teoría General de la Responsabilidad Civil”, Abeledo Perrot, 8ª ed., Bs.As. p. 539; Lorenzetti, Ricardo Luis, “La Empresa Médica”, p. 99 y jurisprudencia allí citada).

En tales condiciones, si bien las obligaciones que prestan las obras sociales están estipuladas en las leyes 23.660 y 23.661, en el caso no se ha cuestionado que el establecimiento médico demandado o el profesional interviniente hubieran sido ajenos a O., de modo de desligar la responsabilidad de dicho ente. De allí que, verificada la culpa médica debe tenerse por acreditada también la responsabilidad de la obra social (conf. Alberto Bueres, “Responsabilidad civil de las clínicas y establecimientos médicos”, pág. 32 y 71; Cazeaux-Trigo Represas, Derecho de las Obligaciones, T V3era. Ed. 1996, pág. 646; (CSJN, “Ramp. Juan R. y otra c. Cruz Médica San Fernando S.A.”, del 1-7-1997, LA LEY1998-B, 195 - DJ1998-3, 170).

En definitiva, al haberse demostrado que el médico no ha cumplido con el deber de información que es legalmente exigible en estos casos, tanto el establecimiento asistencial como la obra social deberán responder en forma objetiva, ya sea que se considere que se trata de una obligación tácita de seguridad o un deber de garantía. Más aún, si se repara que el formulario acompañado por O.—que no corresponde, por cierto, a la actora— refuerza la idea de que no se cumplió en la especie de manera completa con el deber de información, extremo del que se desprende también, como lógico corolario, que la entidad no ha instruido adecuadamente a quienes forman parte del plantel profesional que ofrecen a sus afiliados sobre el modo en que debe llevarse a cabo el consentimiento en cumplimiento de las normas establecidas.

Idéntico reproche debe realizarse a la entidad sanatorial, toda vez que se encuentra obligado a verificar si el médico cumplió con el deber de informar y en qué términos lo hizo, obligación que surge incumplida en el caso.

XI.- En síntesis. Postulo revocar parcialmente la sentencia en los términos que surgen de los considerandos que

antecedentes. En su mérito, admitir la demanda entablada únicamente por PVJ. Vpor no haber recibido información suficiente para prestar el consentimiento libre e informado sobre las consecuencias de la ligadura

tubaria realizada. Por tanto, propongo condenar a C. R. B., I.

M. de O. S.A. (IMO) y a la O. S. de E. de C. y A. C. (O.) a abonarle la suma de PESOS OCHENTA MIL (\$ 80.000), con más sus intereses, los que deberán ser calculados a la tasa del 8% anual desde la citación a mediación y hasta la presente, y desde aquí en adelante a la tasa activa cartera préstamos nominal anual vencida a treinta días del Banco Nación Argentina (conf. CNCiv., en pleno, “in re”, “Samudio de Martínez, Ladislaa c/ Transportes Doscientos Setenta SA s/daños y perjuicios” del día 20 de abril de 2009).

La condena se hará extensiva contra “S. M. S.A.” en los términos de la póliza (art. 118 ley 17.418).

De compartirse, las costas de ambas instancias deberán ser impuestas a los demandados que resultan vencidos (art. 68 CPCCN).

Voto -en cambio- por confirmar el rechazo de la acción promovida por D. A. C., con costas (art. 68 CPCCN).

Los Señores Jueces de Cámara Doctores Carlos Carranza Casares y Carlos Alfredo Bellucci votaron en el mismo sentido por razones análogas a las expresadas en su voto por la Dra Benavente. Con lo que terminó el acto Buenos Aires, de Diciembre de 2017.-

Y VISTOS.

Por lo que resulta de la votación de que instruye el acuerdo que antecede, SE RESUELVE: 1) Revocar, parcialmente y con los alcances que se desprenden de los considerandos precedentes la sentencia apelada. En su mérito, se hace lugar a la demanda promovida por P.V.V.contra C. R. B., I. M. de O. S.A. (IMO) y la O. Social de E.de C.y A. C. (O.), por la suma de PESOS OCHENTA MIL (\$80.000), con más los intereses que se fijan en el considerando pertinente. Se fija en diez días el plazo para el pago. La condena se hace extensiva contra “S. M. S.A.” en los términos de la póliza (art. 118 ley 17.41. Con costas a los demandados (art. 68 CPCCN). 2) Confirmar la sentencia en cuanto desestima la acción promovida por D.A.C., con costas (art. 68 CPCCN).3) Regulados que sean los honorarios de primera instancia se procederán a fijar los de Alzada. 4) Vueltos los autos a la instancia de grado el tribunal arbitrará lo conducente al logro del ingreso del faltante tributo de justicia, y se recuerda al personal la responsabilidad que impone la ley 23.989. Se deja constancia que la publicación de la presente sentencia se encuentra sujeta a lo establecido por el art. 164, segundo párrafo del Código Procesal.- Regístrese, notifíquese por secretaría a las partes en sus respectivos domicilios electrónicos (Ley 26.685 y acordadas 31/11 y 38/13 CSJN); cúmplase con la acordada 24/13 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y, oportunamente, devuélvase. Por hallarse vacante la vocalía nro. 20 integra la Sala la Dra. María Isabel Benavente (conf. Res. 707/17 de esta Excma. Cámara).

MARIA ISABEL BENAVENTE

CARLOS A.CARRANZA CASARES

CARLOS ALFREDO BELLUCCI

---

## Juzgado de 1ª Nominación de Familia de la Ciudad de Córdoba

Causa: A., M. T. y Otro – Solicita Homologación

6 de agosto de 2018

### AUTO NÚMERO

Córdoba, seis de agosto de dos mil dieciocho.

Y VISTOS: Estos autos caratulados “A., M. T. y Otro – Solicita Homologación” Expte SAC N° 7057134 de los que resulta: I. Que comparecen las Sras. M. T. A. DNI N° XX.XXX.XXX y M. D. P. C. DNI N° XX.XXX.XXX, quienes reclaman que se homologue el acuerdo que proponen y se declare la inconstitucionalidad del art. 562 del Código Civil y Comercial. Expone la Sra. A. que en su proyecto de vida siempre estuvo presente la voluntad de tener un hijo independientemente si contaba o no con una pareja como para proyectar un hijo en común, y agrega que en ese cometido y al intentar someterse a una fertilización asistida al realizarse los estudios pertinentes para averiguar si su útero era apto para gestar un embarazo con donante anónimo en el año dos mil once, se le descubre que tiene un útero miomatoso, que en

## TIEMPO, LUGAR Y MODO: A PROPÓSITO DEL ART. 562 DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

TIME, PLACE AND MANNER: ABOUT ARTICLE 562 OF ARGENTINA'S CIVIL CODE

JAIME RAMÓN PAZ BENARD<sup>1</sup>

### RESUMEN

La gestación por sustitución plantea serios interrogantes éticos, filosóficos y políticos en cuanto a su práctica. Se cuestiona la regla de filiación que establece el art. 562 del Código Civil y Comercial de la Nación porque colisiona con las intenciones de quienes recurren a esta práctica para procrear. El fallo que se analiza, en su afán de dar cauce a los deseos adultos, declara inconstitucional la norma vigente y reciente que resuelve la filiación de personas nacidas como fruto de dicha práctica y permite a una sola persona que expresa la voluntad de procrear inscribir al ser recién nacido como hijo desplazando del rol de progenitor a la gestante.

### ABSTRACT

Surrogated motherhood raises serious ethical, philosophical and political questions regarding its practice. The filiation rule established in art. 562 of the Civil and Commercial Code it's challenged because it collides with the intentions of those who resort to this practice to procreate. The analyzed sentence, in its eagerness to satisfy the desire of adults, declares unconstitutional the current and recent article that solves the filiation of people born as a result of said practice and allows a single person that expresses the

<sup>1</sup> Abogado por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba; Adscripto de la Cátedra B de Introducción al Derecho de la Facultad de Derecho y Cs. Sociales de la UNC; Especializando de la Carrera de Derecho Judicial y de la Judicatura de la Facultad de Derecho y Cs. Sociales de la Universidad Católica de Córdoba. Mail: jaimepazb@gmail.com

definitiva culminó con una histerectomía total, resultándole a partir de ese momento imposible gestar un hijo. Expone la Sra. A. que respecto de la Sra. P. C. la une una relación de amistad de mucho tiempo, que ambas son oriundas de XXXXXX, Provincia de Córdoba, relación de amistad que se extiende a la familia de ambas, y en razón de esa relación de amistad de tantos años, la Sra. P. C. de manera voluntaria le comentó a una prima, que con todo gusto le facilitaría su útero a los fines de concretar su proyecto de vida, y luego de conversar con la misma y en presencia de la hija de la Sra. P. C. expresó siempre estar al tanto y prestó conformidad a la participación activa de su madre para ayudarla a concretar su anhelo. Manifiesta la Sra. A. que le comentó a la Sra. P. C. con total detalle los estudios a los que debía someterse a fin de quedar embarazada, a lo que accedió convencida que su rol sería el de cuidar a su hijo por el tiempo de la gestación, haciendo viable la única posibilidad de ser madre con la que cuenta, sin tener interés económico sino como un gesto netamente altruista basado de manera exclusiva en el vínculo habido y cultivado entre las familias de ambas, encarando luego el asesoramiento jurídico y médico. Relata la Sra. A. que para poder realizar la práctica de fertilización asistida se utilizarán óvulos y espermatozoides de donantes anónimos, es decir, que la gestante no aportará material genético, resultando los estudios médicos realizados en la persona de la Sra. M. D. P. C. que es apta para albergar al hijo durante el tiempo de la gestación uterina y óptimo para la implantación del embrión. Expone la Sra. A. que recurre a la ovodonación porque los propiso, en función de su edad, resultan de baja calidad para poder intentar el tratamiento médico que pretende, y a renglón seguido expuso y detalló toda la normativa que considera aplicable al caso. Sostiene que la norma del art. 562 del CC y C resulta inconstitucional puesto que avanza sobre derechos personales que le asisten y que detalla, y además, considera que la práctica médica

.....  
will to procreate to enroll the newborn as said person's child, disregarding the carrying woman's parenthood.

Palabras claves: Gestación por sustitución; Filiación; Control de Constitucionalidad; Ética; Derechos Humanos.

Key Words: Surrogacy; Filiation; Constitutional Review; Ethics; Human Rights.

## Introducción

Dado que A no puede llegar a la maternidad biológica –porque en el año 2011 se le realizó una histerectomía y porque debido a su edad sus óvulos resultan poco viables para intentar la fertilización *in vitro*– acuerda con su amiga P que ésta lleve adelante la gestación de su hijo, generado a partir de técnicas de reproducción asistida con óvulos y espermatozoides de donantes anónimos. De las dos, sólo A quiere ser madre del niño que surgirá fruto de la técnica; P no tiene voluntad procreacional sino que pone su cuerpo a disposición del plan familiar de su amiga. En ese sentido, y para que dicho diseño sea completo, es necesario que el niño que gestará P sea inscripto al nacer como hijo únicamente de A. Pero la legislación argentina vigente en materia de filiación se opone, aparentemente, a la realización de estos designios: el art. 562 del código civil y comercial, que fija las reglas de filiación para los casos de vida engendrada a partir de las técnicas de reproducción humana asistida, establece que tanto quien expresa el consentimiento como quien da a luz son madres del niño o niña. Es por ello que A y P se presentan ante el Juez de 1ª Nominación de Familia de la Ciudad Córdoba para solicitar que homologue el acuerdo al que han arribado en cuanto a las condiciones en que quieren que sea concebido el futuro hijo o hija de A y que declare la inconstitucionalidad del art. 562 a fin de que en la anotación en el Registro Civil sólo figure A como madre. El día 6 de agosto de 2018 el juez Luis Belitzky resolvió favorablemente ambas cuestiones, con

que describe en la demanda, al no estar expresamente prohibida se encuentra permitida; denuncia la falta de legislación al respecto, que no se contempla la conformación de la nuevas formas de familia y que distan de la familia tradicional, razones por las que insiste en que se declare la inconstitucionalidad de la norma aludida, su inaplicabilidad exponiendo los derechos que considera se le vulneran y concluye en que se autorice la práctica médica solicitada para que tanto ella como la clínica en que se realice operen bajo un manto legal, y que al nacer el niño se ordene su inscripción en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas como hijo de la Sra M. T. A. II. Admitida formalmente la pretensión se citó a las comparecientes a una audiencia a fin de tomar contacto personal con las mismas, la que tuvo lugar con la presencia de la Sra. Fiscal de Familia. III. Se ordenó dar intervención al Equipo Técnico del Fuero, el que produjo el informe solicitado.

IV. Se corrió traslado a la Sra. Fiscal de Familia respecto del planteo de inconstitucionalidad esgrimido, evacuado por la misma de modo preciso, respecto de la cuestión y se expidió en sentido favorable a la denuncia de inconstitucionalidad. V. Dictado el decreto de autos pasó la causa a despacho.

Y CONSIDERANDO: I. Los autos llegan a estudio a a fin de resolver acerca de la petición de las Sras. M. T. A., DNI N° XX.XXX.XXX y M. D. P. C., DNI N° XX.XXX.XXX, por la que se reclama se homologue el acuerdo al que arribaron y que en definitiva se traduce en que la segunda gestará, mediante una técnica de reproducción humana asistida, un embrión formado con gametos de donantes anónimos y que a mérito de la voluntad procreacional que expusiera la Sra. A. , se declare la inconstitucionalidad del art 562 del CCyC.

II- Previo a ingresar en lo que es motivo de resolución específica en la causa, considero oportuno dar alguna respuesta a puntos concretos que se proponen en la demanda, lo que facilitará una mejor comprensión de lo

.....  
la recomendación de que A “ponga en conocimiento del hijo, una vez nacido, su realidad biológica y el modo en que fue gestado en la medida que la capacidad y el grado de madurez de aquel lo vaya permitiendo” (A., M. T. y Otro – Solicita Homologación, 2018).

## I.

El juzgador, al presentar la situación sobre la que va a decidir, introduce a las firmantes del acuerdo cuya homologación se le solicita pintando el panorama del objeto de la decisión con todo su costado humano, de modo que queda patente el anhelo de una de las partes de ser madre, la intención altruista y desinteresada de la otra contratante de poner su cuerpo al servicio del sueño de su amiga, la necesidad de recurrir a las técnicas de reproducción humana asistida (TRHA) para que el tiempo no frustre el deseo maternal de la primera, e incluso aparece en el relato introductorio la hija de la futura gestante que atestigua la larga data de todo lo mencionado, tildando así casi hasta el último inciso del elenco de requisitos que el Proyecto de Reforma y Unificación del Código Civil y Comercial pedía para la homologación del acuerdo en la gestación por sustitución. Quedarían pendientes, en el caso de análisis, sólo tres de los ocho requisitos exigidos: la existencia de dos comitentes –aquí es solo A, la única futura madre, la que encomienda a P la gestación–, que uno de estos aporte sus gametos, y, paradójicamente, el que exige haber tenido en cuenta el interés superior del niño, el cual no interesará, valga la redundancia, hasta tanto no se produzca el nacimiento, por el momento “de lo que se trata es de brindar respuesta a la pretensión de A”. De todos modos, no existe el requisito mencionado como tal, porque la Gestación por Substitución proyectada no sólo no fue aprobada sino que por la redacción final que se le dio al art. 562, la misma no está contemplada por nuestro ordenamiento; lo que no impide que a la hora pronunciarse por la inconstitucionalidad de este artículo los jueces argumenten invocando dicho Proyecto (A., P. A. y Otro – Medidas Urgentes, 2018) (H. M. y Otro/a s/ Medidas Precautorias, 2015).

que se resolverá.

II- 1) A contrario de lo afirmado por la requirente, y en la medida que la Magistratura sea ejercida por personas humanas, resultará casi imposible encontrar un Juez que no tenga sus propias convicciones, valores que considera éticos y morales, y su propia perspectiva de opinión en determinadas y puntuales cuestiones, puesto que la conjunción de esos estándares hace a su propia formación profesional y lo define como persona.

El inconveniente puede producirse en caso que el Juez pretenda transformarse en “ juez de la vida” e intente imponer sus propias ideas y convicciones, dejando de lado la mirada que otras personas pueden tener y sostener sobre idéntica cuestión.

La diversidad de ideas y el debate sobre determinadas cuestiones, y más en lo jurídico, enriquece la cultura, mientras que la imposición de ideas, criterios y resoluciones en función de un principio de autoridad anula toda posibilidad de crecimiento.

II- 2) Se reclama en la demanda una solución “rápida y expeditiva”. Resulta indudable e incontrovertido que los tiempos en el proceso, y más en los que se involucran derechos como el reclamado en autos, tiene una trascendencia vital para el justiciable, de ahí que siempre tiene al alcance de su mano remedios procesales para denunciar la demora en la tramitación de una causa, pero no debe confundirse rapidez con ligereza, puesto que determinadas cuestiones para que tengan un resolución más o menos aceptable y útil, pueden necesitar un tiempo de tramitación, y actividad de la parte y del Tribunal.

Sucede que, con motivo de publicaciones periodísticas acerca de resoluciones judiciales sobre técnicas de reproducción humana médicamente asistidas, pareciera que cuestiones como las que aquí se ventilan, se despachan sin demasiados miramientos, como un mero trámite administrativo, lo que resulta incorrecto, desde mi modo de ver las cosas

De manera que tenemos aquí un punto de vista que deja al niño o niña que será engendrado en un segundo plano y la reflexión del juez hace foco en la cuestión contractual inspirada en el deseo y los anhelos de los adultos. Compartimos en lo que hace a este punto el pensamiento de Ursula Basset cuando expone:

El derecho filiatorio jamás admitiría semejante abordaje: el derecho a la filiación en la filiación está predeterminado, pre-concebido a partir del interés del niño, nunca a partir del contrato. Limita los derechos de los padres en interés de los hijos que serán concebidos, porque el dominio de la ley es el futuro, mientras que el del juez es el pasado (el caso concreto que debió discernir).

Como el fallo invierte la perspectiva, analiza los derechos en juego desde la perspectiva del deseo y del contrato. Primero los derechos adultos, segundo, los derechos del niño. Justamente, al revés de los principios esenciales que imperan en la materia para democratizarla.

Esta perspectiva de análisis legitima a priori y sin análisis las decisiones adultas. Por eso no se analiza ni considera que en virtud del deseo (comprensible y doloroso) los padres estén dispuestos a arriesgarle al hijo una existencia dificultosa, confusa en materia de parentesco y difícil e insegura en materia jurídica, con tal de materializar el anhelo. Es que el derecho imperado por el deseo convierte al hijo en objeto de consentimiento y de contrato. (Basset, 2016)

No pretendo, como tampoco lo hace el juez en su argumentación, juzgar las actitudes, deseos, anhelos o intenciones de las partes, ya que conozco de primera mano el dolor de quien ve postergados y frustrados los mismos; si intento valorar la perspectiva con la que se encara la justificación de la decisión.

II- 3) En la demanda y en cumplimiento de cargas procesales queda expuesta la vida privada de las partes, de ahí y como un punto de equilibrio, considero necesario poner en conocimiento de las requirentes que ninguna opinión o creencia que pueda tener teñirá el contenido de la resolución puesto que como lo expuse, no me considero “juez de la vida” de nadie, a lo sumo, y con agrado ejerzo la función jurisdiccional, pero nada más. En los términos en que se resolverá la causa, se tendrá como único límite lo que considero que es el derecho aplicable. Tampoco me considero un “patán” en busca de una gloria efímera a costa del sentir de las personas que transitan el Tribunal a mi cargo.

De ahí que solicito, si se me permite, se tenga la absoluta tranquilidad que ninguna motivación que no sea jurídica, y con mis propias limitaciones, se podrá encontrar en el discurso de la presente resolución.

II - 4) Respetuosamente me permito disentir con las comparecientes, en cuanto afirman en la demanda, que existen distintos tipos de familia y no solo la tradicional. Considero que cualquier ensayo acerca del modo en que se conforma una familia, más allá de términos estadísticos, tiene un tinte discriminatorio, puesto que cada persona forma y conforma la familia que quiere, y que puede. Nada más.

III- La sanción y posterior entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación incorporó como una nueva fuente de filiación, a las ya contenidas en el Código Civil de Velez, la derivada de las técnicas de reproducción humana asistidas, y que no hace falta demasiado ingenio para advertir que su inclusión en el nuevo ordenamiento vino de la mano del avance de las ciencias biológicas, y el consiguiente reclamo social. Tal vez, hasta para el propio Velez Sarsfield era impensado el avance de esas ciencias allá por finales del siglo XIX, al nivel en que se llevan adelante en la actualidad.

IV- Le asiste razón a la requirente cuando sostiene que la gestación por sustitución no se encuentra legislada en Código Civil y Comercial, a diferencia de la previsión que sí contenía el anteproyecto del año dos mil doce.

## II.

En segundo lugar se desprende de la argumentación del juez que la práctica de la gestación por subrogación, discutida y finalmente no autorizada al momento de sancionar el Código Civil y Comercial, integra el conjunto amplio de las TRHA a las que las mujeres en Argentina tendrían derecho a acceder en ejercicio de su derecho humano a la salud sexual y reproductiva. Esto a pesar de que algunas técnicas de reproducción asistida (sobre todo las vinculadas a la manipulación y crioconservación de embriones) generan serios interrogantes filosóficos, éticos y políticos. La cuestión de la generación de vida humana a partir de la técnica, que sin duda significa un gran avance científico, excede el plano de lo práctico y de lo utilitario y desde mediados del siglo pasado y hasta hoy sigue siendo un tema de profundo debate. Manuel Ollasagasti enseñaba que para “Heidegger, la cuestión de la técnica forma parte de la metafísica/.../ Heidegger no se ha interesado por la técnica por ser un ‘tema de actualidad’, sino porque está dentro de ‘su tema’; el ser” (Introducción a Heidegger, 1967). Sin duda corresponde al Estado seleccionar y legislar sobre:

“qué técnicas dentro de los sistemas de reproducción humana asistida son aceptados y cuáles no, y tal elección, lo será en función de haber puesto por delante a la persona humana como sujeto central de las relaciones jurídicas el cual, no puede ser cosificado ni desontologizado”. (Andruet (h.), Reproducción humana asistida. Un desafortunado proyecto de ley, 1991).

En cuanto a la gestación por sustitución o maternidad subrogada en particular, como TRHA, no se la menciona en ninguno de los tratados internacionales con jerarquía constitucional ni en la *Ley 26862 de Acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida* ni en su *Decreto reglamentario N° 956/2013*. E insisto en que la misma no está contemplada en el CCyC, a pesar de haber integrado el proyecto. En su análisis del instituto tal y como estaba regulado en la redac-

No obstante, la gestación por sustitución, es una especie dentro del género de las técnicas de reproducción humana asistida, cuestión que bien puede buscar una solución en la regulación legal de las mismas y en la leyes especiales que la rigen, ya que se trata en definitiva, que una mujer geste en su útero un hijo y que luego su filiación sea atribuida a otra persona en función de la voluntad procreacional de la comitente, y de la ausencia – como en el caso de autos- de voluntad procreacional de la gestante y de nexo biológico entre ésta y la persona nacida mediante el uso de la técnica.

Tal vez, lo que se denuncia como una omisión legislativa puede que a la postre no sea tal, en la medida que la ciencia progresa, puesto que la reproducción humana medicamente asistida no se detiene en su avance, y que no se agota en la fertilización del óvulo mediante dicha técnica, sino que también, y sin dudas abarcará el diagnóstico preimplantacional, la corrección genética de alguna falla en la conformación del ADN, etc.

En autos, la hipótesis que se presenta no es la “simple gestación por sustitución” que fue deliberadamente excluida de toda previsión en el Código Civil y Comercial de la Nación, quedando la cuestión resuelta al amparo de la norma del art. 562 del mismo.

Dentro del abanico de posibilidades que ofrecen las técnicas de reproducción humana médicamente asistidas el Código Civil y Comercial sólo se detuvo en aquella en que la gestante, a la postre será la progenitora del hijo nacido luego de llevar adelante el embarazo. Pero pasó por alto, y pese a reconocer la validez del matrimonio y de las uniones convivenciales entre personas del mismo sexo, que resulta biológicamente imposible que puedan llegar a tener hijos en común o generar descendencia sino es por vía de la adopción. A modo de ejemplo, bien puede suceder que en un matrimonio o unión convivencial de dos mujeres una ofrezca sus óvulos y la otra el útero para el desarrollo del embrión, y en tal caso, la gestante “biológicamente” hablando no sería la madre del niño así nacido.

.....  
 ción anterior del art. 562, Hugo Seleme, partiendo de un marco de postulados liberales y con fundamento en el valor de autonomía concluye:

Las razones que ofrece el fundamento del proyecto de reforma para permitir la maternidad por subrogación en algunos casos no son concluyentes y en otros son del todo irrelevantes. Si el argumento que he ofrecido en contra de la maternidad por subrogación es correcto, existen razones de moralidad política para revisar lo que ha sido establecido en el proyecto. La utilización del procedimiento de maternidad por subrogación no debería ser permitida por nuestro sistema jurídico. Dicho procedimiento no respeta el valor de la autonomía, que ocupa un lugar central en nuestro sistema político.

El compromiso del Estado liberal con el valor de la autonomía determina que deba promover y proteger aquellos medios de procreación que son adecuados para engendrar un sujeto sobre el que nadie estará autorizado a ejercitar control. (La maternidad por subrogación y los límites de la autonomía, 2013)

### III.

Pero la pretensión central de las mujeres que acuden a la justicia es que se homologue su contrato, para lo que el juez debe dictar la inconstitucionalidad de la norma que establece cómo debería resolverse la cuestión y que lo hace de manera que no satisface plenamente los propósitos y planes de la comitente. Ante esta situación el tribunal concluye “sin mayores explicaciones” en que, desde que A desea formar una familia, que no puede hacerlo por sí sola, que quiere hacerlo ya, que el sistema de adopción en nuestro país es lento, y que tiene una amiga dispuesta a “prestar” su útero para la gestación, se

En definitiva existen muchas situaciones que expresamente no se encuentran contempladas en el Código Civil y Comercial, pero que las resuelve con la solución que emana de la norma del art 562, y que puede no sea la pretendida por las personas-

Respetuosamente, me voy a permitir disentir con la requirente y con toda la doctrina autoral y jurisprudencial que se cita, respecto a la interpretación del principio constitucional de reserva en cuanto a que *“las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”* (arg. art. 19 C.N), tal principio considero que es de aplicación en ámbito del derecho penal, y tiene su fundamento, justamente, en evitar la arbitrariedad judicial en que se podría incurrir, en caso que cada juez detentara el poder suficiente para decidir que conducta es punible y que conducta no lo es.

En el Derecho de Familia existen normas que sin duda avanzan sobre la libertad individual de las personas -nos guste o no nos guste- y seguramente en miras a un interés que es superior para la comunidad jurídicamente organizadas: la edad para contraer matrimonio, la prohibición de contraer matrimonio entre parientes y en los grados que determina la ley, la edad mínima para adoptar, la diferencia de edad entre adoptante y adoptado, la prohibición de “entregas directas” en guarda con fines de adopción, las prohibiciones para celebrar determinados contratos entre cónyuges, etc.. Se trata en definitiva de impedimentos legales que limitan la libertad de las personas.

En el ámbito del Derecho Civil más allá de la regulación normativa específica de cada institución, existen otros estándares jurídicos que se deben respetar, como la moral, el orden público y las buenas costumbres, sin perder de vista que el objeto de toda contratación debe ser además de lícito, jurídicamente posible

.....  
sigue que A tiene un derecho subjetivo afectado por una norma vigente, por lo que ésta debe ser declarada inconstitucional.

Si se deja de lado o se deja atrás la discusión sobre la maternidad subrogada, una vez que el hijo o hija ya nació, queda pendiente resolver sobre su filiación, es decir quién o quiénes son, según el derecho de nuestro país, los o las progenitoras del recién nacido. Después de estudiar qué tribunales son competentes y qué procedimientos pueden seguir las personas que quieran formar una familia recurriendo a la maternidad subrogada y cómo resolver la cuestión de la filiación, Graciela Medina concluye:

Del estudio de los casos de jurisprudencia encontrados advertimos que las partes no solo se debaten en un mar de dudas en orden a la forma de determinar la filiación cuando el nacimiento tiene lugar por técnica de gestación por sustitución, sino que no saben ni como, ni cuando instrumentar el consentimiento informado para la realización de la TRHA, ni ante qué tribunal recurrir, ni que acción deben intentar para lograr la filiación. Esta inseguridad jurídica en materia filiatoria exige una regulación de la Gestación por Subrogación que despeje dudas sobre la filiación de los niños que nacen de ellas.(Gestación por otro. Problemas y soluciones jurisprudenciales, 2016)

Estas últimas dudas se despejan leyendo el art. 562 que establece claramente que la persona nacida de técnicas de reproducción asistida son hijas de quien las dio a luz y de quien haya expresado el consentimiento libre e informado. Como ya se dijo este artículo surgió del debate anterior a la sanción del reciente código, el mismo no contradice el sistema constitucional ni convencional, y por lo tanto es presumiblemente legal.

En el caso de autos no existe la “falta de previsión normativa” invocada puesto que claramente el Código Civil y Comercial de la Nación -en lo que aquí interesa- dispone que “*Los nacidos por las técnicas de reproducción humana 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.*” (arg.art 652 CCC) y, en ese orden normativo, sigue la línea conceptual de la filiación por naturaleza, que junto a la que aquí nos convoca y de la adopción, son las tres únicas vertientes o causa eficiente que se reconoce a la filiación.

Así, y por vía de negación, la situación de autos lejos de no encontrarse regulada, sí lo está, y no la autoriza del modo en que se pretende, puesto que la maternidad siempre será atribuida a quien da a luz al “hijo”.

La solución del Código Civil y Comercial en definitiva, es sencilla. La filiación materna en el caso de las técnicas de reproducción humana médicamente asistida, se atribuye a la mujer que dio a la luz, y del hombre o de la mujer que prestó el consentimiento previo, y con esa solución cerró la puerta a cualquier debate en torno a la cuestión.

Se podrá o no discutir la técnica legislativa del Código Civil y Comercial de la Nación, queda a discreción de quien lo intente, del mismo modo en que no cabe, en una resolución judicial, un debate de lege ferenda acerca de las omisiones legislativas que se denuncian, puesto que lo real y cierto es que la ley sólo regula la filiación en los términos que señalara más arriba, y por tanto, la que deriva de las técnicas de reproducción humana médicamente asistidas, quedan resueltas al amparo de la norma del art. 562 CC y C.

Así, y como bien lo señala la Sra. Fiscal de Familia en su dictamen, cuando como en el caso de autos, se pretende llevar adelante un procedimiento médico de reproducción humana asistida que para la ley, tiene un resultado distinto al pretendido en la demanda, necesariamente y a fin de evitar posteriores y posibles perjuicios para las partes y para la persona nacida, la cuestión debe ser judicializada como ocurre en autos.

---

## Conclusiones

Si bien la argumentación esbozada en el último punto parece circular, redundante, lo que he tratado de señalar es que no alcanza, aunque no conmueva, el deseo, para afirmar la existencia de un derecho, ni la pretensión de asegurar este para demostrar un agravio de una norma que lo contraría. A veces la tensión que existe entre el ser y el tiempo resulta desesperante y nos hace pensar que si lo que queremos que sea no se da ahora, entonces es el ser y la nada, o en la nada. Que existan los medios técnicos para satisfacer los anhelos del hombre no puede hacernos perder la mirada de nuestra humanidad. Antes que los deseos están las personas, cuya existencia no puede ser objeto de contratos entre terceros.

Parece haber una tendencia a recurrir a la justicia para esquivar la ley, y fallos como el que he analizado parecen confirmar esa tendencia. Digo parecen porque el tema en discusión sigue siendo objeto de debates doctrinales, legislativos y jurisprudenciales. En el espacio en donde nuestro sistema jurídico rige, en el tiempo en el que ese sistema funciona y se desenvuelve, existen modos por los cuales las personas que tengan voluntad de serlo pueden convertirse en madres y padres, y existen niños y niñas que precisan de ellos. No todo puede resolverse por la técnica, ni en los tribunales, quizás sean otras las leyes que haya que modificar, quizás sea cuestión de esperar.

V- Expuse más arriba que el ejercicio de un cargo no me transforma en Juez de la vida de nadie, y mucho menos me considero una persona “aséptica” en el sentido de no tomar dimensión de la problemática humana. Expuse a las requirentes que tal vez a una de las pocas cosas que no se le puede escapar es al destino, sin caer en determinismos, ya que la misma cara y preocupación con que se presentaron a la audiencia, las viví desde temprana edad, puesto que mi padre, en vida fue ginecólogo con especialidad en tratamiento de esterilidad y fertilidad, con otros procedimientos sin dudas y a quien desde niño acompañé en el ejercicio de su profesión. Conozco de cerca y por haberlo visto, el dolor y el sufrimiento que trae aparejado no solo la imposibilidad de tener hijos, sino también cuando el embarazo se difiere en el tiempo.

Y resulta hasta casi imposible para cualquier persona con una sensibilidad media, aún en tiempos como en los que vivimos y en una sociedad cuasi caníbal en donde pareciera que el vale todo se impone, no conmoverse ante una persona que reclama ser madre o ser padre, más aun para aquellos que tenemos hijos.

La entrevista personal con las partes en los procesos de familia, según entiendo, no tiene por objeto interrogarlas y averiguar acerca de su vida, sino más bien, es un modo amable de conocimiento entre las partes y quien ocasionalmente tiene la facultad de decidir acerca de su futuro, y en una cuestión tan sensible y humana como el derecho a ser madre adquiere real dimensión de la problemática que atraviesa, para lo cual se necesita una escucha abierta y despojada de las propias limitaciones del juzgador. La inmediatez y el contacto personal con las partes, no es una mera formalidad a cumplir que queda certificada en un expediente judicial. Expuse a las Sras. M. T. A. y M. D. P. C. que podían tener la absoluta tranquilidad que no estaban en manos de “un loco”, en sentido que antepondría intereses, creencias y percepciones personales a una decisión que considere justa y justificada en derecho, no mostrándome indiferente a la forma en que piensan, expresan sus

---

## BIBLIOGRAFÍA

- A., M. T. y Otro – Solicita Homologación, Expediente SAC N° 7057134 (Juzgado de Familia de Primera Nominación de la Ciudad de Córdoba 6 de Agosto de 2018).
- A., P. A. y Otro – Medidas Urgentes (Juzgado de Familia de Cuarta Nominación de Córdoba 21 de Mayo de 2018).
- Andruet (h.), A. S. (1991). Reproducción humana asistida. Un desafortunado proyecto de ley. *LLC*, 484.
- Andruet (h.), A. S. (16 de Septiembre de 2011). Celebración del “Día del Niño por nacer” y los proyectos legislativos nacionales sobre técnicas de. *DFyP*, 179.
- Andruet (h.), A. S. (15 de Febrero de 2017). La matriz bioética del Código Civil y Comercial de la Nación. Las directivas anticipadas y la formación de. *SJA*, 1.
- Basset, U. C. (2 de Mayo de 2016). Maternidad subrogada: determinar la filiación por el parto ¿es contrario a los derechos humanos? *La Ley*.
- Beitz, C. R. (2012). *La idea de los derechos humanos*. Madrid: Marcial Pons.
- Chaumet, M. E. (2017). *Argumentación. Clases aplicables en un derecho complejo*. Buenos Aires: Astrea.
- González, A., Melón, P., & Notrica, F. P. (s.f.). *La gestación por sustitución como una realidad que no puede ser silenciada*. Recuperado el 28 de Agosto de 2018, de Sistema Argentino de Información Jurídica: <http://www.saij.gob.ar/andrea-gonzalez-gestacion-sustitucion-como-una-realidad-puede-ser-silenciada-dacf150426/123456789-0abc-defg6240-51fcanirtcod>
- H. M. y Otro/a s/ Medidas Precautorias, Exp. N° LZ-62420-2015 (Juzgado de Familia N° 7, Lomas de Zamora, Buenos Aires 30 de Diciembre de 2015).
- Herrera, M. (Marzo de 2017). *Técnicas de reproducción humana asistida: conceptualización general*. Recuperado el 5 de Septiembre de 2018, de Diccionario enciclopédico de

sentimientos y la voluntad de la Sra. A. de ser madre, puesto que jamás podría proceder de ese modo. Puede que tenga el defecto que se quiera inventar o pensar, pero no soy indolente, lo que no me releva de cumplir con la función judicial que se me encargara, aún de modo transitorio, conforme a derecho.

La situación de autos, y como lo expusiera en aquella audiencia, de nueva tiene poco y nada, puesto que las técnicas de reproducción médicamente asistidas se remontan mínimamente a comienzo de los años noventa, en cuanto a su realización en el país, y la misma crítica que hoy recibe el Código Civil y Comercial, bien podría haberse esgrimido en contra del Código Civil de Velez Sarsfield, esto es, denunciar la inconstitucionalidad de la determinación de la maternidad y que se mantenga en reserva la identidad del padre, permitiendo que el embarazo curse en el vientre de quien luego, no sería la madre del niño nacido

La Sra A., y por las propias constancias de autos, se ve impedida de gestar un hijo como consecuencia de la histerectomía a la que fue sometida y expuso que no era su voluntad acudir a la institución de la adopción, que sin dudas le llevaría un tiempo considerable hasta que se hiciera efectiva la entrega en guarda de un niño o niña con tal fin

I- La situación fáctica de autos puede resultar hasta sencilla si se advierte que una persona, la Sra. A., anatómicamente impedida de cursar un embarazo mantiene su deseo y voluntad de ser madre, sin acudir a la institución de la adopción que en lo personal rescato y valoro como un medio de acunar a niños/niñas y adolescentes y propenderles y suplir aquellas carencias que su familia de origen no puede o no se encuentra en condiciones de brindarles.

No puedo dejar pasar por alto que por la edad de la Sra. A., su inclusión en el Registro Único de Adoptantes puede dificultar en el tiempo la guarda con fines de adopción más aún cuando las entregas directas se encuen-

.....  
la legislación sanitaria: <http://www.salud.gob.ar/dels/entradas/tecnicas-de-reproduccion-humana-asistida-conceptualizacion-general>

- Medina, G. (1 de Septiembre de 2012). Gestación por otro. De la ejecución forzada del convenio a la sanción penal. El turismo reproductivo. la situación en el. *DFyP*, 3.
- Medina, G. (7 de Diciembre de 2016). Gestación por otro. Problemas y soluciones jurisprudenciales. *DFyP*, 3.
- Olasagasti, M. (1967). *Introducción a Heidegger*. Madrid: Revista de Occidente.
- Seleme, H. O. (2013). La maternidad por subrogación y los límites de la autonomía. *La Ley*, 1.

tran expresamente prohibidas, y además ese proceso de adopción no le permitiría, como lo expuso la Sra. A., acompañar a la gestante en el embarazo de quien reclama luego que se inscriba como su hijo.

En esta carátula tampoco corresponde invocar por las partes ni por quien suscribe el interés superior del niño, puesto que en lo inmediato de lo que se trata es de brindar respuesta a la pretensión de la Sra. A., y luego, y una vez nacido el hijo en la forma en que propone su gestación, recién se podrá comenzar a invocar el mejor interés que le corresponda.

II- En consecuencia nos encontramos frente a una mujer que invoca el derecho y su voluntad a formar una familia, que detenta una edad que en función del promedio de vida, le permite encarar aquel proyecto, que por una patología médica no tiene útero, pese a lo cual la acompaña una persona de su amistad, en “prestar” su útero para la gestación de un embarazo, que sus óvulos y en razón de su edad no resultan de la calidad esperada, que las ciencias biológicas permiten realizar un procedimiento médico para lograr el embarazo deseado, que la persona gestante tiene pleno y cabal conocimiento y voluntad, que la persona que gestará, no es su hijo; pero la Sra. A. encuentra un límite legal, que es la determinación de la maternidad por el parto, a quien la ley, se la atribuye y mantiene mientras no sea cuestionada, por medio de la acción de estado correspondiente. Frente a tal panorama y más allá de si el legislador “olvidó” o deliberadamente omitió por cuestiones ajenas al derecho pero parasitarias del mismo, como son los factores y grupos de poder, legislar la cuestión que se plantea en la causa, lo real y cierto, es que lo único que corresponde indagar, es si la situación en que se encuentra la Sra. A. puede ser atendida por el derecho, o por el contrario, confinarla a postergar su derecho a formar una familia; la familia que ella desea conformar o a intentar una adopción para la que no tiene voluntad.

III- La respuesta necesariamente debe provenir del derecho y es ahí cuando se autoriza la declaración de inconstitucionalidad de una norma que afecta un derecho subjetivo, sin mayores explicaciones IV- La Sra. Fiscal de Familia se encarga en su dictamen de ensayar de modo más que correcto, y que por tanto lo comparto plenamente, los requisitos que debe reunir un planteo de inconstitucionalidad, en cuanto a la legitimidad de quien lo intenta, la temporaneidad, y la existencia de un “caso”.

Agrego, que tiene resuelto la CSJN *“el requisito de que ese control fuera efectuado a petición de parte resulta un aditamento pretoriano que estableció formalmente este Tribunal en 1941 en el caso “Ganadera Los Lagos” (Fallos: 190: 142). Tal requerimiento se fundó en la advertencia de que el control de constitucionalidad sin pedido de parte implicaría que los jueces pueden fiscalizar por propia iniciativa los actos legislativos o los decretos de la administración, y que tal actividad afectaría el equilibrio de poderes. Sin embargo, frente a este argumento, se afirmó posteriormente que si se acepta la atribución judicial de control constitucional, carece de consistencia sostener que el avance sobre los dos poderes democráticos de la Constitución no se produce cuando media petición de parte y sí cuando no la hay, el Tribunal que la declaración de inconstitucionalidad de oficio tampoco se opone a la presunción de validez de los actos administrativos o de los actos estatales en general, ya que dicha presunción cede cuando se contraria una norma de jerarquía superior, lo que ocurre cuando las leyes se oponen a la Constitución. Ni (...) puede verse en ella menoscabo del derecho de defensa de las partes, pues si así fuese, debería también descalificarse toda aplicación de oficio de cualquier norma legal no invocada por ellas so pretexto de no haber podido los interesados expedirse sobre su aplicación al caso” (Fallos: 327:3117, considerando 4° citado que, sin perjuicio de estos argumentos, cabe agregar que tras la reforma constitucional de 1994 deben tenerse en cuenta las directivas que surgen del derecho internacional de los derechos humanos. En el precedente “Mazzeo” (Fallos: 330:3248), esta Corte enfatizó que “la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos debe guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)” que importa “una insoslayable pauta de interpretación para los poderes constituidos argentinos en el ámbito de su competencia y, en consecuencia, también para la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a los efectos de resguardar las obligaciones asumidas por el Estado argentino en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos” (considerando 20) Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos”. Concluyó que “en otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de ‘control de convencionalidad’ entre las normas jurídicas internas*

que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos” (caso “Almonacid”, del 26 de septiembre de 2006, parágrafo 124, considerando 21). Recientemente el citado Tribunal ha insistido respecto del control de convencionalidad *ex officio* añadiendo que en dicha tarea los jueces y órganos vinculados con la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana (conf. caso “Fontvecchia y D’Amico vs. Argentina del 29 de noviembre de 2011). La jurisprudencia reseñada no deja lugar a dudas de que los órganos judiciales de los países que han ratificado la Convención Americana sobre Derechos Humanos están obligados a ejercer, de oficio, el control de convencionalidad, descalificando las normas internas que se opongan a dicho tratado. Resultaría, pues, un contrasentido aceptar que la Constitución Nacional que, por un lado, confiere rango constitucional a la mencionada Convención (art. 75, inc. 22), incorpora sus disposiciones al derecho interno y, por consiguiente, habilita la aplicación de la regla interpretativa -formulada por su intérprete auténtico, es decir, la Corte Interamericana de Derechos Humanos- que obliga a los tribunales nacionales a ejercer de oficio el control de convencionalidad, impida, por otro lado, que esos mismos tribunales ejerzan similar examen con el fin de salvaguardar su supremacía frente a normas locales de menor rango. (...) Que resulta preciso puntualizar, sin embargo, que el ejercicio del control de constitucionalidad de oficio por los magistrados debe tener lugar “en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes (...) Desde esta perspectiva, el contralor normativo a cargo del juez presupone un proceso judicial ajustado a las reglas adjetivas aplicables entre las cuales revisten especial relevancia las que determinan la competencia de los órganos jurisdiccionales y, sobre todo, las que fijan los requisitos de admisibilidad y fundamentación de las presentaciones o alegaciones de las partes. Es conveniente recordar, al respecto, que la descalificación constitucional de un precepto normativo se encuentra supeditada a que en el pleito quede palmariamente demostrado que irroga a alguno de los contendientes un perjuicio concreto en la medida en que su aplicación entraña un desconocimiento o una restricción manifiestas de alguna garantía, derecho, título o prerrogativa fundados en la Constitución; es justamente la actividad probatoria de los contendientes así como sus planteos argumentales los que debe poner de manifiesto tal situación.” (CSJN 27.11.2012 “Rodríguez Pereyra, Jorge Luis y otra c Ejército Argentino si daños y perjuicios”)

La doctrina transcrita expone con claridad que la Corte Federal expresamente reserva al Poder Judicial, y en especial a los jueces, la realización de oficio de un control de constitucionalidad y de convencionalidad de toda norma que deba aplicar en un caso concreto.

La especial situación de la causa radica en que se trata de una “gestación por sustitución” en la que los gametos que se utilizaran para la formación del embrión provienen de donantes anónimos, es decir, que la Sra. A. no aporta material genético; situación distinta a supuestos en donde sólo se trató de una gestación por sustitución, y en la que el embrión se formó con gametos de la comitente.

Es entonces, y como lo dijera, que se autoriza a declarar la inconstitucionalidad de una norma, y así remover el obstáculo jurídico que su aplicación trae aparejada en relación a la satisfacción de un derecho. Es por ese motivo, que no resulta válida de declaración de inconstitucionalidad de una norma de modo abstracto y genérico, sino que se necesita esta frente a un caso concreto.

No debe perderse de vista que en el reparto de competencias que la Constitución Nacional al organizar la república, veda a los jueces la posibilidad de crear derecho, es decir, no se les otorga facultades legisferantes propias del Congreso de la Nación, recordando que tanto el Congreso, como el Poder Ejecutivo en los distintos estadios de formación de las leyes necesariamente realizan un test de constitucionalidad y de convencionalidad para que la nueva ley, no avance sobre normas de jerarquía superior, puesto que de lo contrario se conduciría a un caos normativo.

En última instancia y en las facultades conferidas al Poder Judicial queda la posibilidad de declarar la inconstitucionalidad de una norma jurídica, que a la postre es la máxima sanción que merece una ley, y que requiere de suma prudencia de parte de los Jueces para así decidirlo, lo contrario significaría una autoatribución de facultades incompatibles con un sistema republicano. Que sentido tendría un congreso de la Nación si los jueces se atribuyeran la potestad de transformar a sus decisiones en Ley? Ninguno.

V - Indudablemente que para analizar si una norma es o no constitucional debe valorarse además de la situación jurídica, el momento y en entorno social en que se formula el planteo, o bien, desde que oficiosamente

el Juez decide expedirse sobre la cuestión.

Desde un punto de vista puramente objetivo se advierte que los argentinos atravesamos un momento de nuestra historia en donde discutimos cuestiones que hace un par de décadas parecían imposibles de plantearse, a saber: si corresponde despenalizar la interrupción voluntaria del embarazo, si es legal el consumo personal y el cultivo de alguna sustancia hasta hoy prohibidas, las tensiones para que se reconozcan de una buena vez y para siempre las distintas conformaciones de una familia, el reconocimiento pleno de todos los derechos que nos asisten sin interesar -y por no corresponder- la identidad o elección sexual de las personas humanas, y también, cuestiones como las que nos ocupan en la causa, las técnicas de reproducción médicamente asistidas, y que como lo dijera, permitirán sin dudas desde la selección de un embrión a implantar, el diagnóstico prenatal y hasta los denominados “bebés de diseño”, situaciones estas últimas que seguramente escaparan al contralor del derecho, y me refiero concretamente a la selección de los gametos para formar el embrión y, luego la elección del mismo para su posterior implantación.

VI- Se invocan cada vez más derechos enumerados en Tratados Internacionales, y que con solo “mirar por la ventana” se advierte que no se cumplen ni lo más elementales. No creo ser la única persona en el país, a la que un niño intenta lavar el vidrio de un auto, y permanecemos impávidos, y el Estado distraído, cuando sin convertirse en un “Estado gendarme” debiera acudir en socorro de ese niño. Las personas con discapacidad encuentran dificultades no sólo por falta de una adecuada adaptación de la sociedad, sino que además, creemos que la inclusión se hará efectiva a partir de un lenguaje neutro y sin género, utilizando la “e”.

VII- Retomando lo que venía desarrollando, la ciencia médica al día de la fecha, cuenta con recursos para intentar lograr la gestación del embarazo en el modo pretendido por la Sra. A., y al que prestara consentimiento la gestante.

Queda claro entonces y surge de los términos de la demanda, que existe por parte de la Sra.

A. voluntad procreacional, que se traduce ni más ni menos -y dicho sencillamente- en su deseo de ser madre, que es distinto a ser progenitora, libremente expresado ante un Tribunal y valorada por un equipo interdisciplinario.

Existe además una Ley, que regula la reproducción médicamente asistida, y en fecha reciente se prolongó, a modo de dato, la edad para gestar un embarazo con óvulos donados hasta los cincuenta y dos años, la crónica periodística da cuenta que se avanza en el trasplante de útero.

Quiere decir entonces que la única limitación que se presenta en la causa para la procedencia de la acción impetrada es jurídica y radica en la norma del art. 562 del CC y C.

VIII- En el caso concreto y específico de 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 -y aún para un profano- dificultaría 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 - puesto que tratándose de procedimientos médicos no cabe hablar de certezas- de cumplir su deseo de ser madre.

En consecuencia, la norma del art. 562 del CC y C aparece en el caso concreto de autos como inconstitucional, puesto que impide a la Sra. A. mediante el ejercicio del derecho subjetivo que le asiste, ser madre mediante la utilización de técnicas de reproducción humana médicamente asistidas y por tanto así corresponde dejar resuelta la cuestión, esto es, que el art. 562 del CC y C resulta inconstitucional en el caso de autos, ya que avanza sobre derechos subjetivos de la Sra. A., y además tal declaración no avanza sobre otros estándares jurídicos.

Sin remover el obstáculo legal de la disposición del art. 562 del CC y C 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 determina la filiación materna per ser la persona que dio a luz.

Resultaría hasta imprudente, según considero, que el centro de salud en una situación como la de autos, procediera a realizar la técnica de reproducción humana médicamente asistida, a despecho de una norma jurídica que resuelve la cuestión de modo claro y preciso: la persona humana nacida es hija de la mujer que dio a luz y de la persona que prestó el consentimiento informado; que poco sentido tendría exigir, si no se informa las consecuencias legales que trae aparejada su realización.

En consecuencia y en razón que he declarado la inconstitucionalidad de la norma citada, corresponde avanzar en lo que es motivo de resolución.

IX- La homologación del acuerdo que se pretende no es otra cosa que otorgarle fuerza de ley, para las partes, a una contratación privada. Bien señala la Sra. Fiscal de Familia que cuando se homologa un acuerdo de partes debe tenerse en consideración si resulta ejecutable, ante el posible incumplimiento de alguna de las partes contratantes.

Ello es así porque en el convenio acompañado en autos, en su cumplimiento, se encuentran involucrados derechos inalienables de las personas, cuyo ejercicio no pueden ser limitados ni tampoco coercitivamente compelidos a realizar. No obstante, tanto la Sra. A. como la Sra. P. C. han expresado libremente su voluntad ante el Tribunal en relación a lo que es motivo de contratación, y por la particularidad de los intereses en juego y partiendo de la base que todo contrato debe celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y, según lo que los contratantes entendieron o pudieron entender obrando con cuidado y previsión (arg.art. 1198 CC de Velez), corresponde autorizar la práctica biomédica solicitada, sujeta a las previsiones y requerimientos del Centro de Salud que elijan ante el que deberán prestar el consentimiento informado en los términos de los arts. 560 y 561 del CCyC, e inscribir luego en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, a la persona humana, nacida con vida como consecuencia de dicho procedimiento y del embarazo llevado adelante por la Sra. P. C., como hijo de la Sra. M. T. A., puesto que con la Sra. P. C. no tiene vínculo biológico, y tampoco existe en ella una voluntad procreacional, siendo su voluntad la de llevar adelante el embarazo de quien a la postre será hijo de la Sra. A.

La intervención del equipo técnico del Fuero ratifica tal afirmación desde que concluye *“La Sra. P. presenta claridad en torno a la gestación por subrogación, conociendo sus límites y alcances, considerando que ella presta un órgano necesario para que el proyecto de maternidad de la Sra. A. se concrete. La Sra. A. presenta un fuerte anhelo de concretar su proyecto vital en torno a la maternidad, donde la tramitación legal previa constituye una condición necesaria para habilitarlo”*

X- Recomendar a la Sra. M. T. A. que ponga en conocimiento del hijo, una vez nacido, su realidad biológica y el modo en que fue gestado, en la medida que la capacidad y grado de madurez de aquel lo vaya permitiendo.

XI- Finalmente desde lo personal y desde lo funcional sólo resta desearle a la Sra. A. y a la Sra. P. C. éxitos en la realización del procedimiento médico, se acompañen durante el embarazo y, que la Sra. A. pueda conformar la familia que tanto ansía; y sin que se deba entender como una obligación, que no corresponde, mantenga informado al Tribunal -sin formalidad alguna, por supuesto, el avance del embarazo y el nacimiento del bebé.

XII- Las costas del presente atento a la naturaleza de lo resuelto en que no media oposición se distribuyen por el orden causado, y por tanto no regulo honorarios profesionales a las letradas intervinientes atento lo dispuesto por el art. 1, 2 y 26 del Cód.Arancelario.

Por lo expuesto y oída que fuera la Sra. Fiscal de Familia.

RESUELVO I. Declarar la inconstitucionalidad del art. 562 del CC y C en el caso de autos, en cuanto determina que la persona humana nacida mediante una técnica de reproducción humana asistida, es hijo de quién la dio a luz y de quien prestó el consentimiento informado, y por tanto autorizar a la Sras. M. T. A. DNI N° XX.XXX.XXX y M. D. P. C. DNI N° XX.XXX.XXX a concurrir al centro de salud de su elección especialmente habilitado, en donde luego de prestar el consentimiento informado en los términos del art. 560 y 561 del CC y C, y llevar adelante la práctica biomédica consistente en la implantación de un embrión en la persona de la Sra. M. D. P. C., formado a partir de gametos aportados por donantes anónimos, se deberá inscribir a la persona humana así nacida en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, como hijo de la Sra. M.

T. A., DNI N° XX.XXX.XXX, toda vez que respecto de la Sra. M. D. P. C. no tiene nexos biológicos y tampoco

existe en ella una voluntad procreacional, su voluntad es llevar adelante el embarazo de quien a la postre será hijo de la Sra. A. .

XIII- Recomendar a la Sra. M. T. A. que ponga en conocimiento del hijo su realidad biológica y el modo en que fue gestado, en la medida que la capacidad y grado de madurez de aquel lo vaya permitiendo.

XIV- Tener presente lo relacionado en el considerando XV de la presente.

XV- Distribuir las costas por el orden causado y no regular honorarios a las letradas intervinientes en los términos y de conformidad a lo dispuesto por el art. 1, 2 y 26 del Cód. Arancelario. PROTOCOLÍCESE, HÁGASE SABER y DESE COPIA.

---

# DIRECTRICES para AUTORES

---

## **Aspectos particulares:**

### ***Extensión y diseño***

- La extensión mínima de los artículos será de 4000 palabras y la máxima de 7000 (incluyendo resumen, palabras clave, notas al pie de página y referencias bibliográficas);
- Hoja DIN-A4;
- Interlineado del texto a 1,5, salvo en las notas a pie de página, que será sencillo;
- Márgenes superior e inferior a 2,5 cm e izquierdo y derecho a 3 cm;
- El espaciado anterior será de 12 puntos y el espaciado posterior será de 0 puntos;
- El texto debe estar justificado.

### ***Idioma***

El idioma de las presentaciones será en castellano, portugués o inglés. Los artículos en otros idiomas serán publicados según su temática, previo acuerdo del Consejo Editorial de la Revista. En su caso, de ser un idioma poco frecuente en el mundo académico, estos artículos podrán ser traducidos por juristas que dominen la lengua, a propuesta del Consejo Editorial, el nombre de la persona que realice la traducción deberá figurar necesariamente en el artículo.

### ***Estilo y tamaño de letra***

- Para el cuerpo: letra Calibrí, tamaño 11;
- Para las notas al pie de página: letra Calibrí, tamaño 10.

### ***Precisiones sobre el texto***

- En ningún caso se usará negrita en el interior del texto. La negrita estará reservada sólo a la división del texto, como se indica a continuación.
- No se permite el subrayado de palabras para ser destacadas. En todo caso, de querer destacar algún concepto, debe hacerse o bien entrecomillado, o bien en cursiva.

### ***División del Texto***

- Título:

Constará de un enunciado en que se dará cuenta del tema objeto de estudio. Irá centrado, en Calibrí, en mayúscula sostenida y en negrita, tamaño 13. Debajo del mismo debe indicarse el título traducido al inglés, el que irá centrado, con la misma fuente y tamaño, pero en cursiva.

- Autor:

Deberá constar debajo del título, en cursiva y centrado, en Calibrí, tamaño 11. La primera nota al pie de página hará referencia a sus datos personales: condición profesional, títulos académicos, referencias a Proyectos de Investigación en el que se desarrolla el artículo y correo electrónico.

- **Resumen y Palabras Clave:**

Se debe incluir, en castellano y en inglés, un resumen/abstract con un máximo de 10 líneas o 150 palabras y unas palabras clave/key words (como mínimo, tres y como máximo, cinco). Tanto el abstract como las palabras clave deberán ubicarse antes de comenzar el texto, justificadas, con interlineado a 1,5 y letra Calibrí, tamaño 11.

- **Enumeraciones:**

Títulos: en número Romano, seguido de un punto. Epígrafes: en números ordinarios, seguido de un punto. Subepígrafes: en letras, seguido de un punto.

Ejemplo:

- I. Título
- 1. Epígrafe
- A. Subepígrafe

En ningún caso se usará mayúscula sostenida.

### **Citas y Referencias Bibliográficas**

Las citas deberán ir entrecomilladas y en cursiva. Cuando superen las 30 palabras, deberán ir en párrafo aparte, con un centímetro menos en cara margen y se hará referencia, en la primera oportunidad, con el mismo estilo que la Bibliografía, indicando siempre el número de página. Si se indicase nuevamente la fuente, se indicará el autor, el año de publicación y, seguido, Op. Cit. (en cursiva), con el número de página.

Ejemplo:

CARRANZA, Martín Adrián (2006): Op. Cit., P. 135.

Al finalizar el texto, se indicarán las fuentes ordenadas alfabéticamente, bajo el título de Referencias Bibliográficas, siguiendo las indicaciones:

- **Libros:**

Apellidos del autor en mayúsculas y nombre de pila completo seguido del año de publicación entre paréntesis: Título de la obra en cursiva, lugar de publicación, editorial.

Ejemplo:

BARONE, Pamela María (2015): Derecho sanitario argentino, Buenos Aires, La Ley.

Si se citan dos o más obras de un determinado autor publicadas en el mismo año, se distinguirán por medio de una letra.

Ejemplo:

BARONE, Pamela María (2015a) y BARONE, Pamela María (2015b).

- **Capítulos de Libros:**

Apellidos del autor en mayúsculas y nombre de pila completo seguido del año de publicación entre paréntesis, título del capítulo entrecomillado, apellidos en mayúscula e inicial del nombre de pila de los editores o coordinadores y la mención abreviada de esta categoría (ed./dirs./coord.), título del libro en cursiva, lugar de publicación, editorial, páginas del capítulo.

Ejemplo:

SÁNCHEZ, Andrea Cecilia (2015): "La legitimación activa del defensor del pueblo en Córdoba" en BERNAL, Germán Esteban (dir.): El futuro del defensor del pueblo a nivel

provincial en Argentina, Córdoba, Abeledo Perrot, pp. 256-289.

- Artículos de Revistas científicas:

Apellido del autor en mayúsculas y nombre de pila completo seguido del año de publicación entre paréntesis: título del artículo entrecomillado, título de la revista en cursiva, seguido del número de páginas del artículo.

Ejemplo:

SANTAMARÍA, Juan (2016): El federalismo plurinacional como forma de reestructuración de la divergencia territorial, *Revista Española de Derecho Constitucional* n° 78, pp. 259-286.

- Documentos de fuentes electrónicas:

Nombre de la fuente, seguido del año entre paréntesis, seguido del nombre del artículo en cursiva. Documento en línea: link entre paréntesis, espacio, fecha de consulta entre paréntesis.

Ejemplo:

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2016): Informe sobre el desarrollo democrático en Venezuela ([www.cidh.com/informe-de-venezuela.html](http://www.cidh.com/informe-de-venezuela.html)) (Fecha de consulta: 23 de agosto de 2016).

### **Aceptación y cesión de derechos**

Los autores transfieren de manera exclusiva y a título gratuito los derechos materiales de autor a la Universidad Blas Pascal para su publicación y divulgación, en los términos de la ley nacional 11723 y sus modificatorias.

El solo hecho de remitir un artículo al editor responsable, a través de cualquier medio para ser revisado a los fines de su publicación, implicará la cesión a que se refiere el párrafo anterior.

Los artículos publicados en la revista podrán ser reproducidos libremente con fines académicos citando la fuente y el autor.







54 351 4144444 | [ubp@edu.ar](mailto:ubp@edu.ar)