

# REVISTA DERECHO y SALUD

JOURNAL OF LAW AND HEALTH

Año 1 · Nro. 1 · Diciembre 2017

ISSN (Versión impresa): 2591-3468

ISSN (Versión online): 2591-3476



Revista de la Sala de Derecho a la Salud  
Instituto de Investigación en Ciencias Jurídicas  
Universidad Blas Pascal









# REVISTA DERECHO y SALUD

---

**SALA DE DERECHO A LA SALUD**

INSTITUTO DE INVESTIGACIÓN EN CIENCIAS JURIDICAS  
UNIVERSIDAD BLAS PASCAL | Córdoba, Argentina.

---

Año 1 · Nro. 1 · Diciembre 2017 // 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

- ROMINA ANTONIO
- 

## RECONOCIMIENTO A EVALUADORES:

Los Evaluadores ciegos del primer número de la Revista Derecho y Salud fueron Profesores e Investigadores de las siguientes Universidades e Instituciones nacionales e internacionales: Universidad Nacional de Córdoba, Universidad Blas Pascal, Universidad Católica de Córdoba, Universidad Nacional del Litoral, Universidad Nacional de Cuyo, Universidad Austral, Universidad Autónoma de Madrid, Universidad Internacional Menéndez Pelayo, Universidad del País Vasco, Ludwig-Maximilians-Universität München (LMU), Poder Judicial de la Provincia de Córdoba, Poder Judicial de la Nación Argentina y Corte Interamericana de Derechos Humanos.

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 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. PRESENTACIÓN .....</b>	<b>1</b>
<b>Editorial</b>	
Claudia Elizabeth ZALAZAR .....	3
 <b>Estudio introductorio. Nuevos desafíos del Derecho a la Salud</b>	
Gonzalo Gabriel CARRANZA .....	5
 <b>2. ESTUDIOS .....</b>	<b>9</b>
 <b>Derecho a la salud, personas con discapacidad y acceso a la justicia</b>	
<i>Right to health, people with disabilities and access to justice</i>	
Juan Santiago YLARRI .....	11
 <b>Dengue 2009-2017: Políticas Públicas de Salud en la Provincia de Córdoba</b>	
<i>Dengue 2009-2017: Public Policies in Health in the Province of Córdoba</i>	
José Emilio ORTEGA y Santiago Martín ESPÓSITO .....	25
 <b>De la salud pública a la Cobertura Universal de Salud</b>	
<i>From public health to Universal Health Coverage</i>	
Pablo Sebastián CEJAS ROMANELLI .....	39
 <b>Datos relativos a la salud y datos genéticos: consecuencias jurídicas de su conceptualización</b>	
<i>Health Data and Genetic Data: the legal consequences of their conceptualization</i>	
Daniel JOVE VILLARES .....	55
 <b>La Protección de los niños, niñas y adolescentes con discapacidad: deudas pendientes</b>	
<i>The protection of childrens and adolescent with disabilities: pending debts</i>	
Sofía PUCCIO .....	67
 <b>El derecho a la salud y la publicidad infantil. Análisis en base a la normativa vigente en Argentina</b>	
<i>Right to health and child advertising. Analysis based on current legislation in Argentina</i>	
María Victoria GERBALDO, Maga MERLO VIJARRA, Agustina MOZZONI .....	81
 <b>Tribunales superiores en Latinoamérica y su respaldo a las medidas de control de tabaco como forma de proteger el derecho humano a la salud</b>	
<i>Latin American high courts and their support for tobacco control policies as a way to protect the human right to health</i>	
Juan CARBALLO, Gianella SEVERINI y Luciana SEVERINI .....	95
 <b>Educación sobre el riesgo médico: propósito, contenido, forma y tiempo</b>	
<i>Medical information on risks - function, content, form and timing</i>	
Markus Finn .....	113

**3. COMENTARIOS JURISPRUDENCIALES ..... 123****¿Derecho a la salud o cuestiones de patrimonialidad? La importancia del Certificado Único de Discapacidad***Right to health or patrimony issues? The importance of the Unique Disability Certificate***María Milena BELANTI ..... 125****El derecho a la salud en su faz informativa***The right to health in its informative face***Francisco M. BALBÍN ..... 133****La tutela cautelar en el proceso constitucional de amparo***The precautionary protection in the protecting constitutional process***Nicolás Alberto SIMÓN ..... 144****Rol del curador provisorio y posibilidad de realizar una transacción en nombre de su representado desde la “perspectiva de vulnerabilidad”***Role of the provisional curator and possibility of carrying out a transaction on behalf of his / her represented from the “perspective of vulnerability”***Gisela CAFURE ..... 164****Proceso Judicial con perspectiva de vulnerabilidad***Trial Process with Vulnerability perspective***Laura ALESSO y María Guadalupe NEDER ..... 170****4. RESEÑAS DE JURISPRUDENCIA ..... 183****Programa Federal Incluir: competencia atribuida a los tribunales provinciales***Incluir Federal Program: granted competition to States Courts***Paola RUIZ ..... 185****Competencia de la justicia federal al entablar una acción contra un agente de salud***Federal justice competence to bring an action against a health agent***María Natalia JUEZ ..... 187****La salud de niños, niñas y adolescentes y el rigor formal***The health of children and adolescents and formal rigor***María Agustina CHÁVEZ ..... 189****La importancia del principio de inmediatez en la determinación de la competencia de los procesos de restricción a la capacidad***The importance of the principle of immediacy to define the competence of the capacity restriction processes***Valeria de las Mercedes SOLA ..... 191****Concesión de arresto domiciliario por cuestiones de salud***Granting of house arrest due to health reasons***María Fernanda VILLALBA ..... 193****Juez competente en procesos judiciales que versan sobre la determinación de la capacidad jurídica en el Código Civil y Comercial de la Nación***Competent Judge in legal proceedings that deal with the determination of legal capacity in the Argentinian Civil and Commercial Code***María Guadalupe NEDER ..... 195**

---

# 1. PRESENTACIÓN

---



# EDITORIAL

CLAUDIA E. ZALAZAR<sup>1</sup>

El derecho a la salud y su creciente judicialización es un tema que me ha preocupado y desvelado en los últimos años como Magistrada y Docente ocupada de esta temática.

No hace falta recordar que si el primer derecho de la persona es el derecho a la vida -y, agreguemos, a una vida saludable y óptima-, es obvio que su protección como Derecho Humano debe encabezar la preocupación del Estado, a través de las políticas de salud pública y reglamentación de las prestaciones privadas. También, debe preocupar sobremanera al Juez, que debe proteger al justiciable frente a las faltas o deficiencias en que incurrir los poderes públicos en estos temas.

No caben dudas que es el Estado quien debe garantizar la salud de su población, garantía que en los últimos años se ha visto acrecentada a través de la firma y adhesión a diversos Tratados Internacionales en la materia, y la sanción del tan esperado Código Civil y Comercial de la Nación, donde se ha reflejado el núcleo duro de muchos de aquellos instrumentos.

En esta misma línea conceptual, el Juez se encuentra obligado a respetar la Constitución y los Tratados Internacionales en la interpretación que realiza de los casos que se le presentan para resolver. Así, como Juez constitucional, no debe olvidar que en los diversos procesos que se le presentan, asume un fuerte compromiso en garantizar los derechos de los habitantes de la Nación.

---

<sup>1</sup> Abogada (UNC), Doctoranda en Derecho y Ciencias Sociales (UNC). Magistrada de la Cámara 5ta de Apelaciones en lo Civil y Comercial de la Ciudad de Córdoba del Poder Judicial de la Provincia de Córdoba. Presidenta de la Sala de Derecho a la Salud del Instituto de Investigación en Ciencias Jurídicas de la Universidad Blas Pascal. Directora de la Revista Derecho y Salud. Mail: idi-das@ubp.edu.ar

Es en este doble deber de los poderes del Estado, y ante la falta de concretas políticas públicas de salud, y el abordaje insuficiente por parte de los prestadores (públicos, obras sociales y medicina prepaga), que nos enfrentamos en los últimos años a una fuerte judicialización del derecho a la salud. Ello, ha motivado a que los apasionados del derecho debamos promover su estudio y atención por parte de todos los operadores jurídicos y, de manera especial, tratar de llevarlo a los programas de las carreras universitarias en todo el país.

En este camino, la Universidad Blas Pascal (a través de su rector, el Dr. José Alejandro Consigli; del Director de la carrera de Abogacía, Dr. Guillermo Ford; y del Ingeniero Néstor Pisciotta, Secretario de Investigación y Desarrollo), ha apoyado la necesidad de la profundización de estas temáticas y ha lanzado, dentro del Centro de Investigación en Ciencias Jurídicas, la Sala de Derecho a la Salud, habiéndome honrado en la tarea de presidirla.

Es así que, junto a mi colaborador incondicional, el Mgter. Gonzalo Gabriel Carranza, hemos empezado a andar este sendero de la investigación en temas de salud, dirigiendo un Proyecto de Investigación en el seno de la Sala y lanzando, con este primer número, la Revista Derecho y Salud, dedicada a abordar la actualidad de la compleja y rica relación entre estos dos conceptos en sus diversas facetas. Creemos que, sin duda, será bien recibida por los que han hecho de este Derecho un desafío de estudio y proyección. A más de ello, hace unos años formo parte de la Red Iberoamericana de Derecho Sanitario y estamos próximos a lanzar la Red Argentina de Derecho Sanitario, cuya participación es abierta a todos los operadores en esta temática: Universidades, Abogados, Magistratura, Médicos, ONG, etc. Esperamos gozosos poder recibir sus aportes científicos para poder compartirlos desde nuestra Revista con toda la comunidad.

Estamos empezando a caminar y a soñar este proyecto. Somos conscientes que nos falta mucho por andar, pero, como siempre digo a mis colaboradores: “no hay peor gestión que la que no se hace”. Por ello, nos lanzamos y presentamos nuestra Revista.

Ciertamente que podríamos pensar que estos temas tienen un abordaje que excede a nuestras funciones, pero no tengo dudas que estos aportes son una pequeña contribución que puede generar que ese granito de arena se vuelva un castillo donde podamos soñar que todos los ciudadanos sientan que su salud se encuentra protegida.

La Directora

# ESTUDIO INTRODUCTORIO

---

GONZALO GABRIEL CARRANZA<sup>1</sup>

---

## Presentación

La Revista Derecho y Salud se presenta a la comunidad científica y académica en su primer número. Es un orgullo para quienes formamos parte del Consejo Editorial y Científico, que el trabajo de tantos meses haya podido salir a la luz y que nuestra propuesta haya sido de recibo por parte de numerosos académicos de Argentina, España, Estados Unidos y Alemania, quienes han confiado en estas páginas para poder dar a conocer sus artículos. Nuestro Proyecto comenzó hace menos de un año, cuando nació la Sala de Derecho a la Salud en el seno del Instituto de Investigación en Ciencias Jurídicas de la UBP. Dentro de los numerosos proyectos que la Presidenta, Claudia E. Zalazar, tenía en mente para el espacio que preside, uno de los más ambiciosos era poder crear esta Revista, que busca ser un lugar de encuentro, de diálogo, de interacción de ideas y conocimientos adquiridos luego de muchas horas de estudio e investigación, por parte de quienes han confiado en la Revista para publicar sus líneas.

Si bien se proyectaba que en un futuro la Revista Derecho y Salud recibiese colaboraciones extranjeras, ya en su primer número puede decir que publica ideas provenientes de España, Estados Unidos y Alemania, desafiando las fronteras para tratar de mostrar que la temática no es local, sino común a todos los países que conforman nuestro entorno vital.

En este primer número, la Revista se divide en tres grandes secciones: Estudios, Jurisprudencia comentada y Reseñas de jurisprudencia. El objeto de estas líneas es, entonces, hacer una introducción a cada uno de los trabajos que las conforman.

---

<sup>1</sup> Abogado (UNC), Máster en Derecho Constitucional (UIMP-CEPC, España), Doctorando en Derecho, Gobierno y Políticas Públicas (UAM, España). Profesor e Investigador del Área de Derecho Constitucional de la Universidad Autónoma de Madrid. Docente de Posgrado en la Universidad Blas Pascal. Investigador de la Sala de Derecho a la Salud del Instituto de Investigación en Ciencias Jurídicas de la Universidad Blas Pascal. Secretario de la Revista Derecho y Salud. Mail: gonzalogcarranza@gmail.com, idi-das@ubp.edu.ar

## Estudios

En la primera sección, destinada a publicar artículos que ahondan en estudios sobre diversas temáticas relativas al derecho a la salud, se han publicado ocho trabajos de diversos profesionales que provienen del mundo académico, del ejercicio liberal de la profesión y de diversas dependencias del Estado. Todos ellos han pasado por un doble arbitraje ciego, de manos de diversos investigadores de una decena de Universidades de Argentina, España, Alemania y de profesionales que se dedican también a la investigación tanto del Poder Judicial de la Provincia de Córdoba, el Poder Judicial de la Nación Argentina y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. A todos ellos, vaya mi más sincero agradecimiento como Secretario por su trabajo serio, responsable, rápido y eficiente para lograr que la Revista se convierta en realidad.

Comienza la Revista con un artículo de Juan Ylarrri, quien dedica su estudio al acceso a la justicia de personas con discapacidad, haciendo un relato normativo y jurisprudencial de altura, dando diversas respuestas y consejos para quienes tienen a su cargo la resolución judicial de conflictos, teniendo siempre presente que lo que se encuentra en juego son los derechos constitucionales de las personas.

El segundo artículo, tiene doble autoría, llevando por sello los de José Emilio Ortega y Santiago Martín Espósito. Ellos, se han preocupado por estudiar las políticas públicas de salud existentes en la Provincia de Córdoba, destinadas a luchar contra el *Aedes aegypti*, o mosquito del dengue.

Han estudiado la implementación, estudio y evaluación de las políticas públicas, en un trabajo serio analizado desde la óptica de la necesidad de dar una respuesta ante el derecho fundamental a la salud de los ciudadanos.

El tercer artículo es de Pablo S. Cejas Romanelli, quien analiza la Cobertura Universal de Salud en clave internacional, estudiando no sólo las diversas disposiciones que se han dictado desde la Organización Mundial de la Salud, sino también la reciente apertura del Estado argentino a transformarla en una política pública a nivel federal. Trata de dar una respuesta (perspicaz, por cierto), frente al objetivo último que tiene esta Cobertura, cual puede ser el del cuidado de la salud de las personas o de la salud financiera del Estado. El cuarto artículo tiene como autor a Daniel Jove Villares. Su preocupación se centra en las consecuencias jurídicas que tiene la conceptualización de los datos relativos a la salud y de los datos genéticos, especialmente en la Unión Europea. Cierto tipo de información de las personas se encuentra sometida a regulación de los poderes públicos, por lo que el autor estudia la necesaria clarificación de la esfera de protección de las tipologías de datos que se consideran sensibles, proponiendo además otros criterios de delimitación.

El quinto artículo de la sección Estudios es de Sofía Puccio, quien trata las deudas pendientes a nivel estatal en relación a la protección de los niños, niñas y adolescentes con discapacidad. Desde la premisa de la necesaria garantía que debe brindar el Estado para que las personas con capacidades diferentes puedan gozar del derecho a la salud, la autora trata de brindar un panorama del peregrinaje que supone poder acceder efectivamente a las prestaciones sanitarias.

El sexto artículo, corresponde a una triple autoría, de María Victoria Gerbaldo, Maga Merlo Vijarra y Agustina Mozzoni. Las autoras analizan el derecho a la salud y la publicidad infantil, prestando especial atención a la normativa vigente en Argentina. Plantean un triple enfoque desde el derecho a la salud, el derecho de los niños, niñas y adolescentes y el derecho al consumidor, abordando la temática con altura y solvencia, realizando diversas interpretaciones del entramado legal argentino.

El séptimo artículo corresponde, también, a tres autores. En este caso, a Juan Carballo, Gianella Severini y Luciana Severini. Analizan cuál ha sido el grado de respaldo que se ha

evidenciado por parte de los Tribunales Superiores en Latinoamérica a las medidas de control de tabaco, como forma de proteger el derecho humano a la salud.

El último artículo de este primer número, corresponde a Markus Finn, quien se ha preocupado por estudiar la educación que debe desarrollarse por parte de los profesionales de la salud para informar acerca de los riesgos y consecuencias que tienen las intervenciones médicas en los pacientes. Su trabajo, que se centra en el caso alemán, trata de mostrar cómo la jurisprudencia ha ido delineando ciertos modos de comportamiento esperados para tratar de brindar una información eficiente y completa y los problemas derivados de brindarla por teléfono.

### **Jurisprudencia Comentada**

La segunda sección del primer número de la Revista, está destinada a comentarios jurisprudenciales realizados, en la mayor de las veces, por estudiantes avanzados de la carrera de abogacía o jóvenes profesionales.

La idea de esta sección, fue poder brindar un espacio para quienes se acercan por primera vez a la investigación y tratan de afianzar su formación académica escribiendo su análisis y opinión frente a diversas sentencias que han tenido como centro de atención al derecho a la salud en sus diversas facetas.

El primer comentario es de María Milena Belanti, sobre la sentencia “A. M. G. c/ Obra Social del Poder Judicial de la Nación”, dictada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Analiza el Certificado Único de Discapacidad y trata de responder a qué es más importante, si el derecho a la salud o las cuestiones de patrimonialidad.

En segundo término, Francisco M. Balbín, realiza un comentario a la sentencia “Boston Medical Group S.A. c/ Arte Radiotelevisivo Argentino S.A. y otros s/ daños y perjuicios”, también dictada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, donde analiza la faz informativa del derecho a la salud.

El tercero, es de Nicolás Alberto Simón, quien ha comentado la resolución dictada en la causa “S., J. A. c/ Administración Provincial del Seguro de Salud (APROSS) - Amparo - Expte. n.º 6475031”, por la Cámara Contencioso Administrativa de Segunda Nominación de Córdoba. En este comentario, analiza la admisión y procedencia de una particular medida cautelar anticipatoria de tutela, en el marco de una acción constitucional de amparo de salud.

Los últimos dos comentarios estudian el auto dictado por la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de 5ta Nominación de Córdoba, en la causa “A., L. E. - Demanda de limitación de capacidad - Cuerpo de copia”. La primera en hacerlo es Gisela Cafure, quien ha analizado el rol del curador provisorio y la posibilidad de realizar transacciones en nombre de su representado, desde la perspectiva de vulnerabilidad. Las segundas en hacerlo, son María Guadalupe Neder y Laura Alesso, quienes tratan de analizar el caso entendiendo los importantes de la causa al entendimiento general del proceso judicial, también con perspectiva de vulnerabilidad.

### **Reseñas Jurisprudenciales**

La tercera sección de la Revista refleja una selección de sentencias dictadas únicamente por la Corte Suprema de Justicia de la Nación entre octubre de 2016 y octubre de 2017, sobre la cual se ha realizado una breve reseña, que resume los hechos de la causa y expone los principales aportes doctrinales en materia de derecho a la salud, que se desprenden de cada una de ellas.

Las diversas sentencias tratan diferentes temáticas del derecho a la salud, como el amparo de la salud, los derechos de los pacientes, la responsabilidad de los profesionales de salud y de los entes sanitarios, y la salud mental.

La primera reseña, de Paola Ruiz, es sobre el caso “Salvatierra, Mario Osvaldo c/ Ministerio de Salud (Programa Incluir salud)”, y lleva por título “Programa Federal Incluir: competencia atribuida a los tribunales provinciales”.

La segunda, lleva por autora a María Natalia Juez, quien reseña la sentencia en la causa “Zayas, Luis Armando c/ Hugo Libedinsky S.A., Instituto Agüero y otros s/ daños y perjuicios – Responsabilidad Profesional”, llevando por título “Competencia de la justicia federal al entablar una acción contra un agente de salud”.

La tercera, de María Agustina Chávez, es sobre la causa “Custet Llambi Maria Rita - Defensoría General s/ Amparo”, y lleva por título “La salud de niños, niñas y adolescentes y el rigor forma”.

La cuarta reseña es de la causa “B. H. L. s/ Determinación de la Capacidad Jurídica”, bajo el título “La importancia del principio de inmediatez en la determinación de la competencia de los procesos de restricción a la capacidad”, cuya autora es Valeria de las Mercedes Sola.

La quinta reseña, de María Fernanda Villalba, analiza la sentencia recaída por la Corte en la causa “Alespieti, Felipe Jorge s/Incidente de Recurso Extraordinario”, y le ha dado por título “Concesión de arresto domiciliario por cuestiones de salud”.

Por último, la reseña de María Guadalupe Neder, quien ha reseñado la causa “N., J. A. s/ determinación de la capacidad jurídica”, bajo el título “Juez competente en procesos judiciales que versan sobre la determinación de la capacidad jurídica en el Código Civil y Comercial de la Nación”.

## **Agradecimiento**

A todos los que han colaborado con nuestra Revista confiándonos sus publicaciones, fruto de numerosas horas de trabajo, estudio, análisis e interpretación, les agradezco, en nombre del Consejo Editorial y Científico. Extiendo la gratitud, también, a todos los Evaluadores que han dado a la Revista un sello de calidad.

Vaya, también, un agradecimiento especial a Claudia E. Zalazar por confiarme la tarea de ser Secretario de la Revista y a las autoridades de la Universidad Blas Pascal por acompañarnos en este proyecto, especialmente a Néstor Pisciotta, sin cuya incansable labor no habría podido ser posible que hoy las palabras de tantos autores y autoras llegasen a publicarse.

Por último, agradecer a los encargados del diseño y maquetación de estas páginas, en especial al gerente de Marketing de la UBP, Julián Maad, y a Mauricio Tagliavini, diseñador.

El Secretario

---

## **2. ESTUDIOS**

---



# DERECHO A LA SALUD, PERSONAS CON DISCAPACIDAD Y ACCESO A LA JUSTICIA

---

## RIGHT TO HEALTH, PEOPLE WITH DISABILITIES AND ACCESS TO JUSTICE

---

JUAN SANTIAGO YLARRI<sup>1</sup>

---

*Fecha de recepción: 29/09/2017*

*Fecha de aceptación: 20/10/2017*

### RESUMEN

El presente trabajo tiene por objeto analizar el acceso a la justicia en materia del derecho a la salud, en particular, de las personas con discapacidad. En primer lugar, se examinan las normas que regulan la cuestión y la jurisprudencia de la Corte Suprema en la materia. Luego, se hace referencia a diversos precedentes en materia de acceso a la justicia de las personas con discapacidad. También, se desarrollan las acciones de clase como un mecanismo apto para garantizar los derechos de las personas con discapacidad. Se concluye que los tribunales no deberían ser especialmente rigurosos en los aspectos formales de los procesos judiciales, a fin asegurar una adecuada tutela de los derechos constitucionales en juego.

---

### ABSTRACT

In this paper we will analyze access to justice on the right to health, particularly for people with disabilities. First, we will examine the rules governing the issue and the case law of the Supreme Court in the matter. We will refer to the case law regarding access to justice for people with disabilities. Also class actions are studied as a mechanism to guarantee the rights of persons with disabilities. We conclude that courts should not be particularly rigorous in the formal aspects of judicial process, in order to ensure appropriate protection of constitutional rights at stake.

---

<sup>1</sup> Doctorando, área derecho constitucional, tesis pendiente de defensa (Universidad de Buenos Aires). Máster en Derecho Constitucional (Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, España). Especialista en Derecho Administrativo Económico (Pontificia Universidad Católica Argentina). Abogado (UBA). Profesor de grado y posgrado en materias relativas al Derecho Constitucional y al Derecho Administrativo en UBA, UCES y UNLaM. Se desempeña profesionalmente en el Juzgado Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal N° 2. Miembro de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional. Autor de artículos sobre temas de su especialidad en revistas nacionales e internacionales. Contacto: juan@ylarri.com.ar.

PALABRAS CLAVE: Derecho a la salud, personas con discapacidad, acceso a la justicia, control judicial, acciones de clase.

---

KEY WORDS: Right to health, people with disabilities, access to justice, judicial review, class actions

## I. Introducción

El presente trabajo tiene por objeto analizar el acceso a la justicia cuando se debaten cuestiones de salud, en particular, de las personas con discapacidad. En primer lugar, se examinan las normas tanto a nivel constitucional como infraconstitucional que regulan la cuestión, y se desarrolla la jurisprudencia de la Corte Suprema en la materia. Luego, se analizan diversos precedentes recientes en materia de acceso a la justicia de las personas con discapacidad. Finalmente, se hace referencia a las acciones de clase como un mecanismo apto para garantizar los derechos de las personas con discapacidad.

## II. Protección normativa del derecho a la salud y a las personas con discapacidad

El derecho a la salud y la protección a las personas con discapacidad cuenta con amplio reconocimiento normativo. A continuación, se hará una breve mención a las normas constitucionales, y a las previsiones de los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional. Luego se hará mención a las Reglas de Brasilia adoptadas por una acordada de la Corte Suprema y, finalmente, se hará referencia a las leyes ordinarias que regulan la materia.

### 1. La Constitución nacional y los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional

El concepto de salud no debe entenderse de una manera restringida, negativa, como ausencia de enfermedad, sino como un completo bienestar físico, mental y social<sup>2</sup>. El derecho a la salud se encuentra protegido por la Constitución Nacional, y se halla comprendido dentro de los derechos implícitos del art. 33 de la Norma Fundamental<sup>3</sup>. A su vez, el inc. 23 del art. 75 de la Constitución establece que le corresponde al Congreso de la Nación promover medidas de acción positiva tendientes a garantizar *“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”*.

Más allá de las previsiones del texto constitucional, cabe destacar que hay numerosos tratados internacionales con rango constitucional, en virtud de lo estipulado en el art. 75 inc. 22, que contienen disposiciones respecto al derecho a la salud y a la protección de la discapacidad.

En concreto, el derecho a la salud es reconocido por la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre que afirma que *“todo ser humano tiene derecho a*

---

<sup>2</sup> Este es el concepto de salud dado por el Preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud (OMS).

<sup>3</sup> Conf. BIDART CAMPOS, Germán J. (2000): Manual de la Constitución reformada, Buenos Aires, Ediar, t. II, p. 198. A su vez, es dable citar el art. 42 de la Constitución, el cual refiriéndose a los derechos de los consumidores y usuarios de bienes y servicios en la relación de consumo, establece el “derecho a la protección de su salud”.

(...) *la libertad y seguridad de su persona*<sup>4</sup> y que *“toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales”*<sup>5</sup>. Asimismo, el derecho a la salud se encuentra previsto en la Declaración Universal de los Derechos Humanos<sup>6</sup>; en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que estipula el derecho a la integridad personal señalando que *“toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral”*<sup>7</sup>; y en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que reconoce el derecho de toda persona *“al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”*<sup>8</sup>.

Por otro lado, caben destacar de forma particular otros dos instrumentos internacionales que reconocen este derecho específicamente para las mujeres y los niños. La Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, estipula que *“los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica a fin de asegurar, en condición de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso a servicios de atención médica, inclusive las que se refieran a la planificación de la familia”*<sup>9</sup>. A su turno, la Convención sobre los Derechos del Niño reconoce *“el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud. Los Estados Partes se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios”*<sup>10</sup>.

Finalmente, para el tema bajo análisis, es dable resaltar de forma particular la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, aprobada por la ley 26.378<sup>11</sup>, la cual cuenta con jerarquía constitucional. La Convención mencionada, como su protocolo facultativo, habían sido adoptados mediante resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas A/RES/61/106, del día 13/12/2006<sup>12</sup>. El propósito de la Convención, conforme lo estipula su art. 1º es *“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>13</sup>. La Convención reconoce diversos derechos a las personas con discapacidad<sup>14</sup>. En lo que aquí interesa, es oportuno recalcar de modo particular su art. 13, el cual se refiere al acceso a la justicia de las personas con discapacidad. En el apartado 1º se establece

<sup>4</sup> Art. I.

<sup>5</sup> Art. XI.

<sup>6</sup> Arts. 3 y 25.

<sup>7</sup> Art. 5, inc. 1.

<sup>8</sup> Art. 12.

<sup>9</sup> Art. 12.

<sup>10</sup> Art. 24.

<sup>11</sup> B.O. 9/6/2008. En cuanto a la centralidad de los derechos de niñas y niños en la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, ver VILLAVERDE, María Silvia (2013): “Participación en el proceso de niñas, niños y adolescentes con discapacidad. Garantías adicionales del debido proceso”, en ROSALES, Pabo (dir.): *Discapacidad, Justicia y Estado, Acceso a la Justicia de Personas con Discapacidad*, Buenos Aires, SAJJ, pp. 69-94.

<sup>12</sup> Al respecto, ver VILLAVERDE, María Silvia (2014): “¿Qué son las barreras de accesibilidad al ejercicio de los derechos?”, en ROSALES, Pabo (dir.): *Discapacidad, Justicia y Estado: Barreras y propuestas*, Buenos Aires, Infojus, pp. 3-21.

<sup>13</sup> En lo que respecta a la relación entre la dignidad humana y los derechos humanos, ver HABERMAS, Jürgen (2012): “El concepto de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos”, *Diánoia*, N° 64, pp. 3-25.

<sup>14</sup> Entre otras previsiones, cabe destacar que se establecen ciertos principios generales (art. 3º) y obligaciones generales de los Estados Partes (art. 4º), y se protege de forma particular a las mujeres (art. 6º), a los niños (art. 7º) y a las personas en situaciones de riesgo y emergencias humanitarias (art. 11). A su vez, se reconoce para las personas con discapacidad la igualdad y no discriminación (art. 5º), la accesibilidad (art. 9º), el derecho a la vida (art. 10), el igual reconocimiento como persona ante la ley (art. 12), la libertad y seguridad de la persona (art. 14), la protección contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (art. 15), la protección contra la explotación, la violencia y el abuso (art. 16), la protección de la integridad personal (art. 17), la libertad de desplazamiento y nacionalidad (art. 18), el derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad (art. 19), a la movilidad personal (art. 20), la libertad de expresión y de opinión y acceso a la información (art. 21), el respecto de la privacidad (art. 22), el respeto del hogar y de la familia (art. 23), a la educación (art. 24), a la salud (art. 25), a la habilitación y rehabilitación (art. 26), al trabajo y empleo (art. 27), a un nivel de vida adecuado y protección social (art. 28), a la participación en la vida política y pública (art. 29), y a la participación en la vida cultural, las actividades recreativas, el esparcimiento y el deporte (art. 30).

que los Estados Partes deben asegurar que las personas con discapacidad tengan acceso a la justicia *“en igualdad de condiciones con las demás, incluso mediante ajustes de procedimiento y adecuados a la edad, para facilitar el desempeño de las funciones efectivas de esas personas como participantes directos e indirectos, incluida la declaración como testigos, en todos los procedimientos judiciales, con inclusión de la etapa de investigación y otras etapas preliminares”*. En el apartado 2º se prevé que a fin de que las personas con discapacidad tengan un acceso efectivo a la justicia, se debe promover la capacitación adecuada de los que trabajan en la administración de justicia.

## 2. Reglas de Brasilia

En lo que respecta al acceso a la justicia de personas con discapacidad, cobra especial relieve las Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad. Estas cien reglas fueron adoptadas en la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana realizada en Brasilia, los días 4 a 6 de marzo de 2008. La Corte Suprema adhirió a las mencionadas reglas 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”*.

Así, en la Declaración de Brasilia y en los considerandos de la Acordada de la Corte Suprema, se indicó que la decisión se adoptó *“afirmando el compromiso con un modelo de justicia integrador, abierto a todos los sectores de la sociedad, y especialmente sensible con aquellos más desfavorecidos o vulnerables”*.

Entre otras causas de vulnerabilidad consideradas en las mencionadas reglas, se encuentra la discapacidad. De este modo, luego de definir a la discapacidad<sup>15</sup>, en la Regla 8 se establece que se debe procurar *“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>16</sup>.

La Corte Suprema se ha hecho eco de estas reglas, por ejemplo, en el precedente *“Pedraza”*<sup>17</sup>, en relación con las personas adultas mayores, en el cual declaró la inconstitucionalidad del art. 18 de la Ley 24.463 que disponía la competencia exclusiva de la Cámara Federal de Apelaciones de la Seguridad Social en pleitos previsionales.

## 3. Leyes nacionales

En lo que respecta a la legislación ordinaria, cabe destacar de forma particular la ley 22.431<sup>18</sup>, de 1981, que establece un sistema de protección integral de los discapacitados, que tiene por objeto asegurar a las personas con discapacidad *“su atención médica, su educación y su seguridad social, así como a concederles las franquicias y estímulos que permitan en lo posible neutralizar la desventaja que la discapacidad les provoca”*<sup>19</sup>. La norma, en sus diversos capítulos, prevé los servicios de asistencia y prevención a cargo del Estado, se refiere a la salud y asistencia social de las personas con discapacidad, al trabajo y la educación, la seguridad social y la accesibilidad al medio físico.

<sup>15</sup> En efecto, en la Regla 7 se define 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”*.

<sup>16</sup> Cabe mencionar también la Regla 77 en la cual se estipula que *“[s]e facilitará la accesibilidad de las personas con discapacidad a la celebración del acto judicial en el que deban intervenir, y se promoverá en particular la reducción de barreras arquitectónicas, facilitando tanto el acceso como la estancia en los edificios judiciales”*.

<sup>17</sup> CSJN, *“Pedraza, Héctor Hugo c/ ANSES s/Acción de amparo”*, 6/5/2014, Fallos: 337:530, considerando 15.

<sup>18</sup> B.O. 20/3/1981.

<sup>19</sup> Art. 1º.

A su vez, la 24.091<sup>20</sup>, de 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<sup>21</sup>. De forma particular, es oportuno destacar los sujetos obligados al cumplimiento de estas prestaciones. Así, el art. 2º de la ley 24.091 estipula que las obras sociales, reguladas en la ley 23.660<sup>22</sup>, 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<sup>23</sup>. En esta línea, corresponde precisar también que la ley 24.455<sup>24</sup>, de 1995, estableció una serie de prestaciones obligatorias que determinadas entidades debían incorporar, y la ley 24.754<sup>25</sup>, de 1997, determinó que las empresas o entidades que presten servicios de medicina prepaga deben cubrir, como mínimo, en sus planes de cobertura médico asistencial las mismas “prestaciones obligatorias” dispuestas por obras sociales, conforme lo establecido por las leyes 23.660, 23.661 y 24.455, y sus respectivas reglamentaciones. Finalmente, para finalizar esta breve reseña normativa sobre la cuestión, la ley 26.682<sup>26</sup>, de 2011, estableció un marco regulatorio de medicina prepaga. En lo que aquí interesa, el art. 7º de la ley mencionada estableció que las mencionadas empresas están obligadas a cubrir, como mínimo en sus planes de cobertura médico asistencial, el Programa Médico Obligatorio vigente según Resolución del Ministerio de Salud de la Nación y el Sistema de Prestaciones Básicas para Personas con Discapacidad prevista en la ley 24.901 y sus modificatorias. Sentado lo expuesto, se advierte que son numerosas las disposiciones en la Constitución, en los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional y en la legislación ordinaria que dan protección al tema bajo estudio. Sin embargo, con relación a la regulación normativa de los derechos sociales, en particular el derecho a la salud, bien se ha señalado que mientras que en el mundo desarrollado están garantizados a nivel legislativo y no merecen por lo general de consagración constitucional, en muchos países latinoamericanos se reconocen a los derechos sociales estatus de derechos fundamentales, aún si su desarrollo legal es precario e inexistente. Se da la situación que ha mayor realización de los derechos sociales en Europa, menor el interés de consagrarlos constitucionalmente y, a la inversa, a menor goce efectivo de los mismos en Latinoamérica, mayor es el reconocimiento constitucional que reciben los derechos sociales en los países del cono sur<sup>27</sup>.

---

<sup>20</sup> B.O. 5/12/1997.

<sup>21</sup> Al respecto, cabe la doctrina ha indicado que las leyes nacionales 22.431 y 24.901 sobre discapacidad se encuentran descontextualizadas respecto de los valores que plantea el Derecho Internacional de los Derechos Humanos en materia de discapacidad (GARAY, Oscar E. (2017): “El derecho a la salud de las poblaciones vulnerables en la legislación argentina”, La Ley, diario del 5/7/2017, pp. 1-6).

<sup>22</sup> B.O. 20/1/1989.

<sup>23</sup> Por su parte, la ley 23.661 (B.O. 20/1/1989) creó un sistema nacional de seguro de salud. En su art. 28 se expresa que los agentes del seguro deben desarrollar un programa de prestaciones de salud, en el cual se debe establecer las prestaciones que deben otorgarse obligatoriamente, y dentro de las cuales deberán incluirse todas aquellas que requieran la rehabilitación de las personas discapacitadas, así como asegurar la cobertura de medicamentos que las aludidas prestaciones requieran.

<sup>24</sup> B.O. 8/3/1995.

<sup>25</sup> B.O. 2/1/1997.

<sup>26</sup> B.O. 17/5/2011.

<sup>27</sup> Conf. ARANGO, Rodolfo (2010): “Constitucionalismo Social Latinoamericano” en BOGDANDY, Armin Von - FERRER MAC-GREGOR, Eduardo - MORALES ANTONIAZZI, Mariela: La justicia constitucional y su internacionalización: ¿Hacia un ius conntitutionale commune en América Latina?, México, I.I.J., UNAM, p. 4.

### III. Los alcances del derecho a la salud y de la protección de las personas con discapacidad en la jurisprudencia de la Corte Suprema

Desde sus inicios, a jurisprudencia de la Corte Suprema ha señalado que el Estado está obligado a velar por la protección de la salud<sup>28</sup>. En esta línea, ha precisado que el derecho a la salud está comprendido dentro del derecho a la vida<sup>29</sup>, el cual es *“el primer derecho natural de la persona humana preexistente a toda legislación positiva que, obviamente, resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional”*<sup>30</sup>. En esta línea, el máximo tribunal ha expresado que 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<sup>31</sup>. Asimismo, la Corte Suprema ha indicado que en el Preámbulo de la Constitución Nacional se encuentran expresiones referidas al bienestar general, objetivo preeminente en el que *“ha de computarse con prioridad indiscutible, la preservación de la salud”*<sup>32</sup>.

El derecho a la salud, comprensivo en el derecho a la vida, tiene también íntima vinculación con el principio de autonomía personal reconocido en el art. 19 de la Constitución nacional. Al respecto, el máximo tribunal precisó que *“que la vida de los individuos y su protección -en especial el derecho a la salud- constituyen un bien fundamental en sí mismo que, a su vez, resulta imprescindible para el ejercicio de la autonomía personal (art. 19, Constitución Nacional). El derecho a la vida, más que un derecho no enumerado en los términos del art. 33 de la Constitución Nacional, es un derecho implícito, ya que el ejercicio de los derechos reconocidos expresamente requiere necesariamente de él. A su vez, el derecho a la salud, máxime cuando se trata de enfermedades graves, está íntimamente relacionado con el primero y con el principio de la autonomía personal (art. 19, Constitución Nacional), toda vez que un individuo gravemente enfermo no está en condiciones de optar libremente por su propio plan de vida -principio de autonomía-”*<sup>33</sup>. Por otro lado, cabe destacar que el derecho a la salud no se limita a una mera abstención del Estado, sino que éste tiene la obligación de realizar acciones positivas tendientes a asegurar el derecho<sup>34</sup>. En efecto, la Corte Suprema ha determinado que *“el Estado no*

<sup>28</sup> Ver, por ejemplo, el caso “Los saladeristas Podestá, Bertram, Anderson, Ferrer y otros c/ Provincia de Buenos Aires s/ daños y perjuicios”, 14/5/1887, Fallos: 31:273, en el cual la Corte Suprema rechazó la demanda interpuesta por los actores, quienes pretendían dejar sin efecto la suspensión de las faenas realizadas por los saladeros en el Riachuelo de Barracas. El máximo tribunal afirmó que “ninguno puede tener un derecho adquirido de comprometer la

salud pública, y esparcir en la vecindad la muerte y el duelo con el uso que haga de su propiedad, y especialmente con el ejercicio de una profesión ó de una industria” (considerando 3º).

<sup>29</sup> CSJN, “Cisilotto, María del Carmen Baricalla de c/ Estado Nacional (Ministerio de Salud y Acción Social) s/amparo”, 27/1/1987, Fallos: 310:112, considerando 4º; “Asociación Benghalensis y otros c/ Ministerio de Salud y Acción Social – Estado Nacional s/ amparo ley 16.986”, 1/6/2000, Fallos: 323:1339, voto de los doctores MOLINÉ O’CONNOR y BOGGIANO, considerando 9º; “Campodónico de Beviacqua, Ana Carina c/ Ministerio de Salud y Acción Social - Secretaria de Programas de Salud y Banco de Drogas Neoplásicas”, 24/10/2000, Fallos: 323:3229, considerando 16; “Chamorro, Carlos c/ Sociedad Argentina de Autores y Compositores de Música s/ amparo”, 1/4/2008, Fallos: 331:453, apartado VI del dictamen de la Procuradora Fiscal al cual la Corte Suprema remite; entre muchos otros.

<sup>30</sup> CSJN, “Saguir y Dib, Claudia Graciela s/ autorización”, 6/11/1980, Fallos: 302:1284, considerando 8º; “Cisilotto” (Fallos: 310:112), considerando 4º; “Asociación de Esclerosis Múltiple de Salta c/ Ministerio de Salud – Estado Nacional s/ acción de amparo - medida cautelar”, 18/12/2003, Fallos: 326:4931, apartado VII del dictamen del Procurador General de la Nación al cual la Corte Suprema remite; “Floreancig, Andrea C. y otro por sí y en representación de su hijo menor H., L. E. c/ Estado Nacional”, 11/7/2006, Fallos: 329:2552, apartado V del dictamen del Procurador Fiscal al cual la Corte Suprema remite; “Torrillo, Atilio Amadeo y otro c/ Gulf Oil Argentina S.A. y otro”, 31/3/2009, Fallos: 332:709, considerando 7º;

<sup>31</sup> CSJN, “Bahamondez, Marcelo”, 6/4/1993, Fallos: 316:479, voto de los doctores BARRA y FAYT, considerando 12; “Campodónico de Beviacqua” (Fallos: 323:3229), considerando 15; “Monteserin, Marcelino c/ Estado Nacional — Ministerio de Salud y Acción Social”, 16/10/2001, Fallos: 324:3569, considerando 10; “Chamorro” (Fallos: 331:453), apartado VI del dictamen de la Procuradora Fiscal al cual la Corte Suprema remite; “Reynoso, Nilda Noemí c/ I.N.S.S.J.P. s/amparo”, 16/5/2006, Fallos: 329:1638, apartado III del dictamen del Procurador Fiscal al cual la Corte Suprema remite.

<sup>32</sup> CSJN, “American Cyanamid Company c/ S.A. Unifa Química e Industrial”, 12/12/1970, Fallos: 278:313, considerando 15.

<sup>33</sup> CSJN, “Asociación Benghalensis” (Fallos: 323:1339), apartado X del dictamen del Procurador General de la Nación al cual la Corte Suprema remite; “Chamorro” (Fallos: 331:453), apartado VI del dictamen de la Procuradora Fiscal al cual la Corte Suprema remite.

<sup>34</sup> Como bien señala BIDART CAMPOS el derecho a la salud no se limita únicamente a la abstención de daño, sino que exige, además, “muchísimas

sólo debe abstenerse de interferir en el ejercicio de los derechos individuales sino que tiene, además, el deber de realizar prestaciones positivas, de manera tal que el ejercicio de aquéllos no se torne ilusorio<sup>35</sup>. Con respecto a esta cuestión, el máximo tribunal también ha afirmado que la autoridad pública nacional tiene la obligación impostergable de garantizar el derecho a la salud 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>36</sup>.

Estas acciones positivas revisten mayor fuerza, 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<sup>37</sup>. De este modo, la Corte Suprema ha enfatizado los compromisos explícitos tomados por el gobierno ante la comunidad internacional encaminados a promover y facilitar el acceso efectivo a los servicios médicos y de rehabilitación de aquellos, a esforzarse para que no sean privados de esos servicios y a procurar una cabal realización del derecho a beneficiarse de la seguridad social. Así las cosas, el máximo tribunal ha recalcado que el Estado Nacional no puede desentenderse de aquellas obligaciones bajo el pretexto de la inactividad de otras entidades, sean públicas o privadas, toda vez que *“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>38</sup>.

En la misma línea, cabe destacar la resolución 1978/13 de la Corte Suprema, en la cual dejó sin efecto una resolución de la obra social del poder judicial, y reconoció -con carácter de excepción- una suma mensual solicitada por un afiliado en favor de su hijo

---

prestaciones favorables que irrogan en determinados sujetos pasivos el deber de dar y hacer” (BIDART CAMPOS, Germán J. (2000): Op. Cit., t. II, p. 198). En el mismo sentido, se ha dicho que el derecho a la salud es uno de los llamados derechos de segunda generación. Así, en el Estado social de derecho la acción de las autoridades públicas no es exclusivamente proteger al individuo dentro del marco de la ley; también debe satisfacer las necesidades básicas de la población, más aún cuando la dependencia económica y social impide al individuo hacerlo por sus propios medios (ARANGO, Rodolfo (2010): Op. Cit., p. 8).

<sup>35</sup> CSJN, “Asociación Benghalensis” (Fallos: 323:1339), apartado X del dictamen del Procurador General de la Nación al cual la Corte Suprema remite.

<sup>36</sup> Conf. “Campodónico de Beviacqua” (Fallos: 323:3229), considerando 16; “Hospital Británico de Buenos Aires c/ Estado Nacional (Ministerio de Salud y Acción Social)”, 13/3/2001, Fallos: 324:754, voto del doctor VAZQUEZ, considerando 10; “Orlando, Susana Beatriz c/ Buenos Aires, Provincia de y otros s/ amparo”, 24/5/2005, Fallos: 328:1708, considerando 3; “Chamorro” (Fallos: 331:453), apartado VI del dictamen de la Procuradora Fiscal al cual la Corte Suprema remite.

En cuanto a la discapacidad y la obligación de cobertura de empresa de medicina prepaga, ver el reciente caso “S.,D. c/ Centro de Educación Médica e Investigaciones Clínicas Norberto Quirno s/ sumarísimo”, 15/3/2016, Fallos: 339:290. Allí, la Corte Suprema dejó sin efecto la sentencia de la anterior instancia que había condenado a la entidad médica demandada a proveer la cobertura integral de ciertas prestaciones. Consideró que aquella era dogmática ya que no había tenido en cuenta una serie de agravios entre los que se encontraba el concerniente a las circunstancias singulares de la relación contractual que vinculaba a la entidad con la actora mediante un ‘plan cerrado’ de afiliación. A su vez, consideró que la sentencia se había apoyado en un conjunto de normas superiores de fuente local e internacional que aparecen desvinculadas de la concreta situación fáctica suscitada en las actuaciones y de las disposiciones normativas y contractuales que directa e inmediatamente regulaban el punto (considerandos 4 y 5).

<sup>37</sup> CSJN, “Monteserin” (Fallos: 324:3569), considerando 11; “Martín, Sergio Gustavo y otros c/ Fuerza Aérea Arg. - Direc. Gral. de Bienestar Pers. Fuerza Aérea s/ amparo”, 8/6/2004, Fallos: 327:2127, apartado VIII del Procurador General al cual la Corte Suprema remite.

También, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha puesto énfasis en la protección del derecho a la salud, especialmente en las personas con discapacidad. Así el tribunal interamericano se ha pronunciado sobre la especial atención que los estados deben a las personas que sufren discapacidades mentales en razón de su particular vulnerabilidad. En tal sentido, estableció la responsabilidad estatal por los actos u omisiones provenientes de instituciones de salud no estatales y, a la vez, afirmó la existencia de la violación del derecho al recurso efectivo y a las garantías del debido proceso, del derecho a la integridad personal de los familiares, y el alcance de la reparación adecuada dado que *“toda persona que se encuentre en una situación de vulnerabilidad es titular de una protección especial, en razón de los deberes especiales cuyo cumplimiento por parte del Estado es necesario para satisfacer las obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos humanos”* (CIDH, “Ximenes Lopes vs. Brasil”, 4/7/2006, párrs. 101-103). La Corte Suprema ha hecho suya esta doctrina en el causa “R.,M.J. s/ insania”, 19/2/2008, Fallos: 331:211, considerando 12.

<sup>38</sup> CSJN, “Campodónico de Beviacqua” (Fallos: 323:3229), Considerandos 17 a 34; “Monteserin” (Fallos: 324:3569), considerandos 12 y 13.

En lo que respecta a la jurisdicción estatal (nacional, provincial o municipal) a la cual le corresponde cumplir con las obligaciones que surgen del derecho a la salud de personas con discapacidad, ver CLÉRICO, María Laura (2009); “El derecho a la salud de las personas con discapacidad: ¿el argumento del federalismo como acelerador o como freno?”, *La Ley*, t. 2009-D, p. 902.

con una severa discapacidad motriz. Para decidir de ese modo, el máximo tribunal entendió que más allá de encontrarse alcanzada por los preceptos de la ley 24.901 y sus disposiciones reglamentarias, correspondía aplicar también las prescripciones de la ley 26.061<sup>39</sup> de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes y Mujeres Embarazadas.

#### IV. El acceso a la justicia de las personas con discapacidad

En lo que respecta a la protección de la salud y en particular de las personas con discapacidad en los tribunales de justicia, cabe destacar, como bien lo ha dicho la Corte Suprema, que en su específica misión de velar por la vigencia real y efectiva de los principios constitucionales, los jueces deben ponderar cuidadosamente las circunstancias de cada caso a fin de evitar que la aplicación mecánica e indiscriminada de la norma conduzca a vulnerar derechos fundamentales de la persona y a prescindir de la preocupación por arribar a una decisión objetivamente justa en el caso concreto lo cual iría en desmedro del propósito de *“afianzar la justicia”* enunciado en el Preámbulo de la Constitución nacional<sup>40</sup>.

De este modo, resulta fundamental que los tribunales apliquen sin dudar las diversas normas constitucionales y los instrumentos que cuentan con idéntica jerarquía, en tanto las mismas poseen fuerza normativa<sup>41</sup>, lo que significa que son exigibles, obligatorias, aplicables y vinculantes, tanto para los gobernantes como para los particulares<sup>42</sup>.

Teniendo en cuenta lo expuesto, en los casos concretos en que los jueces deben decidir, éstos deben buscar soluciones que se avengan con la urgencia que conllevan las pretensiones, para lo cual deben encauzar los trámites por vías expeditivas y evitar que el rigor de las formas pueda conducir a la frustración de derechos que cuentan con tutela de orden constitucional<sup>43</sup>. En esta línea, la doctrina ha puesto de relieve que cuando se debaten cuestiones constitucionales, más aun cuando se trata de la protección de las personas con discapacidad, las normas procesales en ciertos casos deben relativizarse. En efecto, SOLA destaca que *“en razón de la importancia de la protección judicial de los derechos constitucionales no debe exagerarse la importancia de las normas procesales en la defensa de los derechos constitucionales. El procedimiento debe ser una garantía y no una limitación de los derechos constitucionales. La concentración de jueces, letrados y juristas en temas procesales, habitual en nuestra tradición jurídica, sólo oscurece el necesario debate sobre las cuestiones constitucionales cuando éstas se plantean genuinamente en un juicio”*. De este modo, el autor citado estima que *“un juez puede rechazar la consideración de una cuestión constitucional por sus motivos, incluso por considerarla carente de trascendencia, pero no por una doctrina procesal (...)”*. La concentración en el procesalismo limita la valoración y el respeto de los derechos constitucionales<sup>44</sup>.

Teniendo en cuenta la amplia protección normativa del derecho a la salud y de la disca-

<sup>39</sup> B.O. 26/10/2005.

<sup>40</sup> CSJN, “Saguir y Dib” (Fallos: 302:1284), considerando 7°.

Al control de constitucionalidad, hay que agregar el control de convencionalidad, tan importante en materia de salud y, en particular, de protección a las personas con discapacidad. Al respecto, ver LOIANNI, Adelina - GOZAÍNI, Osvaldo A. (2011): “Los alcances del derecho a la salud ante el deber de realizar el control de convencionalidad”. Aspectos constitucionales y procesales”, La Ley Buenos Aires, p. 153.

<sup>41</sup> Ver al respecto, BIDART CAMPOS, German J. (1995): *El derecho de la constitución y su fuerza normativa*, Buenos Aires, Ediar.

<sup>42</sup> BIDART CAMPOS, Germán J. (2000), Op. Cit., t. I, p. 276.

<sup>43</sup> Conf. “Chamorro” (Fallos: 331:453), apartado VI del dictamen de la Procuradora Fiscal al cual la Corte Suprema remite.

<sup>44</sup> SOLA, Juan V. (2015): *La Corte Suprema de Justicia. El nuevo proceso constitucional*, Buenos Aires, La Ley, pp. 183-184. Al respecto, puede citarse la simplificación de los procedimientos en los recursos *in forma Pauperis* en el caso resuelto por la Suprema Corte norteamericana “Gideon v. Wainwright”, 18/3/1963, 372 US 335.

pacidad, cabe señalar que los sujetos obligados al cumplimiento de las normas citadas muchas veces desconocen este derecho, y sólo cuando se inicia un proceso judicial sus derechos son reconocidos. En este marco, se ha puesto de relieve que en el área de los derechos sociales, entre los que se encuentra el derecho a la salud, hay un activismo judicial que no era común años atrás<sup>45</sup>. En el mismo sentido, se ha indicado que el derecho a la salud ha sido fuertemente reconocido por los tribunales argentinos, pero lo cierto es que solo goza de dicho derecho quien tiene posibilidad de acceder a la justicia<sup>46</sup>. Por ello resulta fundamental que los tribunales no sean particularmente exigentes en cuanto a las cuestiones formales de la procedencia de las acciones, en particular la acción de amparo. En esta línea, la Corte Suprema por ejemplo, se ha expedido en el precedente “María”<sup>47</sup>, rechazando el argumento de que la acción de amparo sea improcedente cuando exista una vía administrativa a la cual acudir. En este sentido, señaló que *“la acción de amparo es particularmente pertinente en materias como las que trata el sub lite relacionadas con la preservación de la salud y la integridad física. Y frente a un grave problema como el planteado en autos, no cabe extremar la aplicación del principio según el cual el amparo no procede cuando el afectado tiene a su alcance una vía administrativa a la cual acudir, pues los propios valores en juego y la normalmente presente urgencia del caso, se contraponen al ejercicio de soluciones de esa índole”*<sup>48</sup>.

Por otro lado, también la Corte Suprema en los casos “Tartaroglu de Neto”<sup>49</sup> e “Imbrogno”<sup>50</sup>, remitiéndose al dictamen del Procurador Fiscal, analizó la aplicación del plazo de caducidad de la pretensión de amparo en procesos en tutela del derecho a la salud, y señaló que teniendo en cuenta que en aquellos casos se hallaba en juego la subsistencia de un derecho social, de principal rango y reconocimiento, tanto en el texto constitucional, como en los tratados internacionales con jerarquía constitucional, *“ante la interposición del mecanismo también consagrado constitucionalmente en el art. 43, 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 no se puede alegar el vencimiento del plazo previsto en el art. 2º de la ley 16.986 para desestimar la acción, ni siquiera por vía de presunción”*. También en otros casos, el máximo tribunal ha sostenido que un rigorismo formal injustificado no se compadece con los fines de la institución del amparo en torno a la preservación de la salud y la integridad física<sup>51</sup>.

<sup>45</sup> GARGARELLA, Roberto (2013): “Justicia dialógica y derechos de salud”, en CLÉRICO, Laura - RONCONI, Liliana - ALDAO, Martín (coords.): Tratado de Derecho a la Salud, Buenos Aires, Abeledo Perrot, pp. 85-102.

<sup>46</sup> RONCONI, Liliana M. (2012): “Derecho a la salud: un modelo para la determinación de los contenidos mínimos y periféricos”, *Salud Colectiva*, N° 8, pp. 131-149.

<sup>47</sup> CSJN, “María, Flavia Judith c/ Instituto de Obra Social de la Provincia de Entre Ríos y Estado provincial”, 30/10/2007, Fallos: 330:4647.

<sup>48</sup> Considerando 4º. Un criterio similar fue señalado por el dictamen de la Procuradora Fiscal, al que remite la Corte, en la causa “Sánchez, Lidia Ana c/ Estado Nacional -ANSES”, 11/12/2001, Fallos: 330:5201. Ver, asimismo, “Unión de Usuarios y Consumidores c/ Compañía Euromédica de Salud s/ amparo”, 8/4/2008, Fallos: 331:563.

Sin embargo, cabe aquí apuntar que el art. 43 de la Constitución nacional establece que toda persona puede interponer acción de amparo *“siempre que no exista otro medio judicial más idóneo”*. Por ello, es razonable interpretar que la previsión del art. 2, inc. a) de la ley 16.986, en cuanto establece que la acción de amparo no será admisible cuando existan “recursos o remedios judiciales o administrativos” más idóneos, no subsiste luego de la reforma de 1994.

<sup>49</sup> CSJN, “Tartaroglu de Neto, Leonor c/ IOS s/ amparo”, 25/9/2001, Fallos: 324: 3074.

<sup>50</sup> CSJN, “Imbrogno, Ricardo c/ IOS s/ amparo”, 25/9/2001, causa I.68.XXXVI, REX.

<sup>51</sup> Ver al respecto, CSJN, “Sánchez, Norma Rosa c/ Estado Nacional y otro”, 20/12/2015, Fallos: 328:4640; y “P.S.E. c/ Comisión Nac. Asesora para la Integ. de las Pers. Discapac. y otro”, 27/5/2009, Fallos: 332:1200, entre otros. En este último caso, el máximo tribunal entendió que adolecía de un rigorismo formal injustificado que no se compadece con los fines de la institución del amparo, la sentencia que había rechazado *in limine* la acción con una aplicación mecánica de un precedente de la Corte en el que la acción no se había dirigido contra la obra social y el Estado Nacional asumía un carácter subsidiario, sin examinar adecuadamente los alcances de la pretensión de la accionante ni las particularidades del planteo de la litis, donde la actora había sostenido que la obra social se hacía cargo parcialmente de los gastos y por eso había accionado únicamente contra los dos organismos del Estado Nacional.

Más recientemente, la Corte Suprema en el precedente “A.,V.M.”<sup>52</sup>, también consideró que constituía un rigorismo formal irrazonable que vulneraba el acceso igualitario a la protección judicial en materia cautelar, requerirle a una persona con discapacidad prestar contracautela. En efecto, en el caso citado la actora había promovido una acción de amparo para continuar y finalizar una carrera universitaria, y en la medida cautelar concedida se le requería aquel requisito.

A su vez, resulta oportuno mencionar un caso relativo a la carga probatoria en un proceso en el cual una de las partes era una persona discapacitada de edad avanzada. Así, en el caso “G.,M.E.”<sup>53</sup> la Corte Suprema dejó sin efecto una sentencia que había denegado una acción de amparo tendiente a que se le entregue a la actora mensualmente una suma de dinero para la cobertura de auxiliar domiciliario. De este modo, el máximo tribunal entendió que las personas con discapacidad y de edad avanzada tienen el derecho de gozar del nivel más elevado posible de salud física y mental, sin discriminación basada en la edad o en el ingreso económico, por lo que entendió que no parecía razonable ser tan rigurosos con la exigencia indefectible de una prueba de negativa de muy difícil producción -que la familia carezca de ingresos para afrontar el costo de la prestación requerida- más aún cuando se estaba ante un caso con urgencia en encontrar una solución acorde y cuando la atención de la patología requiere de gastos relevantes, ineludibles e impostergables de diversa índole. De este modo, determinó que si bien los parientes de una persona con discapacidad tenían la obligación alimentaria -en el marco de los arts. 367, 372 y concordantes del antiguo Código Civil-, la entidad que pretendía desligarse de las obligaciones que le competían tenía la carga de demostrar la situación patrimonial y rango obligacional de éstos.

Sin embargo, cabe destacar que en la jurisprudencia de la Corte Suprema continúa siendo un requisito insustituible la presentación del certificado de discapacidad, entre otras cuestiones, para que una obra social cubra al 100% el costo de las prestaciones requeridas. Así, en el caso “A.,M.G.”<sup>54</sup> dejó sin efecto una sentencia que había hecho lugar a una demanda tendiente a obtener el reintegro de los gastos de asistencia médica afrontados entre enero 2007 y junio 2010 y la indemnización por daño moral, presentada por los padres de un hijo menor discapacitado. En el caso, el máximo tribunal entendió que “*e/ derecho a la salud no se halla afectado sino de manera remota*” en tanto en el caso se discutía “*una situación estrictamente patrimonial*”. En ese contexto, estimó que en la normativa aplicable surgía palmaria la necesidad de presentar el certificado de discapacidad o, eventualmente, la documentación que acredite haberlo solicitado. Entendió que si aquella exigencia se flexibilizara, la condición de discapacidad del afiliado dependería de la valoración discrecional -acertada o no- de las obras sociales, cuando el legislador optó por atribuir esa facultad a las autoridades pertenecientes al Ministerio de Salud de la Nación o a otras autoridades provinciales<sup>55</sup>.

Al respecto, cabe considerar que, si se aplicara de modo inflexible este criterio, y se exigiera el certificado de discapacidad en todos los supuestos, en algún caso concreto podría resultar contraria a los derechos de las personas con discapacidad esta exigencia.

<sup>52</sup> CSJN, “A.,V.M. c/ O.S.F.G.P.I.C. y D. s/ amparo ley 16.986”, 13/12/2016, causa FCB 19238/2014/1/RH1, dictamen del Procurador Fiscal al cual la Corte Suprema remite. Al respecto ver GOZAÍNI, Osvaldo A. (2017): “Beneficio de litigar sin gastos y exención de contracautela”, *La Ley*, diario del 29/3/2017, p. 8.

<sup>53</sup> CSJN, “G.,M.E. c/ Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados s/ amparo”, 27/12/2011, Fallos: 334:1869, dictamen de la Procuradora Fiscal al que la Corte Suprema remite.

<sup>54</sup> CSJN, “A.,M.G. c/ Obra Social del Poder Judicial de la Nación s/ cobro de pesos/sumas de dinero”, 5/9/2017, causa FPO 21000227/2010/CSI.

<sup>55</sup> Cabe destacar también el caso “B.,V.P. c/ Obra Social del Poder Judicial de la Nación s/ expedientes civiles”, 24/5/2016, Fallos: 339:683, en el cual la Corte Suprema rechazó la demanda que había obligado a la demandada a afiliarse a la hermana discapacitada de una beneficiaria, quien la tenía a su cargo. El máximo tribunal estimó que no se habían tenido en cuenta dos circunstancias relevantes: por un lado, que la pariente de la amparista percibía una pensión derivada del fallecimiento de su madre y, por otro, que como consecuencia de ser titular de ese beneficio previsional contaba con la cobertura médico-asistencial proporcionada por el PAMI (considerando 4º).

Por ejemplo, en el marco de un proceso judicial se podría determinar que una persona presenta una discapacidad y se le conceda una protección acorde al de una persona con esa condición, aunque no haya realizado el trámite administrativo de rigor. Es decir, cabe considerar que en ciertos casos podría constituir un rigorismo formal irrazonable y, por lo tanto, ser inconstitucional, la exigencia del certificado de discapacidad, que tendría como consecuencia negar la protección jurídica que las normas antes citadas otorgan a las personas con discapacidad.

## V. Acciones de clase y discapacidad

Finalmente, es oportuno detenerse brevemente en la procedencia de las acciones de clase en materia de derecho a la salud y, en particular, respecto a las personas con discapacidad. Ya en el año 2000, en el caso “Asociación Benghalensis”<sup>56</sup>, la Corte Suprema ha reconocido legitimación a una asociación para promover una acción colectiva. En efecto, consideró que la legitimación de una asociación surgía de su carácter de titular de un derecho de incidencia colectiva como es la protección de la salud, cuando tienen por objeto la prevención, asistencia y rehabilitación de los enfermos que padecen el SIDA y sus patologías derivadas, además de accionar para el cumplimiento del objeto estatutario de su creación. Idéntica solución aplicó en 2003, en el caso “Asociación de Esclerosis Múltiple de Salta”<sup>57</sup>, en el cual una asociación era titular de un derecho de incidencia colectiva a la protección de la salud, en particular, la defensa de los derechos de las personas con esclerosis múltiple.

En el año 2009 el máximo tribunal fijó con más precisión los requisitos para la procedencia de las acciones de clase. Así, en el caso “Halabi”<sup>58</sup>, la Corte Suprema, indicó que el segundo párrafo del art. 43 admite, entre otros, una categoría de derechos conformada por derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos. Uno de los requisitos para la procedencia de las acciones de clase que versan sobre este tipo de derechos, es que el interés individual considerado aisladamente no justifique la promoción de una demanda, con lo cual podría verse afectado el acceso a la justicia, aunque reconoció que existían excepciones, como cuando se discuten materias de salud o se afectan a grupos que tradicionalmente han sido postergados, o en su caso, débilmente protegidos<sup>59</sup>.

Aplicando estas pautas, en el precedente “Asociación Civil para la Defensa en el Ámbito Federal e Internacional de Derechos”<sup>60</sup> de 2015, la Corte Suprema dejó sin efecto la sentencia que le había denegado legitimación a la actora, en un caso donde se pretendía que se reconociera el derecho a la cobertura integral de prestaciones en favor de las personas con discapacidad beneficiarias de pensiones no contributivas de acuerdo a lo establecido en las leyes 22.431 y 24.901. El máximo tribunal consideró que aún cuando en el caso era válido sostener que el interés individual considerado aisladamente, justificaría la promoción de demandas individuales, no era posible soslayar *“el incuestionable contenido social del derecho involucrado que atañe a grupos que por mandato consti-*

<sup>56</sup> CSJN, “Asociación Benghalensis” (Fallos: 323:1339).

<sup>57</sup> CSJN, “Asociación de Esclerosis Múltiple de Salta” (Fallos: 326:4931).

<sup>58</sup> CSJN, “Halabi, Ernesto c/ P.E.N. -ley 25.873 dto. 1563/04- s/ amparo-ley 16.986”, 24/2/2009, Fallos: 332:111.

<sup>59</sup> Al respecto, ver YLARRI, Juan Santiago (2017): “Las acciones de clase y los presupuestos para su admisión formal”, *Temas de Derecho Administrativo*, N° 2, Errepar, pp. 65-82.

<sup>60</sup> CSJN, “Asociación Civil para la Defensa en el Ámbito Federal e Internacional de Derechos c/ Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados s/ Amparo”, 10/2/2015, Fallos: 338:29. Ver el comentario de SEDA, Juan Antonio (2015): “Acciones de clase y legitimación activa de asociaciones de personas con discapacidad”, *La Ley*, t. 2015-C, p. 151.

*tucional deben ser objeto de preferente tutela por su condición de vulnerabilidad: los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad”<sup>61</sup>.*

## VI. Conclusiones

El derecho a la salud y la protección de las personas con discapacidad cuentan con un gran abanico de normas que los tutelan, no solo leyes ordinarias sino la propia Constitución nacional e instrumentos internacionales con igual jerarquía. Sin embargo, muchas veces los sujetos obligados a otorgar prestaciones para hacer efectivas aquellas normas incumplen los mandatos constitucionales, por lo que los afectados están obligados a iniciar acciones judiciales a fin de conseguir amparo en los tribunales.

Resulta trascendente, por tanto, que los tribunales no sean especialmente rigurosos en los aspectos formales de las acciones que se inicien, a fin de que las normas constitucionales mantengan su fuerza normativa y sus cláusulas no resulten letra muerta.

“Ubi ius ubi remedium”. Donde hay derecho hay un remedio. La salud y la discapacidad cuentan con una amplia protección legislativa. Por ello, para su efectivo amparo, siempre tiene que existir una acción. Son los jueces, entonces, quienes deben asegurar la efectiva protección de aquellos derechos, por lo que no deberían acudir a cuestiones procesales menores para dejar de asegurar la justicia en los casos concretos. Esto así, toda vez que sin garantías efectivas, no existen los derechos.

---

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARANGO, Rodolfo (2010): “Constitucionalismo Social Latinoamericano” en BOGDANDY, Armin Von - FERRER MAC-GREGOR, Eduardo - MORALES ANTONIAZZI, Mariela: La justicia constitucional y su internacionalización: ¿Hacia un ius constitucionale commune en América Latina?, México, I.I.J., UNAM, pp. 3-23.
- BIDART CAMPOS, German J. (1995): El derecho de la constitución y su fuerza normativa, Buenos Aires, Ediar.
- BIDART CAMPOS, Germán J. (2000): Manual de la Constitución reformada, Buenos Aires, Ediar.
- CLÉRICO, María Laura (2009); “El derecho a la salud de las personas con discapacidad: ¿el argumento del federalismo como acelerador o como freno?”, La Ley, t. 2009-D, p. 902.
- GARAY, Oscar E. (2017): “El derecho a la salud de las poblaciones vulnerables en la legislación argentina”, La Ley, diario del 5/7/2017, pp. 1-6.
- GARGARELLA, Roberto (2013): “Justicia dialógica y derechos de salud”, en CLÉRICO, Laura - RONCONI, Lilibiana - ALDAO, Martín (coords.): Tratado de Derecho a la Salud, Buenos Aires, Abeledo Perrot, pp. 85-102.
- GOZAÍNI, Osvaldo A. (2017): “Beneficio de litigar sin gastos y exención de contracautela”, La Ley, diario del 29/3/2017, p. 8.

---

<sup>61</sup> Considerando 9º.

- HABERMAS, Jürgen (2012): “El concepto de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos”, *Diánoia*, N° 64, pp. 3-25.
- LOIANNO, Adelina - GOZÁINI, Osvaldo A. (2011): “Los alcances del derecho a la salud ante el deber de realizar el ‘control de convencionalidad’. Aspectos constitucionales y procesales”, *La Ley Buenos Aires*, p. 153.
- RONCONI, Liliana M. (2012): “Derecho a la salud: un modelo para la determinación de los contenidos mínimos y periféricos”, *Salud Colectiva*, N° 8, pp. 131-149.
- SEDA, Juan Antonio (2015): “Acciones de clase y legitimación activa de asociaciones de personas con discapacidad”, *La Ley*, t. 2015-C, p. 151.
- SOLA, Juan V. (2015): *La Corte Suprema de Justicia. El nuevo proceso constitucional*, Buenos Aires, *La Ley*.
- VILLAVERDE, María Silvia (2014): “¿Qué son las barreras de accesibilidad al ejercicio de los derechos?”, en ROSALES, Pablo (dir.): *Discapacidad, Justicia y Estado: Barreras y propuestas*, Buenos Aires, *Infojus*, pp. 3-21.
- VILLAVERDE, María Silvia (2013): “Participación en el proceso de niñas, niños y adolescentes con discapacidad. Garantías adicionales del debido proceso”, en ROSALES, Pabo (dir.): *Discapacidad, Justicia y Estado, Acceso a la Justicia de Personas con Discapacidad*, Buenos Aires, *SAIJ*, pp. 69-94.
- YLARRI, Juan Santiago (2017): “Las acciones de clase y los presupuestos para su admisión formal”, *Temas de Derecho Administrativo*, N° 2, *Errepar*, pp. 65-82.

## JURISPRUDENCIA

---

### Corte Suprema de Justicia de la Nación:

- “American Cyanamid Company c/ S.A. Unifa Química e Industrial”, 12/12/1970, Fallos: 278:313.
- “A.,M.G. c/ Obra Social del Poder Judicial de la Nación s/ cobro de pesos/sumas de dinero”, 5/9/2017, causa FPO 21000227/2010/CS1.
- “Asociación Benghalensis y otros c/ Ministerio de Salud y Acción Social - Estado Nacional s/ amparo ley 16.986”, 1/6/2000, Fallos: 323:1339.
- “Asociación Civil para la Defensa en el Ámbito Federal e Internacional de Derechos c/ Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados s/ Amparo”, 10/2/2015, Fallos: 338:29.
- “Asociación de Esclerosis Múltiple de Salta c/ Ministerio de Salud - Estado Nacional s/ acción de amparo - medida cautelar”, 18/12/2003, Fallos: 326:4931.
- “A.,V.M. c/ O.S.F.G.P.I.C. y D. s/ amparo ley 16.986”, 13/12/2016, causa FCB 19238/2014/1/RH1.
- “Bahamondez, Marcelo”, 6/4/1993, Fallos: 316:479.
- “B.,V.P. c/ Obra Social del Poder Judicial de la Nación s/ expedientes civiles”, 24/5/2016, Fallos: 339:683.
- “Campodónico de Beviacqua, Ana Carina c/ Ministerio de Salud y Acción Social - Secretaría de Programas de Salud y Banco de Drogas Neoplásicas”, 24/10/2000, Fallos: 323:3229.
- “Chamorro, Carlos c/ Sociedad Argentina de Autores y Compositores de Música s/ amparo”, 1/4/2008, Fallos: 331:453.
- “Cisilotto, María del Carmen Baricalla de c/ Estado Nacional (Ministerio de Salud y Acción Social) s/amparo”, 27/1/1987, Fallos: 310:112.

- “Floreancig, Andrea C. y otro por sí y en representación de su hijo menor H., L. E. c/ Estado Nacional”, 11/7/2006, Fallos: 329:2552.
- “G.,M.E. c/ Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados s/ amparo”, 27/12/2011, Fallos: 334:1869.
- “Halabi, Ernesto c/ P.E.N. -ley 25.873 dto. 1563/04- s/ amparo-ley 16.986”, 24/2/2009, Fallos: 332:111.
- “Hospital Británico de Buenos Aires c/ Estado Nacional (Ministerio de Salud y Acción Social)”, 13/3/2001, Fallos: 324:754
- “Imbrogno, Ricardo c/ IOS s/ amparo”, 25/9/2001, causa I.68.XXXVI, REX.
- “Los saladeristas Podestá, Bertram, Anderson, Ferrer y otros c/ Provincia de Buenos Aires s/ daños y perjuicios”, 14/5/1887, Fallos: 31:273.
- “María, Flavia Judith c/ Instituto de Obra Social de la Provincia de Entre Ríos y Estado provincial”, 30/10/2007, Fallos: 330:4647.
- “Martín, Sergio Gustavo y otros c/ Fuerza Aérea Arg. - Direc. Gral. de Bienestar Pers. Fuerza Aérea s/ amparo”, 8/6/2004, Fallos: 327:2127.
- “Monteserin, Marcelino c/ Estado Nacional - Ministerio de Salud y Acción Social”, 16/10/2001, Fallos: 324:3569.
- “Orlando, Susana Beatriz c/ Buenos Aires, Provincia de y otros s/ amparo”, 24/5/2005, Fallos: 328:1708.
- “Pedraza, Héctor Hugo c/ ANSES s/Acción de amparo”, 6/5/2014, Fallos: 337:530.
- “P.,S.E. c/ Comisión Nac. Asesora para la Integ. de las Pers. Discapac. y otro”, 27/5/2009, Fallos: 332:1200.
- “Reynoso, Nilda Noemí c/ I.N.S.S.J.P. s/amparo”, 16/5/2006, Fallos: 329:1638.
- “R.,M. J. s/ insania”, 19/2/2008, Fallos: 331:211.
- “Saguir y Dib, Claudia Graciela s/ autorización”, 6/11/1980, Fallos: 302:1284.
- “S.,D. c/ Centro de Educación Médica e Investigaciones Clínicas Norberto Quirno s/ sumarísimo”, 15/3/2016, Fallos: 339:290.
- “Sánchez, Lidia Ana c/ Estado Nacional - ANSES”, 11/12/2001, Fallos: 330:5201.
- “Sánchez, Norma Rosa c/ Estado Nacional y otro”, 20/12/2015, Fallos: 328:4640.
- “Tartaroglu de Neto, Leonor c/ IOS s/ amparo”, 25/9/2001, Fallos: 324: 3074.
- “Torrillo, Atilio Amadeo y otro c/ Gulf Oil Argentina S.A. y otro”, 31/3/2009, Fallos: 332:709.
- “Unión de Usuarios y Consumidores c/ Compañía Euromédica de Salud s/amparo”, 8/4/2008, Fallos: 331:563.

Corte Interamericana de Derechos Humanos:

- “Ximenes Lopes vs. Brasil”, 4/7/2006.

Suprema Corte de Estados Unidos:

- “Gideon v. Wainwright”, 18/3/1963, 372 US 335.

# DENGUE 2009–2017: POLÍTICAS PÚBLICAS DE SALUD EN LA PROVINCIA DE CÓRDOBA

---

## DENGUE 2009–2017: PUBLIC POLICIES IN HEALTH IN THE PROVINCE OF CÓRDOBA

---

JOSÉ EMILIO ORTEGA<sup>1</sup> Y SANTIAGO MARTÍN ESPÓSITO<sup>2</sup>

---

*Fecha de recepción: 30/09/2017*

*Fecha de aceptación: 19/10/2017*

### RESUMEN

El dengue es una enfermedad de interés en salud pública por su impacto en la morbilidad y mortalidad en el contexto mundial, regional y nacional. En 2009, la recolonización del *Aedes aegypti*, vector del dengue en la Argentina y en la Provincia de Córdoba generó una crisis sanitaria. Analizaremos el rol de Estado Provincial como responsable de políticas públicas sanitarias, abordando la implementación de éstas a partir de una evaluación razonable y cuidadosa de la realidad, teniendo en cuenta que el derecho a la salud, analizado en clave del Estado Social de Derecho, es un verdadero derecho fundamental.

### ABSTRACT

Dengue is a disease of interest in public health due to its impact on morbidity and mortality in the global, regional and national context. In 2009, the recolonization of *Aedes aegypti*, a vector of dengue in Argentina and in the Province of Córdoba, generated a health crisis. We will analyze the role of the Provincial State as responsible for public health policies, addressing the implementation of these policies based on a reasonable and careful evaluation of reality, taking into account that the right to health, analyzed in the Social State Law, is a true fundamental right.

---

<sup>1</sup> Abogado (UNC), Licenciado en Enseñanza en Ciencias del Ambiente (UNC), Magister en Partidos Políticos (UNC), Profesor de "Derecho Público Provincial y Municipal" en la Facultad de Derecho (UNC) y "Legislación Educativa" (UBP). Ejerció diferentes funciones en la función pública: Gerente General de Asuntos Legales –a cargo de la Dirección de Recursos Humanos en Salud–; Secretario de Coordinación Técnico Administrativa; y Subsecretario de Asuntos Institucionales del Ministerio de Salud de la Provincia (2006–2011) y como Secretario de Coordinación y Gobierno del Ministerio Jefatura de Gabinete (2011–2013); Prosecretario Legislativo (2016–actualidad). Correo Electrónico: joseemilioortega@hotmail.com

<sup>2</sup> Abogado (UNC), Magister en Estudios Internacionales (Universidad de Barcelona), Profesor de "Derecho Público Provincial y Municipal" en la Facultad de Derecho (UNC). Subdirector en la Legislatura de la Provincia de Córdoba. Correo Electrónico: santiagomesposito@gmail.com

Palabras Claves: Dengue, Derecho Sanitario, Políticas Públicas, Dengue, Provincia de Córdoba

---

Key Words:

Dengue, Health Law, Public Politics, Dengue, Province of Córdoba

## I. Introducción

Transitando ya la segunda década del siglo XXI, nos afirmamos en una consolidada visión doctrinaria, que supera y complementa el planteo jurídico, la cual afirma el derecho humano “a la salud”, presentándola como mucho más que el aseguramiento o acceso a la atención. Esa visión doctrinaria, posee una proyección en la práctica institucional que, consecuentemente, pretende resolver un conjunto muy importante y siempre creciente de asuntos dentro de su órbita y con ello facilitar de modo operativo e instrumental, el grado de bienestar de individuos y comunidades encauzando la expectativa y atendiendo el requerimiento de provisión del bien público asistencial.

Para promover y garantizar este derecho en su dimensión colectiva, se proponen intervenciones diversas: desde las de tipo global, político y legislativo, hasta las más específicas del orden sectorial, estructural, normativo, programático y técnico<sup>3</sup>.

Si bien comenzó a gestarse antes de la Primera Guerra Mundial y se afirmó en el período entreguerras o primera posguerra, es durante la segunda posguerra cuando se afirma. En 1948 la Organización Mundial de la Salud promulgó su ya clásica definición de salud: “Completo estado de bienestar físico, mental y social y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades”<sup>4</sup>. Este estado de bienestar y ausencia de enfermedades se traduce en un proceso dinámico y, si se quiere, dialéctico. El concepto de salud va más allá del campo biológico y lleva implícita una idea sanitarista y una responsabilidad social, en la que permanentemente se va determinando cuáles son los recursos materiales y humanos que el Estado y la sociedad destinan al objetivo de garantizar a los ciudadanos ciertas condiciones en las cuales su salud individual y colectiva debería mantenerse en ciertos parámetros, como contribución específica y concreta a mejores y objetivas condiciones de vida digna<sup>5</sup>.

La asunción por parte del Estado de un compromiso con los ciudadanos que reemplaza a la idea liberal de un equilibrio natural, supuso una drástica modificación de reglas y conductas, en un sinnúmero de direcciones. En el mundo, a lo que no ha sido ajeno nuestro país, el desarrollo de un modelo la salud pública ha sido y continúa siendo el resultado de una pugna de intereses sociales y económicos, a veces arbitrada y a veces promovida por el propio Estado.

La legislación sanitaria debiera ser un referente básico en la definición del rol del Estado en Salud, trascendiendo la idea de ausencia de enfermedad e involucrando condiciones de bienestar individual y colectivo.

A continuación, abordaremos lo ocurrido en la provincia de Córdoba durante el período 2009 - 2017, con relación a los brotes de dengue y la actuación estatal en diversas fases de ese ciclo.

---

<sup>3</sup> ALONSO CABRERA, Gustavo (2004): Teorías y modelos en la salud pública del siglo XX, *Revista Colombia Médica*, n° 3, 2004, p.165.

<sup>4</sup> Organización Mundial de la Salud (2006): Constitución de la Organización Mundial de la Salud ([http://www.who.int/governance/eb/who\\_constitution\\_sp.pdf](http://www.who.int/governance/eb/who_constitution_sp.pdf)) (Fecha de Consulta: 22 de agosto de 2017).

<sup>5</sup> ARANGO VÉLEZ, Alba Lucía (2007): Nuevas dimensiones del concepto de salud: el derecho a la salud en el Estado social de derecho, *Hacia La Promoción de la Salud*, Vol. 12, p. 66.

## II. Contexto

Como es sabido, durante el año 2009 la República Argentina padeció un severo brote epidémico de dengue (serotipo 1). La primera aparición de esta enfermedad data de 1916, erradicándose el vector mosquito *Aedes aegypti* en la década de 1960. Reaparece en 1984. Desde 1998 se presentó con brotes esporádicos.

Desde mediados de la década pasada, el dengue es caracterizado nacional e internacionalmente como un problema<sup>6</sup> sanitario. En 2013, la Organización Mundial de la Salud estimó que entre 50 y 100 millones de personas contraen la enfermedad<sup>7</sup>.

En aquel año 2009, los casos confirmados en el país, llegaron al final del brote a poco más de 27.000 infectados, afectando principalmente a 13 provincias (en total llegó a 19 jurisdicciones): Buenos Aires, Catamarca, Córdoba, Chaco, Entre Ríos, La Rioja, Santa Fe, Santiago del Estero, Tucumán, Salta, Jujuy, Corrientes y Catamarca, como así también a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Once de ellas, no habían registrado nunca casos autóctonos (producidos sin migración del contagiado) de dengue. Debemos destacar el nexo con brotes en países limítrofes: en 2008, se habían registrado 909.000 casos en toda América, con 19.594 de dengue hemorrágico, también conocido como “grave” o “complicado” (306 muertos)<sup>8</sup>. En el crítico año siguiente, 23 países registraron brotes, 15 con dengue complicado y muertos (letalidad del 5 al 15% de infectados)<sup>9</sup>.

La propagación del dengue encontró un ámbito propicio en la región. Al aumento de la población del *Aedes aegypti* por causas fundamentalmente climáticas (que expanden y aceleran la reproducción e incubación) y de comportamientos individuales y colectivos poco previsores, sumamos la ausencia de vacuna para prevenir la enfermedad y la persistencia de fallas sanitario-ambientales: Urbanización no planificada, insuficiencia en la provisión de agua potable, ineficiente gestión de los residuos sólidos en gran parte de los municipios del país, resistencia del *Aedes aegypti* a los insecticidas, y una casi inexistente coordinación interjurisdiccional.

## III. La situación en el país en 2009. El caso de Córdoba

En 1984, como indicábamos supra, se detectó el regreso del vector *Aedes Aegypti*, principalmente en noreste argentino, Buenos Aires, La Pampa y Mendoza. Apareció también el vector *Aedes albopictus*, en Misiones y Corrientes. Entre los años 1997 y 2008, se verificaron en el país 3.452 casos, 15 % de ellos importados, abarcando provincias del noreste argentino, Salta y Jujuy<sup>10</sup>. Entre 2008 y 2009, abarca noroeste y el noreste argentino, Región Centro, Buenos Aires y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

En Córdoba, entre 2000 y 2008, se manifestaron 11 casos (todos importados). A fines del último año de la serie-2008- se verifican entre cuatro y cinco de los once detectados

---

<sup>6</sup> El conflicto es la queja, el malestar, la amenaza imprecisa pero latente, no comprobada como un auténtico problema. En cambio, cuando hablamos de problema, nos referimos a una falla cierta en el entorno, comprobada o comprobable, verificada o verificable, que puede ser reversible o irreversible. (ORTEGA, José Emilio y Darío SBARATO (2012): ¿Desde que mañana vemos el hoy? El tiempo de la coordinación, Ministerio de Salud de Córdoba, Córdoba, p. 96.)

<sup>7</sup> Organización Mundial de la Salud, Enfermedades transmitidas por vectores (<http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs387/es/index2.html>) (Fecha de Consulta: 25 de junio de 2015)

<sup>8</sup> Ministerio de Salud de la Nación (2009), Situación del Dengue en Argentina – Primer Semestre de 2009 n° 44, Boletín Epidemiológico Periódico, Buenos Aires, p. 8.

<sup>9</sup> Ministerio de Salud de la Nación (2009), Protocolo de Acciones de Control de *Aedes aegypti* (<http://www.msal.gov.ar/images/stories/cofesa/2009/acta-02-09/anexo-7-control-de-vectores-02-09.pdf>) (Fecha de Consulta: 25 de agosto de 2015).

<sup>10</sup> CASTRILLÓN, María Elena, Noelia ITURRIETA, Sergio CATIVELLI, et al (2010): Hallazgos ultrasonográficos en pacientes con Dengue: revisión de la literatura en Revista argentina de Radiología, n° 1, p. 72.

durante todo el período. Ello enciende la alarma en el Ministerio de Salud provincial. En los primeros meses de 2009, el tema adquiere proporciones de crisis, y se transforma en un “problema público”<sup>11</sup>, estalla el brote en la Provincia, con 175 casos notificados confirmados<sup>12</sup>. El pico del brote se dio entre el 13 y el 19 de abril, con 294 notificaciones de casos “sospechosos”. En paralelo, a nivel nacional, -conforme a datos del Ministerio de Salud de la Nación- se infectaba una persona cada dos minutos (unas 26 por hora)<sup>13</sup>. Con los primeros indicios de un aumento de casos en los últimos meses de 2008, y dado que los primeros casos confirmados en Córdoba eran importados de otras jurisdicciones (la comunidad boliviana que es muy importante particularmente en la Ciudad Capital y de provincias del norte del país), la Provincia decidió no esperar a la instrumentación de un plan nacional, que finalmente no llegaría sino hasta agosto de 2009, ya con otra conducción ministerial federal.

El Ministerio de Salud provincial, asumiéndose responsable causal de la futura pero inminente política pública<sup>14</sup>, comenzó a desarrollar desde las últimas semanas de 2008, una estrategia sanitaria de intervención, para la jurisdicción, en base a una gestión integrada y adoptando desde el inicio reglas institucionales de tipo estructuralista. Kelsen defenderá la idea de que el derecho es “norma y sólo norma”, pero cierto es que, en tanto instrumento de abordaje de problemas públicos, conlleva implícitos factores sociales, económicos, políticos y culturales. No se trata de normatividad pura y abstracta, sino que moldea las relaciones y comportamientos sociales, generando nuevas interacciones e interrelaciones, y con ello cambios. Apenas iniciado 2009, se producen en la cartera los primeros instrumentos mediante la Resolución 200/09 del Ministerio de Salud: declaración de la alerta sanitaria, la constitución de un Comité de Expertos y de la Sala de Situación, y la distribución de las responsabilidades del modo que se señala a continuación:

- Ministro: Conducción General, organización del esquema hospitalario y comités, difusión y relaciones institucionales.
- Secretaría de Programación Sanitaria: Coordinación de la sala de situación y comité de expertos, enlace con otras dependencias del Poder Ejecutivo.
- Secretaría de Gestión Hospitalaria: Apoyo a la organización de hospitales (relevamiento e incremento de RR.HH., Equipamiento, infraestructura, etc.).
- Secretaría de Coordinación Técnico Administrativa: Gestión simplificada de toda la tramitación y gestión administrativa y desarrollo de instrumentos jurídicos.
- Subsecretaría de Integración Sanitaria: Trabajo conjunto con municipios y comunas<sup>15</sup>.
- Área de Epidemiología: Trabajos en terreno, notificaciones y remisión de muestras, procesamiento y validación de la información.
- Hospital Rawson (ciudad Capital, especializado en infectología) y Laboratorio Central (ciudad de Córdoba, receptor de las muestras de los “casos sospechosos”): Principales efectores involucrados.

<sup>11</sup> SUBIRATS, Joan (1989): Análisis de políticas públicas y eficacia de la administración, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, p. 20.

<sup>12</sup> Ministerio de Salud de la Nación (2009): Op. Cit.

<sup>13</sup> *Ibidem*.

<sup>14</sup> OSZLAK, Oscar y Edgardo ORELLANA (2001): “El análisis de la capacidad institucional: aplicación de la metodología SADCI”, en Top.org.ar.

<sup>15</sup> En 2008, la Provincia presentó el Pacto Sanitario Provincia-Municipios en el que la Provincia se dividió en 22 Zonas de Integración Sanitaria (dejando de lado el concepto de “zonas”) y se creó un Consejo Provincial de Salud integrado por representantes de cada una de ellas, con el objetivo de perfeccionar el sistema decisorio sectorial mediante un acuerdo institucional marco, multilateral, en los que los municipios y Provincia puedan cooperar y concertar estrategias sanitarias, promoviendo “Polos de integración”: (ORTEGA, José Emilio y Cintia GODDIO (2009): “Integración Sanitaria de la Provincia de Córdoba” en ORTEGA, José Emilio y Federico ZAVALLEY (dirs.): Práctica Jurídica de la Salud Pública, Ministerio de Salud de Córdoba, p.23).

Entre las principales acciones, con fundamento en la Ley 9.454 -noma de Ministerios vigente por entonces-, la cual otorgaba a la cartera sanitaria la posibilidad de elaborar planes de campañas sanitarias destinadas a lograr el control de enfermedades endémicas, destacamos:

- Control de foco, en particular en zonas urbanas
- Monitoreo de infestación aérea
- Declaración de alerta sanitario
- Organización del Comité de Expertos
- Organización de la Sala de Situación
- Reforzamiento infraestructura y equipamiento hospitalario y de laboratorio
- Incremental RR.HH.
- Trabajo en terreno (voluntariado)
- Capacitación (Equipo de Salud, Municipios, Escuelas, Organizaciones no gubernamentales, etcétera)
- Difusión, Prensa y Comunicación
- Relaciones institucionales (organismos del Estado Provincial y Nacional, Municipios y Comunas, Universidades, organizaciones no gubernamentales, medios de comunicación)

#### **IV. Crisis, problema y construcción de la política pública.**

Cuando llega el pico del brote, en los primeros meses de 2009, impacta notablemente en la conciencia colectiva de la ciudadanía cordobesa. Lo muestra claramente una encuesta sobre 500 casos en la Ciudad Capital encargada por el Ministerio de Salud provincial, en abril de 2009. El dengue era considerado por los encuestados en ese momento, el tercer problema colectivo en importancia (12%)<sup>16</sup>. Aunque paradójicamente sólo el 9 % de los hogares poseía mosquiteros en todas sus ventanas (elemental medida de prevención contra la enfermedad). Asimismo, el 49% consideró que el Estado Nacional tenía más responsabilidad en la lucha contra la enfermedad (el 19% atribuyó ese rol a la Provincia y el 17% al Municipio). El 78% de la población, se manifestó “muy preocupada” por el dengue.

En agosto de 2009, el nuevo Ministro de Salud de la Nación (la crisis acabó en pocos meses con la inexperta gestión anterior) declaró alerta sanitario a nivel nacional (y se mantenía el provincial); estabilizándose la situación respecto a nuevos casos de dengue, debido al decurso de los meses de invierno (aunque la población continuaba conmovida por un nuevo brote epidémico: la gripe A H1N1). Con el cambio de autoridades ministeriales en la Nación, se apreció una profunda renovación en la visión federal en la lucha contra el dengue.

Las autoridades nacionales entonces asumidas, con un enfoque del problema muy similar al propuesto por Córdoba, consolidaron la vocación de afianzar una estrategia de gestión y control integrado, con el objetivo de enfrentar con eficiencia y eficacia al brote esperado para la primavera y verano 2009.

Pero para entonces, la Provincia de Córdoba se había anticipado largamente, definiendo una temprana política pública en materia de prevención y control del dengue. Por iniciativa del Ministerio de Salud (un anteproyecto trabajado en equipo), el Poder Ejecutivo envió a la Legislatura un proyecto de ley denominado “Plan Director de Lucha contra el Dengue”, aprobado por unanimidad (Ley 9.666, reglamentada por el Decreto

<sup>16</sup> Encuesta realizada por DELFOS (abril de 2009): Opinión Pública e Investigación de Mercado. Informe Cuantitativo. Dengue: Ciudad de Córdoba.

1.441/09)<sup>17</sup>. Se consideró necesario reforzar el andamiaje normativo y operativo con una planificación que formalice y vertebralice la concertación de objetivos y acciones.

Se lo denominó “director”, porque se lo consideró un instrumento ordenador de todos los componentes integrados por la estrategia sanitaria. Es básicamente cualitativo, finalista y atemporal. Requiere para su implementación de una autoridad de aplicación, así como también mecanismos de control y seguimiento (evaluación). Resulta necesaria la evaluación epidemiológica y entomológica que establezca un sistema de monitoreo que permita identificar los avances, estancamientos y retrocesos, tanto en términos de resultados como de impacto, logrando medir la efectividad de las acciones que se implementan. De esta manera se pueden plantear las modificaciones que sean necesarias. La Ley 9.666, recepta tendencias y experiencias tanto del ámbito comparado como de la casuística de Córdoba, y se articula con el plan federal lanzado en agosto de 2009. Procura estimular la acción integrada, sobre ciertos pilares:

- a) Respeto a los derechos-deberes individuales y colectivos relacionados con la salud<sup>18</sup>, el medio ambiente y la participación ciudadana
- b) Se trata de una norma de orden público (sanitario, ambiental, administrativo)
- c) Respeto a la autonomía municipal<sup>19</sup> y promoción de la integración entre jurisdicciones
- d) Respeto a la posibilidad de actuación de Organizaciones de la Sociedad Civil<sup>20</sup> y promoción de la articulación en redes

La ley recoge buena parte de los instrumentos desarrollados en el primer semestre del año. Entrando a su análisis, la primera parte de la norma aprueba el Plan Director, autorizando al Ministerio a la aplicación del mismo. Se crea un Comité de Seguimiento<sup>21</sup>, que dada su diversa integración formaliza el “acuerdo político administrativo”, formado con representantes de los Ministerios de Salud, de Educación, de Obras y Servicios Públicos; Secretaría de Ambiente; Comisión de Salud de la Legislatura de la Provincia; y tres representantes designados por los municipios y comunas de la Provincia, uno de los cuales será de la ciudad de Córdoba. La ley invita a la adhesión de Municipios o Comunas, pero se trata de una norma de orden público<sup>22</sup>, dada la necesidad de proteger bienes y principios esenciales para la consecución de los objetivos, sin coartar derechos individuales y autonomía municipal (status jurídico particular relacionado con los objetivos sanitarios).

El Plan Director establece, como objeto, una estrategia de gestión integrada en su artículo 1 “para evitar, contener y prevenir la multiplicación de casos de dengue”, definiendo concretamente el problema público. Los objetivos son de muy factible cumplimiento (es claro “a dónde se quiere llegar”): prevenir y además mejorar la atención de los pacientes (artículo 2), ambos ítems claves para reducir la cantidad de infectados y entre

<sup>17</sup> La compatibilización de los diversos aportes y la redacción del proyecto de ley recayó sobre el titular de la Secretaría de Coordinación Técnico Administrativa de la cartera sanitaria, a la sazón uno de los autores de este trabajo. La redacción del Decreto Reglamentario fue íntegramente concebida y elevada a consideración del Ejecutivo desde el Ministerio de Salud, cabiendo similar responsabilidad al titular de la mencionada Secretaría.

<sup>18</sup> El Dengue es, quizás, la enfermedad prototipo de un ejercicio del deber y del derecho individual, social, institucional y político. (DÍAZ, Ana, “Pacientes (2014): ¿Sólo derechos?”, en AIZENBERG, Marisa (dir.), Estudios acerca del derecho de la salud, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, La Ley, p. 10.

<sup>19</sup> Los gobiernos locales, cada vez más, deben protagonizar el desarrollo de la comunidad, pero los municipios tienen un rol residual en la administración de los servicios de salud, que habiendo sido transferidos por la Nación a las Provincias no fueron mayoritariamente descentralizados por éstas a los niveles locales. En este caso, y a partir también del Pacto Sanitario Provincia - Municipio, arriba mencionado, se otorgó un rol activo al municipio.

<sup>20</sup> Conforme lo recogido por la Declaración de Alma Ata de 1978.

<sup>21</sup> Establecido en el artículo 3 de la Ley 9.666 y reglamentado por la Resolución 747/09 del Ministerio de Salud.

<sup>22</sup> La idea de “orden público” puede ser aplicada en el derecho con distintos sentidos. Cuando se trata de una invocación del concepto nacida de la necesidad de mantener la tranquilidad social, la estabilidad de una comunidad, la adecuada marcha de los acontecimientos y relaciones en un ámbito determinado, se trata de una noción más genérica, en un sentido amplio, en tanto aspiración colectiva o valor socio jurídico a proteger mediante la Constitución y la ley en un sentido más general. Asimismo, las penales y contravencionales, cuando se habla de delitos o contravenciones contra el “orden público” se trata de diversos tipos que encuadran conductas susceptibles de alterar la paz “pública” o de la comunidad en abstracto. Pero también puede ser entendida esta noción en un sentido más específico, como una limitación específica a la conducta, impuesta por la ley, en razón de una expectativa o interés común de proteger ciertos modos de ejercer los diversos hechos y actos jurídicos.

éstos, asegurar un manejo clínico que aleje los peligros del agravamiento del cuadro. De hecho estadísticas de la Organización Panamericana de la Salud (OPS) demuestran que la mortalidad bajó un dos por mil en América, entre 2010 y 2013, gracias al logro de este cometido). Prioridades de la Ley: a) Vigilancia epidemiológica (entomológica y de conductas humanas claves). b) Reducir morbilidad. c) Promover el cambio de comportamiento individual y colectivo, alentando esfuerzos intersectoriales y participación ciudadana. d) Consolidar una fuerza de trabajo desarrollando el mejoramiento continuo (asistencia, gestión, capacitación y docencia, etc.).

La denominada en la ley “estrategia integral”, que combina aspectos propios de una lógica más instrumental, otros de la lógica estratégica y otros de la lógica sistémica, incluye acciones tales como: a) Atención (prevención y cobertura especializada); b) Vigilancia epidemiológica y entomológica: Sistema de información, seroprevalencia, monitoreo aéreo, técnicas y procedimientos de análisis de la magnitud de las patologías, determinando los factores de influencia; c) Laboratorios: Manejo de las técnicas diagnósticas de dengue; d) Manejo, evaluación y auditoría de casos; e) Comunicación institucional: Redes sociales (comunicadores sociales, Organizaciones No Gubernamentales, religiosas, grupos sociales con experiencia en trabajo con residuos sólidos urbanos, entre otros); f) Trabajo con Ministerio de Educación de la Provincia, en el aula y en el domicilio de los alumnos -campañas de hogares libres de dengue-.g) Herramientas de evaluación. Las “reglas de acceso” son muy amplias, aunque se precisan los caminos a seguir. Se combinan razonablemente objetivos-medios (objetivos de la ley) con medios-objetivos (las acciones a las que se refiere este párrafo).

Entre las acciones básicas de implementación, que claramente apuntan a los “grupos-objetivo” (aquellos grupos cuyo comportamiento se considera, políticamente, la causa directa o indirecta que la política pública intenta resolver)<sup>23</sup>, y donde se aprecian trazos bien propios de las “normas-reacción” (que actúan sobre el fenómeno que se regula), destacamos: a) Control de criaderos. Se priorizan basurales, baldíos, cementerios y estanques o cursos de agua; b) Eliminación de residuos sólidos: Campañas, inspecciones, posibilidad de auxilio de la fuerza pública, y acuerdos para la recolección diferenciada (en particular neumáticos, recipientes de metal o plástico y botellas) y reciclaje; c) Manejo del empleo de insecticidas; d) Campaña intersectorial indicando objeto, plazos y responsables; e) Prestación de servicios civiles; f) Organización de la información (línea de base, factibilidad, monitoreo y evaluación); g) Publicación de informes periódicos. En este campo es fundamental la acción integrada con los municipios, los que adhiriendo a la norma toman los puntos a) a d), combinando para el resto con la cartera sanitaria (que toma a su cargo fundamentalmente los puntos f) y g).

Otro aspecto saliente de la ley, es el relevamiento domiciliario previsto, con rigor metodológico censal estadístico, con el propósito de: a) Recabar información, como mínimo, en los siguientes puntos: Conocimientos sobre la enfermedad del dengue y su transmisión; conocimientos sobre el vector; observación de criaderos reales y potenciales. b) Suministrar información en el marco de las campañas de comunicación en curso o por desarrollarse. c) Evacuar consultas básicas y brindar información acerca de los centros de referencia. d) Implementar las acciones de disposición final de residuos sólidos domiciliarios, que impliquen la disminución de criaderos de mosquitos, que en virtud de los relevamientos fuere menester ejecutar. El Relevamiento, instrumentado normativamente por el Decreto reglamentario y la Resolución Ministerial 818/09, se implementó de modo efectivo y completo, el 15 de noviembre de 2009, en la totalidad de los domicilios urbanos de la Provincia.

<sup>23</sup> KNOEPFEL, Peter, Corinne LARRUE, Frédéric VARONE, et. al (2007), Hacia un modelo de análisis de políticas públicas operativo. Un enfoque basado en los actores, sus recursos y las instituciones, Ciencia Política, vol. 2, n° 3, Universidad Nacional de Colombia, Colombia, p. 15.

Se establecen “reglas destinadas a regir conductas individuales”<sup>24</sup>, obligaciones para vecinos y titulares de establecimientos, que de incumplirse acarrearán sanciones, entre ellas la multa y para los establecimientos, la clausura. Se aborda el manejo de chatarra y neumáticos (utilizables o no utilizables).

Cabe destacar que en materia de recursos, los efectores involucrados, en particular el Hospital Rawson<sup>25</sup>, sito en la ciudad de Córdoba, que había refaccionado (ampliado) durante 2008 sus consultorios externos y servicio de guardia, incrementaron también su dotación de personal y se priorizó la adquisición de insumos destinados a la prevención y combate al mosquito, trabajando en conjunto con la Secretaría de Ambiente (fumigaciones en zonas urbanas) y los Municipios y Comunas (entrega de material a intendentes para su distribución). Se produjo y distribuyó folletería informativa por diversas vías, resultando muy efectiva la entrega domiciliaria, abrochada a la boleta de Empresa Provincial de Energía de Córdoba (EPEC). Se destaca un buen manejo de los recursos relacionales y también los de confianza. Se desarrollaron un conjunto de criterios e instrumentos para facilitar la gestión administrativa y operativa del censo y otras acciones que implican contrataciones y disponibilidad financiera, trabajando en conjunto entre el Ministerio de Salud, la Secretaría General de la Gobernación, el Ministerio de Finanzas y la Fiscalía de Estado. Todo ello en un marco de sólido respaldo político, por parte del Gobierno Provincial, a las acciones ejecutadas.

La adopción de un programa legislativo complementó de modo muy eficaz el esfuerzo realizado en los primeros meses del año. Las acciones implementadas en su marco, se incorporaron de un modo u otro a la agenda política y contaron con suficiente difusión. Muchas de ellas, en su carácter de “reglas destinadas a regular interacciones” fueron ejecutadas por más de una cartera, organismo o nivel de gobierno: campañas en las escuelas (que incluyeron concursos para la comunidad escolar) entre los Ministerios de Salud y Educación, relevamientos en terreno que contaron con la participación de la Universidad Nacional de Córdoba y de la Secretaría de Ambiente y la preparación y ejecución del censo realizado el 15 de noviembre de 2009 (que relevó más de un millón de domicilios) en conjunto entre la cartera sanitaria y la Dirección General de Estadística y Censos (por entonces dependiente de la Secretaría Provincial de la Gobernación), con intervención posterior de la Universidad Tecnológica Nacional - Facultad Regional Córdoba en el relevamiento de los datos y la elaboración de un mapa de riesgo. A partir de agosto/septiembre, el acompañamiento del Ministerio de Salud de la Nación, sobre todo en lo que se relaciona con folletería, difusión, elementos de logística, fue estable y significativo.

Otro aspecto clave del éxito del plan para el período 2009 - 2011, fue el rol asignado a los municipios. El trabajo desarrollado en el marco del Pacto Sanitario ya había permitido a muchos municipios o comunas optimizar sus centros de salud, y la gimnasia relacional con la cartera sanitaria estaba altamente desarrollada. El dengue, un problema esencialmente urbano o semi urbano, que también recoge las consecuencias disvaliosas del modelo local de los años 70 y 80 (no planificación, crecimiento desordenado y polinuclear, inmigración no controlada, ampliación de la marginalidad), que básicamente se maneja mejorando las condiciones de orden y aseo de la vivienda, eliminando focos donde pueda criarse el mosquito, encuentra en la escala local uno de los motivos de su brote (la falta de preocupación por el control y la poca o nula prevención o generación de conciencia sanitaria) pero también halla en el gobierno local un vehículo idóneo para el trabajo “puerta a puerta”, la rápida atención en las redes de atención primaria y la

<sup>24</sup> ASCHER, William (1992): “La evolución de las ciencias políticas”, en AGUILAR VILLANUEVA, Luis (ed.), El estudio de las políticas públicas, México, Miguel Ángel Porrúa, p. 182.

<sup>25</sup> Hospital especializado en infectología.

colaboración para la limpieza de espacios públicos.

El tiempo fue un factor de presión. Ante la pésima gestión nacional del problema en su inicio, el enorme temor social generado por la falta de respuestas, la particular situación de la provincia como receptora de movimientos importantes desde y hacia los países principalmente afectados (Brasil fundamentalmente por turismo y Bolivia o Paraguay por movilidad migratoria) y la complicación de provincias vecinas como Santa Fe, se hizo imprescindible actuar rápido y bien. Se trabajó para asegurar ciertos plazos en la ejecución de ciertas acciones y en la mayoría de los casos se cumplió. En esto fue importante que el Plan Director se ocupó de flexibilizar con precisión ciertos aspectos del andamiaje administrativo, ya que muchas veces éste complica o retrasa la ejecución de las acciones, aún cuando hay presupuesto y los recursos humanos están disponibles.

## V. A modo de “evaluación conclusiva”

El problema, cierto, intenso, de amplia afectación social, de relativa novedad, y de urgente abordaje, fue contenido en Córdoba satisfactoriamente, mediante una estrategia formalizada en un conjunto de instrumentos o reglas que dieron base a un sinnúmero de acciones.

Las acciones implementadas en 2009 generaron un rápido impacto en 2010. En todo el país, para ese año fueron 1.185 los casos, demostrándose la eficacia del esfuerzo nacional y de las provincias. Córdoba redujo significativamente la cantidad de infectados: 6. En 2011, la totalidad de casos a nivel nacional, se redujo aún más: 276 (en Córdoba sólo 3 infectados). Aquí debemos hacer una consideración. En diciembre de 2011, se produce el fin del mandato 2007-2011 para todos los niveles de gobierno. En la Nación, se mantienen Presidente y Ministro de Salud. En la Provincia, cambian el Gobernador y el Ministro de Salud<sup>26</sup>. En los municipios y comunas, se producen también numerosos cambios. Durante 2012, son 194 los casos nacionales (Córdoba suma 5)<sup>27</sup>. Pero en ese año, ocurren en la Provincia una serie de situaciones devenidas del cambio de autoridades. La nueva conducción ministerial, aun cuando se trataba de gobiernos del mismo partido político, no priorizó -como la anterior- el Plan Director. Se discontinuaron numerosas acciones, sobre todo las desarrolladas en conjunto con los municipios-ruptura de una coalición interjurisdiccional que había generado una policy network- y el control de foco. Cambiaron autoridades hospitalarias, sin manejo de los nuevos de lo hecho hasta entonces. El Área de Epidemiología del Ministerio, si bien mantuvo sus cuadros -que incluso habían sido concursados tanto en niveles de conducción como operativos-, perdió la relación institucional estable que caracterizó su vínculo con el Ministro anterior, y por intermedio de este, con un sinnúmero de actores gubernamentales involucrados. Sólo para poner un ejemplo, se vencieron durante ese período, sin utilizarse en la Provincia, según un informe del Ministerio de Salud de la Nación, 8.040 litros de insecticida (la mitad de total vencido en el país)<sup>28</sup>, por no haberse facilitado desde la estructura central del Ministerio, las contrataciones de empresas fumigadoras y algunas medidas adicionales de logística. Se perdió también capacidad operativa para seguir distribuyendo material aportado por

<sup>26</sup> Durante la gestión del Cr. Juan Schiaretti como Gobernador de la Provincia de Córdoba (2007-2011) se desempeñó como Ministro de Salud el Dr. Oscar F. González. Durante la tercera gobernación del Dr. José Manuel de la Sota (2011 – 2015), el Dr. Carlos Simon ocupó el cargo desde el inicio de la gestión hasta diciembre de 2013, cuando el Gobernador decidió modificar parte del gabinete provincial ocupando su lugar el Dr. Francisco Fortuna hasta la actualidad.

<sup>27</sup> Ministerio de Salud de la Nación (2012): Actualización de la situación de vigilancia de dengue en la República Argentina ([http://www.msal.gov.ar/dengue/images/stories/partes\\_dengue/parte74.pdf](http://www.msal.gov.ar/dengue/images/stories/partes_dengue/parte74.pdf)) (Fecha de Consulta: 12 de agosto de 2017)

<sup>28</sup> Ministerio de Salud de la Nación (2012): Conceptualización del Dengue en Argentina [en línea] <[www.msal.gov.ar/images/stories/...04.../cofesa-18-12-2012-dengue.ppt](http://www.msal.gov.ar/images/stories/...04.../cofesa-18-12-2012-dengue.ppt)> (Fecha de Consulta: 14 de septiembre de 2017)

la Nación. Se resintió el arreglo institucional, dejaron de convocarse las estructuras de seguimiento, expertos y se atrofió la posibilidad de coordinación horizontal.

La denominada por la doctrina “coherencia al interior de la política”, y su coordinación con otras políticas públicas se licuó. Sólo se mantuvieron grupos fragmentados, trabajando en el marco de la ley. Las prioridades de la nueva gestión ministerial pasaron por otros objetivos. Pero las altas temperaturas se mantuvieron, hubo una gran cantidad de casos de dengue en países limítrofes y el mosquito volvió a hacer su trabajo.

El problema estalló nuevamente en el verano de 2013. Los casos de dengue se incrementaron en todo el país, con un total de 2.718 para los doce meses. Córdoba pasó a tener 162 casos en ese período, aunque lo más grave es que sólo 13 fueron “importados”<sup>29</sup>, lo que habla de que la discontinuidad de 2012 afectó sensiblemente la vulnerabilidad en la Provincia al problema.

Durante 2014, se registraron en América del Sur 612.000 casos de dengue, según la Organización Panamericana de la Salud, y en el mismo año fueron 490 los casos en la Argentina<sup>30</sup>. En 2015, se registraron 252 casos en el país<sup>31</sup>, habiendo un brote en la ciudad de Córdoba con 156 casos confirmados notificados<sup>32</sup>. Por otra parte, a mediados de 2014, surgió un alerta de circulación autóctona de Fiebre Chikunguña en la región de las Américas. La fiebre Chikunguña es una enfermedad emergente causada por un Alfavirus, el virus Chikungunya. Esta enfermedad es transmitida principalmente por mosquitos *Aedes aegypti* y *Aedes albopictus*, las mismas especies involucradas en la transmisión del dengue<sup>33</sup>. En Argentina fueron notificados 123 casos sospechosos durante 2014, de los cuales 23 fueron confirmados. Todos los casos probables y los confirmados tuvieron como causa viajes a países con circulación viral autóctona. En 2015 se registraron 246 casos y en 2016 826 superando ampliamente los registrados en la peor epidemia de 2009<sup>34</sup>.

En 2016 la Argentina atravesó su peor epidemia con 78.245 casos notificados y 41.210 confirmados<sup>35</sup>. En lo que va del año se registraron un total de 638 casos positivos para dengue entre confirmados y probables, de los cuales 558 (88%) fueron casos autóctonos, y no se registró circulación activa de chikunguya<sup>36</sup>.

La mala calidad de la transición entre la gestión sanitaria saliente y la entrante, fue determinante en este problema. También la falta de resolución de otros problemas conexos y preexistentes al dengue, más relacionados con el saneamiento ambiental y el desarrollo social. La conducción sanitaria asumida en 2011, fue reticente a mantener los trazos de la anterior, sobre todo en temas en los que el elenco saliente había mostrado ciertos resultados. Esta sorpresiva falta de visión estratégica sanitaria del equipo entrante—pues el Ministro y dos de sus Secretarios habían integrado el equipo de la gestión anterior, como directores o subdirectores de los dos principales nosocomios del

<sup>29</sup> Diario La Voz del Interior (2013): Dengue: ahora es el momento de luchar contra el mosquito (<http://www.lavoz.com.ar/ciudadanos/dengue-ahora-es-el-momento-de-luchar-contra-el-mosquito>) (Fecha de Consulta: 15 de septiembre de 2017).

<sup>30</sup> Organización Panamericana de la Salud (2014): Casos reportados de Dengue en las Américas ([http://www.paho.org/hq/index.php?option=com\\_topics&view=readall&cid=3274&Itemid=40734&lang=es](http://www.paho.org/hq/index.php?option=com_topics&view=readall&cid=3274&Itemid=40734&lang=es)) (Fecha de Consulta: 19 de agosto de 2017).

<sup>31</sup> Organización Panamericana de la Salud (2015): Casos reportados de Dengue en las Américas ([http://www.paho.org/hq/index.php?option=com\\_topics&view=readall&cid=3274&Itemid=40734&lang=es](http://www.paho.org/hq/index.php?option=com_topics&view=readall&cid=3274&Itemid=40734&lang=es)) (Fecha de Consulta: 19 de agosto de 2017).

<sup>32</sup> Ministerio de Salud de la Nación (2015): Boletín Integrado de Vigilancia (<http://www.msal.gov.ar/images/stories/boletines/Boletin-Integrado-De-Vigilancia-N267-SE28.pdf>) (Fecha de Consulta: 19 de agosto de 2017)

<sup>33</sup> Ministerio de Salud de la Nación (2014): Enfermedades Infecciosas, Fiebre Chikunguña (<http://www.msal.gov.ar/images/stories/epidemiologia/materiales/fiebre-chikungunya-argentina-11-07-2014.pdf>) (Fecha de Consulta: 20 de agosto de 2017)

<sup>34</sup> Diario La Voz del Interior (2016): Córdoba vivió este año su peor brote de dengue, (<http://www.lavoz.com.ar/ciudadanos/cordoba-vivio-este-ano-su-peor-brote-de-dengue>) (Fecha de Consulta: 21 de septiembre de 2017).

<sup>35</sup> Ministerio de Salud de la Nación (2016): Boletín Integrado de Vigilancia ([http://www.msal.gov.ar/images/stories/boletines/boletin\\_integrado\\_vigilancia\\_N340-SE51.pdf](http://www.msal.gov.ar/images/stories/boletines/boletin_integrado_vigilancia_N340-SE51.pdf)) (Fecha de Consulta: 19 de agosto de 2017).

<sup>36</sup> Ministerio de Salud de la Nación (2017): Boletín Integrado de Vigilancia ([http://www.msal.gov.ar/images/stories/boletines/boletin\\_integrado\\_vigilancia\\_N377-SE37.pdf](http://www.msal.gov.ar/images/stories/boletines/boletin_integrado_vigilancia_N377-SE37.pdf)) (Fecha de Consulta: 19 de agosto de 2017)

sistema público-, fueron determinantes. Se superó en parte porque el problema -aunque soslayado- ya era conocido por los nuevos responsables político-administrativos, que retomaron trabajos de 2009-2011 y también por la ciudadanía. Respecto a ésta, y a su comportamiento, es posible que el Estado haya descuidado el efectivo cumplimiento de las “reglas individuales” ya desde el segundo año del plan, ante un temprano resultado positivo en los *outcomes*<sup>37</sup>. Y la falta de trabajo domiciliario y en espacios públicos, sumado a las dificultades para concretar acciones de control de foco ya indicadas más arriba, incidió notablemente en el regreso del aedes a gran escala.

## VI. Colofón

El problema del dengue, fue y sigue siendo un enorme desafío para el Estado Social de Derecho. Representa, en definitiva, la exteriorización de causas profundas: agresión al ambiente, imprevisión, pobreza, marginalidad social, ignorancia, falta de solidaridad, carencia de conciencia sanitaria, ausencia de autoridad (de ideas, de planes, de imperium). Fallas múltiples de un paradigma estatal que, teóricamente, debe superar los límites del modelo liberal-conservador-gendarme.

Las buenas intenciones del Estado Social de Derecho, encuentran techo en las propias fallas del timonel: los gobiernos han carecido, en estos temas, de políticas de largo plazo. Se verifica también, la temida fragmentación de las decisiones y la ausencia de planes de gestión integrada.

Frente a la crisis nacional, la respuesta de Córdoba desde 2008, fue eficiente, eficaz, oportuna, aunque puntual o muy focalizada a la superficie: la multiplicación de casos de dengue. La programación, fue coherente con la implementación. Cierta distensión en el control durante 2011 y el abandono del Plan Director en 2012 determinaron la crisis de 2013. Hoy se advierte razonable una evaluación integral de la política aplicada (variable independiente) y una definición de nuevos objetivos y acciones, donde se ataquen con firmeza y plazos-metas ciertas, un conjunto de causas estructurales de vulnerabilidad (variables dependientes) que, de no abordarse, mantendrán latente la posibilidad de nuevos brotes.

Esa mirada, empapada axiológicamente de los propósitos y objetivos del Estado Social de Derecho, permitiría realmente considerar al problema como “oportunidad”.

La Constitución de la Provincia de Córdoba consagra la invencible e irreversible vigencia del Estado Social de Derecho, como principio de organización social, en el que se toman los valores jurídico-políticos clásicos, pero de acuerdo con las demandas y condiciones de la sociedad del presente como exigencias ya no formales sino materiales que deben ser cumplidas. La Carta Magna Provincial, como anticipábamos, consagra a la Salud como una política especial del Estado<sup>38</sup>, reafirmando la concepción de adhesión al estado social de derecho, y concibe a la salud como derecho personal, como derecho social y como deber personal.

En este orden de ideas, a los fines instrumentales, la alternativa de los sunset-laws es interesante, ya que se trata de programas que sólo se autorizan legislativa y presupues-

<sup>37</sup> KNOEPFEL, Peter, Corinne LARRUE, Frédéric, VARONE, et. al (2007): Op. Cit. p. 37.

<sup>38</sup> Mediante la incorporación de un Capítulo dedicado a políticas especiales del Estado ya no sólo se reconoce estos derechos, sino que se determina cómo se deben implementar. En este orden de ideas, el artículo 59 de la Constitución Provincial establece los siguientes criterios: a) la salud como bien natural y social; b) generar el bienestar psicofísico, espiritual, ambiental y social al igual que la definición de la OMS c) garantizarlo mediante acciones y prestaciones; d) un sistema de salud, integrado y universal; e) la concertación de la política sanitaria con los otros niveles de gobierno y organismos; f) reafirma su poder de policía, teniendo en cuenta lo que establece la Constitución Nacional; g) promueve la participación.

tariamente por un período determinado de tiempo y que deben forzosamente acabar pasado ese período, a menos que se vuelva a legislar su reinicio<sup>39</sup>.

---

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AGUILAR VILLANUEVA, Luis (ed.) (1992): El estudio de las políticas públicas, Miguel Ángel Porrúa, México.
- AIZENBERG, Marisa (dir.), Estudios acerca del derecho de la salud, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, La Ley.
- ALONSO CABRERA, Gustavo (2004): “Teorías y modelos en la salud pública del siglo XX” en Revista Colombia Médica, n° 3, Cali, UNIVALLE.
- ARANGO VÉLEZ, Alba Lucía (2007): “Nuevas dimensiones del concepto de salud: el derecho a la salud en el Estado social de derecho” en Hacia La Promoción de la Salud, Vol. 12, Colombia.
- CASTRILLÓN, María Elena, Noelia ITURRIETA, Sergio CATIVELLI, et al (2010): “Hallazgos ultrasonográficos en pacientes con Dengue: revisión de la literatura” en Revista argentina de Radiología, n°1, Buenos Aires, Sociedad Argentina de Radiología.
- KNOEPFEL, Peter, Corinne LARRUE, Frédéric VARONE, et. al (2007): “Hacia un modelo de análisis de políticas públicas operativo. Un enfoque basado en los actores, sus recursos y las instituciones” en Ciencia Política, vol. 2, n° 3, Colombia, Universidad Nacional de Colombia.
- Diario La Voz del Interior (2013): Dengue: ahora es el momento de luchar contra el mosquito (<http://www.lavoz.com.ar/ciudadanos/dengue-ahora-es-el-momento-de-luchar-contr-el-mosquito>) (Fecha de Consulta: 15 de septiembre de 2017).
- Organización Mundial de la Salud (2006): Constitución de la Organización Mundial de la Salud ([http://www.who.int/governance/eb/who\\_constitution\\_sp.pdf](http://www.who.int/governance/eb/who_constitution_sp.pdf)) (Fecha de Consulta: 22 de agosto de 2017).
- Organización Mundial de la Salud (2015): Enfermedades transmitidas por vectores. (<http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs387/es/index2.html>) (Fecha de Consulta: 25 de junio de 2015).
- Organización Panamericana de la Salud (2014): Casos reportados de Dengue en las Américas ([http://www.paho.org/hq/index.php?option=com\\_topics&view=readall&cid=3274&Itemid=40734&lang=es](http://www.paho.org/hq/index.php?option=com_topics&view=readall&cid=3274&Itemid=40734&lang=es)) (Fecha de Consulta: 19 de agosto de 2017)
- Organización Panamericana de la Salud (2015): Casos reportados de Dengue en las Américas ([http://www.paho.org/hq/index.php?option=com\\_topics&view=readall&cid=3274&Itemid=40734&lang=es](http://www.paho.org/hq/index.php?option=com_topics&view=readall&cid=3274&Itemid=40734&lang=es)) (Fecha de Consulta: 19 de agosto de 2017)
- ORTEGA, José Emilio y Darío SBARATO (2012): ¿Desde que mañana vemos el hoy? El tiempo de la coordinación, Córdoba, Ed. del Ministerio de Salud de la Provincia de Córdoba.
- ORTEGA, José Emilio y Federico ZAVALLEY (dirs.) (2009): Práctica Jurídica de la

---

<sup>39</sup> SUBIRATS, Joan (2009): Op. Cit., p. 173.

- Salud Pública, Córdoba, Ed. del Ministerio de Salud de la Provincia de Córdoba.
- OSZLAK, Oscar y Edgardo ORELLANA (2001): "El análisis de la capacidad institucional: aplicación de la metodología SADCI" en [Top.org.ar](http://Top.org.ar)
  - Ministerio de Salud de la Nación (2009), Situación del Dengue en Argentina – Primer Semestre de 2009 n° 44, Boletín Epidemiológico Periódico, Buenos Aires.
  - Ministerio de Salud de la Nación (2009), Protocolo de Acciones de Control de Aedes aegypti (<http://www.msal.gov.ar/images/stories/cofesa/2009/acta-02-09/anexo-7-control-de-vectores-02-09.pdf>) (Fecha de Consulta: 25 de agosto de 2015).
  - Ministerio de Salud de la Nación (2012): Actualización de la situación de vigilancia de dengue en la República Argentina: ([http://www.msal.gov.ar/dengue/images/stories/partes\\_dengue/parte74.pdf](http://www.msal.gov.ar/dengue/images/stories/partes_dengue/parte74.pdf)) (Fecha de Consulta: 12 de agosto de 2017)
  - Ministerio de Salud de la Nación (2012): Conceptualización del Dengue en Argentina ([www.msal.gov.ar/images/stories/...04.../cofesa-18-12-2012-dengue.ppt](http://www.msal.gov.ar/images/stories/...04.../cofesa-18-12-2012-dengue.ppt)) (Fecha de Consulta: 14 de septiembre de 2017)
  - Ministerio de Salud de la Nación (2016): Boletín Integrado de Vigilancia ([http://www.msal.gov.ar/images/stories/boletines/boletin\\_integrado\\_vigilancia\\_N340-SE51.pdf](http://www.msal.gov.ar/images/stories/boletines/boletin_integrado_vigilancia_N340-SE51.pdf)) (Fecha de Consulta: 19 de agosto de 2017)
  - Ministerio de Salud de la Nación (2017): Boletín Integrado de Vigilancia ([http://www.msal.gov.ar/images/stories/boletines/boletin\\_integrado\\_vigilancia\\_N377-SE37.pdf](http://www.msal.gov.ar/images/stories/boletines/boletin_integrado_vigilancia_N377-SE37.pdf)) (Fecha de Consulta: 19 de agosto de 2017)
  - Ministerio de Salud de la Nación (2015): Boletín Integrado de Vigilancia (<http://www.msal.gov.ar/images/stories/boletines/Boletin-Integrado-De-Vigilancia-N267-SE28.pdf>) (Fecha de Consulta: 19 de agosto de 2017)
  - Ministerio de Salud de la Nación (2014): Enfermedades Infecciosas, Fiebre Chikunguña (<http://www.msal.gov.ar/images/stories/epidemiologia/materiales/fiebre-chikungunya-argentina-11-07-2014.pdf>) (Fecha de Consulta: 20 de agosto de 2017)
  - SUBIRATS, Joan (1989): Análisis de políticas públicas y eficacia de la administración, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid.



# DE LA SALUD PÚBLICA A LA COBERTURA UNIVERSAL DE SALUD: EL CASO ARGENTINO

---

## FROM PUBLIC HEALTH TO UNIVERSAL HEALTH COVERAGE: THE ARGENTINIAN CASE

---

PABLO CEJAS ROMANELLI<sup>1</sup>

---

*Fecha de recepción: 31/10/2017*

*Fecha de aceptación: 10/11/2017*

### RESUMEN

La salud pública es un concepto dinámico que obligó a los operadores sanitarios a pensar en estrategias de promoción y protección de la salud humana. Con el paso del tiempo, dicho concepto evolucionó hacia el de salud internacional, y este último, al de salud global en un contexto de globalización.

La Organización Mundial de la Salud (OMS) se perfiló como el ente destinado a instrumentar las políticas de salud global. En tal sentido la Cobertura Universal de Salud surgió como el resultado de la política de dicha organización que no estuvo exenta de presiones y controles de organismos no estatales.

La República Argentina incorporó al sistema de salud nacional, la Cobertura Universal de Salud que, tal como se verificó en la normativa internacional que le dio nacimiento, la prioridad está puesta en la salud financiera del sistema sanitario antes que en el derecho a la salud.

---

### ABSTRACT

Public health is a dynamic concept that forced healthcare operators to think about strategies for the promotion and protection of human health. With the passage of time, this concept evolved towards international health, and the latter, to global health in a context of globalization.

The World Health Organization (WHO) emerged as the entity destined to implement global health policies. In this regard, the Universal Health Coverage emerged as the result of the policy of this organization that was not exempt from pressures and controls by non-state organizations.

---

<sup>1</sup>Abogado (UNC), Escribano (UES21), cursando la Especialización en Educación y Tecnologías de Información y Comunicación (Instituto Nacional de Formación Docente), Maestrando en Relaciones Internacionales (CEA-UNC). Abogado Fiscal de la Dirección de Jurisdicción de Auditoría del Tribunal de Cuentas de la Provincia de Córdoba. Docente de las Cátedras de Derecho Internacional Privado y de Economía (UNC). Investigador del Instituto Económico e Interdisciplinario de la Facultad de Derecho (UNC). Investigador del programa "Globalización, Gobernanza, Derechos (humanos) y Bienes Públicos" (CEA-UNC). Presidente de la Fundación Instituto para la Investigación Jurídica y Social (Córdoba-Argentina). [pablocejasromanelli@gmail.com](mailto:pablocejasromanelli@gmail.com) - [pcejasromanelli@injus.org](mailto:pcejasromanelli@injus.org)

The Argentine Republic incorporated into the national health system, the Universal Health Coverage that, as verified in the international regulations that gave birth to it, the priority is placed on the financial health of the health system rather than on the right to health.

Palabras clave: Derecho Humano a la salud – Cobertura Universal de Salud – OMS – Salud global – Salud internacional

---

Keywords: Human Right to health – Universal Health Coverage – WHO – Global health – International health

## I. A modo de introducción

La cuestión de la salud de los pueblos del mundo ha sido un elemento que ha llamado la atención de las autoridades estatales como así también de diferentes organizaciones internacionales. Pero particularmente fue explorada por la Organización de Naciones Unidas por vía de su organismo especializado, la Organización Mundial de la Salud (OMS). En el Preámbulo de la Constitución de la OMS, firmada el 22 de julio de 1946, surge que la salud es un concepto integral que alude no solamente a la ausencia de enfermedades, sino a un estado general de bienestar mental, físico y social. Asimismo establece que el derecho al goce del grado máximo de salud es un derecho fundamental cuyos titulares son todas las personas sin distinción de sexo, raza, ideología, religión, o condición económica o social.

Sin embargo, la normativa que se considera la piedra fundacional de la Cobertura Universal de Salud, la Resolución WHA 58.33, alude en múltiples oportunidades a aspectos financieros, mientras que en ningún momento conceptualiza a la salud humana como un derecho.

Por este motivo, se procurará analizar la evolución del concepto de salud pública hacia el de salud global, partiendo de la noción de derecho a la salud como Derecho Humano, y cómo esta se articula en las políticas de la OMS a partir de la estrategia de la Cobertura Universal de Salud.

El artículo se divide en cuatro secciones. La primera, busca abordar el concepto de salud pública en su evolución hacia el de salud global, en un marco de procesos históricos, políticos, sociales y culturales, valiéndose de algunas categorías provistas por las Relaciones Internacionales. En este sentido, se efectúa un análisis de la noción de salud como aspecto vinculado a la seguridad de los Estados, para finalmente indagar en el Derecho Humano a la salud desde la perspectiva de salud global.

La segunda sección, ingresa al análisis de la evolución histórica de la Organización Mundial de la Salud, contextualizándolos según los periodos históricos y los vaivenes en materia financiera. Asimismo se describen los periodos de crisis de la organización, ya como consecuencia de falencias internas, como del influjo de presiones de otros organismos no estatales ni intergubernamentales.

Finalmente, la tercera sección analiza el debate de la cobertura versus el acceso a la salud, valiéndose de conceptos y categorías de análisis que se contrastarán con normativa internacional y nacional argentina, al mismo tiempo que alguna jurisprudencia del máximo tribunal argentino.

## II. De la salud pública a la salud global: el derecho humano a la salud

### 1. De la salud pública a la salud internacional

La salud pública es una noción nacida a mediados del siglo XIX en los Estados Unidos, Inglaterra y Europa Occidental como consecuencia de movimientos sociales reformistas y el crecimiento del conocimiento médico. En tal sentido, la noción se emparentaba con el estudio de la causación y el manejo de las enfermedades infecciosas<sup>2</sup>.

Fue a C. E. A. Winslow a quien se le atribuyó haber dado una definición de salud pública hace casi un siglo, cuando expuso que

*“(...) es la ciencia y el arte de prevenir enfermedades, prolongar la vida, y promover la salud física y la eficacia a través de esfuerzos comunitarios organizados tendientes a la sanitización del medioambiente, el control de las infecciones contagiosas, la educación individual en materia de higiene personal, la organización de servicios médicos y de enfermería para el diagnóstico temprano y tratamiento preventivo de la enfermedad, y el desarrollo de una maquinaria social que asegurará a cada individuo en la comunidad, un estándar de vida adecuado para el mantenimiento de la salud”<sup>3</sup>.*

Este concepto se tornó en un pilar fundacional de la disciplina. No obstante, se ensayaron otras definiciones, como lo hizo el Instituto de Medicina de los Estados Unidos cuando conceptualizó en su reporte sobre el Futuro de la salud pública de 1988 la misión de la salud pública como *“el cumplimiento de los intereses de la sociedad en el aseguramiento de condiciones en las cuales las personas pueden permanecer saludables”<sup>4</sup>.*

Por otro lado, el Diccionario de Epidemiología de Miquel Porta proporciona como una de las definiciones de la salud pública, la de

*“políticas, servicios, programas y otros esfuerzos específicos acordados (idealmente y habitualmente, democráticamente), organizados, estructurados, financiados, monitoreados, y evaluados por la sociedad para proteger, promover y restaurar colectivamente la salud de las personas y sus determinantes”<sup>5</sup>.*

De esta manera, la salud pública se erigió como una herramienta, una política y una obligación, esencialmente a cargo del Estado, cuya finalidad se encamina a la prevención, la atención temprana, la restauración, y el mantenimiento de las condiciones de salud de los seres humanos. Dentro de ella, cabe incluir la existencia de un sistema sanitario con infraestructura y recursos que aseguren dichos fines. La preocupación central, era pues, hacia adentro de las fronteras estatales.

En la medida que fueron apareciendo amenazas tales como epidemias, pandemias, infecciones, etc., combinadas con la posibilidad de que ellas trascendiesen las fronteras nacionales, determinó la aparición de una nueva noción: la salud internacional. Junto con este nuevo concepto, se abrió paso a otro espacio de relacionamiento externo de los Estados nacionales entre sí, a partir del cual se analizaron estrategias comunes mayormente vinculadas con el afrontamiento de amenazas comunes en materia de salubridad<sup>6</sup>. Merson, Black y Mills definen a la salud internacional como *“(...) la aplicación de los principios de la salud pública a los problemas y desafíos que afectan a los países de bajo y medio nivel de ingresos, y al complejo conjunto de fuerzas globales y locales que los*

<sup>2</sup> KOPLAN, Jeffrey P.; BOND, T. Christopher; MERSON, Michael H.; REDDY, K. Srinath; RODRÍGUEZ, Mario Henry; SEWANKAMBO, Nelson K.; WASS, Judith N Wass (2009): Towards a common definition of global health, Lancet, 373, pp. 1993.

<sup>3</sup> WINSLOW, C. E. A (1920): The Untilled Fields of Public Health. Science, New Series, Vol. 51, No. 1306, American Association for the Advancement of Science, p. 30.

<sup>4</sup> Instituto de Medicina de Estados Unidos (1988): The future of Public Health, National Academy Press, Washington, DC.

<sup>5</sup> PORTA, Miquel (Editor) (2014): A dictionary of epidemiology, New York, Oxford University Press.

<sup>6</sup> Estas amenazas comunes incluían por ejemplo, respuestas ante plagas o epidemias que sin obedecer las divisiones fronterizas de los Estados nacionales, amenazaban a la población y provocaba riesgos sanitarios de propagación de infecciones.

*informan*<sup>7</sup>. Por otro lado, la salud internacional fue también asimilada como una óptica desde lo nacional y desde el Estado que ve amenazados –o podría ver amenazados– sus intereses, su seguridad, su integridad territorial, etc.

El concepto de salud internacional siguió un camino diferente al que describió el de salud pública. Habitualmente fue utilizado como sinónimo de las actividades emprendidas en el exterior<sup>8</sup>, vinculadas a un foco de atención geográfico en los países de menores recursos y con especial énfasis en las enfermedades infecciosas, la desnutrición, el acceso al agua (potable), la natalidad y maternidad, aunque ello no implique dejar de lado las estrategias comunes de los Estados en el manejo de epidemias y pandemias. Es así que la salud internacional se asocia más explícitamente a relaciones políticas y prácticas de salud pública que llevan adelante los Estados nacionales<sup>9</sup> y en su relacionamiento recíproco.

## 2. De la salud internacional a la salud global y la securitización de la salud

Según lo manifestara el ex vicepresidente de la Asamblea Mundial de la Salud, Pedro Caba, la salud no se opone a la noción de enfermedad, sino que se trata de un concepto que resulta inescindible *“(...) de la paz y de la amenaza de guerra, de la eliminación de la pobreza y de la marginación, de la conservación del medio ambiente, de la reducción del desempleo (...)”*<sup>10</sup>.

Con los cambios que trajo aparejados la globalización, el concepto de salud internacional planteó un déficit para cubrir los nuevos desafíos y amenazas. Al mismo tiempo, el sistema westfaliano de poder comenzaba a mostrar fracturas producto de la emergencia de nuevos actores y centros de poder<sup>11</sup>.

La globalización alude a un *“proceso histórico que transforma la organización de las relaciones sociales y las transacciones, generando redes transcontinentales o interregionales de interacción y ejercicio del poder”*<sup>12</sup>. El foco de la globalización no está –ni estuvo entonces– dado por lo comercial, exclusivamente, sino que pretende ser un marco de referencia dentro del que se desenvuelven relaciones interpersonales, intergubernamentales, internacionales, y con la emergencia de nuevos actores no estatales, las relaciones transnacionales.

Si bien autores como Aldo Ferrer sitúan los orígenes del proceso de globalización con el descubrimiento de América y la creación de un orden económico internacional, el sentido que se le dará en el presente artículo al término globalización, lo ubica en el período iniciado en la segunda mitad del Siglo XX<sup>13</sup>. En este período aún no concluido, las profundas transformaciones de las comunicaciones, la tecnología, la intensificación de relaciones sociales a una escala mundial que –al decir de Anthony Giddens– *“(...) enlaza los lugares distantes de manera tal que los acontecimientos locales son moldeados por sucesos que ocurren a muchos kilómetros de distancia y viceversa”*<sup>14</sup>.

En este nuevo contexto de la realidad internacional, emergió la noción de salud global como un *“área para estudio, investigación y práctica que priorice la mejoría de la salud y*

<sup>7</sup> MERSON, Michael H.; BLACK, Robert E.; y MILLS, Anne J. (2012): *International public health: diseases, programs, systems, and policies*, 3a Edición, Burlington, Jones and Barlett Publishers, p. xvi.

<sup>8</sup> KOPLAN, Jeffrey P. et. al. (2009): *Op. Cit.*, p. 1993.

<sup>9</sup> BROWN, Theodore M.; CUETO, Marcos; y FEE, Elizabeth (2006): *The World Health Organization and the Transition From “International” to “Global” Public Health*, *American Journal of Public Health*, vol. 96 n. 1, pp.62-72.

<sup>10</sup> LÓPEZ SANTOS, V.; y FRÍAS OSUNA, A. (2000): *“Concepto de Salud Pública”* en FRÍAS OSUNA, A.: *Salud Pública y educación para la salud*, Barcelona, Editorial Masson, p. 4.

<sup>11</sup> ROSENAU, James N. (2002): *“Governance in a New Global Order”* en HELD, David; y McGREW, Anthony (2002): *Governing Globalization. Power, Authority and Global Governance*, Cambridge, Polity Press, pp. 70-86.

<sup>12</sup> HELD, David; y McGREW, Anthony (2002): *Governing Globalization. Power, Authority and Global Governance*, Cambridge, Polity Press, pp. 1-2.

<sup>13</sup> FERRER, Aldo (2013): *Historia de la Globalización I. Orígenes del Orden Económico Mundial*, 2ª Edición, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica.

<sup>14</sup> GIDDENS, Anthony (1990): *The Consequences of Modernity*, Cambridge, Polity Press, p.64.

*la consecución de la equidad en salud para todas las personas del mundo*<sup>15</sup> El eje pasó de la persona como habitante de un país dado –con características climáticas, de entorno, económicas, etc.- a la persona como habitante de un mundo interconectado, y ello obligó a pensar en la salud como una cuestión de seguridad de los Estados.

La salud global se tornó en una finalidad más allá de lo filantrópico, encontrando anclaje en diversas estrategias de política exterior de los Estados, organizaciones intergubernamentales y actores internacionales no estatales. Esta noción funcionó como herramienta de policy shaping, delineando formas de intervención de la cuestión sanitaria a partir de decisiones en las que no siempre participaron los Estados que luego las implementarían. Por caso, organizaciones como la Ford Foundation o la Rockefeller Foundation, comenzaron a constituirse en think tanks diseñadores de políticas macro que los Estados debían luego operativizar. Otras entidades, como el Banco Mundial, también fueron aplicando una lógica de diversificación de riesgos y de funciones. Estas organizaciones, como era de esperarse, también se abocaron a la cuestión de la salud humana, aunque no siempre con los mismos propósitos.

De otro costado, la noción de salud global puede analizarse a la luz de una categoría propuesta por Barry Buzan, Ole Wæver y Jaap de Wilde, la de la securitización. Como se dijo, la salud se comenzó a tratar en los foros internacionales y al interior de los Estados como una cuestión sobre la que gravita la seguridad nacional y la existencia de amenazas. Buzan et. al. entienden a la securitización como una versión más extrema de la politización, y que tiene lugar cuando *“un asunto es presentado como una amenaza existente, que requiere medidas de emergencia y que justifican las acciones fuera de los límites del procedimiento político”*<sup>16</sup>. Estos procedimientos extraordinarios, empero, no necesariamente se dan en un contexto extremo de peligro –la guerra, por ejemplo-, sino que puede obedecer a distintas intensidades dentro de la gama de intereses en juego.

La preocupación de la ONU por la salud como cuestión de seguridad, por caso, quedó patentizada en el Informe sobre el Desarrollo Humano del año 1994 del Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), cuando definió la seguridad sanitaria como uno de los tipos de seguridad humana<sup>17</sup>. Hans-Martin Jaeger refiere que dicha preocupación, tiende a enmarcarse en un contexto de búsqueda por administrar, vigilar y optimizar la vida humana desde una óptica de la biopolítica, la gobernanza global, la salud global y el creciente condicionamiento de las soberanías nacionales con motivo de las complejas redes de poder global<sup>18</sup>.

Si bien la salud global presenta áreas que se superponen con otras de la salud pública y la salud internacional, las tres disciplinas comparten las siguientes características: priorizan un enfoque en la base poblacional y la prevención; se concentran en poblaciones más pobres, vulnerables y subatendidas; imbrican aproximaciones multidisciplinarias e interdisciplinarias; enfatizan la salud como un bien público y la importancia de los sistemas y estructuras; y presentan participación de diversos interesados.

Este concepto que abarca la salud global, si bien busca ir más allá que sus antecesores salud pública y salud internacional para dar paso a la incorporación de otros actores –principalmente no estatales- en el debate, lleva inexorablemente a pensar en una lógica de transnacionalidad, y de poder más allá del Estado. Como se expuso antes, organizaciones intergubernamentales, no gubernamentales y organismos de créditos

---

<sup>15</sup> KOPLAN, Jeffrey P. et. al. (2009): Op. Cit., p. 1995.

<sup>16</sup> BUZAN, Barry; WÆVER, Ole; DE WILDE, Jaap (1998): Security: A new framework for analysis, London, Lynne Rienner Publishers, pp. 23-24

<sup>17</sup> PROGRAMA DE NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO (1994): Informe para el Desarrollo Humano, México D.F., Fondo de Cultura Económica S.A. de C.V.

<sup>18</sup> JAEGER, Hans-Martin (2010): UN reform, biopolitics, and global governmentality, International theory, Vol. 2, No. 1, pp. 50-86.

comenzaron a tomar parte de las discusiones relativas a la salud entremezcladas de otros intereses propios de la naturaleza de cada uno de los actores.

En este marco el Estado comienza a abandonar el rol de único actor racional guiado por el cálculo de costo beneficio y valido de la fuerza en un medio donde predomina la anarquía<sup>19</sup>, características expuestas por la teoría realista de las Relaciones Internacionales<sup>20</sup>. Por otro lado, en buena medida el poder de los Estados se crea sobre la base de acuerdos y expectativas intersubjetivos, que confluyen en una comunidad relacional. Sobre esta base intersubjetiva, se define y redefine el concepto de soberanía y por ende, el de seguridad<sup>21</sup>.

Comprender a la salud global como un concepto más allá del Estado -atento trascender las fronteras nacionales- lleva asimismo a reflexionar sobre la inexistencia de un único actor que monopoliza el conocimiento, la técnica y la infraestructura aplicable a la salud. Lleva consigo también el desafío de interpelar a los Estados a emprender estrategias de prevención y tratamiento de enfermedades comunes, establecer políticas en materia de alimentación y medioambiente, reafirmar el compromiso con la protección de la salud como Derecho Humano y encaminar los sistemas de salud hacia su aseguramiento.

La perspectiva de la salud global contempla en su seno, el tratamiento de un universo de casos que involucran a la salud humana y de toda la humanidad. Esto es, visualiza peligros comunes y procura delinear estrategias de acción para afrontar dichos peligros. En un plano ideal, la salud global apunta a garantizar el Derecho Humano a la salud como fin en sí mismo, pero también como instrumento de desarrollo de los Estados y la comunidad en su conjunto.

### 3. Los Derechos Humanos y el derecho a la salud

Puede decirse que los Derechos Humanos son las prerrogativas o pretensiones de individuos o grupos de individuos, constituyen derechos no renunciables, y corresponden a sus titulares por la simple razón de ser personas o agrupaciones de personas humanas. Se caracterizan pues, por la universalidad y su carácter progresivo<sup>22</sup>.

El sistema de protección en torno a los Derechos Humanos, si bien comenzó hacia fines de la primera mitad del siglo XX, fue en la segunda mitad donde adquirió un auge considerablemente mayor. Tal como sucedió el 1948 con la Declaración Universal de Derechos Humanos, y como ocurrió en el sistema interamericano de la Organización de los Estados Americanos (OEA) con el Pacto de San José de Costa Rica en 1969, el esfuerzo positivizador de normas protectorias de los derechos inmanentes a la calidad de persona humana fue en aumento. Esto patentizó la identificación de la necesidad de configurar un esquema de limitaciones frente a eventuales transgresiones que pueden suscitarse -en algunos casos- más allá de los límites estatales de un Estado, y por tanto, requiriendo el actuar coherente de más de un actor internacional para evitar dichas afectaciones.

Hacia adentro de los Estados, países como la República Argentina incorporaron en un rango equivalente a su Constitución Nacional, numerosos tratados de Derechos Humanos algunos de los cuales que ya formaban parte del sistema normativo interno. Se complementó así, un sistema protectorio de derechos que, al decir de Germán Bidart

<sup>19</sup> Considera como anárquico el medio ya que no existe autoridad suprema al Estado capaz de imponer decisiones.

<sup>20</sup> HASENCLEVER, Andreas; MAYER, Peter; RITTBERGER, Volker; MURILLO, Lorena; y CASTRO Y ORTIZ, Francisco J.J. (1999): Las teorías de los regímenes internacionales: situación actual y propuestas para una síntesis, Foro Internacional, Vol. XXXIX, No. 4 (158) (Octubre-Diciembre 1999), pp. 506-507.

<sup>21</sup> WENDT, Alexander (1992): Anarchy is what States Make of it: The Social Construction of Power Politics, International Organization, Vol. 46, No. 2 (Primavera, 1992), pp. 391-415.

<sup>22</sup> JUÁREZ CENTENO, Carlos (2009): A sesenta años de la Declaración Universal de Derechos Humanos: reflexiones para el debate, Breviario en Relaciones Internacionales, Número 13. Centro de Estudios Avanzados, Universidad Nacional de Córdoba.

Campos, se caracteriza por un sujeto activo –dado por la persona humana dotada de personalidad internacional- un sujeto pasivo –constituido por el Estado, en tanto obligado a omitir violaciones y a hacer o dar algo al sujeto activo- y una concurrencia jurisdiccional estatal e internacional<sup>23</sup>.

La OMS afirma en el Preámbulo de su Constitución, que el goce del grado máximo de salud es un derecho fundamental de todo individuo. Asimismo esta organización en su Nota Descriptiva N° 323 del año 2015, enuncia de manera explícita que el derecho a la salud “*está estrechamente relacionado con el de otros derechos humanos tales como los derechos a la alimentación, la vivienda, el trabajo, la educación, (y) la no discriminación...*”<sup>24</sup>.

La Declaración de Alma-Ata de 1978 en su punto I., consideró a la salud como un Derecho Humano fundamental y que la consecución del mayor nivel de salud posible es el objetivo más importante que debe buscarse, y cuya realización requiere de acciones de los sectores de la salud, sociales y económicos<sup>25</sup>.

Si bien considerar a la salud como Derecho Humano puede significar una medida del avance en términos de equidad y justicia, no es menos cierto que obliga al mismo a reflexionar acerca de los costos económicos y las necesidades financieras conexos. Es preciso tener presente que los eventuales costos que pudieren derivarse de la responsabilidad internacional frente a la inobservancia de este Derecho Humano, como así también los costos de implementación de sistemas sanitarios que garanticen su cumplimiento, constituyen un aspecto que no todos los Estados están en condiciones de afrontar.

### **III: La Organización Mundial de la Salud: un repaso por su historia en el contexto de emergencia de nuevos actores globales**

La idea acerca de la existencia de una organización de alcance internacional en materia de salud puede situarse en 1902, con el establecimiento de la Oficina Sanitaria Internacional en el marco de Unión Internacional de las Repúblicas Americanas. Esta organización en materia de salud devino luego en la Oficina Sanitaria Panamericana, y eventualmente en la Organización Panamericana de la Salud. A la par de dichas organizaciones, se crearon otros entes similares: la Office Internationale d’Hygiène Publique, con sede en París<sup>26</sup> y la Organización de Salud de la Liga de las Naciones<sup>27</sup>, las que dentro de sus respectivos campos de acción, focalizaron su atención en la salud de los pueblos<sup>28</sup>.

Sin embargo, no solamente organizaciones internacionales de carácter intergubernamental se avocaron a esta temática, sino que también lo hicieron entes privados. Así, la Rockefeller Foundation creó una División de Salud Internacional en temprana época del siglo XX, ejerciendo con posterioridad un rol central en materia de políticas sanitarias en el orbe.

Con la creación de la Organización de Naciones Unidas (ONU) en 1945, sus miembros decidieron asimismo adoptar una agencia especializada en cuestiones de salud. Entre 1946 y 1948 se suscitaban reuniones en el marco de una comisión ad hoc entre cuyos miembros se encontraban René Sand, Andrija Stampar y Thomas Parran. Fue en 1948

---

<sup>23</sup> BIDART CAMPOS, Germán (2006): Manual de la Constitución Reformada. Tomos I, II y III. Buenos Aires, Ediar Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera.

<sup>24</sup> ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (2015): Nota Descriptiva N° 323 “Salud y Derechos Humanos” de Diciembre de 2015 (<http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs323/es/>) (Fecha de consulta: 17 de octubre de 2017).

<sup>25</sup> CONFERENCIA INTERNACIONAL SOBRE LA ATENCIÓN PRIMARIA DE LA SALUD (1978): Declaración de Alma-Ata.

<sup>26</sup> Fundada en 1907.

<sup>27</sup> Fundada en 1920.

<sup>28</sup> BROWN, Theodore M. et. al.(2006): Op. Cit., p. 63.

cuando tuvo lugar la primera reunión de la Organización Mundial de la Salud (OMS), y en dicha oportunidad fue formalmente creada.

Por ello, algunas agencias de las existentes se plegaron a la nueva organización que pretendía un alcance –que hoy puede llamarse- universal o global.

La OMS, en tanto organización internacional de carácter intergubernamental, debió adecuar y articular sus políticas tomando en cuenta dicha naturaleza. Por ende, fueron habituales las presiones que algunos Estados miembro ejercieron en torno a los caminos a emprender, tomando como herramienta de presión, sus contribuciones al presupuesto de la organización<sup>29</sup>.

En 1953, la Dirección General de la OMS estuvo a cargo de Marcolino Candau, a cuyo cargo estuvo la lucha contra la malaria. Pese a las críticas que recibió por el manejo de las políticas que se implementaron como combate de dicha enfermedad, como Director General, tuvo la capacidad de adaptarse a los vaivenes propios del juego de poder en un contexto de retirada y posterior reingreso de la entonces Unión Soviética a la ONU y la OMS<sup>30</sup>.

Hacia finales de la década de 1950 y durante la de 1960, los dos ejes enfrentados en el contexto de la guerra fría, la Unión Soviética y los Estados Unidos de América, se comprometieron a efectuar aportes cuantiosos en recursos, investigaciones y técnicas para la erradicación de la viruela. Fue así que con el aporte mancomunado de los Estados más poderosos del mundo, que los esfuerzos para la erradicación de la viruela tuvieron alto grado de éxito<sup>31</sup>.

Entre 1973 y 1993 se abrió un periodo de grandes conflictos en el seno de la OMS como producto de las tensiones entre las aproximaciones económicas y las sociales a la cuestión de la salud y la aplicación de las tecnologías a la salud de las personas. Los intereses de uno y otro tipo fueron variando según el grado de balance de poder, los intereses de los actores internacionales involucrados, y los compromisos ideológicos e intelectuales de ellos. En su conjunto, conformaban un cúmulo de factores que interactuaban en el proceso de formación, implementación, medición y evaluación de las políticas emprendidas. La Declaración de Alma-Ata sobre Atención Primaria de la Salud de 1978, cuyo propósito conocido fue el de salud para todos para el año 2000, presupuso la existencia de acuerdos multisectoriales y multidimensionales con énfasis en la salud y el desarrollo socioeconómico, como así también en el adecuado uso de las tecnologías.

Muchos gobiernos, empero, vieron a los objetivos que planteó la Declaración de Alma-Ata como utópicos e irrealizables. El primer intento para operativizar algunos aspectos incluidos en dicha Declaración, tuvo lugar en una pequeña conferencia realizada en Bellagio (Italia)<sup>32</sup> y contó con el sponsor de la Rockefeller Foundation y la asistencia del Banco Mundial, de la Fundación Ford, el administrador del USAID y el secretario ejecutivo del Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF)<sup>33</sup>.

La Conferencia de Bellagio se tradujo en la implementación de un concepto alternativo al de Alma-Ata, constituido por una selectiva atención primaria de la salud a través de intervenciones de bajo costo, reducidas en objetivos, con mayor grado de pragmatismo

<sup>29</sup> BROWN, Theodore M. et. al.(2006): Op. Cit., p.64-66. Los autores recuerdan las presiones de Estados Unidos en 1985, cuando dicho país decidió contribuir con tan solo el 20% del aporte comprometido a todas las agencias de la ONU, afectando asimismo a la OMS, en parte como retaliación por el "Programa de Drogas Esenciales" ("EssentialDrugProgram"), que se oponía a compañías farmacéuticas de capitales estadounidenses.

<sup>30</sup> BROWN, Theodore M. et. al.(2006): Op. Cit., p. 65.

<sup>31</sup> BROWN, Theodore M. et. al.(2006): Op. Cit., p.65. Los autores destacan que la Unión Soviética y Cuba se comprometieron al aporte de veinticinco millones y dos millones de dosis, respectivamente, de vacunas. Al mismo tiempo, el 1965 el presidente de los Estados Unidos de América, Lyndon B. Johnson instruyó a los delegados para comprometerse ante la OMS a efectuar los aportes necesarios para la erradicación de la viruela en el mundo.

<sup>32</sup> Llamada luego la "Conferencia de Bellagio".

<sup>33</sup> BROWN, Theodore M. et. al.(2006): Op. Cit., p. 67.

y mensurabilidad. Ello dio origen a una serie de políticas que se conocieron con el acrónimo de "GOBI"<sup>34</sup>.

Para 1980, las funciones de la OMS se vieron restringidas como resultado de las aproximaciones que tuvieron un marcado contenido economicista o financiero de la salud. En efecto, la creciente influencia del Banco Mundial (BM) –inicialmente creado como entidad que coadyuvara en la reconstrucción de Europa en 1946- amplió luego su espectro de acción mediante el otorgamiento de empréstitos y/o asistencia técnica a países en desarrollo. Ya en 1970, el BM otorgó préstamos para la planificación familiar y para 1979 ya contaba con un Departamento de Población, Salud y Nutrición.

Fue así que en 1980 el BM recomendaba en su Reporte sobre el Desarrollo Mundial que la desnutrición y las enfermedades podrían combatirse "*mediante la acción directa de los gobiernos con la asistencia del Banco Mundial*"<sup>35</sup>, efectuando también un razonamiento según el cual el grado de desarrollo –y su aumento- dependerían del nivel de salud de la población.

Sin embargo, a medida que el BM acrecentaba sus intereses en materia de salud internacional, el mecanismo de financiamiento a los Estados que implementaban las políticas diseñadas por la institución, comenzaba a funcionar como herramienta de presión. Así, se plantearon discusiones en torno al papel de los sectores público y privado en el financiamiento de la salud, y la exigibilidad de un uso más eficiente de los aportes. El BM, en tanto, se propiciaba por el favorecimiento de un libremercado y la disminución del rol estatal en –aunque no solamente limitada a- las políticas de salud.

Desde fuera, el rol de la OMS comenzó a perder prestigio –particularmente por la anuencia a las crecientes presiones del BM en aras a ajustes estructurales- en una época en que estalló una crisis por la epidemia del VIH/SIDA.

Las dificultades presupuestarias de la OMS, que había dispuesto en 1982 el congelamiento de su presupuesto, se tradujeron en un contraste con el papel del BM en materia de salud y financiamiento. Se comenzó a verificar un incremento de los ingresos extrapresupuestarios –es decir, no provenientes de los Estados miembros, sino de agencias multilaterales o naciones donantes- lo que condicionaba la definición de políticas e instrumentos en manos de la OMS, particularmente cuando dichos condicionamientos venían del lado del BM<sup>36</sup>.

Esta situación resultó en la posibilidad del BM de moverse con total soltura en un espacio de vacío que había dejado la ineffectividad y los numerosos condicionamientos impuestos al accionar de la OMS, en un contexto de neoliberalismo en la economía, comercio y política propios fines de la década de 1980 y hacia la de 1990.

Como pudo advertirse en la historia que verificó la OMS, el énfasis en las políticas diseñadas y recomendadas a los Estados, estuvo teñido grandemente por factores económicos y de poder. No solamente sus miembros –en un espacio de ecuanimidad e igualdad- sino también otros entes u organismos multilaterales, como fue el caso de la Rockefeller Foundation o el Banco Mundial, ejercieron presiones y condicionamientos en el accionar. Es por ello que no resulta inconsistente que la definición de políticas de acceso universal o cobertura universal de salud se encuentren influenciadas por los mismos factores económicos y financieros. Como ya se dijo, las tensiones entre los aspectos sociales y financieros en el seno de la OMS siempre han existido.

---

<sup>34</sup> GOBI, acrónimo que en inglés se tradujo como "Growth monitoring to fight malnutrition in children; Oral rehydration techniques to defeat diarrheal diseases, Breastfeeding to protect children, and Immunizations). BROWN, Theodore M. et. al.(2006): Op. Cit., p. 67.

<sup>35</sup> BROWN, Theodore M. et. al.(2006): Op. Cit., p. 67.

<sup>36</sup> BROWN, Theodore M. et. al.(2006): Op. Cit., p.68.

#### IV. Cobertura vs. Acceso la salud. Derecho humano y salud global en el caso argentino

Resulta útil indagar una de las Resoluciones que constituye el derecho derivado de la OMS, que ha sido identificada como la normativa que constituyó el germen de la hoy denominada Cobertura Universal de Salud (CUS).

La Resolución WHA58.33 de la Asamblea Mundial de la Salud -órgano supremo decisorio de la OMS- estableció directrices por medio de las cuales instó a los Estados miembros de la organización a adoptar una serie de medidas centradas en la financiación de los sistemas de salud pública. Previó asimismo la posibilidad de que existan sistemas mixtos que combinen financiamiento público y privado, e incluso el establecimiento de un seguro social de enfermedad.

De la mencionada resolución, surge que se insta a los Estados *“a que velen por que los sistemas de financiación de la salud prevean un método de pago anticipado de las contribuciones para la atención de salud”* como así también

*“a que velen por una distribución adecuada y equitativa de una infraestructura sanitaria de buena calidad y de los recursos humanos para la salud a fin de que los asegurados reciban servicios de salud equitativos y de buena calidad acordes con el paquete de prestaciones”*<sup>37</sup>.

Estos párrafos perfilan de modo meridiano el contenido eminentemente económico-financiero de la resolución bajo análisis. Lo que es más, mientras que vocablos vinculados con la financiación aparecen dieciocho veces en la resolución citada, el vocablo derecho no aparece ninguna vez.

Por otra parte, la Resolución WHA58.33 en su artículo 2.1) hace hincapié en el pedido al Director General de la OMS para que este proporcione el apoyo técnico necesario para el refuerzo de los medios y los saberes técnicos que sean requeridos, a fin de *“instituir sistemas de financiación de la salud, en particular planes de prepago, comprendido el seguro social de enfermedad, con vistas a alcanzar el objetivo de la cobertura universal...”*<sup>38</sup>.

En la República Argentina, la denominada estrategia CUS encuentra origen normativo a nivel nacional en la Resolución del Ministerio de la Salud de la Nación (MSN) N° 475/2016. Esta dispuso instruir a todos los programas nacionales bajo su dependencia, coadyuvar en la implementación de la CUS *“con el objeto de promover el acceso a la atención sanitaria integral, gratuita y con la adecuada calidad, jerarquizando el Primer Nivel de Atención”*<sup>39</sup>.

Asimismo, por Decreto de Necesidad y Urgencia (DNU) N° 908/2016 se creó un fideicomiso de administración para el aseguramiento de la implementación de la estrategia, afectándose a tales fines la suma de 8.000 millones de pesos (equivalentes aproximadamente a 556 millones de dólares<sup>40</sup> y que representa un 0,102% del PBI nacional para el año 2016<sup>41</sup>), los que deberán ser administrados por una Unidad Ejecutora (UE)<sup>42</sup>. Dicha UE fue creada por Resolución N° 840-E/2017<sup>43</sup> del MSN, y su reglamento operativo aprobado por Resolución N° 1152-E/2017<sup>44</sup>.

De acuerdo a Stuckler et. al. existe un escaso consenso y falta de claridad en la conceptualización de la CUS. Destaca que si bien una mayoría alude a la CUS como cobertu-

<sup>37</sup> ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (2005): Resolución WHA58.33.

<sup>38</sup> ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (2005): Resolución WHA58.33.

<sup>39</sup> B.O. 06/05/2016.

<sup>40</sup> BANCO DE LA NACIÓN ARGENTINA (2016): Cotizaciones históricas de las principales monedas (<http://www.bna.com.ar/>) (Fecha de consulta 10/10/2017). Se consideró el tipo de cambio para la venta del Dólar Estadounidense (14,40) a la fecha de publicación del Decreto 908/2016.

<sup>41</sup> BANCO MUNDIAL (2017): Argentina – Datos (<https://datos.bancomundial.org/pais/argentina>) (Fecha de consulta 10/10/2017).

<sup>42</sup> PODER EJECUTIVO NACIONAL ARGENTINO (2016): Decreto de Necesidad y Urgencia N° 908/2016 (B.O. 03/08/2016).

<sup>43</sup> B.O. 11/07/2017.

<sup>44</sup> B.O. 26/09/2017

ra universal, difieren en qué se encuentra comprendida dentro de dicha universalidad: múltiples o única intervención, múltiples o única prestación, conjuntos comprensivos de prestaciones múltiples, etc. Estas diferencias se replican asimismo en materia financiera, ya que no resulta claro si comprende sistemas de financiación –diferimiento de pago– o bien reembolsos de gastos irrogados<sup>45</sup>.

Según la OMS, la CUS significa “*acceso y protección financiera para todos los ciudadanos*”<sup>46</sup>. Del análisis de su texto, surge que el acento no está, entonces, puesto en el derecho a la salud de las personas, sino mayormente en el aspecto financiero de la prestación de un servicio de salud.

El artículo especial titulado “Cobertura Universal de Salud” publicado en la Revista Argentina de Salud Pública en 2016, y cuya autoría corresponde al Dr. Jorge Daniel Lemus<sup>47</sup>, entendió al acceso universal como la ausencia de barreras de tipo geográfico, sociocultural, económico, de género, etc. Por otro lado, delineó el concepto de cobertura de salud como una “capacidad del sistema para responder a las necesidades de la población, lo cual abarca la disponibilidad de infraestructura, recursos humanos, tecnologías de la salud (incluidos los medicamentos) y financiamiento”<sup>48</sup>.

En dicha publicación, Lemus destaca que el acceso universal y la CUS implican la posibilidad de acceder sin discriminación alguna a servicios integrales de salud, como así también a medicamentos seguros, de calidad y eficaces. La implementación de esta política –sigue diciendo Lemus– requiere inexorablemente la definición de políticas y acciones enfocadas desde una perspectiva multisectorial y cuyo propósito último es el bienestar y la salud. Expresa que es necesaria una mancomunación solidaria de fondos, mediante la unificación de un fondo único de todos los estamentos del financiamiento con carácter solidario. Agrega que es menester administrar la escasez, lo que requiere una aproximación racional, basado en la evidencia, toda vez que “*nadie puede garantizar ‘todo para todos’*” y al mismo tiempo, ya que ello constituye una inaceptable oferta cargada de populismo<sup>49</sup>.

Kutzin, en tanto, entiende que resulta útil efectuar un distingo entre la cobertura efectiva y la cobertura universal. Dentro de la primera, correspondería incluir la probabilidad de que un individuo obtenga aquellas intervenciones o prestaciones que requiere y que pueda experimentar una mejor salud como resultado<sup>50</sup>.

En este marco de cobertura efectiva, podría entenderse como desagregados, la reducción de las brechas ad intra de la población de un determinado Estado, y el aseguramiento de la calidad en las prestaciones, medicamentos e intervenciones que se deban practicar. Y es entonces cuando la combinación de una cobertura efectiva y una protección financiera da como resultado, un estado más próximo a la CUS<sup>51</sup>. Sin embargo, es necesario advertir –coherentemente como se expuso antes– que la consideración de la salud como un Derecho Humano y las eventuales reclamaciones, tornan a la CUS en su sentido más idealista, como improbable de ser aplicada en la gran mayoría de los países del mundo. En efecto, una cobertura total, universal, absoluta –y eventualmente, de acceso gratuí-

---

<sup>45</sup> STUCKLER, David; FEIGL, Andrea B.; BASU, Sanjay y McKEE, Martin (2010): The political economy of universal health coverage, papel de trabajo para el Primer Simposio Global de Investigación en Sistemas de Salud, Montreux, Suiza, p. 10-11.

<sup>46</sup> ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (2005): Informe sobre la salud en el mundo 2005, Ginebra.

<sup>47</sup> Quien al momento de la remisión del presente artículo, y al tiempo de la publicación del artículo citado, reviste el cargo de Ministro de Salud de la Nación Argentina.

<sup>48</sup> LEMUS, Jorge Daniel (2016): Cobertura Universal de Salud, Revista Argentina de Salud Pública, 7(27), pp. 33-39, Buenos Aires.

<sup>49</sup> LEMUS, Jorge Daniel (2016): Op. Cit., p.34

<sup>50</sup> KUTZIN, Joseph (2013): Health financing for universal coverage and health system performance: concepts and implications for policy, Bull World Health Organ 2013;91, pp. 602-611

<sup>51</sup> KUTZIN, Joseph (2013): Op. Cit., p. 604.

to- resulta de muy difícil alcance para cualquier Estado. Pese a ello, los esfuerzos en aras a lograr una mayor protección de las eventualidades de la salud, las enfermedades, los accidentes y los resultados de catástrofes naturales que inciden sobre la salud, pueden entenderse enmarcados en una CUS.

El mayor inconveniente, empero, no radica en la CUS considerada en sí misma, sino en las consecuencias que su adopción puede traer. Manchola Castillo et. al. destacan que resulta evidente que –según se desprende de la Resolución WHA58.33- el mayor problema ha sido haber supeditado la noción de salud a las condiciones financieras en lugar de a la condición humana de quienes son titulares del derecho a la salud<sup>52</sup>.

Concebir al derecho a la salud como un Derecho Humano no puede significar, consecuentemente, la existencia de un eventual costo para su aseguramiento. Sin embargo, la CUS alude por lo común, a paquetes de prestaciones cuyo contenido puede variar, pero que indudablemente deja un sector de prestaciones fuera de su amparo.

Analizando de un modo más específico el asunto, lo que aparece como relevante en un momento anterior, son las limitaciones en materia de financiamiento de los sistemas de salud, y luego de ello, se ve atiborrado el derecho a la salud. Al decir de Manchola Castillo et al., la CUS funciona como un mecanismo para garantizar la salud de los sistemas económicos y financieros en detrimento de la salud de los seres humanos; una suerte de limitación de los servicios disponibles en un contexto de desresponsabilización del Estado y la tercerización de los sistemas de salud<sup>53</sup>.

Esta afirmación acerca de la limitación de los servicios disponibles se ha traducido en la legislación nacional, tal como sucede en el caso de la Resolución N° 747-E/2017 del MSN<sup>54</sup>. Esta norma limita, para el caso de los medicamentos oncológicos, la gratuidad de su acceso a una condición tripartita: carencia de obra social, asistencia en hospital público, y droga incluida en un cierto Vademécum.

Pese a lo dicho hasta aquí, y los notables avances en materia de calidad de vida y desarrollo que podría conllevar la CUS, desde una perspectiva histórica, conviene recordar que se trata de una medida que se remonta a la situación de la OMS durante la década de 1980 y primeros años de la de 1990. Como se expuso antes, durante dichos periodos, diversas corporaciones financieras y entidades multilaterales de crédito, tomaron control de los objetivos e instrumentos de la OMS a partir del diseño de políticas de reformas sectoriales que –como se dijo- escaso favor le hicieron a la salud y a esta en su carácter de Derecho Humano.

Esas reformas estructurales, asentadas sobre una base de “salud financiera” de los sistemas, se ocuparon más en la sustentabilidad del financiamiento del sector sanitario, que en la garantía de un derecho a la salud de calidad. Sendas limitaciones a las prestaciones con fundamento en la necesidad de equilibrar los balances de los prestadores de salud –recuérdese que la OMS alienta a una concertación público-privada a través de “mix” de financiación– significan una restricción al Derecho Humano a la salud que no sería admisible.

Debe recordarse que en la República Argentina, el derecho a la salud se ha considerado por un vasto sector doctrinario, incluido dentro de los derechos no enumerados de la Constitución Nacional (CN) en su art. 33, al mismo tiempo que se halla dotado de jerarquía constitucional por virtud de los tratados de Derechos Humanos incorporados al bloque de constitucionalidad federal por el art. 75 inc.22 de la CN<sup>55</sup>.

<sup>52</sup> MANCHOLA CASTILLO, Camilo Hernán; GARRAFA, Volnei; CUNHA, Thiago y HELLMANN, Fernando (2017): El acceso a la salud como derecho humano en políticas internacionales: reflexiones críticas y desafíos contemporáneos, *Ciência & Saúde Coletiva*, 22(7), pp. 2155-2156.

<sup>53</sup> MANCHOLA CASTILLO, Camilo Hernán. et. al.(2017): Op. Cit., pp. 2151-2160.

<sup>54</sup> B.O. 26/06/2017.

<sup>55</sup> BIDART CAMPOS, Germán (2006): Manual de la Constitución Reformada. Tomos I, II y III. Buenos Aires, Ediar Sociedad Anónima Editora, Comercial,

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, máximo tribunal argentino, en la señera causa Asociación Benghalensis y otros c/Ministerio de Salud y Acción Social - Estado Nacional s/ amparo ley 16.986<sup>56</sup> sostuvo que "(a) partir de la reforma constitucional de 1994, el derecho a la salud se encuentra expresamente reconocido con jerarquía constitucional en el art. 75 inc. 22" de la Constitución Nacional, en el marco del derecho a la vida, estando a cargo del Estado la obligación impostergable de garantizarlo.

Por otro lado, y complementario con aquél, en el fallo Ana Carina Campodonico de Beviacqua v. Ministerio de Salud y Acción Social - Secretaria de Programas de Salud y Banco de Drogas Neoplásicas<sup>57</sup> sostuvo que el derecho a la vida "*... es el primer derecho de la persona humana que resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional. El hombre es 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 valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental.*"

## V. A modo de conclusión

La noción de salud global como el máximo bienestar de los pueblos del mundo, es el resultado de los avances y retrocesos -y los aprendizajes sobre la base de estos- a lo largo de la Historia a partir del nacimiento de la salud pública como disciplina y la posterior aparición de la salud internacional.

Las estrategias emprendidas por organizaciones como la OMS, no exentas de presiones de actores no estatales, se enmarcaron en múltiples ocasiones en la lógica de securitización de la salud. En este sentido, la cuestión sanitaria comenzó a perfilarse como un aspecto de gran relevancia para los Estados.

En este marco, la OMS delineó la estrategia de la CUS como forma de dar respuesta y tutela al Derecho Humano a la salud. Pese a ello, el contenido eminentemente financiero de la normativa reglamentaria de dicha estrategia, la tornó en un mecanismo no siempre apto para garantizar dicho derecho.

El sistema jurídico argentino, que recientemente incorporó la CUS, comprende el derecho a la salud como un Derecho Humano, y así lo ha dicho sucesivamente el alto tribunal nacional. Sin embargo, de la normativa interna relativa a la CUS es dable predicar lo mismo que de su par internacional: el acento no está puesto en el derecho, sino en aspectos económicos y financieros.

---

Industrial y Financiera.

<sup>56</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN (2000): Fallos 323:1339.

<sup>57</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN (2000b): Fallos 323:3229.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BANCO DE LA NACIÓN ARGENTINA (2016): Cotizaciones históricas de las principales monedas (<http://www.bna.com.ar/>) (Fecha de consulta 10/10/2017).
- BANCO MUNDIAL (2017): Argentina - Datos (<https://datos.bancomundial.org/pais/argentina>) (Fecha de consulta 10/10/2017).
- BROWN, Theodore M.; CUETO, Marcos; y FEE, Elizabeth (2006): The World Health Organization and the Transition From “International” to “Global” Public Health, *American Journal of Public Health*, vol. 96 n. 1, pp.62-72.
- BUZAN, Barry; WÆVER, Ole; DE WILDE, Jaap (1998): *Security: A new framework for analysis*, London, Lynne Rienner Publishers, pp. 23-24
- CONFERENCIA INTERNACIONAL SOBRE LA ATENCIÓN PRIMARIA DE LA SALUD (1978): Declaración de Alma-Ata.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN (2000): Fallos 323:1339.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN (2000b): Fallos 323:3229.
- FERRER, Aldo (2013): *Historia de la Globalización I. Orígenes del Orden Económico Mundial*, 2ª Edición, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica.
- HASENCLEVER, Andreas; MAYER, Peter; RITTBERGER, Volker; MURILLO, Lorena; y CASTRO Y ORTIZ, Francisco J.J. (1999): Las teorías de los regímenes internacionales: situación actual y propuestas para una síntesis, *Foro Internacional*, Vol. XXXIX, No. 4 (158) (Octubre-Diciembre 1999), pp. 499-526.
- HELD, David; y MCGREW, Anthony (2002): *Governing Globalization. Power, Authority and Global Governance*, Cambridge, Polity Press.
- JAEGER, Hans-Martin (2010): UN reform, biopolitics, and global governmentality, *International theory*, Vol. 2, No. 1, pp. 50-86.
- JUÁREZ CENTENO, Carlos (2009): A sesenta años de la Declaración Universal de Derechos Humanos: reflexiones para el debate, *Breviario en Relaciones Internacionales*, Número 13. Centro de Estudios Avanzados, Universidad Nacional de Córdoba.
- KOPLAN, Jeffrey P.; BOND, T. Christopher; MERSON, Michael H.; REDDY, K. Srinath; RODRÍGUEZ, Mario Henry; SEWANKAMBO, Nelson K.; WASS, Judith N Wass (2009): Towards a common definition of global health, *Lancet*, 373, pp. 1993-1995.
- KUTZIN, Joseph (2013): Health financing for universal coverage and health system performance: concepts and implications for policy, *Bull World Health Organ* 2013:91, pp. 602-611
- LEMUS, Jorge Daniel (2016): Cobertura Universal de Salud, *Revista Argentina de Salud Pública*, 7(27), p. 33-39.
- LÓPEZ SANTOS, V.; y FRÍAS OSUNA, A. (2000): “Concepto de Salud Pública” en FRÍAS OSUNA, A.: *Salud Pública y educación para la salud*, Barcelona, Editorial Masson, p. 3-13.
- MANCHOLA CASTILLO, Camilo Hernán; GARRAFA, Volnei; CUNHA, Thiago y HELLMANN, Fernando (2017): El acceso a la salud como derecho humano en políticas internacionales: reflexiones críticas y desafíos contemporáneos, *Ciência & Saúde Coletiva*, 22(7), pp. 2151-2160.
- MERSON, Michael H.; BLACK, Robert E.; y MILLS, Anne J. (2012): *International public health: diseases, programs, systems, and policies*, 3a Edición, Jones and Barlett Publishers, P. xvi..
- MINISTERIO DE SALUD DE LA NACIÓN (2017): Resolución N° 1152-E/2017.
- MINISTERIO DE SALUD DE LA NACIÓN (2017): Resolución N° 747-E/2017.
- MINISTERIO DE SALUD DE LA NACIÓN (2017): Resolución N° 840-E/2017.
- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (2005): Resolución WHA58.33 sobre Financiación sostenible de la salud, cobertura universal y seguro social.
- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (2015): Nota Descriptiva N° 323 “Salud y Derechos Humanos” de Diciembre de 2015 (<http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs323/es/>) (Fecha de consulta: 17 de octubre de 2017).
- PODER EJECUTIVO (2016): DNU 908.
- PROGRAMA DE NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO (1994): Informe para

- el Desarrollo Humano, México D.F., Fondo de Cultura Económica S.A. de C.V.
- ROSENAU, James N. (2002): "Governance in a New Global Order" en HELD, David; y MCGREW, Anthony (2002): *Governing Globalization. Power, Authority and Global Governance*, Cambridge, Polity Press, pp. 70-86.
  - STUCKER, David; FEIGL, Andrea B.; BASU, Sanjay y MCKEE, Martin (2010): *The political economy of universal health coverage*, papel de trabajo para el Primer Simposio Global de Investigación en Sistemas de Salud, Montreux, Suiza.
  - WENDT, Alexander (1992): *Anarchy is what States Make of it: The Social Construction of Power Politics*, *International Organization*, Vol. 46, No. 2 (Primavera, 1992), pp. 391-425.
  - WINSLOW, C. -E. A (1920): *The Untilled Fields of Public Health*. *Science, New Series*, Vol. 51, No. 1306, American Association for the Advancement of Science, pp. 23-33.



# DATOS RELATIVOS A LA SALUD Y DATOS GENÉTICOS: CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE SU CONCEPTUALIZACIÓN

---

## HEALTH DATA AND GENETIC DATA: THE LEGAL CONSEQUENCES OF THEIR CONCEPTUALIZATION

---

DANIEL JOVE VILLARES<sup>1</sup>

---

*Fecha de recepción: 31/10/2017*

*Fecha de aceptación: 10/11/2017*

### RESUMEN

Existen determinadas categorías de datos que, por sus características, requieren de un régimen más estricto, regulación que, en ocasiones está necesitada de concreción. El presente trabajo incide en la necesidad de repensar qué datos genéticos y qué informaciones relacionadas con la salud deben considerarse como sensibles, amén de proponer nuevos criterios para su delimitación. La clarificación de la esfera de protección de estas tipologías de datos se hace perentoria en aquellos ordenamientos en que se establezcan limitaciones adicionales para las categorías de datos que protagonizan este artículo. Situación que el Reglamento General de Protección de Datos de la Unión Europea habilita.

---

### ABSTRACT

There are certain categories of data which, due to their characteristics, require a stricter regime, regulation which, at times, needs to be specified. This paper focuses on the need to rethink which genetic data and health-related information should be considered as sensitive and to propose new criteria for their delimitation. The clarification of the scope of protection of these types of data is urgently needed in those legal systems in which additional limitations are established for the categories of data covered by this article. Situation that the European Union's General Data Protection Regulation enables.

---

<sup>1</sup> Doctorando en Derecho Constitucional Universidade da Coruña. Becario predoctoral de la Xunta de Galicia. Máster en Derecho Constitucional en el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Proyecto tesis: La protección de los datos en la asistencia sanitaria. Correo electrónico: d.jove.villares@udc.es.

Palabras Clave: Datos de salud, datos genéticos, datos sensibles, Reglamento General Protección de datos, RGPD.

Key Words: Health data, genetic data, sensitive data, General Data Protection Regulation, GDPR.

## I. Introducción

*“Las tecnologías de la información y la comunicación son un instrumento muy positivo para la actividad sanitaria no en sí mismo consideradas, sino porque redundan en la mejora de la calidad asistencial de los pacientes”<sup>2</sup>.*

Las nuevas tecnologías suponen un desafío y una oportunidad para la prestación de servicios sanitarios. De una parte posibilitan el almacenaje de toda la información que sobre la salud de un paciente pueda existir, hacen accesible a los distintos profesionales sanitarios la información del paciente, otorgándoles una panorámica de su historia médica, permitiendo mayor precisión en el diagnóstico y el ahorro de pruebas y/o intervenciones que pudieran resultar innecesarias a la vista de la información preexistente. A las opciones referidas deben añadirse las enormes posibilidades que el big data sanitario augura. La medicina de precisión (medicina personalizada) es el ejemplo más significativo de una realidad de presente con mucho futuro<sup>3</sup>.

La otra cara de la moneda son los riesgos que el tratamiento masivo de datos de los pacientes puede tener para su privacidad. No se plantea aquí un supuesto de lo que ORTEGA denomina “terror cósmico” a la innovación y el progreso<sup>4</sup>, sino una preocupación consciente de las consecuencias que éste puede tener en la protección de los derechos fundamentales y la salvaguarda del derecho a la salud. No debe obviarse un hecho que, por evidente, no está demás tener en consideración, cuando una persona acude a un profesional sanitario y decide compartir información personal, lo hace con la expectativa de recibir solución a sus problemas de salud. Esto le sitúa en una posición de vulnerabilidad respecto a quienes van a recabar esa información y hace insoslayable la necesidad de articular mecanismos que le amparen<sup>5</sup>. Un sistema en el que la confidencialidad de las relaciones médico-paciente no esté debidamente asegurada pone en riesgo la pervivencia del mismo y, lo que es peor, la protección de la salud de toda la comunidad<sup>6</sup>. La protección de los datos relativos a la salud se ha convertido en uno de los desafíos que la sanidad del siglo XXI debe afrontar. El reto que los legisladores estatales deben asumir es hacer compatibles las ventajas del tratamiento masivo de datos sanitarios con el debido respeto a la privacidad de los ciudadanos. Los objetivos de este trabajo son bastante más humildes, se abordará la noción datos de salud, buscando clarificar su objeto y determinar qué tipo de datos se circunscriben en esa categoría y, en segundo lugar, se atenderá a las particulares características de los datos genéticos. Todo ello con el propósito de establecer unos criterios que sirvan de orientación en la regulación de estas categorías de datos.

<sup>2</sup> (TRONCOSO REIGADA 2010, p. 1100).

<sup>3</sup> Sobre medicina de precisión, vid. (LU, y otros 2014, pp. 1-12).

<sup>4</sup> (ORTEGA Y GASSET 1965).

<sup>5</sup> Sobre la relevancia que para el sistema sanitario tiene respetar el deber de secreto, vid. (IGLESIAS DIEZ 2017).

<sup>6</sup> Tal como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha puesto de manifiesto:

“El respeto al carácter confidencial de las informaciones sobre la salud constituye un principio esencial del sistema jurídico [...] Es importante no solo para proteger la vida privada de los enfermos sino para preservar la confianza en los profesionales de la medicina y de los servicios de salud en general”. STEDH de 25 de febrero de 1997 Z c. Finlandia.

## II. La protección de datos. Los datos sensibles

La sociedad de la información, impulsada por el constante desarrollo tecnológico, ha situado a los datos (su generación, su transmisión y su uso) como un pilar fundamental en la configuración de las sociedades modernas. Las tecnologías de la información y la comunicación (TIC) han transformado el modo de relacionarse, facilitando cada vez mayores posibilidades de comunicación e inmediatez. Pero, a su vez, han supuesto un flujo cada vez más ingente de información personal.

La necesidad de conjugar el disfrute de las ventajas que ofrecen las TIC con la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos es un reto para los legisladores. El uso, almacenamiento y transmisión de datos personales se ha convertido en un arma de doble filo, capaz de mejorar la comunicación, contribuir al desarrollo de la investigación científica o facilitar la vida de las personas al proporcionar servicios online que les ahorran tiempo y/o dinero (v. gr. el comercio electrónico, la administración electrónica, los programas de formación online o la sanidad electrónica). Sin embargo, como contrapartida, esa información personal va a ser compartida con terceros (desde Administraciones hasta empresas privadas para las cuáles representará un activo de gran valor) lo que pone en riesgo la intimidad personal y familiar, la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad. Por todo esto, se hace imprescindible una regulación capaz de adaptarse a las contingencias que tiene una realidad en constante evolución para la salvaguarda de los derechos fundamentales.

El tratamiento de cualquier tipo de dato puede suponer un riesgo para los bienes jurídicos de su titular, en la medida en que, conectado con otros, puede revelar aspectos de su personalidad que este no quiere revelar<sup>7</sup>. Ahora bien, las posibilidades que el cruce de datos ofrece no deben ocultar un hecho que (a entender de quien escribe) ofrece poca discusión; no todos los datos suponen los mismos riesgos para el núcleo de la personalidad<sup>8</sup>. Esta premisa alimenta la distinción de ciertos tipos de datos cuya naturaleza les hace merecedores de un régimen particularizado de protección.

Entre las tipologías de datos que se pueden considerar especialmente sensibles se cuentan los relativos al origen étnico o racial, las opiniones políticas, las convicciones religiosas o filosóficas, la afiliación sindical o la orientación sexual. Es decir, informaciones cuya revelación y uso por terceros podría redundar en una afectación de la dignidad de su titular y condicionar su libre desarrollo. Es cierto, estéril resultaría ocultarlo, que dicha afectación puede provenir de cualquier tipología de datos, pero no lo es menos que estas tipologías, por sus características, suponen un riesgo adicional que el legislador debe valorar. Muestra de ello es el establecimiento de regímenes más severos para estas categorías de datos<sup>9</sup>.

¿Los datos relativos a la salud son una tipología susceptible de ser subsumida en la categoría general datos sensibles y, consecuentemente, deben gozar de un nivel de protección más estricto? A la respuesta, a priori afirmativa, deben realizársele una serie de puntualizaciones que contribuyan a articular un régimen apropiado para proteger los intereses de los ciudadanos en esta materia.

<sup>7</sup> Este es el presupuesto que subyace en la teoría del mosaico de MADRID CONESA, en (MADRID CONESA 1984, p. 45)

<sup>8</sup> Si bien es cierto que hay

“quienes consideran que no existen datos que requieran tal protección por su naturaleza, sino que cualesquiera datos pueden requerirla según el contexto en que se usan”.

En (RIPOL CARULLA 2006, p. 14).

<sup>9</sup> La regulación de la Unión Europea es una buena muestra de la especial condición de este tipo de datos, estableciendo para ellos un régimen en el que la regla general es la prohibición del tratamiento de este tipo de datos, admitiendo solo determinadas excepciones entre las que destaca el consentimiento del interesado como causa más habitual para levantar esa interdicción. Vid. artículo 9 Reglamento General de Protección de Datos (en adelante RGPD), Diario oficial de la Unión Europea L 119/1 4 de mayo de 2016.

### III. Los datos relativos a la salud

#### 1. La necesidad de fijar un concepto

La intuición dicta que los datos relativos a la salud son una tipología de datos susceptibles de ser considerados sensibles, en tanto pueden afectar al núcleo más íntimo de la personalidad. Sin embargo, cuando se procede a valorar la multiplicidad de informaciones que podrían llegar a encontrar protección bajo el paraguas del concepto dato de salud, empiezan a surgir las preguntas. Destacando una por encima del resto, ¿se ha ampliado tanto la categoría dato relativo a la salud que se ha desnaturalizado?

La cuestión planteada no es menor. El establecimiento de un contenido esencial de la categoría jurídica dato relativo a la salud resulta crucial. ¿Por qué? Porque determinar qué datos se inscriben en una determinada tipología no es una cuestión baladí. La consecuencia última de esta decisión es la determinación del régimen jurídico aplicable. Trasladando esta reflexión al ámbito de los datos relativos a la salud, la importancia de precisar qué datos encajan en esta tipología cobra especial transcendencia. Y ello porque las informaciones que ínsitas en el concepto dato salud van a estar amparadas por un régimen de protección más severo, el de los datos sensibles.

Por lo tanto, y como punto de partida, cumple preguntarse si todo dato que, de algún modo, pueda conectarse con la práctica sanitaria merece la consideración de dato relativo a la salud. Sin embargo, el problema de esta aproximación radica en lo confuso que puede resultar que determinada información relacionada con la salud no se considere un dato relativo a la salud. Una posible solución satisfactoria pasaría por “entender que no todo dato de salud es sensible”, tal y como NICOLÁS JIMÉNEZ propone<sup>10</sup>.

A tenor de lo dispuesto, la concreción jurídica de la categoría dato de salud es uno de los desafíos que el legislador debe afrontar. Para ello, deberá procurar no caer en reduccionismos que puedan excluir determinadas informaciones que merecerían protección y, al mismo tiempo, ha de evitar incurrir en generalidades que acaben desnaturalizando la categoría datos especiales.

#### 2. El concepto dato de salud. Precisiones conceptuales

Para el estudio de los aspectos que es oportuno tener en consideración al conceptualizar los datos relativos a la salud se tomará, como referencia inicial, una definición en la que confluyen algunos de los errores que en este trabajo se pretenden conjurar. Asimismo, se traerá a colación una definición que cumple con el nivel de precisión mínimo que desde este trabajo se reclama, la propuesta por el REGLAMENTO (UE) 2016/679 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos) (en adelante RGPD)<sup>11</sup>.

Como punto de partida, y ejemplo de los errores que se deben evitar, se ha elegido el concepto datos médicos que positivizado por la Recomendación núm. R (97) 5 del Consejo de Europa sobre la protección de datos médicos de 13 de febrero de 1997. Este es uno de los primeros instrumentos jurídicos que, a nivel europeo, esboza una definición sobre esta tipología de datos. Concretamente, en su apéndice 1, define los datos médicos como:

<sup>10</sup> (NICOLÁS JIMÉNEZ 2006a), p. 84).

<sup>11</sup> La elección de esta norma como referencia encuentra su motivación en la novedad (por reciente) del Reglamento Europeo de Protección de Datos; así como en la importancia del mismo, al ser normal fundamental en la materia para los 27 Estados miembros (y, probablemente, también al Reino Unido). Además, es una regulación con un ámbito de aplicación material y territorial muy amplio (vid., respectivamente, artículos 2 y 3 del RGPD).

*“todos los datos personales relativos a la salud de un individuo. Se refiere también a los datos que tengan una clara y estrecha relación con la salud y los datos genéticos”.*

### **A. La importancia de la precisión terminológica**

Antes de abordar el contenido material de esta definición conviene hacer una breve precisión terminológica. Aunque acostumbran a utilizarse indistintamente los términos “datos médicos”, “datos sanitarios” y “datos relativos a la salud o de salud”, lo cierto es que, conceptualmente, representan realidades diversas.

Así, el dato médico debería circunscribirse más a aquellas informaciones generadas por un profesional de la medicina<sup>12</sup>. Por su parte, el dato sanitario, se incardina más con la idea de informaciones generadas ante instituciones de salud, lo que incluiría a otros profesionales, como el personal administrativo o los investigadores<sup>13</sup>. Por contra, el dato de salud o dato relativo a la salud se erige como un concepto más omnicompreensivo, capaz de abordar las diferentes informaciones que se generan en este ámbito.

En este sentido, la definición de dato médico de la Recomendación citada encajaría mejor con la idea que aquí se defiende de dato relativo a la salud. Pero, más allá de la deseable precisión terminológica, lo realmente relevante de positivizar una definición es su capacidad para delimitar la realidad jurídica que se pretende abordar. En definitiva, lo fundamental es concretar el contenido susceptible de ser incardinado en ese concepto y, por tanto, merecedor de un régimen de garantías más elevado.

### **B. La necesidad de acotar el objeto**

Otra de las carencias de la concepción “datos médicos” de la Recomendación R (97) es que adolece de una falta de precisión considerable. No establece qué ha de entenderse por “clara y estrecha relación con la salud”. Esta es la clase de ambigüedad que se debe evitar para no desnaturalizar esta categoría de datos. El diseño de una definición congruente debería pasar por establecer un objeto definido. No quiere con ello decirse que deba incorporarse un listado de datos, pero sí deben eludirse definiciones demasiado vagas. No parece oportuna la introducción de un elenco de datos por el riesgo de dejar fuera datos que podría ser oportuno proteger. De optarse por algún tipo de enumeración habría de considerarla, necesariamente, no taxativa.

Desde estas líneas, se apostaría por una definición precisa, sin conceptos jurídicos indeterminados, pero capaz de dar cabida, no solo las informaciones referentes a las enfermedades padecidas por el paciente, sino también otros datos, como el consumo de sustancias estupefacientes, ciertos datos administrativos (número de la seguridad social, los ingresos hospitalarios) en definitiva, todas aquellas informaciones que componen la historia clínica<sup>14</sup>. Positivizar una definición que aúne estas variables será ineludible conforme se computaricen los historiales médicos de los pacientes y la prestación de servicios sanitarios en general<sup>15</sup>.

---

<sup>12</sup> Cfr. (HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ 2012, pp. 143-144).

<sup>13</sup> Cfr. (C. M. ROMEO CASABONA 2006, p. 141).

<sup>14</sup> Cfr. Apartado II.2 del Working Document on the processing of personal data relating to health in electronic health records (EHR), adoptado el 15 de febrero de 2007. Referencia: 00323/07/EN WP 131.

<sup>15</sup> Cuestión diferente es determinar qué informaciones debe contener la historia clínica, en ese sentido, vid. (CANTERO RIVAS 2004) . Otro asunto, discutido y discutible, es si el derecho de acceso de los pacientes a su historia clínica incluye también la posibilidad de ver las anotaciones subjetivas de los médicos. En España la normativa posibilita impedir el acceso a dichas notas en caso de necesidad terapéutica (artículo 7.3 Decreto 38/2012, de 13 de marzo, sobre historia clínica y derechos y obligaciones de pacientes y profesionales de la salud en materia de documentación clínica).

### C. El concepto de dato de salud en el Reglamento General de Protección de datos

La Unión Europea (en adelante UE) ha dado un paso significativo en la consolidación de un espacio europeo de libre circulación de datos. El RGPD se erige en el instrumento jurídico mediante el cual establecer un adecuado nivel de protección de los datos de los ciudadanos compatible con las múltiples potencialidades que el tratamiento de estos ofrece. Además del establecimiento de un marco de garantías capaz de hacer frente a los desafíos que el tratamiento de datos supone<sup>16</sup>, la UE pretende asegurar una regulación más homogénea de esta materia entre todos los Estados miembros<sup>17</sup>. La consecuencia más inmediata de esto es la necesaria adaptación de las legislaciones estatales, para hacerlas compatibles con la norma europea. Por esta razón, y por la complejidad técnica de la norma, el RGPD no será de aplicación hasta el 25 de mayo de 2018, concediéndose, por tanto, un período de 2 años a los Estados miembros para poner al día sus normativas. Adaptación normativa en la que se encuentran inmersos la mayoría de Estados, v. gr. España<sup>18</sup>. Aunque algunos países, como Alemania, ya cuentan con una nueva Ley<sup>19</sup>. El RGPD contiene una definición de los datos relativos a la salud. En artículo 4 de esta norma aparecen conceptualizados como: “datos personales relativos a la salud física o mental de una persona física, incluida la prestación de servicios de atención sanitaria, que revelen información sobre su estado de salud”. Como se desprende del precepto aquí transcrito, el legislador europeo, además de optar por la nomenclatura datos relativos a la salud, busca acotar la información que puede incardinarse en esta categoría. Reduce los tipos de informaciones que se incluyen a tres: salud física o mental y servicios de atención sanitaria. A pesar de esto, el círculo de datos susceptibles ser incluidos podría ampliarse, siempre que se probara que aportan algún tipo de información sobre la salud del paciente. Sin embargo, en conjunto, esta es una definición que no debería generar excesivos problemas prácticos<sup>20</sup>.

### D. Balance de la problemática en torno al concepto dato de salud

Las dos definiciones aquí analizadas reflejan la importancia de realizar una correcta conceptualización de los datos relativos a la salud. Sin embargo, el gran problema de todas las definiciones, incluso de las más precisas, es la naturaleza expansiva del concepto dato de salud. De un modo u otro, todo dato personal es susceptible de revelar información sobre la salud, desde la zona en la que se vive hasta el trabajo que se desempeña, pasando por la alimentación e incluso la actividad en las redes sociales, toda información puede acabar dando información el estado de salud (presente o futuro) de un individuo<sup>21</sup>. Por esta razón se ha insistido tanto en la necesidad de acotar el objeto, de distinguir a determinadas categorías e informaciones como merecedoras de una protección reforzada. Qué tipologías de datos deben ser las incluidas y cuáles las descartadas es la decisión verdaderamente delicada y crucial que el legislador debe afrontar<sup>22</sup>.

<sup>16</sup> Considerando 9 del RGPD.

<sup>17</sup> Considerando 10 RGPD.

<sup>18</sup> Al momento de realizarse este trabajo se contaba con un Anteproyecto. <http://transparencia.gob.es/servicios-buscador/contenido/normaelaboracion.htm?id=NormaEV08L0-20172401&fcAct=2017-07-17T14:01:17.880Z&lang=ca>

<sup>19</sup> Su Consejo Federal aprobó la Gesetz zur Anpassung des Datenschutzrechts an die Verordnung (EU) 2016/679 und zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2016/680 o Bundesdatenschutzgesetz-BDSG (Ley Federal de Protección de Datos) el 15 de mayo (previamente, el 27 de abril, había sido aprobada en el Parlamento).

está en tramitación parlamentaria

<sup>20</sup> En este sentido se ha manifestado (PARIENTE de PRADA 2017, p. 13).

<sup>21</sup> (MARCH CERDÁ 2015).

<sup>22</sup> GÓMEZ SÁNCHEZ se ha mostrado favorable a diseñar un concepto amplio de los datos relativos a la salud, en (GÓMEZ SÁNCHEZ 2010, pp. 648-650).

Entre las propuestas que podrían contribuir a alcanzar un adecuado nivel de abstracción del objeto, cabe destacar la realizada por NICOLÁS JIMÉNEZ, quien señala que *“para considerar un dato como dato de salud a efectos de incluirlo en la categoría jurídica de dato especialmente sensible, no basta que aporte información que pudiera incidir en la salud, sino que es preciso atender a la finalidad de su tratamiento”*, el objetivo de ese tratamiento debe ser, de acuerdo con la autora, la evaluación de la salud del individuo<sup>23</sup>.

#### IV. Los datos genéticos

##### 1. Los datos genéticos: características generales

Cuando se aborda una investigación sobre genética un nombre aparece de modo recurrente, Gregor Mendel. Los estudios sobre genética encuentran sus orígenes en el siglo XIX con los estudios de este monje agustino<sup>24</sup>. Sin embargo, no sería hasta los trabajos de Watson y Crick sobre la estructura del ADN en forma de doble hélice (1953)<sup>25</sup> que la biología molecular y el estudio de la genética cobraría verdadera magnitud. Relevancia que se vería incrementada con el Proyecto Genoma Humano<sup>26</sup> y la publicación, en 2001, de la secuenciación del ADN<sup>27</sup>.

¿Qué implica la comprensión de la secuencia de ADN? ¿Cuáles son las consecuencias de ese saber? Conocer el genoma de una persona implica obtener información, permanente e inalterable, “sobre cada individuo, sobre su familia biológica y sobre la especie a la que pertenece”<sup>28</sup>. Supone poder identificar a ese individuo e individualizarlo<sup>29</sup>, pero también permite relacionarlo respecto de aquellos con los que comparte lazos sanguíneos. Asimismo, y es lo que aquí interesa, tienen como característica su “capacidad predictiva, tanto en enfermedades monogénicas como en enfermedades plurigénicas”<sup>30</sup>.

##### 2. Los datos genéticos como datos relativos a la salud

La capacidad predictiva de los datos genéticos ha supuesto que, tradicionalmente, fueran considerados como un subtipo de datos relativos a la salud<sup>31</sup>, especialmente en el plano normativo<sup>32</sup>. La citada Recomendación R (97) es un reflejo de como se ha venido abordando la regulación de esta tipología de datos<sup>33</sup>.

Es cierto que, los datos genéticos, ofrecen información sobre determinadas enfermeda-

<sup>23</sup> (NICOLÁS JIMÉNEZ 2006b), p. 78).

<sup>24</sup> Vid. (MARANTZ HENIG 2000).

<sup>25</sup> Vid. (WATSON 1968).

<sup>26</sup> Sobre el Proyecto Genoma Humano vid. (MORENO LUCE 2006).

<sup>27</sup> La publicación de la secuenciación del ADN se llevó a cabo por las revistas Nature y Science. Cada una de ellas ha publicado, respectivamente, las conclusiones del proyecto público y del de la compañía privada Celera.

<sup>28</sup> (C. M. ROMEO CASABONA 2002, p. 4).

<sup>29</sup> Cada ser humano tiene un ADN único, con la salvedad de los gemelos homocigóticos.

<sup>30</sup> (ÁLVAREZ GONZÁLEZ 2007, p. 48).

<sup>31</sup> No tanto desde un punto de vista doctrinal, donde siempre se ha procurado remarcar la singularidad de los datos genéticos, ya sea considerándolos como una tipología afin (ANDREU MARTÍNEZ, PARDO LÓPEZ y ALARCÓN SEVILLA 2017, p. 166) o resaltando su singularidad (ÁLVAREZ GONZÁLEZ 2007) o (DIETRICH PLAZA 2011, p. 111). En sentido contrario, y subordinando los datos genéticos a la categoría general datos relativos a la salud (ÁLVAREZ RIGAUDIAS 2016, pp. 172-176).

<sup>32</sup> Aunque en algunos países puede encontrarse legislación específica sobre datos genéticos. Sirvan como ejemplo algunos Estados de Estados Unidos, en el siguiente enlace pueden consultarse una relación de la situación de los distintos Estados en esta materia: <http://www.ncsl.org/research/health/genetic-privacy-laws.aspx>, o la ley N° 712 de Garantías del Patrimonio Genético Humano de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires de 2001.

<sup>33</sup> España no ha sido ajena a esta tendencia y, en el Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal regula los datos genéticos como “datos relacionados con la salud de las personas” (artículo 5.1.g).

des, pero se distinguen de cualquier otra categoría en que proporcionan ese dato también para personas asintomáticas<sup>34</sup>, debido a que su información es constante a lo largo del tiempo. No solo eso, se trata de información que se hereda y comparte con los familiares biológicos<sup>35</sup>. Su uso tiene un abanico de finalidades mucho más amplio que la protección de la salud, así pueden ser utilizados, entre otras posibilidades, para determinar la filiación de los hijos (incluso cuando el titular de la información ha fallecido), para identificaciones policiales o, y este es su uso más destacado, para la investigación científica.

A pesar de lo señalado, instituciones de gran prestigio como la Agencia Española de Protección de Datos, sostuvo que

*“si bien es posible que del resultado del análisis de ADN no codificante no se deriven directamente datos de salud, dichos resultados vienen a conformar la huella genética de una persona, y por tanto, se encuentran íntimamente relacionados con su salud”*<sup>36</sup>.

Esta posición (que probablemente se verá modulada con la nueva regulación establecida en el RGPD) es fiel reflejo de una concepción expansiva del concepto dato salud, como dato omnicomprensivo.

### 3. ¿Hacia una categoría autónoma?

La información genética presenta unas particularidades que la alejan de los datos relativos a la salud. Estas singularidades se están viendo reflejadas jurídicamente al propiciar un cambio en la tendencia normativa, que ahora tiende a inclinarse hacia la individualización de esta categoría. El resultado es una regulación específica y autónoma de los datos genéticos. El RGPD supone un espaldarazo a esta tendencia, en tanto distingue los datos genéticos de los datos relativos a la salud. La nueva regulación adoptada por la UE se compadece mejor con el estado actual de la ciencia. Ello porque, los fines que se persiguen en el tratamiento de datos genéticos son diversos a los que rigen la utilización de los datos relativos a la salud (los datos genéticos se enfocan más en la investigación, sea científica, penal o civil)<sup>37</sup>.

El deslinde entre dato genético y dato relativo a la salud, ya sea el positivizado en el RGPD, o el que se realice en cualquier otra norma sobre protección de datos, ¿supondrá que un dato genético no puede ser un dato relativo a la salud? La respuesta debe ser negativa, dependerá de la finalidad del tratamiento del dato en cuestión. La utilización de datos genéticos con fines asistenciales es una realidad incontrovertible (desde diagnóstico de enfermedades hasta predisposición a padecerlas)<sup>38</sup>. En esos casos parece lógico que la protección de esa información encuentre su sede en la regulación de los datos relativos a la salud y no en la de los datos genéticos.

En los ordenamientos en que no haya una regulación sectorial específica para estos tipos de datos y el régimen de aplicación sea el de los datos sensibles (o datos especiales) no deberían suscitarse demasiados problemas. En estos supuestos solo importaría fijar los contornos, esto es, qué tipo de informaciones no encajan en esas categorías de datos, ya que las consecuencias prácticas de la disquisición entre dato genético y dato relativo a la salud no serían muchas.

<sup>34</sup> (GÓMEZ-SALVAGO SÁNCHEZ 2015, p. 10).

<sup>35</sup> Cfr. (MINO VÁSQUEZ 2016, p. 10).

<sup>36</sup> Informe de la Agencia Española de Protección de Datos del año 2000 sobre el tratamiento de datos genéticos para la localización de personas desaparecidas o en investigación criminal. Puede consultarse en: [https://www.agpd.es/portalwebAGPD/canaldocumentacion/informes\\_juridicos/datos\\_esp\\_protegidos/common/pdfs/2000-0000\\_Tratamiento-de-datos-gen-ee-ticos-para-la-localizaci-oo-n-de-personas-desaparecidas-o-en-investigaci-oo-n-criminal.pdf](https://www.agpd.es/portalwebAGPD/canaldocumentacion/informes_juridicos/datos_esp_protegidos/common/pdfs/2000-0000_Tratamiento-de-datos-gen-ee-ticos-para-la-localizaci-oo-n-de-personas-desaparecidas-o-en-investigaci-oo-n-criminal.pdf) (Última consulta: 31/10/2017)

<sup>37</sup> Cfr. (PÉREZ GÓMEZ 2015, p. 634).

<sup>38</sup> A la consideración de información genética como datos relativos a la salud parece apuntar el RGPD al mencionar expresamente la salud como una de las informaciones que los datos genéticos pueden contener.

Ahora bien, cuando se desvinculan los datos genéticos de los datos de salud se abre la espita al establecimiento de regímenes diferenciados (aunque puedan ser concurrentes en determinados ámbitos). Esta parece ser la línea adoptada por legislador europeo al contemplar la posibilidad de que los Estados miembros puedan establecer limitaciones al tratamiento de datos genéticos, datos biométricos y datos relativos a la salud (artículo 9.4 RGPD). Esta habilitación supone que cada una de esas tres tipologías de datos (incluidas las dos que aquí se han estudiado) podría tener un régimen particularizado en atención a las peculiares características que las singularizan. La materialización de un escenario semejante implicaría el establecimiento de unas condiciones más severas para el tratamiento de ese tipo de datos. En el caso español, y conforme a lo que el Anteproyecto señala, la resolución de esta cuestión se ha postergado a un momento ulterior<sup>39</sup>. En caso de que los legisladores estatales de los Estados miembros de la UE, o los legisladores de cualquier país del globo al regular la protección de datos, se decanten por incorporar un régimen de protección de datos más restrictivo que el perfeñado para los datos sensibles se estaría confirmando la posibilidad que TONIATTI apuntara: la existencia de tipologías de “datos supersensibles” o “sensibilísimos”<sup>40</sup>.

Ahora bien, en ese nuevo estatus jurídico, ¿deben incluirse todas las informaciones que se habían conceptualizado como relativo a la salud o dato genético? O, por el contrario, y al igual que se proponía respecto a la consideración de los datos de salud como datos sensibles, ¿será necesario deslindar cuales de todos los datos existentes deben ser objeto de esa protección adicional?

Si la concreción de los datos de salud era necesaria para no desnaturalizar la categoría datos sensibles, en caso de que se materializase la existencia de un régimen aún más agravado, ya no se estaría en el terreno de la necesidad sino en el de la más absoluta obligatoriedad. Porque, ni todas las informaciones que tengan alguna relación con la salud o los datos genéticos tienen enjundia para considerarse datos sensibles, ni todos los datos sensibles relativos a la salud o genéticos requerirían de un régimen aún más agravado de protección.

## V. Conclusiones

El tratamiento de datos relacionados con la salud y de datos genéticos es una realidad en constante desarrollo en la sociedad de la información. La tendencia hacia la medicina de precisión augura un incremento exponencial del uso de estas tipologías de datos. Dilucidar qué informaciones son susceptibles de ser incluidas en esas categorías y, consecuentemente, recibir la protección reforzada inherente a los datos sensibles requerirá de criterios claros, para evitar la desnaturalización de los objetivos que la positivización de los datos sensibles persigue. Un posible modo de decidir qué datos deben considerarse sensibles es atender a las finalidades del tratamiento, como NICOLÁS JIMÉNEZ propone. Por otra parte, la distinción entre los datos de salud y los genéticos encuentra su fundamento en la necesaria precisión y adecuación a la realidad que las normas deben perseguir. A esta razón de base se ha de añadir otras provenientes de la emergencia de regímenes jurídicos diversos para cada una de esas dos tipologías de datos.

En la Unión Europea podría plantearse una situación como la descrita. El nuevo Regla-

<sup>39</sup> Disposición adicional novena del Anteproyecto para una nueva Ley orgánica de protección de datos establece que:

“El Gobierno en el plazo de dos años desde la entrada en vigor de esta ley orgánica remitirá a las Cortes un proyecto de ley en el que establecerá condiciones adicionales y, en su caso, limitaciones al tratamiento de datos genéticos, biométricos o relativos a la salud”.

<sup>40</sup> Cfr. (TONIATTI 1991, p. 159).

mento General de Protección de Datos habilita a los Estados la posibilidad de establecer regulaciones diferenciadas para datos genéticos y datos de salud. Esas hipotéticas normas tendrían una peculiaridad adicional, establecerían un régimen más restrictivo que el perfeñado para los datos sensibles. La primera consecuencia de esto sería la consolidación de determinadas tipologías de datos (los biométricos, los genéticos y los de salud) como “supersensibles”.

Ante una situación así, no debe olvidarse que se estarían ante datos cuyo régimen jurídico sería más estricto que el de los datos sensibles, para los que opera, como regla general, la prohibición del tratamiento. Este nuevo estatus, a nivel jurídico, haría necesario contar con parámetros que permitiesen dilucidar qué informaciones deben formar parte de esa nueva categoría.

Por lo tanto, si los legisladores estatales europeos (o los de cualquier país del globo) optan por incorporar a sus ordenamientos un nivel de protección adicional (y más severo), será fundamental que especifiquen qué datos de salud o genéticos (de entre los ya considerados sensibles) van a incardinarse en ese nuevo estatus. Para hacer esa disquisición se propone, como criterio a tomar en consideración, el nivel de riesgo que el tratamiento de esos datos pueda suponer para otros derechos fundamentales. Es decir, serán sensibilísimos si su tratamiento supone un nivel de riesgo excepcional para el núcleo esencial de la personalidad, superior al de los demás datos sensibles. Con esta premisa se reducirían notablemente las informaciones susceptibles de ser incorporadas a esa nueva categoría. Sin embargo, y es opinión de quien escribe, solo puede configurarse un régimen de protección de datos digno de tal nombre tomando la salvaguarda de los demás derechos fundamentales como principio rector.

---

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Susana (2007): *Derechos fundamentales y protección de datos genéticos*. Madrid, Dykinson.
- ÁLVAREZ RIGAUDIAS, Cecilia (2016): «Tratamiento de datos de salud» en PIÑAR MAÑAS, José Luis (dir.): *Reglamento General de Protección de Datos. Hacia un nuevo modelo europeo de privacidad*, Madrid, Reus, pp. 171-185.
- ANDREU MARTÍNEZ, M<sup>a</sup> Belén, PARDO LÓPEZ, M<sup>a</sup> Magnolia y ALARCÓN SEVILLA, Verónica (2017): *Hacia un nuevo uso de los datos de salud, lus et Scientia: Revista electrónica de Derecho y Ciencia* n<sup>o</sup> 1, vol. 3, pp. 161-171.
- CANTERO RIVAS, Roberto (2004): *El contenido de la historia clínica. contenido mínimo y reserva profesional del médico. La petición de historia clínica por un órgano judicial: motivación y supuestos. La eventual negativa médica a la entrega de la historia clínica*, Cuadernos de derecho judicial, n<sup>o</sup> 10, pp. 331- 430.
- DIETRICH PLAZA, Cristina (2011): “Datos genéticos y protección de datos personales” en *Intimidad, confidencialidad y protección de datos de salud. Aportaciones del IV seminario Internacional sobre Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO*, Pamplona, Aranzadi, pp. 109-117.
- GÓMEZ SÁNCHEZ, Yolanda (2010): “Datos de salud como datos especialmente protegidos” en TRONCOSO REIGADA, Antonio (ed.): *Comentario a la Ley Orgánica*

de Protección de Datos de Carácter Personal, Pamplona, Civitas-Thomson Reuters, pp. 647-670.

- GÓMEZ-SALVAGO SÁNCHEZ, Cecilia (2015): La protección de la persona en el ámbito de la investigación biomédica. Principios de la regulación española, *Bioderecho.es: Revista internacional de investigación en Bioderecho* nº 2, pp. 1-20.
- HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Ángel Raúl (2012): El derecho fundamental a la protección de los datos personales análisis de los datos de la salud en la historia clínica, Madrid, Tesis doctoral.
- IGLESIAS DÍEZ, Agustín (2017): La mala educación: la violación sistemática del secreto médico en Argentina, *Revista de Bioética y Derecho* nº 41, pp. 85-105.
- LU, Yi-Fan, David B. GOLDSTEIN, Misha ANGRIST, y Gianpiero CAVALLERI (2014): Personalized Medicine and Human Genetic Diversity, *Cold Spring Harb Perspect Med*, pp. 1-12.
- MADRID CONESA, Fulgencio (1984): Derecho a la Intimidad, *Informática y Estado de Derecho*, Valencia, Universidad de Valencia.
- MARANTZ HENIG, Robin (2000): El monje en el huerto. La vida y el genio de Gregor Mendel, padre de la genética, Madrid, Debate.
- MARCH CERDÁ, Joan Carles (2015): “Redes sociales, salud y pacientes” en DEL POZO CRUZ, José Teodoro, ROMÁN-SAN-MIGUEL, Aranzazu, ALCÁNTARA LÓPEZ, Rocío y DOMÍNGUEZ LÁZARO, María de los Reyes (coords.): *Medios de comunicación y salud*, Sevilla, Astigi, pp. 181-226.
- MIÑO VÁSQUEZ, Verónica Gabriela (2016): El derecho a la intimidad de la información genética en el Derecho Europeo, Sevilla, Tesis de doctorado.
- MORENO LUCE, Marta Silvia (2006): El Proyecto Genoma Humano, *Letras jurídicas: revista de los investigadores del Instituto de Investigaciones Jurídicas* nº 13, pp. 261-278.
- NICOLÁS JIMÉNEZ, Pilar (2006a): “El concepto de dato médico y genético” en RIPOL CARULLA, Santiago (ed.): *Estudios de protección de datos de carácter personal en el ámbito de la salud*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, pp. 77-103.
- NICOLÁS JIMÉNEZ, Pilar (2006b): *La protección jurídica de los datos genéticos de carácter personal*, Bilbao-Granada, Comares.
- ORTEGA Y GASSET, José (1965): *Meditación de la Técnica*, Colección Austral num. 1360, Madrid, Espasa-Calpe.
- PARIENTE de PRADA, Iñaki (2017): Los Datos de Salud en el nuevo Reglamento Europeo de Protección de Datos, *I+S: informática y salud* nº 122 abril, pp. 13-14.
- PÉREZ GÓMEZ, José María (2015): “La protección de los datos de salud” en RALLO LOMBARTE, Artemi y GARCÍA MAHAMUT, Rosario (eds.): *Hacia un nuevo derecho europeo de protección de datos: Towards a new european data protection regime*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 621-668.
- RIPOL CARULLA, Santiago (2006): “Introducción” en RIPOL CARULLA, Santiago (dir.): *Estudios de protección de datos de carácter personal en el ámbito de la salud*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, pp. 11-20.
- ROMEO CASABONA, Carlos María (2002): *Los genes y sus leyes: El Derecho ante el Genoma Humano*, Bilbao-Granada, Cátedra interuniversitaria, Fundación BBVA-Diputación Foral de Bizkaia de Derecho y Genoma Humano.
- ROMEO CASABONA, Carlos María y otros (2006): *La Ética y el Derecho ante la biomedicina del futuro*, Bilbao, Universidad de Deusto.
- TONIATTI, Roberto (1991): *Libertad informática y derecho a la protección de los datos personales: principios de legislación comparada*, *Revista Vasca de Adminis-*

tración pública nº 29, pp. 139-164.

- TRONCOSO REIGADA, Antonio (2010): La protección de datos personales. En busca del equilibrio, Valencia, Tirant lo Blanch.
- WATSON, James D. (1968): The Double Helix: A Personal Account of the Discovery of the Structure of DNA, Londres-New York, Simon & Schuster-Weidenfeld & Nicolson.

# LA PROTECCIÓN DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES CON DISCAPACIDAD: DEUDAS PENDIENTES

---

## THE PROTECTION OF CHILDRENS AND ADOLESCENT WITH DISABILITIES: PENDING DEBTS

---

SOFIA PUCCIO<sup>1</sup>

---

*Fecha de recepción: 25/09/2017*

*Fecha de aceptación: 30/10/2017*

### RESUMEN

El presente trabajo tiene por objeto analizar la protección de los niños, niñas y adolescentes con discapacidad y cuáles son las deudas pendientes al respecto. El Estado se ha instituido como el primer garante en materia de salud y de protección de la discapacidad, pero muchas veces los ciudadanos deben someterse a un constante peregrinaje frente a los rechazos de las debidas prestaciones.

---

### ABSTRACT

The purpose of this paper is to analyze the protection of children and adolescents with disabilities and what are the outstanding debts in this regard. The State has established itself as the first guarantor in matters of health and disability protection, but many times citizens must submit to a constant pilgrimage in the face of rejections of due benefits.

Palabras claves: Protección de la discapacidad, niños, niñas y adolescentes, prestaciones, judicialización

Key words: Protection of the disability, children and adolescents, benefits, judicialization

---

<sup>1</sup> Especialista en Derecho Sanitario (Universidade FIOCRUZ- Fundación Oswaldo Cruz), cursando la especialización en Derecho Procesal Civil (Universidad Blas Pascal), Se desempeña profesionalmente en el Juzgado Provincial Civil y Comercial de 1 Inst. y 36 Nom. de la Ciudad de Córdoba. Miembro de la Red Iberoamericana de Derecho Sanitario. Autora de artículos sobre temas de su especialidad en revistas nacionales e internacionales. Contacto: milsofipuccio@gmail.com.

## I. Introducción

En nuestro país, la asistencia universal de la discapacidad se instituye como una política pública del Estado; no sólo en base a políticas públicas nacionales, sino que por el principio de convencionalidad y el respeto a los tratados internacionales que tienen rango constitucional hemos prometido respetar y adoptar en forma programática y efectiva todas las medidas necesarias a dicho fin; con mayor razón cuando la discapacidad afecta a la niñez.

Ha dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación que “la niñez, 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 viene tanto a orientar como a condicionar la decisión jurisdiccional; con singular énfasis en aquellos menores aquejados por impedimentos físicos o mentales, cuyo interés debe ser custodiado, con acciones positivas y por sobre otras consideraciones, por todos los departamentos gubernamentales”<sup>2</sup>.

El Estado se ha instituido como el primer garante en materia de salud y de protección de la discapacidad, pero muchas veces los ciudadanos deben someterse a un constante peregrinaje frente a los rechazos de las debidas prestaciones.

A ello debemos sumarle que uno de los temas fundamentales en materia de discapacidad es garantizar la cobertura integral de dichas personas, ya que no sólo se encuentra en juego su salud sino también su capacidad, y siendo niños la vulnerabilidad de los mismos se agrava y debe ser especialmente protegida.

## II. La cobertura integral a la discapacidad. Alcances

Para entender que significa “Cobertura integral del discapacitado”, es necesario distinguir qué prestaciones incluye tal concepto y cuáles exceden su marco específico bajo estándares de razonabilidad y proporcionalidad inherentes al quehacer jurídico.

La temática está íntimamente relacionada con los derechos humanos de las personas con discapacidad de lo cual se ha ocupado también el derecho internacional y hoy se encuentra ampliamente protegido en nuestro Código civil y Comercial de la Nación a través de la llamada “*constitucionalización del derecho privado*” donde se erige como un paradigma esencial la protección de los derechos humanos y en cuyo texto se acentuado la de la discapacidad (basta ver la innumerables artículos donde se brinda protección a este grupo etario).

Señala la Corte Interamericana de Derechos Humanos que desde los inicios del Sistema Interamericano, en la Declaración de los Derechos y Deberes del Hombre, se han reivindicado los derechos de las personas con discapacidad<sup>3</sup>.

Por tanto, a decir de Sagüés, es aplicable al caso “*Un derecho internacional de los derechos humanos mucho más actualizado, y prácticamente aceptado hoy día, 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>4</sup>.

<sup>2</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación, 09.06.09 “R., G.E. s/ amparo –apelación– reseñado en Diario Jurídico on line 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).

<sup>3</sup> CIDH, “Furlán y Familiares vs. Argentina”, Sentencia del 31/08/2012, párrafo 128 con cita del artículo XVI de la Declaración de los Derechos y Deberes del Hombre.

<sup>4</sup>Sagüés, Néstor Pedro; “De la Constitución Nacional a la Constitución ‘convencionalizada’; JA 2013- IV; SJA 2013/10/09-53.

Como punto de partida del análisis propuesto cabe indicar qué se entiende por discapacidad. La Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, adoptada en mil novecientos noventa y nueve y ratificada por la Argentina en el año 2001<sup>5</sup> y aprobada mediante Ley 25280, entiende que el término discapacidad significa “(...)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>6</sup>.

A su turno, la legislación nacional entiende por persona con discapacidad 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 para su integración familiar, social, educacional o laboral (artículo 9, Ley 24901).

Sentado lo anterior, es sumamente ilustrativo sobre el tópico lo establecido por la Constitución de la Provincia de Córdoba cuando 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”.

Como podemos apreciar, dicha norma nos proporciona una guía hermenéutica clara y certera a los efectos de dar contenido al concepto de cobertura integral que requiere una persona discapacitada; ya que se trata de prestaciones debidas imperativamente a la persona con discapacidad.

Así, es posible calificar las prestaciones de prevención, de asistencia, de rehabilitación, de educación, de capacitación y aquellas referidas a la inserción en la vida social, catalogándolas como un piso mínimo.

En similares términos se pronuncia la Ley 24901, denominada “Sistema de Prestaciones Básicas de Atención Integral a favor de las Personas con Discapacidad”, cuando establece que con el objeto de prestar una cobertura integral a sus necesidades y requerimientos deben contemplarse prestaciones preventivas (artículo 14), prestaciones de rehabilitación (artículo 15), prestaciones terapéuticas educativas (artículo 16), prestaciones educativas (artículo 17), prestaciones asistenciales (artículo 18), además de los servicios específicos que enuncia la ley a partir del artículo 19 y siguientes. Dicha ley es citada por la demandada en apoyo y justificación de sus acciones (cfr. fs. 3597, 16° Cuerpo de los autos principales).

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 tres de diciembre de 1999.

---

<sup>5</sup> 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).

<sup>6</sup> 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).

Ello en tanto el artículo 8 del Decreto Nacional n° 1193/98 reglamentario de la Ley n° 24.901 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.

En la cláusula quinta del convenio de adhesión, la Provincia de Córdoba se obliga a adoptar el Nomenclador de Prestaciones Básicas para las Personas con Discapacidad aprobado por el Directorio del Sistema Único de Prestaciones Básicas y a procurar la atención de las prestaciones a través de efectores públicos y privados debidamente registrados.

En función de dicho acuerdo es que en el ámbito del Ministerio de Salud de la Provincia funciona la Junta Evaluadora de Discapacidad (Gerencia de Programas y Prevención Área de Asistencia Integral para Personas con Capacidades Diferentes) que emite el certificado de discapacidad de la Ley n° 22.431 y del artículo 3 de la Ley n° 24.901(fs. 4, 1° Cuerpo y 3629, 16° Cuerpo, ambos de los autos principales).

Así la Ley 25504 señala que el Certificado Único de Discapacidad acreditará plenamente tal condición en todo el territorio nacional cuando fueran emitidos por las provincias adheridas a la Ley 24901.

Con fecha 3 de junio de 1999 y por Resolución n° 428/99 del Ministerio de Salud y Acción Social (M.S. y A.S.) de la Nación, se aprobó el Nomenclador de Prestaciones Básicas para Personas con Discapacidad, en el que se especifica contenido y 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 n° 1512/2013 del Ministerio de Salud<sup>7</sup>.

Luego, el Directorio del Sistema de Prestaciones Básicas de Atención Integral en favor de las Personas con Discapacidad aprobó un Marco Básico de Organización y Funcionamiento de Establecimientos de Atención del Sistema Único de Prestaciones, y posteriormente formalizó su presentación ante el Coordinador General del Programa Nacional de Garantía de Calidad de la Atención Médica. Éste, aprobado mediante Resolución n° 1328 del primero de septiembre de dos mil seis del Ministerio de Salud de la Nación, describe las características y alcances de las prestaciones de rehabilitación, terapéutico-educativas, educativas y asistenciales para personas con discapacidad y define los fundamentos básicos de calidad que han de reunir los servicios que se incorporen al Sistema de Prestaciones Básicas de Atención Integral a Favor de las Personas con Discapacidad, desde la perspectiva de la organización y el funcionamiento de los servicios, los recursos humanos afectados, la planta física requerida y el equipamiento necesario.

Todo este plexo tuitivo de las personas que padecen discapacidad se encuentra reforzado, en los casos en que se trate de niños, en función de la Convención de los Derechos del Niño incorporada con jerarquía constitucional en el artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional. En efecto, sus artículos 23, 24 y 26 obligan 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.

En dicho andarivel el Comité de los Derechos del Niño dictó la Observación General n°9 relativa a los Derechos de los Niños con Discapacidad.

En esta senda ha dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación que la protección y la asistencia universal de la infancia discapacitada constituye una política pública, en tan-

---

<sup>7</sup> Publicada en el B.O. del 27/09/2013.

to consagra ese mejor interés, cuya tutela encarece -elevándolo al rango de principio- la Convención sobre los Derechos del Niño arts. 3 y 24 de dicho pacto, y 75 incs. 22 y 23 de la Constitución Nacional, siendo esta doctrina esclarecedora en cuanto a que la niñez, 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>8</sup>.

Posteriormente por la Ley 26378 se aprueba la *Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad* y su protocolo facultativo, cuyo propósito es 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. En dicha Convención los Estados Partes se comprometen a asegurar y promover el pleno ejercicio de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas con discapacidad sin discriminación alguna por motivos de discapacidad. A tal fin se comprometen a adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean pertinentes para hacer efectivos los derechos reconocidos en dicha convención; para derogar o modificar leyes, reglamentos o costumbres que impliquen discriminación y sobre todo a tener en cuenta, en todas las políticas y todos los programas, la protección y promoción de los derechos humanos de las personas con discapacidad.

Puntualmente y con relación a los niños y niñas con discapacidad en su art. 7 la convención 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*.

Sin embargo, la creciente deficiencia de dichas políticas públicas en materia de salud -con especial consideración en materia de discapacidad-, han generado en los últimos tiempos un crecimiento considerable en la judicialización de la salud, que se ha canalizado mayormente a través de las acciones de amparo; y que visualizan notoriamente las debilidades del sistema de atención: rechazo a la administración de medicamentos o elementos ortopédicos por los costos o por no estar incluidos en el programa médico obligatorio; rechazo de determinados tratamientos por no estar incluido el nosocomio como prestador de la obra social o el equipo tratante; reducción de la cantidad de sesiones como sicomotricidad, terapia, fonoaudiología, maestra integradora, cursado en colegios especiales, etc.

Ha dicho puntualmente sobre este tema Nuestro Máximo Tribunal Judicial Nacional que “(...) *ante la claridad del plexo normativo conformado por las leyes 24.431 y 24.901 y el decreto 762/97, en orden a que ponen a cargo del Estado el sistema de prestaciones básicas para los discapacitados en la medida en que éstos, las personas de quienes dependen o las obras sociales no puedan afrontarlos, y atento, además, a la jerarquía de los intereses en juego y la gravedad de la situación (...) considero que debe tenerse en especial miramiento, de un lado, que la atención y asistencia integral de la discapacidad, como se ha explicitado en las leyes antes referidas y en jurisprudencia de V.E. que pone énfasis en los compromisos asumidos por el Estado Nacional en esta materia (v. doctrina de Fallos: 323:3229; 324:3569, entre otros), constituye una política pública de nuestro país; y de otro, que lo decidido compromete el interés superior de un discapacitado, que*

<sup>8</sup> C.S.J.N., Fallos 332:1394.

*al inicio de estas actuaciones era, además, menor de edad, y que la Convención sobre los Derechos del Niño -citada por el juzgador en la sentencia impugnada-, encarece su tutela elevando aquel 'interés superior' al rango de principio. Conviene recordar asimismo que los menores, con quienes en este aspecto corresponde equiparar a los discapacitados, a más de la especial atención que merecen de quienes están directamente obligados a su cuidado, requieren también la de los jueces"<sup>9</sup>.*

Es por ello que el Estado nacional debe adoptar las medidas pertinentes, especialmente económicas y técnicas, para lograr en forma progresiva, la plena efectividad del derecho mencionado y de ninguna manera puede gravitar en estas políticas activas las cuestiones relacionadas con el presupuesto del ente estatal tanto nacional como provincial. En definitiva, es impostergable obligación de la autoridad pública de emprender, en este campo, 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 sobre otras consideraciones, por todos los departamentos gubernamentales (...)”<sup>10</sup>.

Por otra parte, si bien consideramos que no debe ser un obstáculo para garantizar la salud -sobre todo cuando media gravedad o discapacidad- el tema presupuestario; 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; para lo cual debe primar de ambas partes la razonabilidad a los fines de no afectar el principio de solidaridad. De lo que se trata es de 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.

Podemos preguntarnos ¿cuáles son esas prestaciones básicas? Entre ellas podemos enumerar las prestaciones preventivas de la madre y el niño desde la concepción, con apoyo psicológico del grupo familiar; prestaciones de rehabilitación por el tiempo y etapas que cada caso requiera; prestaciones terapéuticas y educativas; prestaciones asistenciales, requerimientos básicos esenciales: alimentación, hábitat, etc.; prestación de servicios específicos con concordancia con cada patología. En estos casos la enumeración en la ley es ejemplificativa y menciona: estimulación temprana, educación inicial, educación general básica, formación laboral, atención en centros de día o educativos terapéuticos, rehabilitación motora con provisión de órtesis, prótesis, etc y la atención odontológica integral; sistemas alternativos al grupo familiar; residencia, pequeños hogares, y hogares; prestaciones complementarias como cobertura económica, atención siquiátrica, cobertura de medicamentos, atención de especialistas que no sean prestadores de la obra social, reconocimientos de estudios especiales, diagnóstico, orientación y asesoramiento preventivo para los miembros del grupo familiar de pacientes con patologías genético-hereditario, etc .

El objetivo de la ley se dirige fundamentalmente a tratar de conceder a quienes se encuentran en esas condiciones, franquicias y estímulos que le permitan -en lo posible- neutralizar la desventaja que la discapacidad les provoca. Sus funciones son múltiples: entre las principales se encuentra la elaboración del presupuesto anual diferenciado del sistema único, el análisis y aprobación del nomenclador de prestaciones básicas y la coordinación de los programas de los organismos que integran el sistema.

Nos detendremos en algunas de ellas.

<sup>9</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación: “Lifschitz, Gabriela B. y otros c/ Estado Nacional”, 15/06/2004, Fallos 327:2413.

<sup>10</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Martín, Sergio Gustavo y otros c/ Fuerza Aérea Arg. - Direcc. Gral. de Bienestar Pers. Fuerza Aérea s/ amparo”, 08/06/2004, Fallos: 327:2127.

### III. Prestaciones básicas

#### 1. Rehabilitación

Rehabilitar se relaciona con aquellas prácticas que posibiliten que la persona que tiene una discapacidad por cualquier causa logre y despliegue aptitudes que requieren de un acompañamiento especializado para alcanzarlas.

Es definida como *“(...) la recuperación de lo que se había perdido e identificación del problema del individuo que presenta una deficiencia. La solución planteada consiste en el abordaje del problema por parte de un equipo de profesionales especialistas, quienes deben planificar los servicios de rehabilitación funcional que el paciente requiera”*<sup>11</sup>.

Se explica que requiere dos niveles de intervención, la primera constituida por la rehabilitación propiamente dicha que surge de la labor interdisciplinaria de técnicas idóneas para mejorar el pronóstico funcional de las afecciones invalidantes; y la segunda se dirige hacia el logro de la autonomía personal, tiende a reducir la necesidad de cuidados continuos de la persona con discapacidad<sup>12</sup>.

Señala la Organización Mundial de la Salud que es un proceso encaminado a lograr que las personas con discapacidad estén en condiciones de alcanzar y mantener un estado funcional óptimo desde el punto de vista físico, sensorial, intelectual, psíquico o social, de manera que cuenten con medios para modificar su propia vida y ser más independientes. La rehabilitación puede abarcar medidas para proporcionar o restablecer funciones o para compensar la pérdida o la falta de una función o una limitación funcional (A/RES/48/627 del 04/03/1994)<sup>13</sup>.

La rehabilitación y la habilitación son procesos destinados a posibilitar que las personas con discapacidad alcancen y mantengan un nivel óptimo de desempeño tanto físico como sensorial, intelectual, psicológico y/o social<sup>14</sup>. Ello pone en evidencia que, para alcanzar tal objetivo, su abordaje debe ser integral.

Así, se ha dicho que rehabilitar *“(...) significa abordar los déficits para llegar a intervenciones más integrales en las personas con discapacidad, y buscar primordialmente el desarrollo personal y social del sujeto”*<sup>15</sup>.

En este sentido el artículo 15 de la Ley 24901 dispone *“Se entiende por prestaciones de rehabilitación 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 (traumáticas, neurológicas, reumáticas, infecciosas, mixtas o de otra índole), utilizando para ello todos los recursos humanos y técnicos necesarios. En todos los casos se deberá brindar cobertura integral en rehabilitación, cualquiera fuere el tipo y grado de discapacidad, con los recursos humanos, metodologías y técnicas que fuere menester, y por el tiempo y las etapas que cada caso requiera”*.

Como postula la Organización Mundial de la Salud la rehabilitación abarca un amplio

<sup>11</sup> INAP, Instituto Nacional de la Administración Pública, Introducción a la temática de la Discapacidad, Módulo I, INAP, Buenos Aires, 1998, p. 25.

<sup>12</sup> 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, Buenos Aires, p. 109.

<sup>13</sup> Naciones Unidas, “Los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad”, <http://www.un.org/spanish/disabilities/default.asp?id=498> (consultado el 20/09/2017).

<sup>14</sup> Organización Mundial de la Salud, “Discapacidades y Rehabilitación”, <http://www.who.int/disabilities/care/es/> (consultado el 20/09/2017).

<sup>15</sup> ROSALES, Pablo Oscar (2005): Op. Cit., p. 109.

abánico de actividades, como atención médica de rehabilitación, fisioterapia, psicoterapia, terapia del lenguaje, terapia ocupacional y servicios de apoyo<sup>16</sup>.

En consecuencia, en general el equipo de trabajo debe estar constituido por: médico especialista en rehabilitación; kinesiólogo, terapeuta física; terapeuta ocupacional; psicólogo; fonoaudiólogo; trabajador social; técnico protesistaortésista, enfermera especializada<sup>17</sup>.

Se procura instrumentar la contribución de varias disciplinas que, desde su especificidad, concurren con sus aparatos conceptuales para lograr una evaluación más ajustada de la persona y proponer el plan de atención a seguir según las deficiencias que presenta. De esta manera mancomunada, se cumplen los objetivos que no se lograrían satisfactoriamente si los profesionales trabajaran en forma individual<sup>18</sup>.

El rasgo distintivo de este tipo de rehabilitación es la interdisciplinariedad, el trabajo conjunto y en equipo en pos de la mejor recuperación de las aptitudes de las personas con discapacidad. Asimismo, el abordaje realizado debe ensamblarse conjuntamente con el área de educación, cada uno en su ámbito, apoyando el desarrollo del niño.

### A. Dispositivos y las tecnologías de apoyo:

De tales conceptos se deriva que rehabilitar se encamina a llegar a una vida independiente. Ello significa abordar los déficits como parte de intervenciones más globales, que buscan primordialmente el desarrollo personal y de las competencias sociales del sujeto con discapacidades, al igual que el protagonismo en su propia vida<sup>19</sup>.

En estos aspectos se pone de relieve la importancia de lo que atañe específicamente al desarrollo de la autonomía de la persona con discapacidad, asunto que en la actualidad cuenta con el aporte de diferentes dispositivos y tecnologías de apoyo. Se entiende por ayuda técnica a “(...) *toda ayuda mecánica que se utiliza para proteger, asistir o suplir una función*”<sup>20</sup>. Tales instrumentos así como los dispositivos de ayuda visual y equipos y programas informáticos especializados aumentan la movilidad, la audición, la visión y las capacidades de comunicación, como lo expone la Organización Mundial de la Salud<sup>21</sup>. Éstos, a su vez, requerirán una indicación específica del médico especialista en rehabilitación (acorde con la ley de ejercicio profesional), conforme la deficiencia y la necesidad del paciente (edad, actividad, etc.).

Con la ayuda de estas tecnologías, las personas con discapacidad pueden mejorar sus habilidades, alcanzando niveles de capacitación idóneos para vivir de forma autónoma y participar en sus sociedades<sup>22</sup>.

El Informe Mundial sobre Discapacidad elaborado por la Organización Mundial de la Salud y el Banco Mundial expone que “*Aumentar el acceso a los medios tecnológicos auxiliares mejora la autonomía, fomenta la participación y puede reducir los costos de asistencia y apoyo. Para que resulten apropiados, los dispositivos auxiliares deben estar adaptados tanto al entorno como al usuario e ir acompañados de un seguimiento adecuado*”<sup>23</sup>.

Desde esta perspectiva, en cuanto a importancia de las sillas de ruedas señala la Orga-

<sup>16</sup> <http://www.who.int/disabilities/care/es/>, (consultado el 25/09/2017).

<sup>17</sup> INAP (1998): Introducción a la temática de la Discapacidad, Módulo I, INAP, Buenos Aires, p. 62.

<sup>18</sup> INAP (1998): Op. Cit., p. 62.

<sup>19</sup> INAP (1998): Op. Cit., p. 52.

<sup>20</sup> INAP (1998): Op. Cit., p.65.

<sup>21</sup> Organización Mundial de la Salud, Discapacidades y Rehabilitación, Dispositivos y tecnologías de apoyo a las personas con discapacidad, <http://www.who.int/disabilities/technology/es/> (Consultado el 20/09/2017).

<sup>22</sup> Organización Mundial de la Salud, Discapacidades y Rehabilitación, Dispositivos y tecnologías de apoyo a las personas con discapacidad, <http://www.who.int/disabilities/technology/es/>, (Consultado el 20/09/2017).

<sup>23</sup> Organización Mundial de la Salud, [http://www.who.int/disabilities/world\\_report/2011/summary\\_es.pdf?ua=1](http://www.who.int/disabilities/world_report/2011/summary_es.pdf?ua=1), (Consultado el 20/09/2017).

nización Mundial de la Salud que *“El suministro de sillas de ruedas aptas para este fin no sólo mejora la movilidad, sino que da inicio a un proceso de apertura de un mundo de educación, trabajo y vida social. La elaboración de políticas nacionales y mayores oportunidades de capacitación en el diseño, producción y suministro de sillas de rueda son los pasos siguientes indispensables”*<sup>24</sup>.

Sobre el tópico, la Ley 24901 en su artículo 27 expone que *“Rehabilitación motora es el servicio que tiene por finalidad la prevención, diagnóstico y tratamiento de las enfermedades discapacitantes de orden predominantemente motor. a) Tratamiento rehabilitatorio: Las personas con discapacidad ocasionada por afecciones neurológicas, osteo-articulomusculares, traumáticas, congénitas, tumorales, inflamatorias, infecciosas, metabólicas, vasculares o de otra causa, tendrán derecho a recibir atención especializada, con la duración y alcances que establezca la reglamentación; b) Provisión de órtesis, prótesis, ayudas técnicas u otros aparatos ortopédicos: Se deberán proveer los necesarios de acuerdo con las características del paciente, el período evolutivo de la discapacidad, la integración social del mismo y según prescripción del médico especialista en medicina física y rehabilitación y/o equipo tratante o su eventual evaluación ante la prescripción de otro especialista”*.

Por su parte, el Comité de los Derechos del Niño, en su Observación General n° 9 dispone que el acceso a la información y a los medios de comunicación, en particular las tecnologías y los sistemas de información y de las comunicaciones, permite a los niños con discapacidad vivir en forma independiente y participar plenamente en todos los aspectos de la vida (párrafo 37).

Sobre la provisión de este tipo de ayudas técnicas, sobre todo respecto a aquellas que facilitan la movilidad y el desplazamiento utilizadas por períodos de tiempo, es menester apuntar, deviene razonable la implementación de sistemas similares a comodatos lo que posibilita que una vez terminada su utilidad respecto de una persona sean restituidas a la obra social o institución aportante a los fines de ser destinadas a otro afiliado.

## 2. Transporte

En el mismo rumbo se engasta la cobertura del transporte para personas con discapacidad a fin de que puedan desenvolverse autónomamente conforme sus realidades.

Al respecto refiere el artículo 20 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad *“Los Estados Partes adoptarán medidas efectivas para asegurar que las personas con discapacidad gocen de movilidad personal con la mayor independencia posible, entre ellas: a) Facilitar la movilidad personal de las personas con discapacidad en la forma y en el momento que deseen a un costo asequible; b) Facilitar el acceso de las personas con discapacidad a formas de asistencia humana o animal e intermedios, tecnologías de apoyo, dispositivos técnicos y ayudas para la movilidad de calidad, incluso poniéndolos a su disposición a un costo asequible; c) Ofrecer a las personas con discapacidad y al personal especializado que trabaje con estas personas capacitación en habilidades relacionadas con la movilidad; d) Alentar a las entidades que fabrican ayudas para la movilidad, dispositivos y tecnologías de apoyo a que tengan en cuenta todos los aspectos de la movilidad de las personas con discapacidad”*.

En consonancia con ello, el artículo 26 del citado instrumento normativo refiere que *“1. Los Estados Partes adoptarán medidas efectivas y pertinentes, incluso mediante el apoyo de personas que se hallen en las mismas circunstancias, para que las personas con discapacidad puedan lograr y mantener la máxima independencia, capacidad física, mental, social y vocacional, y la inclusión y participación plena en todos los aspectos de*

<sup>24</sup> [http://www.who.int/disabilities/publications/technology/wheelchairguidelines\\_sp\\_finalforweb.pdf](http://www.who.int/disabilities/publications/technology/wheelchairguidelines_sp_finalforweb.pdf), (Consultado el 20/09/2017).

la vida. A tal fin, los Estados Partes organizarán, intensificarán y ampliarán servicios y programas generales de habilitación y rehabilitación, en particular en los ámbitos de la salud, el empleo, la educación y los servicios sociales, de forma que esos servicios y programas: a) Comiencen en la etapa más temprana posible y se basen en una evaluación multidisciplinar de las necesidades y capacidades de la persona; b) Apoyen la participación e inclusión en la comunidad y en todos los aspectos de la sociedad, sean voluntarios y estén a disposición de las personas con discapacidad lo más cerca posible de su propia comunidad, incluso en las zonas rurales. 2. Los Estados Partes promoverán el desarrollo de formación inicial y continua para los profesionales y el personal que trabajen en los servicios de habilitación y rehabilitación. 3. Los Estados Partes promoverán la disponibilidad, el conocimiento y el uso de tecnologías de apoyo y dispositivos destinados a las personas con discapacidad, a efectos de habilitación y rehabilitación”<sup>25</sup>.

### 3. Prestaciones de Educación

Las prestaciones educativas son aquellas tendientes al desarrollo de acciones de enseñanza-aprendizaje programadas y que deben implementarse adecuadamente según el tipo y grado de incapacidad. Se incluye la escolaridad en todos sus niveles, la capacitación y formación laboral a efectos de integrar a la sociedad a la persona con discapacidad<sup>26</sup>. Ello se desprende del principio de normalización que surge desde la llamada Ley Nirje en Dinamarca, el que constituye el principio filosófico que da origen a un cambio conceptual, tanto en el campo de la salud, en el educativo como en el socio político respecto a las necesidades especiales<sup>27</sup>.

Las Normas Uniformes sobre la igualdad de Oportunidades para Personas con Discapacidad<sup>28</sup> se ocupan de la cuestión en el artículo 6, señalando que “...los Estados deben reconocer el principio de la igualdad de oportunidades de educación en los niveles primario, secundario y superior para los niños, los jóvenes y los adultos con discapacidad en entornos integrados, y deben velar por que la educación de las personas con discapacidad participen del sistema de enseñanza. (...) La educación en las escuelas regulares requiere la prestación de servicios de interpretación y otros servicios de apoyo apropiados a fin de facilitarse condiciones adecuadas de acceso y servicios de apoyo concebidos en función de las necesidades de personas con diversas discapacidades”. Y apunta que debe prestarse especial atención a “Niños muy pequeños con discapacidad; Niños de edad preescolar con discapacidad; Adultos con discapacidad, sobre todo las mujeres”.

En situaciones en que el sistema de instrucción general no esté aún en condiciones de atender las necesidades de todas las personas con discapacidad, entiende que “...cabría analizar la posibilidad de establecer la enseñanza especial, cuyo objetivo sería preparar a los estudiantes para que se educaran en el sistema de enseñanza general. La calidad de esa educación debe guiarse por las mismas normas y aspiraciones que las aplicables a la enseñanza general y vincularse estrechamente con ésta. Como mínimo, se debe asignar a los estudiantes con discapacidad el mismo porcentaje de recursos para la instrucción que el que se asigna a los estudiantes sin discapacidad. Los Estados deben tratar de lograr la integración gradual de los servicios de enseñanza especial en la enseñanza general. Se reconoce que, en algunos casos, la enseñanza especial puede normalmente considerarse la forma más apropiada de impartir instrucción a algunos estudiantes con discapacidad”<sup>29</sup>.

<sup>25</sup> Disponible en <http://www.un.org/esa/socdev/enable/documents/tccconvs.pdf> (Consultado el 20/09/2017).

<sup>26</sup> ROSALES, Pablo Oscar (2005): Op. Cit., p. 112. Cfr. art. 17 de la Ley n° 24.901.

<sup>27</sup> INAP (1998): Introducción a la temática de la Discapacidad, MóduloII, INAP, Buenos Aires, p. 13.

<sup>28</sup> Aprobadas por la Asamblea General de Naciones Unidas mediante Resolución n° 48/96 del cuatro de marzo de mil novecientos noventa y seis.

<sup>29</sup> A/RES/48/627del04/03/1194, artículo 6, <http://www.un.org/spanish/disabilities/default.asp?id=498>, (Consultado el 20/09/2017).

En esta sintonía, la Ley 24901 expone que se entiende por prestaciones terapéuticas educativas “(...) *aquellas que implementan acciones de atención tendientes a promover la restauración de conductas desajustadas, adquisición de adecuados niveles de autoválimento e independencia, e incorporación de nuevos modelos de interacción, mediante el desarrollo coordinado de metodologías y técnicas de ámbito terapéutico-pedagógico y recreativo*” (art. 16).

A su turno, el artículo 17 expone que prestaciones educativas son “(...) *aquellas que desarrollan acciones de enseñanza-aprendizaje mediante una programación sistemática específicamente diseñada, para realizarlas en un período predeterminado e implementarlas según requerimientos de cada tipo de discapacidad*”.

Respecto a la estimulación temprana, el artículo 20 de la mencionada norma refiere que “...*es el proceso terapéutico-educativo que pretende promover y favorecer el desarrollo armónico de las diferentes etapas evolutivas del niño con discapacidad*”. Y el artículo siguiente aborda la educación inicial afirmando que “...*es el proceso educativo correspondiente a la primera etapa de la escolaridad, que se desarrolla entre los 3 y 6 años, de acuerdo con una programación especialmente elaborada y aprobada para ello. Puede implementarse dentro de un servicio de educación común, en aquellos casos que la integración escolar sea posible e indicada*”. Finalmente, el artículo 22 define que la educación general básica “...*es el proceso educativo programado y sistematizado que se desarrolla entre los 6 y 14 años de edad aproximadamente, o hasta la finalización del ciclo, dentro de un servicio escolar especial o común*”.

El límite de edad no implica negar el acceso a la escolaridad a aquellas personas que, por cualquier causa o motivo, no hubieren recibido educación; y el programa escolar que se implemente deberá responder a lineamientos curriculares aprobados por los organismos oficiales competentes en materia de educación y podrán contemplar los aspectos de integración en escuela común, en todos aquellos casos que el tipo y grado de discapacidad así lo permita.

Por su parte, el Comité de los Derechos del Niño, en su Observación General n° 9 dispone que los niños con discapacidad tienen el mismo derecho a la educación que todos los demás niños y disfrutarán de ese derecho sin discriminación alguna y sobre la base de la igualdad de oportunidades.

#### **4. Prestaciones Asistenciales**

Cuando se hace alusión a prestaciones asistenciales cabe incluir las atinentes al cuidado de la salud en general (prestaciones odontológicas y todas las otras cuestiones médicas), vivienda (acá se incluye a residencias, pequeños hogares y hogares) y alimentación<sup>30</sup>.

Sobre el tópico, el artículo 18 de la Ley 24901 establece que “*Se entiende por prestaciones asistenciales a aquellas que tienen por finalidad la cobertura de los requerimientos básicos esenciales de la persona con discapacidad (hábitat-alimentación-atención especializada) a los que se accede de acuerdo con el tipo de discapacidad y situación socio-familiar que posea el demandante. Comprenden sistemas alternativos al grupo familiar a favor de las personas con discapacidad sin grupo familiar o con grupo familiar no continente*”.

Consecuentemente, cuando exista un grupo familiar continente, siempre que fuera posible, estará a su cargo la cobertura y otorgamiento de tales prestaciones para la vida de las personas con discapacidad, en función de los principios de solidaridad que presiden las relaciones familiares<sup>31</sup>.

<sup>30</sup> ROSALES, Pablo Oscar (2005): Op. Cit., p. 109.

<sup>31</sup> Ídem.

Repárese incluso que el artículo 33 de la Ley 24901 prevé en forma extraordinaria la posibilidad de otorgar ayudas económicas al grupo familiar atravesado por esta problemática cuando se encuentran en una situación económica deficitaria a los efectos de facilitar la permanencia de la persona con discapacidad en el ámbito donde reside.

#### IV. El principio de razonabilidad

Clave es apuntar que en este marco y bajo la guía de estos conceptos deben ser ponderadas las decisiones emanadas por los prestadores públicos y privados en las cuestiones de discapacidad y, en lo que aquí interesa, respecto a la cobertura integral de la discapacidad de los niños.

Esto hace necesario realizar un escrutinio de razonabilidad, proporcionalidad o congruencia de tales medidas en torno a las diferentes prestaciones que sean solicitadas en cada caso a los fines de brindar la cobertura integral de las dolencias que aquejen a los niños y que se traducen en distintas discapacidades que requieren especial atención. Por lo tanto, es la razonabilidad el tamiz mediante el cual se valorarán las decisiones de los prestadores en función de la ponderación de la efectividad que ellas revisten para el derecho a la salud en riesgo. Ésta, sin lugar a dudas, se erige además como un patrón de valoración decisivo de 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 este orden el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba ha dicho que la razonabilidad implica congruencia, proporción, adecuada relación de medio a fin; mientras que el exceso identifica lo irrazonable pleno<sup>32</sup>.

En su proyección actual, la razonabilidad, proporcionalidad o congruencia es una técnica 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.

La proporcionalidad se desenvuelve siempre en la relación mediosfines; significando la adecuación de la actividad administrativa al fin que determina el ordenamiento jurídico. Necesariamente se refiere a la justificación teleológica de la medida administrativa adoptada, autorizando la distinción de tratamiento en razón de los objetivos que con ella se persiguen<sup>33</sup>.

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>34</sup>.

#### V. Conclusiones

De lo expuesto ha quedado claro que lo esencial es que 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

<sup>32</sup> T.S.J., Sala Laboral, "Moyano", Sentencia n° 149 del 07/10/2004.

<sup>33</sup> Quiroga Lavié, Humberto; Benedetti, Miguel Ángel; y Cenicacelaya, María de las Nieves; ob. cit., p. 768.

<sup>34</sup> 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.

deben responder a estándares de proporcionalidad y adecuación en pos del objetivo esencial que no es otro que la cobertura integral de la discapacidad que aqueja al niño o niña, conforme las disposiciones legales vigentes, siempre que dichas modalidades permitan dar una diligente respuesta, en tiempo y modo, a las necesidades requeridas. Lo extremo de las situaciones vitales que atraviesan las personas con discapacidad y sus grupos familiares impone generar mecanismos de cobertura que se adecuen a tales condiciones. Ha insistido la Corte Interamericana de Derechos Humanos en que “(...) *toda persona que se encuentre en una situación de vulnerabilidad es titular de una protección especial*”<sup>35</sup>. En igual sentido el Protocolo Adicional a la Convención Americana en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (“Protocolo de San Salvador”) en su artículo 18 refiere que “(...) *toda persona afectada por una disminución de sus capacidades físicas o mentales tiene derecho a recibir una atención especial con el fin de alcanzar el máximo desarrollo de su personalidad*”.

Así las cosas, debe procurarse disminuir los costos de los actos de abnegación que ya asumen los afiliados signados por estas realidades y llegar a modos y formas diligentes caracterizados por la simpleza y agilidad para el acceso real a las prestaciones. Por otro lado, los tratamientos prescritos requieren de inmediatez para lograr su efectividad.

A la luz de tales estándares no es posible dispensar a las personas con discapacidad el mismo trato que al resto de los afiliados de los prestadores 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 debido a su hiper vulnerabilidad .

En la hora actual, existiendo múltiples y rápidas tecnologías que colaboran como herramientas de comunicación, no es razonable que se generen dilaciones e inconveniencias motivadas por la falta de aviso oportuno. Es recomendable dotar de tal fluidez a la implementación de los dispositivos de cobertura. Ello máxime la dificultad de transporte y movilidad inherente a estas realidades que muchas veces tornan inadecuada la sucesión de trámites que pueden abreviarse.

Frente a estas situaciones, como ha dicho la Corte Interamericana de Derechos Humanos, las demoras injustificadas en dar respuesta para lograr ayudas ocasionan sufrimientos no sólo respecto de la persona que requiere cuidados sino de todo su entorno familiar<sup>36</sup>.

Por todo ello, se entiende pertinente generar canales de cobertura que respondan a criterios de adecuación, proporcionalidad y simpleza que insuman plazos razonables para la atención de la discapacidad que sufre la menor de autos de modo de contar con una respuesta en tiempo conveniente.

---

<sup>35</sup> CIDH, “Furlan c/ Argentina”, Sentencia del 31/08/2012; párrafo 134; “XimenesLopes c/ Brasil”, Sentencia del 04/07/2006, párrafo 104.

<sup>36</sup> CIDH, “Furlan c/ Argentina”, Sentencia del 31/08/2012; párrafos 260/264, 269.

---

 REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS
 

---

- INAP (1998): Introducción a la temática de la Discapacidad, Módulo I, INAP, Buenos Aires.
- INAP (1998): Introducción a la temática de la Discapacidad, Módulo II, INAP, Buenos Aires.
- 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=498> (consultado el 20/09/2017).
- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (2014): Discapacidades y Rehabilitación, disponible en: <http://www.who.int/disabilities/care/es/> (consultado el 20/09/2017).
- 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
 

---

Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba:

- Sala Laboral, “Moyano”, Sentencia n° 149 del 07/10/2004.

Corte Suprema de Justicia de la Nación:

- “R., G.E. s/ amparo -apelación- reseñado en Diario Jurídico on line 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.
- “Lifschitz, Gabriela B. y otros c/ Estado Nacional”, 15/06/2004, Fallos 327:2413.
- “Martín, Sergio Gustavo y otros c/ Fuerza Aérea Arg. - Direcc. Gral. de Bienestar Pers. Fuerza Aérea s/ amparo”, 08/06/2004, Fallos: 327:2127.
- Fallos 305:1163 de fecha 01/01/1983 in re “Perez Carletti”, disidencia de los Dres. Adolfo R. Gabrielli y Abelardo F. Rossi.

Corte Interamericana de Derechos Humanos:

- “Furlán y Familiares vs. Argentina”, Sentencia del 31/08/2012.
- “Ximenes Lopes c/ Brasil”, Sentencia del 04/07/2006.

# EL DERECHO A LA SALUD Y LA PUBLICIDAD INFANTIL. ANÁLISIS EN BASE A LA NORMATIVA VIGENTE EN ARGENTINA

---

## RIGHT TO HEALTH AND CHILD ADVERTISING. ANALYSIS BASED ON CURRENT LEGISLATION IN ARGENTINA

---

MARÍA VICTORIA GERBALDO<sup>1</sup>, MAGA MERLO VIJARRA<sup>2</sup>, AGUSTINA MOZZONI<sup>3</sup>

---

*Fecha de recepción: 31/10/2017*

*Fecha de aceptación: 11/11/2017*

### RESUMEN

El presente artículo plantea la conexión existente entre el régimen protectorio del derecho a la salud, los derechos de los niños, niñas y adolescentes, y el régimen del Consumidor.

En Argentina, la protección a la salud dentro de las relaciones de consumo es una prioridad, así, pues, el resguardo de los intereses económicos del “consumidor”, como su salud tienen jerarquía constitucional. El carácter tuitivo se justifica en la asimetría que caracteriza a la “relación de consumo”; situación que se agrava cuando personas que ya son vulnerables forman parte de ella. Lo expresado cobra mayor relevancia al analizar la publicidad dirigida al público infantil, específicamente la de alimentos no saludables. Esto último, ha sido limitado en varios países y ha sido objeto de pronunciamientos judiciales en Latinoamérica.

Realizando la interpretación de todo el ordenamiento jurídico se pueden ofrecer razones para prohibir la publicidad de alimentos no saludables dirigida a un público infantil.

---

<sup>1</sup> Maestranda en Derecho y Argumentación (UNC), Abogada (UNC), Adscripta a la cátedra de Derecho Constitucional (UNC), Encargada de Proyectos del área de Gobernabilidad Global de la Fundación para el Desarrollo de Políticas Sustentables (FUNDEPS).

<sup>2</sup> Abogada (UNC), Integrante del Programa de Ética y Teoría Política del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho (UNC), Integrante del área de Gobernabilidad Global y del área de Salud de FUNDEPS.

<sup>3</sup> Abogada (UNC), Coordinadora del Área de Salud de la Fundación para el Desarrollo de Políticas Sustentables (FUNDEPS). Meritorio en Poder Judicial de la Provincia de Córdoba. Asistente de investigación del Grupo de Investigación en Derechos Sociales (GIDES) del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho (UNC).

## ABSTRACT

This article analyzes the connection between the regulations to the right to health, the right of children and adolescents and consumer`s regime.

The protection to the health within the norms that regulate the consumption is a priority. In Argentina the protection of the economic interests of the “consumer”, as well as, his/her health has a constitutional hierarchy. The tuitive character is justified by the asymmetry that is intrinsic to the “consumption relationship”. This is even worse when people who are already vulnerable are involved in this relationship. This becomes more relevant when children`s advertising is analyzed, specifically unhealthy food advertising. This has been limited in several countries and has been subjected to judicial pronouncements in Latin America. By making an adequate interpretation of the entire legal system, good reasons can be offered to prohibit the advertising of unhealthy food addressed to a child audience.

Palabras clave: Derecho a la salud, Derecho del consumidor, Publicidad abusiva, Niños, niñas y adolescentes, Doble vulnerabilidad.

Key words: Right to health, Consumer Law, Abusive advertising, Children and adolescents, Double vulnerability

## I. Introducción

Las normas que regulan el “Derecho del Consumidor” han sido la respuesta del campo jurídico a las transformaciones sociales, políticas, económicas, culturales y tecnológicas. Así es que el “Derecho del Consumidor”, actualmente, abarca aspectos fundamentales en la vida de las personas.

Nuestra Constitución Nacional (CN) en su artículo 42, establece que *“todos los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho en la relación de consumo, a la protección de su salud (...)”*. Así es como se incorpora de manera expresa el derecho a la salud al texto constitucional. Las normas del sistema protegen los intereses económicos del “consumidor” así como también su salud y su integridad.

En este contexto los niños, niñas y adolescentes (NNA) “consumidores” son un importante descubrimiento del marketing: las empresas advirtieron que podían aprovecharse de su vulnerabilidad, inexperiencia y credulidad para generar conciencia de marca, preferencia y lealtad y así lograr las ventas de sus productos.<sup>4</sup> En el caso específico de la publicidad de alimentos, numerosos estudios<sup>5</sup> dan cuenta que las estrategias de comercialización de la industria alimentaria han favorecido la preferencia de los NNA por los alimentos no saludables; contribuyendo así al desarrollo de enfermedades crónicas no transmisibles como la obesidad, el sobrepeso y la diabetes.

Así es que de los principios Favor Minoris e In dubio Pro Consumidor, se desprende un doble estándar tuitivo hacia este grupo. Los NNA gozan de una protección mayor a la que la Ley de Defensa del Consumidor le reconoce al resto de las personas que están en el polo vulnerable de la relación jurídica. En razón de lo expuesto, ante el hecho ineludible de que los NNA sean personas destinatarias de publicidades y demás estrategias del

<sup>4</sup> CHAMATROPULOS, Pablo (2014): “Cómo proteger a los niños consumidores”, (<https://www.diariopopular.com.ar/como-protger-los-ninos-consumidores-n190221>)

<sup>5</sup> Organización Mundial de la Salud y Organización Panamericana de la Salud (2015): Alimentos y bebidas ultraprocesados en América Latina: tendencias, efecto sobre la obesidad e implicaciones para las políticas públicas, ([http://iris.paho.org/xmlui/bitstream/handle/123456789/7698/9789275318645\\_esp.pdf](http://iris.paho.org/xmlui/bitstream/handle/123456789/7698/9789275318645_esp.pdf)), Pag 8 y 9.

mercado, deberían erigirse en favor de aquellos una protección complementaria. Dicha “supraprotección” debe responder adecuadamente a las necesidades y características que los NNA tienen por su condición de sujetos de derecho “hipervulnerables”.

El presente artículo pretende ofrecer argumentos de derecho internacional de derechos humanos y de derecho nacional, que permitan sostener que la publicidad de alimentos no saludables dirigida a NNA es abusiva y que configura una violación al sistema jurídico vigente. Asimismo, busca evidenciar la necesidad de normas claras y taxativas y el acompañamiento de las mismas a través de políticas públicas en el mismo sentido; todo ello con el fin de asegurar una infancia libre de publicidad.

Para ello, se seguirá la metodología propia de la ciencia jurídica: el análisis normativo. En primer lugar, se realiza una descripción de la sistematización del derecho a la salud, de la protección de los NNA y del Régimen del Consumidor. En segundo lugar, se analiza y se diferencia la regulación de la publicidad y de la información, para pasar a caracterizar la publicidad de alimentos no saludables y cuándo esta se dirige a un público infantil. En tercer lugar, se hace un breve análisis al caso judicial “Recurso Especial N° 1.558.086 - SP (2015/0061578-0)” de la República de Brasil. De lo que se desprende lógicamente la posibilidad de plantear ante órganos legislativos y jurisdiccionales una efectiva y real protección a los derechos de los NNA (grupo doblemente vulnerable). Analizando al sistema jurídico argentino de manera integral se podría exigir una prohibición de publicidad de alimentos no saludables dirigida a un público infantil por considerarla abusiva.

## II. Regulación en el sistema jurídico argentino: el derecho a la salud en la infancia y adolescencia, y su vinculación con el derecho del consumo

### 1. El Derecho a la Salud y a una Alimentación Adecuada. El sistema jurídico argentino.

En principio, es necesario remarcar que el derecho a la salud y el derecho a una alimentación adecuada se encuentran unidos, siendo derechos básicos e inalienables sin los cuales es imposible aspirar a alcanzar una vida digna. Ambos presentan una íntima vinculación con el derecho a la vida y el derecho a la integridad.

El derecho a la salud puede ser definido “*en un sentido positivo o en un sentido negativo*”<sup>6</sup>. Nuestra Constitución Nacional (CN)<sup>7</sup> garantiza el derecho a vivir en un medioambiente sano en el artículo 41, el cuidado de la salud en la norma destinada a la tutela de los derechos de los consumidores y usuarios (artículo 42), y una acción expedita y rápida para la defensa de los derechos de los consumidores (art 43). El alcance y contenido del derecho a la salud está dado a través del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC)<sup>8</sup> de jerarquía constitucional (artículo 75 inciso 22): el artículo 12 del PIDESC define el derecho a la salud como “*el derecho que toda persona tiene al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental*”. Siguiendo al Dr. Rosatti se puede expresar que “*esto último significa que el estado argentino tiene la obligación de adoptar las siguientes medidas a fin de asegurar la efectividad de este derecho: a) prevención y tratamiento de las enfermedades y lucha contra ellas, y b) creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad.*”<sup>9</sup>

<sup>6</sup> ROSATTI, Horacio Daniel (2010): “Tratado de Derecho Constitucional” Tomo I, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni pág. 251.

<sup>7</sup> La Constitución de la provincia de Córdoba, una de las más completas en consagración de derechos, contempla dentro del Título referido a las políticas especiales del estado el artículo 59 que recepta el derecho a la salud expresamente.

<sup>8</sup> Este derecho también se encuentra reconocido en otros instrumentos internacionales receptados en el artículo 75 inciso 22 CN.

<sup>9</sup> ROSATTI, H (2010): Op Cit., pág. 254.

Por otro lado, el derecho a una alimentación adecuada no refiere solamente a la protección contra el hambre, se refiere también a la calidad nutricional de los alimentos que se debería tener al alcance para consumir. En este sentido, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC) de la ONU, señaló que el derecho a la salud abarca una amplia variedad de factores determinantes que incluye la alimentación adecuada. En su Observación General N° 12 (1999), el CDESC sostuvo que el concepto de alimentación adecuada comprende la disponibilidad de alimentos en cantidad y calidad suficientes para satisfacer las necesidades alimentarias, sin sustancias nocivas, y aceptables para una cultura determinada; así como la sostenibilidad del acceso a los alimentos de las generaciones presentes y futuras. Además, determinó que los deberes que recaen sobre los Estados en relación al derecho a una alimentación adecuada son: las obligaciones de respetar, de proteger y de realizar.

Es precisamente la obligación de realizar la que implica que el Estado debe procurar iniciar actividades con el fin de fortalecer el acceso y la utilización por parte de la población de los recursos y medios que aseguren sus medios de vida, incluida la seguridad alimentaria. Asimismo, cuando un individuo o un grupo sea incapaz, por razones que escapen a su control, de disfrutar el derecho a una alimentación adecuada por los medios a su alcance, los Estados tienen la obligación de realizar (hacer efectivo) ese derecho directamente<sup>10</sup>.

En segundo lugar, encontramos que la protección a la salud dentro de las normas que regulan el consumo es una prioridad frente al enfoque economicista del derecho<sup>11</sup>, que prioriza el aumento de la riqueza y de la eficiencia con el máximo beneficio. En respuesta a esto, en la convención constituyente de 1994 no se han querido resguardar solamente los intereses económicos de quienes consumen sino también la protección a su salud e integridad física y a través de la tutela preventiva (reduciendo los riesgos de los productos o servicios que se ofrezcan en el mercado). Tal es así que el sistema impone a quien provee bienes y servicios, la obligación de suministrarlos en condiciones previsibles o normales de uso, de las que quienes consumen deben tener conocimiento a través de la adecuada satisfacción del derecho a la información. En este mismo sentido, se estipula que van a ser consideradas abusivas las cláusulas que limiten la responsabilidad por daños de quienes provean bienes y/o servicios.

## **2. Protección de la infancia y los derechos de niños, niñas y adolescentes. El interés superior del niño**

La Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, incluye un amplio abanico de derechos humanos en favor de los NNA. Asimismo, su sanción importó el establecimiento de un nuevo paradigma de la infancia y de la adolescencia. Los NNA comenzaron a ser concebidos como sujetos de derecho y ya no como simples destinatarios de acciones asistenciales o de control social ejecutadas por el Estado o por personas mayores de edad. Al poco tiempo de su elaboración, la CDN fue incorporada a nuestro ordenamiento jurídico a través de la ley 23.849 y, tras la reforma constitucional de 1994, pasó a tener jerarquía constitucional (artículo 75 inciso 22 CN). A partir de allí, existieron múltiples empeños y abordajes para una adecuada reforma legislativa que considerara a la minoridad en su debida dimensión. El patrón diferente que surge de la Convención reemplaza los derechos de los progenitores sobre el descendiente por una conciencia de

<sup>10</sup> Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1999): Comentario General No. 12 El derecho a una alimentación adecuada, (<http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2001/1450.pdf>), párr. 15, pág 4 y 5.

<sup>11</sup> AMAYA, Jorge Alejandro (2004): Mecanismos Constitucionales de Protección al Consumidor, Bs. As., La Ley, pág. 61.

responsabilidad en la dirección de las acciones de los niños y niñas de conformidad a sus aptitudes. El concepto de “niño” utilizado en la Convención, responde a una noción sociológica, biológica y psicológica, más que a un concepto jurídico.<sup>12</sup>

Estos fundamentos son la base a la sanción la ley 26.061 de Protección y Promoción Integral de los Derechos de NNA, que se encargó de recoger este paradigma tuitivo y profundizarlo. Los nuevos lineamientos establecidos por el Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN), llevan estos principios y derechos de manera explícita al derecho común. Expresamente se disponen normas dirigidas a la consagración de una autonomía progresiva en favor de los NNA, así, pues, se les reconocen aptitudes a medida que se desarrollan, pues la noción de que a partir de un momento concreto la persona pase de no tener capacidad a tenerla plenamente, no se ajusta a la realidad.

El Interés Superior Niño (ISN)<sup>13</sup> es susceptible de ser entendido como la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías que le son reconocidos por ley de acuerdo a su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento, etc. Este principio importa, en caso de conflicto de derechos, la preeminencia del NNA por sobre cualquier otro derecho o interés igualmente legítimo. El ISN está vinculado con necesidades psicológicas, sociales, culturales, jurídicas, educativas, medioambientales y de recursos que deberán ser evaluadas en cada caso en concreto. De esta manera, se erige como una pauta de decisión ante un conflicto de derechos y también, se constituye como un criterio para la intervención institucional destinada a proteger a la infancia<sup>14</sup>.

En este orden de ideas, es necesario destacar que, en la CDN, también se encuentra consagrado el derecho a la salud (artículo 24). En ella se dispone que los NNA tienen derecho al disfrute del más alto nivel posible de la salud. Del mismo modo se ha expresado el Comité por los Derechos del Niño que trabaja constantemente la temática de la obesidad infantil. En este sentido, en sus Observaciones Generales, el Comité ha interpretado que el derecho a la salud no sólo comprende la prevención y curación de enfermedades, sino que incluye el derecho de los NNA a crecer y desarrollarse al máximo de sus posibilidades, y vivir en condiciones que les permitan disfrutar del más alto nivel posible de salud. Para ello, los gobiernos tienen el deber de crear programas que atiendan los factores subyacentes que la determinan. Bajo esta premisa, el mencionado Comité entiende que los Estados están obligados a prevenir la obesidad infantil. Puntualmente, ha recomendado que los Estados deberían limitar *“la exposición de los niños a la “comida rápida” de alto contenido en grasas, azúcar o sal, que es muy energética pero carece de suficientes micronutrientes, y a bebidas de alto contenido en cafeína u otras sustancias de posibles efectos nocivos”*<sup>15</sup>.

En este sentido, también se ha pronunciado la Organización Mundial de la Salud (OMS) y la Organización Panamericana de la Salud (OPS) estableciendo recomendaciones directas y concretas con el objetivo de reducir el impacto de enfermedades crónicas no transmisibles y más precisamente planteando estrategias para la prevención de la obesidad infantil. Entre ellas se incluye la restricción del marketing de alimentos de bajo contenido nutricional con un enfoque en la protección de NNA.

Estas recomendaciones, si bien no son jurídicamente vinculantes para los Estados, fijan un estándar apoyado por evidencia científica desarrollada y sistematizada por organizaciones gubernamentales especializadas en la materia. Además, implican compromisos inter-

<sup>12</sup> HIGHTON, Elena I. (2015): Los jóvenes o adolescentes en el Código Civil y Comercial, Buenos Aires, La Ley, pág. 2.

<sup>13</sup> Este principio encuentra recepción legislativa en el artículo 3 inc. 1 de la CDN, en el artículo 3 de la ley 26.061 y en el artículo 639 inc. a del CCCN.

<sup>14</sup> HIGHTON, Elena I. (2015): Op. Cit., pág. 3.

<sup>15</sup> Comité de Derechos del Niño (2013), Observación general N° 15 sobre el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 24), (<https://www.unicef.org/ecuador/UNICEF-ObservacionesGeneralesDelComiteDeLosDerechosDelNino-WEB.pdf>), pág. 288, Cfr. parágrafo 47.

nacionales para los representantes gubernamentales de la comunidad internacional que participaron en su desarrollo. Y el seguimiento de las mismas hacen efectivo el principio de progresividad de los derechos humanos (artículo 26 CADH y artículo 2.1 PIDESC).

En esta misma línea se ha expresado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuyos pronunciamientos son ampliamente reconocidos e influyentes para todos los Estados que se han sometido a su jurisdicción. En el caso “Villagrán Morales y otros C/ Guatemala” sentencia de 1999, la Corte por primera vez se expidió sobre la violación del artículo 19 de la CADH<sup>16</sup>. La Corte expresó que el derecho del niño *“hace recaer en el Estado el deber de adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de los niños bajo su jurisdicción”*<sup>17</sup>. Por un lado, el tribunal enfatizó la omisión del Estado de cumplir con la obligación de adoptar medidas especiales de protección para los niños. Y por el otro intenta definir el contenido de las “medidas de protección” en donde se incluye *“el derecho a un nivel de vida adecuado”*<sup>18</sup>

Lo valioso de esta sentencia es que se interpreta el artículo 19 como un derecho adicional, complementario, que el tratado establece para seres que por su desarrollo físico y emocional necesitan de protección especial. La Corte reconoce por primera vez la vulnerabilidad e incapacidad de los niños y niñas para asegurar por sí mismos el respeto de sus derechos<sup>19</sup>. Esto motivó a la Opinión Consultiva N° 17 de año 2002 donde la Corte interpreta la condición jurídica y los derechos humanos de los niños/as. En esta oportunidad se reafirma la vigencia del ISN como paradigma desde el cual se deben interpretar las normas, y que este principio se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos<sup>20</sup>. De lo anteriormente expuesto se desprende que el NNA es titular de derechos humanos que las constituciones, los instrumentos internacionales y las leyes reconocen a todas las personas, pero además gozan de una protección específica a sus derechos. Estamos frente a un sujeto de derecho especialísimo, dotado de una supraprotección, o protección complementaria. El sistema normativo agrega nuevas garantías a las que corresponden a todas las personas<sup>21</sup>.

### 3. Derechos de niños, niñas y adolescentes expuestos a relaciones de consumo. La doble vulnerabilidad

El “Derecho del Consumidor” actualmente abarca aspectos fundamentales en la vida de las personas. Al consumir se procura satisfacer necesidades básicas y alcanzar una calidad de vida adecuada. En la relación de consumo (entendida como el vínculo jurídico entre el proveedor y el consumidor o usuario), se encuentran involucrados bienes jurídicos tutelados como el derecho a la vida, a la salud y a la seguridad.

Resulta relevante para este análisis el artículo 42 CN, pues es el que expresamente establece que *“todos los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho en la relación de consumo, a la protección de su salud (...)”*. Esta norma incorpora de manera expresa el derecho a la salud al texto constitucional, que hasta entonces se consideraba

<sup>16</sup> “Derechos del Niño. Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”.

<sup>17</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos (1999): Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala, ([http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec\\_63\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_63_esp.pdf)), párr. 146, pág. 40.

<sup>18</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos (1999): Op. Cit., párr. 196, pág. 51

<sup>19</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos (1999): Op. Cit., párr. 185, pág. 48.

<sup>20</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos (2002): Opinión Consultiva 17 Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, ([http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_17\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf)), párr. 56, pág. 61.

<sup>21</sup> TORRES SANTOMÉ, Natalia E (2016): “Los niños, niñas y adolescentes como usuarios y consumidores” en BAROCELLI, Sergio Sebastián (coord.): Impactos del nuevo Código Civil y Comercial en el Derecho del Consumidor. Diálogos y perspectivas a la luz de sus principios, PROYECTO DE INTERÉS INSTITUCIONAL, Buenos Aires, Facultad de derecho, UBA, pág 269-280.

constitucionalmente comprendido dentro de los derechos implícitos (artículo 33 CN). Las normas que regulan el “Derecho del Consumidor” han sido la respuesta del campo jurídico a las transformaciones sociales, políticas, económicas, culturales y tecnológicas. *“En ese contexto de procesos de globalización, de producción tecnificada y masificada, de estandarización y despersonalización de las condiciones de comercialización de bienes y servicios, de agresivas campañas de publicidad y moda, de construcción del “poder de la marca”, de masificación del crédito y de situaciones de monopolio y oligopolio, las relaciones entre quienes adquieren o utilizan bienes o servicios para satisfacer necesidades domésticas y quienes proveen bienes y servicios en el mercado, se dan en un marco de desigualdad estructural, caracterizada por la debilidad y vulnerabilidad en un acto de confianza máxima depositada por parte de quienes consumen y usan servicios”*.<sup>22</sup>

La doctrina entiende que el *“derecho del consumidor se erige como un sistema de normas y principios, de orden público y fuente constitucional, con carácter esencialmente protectorio de la parte débil y vulnerable”*<sup>23</sup>. Y es entonces cuando a la desigualdad natural se la pretende corregir mediante desigualdades jurídicas.

De los principios del Favor Minoris y del In dubio Pro Consumidor, se desprende un doble estándar tuitivo. Los NNA gozan de una protección mayor a la que la LDC le reconoce al resto de las personas que están en el polo vulnerable de la relación jurídica. Así las cosas, ante el hecho de que los NNA sean personas destinatarias de publicidades y demás estrategias del mercado, deberían erigirse a su favor una protección complementaria. Dicha “supraprotección” debe responder adecuadamente a las necesidades y características que los NNA tienen en razón de su condición de sujetos de derecho “hipervulnerables”.

De la misma forma, a través de una interpretación armoniosa del texto constitucional, el artículo 75 inciso 23 establece que le 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, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad”*. Lo que faculta al poder legislativo a tomar medidas específicas a los fines de garantizar la protección a los derechos de los NNA y a interpretar todo el ordenamiento jurídico de manera integral.

### III. Regulación de la publicidad y publicidad abusiva

#### 1. Derecho a la información y su vinculación con la publicidad

En primer lugar, es necesario diferenciar conceptualmente publicidad de información, sin que ello implique negar la vinculación estrecha que existe entre ambas. De esta manera será posible distinguir los diferentes regímenes que a ellas se aplican. Por un lado, las finalidades son distintas: mientras que el fin de la publicidad es atraer al consumidor para la compra del producto o servicio, la finalidad de la información es dar éste los datos necesarios y suficientes para una decisión válida. En este sentido, Noemí Nicolau sostiene que con la información *“se persiguen dos finalidades primordiales, por un lado, evitar daños (muchas veces a través de una específica aplicación del deber de información entendida como deber de advertencia) y, por otro, evitar la inferioridad comercial que puede generarse, si no se suministran los datos relevantes del negocio o se suministran datos erróneos”*<sup>24</sup>.

<sup>22</sup> ARIAS CÀU, Esteban Javier y BAROCELLI, Sergio Sebastian (2014): Necesaria acreditación de una relación de consumo para los daños punitivos, Buenos Aires, La Ley, pág 3.

<sup>23</sup> BAROCELLI, Sergio S. (2014): Seguros, derecho del consumidor y daños punitivos, La Ley, Buenos Aires, pág. 5.

<sup>24</sup> NICOLAU, Noemí L. (2015): “La influencia del marketing y la publicidad en las relaciones de consumo” en STIGLITZ, Gabriel y HERNÁNDEZ, Carlos

La publicidad puede ser definida como todo mensaje dirigido al público con el fin de estimular la demanda de bienes o servicios. Es, por definición de carácter subjetivo y responde a los intereses del anunciante, mientras que la información (al menos teóricamente) debe tender a la objetividad. La publicidad puede o no tener una faceta informativa. No la tiene cuando la publicidad es una simple manera de hacer conocer un determinado bien, producto o servicio y alentar su consumo, pero sin describir sus esencias ni cualidades.

En cuanto al régimen jurídico aplicable, el derecho a la información cuenta con una recepción de carácter constitucional (artículo 42). Se establece que “el consumidor” tiene derecho a recibir información adecuada y veraz. Además la ley 24.240 en su artículo 4 indica que la información debe ser cierta, clara y detallada. Este interés del poder legislativo se ve reflejado e intensificado en los lineamientos introducidos por el CCCN, al exigir que, además de que la misma sean recepta las condiciones que ha de tener la información ofrecida: debe ser cierta, detallada y gratuita (art. 1100 CCN), debe ser suficiente (art. 1397 CCCN), específica y comprensible (art. 58 inc. f CCCN), así como clara, precisa y adecuada (art. 59 CCCN). Cuando la publicidad incluya información, ésta deberá respetar todas las exigencias legales anteriormente mencionadas.

## 2. Regulación de la publicidad de alimentos no saludables

La publicidad de alimentos no saludables es aquella que incita al consumo de alimentos de bajo contenido nutricional con elevados índices de grasas, sal, calorías, azúcares, siendo potencialmente “obesogénicos”, es decir promotores de la obesidad. De acuerdo al Perfil de Nutrientes de la Organización Panamericana de la Salud<sup>25</sup> “*un alimento no saludable es aquel que es susceptible de ser encuadrado dentro de las categorías de alimentos procesados y ultraprocesados*”. El modelo define a los alimentos ultraprocesados como productos alimenticios formulados industrialmente que se caracterizan por contener sustancias extraídas de los alimentos (como la caseína, suero de leche) o sustancias sintetizadas a partir de sus componentes (como almidones modificados y aceites hidrogenados)<sup>26</sup>.

En cuanto a las formas de publicidad, quedan incluidas no sólo las formas tradicionales, medios de comunicación masivos y redes sociales; sino también, y muy especialmente en el caso de de alimentos, la publicidad que figura en el embalaje, paquete o envase del producto, ya que es también concebido con la intención de despertar en el futuro adquirente las ganas de acceder al bien.

El artículo 1101 del CCCN<sup>27</sup> establece cuáles han de ser los requisitos que ha de reunir la publicidad, y en este sentido ha importado la introducción dentro del cuerpo del sistema legal iusprivatista una regulación más precisa respecto a las cualidades que debe reunir la misma<sup>28</sup>; a la vez que ha identificado y diferenciado los tipos de publicidad prohibidas: la publicidad engañosa, la comparativa y la abusiva.

La publicidad engañosa es aquella que incita al consumo sobre la base de un mensaje total o parcialmente falso que induce o que puede inducir a error a los receptores del

A (dirs): Tratado de derecho del consumidor, La Ley, Buenos Aires, Tomo I, pág. 527-562.

<sup>25</sup> Organización Panamericana de la Salud (2016): Modelo de perfil de nutrientes, ([http://iris.paho.org/xmlui/bitstream/handle/123456789/18622/9789275318737\\_spa.pdf?sequence=9](http://iris.paho.org/xmlui/bitstream/handle/123456789/18622/9789275318737_spa.pdf?sequence=9)).

<sup>26</sup> Organización Panamericana de la Salud (2016): Op.Cit., pág.26

<sup>27</sup> Artículo 1101. Publicidad. Está prohibida toda publicidad que: a) contenga indicaciones falsas o de tal naturaleza que induzcan o puedan inducir a error al consumidor, cuando recaigan sobre elementos esenciales del producto o servicio; b) efectúe comparaciones de bienes o servicios cuando sean de naturaleza tal que conduzcan a error al consumidor; c) sea abusiva, discriminatoria o induzca al consumidor a comportarse de forma perjudicial o peligrosa para su salud o seguridad”.

<sup>28</sup> NICOLAU, Noemí L.(2015).- Op cit. pág. 527-562

mensaje respecto de la naturaleza, características, calidades, origen, precio o cualquier otra particularidad del bien o servicio<sup>29</sup>. El engaño del mensaje publicitario, puede provenir ya sea de una exageración sobre las cualidades o calidades que el producto o servicio no posee, o bien, de la omisión sobre determinadas características específicas de estos<sup>30</sup>. Tanto en uno como en otro supuesto, la inadecuada información vertida en los anuncios publicitarios inhibe al consumidor del ejercicio a su legítimo derecho a una opción razonada, quebrantando sus expectativas al enfrentarlo a resultados diferentes a los que normal y ordinariamente él podía esperar.

Por su parte, la publicidad comparativa no ha sido prohibida en el derecho argentino. El CCCN, en principio, tampoco la prohíbe; salvo cuando sea de naturaleza tal que conduzca a error al consumidor. En consecuencia, es posible comparar bienes y productos siempre que no se haga con engaño u omisión que induzca a error. Otra cuestión a considerar, que excede a este análisis, tiene que ver con la incidencia de la publicidad comparativa en la leal competencia comercial.

Por último, la publicidad abusiva es la que induce al consumidor a adoptar conductas perjudiciales o peligrosas para su salud o seguridad. En este sentido, la disposición normativa introdujo como parámetro de abusividad el perjuicio o peligro para la salud y seguridad del consumidor, dejando a un lado las consideraciones relativas a su patrimonio.

Otras regulaciones a la publicidad están dadas por la LDC, las leyes de Defensa de la Competencia y Lealtad Comercial y con numerosas normas de carácter administrativo nacional, provincial y municipal. Así como con leyes específicas como el Código Alimentario Nacional (ley 18.284) o el Plan Médico Obligatorio (para citar algunos ejemplos relacionados con el derecho a la salud), con normas correspondientes a servicios determinados (hotelería, turismo, transporte, etc.), con las normas generales del CCCN y con los tratados de protección de derechos humanos (Convención sobre los Derechos del Niño).

Son varias las regulaciones que establecen la prohibición de publicidad engañosa en nuestro sistema. Por un lado, la ley 22.802 de lealtad comercial prohíbe en su art. 9 cualquier práctica de promoción que pueda "inducir a error, engaño o confusión", a la vez que tipifica conductas formales de deslealtad tendientes a la protección de la capacidad subjetiva de apreciación de los consumidores. Por su parte, el Código Alimentario Nacional establece en su artículo 222, la prohibición de publicidad engañosa, aunque puede advertirse una limitación de la misma a aspectos sanitario-bromatológicos. Y en el artículo 235 prohíbe indicaciones que se refieran a propiedades medicinales, terapéuticas o aconsejar su consumo por razones de estímulo, bienestar o salud.

En cuanto a publicidad de alimentos, la ley de medios de Argentina n° 26.522 establece en su artículo 81 respecto a la emisión de publicidad, que "*los licenciarios o autorizados de los servicios de comunicación audiovisual podrán emitir publicidad conforme a las siguientes previsiones: (...) h) La publicidad destinada a niñas y niños no debe incitar a la compra de productos explotando su inexperiencia y credulidad*". De esta manera, el marco legal establece un criterio general de orientación, pero no se ha avanzado en regulaciones más específicas respecto de las limitaciones concretas que esto conllevaría. Siguiendo con la enumeración normativa la ley de Servicios De Comunicación Audiovisual, su artículo 71 establece también el deber por parte de quien efectúa la publicidad de velar por el cumplimiento, entre otras, de las leyes sobre publicidad de tabacos, la ley Nacional de lucha contra el Alcoholismo, la ley sobre pautas para la difusión de temas vinculados con la salud, la ley sobre protección integral de los NNA.

<sup>29</sup> NICOLAU, Noemí L. (2015).: - Op cit. pág. 527-562

<sup>30</sup> LOVECE, Graciela (2006): La fuerza vinculante de la publicidad. El daño moral en las relaciones de consumo, Revista jurídica argentina La Ley, Volumen: 2005-F, pág. 734-737.

También la ley de trastornos alimentarios trata la cuestión en el artículo 11 que establece que la publicidad de alimentos no saludables debe incluir la leyenda *“el consumo excesivo es dañino para la salud”*, esta ley si bien tiene un enfoque más adecuado para el abordaje de enfermedades crónicas no transmisibles, aún no ha sido reglamentada, por lo que carece de aplicación.

Además, existen resoluciones administrativas para esta materia. Un ejemplo son las resoluciones de la ANMAT, que a partir de la Disposición 4980/2005 regula la publicidad de una serie de productos e incluye a los alimentos en el Anexo 3 de la misma.

Por otra parte, existe una referencia de regulación voluntaria desde el sector privado. El Código de Autorregulación publicitaria del Consejo de Autorregulación Publicitaria (CONARP), también establece pautas en cuanto a la información en general que deben proveer las publicidades, para asegurar la veracidad en cuanto al producto y evitar las publicidades engañosas (art 11 y 12) En cuanto a publicidad de los alimentos, el Artículo 32.1 establece que la publicidad debe sujetarse a la estricta observancia de normas legales vigentes y las establecidas por la propia industria. Y puntualmente, respecto a publicidad dirigida a niños, niñas y adolescentes, el Artículo 33 enuncia que *“toda publicidad deberá tener especial cuidado de la credulidad de los niños y la falta de experiencia de las personas jóvenes”*. Este código da algunas pautas para que las empresas elaboren su publicidad, y si bien no es una norma vinculante, es presentado por la industria como un esquema de regulación efectivo que podría ser interpretado por los tribunales frente a un caso concreto. La industria estaría utilizando una estrategia de auto-regulación o auto-adecuación a un marco normativo en aras de demostrar “buena voluntad” y responsabilidad.<sup>31</sup>

### 3. Publicidad y NNA

Los datos de la realidad no hacen más que evidenciar la revolución que está experimentando el mundo publicitario, dada la necesidad de hacerse con nuevos públicos. El público infantil, más fácil y vulnerable a la persuasión, es un objetivo innegable de esa necesidad de ampliar el espectro hacia el que se dirige la publicidad. Tanto en televisión como en lo audiovisual en general (Internet), se están aplicando nuevas técnicas para cautivar y llamar la atención de los niños e introduciendo nuevas formas de manipulación a través de la publicidad<sup>32</sup>. De lo que se desprende la urgente necesidad de tomar medidas que protejan y enseñen a la infancia a separar lo que es publicidad de lo que es información, y a descifrar la intención persuasiva de cualquier forma de publicidad. De acuerdo a la OMS, la publicidad está dirigida a niños y niñas cuando el “poder/potencia” de la publicidad del envase a través de diversas técnicas atraen a la audiencia que es su objetivo<sup>33</sup>. Las técnicas pueden incluir el uso de personajes famosos y deportistas, convocatorias a eventos y festivales, premios, etc.

---

<sup>31</sup> FUNDACIÓN PARA EL DESARROLLO DE POLÍTICAS SUSTENTABLES y FUNDACIÓN INTERAMERICANA DEL CORAZÓN (2016). Recomendaciones de FUNDEPS y FIC Argentina al informe del Relator. ([http://www.fundeps.org/sites/default/files/recomendaciones\\_a\\_informe\\_del\\_relator\\_fundeps-fic\\_arg\\_0.pdf](http://www.fundeps.org/sites/default/files/recomendaciones_a_informe_del_relator_fundeps-fic_arg_0.pdf))

<sup>32</sup> CROVETTO MATTASSI, MIRTA; COÑUECAR SILVA, SOFÍA (2015): Publicidad alimentaria según grupos y sub-grupos de alimentos en la televisión de Chile. (<http://revista.nutricion.org/PDF/361crovetto.pdf>) - FUNDACIÓN INTERAMERICANA DEL CORAZÓN ARGENTINA. Informe de investigación: publicidad de alimentos dirigida a niños y niñas en la tv argentina. ([http://www.paho.org/arg/images/gallery/150814\\_publicidad\\_infantil\\_alimentos.pdf?ua=](http://www.paho.org/arg/images/gallery/150814_publicidad_infantil_alimentos.pdf?ua=)) - ALIANZA POR LA SALUD ALIMENTARIA (2014): Publicidad de alimentos y bebidas dirigida a la infancia: estrategias de la industria. ([http://alianzasalud.org.mx/wp-content/uploads/2014/04/Publicidad-de-Alimentos-y-Bebidas-Dirigida-a-la-Infancia\\_Estrategias-de-la-Industria.pdf](http://alianzasalud.org.mx/wp-content/uploads/2014/04/Publicidad-de-Alimentos-y-Bebidas-Dirigida-a-la-Infancia_Estrategias-de-la-Industria.pdf))

<sup>33</sup> WORLD HEALTH ORGANIZATION (2012): A framework for implementing the set of recommendations on the marketing of foods and non-alcoholic beverages to children. ([http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/80148/1/9789241503242\\_eng.pdf?ua=1](http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/80148/1/9789241503242_eng.pdf?ua=1))

#### 4. Análisis comparado: buenas prácticas en otros países

Es de destacar la sentencia brasileña del 10 de marzo de 2016 en la causa “Recurso Especial Nº 1.558.086-SP (2015/0061578-0)”. El caso versa sobre una acción civil interpuesta por PANDURATA ALIMENTOS LTDA. contra una sentencia del Tribunal de Justicia del Estado de Sao Paulo en donde se categoriza como doblemente abusiva la publicidad efectuada por la empresa. En primer lugar, por tratarse de un anuncio o promoción de venta de alimentos direccionada, directa o indirectamente, a los niños. Y en segundo lugar, por una evidente “venta cruzada”, ilícita en el negocio jurídico entre adultos y con mayor razón, en un contexto de marketing que utiliza o manipula el universo lúdico infantil. Esta venta cruzada se configuraba toda vez que para adquirir o comprar un reloj, que era publicitado como “obsequio”, era necesario que el consumidor también comparara 5 (cinco) productos de la línea “Gulosos”. El tribunal rechaza el recurso confirmando la sentencia apelada. Los magistrados entienden que es abusivo el marketing utilizado por la empresa para publicitar o promocionar la venta del alimento dirigido, directa o indirectamente a niños. Se manifiesta que la decisión de la compra y consumo de géneros alimenticios, sobre todo en épocas de crisis de obesidad, debe ser de los padres, y en este punto se siguen las recomendaciones de los Comités de Derechos Humanos y de la OMS en la materia. Que de estas acciones proviene la ilegalidad de las campañas publicitarias que manipulan y utilizan el universo lúdico infantil. De este modo, el tribunal entiende que los responsables por los niños son obligados a comprar determinados productos que efectivamente no desean.

#### IV. Conclusión

Actualmente las normas relativas a la regulación del consumo y a la protección de quienes consumen constituyen un objeto de estudio que se materializa a diario. A la tarea de consumir acudimos muchas veces sin darnos cuenta. Y en esto el proceso comunicacional que se entabla a partir de la producción y comercialización de bienes y servicios, el marketing y, en especial, la publicidad, tienen un rol central. Esta “relación de consumo” es asimétrica, y tal como se expuso, el ordenamiento normativo tuitivo pretende recomponer esa desigualdad fáctica con una desigualdad jurídica. Es por ello que podemos considerar al grupo de “consumidores” como vulnerable.

Por otro lado, el grupo del NNA también es caracterizado como vulnerable, siendo el ISN el principio rector en esta materia para interpretar y aplicar la norma al caso concreto. Ante el hecho ineludible de que los NNA sean personas destinatarias de publicidades y demás estrategias del mercado, debe erigirse en favor de aquellos una protección complementaria. Dicha “supraprotección” necesaria para lograr el efectivo goce de los derechos reconocidos en la constitución, debe responder adecuadamente a las necesidades y características que los NNA tienen en razón de su condición de sujetos de derecho “hipervulnerables”.

La situación se complejiza cuando estamos ante casos de publicidad de alimentos no saludables, que por un lado condicionan la voluntad de los NNA y de los responsables por estos. Y por el otro, su consumo es en detrimento de la alimentación adecuada, los estándares de calidad de vida y el derecho a la salud en general. La publicidad dirigida de manera directa o indirecta al público infantil es manipuladora y se convierte en abusiva. Si se toman los derechos en serio y se procura la satisfacción de ellos, siguiendo las argumentaciones expresadas en el presente artículo es posible concluir que en Argentina necesitamos una reforma legislativa, así como decisiones judiciales. La publicidad de alimentos no saludables dirigida a NNA es abusiva, y por esta razón debe prohibirse expresamente.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALIANZA POR LA SALUD ALIMENTARIA (2014): Publicidad de alimentos y bebidas dirigida a la infancia: estrategias de la industria, ([http://alianzasalud.org.mx/wp-content/uploads/2014/04/Publicidad-de-Alimentos-y-Bebidas-Dirigida-a-la-Infancia\\_Estrategias-de-la-Industria.pdf](http://alianzasalud.org.mx/wp-content/uploads/2014/04/Publicidad-de-Alimentos-y-Bebidas-Dirigida-a-la-Infancia_Estrategias-de-la-Industria.pdf)) (Fecha de consulta: 30 de octubre 2017)
- AMAYA, Jorge Alejandro (2004): Mecanismos Constitucionales de Protección al Consumidor, Bs. As., La Ley.
- ARIAS CÀU, Esteban Javier y BAROCELLI, Sergio Sebastian (2014): Necesaria acreditación de una relación de consumo para los daños punitivos, Buenos Aires, La Ley.
- BAROCELLI, Sergio S. (2014): Seguros, derecho del consumidor y daños punitivos, La Ley, Buenos Aires.
- CROVETTO MATTASSI, MIRTA; COÑUECAR SILVA, SOFÍA (2015): Publicidad alimentaria según grupos y sub-grupos de alimentos en la televisión de Chile, (<http://revista.nutricion.org/PDF/361crovetto.pdf>) (Fecha de consulta: 30 de octubre 2017) (Fecha de consulta: 30 de octubre de 2017).
- CHAMATROPULOS, Pablo (2014): “Cómo proteger a los niños consumidores”, (<https://www.diariopopular.com.ar/como-proteger-los-ninos-consumidores-n190221>) (Fecha de consulta: 30 de octubre 2017).
- Comité de Derechos del Niño (2013), Observación general N° 15 sobre el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 24), (<https://www.unicef.org/ecuador/UNICEF-ObservacionesGeneralesDelComiteDeLosDerechos-DelNino-WEB.pdf>), (Fecha de consulta: 30 de octubre de 2017).
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1999): Comentario General No. 12 El derecho a una alimentación adecuada, (<http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2001/1450.pdf>) (Fecha de consulta: 30 de octubre de 2017).
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (1999): Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala, ([http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec\\_63\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_63_esp.pdf)) (Fecha de consulta: 30 de octubre de 2017).
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2002): Opinión Consultiva 17 Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, ([http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_17\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf)) (Fecha de consulta: 30 de octubre de 2017).
- FUNDACIÓN INTERAMERICANA DEL CORAZÓN ARGENTINA: Informe de investigación: publicidad de alimentos dirigida a niños y niñas en la tv argentina. ([http://www.paho.org/arg/images/gallery/150814\\_publicidad\\_infantil\\_alimentos.pdf?ua=](http://www.paho.org/arg/images/gallery/150814_publicidad_infantil_alimentos.pdf?ua=)) (Fecha de consulta: 31 de octubre de 2017).
- FUNDACIÓN PARA EL DESARROLLO DE POLÍTICAS SUSTENTABLES y FUNDACIÓN INTERAMERICANA DEL CORAZÓN (2016): Recomendaciones de FUNDEPS y FIC Argentina al informe del Relator. ([http://www.fundeps.org/sites/default/files/recomendaciones\\_a\\_informe\\_del\\_relator\\_fundeps-fic\\_arg\\_0.pdf](http://www.fundeps.org/sites/default/files/recomendaciones_a_informe_del_relator_fundeps-fic_arg_0.pdf)).
- HIGHTON, Elena I. (2015): Los jóvenes o adolescentes en el Código Civil y Comercial, Buenos Aires, La Ley.
- LOVECE, Graciela (2006): La fuerza vinculante de la publicidad. El daño moral en las relaciones de consumo, Revista jurídica argentina La Ley, Volumen: 2005-F.
- NICOLAU, Noemí L. (2015): “La influencia del marketing y la publicidad en las relaciones de consumo” en STIGLITZ, Gabriel y HERNÁNDEZ, Carlos A (dirs): Tratado de derecho del consumidor, La Ley, Buenos Aires, Tomo I.
- Organización Mundial de la Salud y Organización Panamericana de la Salud (2015): Alimentos y bebidas ultraprocesados en América Latina: tendencias, efecto sobre

la obesidad e implicaciones para las políticas públicas, ([http://iris.paho.org/xmlui/bitstream/handle/123456789/7698/9789275318645\\_esp.pdf](http://iris.paho.org/xmlui/bitstream/handle/123456789/7698/9789275318645_esp.pdf)) (Fecha de consulta: 30 de octubre de 2017)

- Organización Panamericana de la Salud (2016): Modelo de perfil de nutrientes. ([http://iris.paho.org/xmlui/bitstream/handle/123456789/18622/9789275318737\\_spa.pdf?sequence=9](http://iris.paho.org/xmlui/bitstream/handle/123456789/18622/9789275318737_spa.pdf?sequence=9)) (Fecha de consulta: 30 de octubre de 2017)
- ROSATTI, Horacio Daniel (2010): "Tratado de Derecho Constitucional" Tomo I, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni.
- TORRES SANTOMÈ, Natalia E (2016): "Los niños, niñas y adolescentes como usuarios y consumidores" en BAROCELLI, Sergio Sebastián (coord.): Impactos del nuevo Código Civil y Comercial en el Derecho del Consumidor. Diálogos y perspectivas a la luz de sus principios, PROYECTO DE INTERÉS INSTITUCIONAL, Buenos Aires, Facultad de derecho, UBA.
- WORLD HEALTH ORGANIZATION (2012): A framework for implementing the set of recommendations on the marketing of foods and non-alcoholic beverages to children. ([http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/80148/1/9789241503242\\_eng.pdf?ua=1](http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/80148/1/9789241503242_eng.pdf?ua=1)) (Fecha de consulta: 31 de octubre de 2017)



# TRIBUNALES SUPERIORES EN LATINOAMÉRICA Y SU RESPALDO A LAS MEDIDAS DE CONTROL DE TABACO COMO FORMA DE PROTEGER EL DERECHO HUMANO A LA SALUD

---

## LATIN AMERICAN HIGH COURTS AND THEIR SUPPORT FOR TOBACCO CONTROL POLICIES AS A WAY TO PROTECT THE HUMAN RIGHT TO HEALTH

---

JUAN CARBALLO<sup>1</sup>, GIANELLA SEVERINI<sup>2</sup> Y LUCIANA SEVERINI<sup>3</sup>

---

*Fecha de recepción: 31/10/2017*

*Fecha de aceptación: 13/11/2017*

---

### RESUMEN

Frente al fuerte impacto del tabaquismo en la salud pública, la obligación de los Estados de proteger el derecho humano a la salud exige la implementación de ciertas medidas de control de tabaco. En el último tiempo, altos tribunales de la región ratificaron la necesidad de avanzar en estas medidas, marcando la fuerte conexión entre los derechos humanos y las políticas de control de tabaco como mecanismo de protección de la salud y reconociendo el importante rol del Convenio Marco para el Control de Tabaco de la Organización Mundial de la Salud.

---

### ABSTRACT

Taking into account tobacco epidemic's impact on public health, States' obligations to protect the right to health call for the implementation of certain tobacco control policies. In recent times, high courts from Latin America ratified the need to advance on these policies, highlighting the strong link between human rights and tobacco control policies as mechanisms for the protection of health and stressing the key role of the World Health Organization Framework Convention on Tobacco Control.

---

<sup>1</sup> Abogado, Universidad Nacional de Córdoba. Máster en Derecho, Georgetown University. [juanmcarballo@gmail.com](mailto:juanmcarballo@gmail.com)

<sup>2</sup> Abogada, Universidad Nacional de Córdoba. [gianeseverini@gmail.com](mailto:gianeseverini@gmail.com)

<sup>3</sup> Estudiante avanzada de la facultad de derecho de la Universidad Nacional de Córdoba. [luseverini.ch@gmail.com](mailto:luseverini.ch@gmail.com)

Palabras clave: Control de tabaco, Derechos Humanos, Derecho a la Salud, Tribunales Superiores de Latinoamérica

---

Key Words: Tobacco Control, Human Rights, Right to Health, Latin-American High Courts

## I. Introducción

A escala mundial, el tabaquismo es responsable de más de 6 millones de muertes anuales<sup>4</sup> y de costos sanitarios y ambientales que exceden las recaudaciones fiscales por impuestos al tabaco. Esta epidemia se cobra más vidas que la tuberculosis, el VIH/SIDA y el paludismo juntos y representa la primera causa de muerte prematura evitable a nivel mundial.

La experiencia en las últimas décadas ha demostrado que una serie de medidas de control de tabaco, como por ejemplo la prohibición de fumar en lugares públicos y las restricciones en publicidad, promoción y patrocinio de productos de tabaco, entre muchas otras, pueden reducir en gran medida la prevalencia y los impactos nocivos del tabaquismo<sup>5</sup>. En particular, la región de Latinoamérica ha liderado mucho de los avances en estas políticas<sup>6</sup>. Estas medidas lentamente han reducido la epidemia, a pesar de la fuerte oposición de varios sectores liderados por la industria tabacalera.

En este sentido, resulta apropiado que el control del tabaco sea precisamente el foco de un tratado global ratificado por 181 países. El Convenio Marco de la Organización Mundial de la Salud para el Control del Tabaco (CMCT)<sup>7</sup> es un tratado internacional de salud pública que entró en vigor el 27 de febrero de 2005 y que se elaboró como respuesta a la preocupación por la propagación mundial de la epidemia del tabaquismo y sus consecuencias para la salud pública.

Los convenios marco son tratados vinculantes de derecho internacional. Por su propia naturaleza, no son diferentes a otros tipos de tratados y por ello le son aplicables las reglas de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados<sup>8</sup>. El CMCT ha sido calificado en la doctrina internacional<sup>9</sup> como un fuerte instrumento vinculante de derecho internacional que no necesita de mayores precisiones para ser exigible. La referencia a ser un convenio marco no implica entonces la inexistencia de obligaciones específicas sino más bien al reconocimiento de un cierto margen de flexibilidad para la implementación de las mismas, el cual puede variar de acuerdo a la redacción de cada convenio. En general, los tratados marco están siendo utilizados para enfocarse en temas de preocupación global como el cambio climático y la afectación a la capa de ozono<sup>10</sup>. Estas convenciones marco generan una plataforma jurídica internacional impulsando a los Estados parte a aplicar los mandatos de acciones a través de acuerdos subsiguientes en

---

<sup>4</sup> Organización Mundial de la Salud (2013): Informe sobre la epidemia mundial del tabaquismo ([http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/85382/1/WHO\\_NMH\\_PND\\_13.2\\_spa.pdf?ua=1](http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/85382/1/WHO_NMH_PND_13.2_spa.pdf?ua=1)) (Fecha de consulta: 31 de octubre de 2017).

<sup>5</sup> LEVY D, Ellis J, MAYS D, Huan AT (2013) Smoking related deaths averted due to three years of policy progress. *Bull World Health Organ*, 91:509-518.

<sup>6</sup> Organización Panamericana de la Salud (2016): Informe sobre el Control del Tabaco en la Región de las Américas. A 10 años del Convenio Marco de la Organización Mundial de la Salud para el Control del Tabaco, Washington, DC.

<sup>7</sup> Convenio Marco de la Organización Mundial de la Salud para el Control del Tabaco (2003) (<http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/42813/1/9243591010.pdf>) (Fecha de consulta: 31 de octubre de 2017).

<sup>8</sup> MATZ-LÜCK, Nele (2009): Framework Conventions as Regulatory Tools, *Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, Goettingen Journal of International Law*, Vol. 1, No. 3, P. 439-458.

<sup>9</sup> LIBERMAN, Jonathan (2014): The power of the WHO FCTC: understanding its legal status and weight, *The Global Tobacco Epidemic and the Law*, editado por Andrew D. Mitchell y Tania Voon, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, P. 5.

<sup>10</sup> BODANSKY, Daniel (2011): A Tale Of Two Architectures: The Once And Future U.N. Climate Change Regime, 43 *Ariz. St. L. J.* P.697.

muchos casos en forma de directrices<sup>11</sup>.

Asimismo, en el propio preámbulo del CMCT se establece la conexión con instrumentos tales como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), la Convención sobre los Derechos del Niño o la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW)<sup>12</sup>. Como se observa, desde el propio planteamiento del CMCT, ya existe un claro vínculo de sus medidas con obligaciones de derecho humanos contenidas en otros instrumentos internacionales.

Más allá de esa vinculación formal inicial, la interrelación entre las políticas de control de tabaco y las obligaciones de derechos humanos ha permitido que organismos de monitoreo de derechos humanos fortalezcan aún más esa conexión. Diferentes comités de derechos humanos, como parte de las recomendaciones para que los Estados parte cumplan con sus obligaciones, han aconsejado explícitamente la ratificación del CMCT al tiempo de exigir políticas puntuales siguiendo los lineamientos de ese convenio. De este modo, estos organismos han utilizado al CMCT como una herramienta para interpretar en concreto la obligación de proteger la salud<sup>13</sup>.

Por otra parte, en los últimos años, ha aumentado el litigio a nivel nacional, a menudo directamente relacionado con los compromisos asumidos en materia de derechos humanos. En este sentido, litigios recientes en América Latina sobre control de tabaco confirman la conexión de estas medidas con los derechos humanos, dado que numerosas cortes han establecido que la obligación de los Estados de proteger el derecho a la salud obliga a los gobiernos a establecer medidas de control de tabaco.

El presente escrito fue desarrollado a los fines de realizar un análisis acerca de la obligación de los Estados de cumplir con ciertas medidas de control de tabaco para proteger el derecho a la salud y, en consecuencia, sobre la vinculación existente entre el CMCT con los derechos humanos. En primer lugar, se hará referencia a la posibilidad de categorizar a un tratado internacional como un tratado de derechos humanos en sí mismo. Luego, se expondrá acerca de la vinculación entre los derechos humanos y el control de tabaquismo como mecanismo de protección de la salud haciendo referencia a los criterios otorgados por distintos organismos internacionales. Por último, se expondrán decisiones de tribunales superiores de Latinoamérica que han reconocido a las medidas de control de tabaco como instrumentos relevantes para proteger la salud y en oportunidades manifestado expresamente su conexión con los derechos humanos. Las políticas de control de tabaco a menudo generan pronunciamientos judiciales<sup>14</sup>. Sin embargo, muchos de esos casos de litigio son resueltos en las primeras instancias. En este trabajo se enfoca en aquellos casos judiciales que fueron decididos por los máximos tribunales de países de Latinoamérica<sup>15</sup>. Es decir, el foco en decisiones de altos tribunales de Argentina, Uruguay, Perú, Colombia, Panamá, Costa Rica y Guatemala responde a la razón

---

<sup>11</sup> HALABI, Sam (2011): The World Health Organization's Framework Convention on Tobacco Control: An Analysis of Guidelines Adopted by the Conference of the Parties, University of Tulsa College of Law, July 16, Georgia Journal of International and Comparative Law, Vol. 39, No. 1, University of Tulsa Legal Studies Research Paper No. 2011-12.

<sup>12</sup> "Recordando el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (...) en el que se declara que toda persona tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental; Recordando que en la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (...) se establece que los Estados parte en dicha Convención adoptarán medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica; Recordando además que en la Convención sobre los Derechos del Niño (...) se establece que los Estados parte en dicha Convención reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud (...)" (Extracto del preámbulo del CMCT).

<sup>13</sup> CABRERA, Oscar A.; MADRAZO, Alejandro (2010): Human Rights as a Tool for Tobacco Control in Latin America, Salud Publica de Mexico 52, P.288-297.

<sup>14</sup> MIURA MI, DAYNARD RA, SAMET JM (2006): The role of litigation in tobacco control, Salud Publica Mex 48 Suppl 1:S121-36.  
CABRERA Oscar A.; CARBALLO, Juan Martin (2013): Tobacco Control Litigation: broader impacts on health rights adjudication, The Journal of Law, Medicine & Ethics; 41; 1; 3-2013; 147-162

<sup>15</sup> El universo general de casos se toma de la base de jurisprudencia y legislación realizada en conjunto por el O'Neill Institute for National and Global Health Law at Georgetown University y por Campaign for Tobacco-Free Kids y que se puede acceder en <https://www.tobaccocontrollaws.org>.

de que son los únicos países en los que se han resuelto casos de esta área en ese nivel judicial<sup>16</sup>. Cabe destacar que muchos de los litigios desarrollados a continuación han sido y serán herramientas poderosas para el control del tabaco y la protección del derecho a la salud en su forma amplia.

## II. Sobre la categorización de un instrumento internacional como tratado de derechos humanos

La cuestión de la categorización de un tratado como de derechos humanos no tiene una respuesta normativa o institucional. Es decir, no existen procedimientos o instituciones que tengan la función de determinar si un determinado instrumento internacional está incluido dentro de esa categoría o no. Existen sistemas de protección de derechos humanos tanto a nivel global como regional y tratados conectados con esos sistemas. Sin embargo, no hay una norma en el derecho internacional público que exija una conexión con alguno de esos sistemas para gozar de ese carácter.

A nivel teórico, es posible enumerar una serie de características compartidas por algunos de los instrumentos a los que se les reconoce claramente su categoría de tratado de derechos humanos<sup>17</sup>: los beneficiarios de las obligaciones del tratado no son los Estados contratantes sino sus respectivas poblaciones; cuentan con esquemas de rendición de cuentas basados en la presentación de informes de avances; y su desarrollo y estructuración se vincula con organizaciones internacionales.

Según la Corte Interamericana de Derechos Humanos los tratados de derechos humanos no son tratados multilaterales de tipo tradicional, sino que *“su objetivo y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los propios Estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción”*<sup>18</sup>.

Los derechos humanos implican obligaciones a cargo del Estado, que tiene la responsabilidad concreta de respetar, garantizar, proteger y velar por su real cumplimiento. De este modo, las acciones u omisiones de los funcionarios públicos que vulneran un derecho consagrado en un instrumento internacional de derechos humanos compromete su responsabilidad a nivel internacional, habilitando el funcionamiento de los mecanismos internacionales de protección de derechos humanos, constituyendo un control externo de la conducta y actuación de los funcionarios estatales. Asimismo, estos tratados muy frecuentemente implican la generación de esquemas de rendición de cuentas basadas en informes de avance de los propios países.

Considerando lo antedicho, es claro que el CMCT podría ser entendido como un tratado de derechos humanos. En primera medida, sus obligaciones benefician más directamen-

---

16 Se excluyen dos casos que podrían haber sido incorporados formalmente: caso Balderas Woolrich resuelto en 2011 por la Corte Suprema de México y caso Cámara de Comercio de Guatemala decidido en 2010 por la Corte Constitucional de Guatemala. Esos casos no fueron incluidos porque en la argumentación de la decisión los tribunales no se enfocaron en cuestiones específicas de control de tabaco sino de construcción de un tributo (Guatemala) o en la viabilidad del uso del amparo para un reclamo colectivo de salud (México).

17 El Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos enumera los principales tratados de derechos humanos y que comparten las características mencionadas en el presente trabajo: Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer; Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; Convención sobre los Derechos del Niño; Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares; Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas; Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad

18 Corte Interamericana de Derechos Humanos (1982): El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-2/82, párrafo 29.

te a las respectivas poblaciones de los Estados ratificantes que al resto de los contratantes. Si bien algunas obligaciones, como, por ejemplo, la eliminación del tráfico ilícito o la regulación de la publicidad transfronteriza, son relevantes para el resto de las partes contratantes, es evidente que las exigencias que surgen del CMCT tienden principalmente a la protección de las poblaciones de cada uno de los Estados parte. Asimismo, el CMCT establece una obligación de informar el avance de su cumplimiento y se encuentra conectado con la Organización Mundial de la Salud, una organización internacional establecida por los Estados para la protección de derechos y valores establecidos de común acuerdo. Finalmente, y al igual que otros tratados que son considerados como de derechos humanos por doctrina y actores del sistema<sup>19</sup> (como la Convención internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares o la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad), el CMCT implica la profundización de medidas de protección a favor de la población respecto de un tema concreto pero con una clara conexión con otro derecho humano reconocido. En el caso del CMCT, esa conexión se da con el derecho humano a la salud.

### III. Los organismos internacionales y la conexión entre derechos humanos y control de tabaco

Diferentes comités de derechos humanos han ratificado la fuerte vinculación del CMCT con el derecho internacional de derechos humanos. Dentro de las recomendaciones para que los Estados parte cumplan con sus obligaciones, han recomendado entre otras, la política de ambientes libres de humo, las restricciones a la publicidad o el establecimiento de impuestos especiales para los productos de tabaco. De este modo, se utiliza el CMCT como un estándar para entender qué alcance tienen las obligaciones derivadas del derecho humano a la salud en particular frente a la epidemia de tabaquismo. Es de destacar que este tipo de vinculación se ha hecho incluso respecto a países que no han ratificado el CMCT con lo que la conexión con las obligaciones de derechos humanos se hace aún más fuerte.

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC) provee un primer ejemplo de esa conexión entre el CMCT y las obligaciones de derechos humanos. En el 2009, durante el examen periódico de Brasil, el Comité recomendó al gobierno que, como Estado parte del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), tomara medidas para reducir el impacto del tabaco en la población en los siguientes términos: *“30. El Comité recomienda que el Estado parte adopte medidas para prohibir la promoción de los productos de tabaco y apruebe legislación para garantizar que todos los espacios públicos cerrados estén completamente libres de tabaco”*<sup>20</sup>. Como queda expuesto en la recomendación, el CDESC utiliza el CMCT como estándar para evaluar el cumplimiento con las obligaciones que se derivan del derecho a la salud según está reconocido en el PIDESC.

Como se anticipara, la vinculación se repite incluso para países que no han ratificado el CMCT, como es el caso de Argentina. En su última revisión del cumplimiento de obligaciones del PIDESC, el CDESC afirmó lo siguiente: *“Preocupa al Comité el alto nivel de consumo de tabaco en el Estado parte, especialmente entre las mujeres y los jóvenes*

---

<sup>19</sup> El Alto Comisionado de Naciones Unidas hace un listado de los principales instrumentos de derechos humanos: <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CoreInstruments.aspx>. Por otra parte, a nivel doctrina, se puede usar como una referencia general la clásica obra de Philip Alston y Ryan Goodman: Alston, Philip y Ryan Goodman (2000), *International Human Rights in Context*, Oxford.

<sup>20</sup> CESCR (2009): Examen de los informes presentados por los Estados parte de conformidad con los Artículos 16 y 17 del Pacto, Observaciones Finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Brasil, E/C.12/BRA/CO/2, P. 31.

(art. 12, párr. 1). El Comité recomienda al Estado parte que ratifique y aplique el Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco y que elabore políticas fiscales, de fijación de precios y de sensibilización de la población que sean eficaces para reducir el consumo de tabaco, en particular entre las mujeres y los jóvenes<sup>21</sup>.

Del mismo modo, es posible encontrar una recomendación específica al problema del tabaquismo en el Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW). Al analizar el cumplimiento con las obligaciones derivadas del derecho a la salud en relación con las mujeres, el CEDAW en su última recomendación al Estado argentino expresó su preocupación por el uso generalizado de tabaco entre las mujeres e instó a las autoridades nacionales a que ratifiquen el CMCT y adopten políticas públicas que busquen reducir el consumo de tabaco y los daños para la salud que produce esta adicción<sup>22</sup>.

Finalmente, también el Comité por los Derechos del Niño, hizo referencia a políticas de control de tabaco como un problema de derechos humanos. Este ha expresado su preocupación por los altos niveles de consumo de tabaco entre adolescentes al revisar las obligaciones de Bolivia en 2005 y ha reconocido como un avance en la protección de derechos humanos de niños y niñas la aprobación de una restricción a la publicidad de tabaco en Tailandia (2006).

Por su parte, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) otorgó en 2016 una audiencia temática sobre la problemática de la epidemia del tabaquismo en las Américas ante el pedido de la Fundación Interamericana del Corazón Argentina, Action On Smoking & Health y O'Neill Institute for National and Global Health Law. Durante la audiencia, Esmeralda Arosemena de Troitiño, comisionada de la CIDH, reconoció la corrupción en las acciones de la industria tabacalera y la necesidad de que los organismos internacionales se involucren en este punto para la protección de los derechos humanos<sup>23</sup>. Como se observa, la fuerte conexión entre las políticas de control de tabaco y las obligaciones de derechos humanos ha permitido que organismos de monitoreo de derechos humanos fortalezcan aún más esa conexión. De este modo, se utiliza el CMCT como un estándar para entender qué alcance tiene las obligaciones derivadas del derecho humano a la salud en particular frente a la epidemia de tabaquismo.

Por todo lo expuesto, la vinculación del CMCT con tratados de derechos humanos ha sido también marcada a nivel doctrinario<sup>24</sup>. Incluso se ha planteado que el CMCT *“es un tratado de derechos humanos y debe ser interpretado como tal y fortalecido a través de la implementación vinculada con otros tratados y principios de derechos humanos”*<sup>25</sup>.

#### IV. El reconocimiento de Tribunales Superiores de Latinoamérica

Esta fuerte vinculación entre el CMCT y los tratados de derechos humanos es de tal magnitud que en numerosas ocasiones ha sido considerado como un tratado de derechos humanos en sí mismo. Esta fue la posición adoptada por diferentes altos tribuna-

<sup>21</sup> CESCR (2011): Examen de los informes presentados por los Estados parte de conformidad con los Artículos 16 y 17 del Pacto, Observaciones Finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Argentina, E/C.12/ARG/CO/3, P. 23.

<sup>22</sup> CEDAW (2010): Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer: Argentina. CEDAW/C/ARG/6, P.15.

<sup>23</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2016): Audiencia temática sobre la problemática de la epidemia del tabaquismo (<http://www.oas.org/en/iachr/sessions/default.asp>) (Fecha de consulta: 31 de octubre de 2017)

<sup>24</sup> CABRERA, Oscar A.; GOSTIN, Lawrence O (2011): Human rights and the Framework Convention on Tobacco Control: mutually reinforcing systems, Cambridge University Press, International Journal of Law in Context 7 (3): 285-303.

<sup>25</sup> GOMES, Paula Gecislany Vieira da Silva (2014): Convenção-quadro para o controle do tabaco: políticas públicas de implementação, Tese de doutorado. São Paulo: USP/Faculdade de Direito, P. 165.

les de Latinoamérica. Más allá de la categorización que se haga del CMCT, en diversas decisiones, estos altos tribunales han reconocido la importancia de este tratado, han afirmado su conexión con los derechos humanos, otorgado preeminencia al derecho a la salud por sobre las libertades comerciales, tomado al CMCT como medida base de interpretación y destacado el rol de la evidencia científica, entre otros puntos, como se verá a continuación.

### **1. El derecho a la salud por sobre las libertades comerciales en Argentina**

En lo que respecta a la preeminencia del derecho a la salud por sobre otras libertades comerciales, un fallo reciente (2015) de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, rechazó el pedido de inconstitucionalidad realizado por British American Tobacco Argentina (BAT Argentina) en contra de una ley de la provincia de Santa Fe que establecía la prohibición completa de publicidad, promoción y patrocinio de productos de tabaco<sup>26</sup>.

La Corte Suprema reconoció la importancia de las medidas dictadas en línea con el CMCT, aunque Argentina no lo haya ratificado, y admitió la posibilidad de regular la publicidad, promoción y patrocinio de los productos de tabaco tanto a nivel provincial como nacional. La decisión reconoció que las restricciones a la publicidad de tabaco no violan ningún derecho constitucional, sino que, muy por el contrario, satisfacen las obligaciones constitucionales de garantizar el derecho fundamental a la salud. De este modo, la Corte sostuvo que el derecho a la salud *“está íntimamente relacionado con el derecho a la vida (...) que resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional (...) y por los tratados internacionales que tienen tal jerarquía”*<sup>27</sup>, implicando de este modo una obligación impostergable del Estado Nacional para garantizarlo con acciones positivas.

De esta forma, la Corte reconoció que la prohibición total de publicidad y promoción de productos de tabaco es adecuada y proporcionada ya que resulta conducente para lograr la reducción del hábito de fumar y no constituye una restricción excesiva para las libertades económicas de las empresas<sup>28</sup>. Asimismo, expresó que el discurso de la empresa tiene el solo efecto de fomentar el consumo de bienes y no tiene una estrecha relación con el funcionamiento del sistema republicano y democrático. Por lo tanto, no existe fundamento constitucional para otorgarle una protección tan intensa como a otras manifestaciones de ideas que forman parte de la necesaria participación y deliberación en toda sociedad democrática, ni tampoco para evaluar las limitaciones que las leyes impongan con el escrutinio particularmente estricto que suele aplicarse en materia de libertad de expresión. En este sentido, dado que la publicidad de tabaco es una mera expresión comercial, las restricciones a la publicidad son razonables en pos del derecho que se pretende proteger.

Sumado a ello, la Corte se remitió a la Organización Panamericana de la Salud y refirió a la *“suficiente evidencia científica conocida acerca de los efectos perniciosos para la salud que ocasiona el consumo de tabaco y la exposición al humo que produce, y de la necesaria difusión de las estrategias y acciones encaminadas para prevenirlos”*<sup>29</sup>. Por lo cual, las restricciones impuestas están plenamente fundadas y justificadas en esta evidencia científica.

---

<sup>26</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina (2015): Nobleza Piccardo S.A.I.C. y F. c/ Santa Fe, acción declarativa de inconstitucionalidad, 188/2006 (42-N).

<sup>27</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina (2015) Op.Cit., Considerando 17.

<sup>28</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina (2015) Op.Cit., Considerando 25.

<sup>29</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina (2015) Op.Cit., Considerando 18.

## 2. Las políticas de control de tabaco en los tribunales colombianos

En Colombia tanto la Corte Constitucional como el Consejo de Estado han dilucidado pleitos respecto a políticas de control de tabaco en pos de la protección del derecho a la salud. Es importante aclarar que la Corte Constitucional es la máxima instancia de interpretación constitucional del país, con control de constitucionalidad concentrado. Por otra parte, el Consejo de Estado es el máximo órgano judicial para la revisión en materia administrativa.

En primer lugar, en ocasión de realizar la revisión de la exequibilidad de la ratificación del CMCT, conforme lo establece la Constitución Nacional, la Corte estableció que el CMCT *“constituye un importante instrumento internacional para evitar y contrarrestar las nefastas consecuencias del consumo del tabaco, en especial para la salud y el medio ambiente”*<sup>30</sup>. Asimismo, refirió a la constitucionalidad de las restricciones publicitarias y expresó que ellas buscan *“la protección del medio ambiente así como de los derechos de terceros que pueden verse afectados con la exposición al humo”*<sup>31</sup>. La Corte concluyó refiriéndose a la legitimidad de *“aquellas medidas limitativas de la libertad de empresa que se encuentran justificadas en la búsqueda de fines constitucionalmente válidos y en la protección de bien común”*<sup>32</sup>.

Por su parte, en 2010, se cuestionó la constitucionalidad de la prohibición de la publicidad y promoción de los productos de tabaco, con el argumento de que las medidas violaban la libertad de industria. En su decisión, la Corte Constitucional hizo hincapié en la naturaleza peligrosa del tabaco, la necesidad de proteger los derechos a la vida y la salud, y las obligaciones de Colombia bajo el CMCT.

La Corte enfatizó que la libertad de empresa y la libre iniciativa económica no tienen carácter absoluto <sup>33</sup> por lo cual las restricciones a la publicidad impuestas son constitucionales dado que son compatibles con la libertad de empresa y la libre iniciativa privada. Más recientemente, en el año 2015, el Consejo de Estado colombiano resolvió sobre el pedido de British American Tobacco de anular una decisión administrativa del Ministerio de Salud mediante la cual no se aprobaba el uso de las expresiones *“Click & On,” “Click & Roll,” “Krystal Frost,” “Filter Kings,” and “Frozen Nights”* en los paquetes de productos de tabaco. La decisión del Ministerio consideraba las expresiones como una forma de publicidad engañosa y por ende prohibidas por ley 1335. El Consejo de Estado decidió que las expresiones eran efectivamente publicidad engañosa y que la libertad comercial debía ser restringida a favor del derecho a la salud, a la vida y el interés público.

Según el Consejo de Estado, el empaquetado *“por sí solo es un elemento fundamental de promoción, más aún cuando está prohibida toda clase de publicidad del tabaco y sus derivados en los medios de comunicación, y no resulta ni eficaz ni coherente que con las advertencias y pictogramas que recuerdan el daño que causa el tabaco, se mencionen elementos que inciten e inviten a disfrutar de su consumo”*, por lo cual debería entonces *“existir correspondencia entre los textos que se incorporen”*<sup>34</sup>. Asimismo, estableció que los derechos de propiedad intelectual deben ser ejercidos de conformidad con las obligaciones de derechos humanos.

<sup>30</sup> Corte Constitucional Colombiana(2007): Revisión oficiosa de la ley 1109 de 2006 “Por medio de la cual se aprueba el Convenio Marco de la OMS para el control del tabaco”, Expediente LAT-301, Sentencia C-665/07, P. 2.

<sup>31</sup> Corte Constitucional Colombiana(2007): Op.Cit., P. 2.

<sup>32</sup> Corte Constitucional Colombiana(2007): Op.Cit., P.75.

<sup>33</sup> Corte Constitucional Colombiana (2010): Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 14, 15, 16 y 17 de la Ley 1335 de 2009 “disposiciones por medio de las cuales se previenen daños a la salud de los menores de edad, la población no fumadora y se estipulan políticas públicas para la prevención del consumo del tabaco y el abandono de la dependencia del tabaco del fumador y sus derivados en la población colombiana”, Expediente D-8096, Sentencia C-830/10, P.29

<sup>34</sup> Consejo de Estado de Colombia (2015): British American Tobacco Colombia C/Ministerio de Salud, Expediente 2012-00607-01, P.70.

El Consejo de Estado concluyó que las expresiones tienen el efecto o posible efecto de promover el consumo de cigarrillos. Por ello, la inserción de estos mensajes desconocen la prohibición total de publicidad contemplada por la ley 1335, ya que *“llaman la atención e incitan a su consumo, tanto en su expresión en inglés como en español; además permitirlo no sería coherente con las campañas educativas de que trata la misma ley”*<sup>35</sup>. Por último, en 2016, miembros de organizaciones de la sociedad civil<sup>36</sup> solicitaron que se suspendan los efectos de las circulares de la Secretaría de Industria y Comercio (SIC) Colombiana que permitían la exhibición de cajetillas de cigarrillos bajo determinadas condiciones, contrariando lo dispuesto por el CMCT y por la ley 1335 de 2009 que establecen la prohibición total de la publicidad y promoción de productos derivados del tabaco. El Consejo de Estado resolvió suspender provisionalmente los efectos de las circulares de la SIC considerando que *“los productos de tabaco constituyen una forma de promoción para su consumo, circunstancia por la que se recomienda prohibir absolutamente la exhibición y visibilidad de los productos de tabaco en todo punto de venta”*<sup>37</sup>.

### 3. La conexión entre derechos humanos y control de tabaco en Costa Rica

La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica en ocasión de responder a una consulta legislativa facultativa sobre un proyecto de ley denominado “Ley General de Control de Tabaco y sus Efectos Nocivos en la Salud”, elevada por integrantes de la Asamblea Legislativa, tuvo oportunidad de referirse a cuestiones de control de tabaco<sup>38</sup>. En su decisión, destacó que el Convenio Marco, por su objetivo de proteger derechos fundamentales, tiene una especial jerarquía dentro del marco normativo de Costa Rica. Los diputados de la Asamblea Legislativa que realizaron la consulta sostenían que el proyecto de ley, al subir los impuestos de cigarrillos, generaría un aumento en el contrabando de estos. Además, manifestaron que la medida violaba la libertad de comercializar, el derecho de los consumidores, la libertad de expresión, la expropiación de marca y que prohibía indirectamente una actividad que era lícita. A su vez, expresaron que se trataba de un proyecto de ley irrazonable y desproporcionado.

La Corte evacuó la consulta y resolvió que no existían *“vicios de constitucionalidad de procedimiento ni de fondo en los aspectos consultados del proyecto de ley”*<sup>39</sup>. De esta forma, la Sala declaró constitucional la ley, proclamó que las normas impugnadas se basan en el CMCT y buscan satisfacer las obligaciones internacionales adquiridas por el país. Por otra parte, resaltó que las medidas buscan proteger derechos humanos, especialmente el derecho a la salud. En este sentido, se citó un caso precedente al recordar que *“los instrumentos de Derechos Humanos vigentes en Costa Rica, tienen no solamente un valor similar a la Constitución Política, sino que en la medida en que otorgan mayores derechos o garantías a las personas, priman por sobre la Constitución”*<sup>40</sup>. Concluyó finalmente la Sala que *“la norma cuestionada no solo está jurídicamente permitida, sino que además, es acorde con el Derecho de la Constitución sobre los Derechos Humanos”*<sup>41</sup>. Como se observa, esta respuesta constituyó un fuerte respaldo a una políti-

<sup>35</sup> Consejo de Estado de Colombia (2015): Op.Cit., P.75.

<sup>36</sup> Quienes presentaron la suspensión fueron Esperanza Cerón Villaquirán, Marian Lorena Ibarra Avila y Liliana Andrea Avila, miembros de las organizaciones no gubernamentales Educar Consumidores y la Fundación para la Educación y el Desarrollo Social.

<sup>37</sup> Consejo de Estado de Colombia (2016): Solicitud de suspensión provisional de las Circulares Externas número 005 de 2012 y 011 de 2012, Expediente 2014-00011-00. .

<sup>38</sup> Corte Suprema de Costa Rica, Sala Constitucional (2012): Consulta legislativa facultativa en relación con el proyecto de ley denominado “Ley General de Control de Tabaco y sus Efectos Nocivos en la Salud”, Expediente 12-002657-0007-CO, Res No 2012-003918, P. 22.

<sup>39</sup> Corte Suprema de Costa Rica, Sala Constitucional (2012): Op.Cit., P. 40.

<sup>40</sup> Corte Suprema de Costa Rica, Sala Constitucional (2012): Op.Cit., P. 22.

<sup>41</sup> Corte Suprema de Costa Rica, Sala Constitucional (2012): Op.Cit., P. 23.

ca alineada con el CMCT y puso de manifiesto su conexión con normativa internacional de derechos humanos. Por último, cabe resaltar que el proyecto de ley fue sancionado y es la actual normativa que rige en el país sobre control de tabaco.

#### **4. La preeminencia de las normas que tutelan la salud de la población en Panamá**

La Corte Suprema de Justicia de Panamá rechazó una demanda de inconstitucionalidad presentada por British American Tobacco<sup>42</sup> sobre el decreto 611/10 que estableció una incorporación explícita de la prohibición de exhibición de productos de tabaco en los puntos de venta. La argumentación de BAT Panamá se basaba en que implicaba una violación de libertad de expresión, por limitar la expresión comercial; una violación de la propiedad privada de la compañía, al impedir mostrar libremente sus productos y sus marcas, debidamente registradas; una violación al derecho de acceso a información relevante para consumidores y una vulneración de las libertades esenciales de una economía de mercado, entre otros argumentos.

La Corte rechazó la demanda y estableció que el decreto no excedía los límites de la potestad reglamentaria porque fue realizado *“dentro del espíritu de la Ley Formal, Ley No. 13 de 24 de enero de 2008, toda vez que, en artículo 14 establece que una prohibición total de la publicidad, promoción y patrocinio de productos de tabaco, y las directrices del CMCT determinó que la exhibición de productos de tabaco en puntos de venta en sí misma es una forma de publicidad y promoción”*<sup>43</sup>. A su vez, la Corte estableció que no se violaba *“el uso habitual de la marca al dictarse (...) la prohibición de exhibir los productos del tabaco y sus derivados en los dispensadores, anaqueles y cualquier otra estantería ubicada en los puntos de venta”*<sup>44</sup>.

Además de ese reclamo de inconstitucionalidad, la prohibición de la exhibición de productos de tabaco fue objeto de un recurso de ilegalidad también resuelto por la Corte Suprema de Justicia de Panamá. En esta decisión la Corte recordó que de acuerdo a la normativa de protección del consumidor de ese país, el proveedor está en obligación de informar, clara y verazmente al consumidor sobre las características del producto o servicio. En este contexto legal, el tribunal entendió que *“no se viola el derecho de información del consumidor porque cuando éste va a adquirir el producto de tabaco cuenta con sus características antes de consumirlo, es decir, conoce de antemano su naturaleza, composición, contenido, peso, origen, fecha de vencimiento, toxicidad, y advertencias”*<sup>45</sup>.

A su vez, respecto de la eventual violación al uso de marca, la Corte expresó que la restricción a su uso se encuentra justificada en tanto el Estado tiene la obligación de proteger la salud de las personas y la obligación de respetar y proteger el derecho a la vida. Estas obligaciones se deben conectar con las aquellas emanadas del CMCT de la Organización Mundial de la Salud (OMS), el cual debe ser interpretado conforme las directrices emanadas por la Conferencia de las Partes y en base a los informes conteniendo evidencia científica desarrollados por la OMS. Por último, aclaró que el objetivo de la política de prohibir la exhibición de productos de tabaco no es el de prohibir los productos de tabaco sino el de evitar que se exhorten al consumo de los mismos<sup>46</sup>.

Por otro lado, la sala Administrativa de la Corte Suprema de Justicia de Panamá confir-

---

<sup>42</sup> Corte Suprema de Panamá (2014): British American Tobacco Panamá contra el Decreto 611/2010 del Ministerio de Salud, Acción de Inconstitucionalidad, Exp. 192-11.

<sup>43</sup> Corte Suprema de Panamá (2014): Op. Cit., P.18.

<sup>44</sup> Corte Suprema de Panamá (2014): Op. Cit., P. 26.

<sup>45</sup> Corte Suprema de Panamá (2016): British American Tobacco Panama, Philip Morris Panamá, Obrigada Panamá, Habanos Panamá y G.R. International contra el decreto 611/2010 del Ministerio de Salud, Acción de Ilegalidad, P. 20.

<sup>46</sup> Corte Suprema de Panamá (2016): Op.Cit., P. 23.

mó el decreto ejecutivo 230 que había sido impugnado por British American Tobacco (BAT) Panamá<sup>47</sup>. Según BAT, el decreto 230 amplió ilegalmente el alcance de la ley 13 en áreas relacionadas con: ambientes libres de humo de tabaco, la prohibición de la publicidad, promoción y patrocinio del tabaco y mecanismos de ejecución.

La Corte estableció que los artículos demandados del decreto ejecutivo precisamente buscan proteger aquellos derechos a la salud tutelados tanto por legislación nacional como internacional. En consecuencia, hizo mención al CMCT y su objetivo de proteger las generaciones presentes y futuras contra las devastadoras consecuencias sanitarias, sociales, ambientales y económicas del consumo de tabaco y de la exposición al humo del mismo. Asimismo, el Tribunal manifestó que la norma al buscar tutelar la salud humana debe ser interpretada de manera amplia sin que se desborden los límites establecidos por la ley y la constitución.

Por otra parte, respecto a la regulación publicitaria, la Corte estableció que el decreto no infringe ninguna norma y que además es concordante con el CMCT. Finalmente, con un claro mensaje, la Corte expresó la importancia de las normas en cuestión: *“Queremos aclarar que no puede esta Sala ir en contra de normas que tutelan la salud de la población, máxime cuando estamos en el caso de afectaciones serias a la salud, médicamente comprobadas, por el consumo de productos derivados del tabaco y de los daños ocasionados a la salud de terceros, recordando que de conformidad con el artículo 50 de nuestra Carta Magna el interés particular deberá ceder ante el interés público o social”*<sup>48</sup>.

## 5. Perú: “El CMCT es un tratado de derechos humanos”

En Perú, tanto la Corte Constitucional como el Tribunal Superior han ratificado medidas de control de tabaco en sus fallos. En ocasión de una acción de inconstitucionalidad contra la ley general para la prevención y control de los riesgos de consumo de tabaco en 2011, el Tribunal Constitucional de Perú afirmó que el CMCT es un tratado de derechos humanos porque *“busca proteger de manera clara, expresa y directa el derecho fundamental a la protección de la salud”*<sup>49</sup>. Esta posición, también fue sostenida por el Procurador del Congreso que lo expresó claramente al darle rango constitucional: *“los tratados sobre derechos humanos (...) tienen rango constitucional (...). En tal sentido, el Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco (...) tiene rango constitucional, pues es un tratado sobre el derecho a la salud”*<sup>50</sup>.

Como se planteó anteriormente, el CMCT viene a reconocer obligaciones derivadas del derecho humano a la salud frente a una situación particular que afecta ese derecho como lo es la epidemia de tabaquismo. Este último punto fue tratado específicamente por el Tribunal Constitucional de Perú que argumentó que la existencia o no de un tratado sobre derechos humanos no viene definida por un criterio, sino por un criterio material, consistente en analizar si el tratado se ocupa directamente de un derecho humano, sea para reconocerlo por vez primera, sea para asumir obligaciones orientadas a su más eficiente protección. Concluyó entonces el Tribunal Constitucional que *“el Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco es un tratado sobre derechos humanos, pues aunque no reconoce al derecho a la protección de la salud como un “nuevo derecho” (en los términos de los recurrentes), obliga a los Estados parte de manera clara y directa a la*

<sup>47</sup> Corte Suprema De Panamá (2010): British American Tobacco Panamá, S.A. contra el decreto ejecutivo 230/2008 del Ministerio De Salud, Demanda Contencioso Administrativa De Nulidad.

<sup>48</sup> Corte Suprema de Panamá (2010): Op.Cit., P. 8.

<sup>49</sup> Tribunal Constitucional del Perú (2011): Jaime Barco Rodas contra el Artículo 3º de la ley N. 28705 – Ley general para la prevención y control de los riesgos del consumo de tabaco, proceso de inconstitucionalidad, STC 00032-2010, Párrafo 67.

<sup>50</sup> Procurador del Congreso, escrito de contestación de la demanda, pp. 3 y 4 elevado al Tribunal Constitucional del Perú (2011): Jaime Barco Rodas contra el Artículo 3º de la ley N. 28705 – Ley general para la prevención y control de los riesgos del consumo de tabaco, proceso de inconstitucionalidad.

*adopción de medidas que contribuyan a optimizar su eficacia*<sup>51</sup>.

En 2011, 5 mil ciudadanos demandaron la inconstitucionalidad de la prohibición de áreas para fumar dado que esta normativa, según expresaron, afectaba el derecho de las personas fumadoras al libre desenvolvimiento de su personalidad, la violación a las libertades comerciales y a la iniciativa privada. El Tribunal Superior estableció la constitucionalidad de la norma dado que el Estado tiene el deber de proteger el derecho a la salud en el máximo nivel posible y reconoció al CMCT como un tratado sobre derechos humanos: *“Siendo el Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco un tratado sobre derechos humanos (...) el Estado tiene la obligación de interpretar el artículo 7o de la Constitución –que reconoce el derecho fundamental a la protección de la salud– y el artículo 9o de la Constitución –que obliga a diseñar una política nacional de salud plural y descentralizada–, de conformidad con todos los preceptos de aquel Convenio, de forma tal que de acuerdo al artículo 3o de este, el Estado tiene la obligación de proteger el derecho a la salud por vía de una política nacional plural y descentralizada que reduzca de manera continua y sustancial la prevalencia del consumo de tabaco y la exposición al humo de tabaco”*<sup>52</sup>.

Incluso, en este sentido, el Tribunal afirmó: *“En esa misma línea, el Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco, es un tratado sobre derechos humanos, pues aunque no reconoce al derecho a la protección de la salud como un “nuevo derecho” (en los términos de los recurrentes), obliga a los Estados parte de manera clara y directa a la adopción de medidas que contribuyan a optimizar su eficacia”*<sup>53</sup>.

## **6. La constitucionalidad de las medidas de ampliación de advertencias sanitarias en Uruguay**

En Uruguay, se sancionó una ley de control de tabaco que delegaba su reglamentación al Poder Ejecutivo (Ministerio de Salud), quien en base a estos poderes amplió el porcentaje de advertencias sanitarias en productos de tabaco a un 80%. Abal Hermanos S.A., afiliado a Philip Morris Internacional (PMI), impugnó la constitucionalidad de esta ley<sup>54</sup>.

El argumento principal fue la delegación ilegal de poderes al Ministerio de Salud, que luego se utilizaron “irrazonablemente” para ampliar el porcentaje de las advertencias sanitarias. Según el demandante, la ley violaba varios derechos: el de propiedad – incluida la propiedad intelectual, libertad de industria y comercio, libertad de expresión, entre otros. Además, manifestaba que, al permitir la ley restringir el área disponible de los paquetes de cigarrillos, se afectaba el valor de la marca dado que este deriva de la posibilidad de los consumidores de distinguirla de otras y asociar la marca al producto. El Tribunal Supremo desestimó el accionamiento de inconstitucionalidad promovido al considerar que la ley era constitucional y que no había una delegación ilegal sino la necesidad de complementar la ley con las reglamentaciones necesarias. La Corte estableció que la Ley 18.256 tiene su razón de ser en el desarrollo de una política sanitaria llevada adelante por el Estado profundizando una campaña contra el tabaquismo de conformidad a lo establecido por el CMCT (aprobado por ley 17793). Asimismo, manifestó que la salud pública es un cometido esencial inherente al estado y que la legislación sobre tabaquismo es un bien jurídico superior que participa de la noción de orden públi-

<sup>51</sup> Tribunal Constitucional del Perú (2011): Op.Cit., Párrafo 69.

<sup>52</sup> Tribunal Constitucional del Perú (2011): 5000 Ciudadanos C/ Artículo 3 de la Ley 28705, Exp. 00032-2010-PI/TC, P. 33.

<sup>53</sup> Tribunal Constitucional del Perú (2011): Op.Cit., P. 30.

<sup>54</sup> Suprema Corte de Justicia de Uruguay (2010): Abal Hermanos S.A. C/ Poder Legislativo y Otro, Acción de inconstitucionalidad, Arts. 9 y 24 de la ley 18256, Sentencia No. 1713.

co siendo coherente que se conceda al Ministerio de Salud Pública su reglamentación<sup>55</sup>. Respecto del análisis de razonabilidad de las políticas concretas analizadas en este caso, cabe destacar que las medidas de control de tabaco tomadas en Uruguay basadas en las recomendaciones del CMCT han tenido importantes resultados, principalmente en la población adolescente del país. La Encuesta Mundial de Tabaquismo del año 2014<sup>56</sup> demostró que ha reducido el consumo de productos de tabaco en adolescentes de 13 a 15 años como así también el porcentaje de aquellos que nunca fumaron. En 2007, la prevalencia de consumo de cigarrillos a 30 días en población de 13 a 15 años era de 20.2%, mientras que en 2014 se situó en 8.2% y resultó similar en ambos sexos. La susceptibilidad de convertirse en un fumador se redujo en forma significativa de 25.8% en 2007 a 16.6% en 2014. Más allá de que es difícil aislar el efecto específico de cada medida, este tipo de evidencia permite desestimar los argumentos en contra de la razonabilidad de políticas como la ampliación de advertencias sanitarias o la presentación única.

## 7. Ambientes libres de humo y CMCT en Guatemala

La Corte Constitucional de Guatemala tuvo la oportunidad de decidir un caso en el que se cuestionaba la constitucionalidad de un decreto que estableció una política de ambientes libres de humo. En ocasión de rechazar el planteo, la Corte destacó el rol del CMCT como creador de obligaciones jurídicas para los Estados Partes y su fuerte basamento en evidencia científica. Respecto de este último punto, afirma que *“el tratado reconoce que se ha probado científicamente que la exposición al humo de tabaco causa muerte, enfermedad y discapacidad”*<sup>57</sup>. En cuanto al punto de la creación de obligaciones jurídicas, la Corte Constitucional de Guatemala también hace una conexión con el derecho humano a la salud: *“en atención al mandato recibido de la norma internacional, el estado de Guatemala sancionó el decreto 74-2008 del Congreso de la República, como una forma de darle continuidad a las políticas públicas que reconocen el goce del derecho a la salud como un derecho humano fundamental, y a la vez, consideran a la salud de los habitantes de la Nación como un bien público”*<sup>58</sup>.

## V. Conclusiones

El CMCT establece obligaciones de derecho internacional público con fuertes conexiones con el derecho internacional de derechos humanos. Estas conexiones ya han sido ratificadas por organismos oficiales de monitoreo de tratados de derechos humanos y han motivado reconocimientos judiciales. Respecto de su categorización como tratado de derechos humanos, existen fuertes argumentos que permitirían hacerlo aunque en la práctica la relevancia de esa categorización se da respecto de cada país en concreto y de las consecuencias jurídicas que la misma trae aparejada<sup>59</sup>.

Los casos de control de tabaco analizados han destacado que la implementación de estas medidas es necesaria para cumplir con las obligaciones contraídas internacional-

<sup>55</sup> Por su parte, PMI demandó a Uruguay frente al CIADI, un panel arbitral del Banco Mundial, con motivo de las políticas de presentación única y de ampliación a 80% de las advertencias sanitarias en productos de tabaco, las cuáles, según alegaban, violaban un Tratado Bilateral de Inversiones con Suiza. El panel de tres árbitros publicó su decisión el 8 de julio de 2016, desestimando todos los reclamos de PMI. Su análisis excede el marco de este artículo pero es importante destacar que los árbitros destacaron la existencia de otras obligaciones internacionales por parte de Uruguay y resaltar el rol del CMCT en la determinación de la razonabilidad de las políticas implementadas por Uruguay.

<sup>56</sup> Encuesta Mundial de Tabaquismo GYTS URUGUAY (2015)

<sup>57</sup> Corte Constitucional de Guatemala (2010): *British American Tobacco Central América, S.A. v. Guatemala*, P. 23.

<sup>58</sup> Corte Constitucional de Guatemala (2010): *Ob. Cit.*, P. 24.

<sup>59</sup> CABRERA Oscar A.; CARBALLO, Juan Martín (2013): *Tobacco Control Litigation: broader impacts on health rights adjudication*, *The Journal of Law, Medicine & Ethics*; 41; 1; 3-2013; 147-162, P.159.

mente para proteger el derecho a la salud frente a la epidemia de tabaquismo. El CMCT define las medidas concretas que los Estados deben tomar respaldadas por evidencia científica. Esto resalta la importancia de la presencia de estándares internacionales para la efectivización del derecho a la salud, los cuáles no están presentes necesariamente en otros tipos de litigios sobre derecho a la salud<sup>60</sup>. Es decir, respecto de la epidemia de tabaquismo, es más fácil afirmar qué política cumple adecuadamente con la protección adecuada porque justamente el CMCT provee estándares para interpretarlo. Eso no sucede, por ejemplo, respecto de políticas de salud alimentaria y nutricional o de salud mental sólo por nombrar dos ámbitos. La existencia de evidencia científica que sustenta la efectividad de estas políticas de protección de la salud facilita la tarea de los tribunales que no necesitan discutir cuestiones técnicas que le son ajenas. Este punto podría explicar la clara línea de apoyo a medidas de control de tabaco que se ha ido dando entre altos tribunales de Latinoamérica.

Es notable cómo la industria tabacalera ha utilizado similares argumentos en todos los casos analizados buscando apropiarse del discurso de la vulneración de sus libertades comerciales y el desconocimiento de la evidencia sobre las medidas de control de tabaco. Sin duda alguna, se ha ido desarrollando una mirada coincidente entre los tribunales superiores Latinoamericanos en cuanto a la obligación del Estado de proteger el derecho a la salud a través de medidas de control de tabaco y la relación que aquellas tienen con los derechos humanos. Los fallos aquí comentados permiten afirmar que en este ámbito se ha fortalecido la justiciabilidad del derecho a la salud y que el litigio de control de tabaco proporciona un escenario prometedor pudiendo este emerger en otras regiones también.

Como ha quedado demostrado, el CMCT tiene un rol fundamental y clave para estas decisiones ya que proporciona un marco legal con medidas concretas que los Estados deben tomar para evitar y limitar la epidemia del tabaquismo. Por el foco en la prevención que caracteriza a las políticas alineadas al CMCT, hasta el momento los tribunales se han ocupado de medidas de bajo costo para los distintos gobiernos, razón por la cual el proceso de su implementación ha sido exitoso. Los tribunales seguramente encuentran menos obstáculos para exigir el cumplimiento del derecho a la salud cuando hacerlo no implica una incidencia tan grande sobre los recursos públicos<sup>61</sup>. Se plantea a futuro el interrogante acerca de cómo se tratarán otras políticas de control de tabaco que sean más costosas y que tengan en consecuencia un mayor impacto sobre el presupuesto público, como serían por ejemplo campañas de cesación que incluyan el acceso a medicamentos. Más allá de que estos casos han ido ratificando, en diferentes países, una multiplicidad de políticas de control de tabaco, es probable que esta dinámica continúe profundizándose. La industria del tabaco tiene recursos tanto para demorar las discusiones en instancias administrativas y legislativas como para cuestionarlas en sede judicial<sup>62</sup>. Por ello, es de esperar que sigan sucediéndose litigios por la implementación de políticas de control de tabaco en la región. En Brasil, se encuentra pendiente un caso ante el Tribunal Supremo Federal a raíz de la resolución de la agencia sanitaria nacional que prohibió la incorporación de aditivos a los productos de tabaco<sup>63</sup>. Este caso pendiente obtuvo una medida cautelar que por el momento hace inaplicable la resolución. Asimismo, en varios

<sup>60</sup> CABRERA Oscar A.; CARBALLO, Juan Martín(2013): OP.Cit., P.158-159.

<sup>61</sup> CABRERA Oscar A.; CARBALLO, Juan Martín (2013): OP.Cit., P.158-159.

<sup>62</sup> DOKU, David (2010): "The tobacco industry tactics-a challenge for tobacco control in low and middle income countries", Afr Health Sci. 10(2): 201-203. PMID: PMC2956281

STEELE, Sarah et al (2016): "The role of public law-based litigation in tobacco companies' strategies in high-income, FCTC ratifying countries, 2004-14", Journal of Public Health, Volume 38, Issue 3, 17, P.516-521.

<sup>63</sup> Tribunal Supremo de Brasil (2016): Confederación Nacional de Industria contra ANVISA, Acción Directa de Inconstitucionalidad 8874.

países en la región (Chile, Uruguay, Panamá y Ecuador entre los que más han avanzado para su aprobación) se encuentra en discusión la aprobación de la política de empaquetado estandarizado, que implica una mayor restricción a las libertades comerciales de la industria del tabaco. Esta misma política fue objeto de reclamos judiciales en países como Australia, Reino Unido, Francia o Noruega, con lo cual es probable que de aprobarse en nuestra región, también impliquen causas judiciales.

Hasta el momento, el tratamiento judicial de políticas de control de tabaco en Latinoamérica ha sido muy favorable, destacándose la creciente conexión con obligaciones de derechos humanos y la deferencia otorgada al CMCT como instancia de referencia. Más allá de que esta tendencia puede profundizarse, generan algunos interrogantes el avance de las políticas de control de tabaco hacia la regulación más técnica del producto (como el ejemplo de los aditivos) así como eventuales tensiones con ámbitos de regulación bien específicos (como la protección de la propiedad intelectual).



## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BODANSKY, Daniel (2011): A Tale Of Two Architectures: The Once And Future U.N. Climate Change Regime, 43 Arizona State Law Journal. St. L. J.697.
- CABRERA Oscar A.; CARBALLO, Juan Martín (2013): Tobacco Control Litigation: broader impacts on health rights adjudication, The Journal of Law, Medicine & Ethics; 41; 1; 3-2013; 147-162
- CABRERA, Oscar A.; GOSTIN, Lawrence O (2011): Human rights and the Framework Convention on Tobacco Control: mutually reinforcing systems, Cambridge University Press, International Journal of Law in Context 7 (3): 285-303.
- CABRERA, Oscar A.; MADRAZO, Alejandro (2010): Human Rights as a Tool for Tobacco Control in Latin America, Salud Publica de Mexico 52.
- Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer de Naciones Unidas (2010): Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer: Argentina. CEDAW/C/ARG/6
- Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (2016): Philip Morris Brands SARL, Philip Morris Products S.A. y Abal Hermanos S.A. y República Oriental del Uruguay, Caso CIADI N°. Arb/10/7
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas (2009): Examen de los informes presentados por los Estados parte de conformidad con los Artículos 16 y 17 del Pacto, Observaciones Finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Brasil, E/C.12/BRA/CO/2
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas (2011): Examen de los informes presentados por los Estados parte de conformidad con los Artículos 16 y 17 del Pacto, Observaciones Finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Argentina, E/C.12/ARG/CO/3
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2016): Audiencia temática sobre la problemática de la epidemia del tabaquismo (<http://www.oas.org/en/iachr/sessions/default.asp>) (Fecha de consulta: 31 de octubre de 2017)
- Consejo de Estado de Colombia (2015): British American Tobacco Colombia C/Ministerio de Salud, Expediente 2012-00607-01.
- Consejo de Estado de Colombia (2016): Solicitud de suspensión provisional de las Circulares Externas número 005 de 2012 y 011 de 2012, Expediente 2014-00011-00.
- Convenio Marco de la Organización Mundial de la Salud para el Control del Tabaco (2003) (<http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/42813/1/9243591010.pdf>) (Fecha de consulta: 31 de octubre de 2017).
- Corte Constitucional Colombiana (2010): Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 14, 15, 16 y 17 de la ley 1335 de 2009 “disposiciones por medio de las cuales se previenen daños a la salud de los menores de edad, la población no fumadora y se estipulan políticas públicas para la prevención del consumo del tabaco y el abandono de la dependencia del tabaco del fumador y sus derivados en la población colombiana”, Expediente D-8096, Sentencia C-830/10.
- Corte Constitucional Colombiana(2007): Revisión oficiosa de la ley 1109 de 2006 “Por medio de la cual se aprueba el Convenio Marco de la OMS para el control del tabaco”, Expediente LAT-301, Sentencia C-665/07.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (1982): El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-2/82.
- Corte Suprema de Costa Rica, Sala Constitucional (2012):Consulta legislativa facul-

tativa en relación con el proyecto de ley denominado “Ley General de Control de Tabaco y sus Efectos Nocivos en la Salud”, Expediente 12-002657-0007-CO, Res No 2012-003918.

- Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina (2015): Nobleza Piccardo S.A.I.C. y F. c/ Santa Fe, acción declarativa de inconstitucionalidad, 188/2006 (42-N).
- Corte Suprema de Panamá (2014): British American Tobacco Panamá contra el decreto 611/2010 del Ministerio de Salud, Acción de Inconstitucionalidad.
- Corte Suprema de Panamá (2016): British American Tobacco Panama, Philip Morris Panamá, Obrigada Panamá, Habanos Panamá y G.R. International contra el decreto 611/2010 del Ministerio de Salud, Acción de Ilegalidad.
- Corte Constitucional de Guatemala (2010): British American Tobacco Central América, S.A. v. Guatemala.
- DOKU, David (2010): “The tobacco industry tactics-a challenge for tobacco control in low and middle income countries”, *Afr Health Sci*; 10(2): 201-203. PMID: PMC2956281.
- Encuesta Mundial de Tabaquismo GYTS URUGUAY (2015)
- GOMES, Paula Gecislany Vieira da Silva (2014): *Convenção-quadro para o controle do tabaco: políticas públicas de implementação*, Tese de doutorado. São Paulo: USP/Faculdade de Direito.
- HALABI, Sam (2011): *The World Health Organization’s Framework Convention on Tobacco Control: An Analysis of Guidelines Adopted by the Conference of the Parties*, University of Tulsa College of Law, July 16, *Georgia Journal of International and Comparative Law*, Vol. 39, No. 1, University of Tulsa Legal Studies Research Paper No. 2011-12.
- LEVY D, Ellis J, MAYS D, Huan AT (2013): Smoking related deaths averted due to three years of policy progress. *Bull World Health Organ*, 91:509-518.
- LIBERMAN, Jonathan (2014): *The power of the WHO FCTC: understanding its legal status and weight*, *The Global Tobacco Epidemic and the Law*, editado por Andrew D. Mitchell y Tania Voon, Edward Elgar Publishing, Cheltenham.
- MATZ-LÜCK, Nele (2009): *Framework Conventions as Regulatory Tools*, *Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law*, *Goettingen Journal of International Law*, Vol. 1, No. 3.
- MIURA M1; DAYNARD RA; SAMET JM (2006): The role of litigation in tobacco control, *Salud Publica Mex* 48 Suppl 1:S121-36.
- Organización Mundial de la Salud (2013): *Informe sobre la epidemia mundial del tabaquismo* ([http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/85382/1/WHO\\_NMH\\_PND\\_13.2\\_spa.pdf?ua=1](http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/85382/1/WHO_NMH_PND_13.2_spa.pdf?ua=1)) (Fecha de consulta: 31 de octubre de 2017).
- Organización Panamericana de la Salud (2016): *Informe sobre el Control del Tabaco en la Región de las Américas. A 10 años del Convenio Marco de la Organización Mundial de la Salud para el Control del Tabaco*, Washington, DC.
- Procurador del Congreso, escrito de contestación de la demanda, pp. 3 y 4 elevado al Tribunal Constitucional del Perú (2011): Jaime Barco Rodas contra el Artículo 3º de la ley N. 28705 - Ley general para la prevención y control de los riesgos del consumo de tabaco, proceso de inconstitucionalidad.
- STEELE, Sarah et al (2016), “The role of public law-based litigation in tobacco companies’ strategies in high-income, FCTC ratifying countries, 2004-14”, *Journal of Public Health*, Volume 38, Issue 3, 17 September 2016, Pages 516-521, <https://doi.org/10.1093/pubmed/fdv068>.
- Suprema Corte de Justicia de Uruguay (2010): Abal Hermanos S.A. C/ Poder Legis-

lativo y Otro, Acción de inconstitucionalidad, Arts. 9 y 24 de la ley 18256, Sentencia No. 1713.

- Tribunal Constitucional del Perú (2011): 5000 Ciudadanos C/ Artículo 3 de la ley 28705, Exp. 00032-2010-PI/TC.
- Tribunal Constitucional del Perú (2011): Jaime Barco Rodas contra el Artículo 3º de la ley N. 28705 - Ley general para la prevención y control de los riesgos del consumo de tabaco, proceso de inconstitucionalidad, STC 00032-2010
- Tribunal Supremo de Brasil (2016): Confederación Nacional de Industria contra AN-VISA, Acción Directa de Inconstitucionalidad 8874.

# EDUCACIÓN SOBRE EL RIESGO MÉDICO: PROPÓSITO, CONTENIDO, FORMA Y TIEMPO

---

## MEDICAL INFORMATION ON RISKS – FUNCTION, CONTENT, FORM AND TIMING

---

PROF. DR. IUR. MARKUS FINN<sup>1</sup>

---

*Fecha de recepción: 31/10/2017*

*Fecha de aceptación: 12/11/2017*

### RESUMEN

Los pacientes deben estar debidamente informados de los riesgos de una intervención médica antes de realizarla para poder tomar una decisión autodeterminada. Solo el consentimiento de un paciente informado es válido (informed consent) y solo tal consentimiento puede justificar la intervención médica. En consecuencia, cuando la información brindada es inadecuada o, incluso, se carece de ésta, el consentimiento dado es inválido y la lesión física resultante del tratamiento se comprueba antijurídica, dando lugar a la responsabilidad médica.

La jurisprudencia de los tribunales superiores en Alemania ha exigido siempre con respecto a la educación sobre el riesgo un diálogo personal y confidencial entre médico y paciente, lo que no puede ser suplido, por ejemplo, con la mera distribución de un folleto informativo. Desde el año 2013, el Código Civil alemán solicita explícitamente la existencia de una explicación oral. Sin perjuicio de ello, el razonamiento jurídico siguiendo una sentencia de la jurisprudencia considera en “casos simples” que sería posible solamente una explicación telefónica, si el paciente está de acuerdo. Con respecto al tiempo de la entrega de la información la ley establece que ésta debe ser „tan oportuna“ para que el paciente pueda considerarla cuidadosamente antes de tomar su decisión y prestar su consentimiento. Acerca del tiempo de la educación médica se puede recurrir a la jurisprudencia aplicable. El objeto de este trabajo es analizar la jurisprudencia existente a la luz de la legislación vigente, para tratar de dar respuesta desde la academia al problema que se presenta ante este tipo de situaciones.

---

<sup>1</sup> Profesor Titular de la Cátedra de Derecho Sanitario de la Universidad de Hof, Profesor encargado de la Charité – Clínica Universitaria Berlín, Profesor encargado de la Universidad de Medicina de Brandeburgo Theodor Fontane, Alemania. Correo electrónico: markus.finn@hof-university.de.

## ABSTRACT

Patients must be properly informed about their risks before a medical intervention in order to make conscious decisions. Medical intervention can only be effective if due informed consent has been obtained. Even this, when the information provided is inadequate or even part of it is omitted, the given consent becomes ineffective and the physical injury resulting from the treatment is illegal, giving rise to medical liability.

In Germany, for example, numerous and important court rulings have been issued which have always required the development of a confidential and personal interview, in which the doctor and the patients are aware of the relevant risks arising from the intervention, which cannot be to be supplemented, for example, by the mere distribution of an informative brochure.

Since 2013, the German Civil Code explicitly requests the existence of an oral explanation. Even this, the legal reasoning derived from “simple cases”, considers that only a telephone explanation would be possible, if the patient agrees. To clarify, the law establishes that this must be “timely” so that the patient can make informed decisions when giving their consent.

The purpose of this paper is to analyze existing jurisprudence in light of current legislation, to try to respond from the academy to the problem that arises in this type of situation.

Palabras claves: Derecho de autodeterminación, diálogo entre médico y paciente, error de tratamiento, falta de información, información telefónica

Keywords: Right of self-determination, dialogue between doctor and patient, error of treatment, lack of information, telephone information

## I. Introducción

En relación a la responsabilidad médica, el derecho alemán posee un carácter especial, que podría ser identificado como de doble vía. Según muestra la experiencia, aparte de reprochar un error de tratamiento, en la mayoría de los juicios de responsabilidad médica se entabla también una reclamación por falta de información; es decir, se le reprocha al médico no solo no haber tratado de forma debida al paciente, sino que se le imputa, además, no haber informado debidamente al paciente<sup>2</sup>.

Aquel modo de proceder en el juicio civil, está relacionado con dificultades de la prueba: en principio, es el paciente a quien incumbe la carga probatoria del error de tratamiento, así como la causalidad del error por el daño reclamado<sup>3</sup>. Aún esto, en muchos casos, a los agraviados les es difícil probar especialmente la causalidad, ya que con frecuencia entran en consideración varias causas alternativas del daño, como pueden ser: la enfermedad tratada, otras enfermedades (en casos de pacientes multimórbidos), o un posible desarrollo fatal<sup>4</sup>. La ventaja de aquella segunda vía es que la carga de alegación y prueba de la información y del consentimiento incumbe al médico<sup>5</sup>. Además, es suficiente que el paciente pruebe la causalidad de la intervención médica por el daño reclamado, pero no la causalidad de un cierto error de tratamiento por el daño reclamado.

<sup>2</sup> Cfr. FINN, Markus (2015): “Aspectos fundamentales de la responsabilidad civil alemana en el ámbito de la cirugía estética” en Revista Chilena de Derecho Privado N° 25, p. 60.

<sup>3</sup> Cfr. GEIß, Karlmann y GREINER, Hans-Peter (2014): *Arzthaftpflichtrecht*, München, Verlag C. H. Beck, capítulo B, cons. 200 y 216 y ss. con pruebas de la jurisprudencia.

<sup>4</sup> Cfr. FINN, Markus (2015): *Op. Cit.*, p. 60.

<sup>5</sup> Cfr. FINN, Markus (2016): “Krankenhaustaftung” en SCHMOLA, Gerald y RAPP, Boris (ed.): *Compliance, Governance und Risikomanagement im Krankenhaus*, Wiesbaden, Springer Gabler, p. 345.

Independientemente de si existe o no un error de tratamiento, los médicos pueden resultar responsables de daños y perjuicios hacia los pacientes por insuficiencia o falta de información a efectos de la autonomía del mismo<sup>6</sup>, si de ello deriva un cierto riesgo de la intervención<sup>7</sup>.

En caso de faltas de información, la responsabilidad (delictual) se basa en la lesión corporal que, según la jurisprudencia de los tribunales alemanes, es inherente a toda intervención médica en el estado corporal o de salud del paciente<sup>8</sup>. Sin embargo, no se estima antijurídica la lesión corporal cuando éste, después de haber sido debidamente informado, ha dado su consentimiento válido (informed consent). Aún lo expuesto<sup>9</sup>, en el juicio, el consentimiento válido debe ser probado por la parte tratante como hecho justificativo<sup>10</sup>. Si, por lo contrario, la información resulta ser insuficiente o no puede ser probada por el médico –por ejemplo, con documentos o, en su caso, testigos–, falta el consentimiento válido y la lesión corporal no es, de este modo, justificada<sup>11</sup>. Así, el médico puede resultar responsable de daños y perjuicios y, por ello, obligado a pagar la indemnización correspondiente por daños personales, derivados de la intervención médica.

Aquel tipo de responsabilidad por falta de información no depende de un error de tratamiento pero, según la jurisprudencia de la Sala en lo Civil VI del Bundesgerichtshof (BGH) –el Tribunal Federal Alemán en materia civil–, requiere la presencia de un daño corporal para que no pueda resultar la responsabilidad ilimitada de los médicos<sup>12</sup>. El motivo para exigir el daño en el paciente como requisito necesario, es que se pretende prevenir la posibilidad de que los pacientes puedan instrumentalizar el reproche de falta de información solo para reclamar indemnizaciones por daños personales sin ninguna conexión con un error en el tratamiento ni con un riesgo de la intervención. La responsabilidad de la parte tratante requiere, entonces, que se haya materializado un riesgo de la intervención en forma de un daño corporal<sup>13</sup>. Por ello, una vulneración del derecho personal por una intervención médica sin consentimiento como hecho justificativo no es suficiente para solicitar la indemnización<sup>14</sup>.

## II. La preservación de la autonomía del paciente como propósito de la educación sobre el riesgo

Para permitir a los pacientes tomar una decisión autodeterminada sobre una intervención médica, primero es necesario que este sea “educado” con respecto a su autodeterminación, esto es, que sea informado al respecto. Sólo un paciente informado puede ejercer su derecho de autodeterminación y dar su consentimiento válido (informed consent). La educación sobre los riesgos es identificada como parte de la llamada “*educación en la autodeterminación*”, e incluye todo lo referido a las circunstancias esenciales que

---

<sup>6</sup> Cfr. FINN, Markus (2015): Op. Cit., p. 60.

<sup>7</sup> Acerca de las cuestiones de causalidad, así como a la relación de atribución entre el daño físico o a la salud del paciente y la falta de educación con una consideración evaluativa de las circunstancias del caso individual, véase MARTIS, Rüdiger y WINKHART-MARTIS, Martina (2014): *Arzthaftungsrecht – Fallgruppenkommentar*, Köln, Verlag Dr. Otto Schmidt, cons. A 2113 y ss. con pruebas de la jurisprudencia.

<sup>8</sup> En cuanto al Derecho Penal, ya el Tribunal Supremo del Reich (RG) en el año 1894 (RGSt. 25, pp. 375 y ss.) y al Derecho Civil en el año 1908 el RG (RGZ 68, pp. 431 y ss.) y luego el BGH 1958 (NJW 1959, pp. 807, 811).

<sup>9</sup> En cuanto a la responsabilidad contractual, véase también § 630h párrafo 2 frase 1 del BGB.

<sup>10</sup> Cfr. FINN, Markus (2015): Op. Cit., p. 61.

<sup>11</sup> Cfr. FINN, Markus (2015): Op. Cit., p. 61 y FINN, Markus (2016): Op. Cit., p. 345.

<sup>12</sup> Véase BGH, NJW 2008, pp. 2344, 2345.

<sup>13</sup> Cfr. FINN, Markus (2016): Op. Cit., p. 345.

<sup>14</sup> Así BGH, NJW 2008, pp. 2344, 2345.

circundan al consentimiento<sup>15</sup>, incluida la educación sobre el diagnóstico, el proceso terapéutico y las alternativas de tratamiento, entre otros. Sin embargo, en la práctica forense, la educación sobre el riesgo tiene un rol destacado.

En los procesos judiciales, la queja en relación a la educación médica implica que la información ha sido inadecuada, ya sea porque no se aclaró –en su momento–, uno de los riesgos, o se omitió por completo la educación referida a éste. Implícitamente, el argumento utilizado estima que el paciente no dio su consentimiento y que la intervención específica no se habría realizado si el médico le hubiera informado por adelantado de manera adecuada.

Sin embargo, desde otro punto de vista, se ha afirmado la existencia de un hipotético consentimiento<sup>16</sup>. Esta objeción al llamado comportamiento alternativo legítimo, se basa en la siguiente consideración: incluso si el paciente hubiera sido debidamente informado antes de la intervención médica, éste habría dado –hipotéticamente– su consentimiento. La carga de alegación del consentimiento hipotético incumbe a la parte tratante. Existe un problema al respecto, ya que, ante un posible conflicto en relación a la decisión del paciente, éste podría rebatir fácilmente la objeción realizada por el profesional de salud. Por ello, el médico debe probar que el paciente había dado –hipotéticamente– su consentimiento, cumpliendo con los requisitos estrictos de evidencia que la jurisprudencia ha exigido<sup>17</sup>.

La razón de la existencia de estos estrictos requisitos derivados de las sentencias, es que un manejo generoso de la objeción de consentimiento hipotético socavaría el derecho de autodeterminación del paciente. Los médicos podrían, así, explicar menos acerca de los riesgos quirúrgicos o, incluso, prescindir por completo de hacerlo, sin tener que temer consecuencias jurídicas de responsabilidad porque, al final, podrían al menos recurrir al consentimiento hipotético, como una especie de salvavidas.

### III. Contenido de la educación sobre el riesgo

El Código Civil alemán (Bürgerliches Gesetzbuch en adelante, y alternativamente, BGB)<sup>18</sup> menciona la educación sobre el riesgo desde la llamada „Ley de derechos del paciente“<sup>19</sup>, que entró en vigor en 2013, pero no da mayores especificaciones. El punto de partida legal es, por lo tanto, la jurisprudencia de los tribunales superiores, que exigen educación sobre el riesgo „en general“<sup>20</sup>. Al paciente se le debe dar una idea general acerca de la gravedad del tratamiento médico y los riesgos asociados con él, sin describirlos eufemísticamente ni agravarlos<sup>21</sup>. Es obvio que la obligación de información se refiere solo a los riesgos conocidos en el momento del tratamiento<sup>22</sup>.

Los requisitos relativos al alcance de la información aumentan con los riesgos relacionados con la intervención<sup>23</sup>. En primer lugar, es decisivo determinar la gravedad de los daños que la intervención puede provocar en la vida del paciente, así como la cir-

<sup>15</sup> § 630e párrafo 1 frase 1 del BGB.

<sup>16</sup> En detalle JAEGER, Lothar (2013): *Patientenrechtgesetz, Kommentar zu §§ 630a bis 630h BGB*, Karlsruhe, Verlag Versicherungswirtschaft, cons. 408 y ss.

<sup>17</sup> Véase, por ejemplo, BGH, NJW 1992, pp. 2351, 2353.

<sup>18</sup> § 630e párrafo 1 frase 1 del BGB.

<sup>19</sup> „Gesetz zur Verbesserung der Rechte von Patientinnen und Patienten“ de 20 de febrero de 2013 (Bundesgesetzblatt I 2013, p. 277), en vigor desde el 26 de febrero de 2013.

<sup>20</sup> Instructivo en ese contexto SIMMLER (2012), capítulo 2, cons. 1749.

<sup>21</sup> Véase BGH, NJW 2010, pp. 3230, 3231 (con más pruebas).

<sup>22</sup> En detalle, véase BGH, NJW 2011, p. 375.

<sup>23</sup> KATZENMEIER en LAUFS y KATZENMEIER y LIPP (2015), capítulo V, cons. 30.

cunstancia de que un riesgo esté entrañado específicamente a la intervención; y, solo en segundo lugar lo es la frecuencia de las consecuencias que, según la experiencia, conlleva el daño<sup>24</sup>. Hay que informar, también, sobre los riesgos poco frecuentes que puedan afectar gravemente la vida del paciente, de llegar a producirse<sup>25</sup>. También si, a pesar de su poca frecuencia, son específicos del tipo de intervención e inesperados por personas no expertas<sup>26</sup>. Puede ser necesario informar, incluso, sobre riesgos que ocurren “*extremadamente raras veces*”<sup>27</sup> o cuando se trata de un coeficiente de riesgo a nivel de milésimas<sup>28</sup>. Los riesgos generales de operación, tales como embolias, trombosis, infecciones de heridas, etc. pueden, en estos casos, darse por conocidos<sup>29</sup>.

En este contexto, debe prestarse atención a la necesaria inteligibilidad de la información<sup>30</sup>: aunque los riesgos implicados son, por supuesto, de naturaleza médica, el contenido de ésta debe ser, no obstante, comprensible para su destinatario, es decir, el paciente. Por lo tanto, el profesional generalmente no debería entrar en un lenguaje excesivamente científico y poco legible para los pacientes. Además, para pacientes con dificultades de comprensión dependiente de su estado físico, mental o emocional, la educación debe ser en un lenguaje simple y repetirse, de ser necesario<sup>31</sup>.

#### IV. Formas de educación en los riesgos

Durante muchos años, el BGH intercedió por una explicación en el diálogo personal médico-paciente<sup>32</sup>. Por lo tanto, por ejemplo, la entrega de un folleto<sup>33</sup> o la advertencia en el prospecto de un medicamento sobre efectos secundarios graves<sup>34</sup> no podría reemplazar un diálogo personal e individual.

En un caso excepcional de una vacunación de rutina y –además– públicamente recomendada, el BGH decidió que el requisito acerca del diálogo médico-paciente no siempre exige la explicación oral<sup>35</sup>. Por el contrario, puede ser suficiente que el paciente, después de recibir la información escrita, reciba una mayor explicación hablando con el médico<sup>36</sup>. Desde 2013, el Código Civil alemán<sup>37</sup> estipula que se puede referir –en el sentido de una complementación– a documentos que el paciente recibe en forma de texto. Por lo tanto, con respecto al diálogo de la información entre el médico y el paciente, los documentos cumplen una particular función de apoyo. De esta manera, los folletos informativos que se utilizan principalmente en el área de pacientes hospitalizados, no pueden reemplazar

---

<sup>24</sup> Op. Cit., véase también GEIß y GREINER (2014), capítulo C, cons. 42 con más pruebas.

<sup>25</sup> Véase BGH, NJW 2006, pp. 2108, 2109.

<sup>26</sup> Op. Cit.

<sup>27</sup> Así, por ejemplo, BGH, NJW 1980, pp. 633, 634 y s, véase por más pruebas KATZENMEIER en LAUFS y KATZENMEIER y LIPP (2015), capítulo V, cons. 31 (nota de pie N° 96).

<sup>28</sup> Véase BGH, NJW 1996, pp. 779, 781.

<sup>29</sup> Cfr. GEIß, Karlmann y GREINER, Hans-Peter: Op. Cit., capítulo C, cons. 47 con pruebas de la jurisprudencia.

<sup>30</sup> Regulado por § 630e párrafo 2 frase 1 N° 3 del BGB.

<sup>31</sup> Véase Boletín Oficial del Bundestag (2012), p. 25.

<sup>32</sup> Véase LAUFS en LAUFS y KERN (2010), § 62, cons. 14°, véase de la jurisprudencia, por ejemplo, BGH, NJW 2000, pp. 1784, 1787; BGH, NJW 1985, p. 1399.

<sup>33</sup> BGH, NJW 1994, pp. 793 y ss; NJW 1985, p. 1399.

<sup>34</sup> BGH, NJW 2005, p. 1716: En caso de posibles efectos secundarios graves de un medicamento, además de la nota en el prospecto del fabricante farmacéutico, se requiere una aclaración por parte del médico que prescribe el medicamento.

<sup>35</sup> BGH, NJW 2000, pp. 1784, 1787.

<sup>36</sup> Ibid.

<sup>37</sup> § 630e párrafo 2 frase 1 N° 1 del BGB.

un diálogo. Además de lo mencionado, la ley<sup>38</sup> requiere explícitamente la información oral por parte del médico, aunque, la exposición de motivos de la misma ley admita la explicación telefónica siguiendo una sentencia de la jurisprudencia<sup>39</sup>, lo que se verá con detalle a continuación.

### 1. Jurisprudencia del BGH sobre la educación de riesgos por vía telefónica

En el año 2010 el BGH tuvo que decidir por primera vez sobre la admisibilidad legal de una explicación de los riesgos por vía telefónica. El principio de la sentencia dictado por el más alto tribunal civil alemán dice: *“En casos simples, el médico generalmente puede informar al paciente en una conversación telefónica sobre los riesgos de una cirugía inminente, si el paciente está de acuerdo”*<sup>40</sup>.

El BGH calificó como llamada *“caso simple”* aquel en que hubo ciertos riesgos sustantivos, en su totalidad de ocurrencia extraña, devenidos del peligro de una anestesia general aplicada a un recién nacido<sup>41</sup>. De acuerdo con la sentencia antes mencionada, sin embargo, el médico debería poder convencerse a sí mismo „en casos simples“, también en una conversación telefónica, que el paciente ha entendido la información relevante<sup>42</sup>. En la sentencia se indicó, también, que el paciente es libre de poder insistir en que, a más de la conversación telefónica, desea un diálogo personal<sup>43</sup>.

El BGH consideró –tal como lo hizo el Tribunal Regional Superior de Múnich, como tribunal de apelación–, que la información brindada al padre de la menor por una conversación de confianza (según el punto de vista del padre) a lo largo de quince minutos, incluso realizada dos días antes de la operación, era suficiente. En las circunstancias especiales de esta disputa, la llamada telefónica cumpliría, así, con los requisitos establecidos por el BGH para una conversación (educativa) de confianza entre el médico y el paciente acerca de los riesgos de la anestesia general<sup>44</sup>.

El BGH también enfatizó que el Tribunal de Apelación tenía razón al atribuir particular importancia al hecho de que el anestesiólogo no sólo llevó a cabo la conversación telefónica con el padre, sino que, también, tanto el padre como la madre estuvieron presentes la mañana previa a la operación y tuvieron, en aquella oportunidad, la posibilidad de hacer preguntas<sup>45</sup>. También, señaló en ese contexto que los padres brindaron su consentimiento a la anestesia firmando el documento destinado a tal fin, incluidas las notas manuscritas<sup>46</sup>. El Tribunal de Apelación de Múnich confirmó la insistencia del médico, en la medida en que el padre no podía decidir sólo sobre la operación<sup>47</sup>, ya que la intervención en la menor de edad requería el consentimiento de ambos progenitores, porque la custodia es ejercida de manera conjunta por ellos. En principio, uno de los padres puede autorizar a la otra parte a decidirse por él; sin embargo, dependiendo de la gravedad del tratamiento médico y su perfil de riesgo, el médico está sujeto a ciertas obligaciones de asegurarse de la participación del otro<sup>48</sup>. Para el alcance de las obligaciones descritas

<sup>38</sup> § 630e párrafo 2 frase 1 N° 1 del BGB.

<sup>39</sup> Véase Boletín Oficial del Bundestag (2012), p. 24.

<sup>40</sup> BGH, NJW 2010, p. 2430.

<sup>41</sup> BGH, NJW 2010, pp. 2430, 2432.

<sup>42</sup> Ibid.

<sup>43</sup> BGH, NJW 2010, pp. 2430, 2432.

<sup>44</sup> Ibid.

<sup>45</sup> BGH, NJW 2010, pp. 2430, 2432.

<sup>46</sup> Ibid.

<sup>47</sup> Véase, con más detalles, FINN, Markus (2010): Grundsätzliche Zulässigkeit einer telefonischen Risikoauflklärung in “einfach gelagerten Fällen”, Medizinrecht 2010, p. 860.

<sup>48</sup> BGH, NJW 2010, pp. 2430, 2431, véase también FINN (2016), p. 353 y s.

por el BGH, el perfil de riesgo de la anestesia planeada en la disputa ganó importancia de nuevo. El anesthesiólogo se había asegurado, a través de sus preguntas al padre, y por la insistencia antes mencionada, de que la madre también estaba suficientemente involucrada<sup>49</sup>.

## 2. Opinión y recomendaciones de actuación para médicos

Cabe señalar críticamente que la decisión del BGH resumida en el párrafo anterior causa cierta inseguridad jurídica para los médicos, lo que va de la mano con la dificultad de calificar un caso como este con el adjetivo de "simple"; para ésta calificación existen ciertos criterios, como la complejidad, el alcance y perfil de riesgo de la intervención<sup>50</sup>. La consideración de este tipo de casos como "simples", podría provocar considerables dificultades para un médico, especialmente porque incluso la clasificación hecha por el BGH en el caso comentado puede ser puesta en tela de juicio. En la disputa, la anestesia era, en opinión del experto jurado, de perfil de exigencia y de riesgo bajo o medio como máximo. Sin embargo, tenía un riesgo de consecuencias graves, aunque raras, para recién nacidos. De hecho, luego de producida la intervención, la recién nacida sufrió consecuencias graves, que afectaron gravemente su sistema motor central, afectando en particular sus habilidades motoras finas y gruesas, su coordinación y capacidad de articulación. Aún todo esto, el BGH consideró la anestesia como "un caso simple".

Sumado a lo dicho, el caso reseñado tiene una peculiaridad que deriva importante en la práctica: en la llamada telefónica con el padre, el anestesista insistió en que ambos progenitores estuvieran presentes la mañana anterior a la operación, por lo que, en una ocasión adicional, tuvieron la oportunidad de hacer preguntas. También, ellos debieron firmar el consentimiento, aceptándolo con todas las notas manuscritas.

Por lo tanto, el médico no sólo aconsejó al padre del recién nacido una comparecencia por la mañana antes de la operación o, incluso, no solo señaló en esa oportunidad la posibilidad de hacer más preguntas, sino que insistió en ello y, además, exigió que se firmara el consentimiento por ambos padres<sup>51</sup>. A través de su insistencia, el anesthesiólogo ha dejado más que en claro a los padres que su presencia y firma son requisitos previos y necesarios para llevar a cabo la operación. Por eso, la aclaración realizada no se agotó en la mera conversación telefónica.

Falta dilucidar a partir de la decisión del BGH, si éste consideró que la insistencia del médico constituye una condición previa para la admisibilidad de las explicaciones telefónicas en "casos simples"<sup>52</sup>. Por esto, se recomienda a los médicos, que, a más de la conversación telefónica con el paciente o destinatario responsable de prestar el consentimiento<sup>53</sup>, se ofrezcan otras oportunidades para realizar más preguntas y tener una conversación personal, si así lo desea<sup>54</sup>. Tal enfoque parece aconsejable, ya que el Tribunal de Apelaciones de Múnich citó en aquella oportunidad, como posible argumento adicional para la admisibilidad de la aclaración telefónica, que se puedan hacer otras preguntas. Lo mismo fue enfatizado por el BGH, sosteniendo el requisito del consentimiento del paciente a una comunicación telefónica y su derecho a un diálogo personal<sup>55</sup>. La obtención de este consentimiento se puede combinar, en la práctica, con la oferta por

---

<sup>49</sup> Véase FINN, Markus (2010), p. 858.

<sup>50</sup> Véase. FINN, Markus (2010), p. 860.

<sup>51</sup> Para más detalles, véase FINN, Markus (2010): Op. Cit., p. 860.

<sup>52</sup> FINN, Markus (2010): Op. Cit., p. 861.

<sup>53</sup> En el caso del tratamiento de menores, los padres que tienen derecho a la custodia.

<sup>54</sup> Véase FINN, Markus (2010): Op. Cit., p. 861.

<sup>55</sup> *Ibid.*

parte del médico al paciente, de poder realizar más preguntas en una conversación personal. Para tener evidencias al respecto, también se recomienda encarecidamente a los médicos no solo documentar el contenido del diálogo llevada a cabo por teléfono, sino que también la oferta y, cuando corresponda, el otorgamiento de la oportunidad a los pacientes de hacer más preguntas en una conversación personal, a más de la ya tenida telefónicamente, y finalmente el consentimiento del paciente a la educación telefónica. En general, en la práctica, la posibilidad abierta por el BGH debe tratarse con precaución, esto porque es difícil negar que, en una conversación llevada a cabo cara a cara, las dudas, preocupaciones o reservas del paciente sean más fáciles de reconocer<sup>56</sup>. Además, el encuentro personal provee mejores herramientas para evaluar las habilidades intelectuales del paciente, al poder tener una impresión directa de éste, lo opuesto a lo que ocurre con las conversaciones telefónicas<sup>57</sup>.

La admisibilidad del consejo telefónico también dependerá de si el médico puede garantizar que el paciente o responsable haya entendido realmente todo de la educación y haya recabado toda la información relevante de su parte<sup>58</sup>. Además, la falta de contacto personal será absorbida por el médico, quien debe asegurarse en mayor medida la comprensión y aprobación del paciente<sup>59</sup>.

A todo ello, hay que sumarle que, tanto el centro de salud como el médico, corren el riesgo de ser responsables por informar al paciente del riesgo en una forma inadecuada y, por lo tanto, el consentimiento del paciente posteriormente será considerado inadecuado, pues carece de un consentimiento válido.

Solo en casos claramente no complejos, con riesgos menores, se debe usar la posibilidad de informar telefónicamente, en particular cuando el médico no tiene interés en proporcionar información telefónicamente. La necesidad práctica de la aclaración de riesgos solo por teléfono con el motivo de evitar por ejemplo traslados, costos y pérdida de tiempo, termina siendo beneficioso para el paciente<sup>60</sup>. Aun cuando la información telefónica pueda resultar favorable a aquél, esto puede no ser así para el médico, quien debe correr con el riesgo de que el primero invoque posteriormente que la información proporcionada ha sido insuficiente<sup>61</sup>.

## V. Oportunidad para realizar la educación en el riesgo

La información debe darse a tiempo para que el paciente pueda llevar a cabo un balance completo de los pros y los contras de la intervención, a fin de poder ejercer su derecho a la autodeterminación de manera apropiada<sup>62</sup>, como lo indica la regulación legal en § 630e, 2ª frase, 1, N° 2 del Código Civil alemán.

Existen varios criterios relevantes para determinar el tiempo requerido entre educación e intervención médica, por ejemplo, su severidad, complejidad, perfil de riesgo y urgencia<sup>63</sup>. En definitiva, la pregunta debe responderse de manera individual.

Como regla general, puede decirse que, en el caso de las intervenciones quirúrgicas,

<sup>56</sup> Véase FINN, Markus (2010): Op. Cit., p. 861.

<sup>57</sup> Ibid.

<sup>58</sup> Ibid.

<sup>59</sup> Ibid.

<sup>60</sup> Ibid.

<sup>61</sup> Véase FINN, Markus (2010): Op. Cit., p. 861 y FINN, Markus (2016): Op. Cit., p. 350.

<sup>62</sup> Véase Boletín Oficial del Bundestag (2012), p. 24 y s.

<sup>63</sup> Véase FINN, Markus (2016): Op. Cit., p. 349.

normalmente debe darse una explicación el día anterior a más tardar, no solo en las vísperas de la operación<sup>64</sup>. Así, la explicación debe, en principio, hacerse al determinar la fecha de la intervención<sup>65</sup>. En casos urgentes, una aclaración puede ser suficiente hasta el mismo día. En tratamientos ambulatorios normales y de diagnóstico, la educación sobre los riesgos puede, en principio, brindarse el día de la intervención médica<sup>66</sup>.

Sin embargo, se debe tener en cuenta el perfil de riesgo concreto que, en parte, se ha incrementado significativamente en el transcurso del tiempo en cirugías ambulatorias. La jurisprudencia decidió que una explicación haya sido dada el mismo día de la operación no era a su debido tiempo porque el paciente no pudo decidir bajo su propia responsabilidad sobre la intervención, cuando tuvo que asumir la operación en forma inmediata y tuvo que temer a no tener la posibilidad de escaparse del curso de los eventos, por ejemplo en el caso de una información al momento de ingresar a la sala de operaciones<sup>67</sup>. Por ello, se recomienda en atención a la protección de las pruebas que siempre se documente también la fecha y hora de cada una de los diálogos con el paciente en el historial médico.

---

---

<sup>64</sup> Véase BGH, NJW 1992, pp. 2351, 2352.

<sup>65</sup> Véase BGH, NJW 2003, pp. 2012, 2013.

<sup>66</sup> Ibid.

<sup>67</sup> Véase, por ejemplo, BGH, NJW 2000, pp. 1784, 1787.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- FINN, Markus (2016): „Krankenhaustaftung“ en SCHMOLA, Gerald y RAPP, Boris (ed.): „Compliance, Governance und Risikomanagement im Krankenhaus“, Wiesbaden, Springer Gabler, pp. 341-387.
- FINN, Markus (2015): Aspectos fundamentales de la responsabilidad civil alemana en el ámbito de la cirugía estética, Revista Chilena de Derecho Privado N° 25, pp. 55-75.
- FINN, Markus (2010): Grundsätzliche Zulässigkeit einer telefonischen Risikoauflärung in „einfach gelagerten Fällen“, Medizinrecht 2010, pp. 857-858 y 860-861.
- GEIß, Karlmann y GREINER, Hans-Peter (2014): Arzthaftpflichtrecht, München, Verlag C. H. Beck.
- JAEGER, Lothar (2013): Patientenrechtegesetz, Kommentar zu §§ 630a bis 630h BGB, Karlsruhe, Verlag Versicherungswirtschaft.
- LAUFS, Adolf y KATZENMEIER, Christian y LIPP, Volker (ed.) (2015): Arztrecht, München, Verlag C. H. Beck.
- LAUFS, Adolf y KERN, Bernd-Rüdiger (2010): Handbuch des Arztrechts, München, Verlag C. H. Beck.
- MARTIS, Rüdiger y WINKHART-MARTIS, Martina (2014): Arzthaftungsrecht - Fallgruppenkommentar, Köln, Verlag Dr. Otto Schmidt.
- SIMMLER, Christiane (2012): „Der Aufklärungsfehler“ en WENZEL, Frank (ed.): Der Arzthaftungsprozess. Medizinschaden. Fehler-Folgen-Verfahren, Köln, Verlag Luchterhand.

## Otra documentación utilizada:

- Deutscher Bundestag (2012): Boletín Oficial del Bundestag [Bundestags-Drucksache], N° 17/10488 de 15 agosto de 2012, disponible en <http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/17/104/1710488.pdf> [fecha de consulta 31 de octubre de 2017]

## TRADUCCIÓN:

La traducción del alemán al castellano de este artículo fue realizada con la colaboración de Gonzalo Gabriel Carranza, siendo controlada por el autor.

---

### **3. JURISPRUDENCIA COMENTADA**

---



## Corte Suprema de Justicia de la Nación

**Causa: A., M. G. c/ Obra Social del Poder Judicial de la Nación s/ cobro de pesos/sumas de dinero**

Buenos Aires, 5 de septiembre de 2017

Vistos los autos: “A., M. G. c/ Obra Social del Poder Judicial de la Nación s/ cobro de pesos/sumas de dinero”.

Considerando:

1º) Que la Cámara Federal de Apelaciones de Posadas confirmó la sentencia de la instancia anterior que había hecho lugar a la demanda presentada por M. G. A., por sí y juntamente con G. G. A., en representación de su hijo menor discapacitado, tendiente a obtener el reintegro de los gastos de asistencia médica afrontados entre enero 2007 y junio 2010 y la indemnización por daño moral.

Para decidir de ese modo, el tribunal tuvo en cuenta que los reclamos por reintegros correspondían a un período en que el niño había padecido un importante agravamiento de su estado de salud y la entidad social tenía conocimiento de ello por las notas que se le cursaron y las auditorías médicas que daban cuenta de la evolución de las deficiencias y patologías de aquel. Agregó que el interés superior del niño no podía verse comprometido por el requisito administrativo de contar con el certificado de discapacidad extendido por autoridad competente exigido en el artículo 50 de la resolución 1126 de la obra social para el otorgamiento de la cobertura de las prestaciones de las leyes 24.901 y 22.431, máxime cuando el organismo conocía el estado de salud del menor. Por último consideró que los padecimientos espirituales resultaban indiscutibles frente a la incertidumbre generada por la obra social que no abonaba lo reclamado en forma íntegra y en tiempo oportuno.

---

## ¿DERECHO A LA SALUD O CUESTIONES DE PATRIMONIALIDAD? LA IMPORTANCIA DEL CERTIFICADO ÚNICO DE DISCAPACIDAD

---

RIGHT TO HEALTH OR PATRIMONIALITY ISSUES?  
THE IMPORTANCE OF THE UNIQUE DISABILITY CERTIFICATE

---

MARIA MILENA BELANTI<sup>1</sup>

---

*Fecha de recepción: 15/10/2017*

*Fecha de aceptación: 23/10/2017*

### RESUMEN

El artículo analiza una controvertida sentencia de la Corte Suprema de Justicia Argentina en la que se decide a favor de una Obra Social, no dando así cobertura íntegra a un menor discapacitado. El motivo puede ser polémico: la ausencia del certificado de discapacidad. Un caso en el que se encuentran inmiscuidas cuestiones de salud, discapacidad, y patrimonialidad.

---

<sup>1</sup> Alumna avanzada de la Carrera de Abogacía de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales 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

2°) Que, contra esa decisión, la Obra Social del Poder Judicial de la Nación deduj o recurso extraordinario (fs. 365/375), el que fue concedido solo por encontrarse en juego la interpretación de normas federales (fs. 377/377 vta.).

3°) Que la demandada afirma que la sentencia se aparta de manera deliberada y arbitraria del estatuto de la obra social, que el único instrumento que acredita la condición de discapacitado es el certificado expedido por la autoridad competente y que, en el caso, se discute una cuestión estrictamente patrimonial que no está sino de manera mediata vinculada con el derecho a la salud.

4°) Que el recurso extraordinario resulta procedente toda vez que se ha cuestionado la interpretación de normas de carácter federal y la decisión final en la causa fue contraria a las pretensiones que el apelante fundó en sus disposiciones (Fallos: 316:1738; 323:1374; 324:1623, entre otros); asimismo resulta aplicable en autos el principio que entiende que si los agravios alegados al deducir el recurso extraordinario, esto es, arbitrariedad e incorrecta interpretación de una norma, se hallan inescindiblemente ligados entre sí, la parcial concesión decidida por el tribunal, implicaría una inadecuada ruptura de la unidad conceptual de la argumentación del apelante y correspondería tratar conjuntamente los agravios admitidos en la concesión parcial citada y los motivos de arbitrariedad (Fallos: 330:2347).

5°) Que, ello sentado, es menester en primer término recordar que en el marco normativo de atención a las personas con discapacidad establecido por las leyes 22.431, de Protección Integral del Discapacitado, y 24.901, del Sistema de Prestaciones Básicas en Habilitación y Rehabilitación Integral a favor de las Personas con Discapacidad, la Obra Social del Poder Judicial de la Nación aprobó el Reglamento de Cobertura Asistencial para beneficiarios con discapacidad (resolución 1126/2012).

En el artículo 4° del citado reglamento se estableció que los afiliados podrían ser encuadrados en el esquema de cobertura al discapacitado cuando reúnan determinados requisitos entre los que incluye, en el inciso a, la “certificación de discapacidad extendida por el Ministerio de Salud de la Nación, quien expedirá el Certificado

.....

#### Abstract:

The article analyzes a controversial decision of the Supreme Court of Argentina in which it is decided in favor of the Welfare Projects, thus not giving full coverage to a disabled child. The reason can be controversial: the absence of the certificate of disability. A case in which issues of health, disability, and patrimony are involved.

Palabras Claves: Derecho a la Salud, Patrimonialidad, Obras Sociales, Certificado Único de Discapacidad

Key Words: Right to Health, Patrimony, Social Work, Unique Disability Certificate

### I. A modo de aproximación

En las breves líneas subsiguientes se analizará el caso, “A. M. G. c/ Obra Social del Poder Judicial de la Nación”, por medio del cual el día cinco de septiembre de 2017, se decidió por nuestra Suprema Corte de Justicia de la Nación, que la Obra Social del Poder Judicial de la Nación no debía cubrir los gastos de asistencia médica generados por un importante agravamiento del estado de salud en un menor que padecía discapacidad. Si hay algo que identifica la decisión judicial objeto de análisis, y en lo que seguramente, la gran mayoría estaremos de acuerdo, será su indudable carácter controvertido.

### II. El caso y la decisión

Los acontecimientos surgen en la provincia de Misiones, donde G. G. A., representante del infante M. G. A., acciona por sí y juntamente con su hijo menor discapacitado, solicitando el reintegro de gastos que entendían les correspondía por tener que cubrir

Único de Discapacidad a través del Servicio Nacional de Rehabilitación y Promoción de la Persona con Discapacidad en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y Conurbano bonaerense o del organismo competente establecido en las leyes provinciales análogas para el caso de afiliados residentes en el interior del país, de conformidad con lo requerido por el Art. 3° de la Ley Nacional 22341, el art. 10° de la Ley Nacional 24.901 y el Art. 1° de la Resolución 6080/03 del Ministerio de Salud de la Nación”. Para despejar cualquier tipo de duda respecto de la necesidad de contar con el certificado mencionado, en el artículo 5° se previó que ***“en ningún caso se otorgará cobertura por discapacidad a afiliados que no tuvieren acreditada dicha condición por la autoridad competente indicada en el apartado a) del artículo anterior”***.

Finalmente se precisó que “los afiliados que requieran prestaciones a partir de la vigencia del presente Reglamento, podrán incorporarse al plan de discapacidad acreditando haber solicitado el certificado correspondiente ante el organismo competente mencionado en el art. 4° inc. a)” (artículo 7°).

6°) Que, reseñado el marco normativo aplicable en el caso, cabe poner especial énfasis en que el punto, central en discusión no es la necesidad de brindar atención médica a un niño discapacitado, sino el derecho al cobro de una indemnización por daño moral y el reintegro de parte de las sumas desembolsadas para su atención, por lo que el derecho a la salud no se halla afectado sino de manera remota.

7°) Que, partiendo de esa base, el a quo debió examinar la legislación aplicable al supuesto de autos, y a la luz de sus prescripciones, decidir si hubo incumplimiento de la demandada al no cubrir el 100% del costo de las prestaciones requeridas y, consecuentemente, si correspondía indemnizar a los actores por daño moral.

Sin embargo, el tribunal descartó la aplicación del estatuto de la obra social y concluyó en que el certificado no era más que una prueba adicional de la discapacidad que el niño padecía y de la que la demandada tenía conocimiento atento a su historia clínica, por lo que cabía prescindir de él frente a las restantes constancias de la causa para dar preeminencia al interés superior del niño.

8°) Que la conclusión a que arribó la cámara no se adecua a la inteligencia que cabe dar a las normas citadas,

.....

con recursos propios la asistencia médica que requería el agravamiento del estado de salud del menor, ante la negativa de cobertura de su obra social. Además, requerían indemnización por el daño moral que manifestaban, esto les había ocasionado. El motivo principal alegado por la entidad social que justifica la falta de cobertura, es la ausencia de presentación del certificado acreditante de la discapacidad, requisito no solo exigido por leyes nacionales, sino también por el propio estatuto de la obra social. Frente a esto último, los demandantes esgrimen que la entidad tenía conocimiento del estado de salud del niño, por las notas que se le cursaron y las auditorías médicas que daban lugar de la deficiencia.

La decisión judicial llegó a nuestra Corte Suprema por vía de recurso extraordinario incoado por la obra social, contra la decisión de la Cámara Federal de Apelaciones de Posadas, que al igual que en primera instancia, habían hecho lugar a la demanda presentada. Estos tribunales intervinientes con anterioridad tuvieron en cuenta a la hora de fallar, principalmente: el interés superior del niño, el cual entendían no podía verse condicionado al requisito administrativo que implica el certificado de discapacidad; y los reclamos concernientes al agravamiento del estado de salud del menor que se habían dado entre 2007 y 2010, de los cuales la entidad social tenía pleno conocimiento por las notas y auditorías médicas que lo habían documentado.

Sin embargo, la Corte se apartó totalmente de lo entendido por el a quo. De esta manera, se concedió recurso extraordinario -aunque en disidencia del magistrado Horacio Rosatti, quien entendía que el recurso era inadmisibles-, en el que juzgaron que la Cámara erró en su inteligencia al descartar la aplicación del estatuto de la obra social, de cuyo artículos 4, 5 y 7 surge clara la necesidad normativa de contar con el certificado de discapacidad emitido por autoridad competente, o eventualmente acreditando haber

en un contexto en el que solamente se discute un reclamo de contenido patrimonial.

Es sabido que la primera fuente de interpretación de las leyes su letra y de los textos transcriptos surge palmaria la necesidad de presentar el certificado de discapacidad o, eventualmente, la documentación que acredite haberlo solicitado a la autoridad competente para expedirlo, máxime cuando -como ya se señaló- no está en juego la salud, la vida o la integridad del niño.

Si la exigencia se flexibilizara del modo propuesto por el a quo, la condición de discapacidad del afiliado dependería de la valoración discrecional -acertada o no- de las obras sociales, cuando el legislador en realidad optó por atribuir esa facultad a las autoridades pertenecientes al Ministerio de Salud de la Nación o a otras autoridades provinciales.

Por lo tanto, la obra social ajustó su conducta a lo preceptuado en las normas vigentes y no es posible imputarle incumplimiento a sus obligaciones. Los argumentos empleados en la resolución en recurso resultan a todas luces insuficientes para justificar el apartamiento al régimen jurídico vigente, máxime cuando este no ha sido tachado de ilegítimo.

Por ello, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia impugnada. Costas por su orden.

En razón de la índole de la cuestión debatida. Vuelvan los autos al tribunal de origen para que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo al presente. Notifíquese y, oportunamente, remítase.

Firmado: Ricardo Luis Lorenzetti, Elena Highton de Nolasco, Juan Carlos Maqueda, Horacio Rosatti, Carlos Fernando Rosenkrantz.

\_\_\_\_\_

.....

solicitado su tramitación a aquella autoridad, para que surja la obligación de otorgar cobertura por discapacidad. Esto resulta de crucial importancia para los integrantes de la Corte, quienes remarcaron que la primera fuente de interpretación de la ley es su letra, de la cual surge la exigencia anteriormente dicha de manera palmaria. Siguiendo con en este orden de ideas, por lo tanto, se expone que la obra social no incumplió obligacionalmente, solo adecuó su conducta a lo preceptuado por la normativa vigente.

Se agrega, en este sentido, que, si se flexibilizara la exigencia de presentación del certificado -tal como lo decidió la Cámara-, la condición de discapacidad del afiliado dependería de la valoración discrecional -acertada o no- de las obras sociales, cuando el legislador en realidad optó por atribuir esa facultad a las autoridades pertenecientes al Ministerio de Salud de la Nación o a las autoridades provinciales.

Sin embargo, el meollo argumentativo al que se le pone especial énfasis por la Corte, surge al entender que en este caso no se discute la necesidad de brindar atención médica a un niño discapacitado, sin estar aquí en juego la salud, la vida o la integridad del niño, sino una cuestión de tilde estrictamente patrimonial: el derecho al cobro de una indemnización por daño moral y el reintegro de parte de las sumas desembolsadas para la atención del menor. De esta manera, la Corte entendió que el derecho a la salud no se halla aquí afectado.

### **III. Algunas consideraciones acerca de la decisión**

Es indudable que de la lectura y análisis primera del caso pueden surgir posiciones encontradas.

La Corte hace especial énfasis en el marco normativo y la falta de presentación del certificado de discapacidad: éste es, quizá, uno de los primeros y más resonantes de los motivos en los que se fundamenta la negativa al reintegro de gastos. En este sentido, y siguiendo el pensamiento de la Corte, debe remarcar que la obligación de presentación del certificado acreditante de la discapacidad emerge, además del Reglamento de Cobertura de la entidad demandada, puede decirse, de las dos leyes nacionales principales que rigen la temática: tanto del art. 3 de la Ley 22.431, del Sistema de Protección Integral de las personas con discapacidad (año 1981) y del art. 10 de la Ley 24.901 que establece el Sistema de Prestaciones Básicas en Habilitación y Rehabilitación Integral a favor de las personas con discapacidad (año 1997).

En cuanto a los sujetos obligados a cumplimentar con las prestaciones, mientras la Ley 22.431 se refiere al Estado como principal obligado, resultando las obras sociales como subsidiarias; en la Ley 24.901 las obras sociales tienen a su cargo “con carácter obligatorio” la cobertura total de las prestaciones básicas. Lo que implica que aquellas personas con discapacidad que tengan cobertura de una obra social, deberá reclamar el cumplimiento de las prestaciones a éstas, y el Estado será el encargado de prestarlas a aquellas personas que carezcan de obra social. Pero todo esto, previo a contar con el pertinente certificado de discapacidad.

Es éste el documento público e idóneo que permite acceder a todos los derechos y beneficios estipulados por las leyes nacionales y consecuentes reglamentaciones, tales como: pase libre en transporte público de pasajeros; portar el símbolo internacional de acceso para el automóvil, permitiendo el libre tránsito y estacionamiento; la exención del pago de patente y franquicias para la adquisición de automotores 0 Km; el régimen de asignaciones familiares en ANSES; la asistencia para micro emprendimientos; diversas exenciones en ciertos impuestos; cupo de empleo en la Administración Pública; pero, el más importante y que nos trae en análisis: el derecho de acceso a la cobertura integral de las prestaciones básicas.

Si bien se actuó pertinentemente conforme a derecho, pueden surgir incógnitas: ¿podría la Corte haber hecho una interpretación amplia en cuanto a la necesidad de presentación del certificado? ¿Podría haber sido satisfecho éste requisito con la historia clínica y las auditorías médicas que se habían cursado a la entidad social?

El reintegro de gastos de asistencia médica que se reclama es correspondiente al período de años entre 2007 y 2010. Un dato no menor, es que el reglamento de cobertura asistencial para beneficiarios con discapacidad de la Obra Social del Poder Judicial, -marco normativo principal al que se ciñe la Corte- es producto de la resolución 1126 del año 2012.

Resulta como referencia de color al tema, citar algunos datos oficiales: del último Censo Nacional de Población, Hogares y Viviendas llevado a cabo en el año 2010<sup>2</sup>, que coincide, en tiempo aproximado, al momento en el que se dieron los hechos del caso analizado, surge que hay una cantidad de 5.114.190 de personas que presenta algún tipo de dificultad o limitación permanente física y/o mental. De esta manera, el porcentaje asciende a un 12,9% (5.114.190) de las personas que habitan en viviendas particulares (39.671.131). Por su parte, también hay importantes datos que emergen de los Anuarios Nacionales, que elabora el Servicio Nacional de Rehabilitación, -organismo oficial encargado de emitir los Certificados de Discapacidad- desde la creación del Registro Nacional de Personas con Discapacidad, en el año 2009<sup>3</sup>.

<sup>2</sup> Las categorías incorporadas en el Censo permiten disponer de información sobre los diferentes tipos de limitaciones: visuales, auditivas, motoras superiores, motoras inferiores y cognitivas (disponible en: [http://www.indec.gov.ar/nivel4\\_default.asp?id\\_tema\\_1=4&id\\_tema\\_2=32&id\\_tema\\_3=70X](http://www.indec.gov.ar/nivel4_default.asp?id_tema_1=4&id_tema_2=32&id_tema_3=70X)).

<sup>3</sup> Es en el año 2009, por la resolución 675/2009, cuando se aprueba el Modelo de Certificado Único de Discapacidad -mencionado en la Ley 25.504- y el Protocolo de Evaluación y Certificación de la Discapacidad. Este nuevo protocolo responde a la obligación de cumplimentar la adhesión de la República Argentina a poner en práctica la Clasificación Internacional del Funcionamiento de la Discapacidad y de la Salud (CIF) herramienta aprobada por la OMS

Se observa en el último anuario del año 2016, que, desde la creación del Registro hasta el momento, se ha mantenido un crecimiento exponencial año tras año del volumen anual de certificados emitidos. Si bien es el 2016 el que se presenta con mayor incremento, -957.610 certificados emitidos-, es importante destacar que, en el año 2009, solo se habían emitido 8.756, y en 2010 una cantidad de 53.626 en todo el país<sup>4</sup>.

Analizando la relación existente entre los datos del último Censo Nacional, con los del Registro Nacional de Personas con Discapacidad<sup>5</sup>, se observa que solo un 1,048 % de la población que padecía alguna dificultad o limitación permanente en nuestro país, poseía al año 2010 su Certificado Único de Discapacidad. A esto se le debe agregar que, la provincia de Misiones, fue una de las últimas tres en adherir al sistema nacional.

Añade al análisis la última presentación internacional al comité de las Personas con Discapacidad de la ONU para la evaluación del cumplimiento del Estado Argentino de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, un estudio desarrollado entre los años 2013 y 2017 por 29 organizaciones y universidades participantes<sup>6</sup>.

En dicho documento, dentro de las Obligaciones Generales, se esgrime que “en relación al Certificado Único de Discapacidad se observan disparidades en los criterios para su otorgamiento, existiendo particulares barreras en el acceso al certificado por las personas con discapacidad psicosocial” y que “Asimismo, teniendo en cuenta que el cuidado de la salud integral implica no sólo al ámbito salud, sino que debe ser abordado de manera intersectorial; considerando desarrollo social, educación, trabajo y vivienda, el Certificado Único de Discapacidad en la actualidad no alcanza a cubrir estas demandas”.

En lo que hace al Art. 25 y el Derecho a la Salud, se expone en la Observación que “Se evidencia una deliberada inobservancia de abordar desde una perspectiva de derechos humanos e implementar programas integrales de salud, accesibles, dotados de recursos, con personal capacitado que genere un contexto propicio para que las personas con discapacidad puedan ejercer su derecho a la salud en igualdad de condiciones con las demás personas”. Junto a ello, que “los profesionales de la salud que integran la Juntas Evaluadoras a nivel federal tienen escaso conocimiento al respecto, lo que impacta en la notoria disparidad en los criterios CIF aplicados para otorgar el certificado único de discapacidad”.

Esgrimidos algunos datos que dan cuenta de la implementación del Certificado Único de Discapacidad, desde la resolución 675/2009, a nivel nacional, y considerando que en el momento en que dieron los hechos el otorgamiento de dichos certificados dependía de organismos provinciales, teniendo en cuenta también la ausencia de una completa efectividad del Certificado, aunque sin dejarse de lado la importancia que implica, que a lo largo del análisis del fallo no se desprende en ningún momento la presentación del pertinente certificado o su tramitación, -aunque hubiese sido de manera tardía-, podría pensarse que el Órgano Supremo incorpora un criterio de gran formalidad y rigurosidad en su decisión, siendo quizá posible haberse informado con la historia clínica y las auditorías médicas. Ello hubiese visualizado una postura de la Corte con mayor perspectiva de Derechos Humanos en la materia.

Sin embargo, para sumar recursos e intentar responder aquellas incógnitas de la manera

---

a ser aplicada en todas las jurisdicciones. Esto, como una tendencia a homogeneizar la modalidad de certificación en el territorio nacional y la utilización de instrumentos vigentes en el ámbito internacional, tales como la mencionada CIF perteneciente a la Familia Internacional de Clasificaciones (FIC).

<sup>4</sup> Servicio Nacional de Rehabilitación (2016): Anuario Estadístico Nacional 2016 Argentina (disponible en: <https://www.snr.gob.ar/wp-content/uploads/2017/08/Anuario-2016-FINALRE.pdf>).

<sup>5</sup> Aunque clara está la diferencia existente entre las fuentes: existe diferencia entre fuentes censales nacionales, actualizadas cada diez años y el Registro Nacional de Personas con Discapacidad, registro actualizado anualmente y cuya finalidad es recopilar información sobre la condición de salud y los estados relacionados con la salud de las personas que solicitan el Certificado Único de Discapacidad.

<sup>6</sup> Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 18° período de sesiones: Evaluación sobre Argentina. 1 de agosto de 2017. Argentina. Centro de Estudios Legales y Sociales (Disponible en: <https://www.cels.org.ar/web/wp-content/uploads/2017/10/InformeComiteDerechosPersonasDiscapacidadAgo2017.pdf>)

más correcta posible, es menester cuestionarnos acerca del Interés Superior del niño: ¿está éste interés afectado en el caso objeto de análisis?

Según Beloff<sup>7</sup>, el art. 3 de la Convención, que recepta el Interés Superior del Niño, es el artículo más citado por toda la jurisprudencia argentina. Sin embargo, la autora opina que es una norma con demasiada vaguedad.

Resulta importante citar lo resuelto en el caso Martín, Sergio Gustavo y otros c/ Fuerza Aérea Argentina, donde la Suprema Corte resolvió de manera preclara haciendo suyo un dictamen del Procurador General de la Nación, una cuestión que implicaba derechos sociales de infancia, precisamente salud. Aquí se expresó: “Los menores, máxime en circunstancias en que se encuentra comprometida su salud y normal desarrollo, a más de la especial atención que requieren de quienes están directamente obligados a su cuidado, requieren también la de los jueces y de la sociedad toda; siendo que la consideración primordial del interés del niño que la Convención citada impone a toda autoridad nacional en los asuntos concernientes a ellos (...) que viene tanto a orientar como a condicionar la decisión de los jueces llamados al juzgamiento en estos casos, no es admisible que pueda resultar notoriamente dejada de lado. (...) Ha resaltado la impostergable obligación de la autoridad pública de emprender, en este campo, 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 sobre otras consideraciones, por todos los departamentos gubernamentales”<sup>8</sup>. Entender el alcance del Interés Superior del Niño en el orden de ideas citado precedentemente, quizá hará comprender más la decisión de la Corte. Es que la integridad, salud, y tratamiento necesario dado el agravamiento en el estado de salud que había sufrido el menor, habían sido cubiertos –aunque no en la totalidad por la obra social-, pero cubiertos y satisfechos al fin. Por lo que en el caso no existe incertidumbre relacionada con los derechos del infante a obtener el tratamiento que mejor resguarde su salud y calidad de vida.

Sin dudas, que, si esta situación no se hubiese presentado de esta manera, la Corte hubiese hecho lugar y hubiese obligado se cubran las prestaciones reclamadas para resguardar la salud, pero dadas las características del caso, la petición de la demandada se traduce en un interés de tilde patrimonial, en el que no se encuentra estrictamente en juego el Interés Superior del Niño.

#### IV. Breves conclusiones

Finalmente, es dable afirmar que la Corte Suprema de Justicia aplicó la ley actuando conforme a derecho, dado que nunca se aportó -ni de manera tardía-, el documento acreditante de la discapacidad. Sin embargo, de los datos que dan cuenta de la implementación del Certificado Único de Discapacidad, desde la resolución del año 2009, y la relación con los datos del último censo nacional, demuestran una escasa cantidad de población con discapacidad que poseía dicho certificado en estos momentos.

Se suma a ello el juzgamiento acerca de la ausencia de una completa efectividad del mismo, como así también una falta de conocimiento en las juntas evaluadoras que determinan la discapacidad, esto según la última presentación internacional al comité de las Personas con Discapacidad de la ONU para la evaluación del cumplimiento del Estado

<sup>7</sup> BELOFF, M. (2006): Quince años de vigencia de la Convención sobre Derechos del Niño en la Argentina, Buenos Aires, Editores Del Puerto.

<sup>8</sup> “Sergio Gustavo y otros c/ Fuerza Aérea Argentina” (Disponible en: <http://www.derechoshumanos.unlp.edu.ar/assets/files/documentos/martin-sg-y-otros-v-fuerza-aerea-argentina-sobre-amparo.pdf>).

Argentino de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, se permite pensar que la Suprema Corte podría haber hecho una interpretación amplia en cuanto a la necesidad de presentación del certificado y haber satisfecho el requisito con la historia clínica y auditorías médicas cursadas, exponiendo así una postura de la Corte con mayor perspectiva de Derechos Humanos en la materia y una nula afectación al derecho a la salud, que siguiendo a Marienhoff<sup>9</sup>, es consecuencia directa de la protección del derecho a la vida, valor supremo en un Estado de Derecho, que en las prerrogativas humanas ocupa el primer puesto.

Sin embargo, la decisión puede comprenderse cuando se observa que la integridad, salud, y tratamiento necesario del menor, estaba cubierto, por lo que en el caso no existe incertidumbre relacionada con los derechos del infante a obtener el acceso al tratamiento que mejor resguarde su salud y calidad de vida. Seguramente, si el escenario no se hubiese presentado de esta manera, el Supremo Tribunal hubiese obligado de manera urgente se cubran las prestaciones reclamadas para resguardar la salud del menor, pero dadas las características del caso, la petición de la demandante se traduce en un interés de tildar patrimonial, en el que no se encuentra estrictamente en juego el Interés Superior del Niño, por lo que consideró pertinente la rigurosidad en la exigencia de presentación del certificado de discapacidad.

---

---

<sup>9</sup> Reseñado en AIZENBERG, Marisa (2014): Estudios acerca del Derecho de la Salud, Buenos Aires, Argentina, Editorial La Ley (Disponible en: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/libros/pdf/estudios-acerca-del-derecho-de-la-salud/estudios-derecho-de-salud-marisa-aizenberg.pdf>).

## Corte Suprema de Justicia de la Nación

**Causa: Recurso de hecho deducido por la parte demandada en la causa Boston Medical Group S.A. c/ Arte Radiotelevisivo Argentino S.A. y otros s/ daños y perjuicios**

Buenos Aires, 29 de agosto de 2017

Vistos los autos: “Recurso de hecho deducido por la parte demandada en la causa Boston Medical Group S.A. c/ Arte Radiotelevisivo Argentino S.A. y otros s/ daños y perjuicios”, para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1º) Que la Sala H de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, al modificar la decisión de primera instancia, hizo lugar a la demanda deducida por Boston Medical Group S.A. y condenó a María Laura Santillán, Juan Micéli y Arte Radiotelevisiva Argentino S.A. a pagar a la actora la suma de \$ 300.000, con más sus intereses y las costas del juicio, en concepto de indemnización de los daños y perjuicios derivados de la emisión del programa “Telenoche Investiga”, del 3 de octubre de 2002.

Asimismo, dispuso que se diera lectura a un extracto de la sentencia en el mismo horario en el que había sido emitido el referido programa.

2º) Que el tribunal señaló que el citado informe televisiva -titulado “Expertos en pinchazos” - giraba en torno a los tratamientos médicos contra la insuficiencia sexual ofrecidos por Boston Medical Group S.A. Expuso que en el programa se transmitieron entrevistas realizadas a pacientes y a diversos profesionales de la salud, algunos de ellos ex empleados de la demandante, como también se difundieron imágenes captadas con cámara

## EL DERECHO A LA SALUD EN SU FAZ INFORMATIVA

THE RIGHT TO HEALTH IN ITS INFORMATIVE FACE

FRANCISCO M. BALBÍN<sup>1</sup>

*Fecha de recepción: 30/10/2017*

*Fecha de aceptación: 10/11/2017*

### RESUMEN

El término “salud” no surge de la semántica constitucional hasta 1994. Asimismo, debe concebirse, desde una perspectiva contemporánea, como aquel cuya satisfacción no se agota en la mera abstención de dañar la integridad de las personas, sino que exige ciertas prestaciones positivas. Así, la CSJN -en el fallo bajo análisis- ofrece nuevos elementos acerca del matiz informativo del derecho a la salud como presupuesto de su ejercicio.

<sup>1</sup> Alumno avanzado de la Carrera de Abogacía de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Ha realizado intercambio de grado en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid en el Curso Académico 2016/17. Correo electrónico: franciscobalbin@hotmail.com.ar

oculta, en las que se daba a entender que los tratamientos aplicados a los pacientes eran en su mayor parte inapropiados y estaban inspirados en un mero interés comercial, además de imputarle otras irregularidades, como vender medicamentos en sus consultorios sin revelar la fórmula.

3°) Que después de enumerar algunos principios generales atinentes a la libertad de prensa, la alzada señaló que la idoneidad de los tratamientos prestados por la actora constituye una cuestión de interés público en tanto se trata de una prestación de salud; empero, como no era una institución pública ello aumentaba su umbral de protección. En ese marco, sostuvo que el primer punto a dilucidar pasaba por determinar si la información suministrada en el programa resultaba falsa, ya que solo se debía hacer un juicio de reproche ante una información inexacta y, sobre esa cuestión, estimó que en la causa no se había probado que el tratamiento ofrecido fuese un engaño.

4°) Que, a renglón seguido, enfatizó que el trabajo de edición había sido realizado de modo malintencionado. En ese sentido, describió ciertos tramos de las grabaciones que no habían salido al aire en los que distintos profesionales de la salud y un paciente hablaban favorablemente acerca del tratamiento empleado por la demandante. Además, el tribunal valoró otras constancias de la causa que, a su parecer, mostraban que el informe contenía falsedades.

5°) Que, en ese sentido, indicó que allí se aseguraba que la actora contrataba profesionales que no eran especialistas, cuando de la prueba pericial contable surgía que trabajaban cuatro médicos. Tres de ellos urólogos y el restante se desempeñaba como director médico. Agregó que se decía también que los pacientes y los médicos desconocían la fórmula de los remedios provistos por la actora cuando los frascos presentados por la demandada eran idénticos a los mencionados en el informe periodístico y estos ostentaban etiquetas que precisaban cuál era el contenido del medicamento, aparte de que un inspector del Ministerio de Salud de la Nación aseguraba haber visto las recetas emitidas por Boston Medical Group S.A.

6°) Que contra esa decisión los vencidos interpusieron el recurso extraordinario cuya desestimación dio ori-

---

## ABSTRACT

The term "health" does not arise from the constitutional semantics until 1994. Furthermore, the right to health must be conceived, from a contemporary perspective, as a right whose satisfaction is not exhausted in the mere abstention of damaging the integrity of people but requires positive actions. Thus, the Argentinean Supreme Court - in the case under analysis - offers new elements about the informative aspect of the right to health.

Palabras Claves: Derecho a la Salud, Acceso a la información, Doctrina de la Real Malicia.

Key Words: Right to Health, Access to information, Actual Malice Doctrine.

## I. Introducción. Breve referencia al derrotero histórico-jurídico de la concreción constitucional de la tutela a la salud

En 1946, en el marco de la adopción del Preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud, se concibió una definición –quizá, la más divulgada o aceptada, desde entonces a la fecha– según la cual, el concepto de salud se equipara a un estado de bienestar físico, social y mental que abarca no sólo la acepción dicotómica-tradicional, entendida como la simple ausencia de enfermedades, sino también un conjunto de condiciones que exceden tal estrecha acepción como, por ejemplo, la existencia de un medio ambiente sano.

Con tal definición, podemos adentrarnos en el análisis de la salud como derecho o bien tutelado en el contexto del sistema constitucional de la República Argentina. Al respecto, pueden vislumbrarse diversas comprensiones en distintos momentos.

gen a la presente queja. Sostienen que el a quo ha pasado por alto que el informe propalado era el fruto de una compleja investigación periodística en la que se había examinado la seriedad de las denuncias efectuadas por ex empleados de la actora; que tales denuncias fueron debidamente ratificadas; que se consultaron diferentes especialistas; que se entrevistaron a diversos pacientes y que se dieron a conocer documentos que daban asidero a tales denuncias.

7º) Que los demandados afirman que se han limitado a ejercer su derecho constitucional de buscar y suministrar información de interés público para la comunidad; que su parte ha mostrado -con el aval de reconocidos expertos en la materia y las denuncias de ex médicos de la institución- que la aplicación automática de un mismo “antídoto” para todos los pacientes, sin discriminar los matices o las particularidades de sus padecimientos constituía una conducta médica, ética y comercial altamente reprochable, de ahí que era la actora quien debía demostrar, con el peritaje correspondiente, la eficacia o corrección de sus métodos.

8º) Que expresan también que no se les puede exigir a los periodistas que prueben -como si fueran fiscales o jueces la veracidad de las denuncias que se canalizaron a través de su programa, pues ello excede las obligaciones que corresponden a los medios de prensa. Añaden que actuaron con diligencia y buena fe, pues las denuncias, declaraciones, documentos y experiencias recolectadas durante la etapa de investigación eran coincidentes en cuanto a la ineficacia del tratamiento empleado y el carácter estrictamente comercial con el que se manejaba la actora.

9º) Que, por otra parte, argumentan que, aun ante la eventual inexactitud de lo informado, el a quo debió haber resuelto el caso sobre la base de la doctrina de la real malicia, pues la investigación difundida era de interés público. En consecuencia, sostienen que la actora debía probar que la demandada había actuado con conocimiento de la falsedad de lo informado o con notoria despreocupación por su veracidad. Sin embargo, señalan que la cámara sostuvo que era suficiente la culpa para condenar a las demandadas, lo cual menoscababa su derecho a la libre expresión.

---

Originalmente la Constitución histórica de 1853/60, no hacía mención expresa del derecho a la salud. Sin perjuicio de ello, y al margen de su posible consideración como un derecho implícito o no enumerado en los términos del art. 33 de la Constitución, el resguardo de la salubridad pública siempre fue un contenido inherente al denominado “poder de policía” por el cual debían velar las autoridades estatales.

En tal perspectiva, propia del constitucionalismo clásico, la salud comportaba fundamentalmente un bien protegido mediante la imposición de deberes de abstención tanto en cabeza del Estado como de los particulares. Esto es, la concreción constitucional del resguardo de la salud de las personas supone, en esencia, la prohibición de transgresiones a su integridad física o psíquica.

Como bien se ha dicho, durante el auge de este modelo, el Estado “no percibía a la salud como un derecho [...] sino como un objeto de intervención -sólo en términos- de su función de poder de policía”<sup>2</sup>; visión que puede observarse claramente en la sentencia de la CSJN en el caso de “Los saladeristas” (1887)<sup>3</sup>. En tal contexto, paralelamente, la tutela de la salud en un sentido asistencial estaba relegada, de manera considerable, a la actuación de asociaciones privadas.

Con el avenimiento del constitucionalismo social, a partir de la breve vigencia de la Constitución reformada de 1949 y el retorno a la Constitución histórica actualizada con la reforma de 1957, la concreción constitucional de la salud adquirió un nuevo cariz. En tal sentido, el art. 14bis implicó un reconocimiento indirecto de la salud como un dere-

---

2 Clérico, Laura, Ronconi, Liliana, Aldao, Martín (coords.) (2013): Tratado de derecho a la salud, Tomo I, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, p. 26.

3 CSJN, “Los saladeristas Podestá, Bertram, Anderson, Ferrer y otros c/ Pcia. de Buenos Aires s/ sobre indemnización de daños y perjuicios”, 14/05/1887, Fallos 31:273.

10) Que con respecto a las supuestas omisiones en las que se habría incurrido al divulgar el informe televisivo, señalaron que la alzada se ha entrometido en un ámbito que es propio y exclusivo del medio periodístico; que ellos no han tergiversado las declaraciones o el material empleado sino que se han limitado a escoger aquellos pasajes que consideraban más representativos del material colectado, esto es, el criterio puramente lucrativo que guiaba los tratamientos ofrecidos por la actora en detrimento de la salud de sus pacientes. Agregan que en el ámbito televisivo resulta imposible publicar la totalidad de la investigación realizada cuando esta ha insumido varias horas de grabación.

11) Que, por último, se agravian por cuanto consideran excesivo el monto reconocido en la sentencia -\\$ 300.000, con más sus intereses- al que califican como una suerte de censura encubierta, aparte de que no se corresponde con los hechos comprobados en la causa que dan cuenta de que las dificultades económicas sufridas por la empresa empezaron muchos años antes de que se emitiera el informe televisivo.

12) Que el recurso extraordinario es formalmente admisible en cuanto se controvierte la inteligencia que el tribunal apelado ha dado a las cláusulas constitucionales que protegen la libertad de expresión y la decisión ha sido contraria al derecho que la demandada fundara en ellas (art. 14, inc. 3°, de la ley 48; Fallos: 331:1530). Los restantes agravios fundados en la tacha de arbitrariedad, al estar inescindiblemente unidos a las cuestiones aludidas, serán tratados conjuntamente (Fallos: 330:3685).

13) Que la sentencia impugnada estimó inaplicable la doctrina de la real malicia, admitida por esta Corte en diversos precedentes como adecuada protección de la libertad de expresión.

Ello habilita la intervención del Tribunal, en su competencia apelada, para examinar las razones en base a las cuales se negó la protección constitucional a los demandados y también para decidir si la difusión del programa periodístico por el que fueron condenados merece o no la inmunidad que el arto 14 de la Constitución Nacional reconoce a la libertad de expresión y de prensa (conf. Fallos: 334:1722, considerando 8°).

14) Que, en el caso y tal como ha sido puntualizado en el punto IV del dictamen de la señora Procuradora

.....

cho de las personas al establecer que “el Estado otorgará los beneficios de la seguridad social, que tendrá carácter de integral e irrenunciable”. Aun así, ciertamente, el término “salud” no emanó de la semántica constitucional hasta 1994.

En efecto, es recién en la Constitución reformada de 1994 cuando apareció enunciado por primera vez, en el artículo 42 de la Constitución conforme al cual “los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud...”. Adicionalmente, el art. 41 de la Constitución se vincula a la materia en tanto dispone que “todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano”. También se encuentran referencias relevantes en los instrumentos internacionales de Derechos Humanos receptados con jerarquía constitucional a través del art. 75 inc. 22 de la Constitución, pudiendo citarse como un ejemplo paradigmático el art. 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Así, se instala una nueva perspectiva, que concibe a la salud como un derecho garantizado a las personas –y no simplemente como un bien a ser protegido por el Estado–, cuya satisfacción no se agota en la mera abstención de dañar la integridad de las personas sino que, como bien se ha dicho, exige “muchísimas prestaciones favorables que irrogan en determinados sujetos pasivos un deber de dar o hacer”<sup>4</sup>.

De tal suerte, la actual concreción constitucional de la tutela de la salud de las personas no sólo conlleva a satisfacer obligaciones de no hacer u omisiones, sino también exige prestaciones o acciones positivas para hacer efectivo este derecho.

La pregunta ahora es: ¿Qué tipo de conductas se ven comprendidas dentro de las men-

---

<sup>4</sup> Bidart Campos, Germán J. (2010): Manual de la Constitución reformada, Tomo II, Ediar, Buenos Aires, p. 107.

General de la Nación (conf. fs. 73 del recurso de queja), la demandante prestaba tratamientos médicos contra la insuficiencia sexual y ofrecía sus servicios a través de campañas masivas de publicidad en distintos medios de comunicación. La investigación periodística supuestamente difamatoria cuestionaba la idoneidad de las prestaciones médicas ofertadas y su adecuación a la normativa vigente. En esas circunstancias, tanto el contenido del informe como las características propias del sujeto agraviado deberían haber conducido a la aplicación de la doctrina de la real malicia adoptada por la Corte en diversos pronunciamientos (conf. Patitó, Fallos: 331:1530, entre otros)

15) Que, en efecto, el discurso sobre cuestiones vinculadas con la prestación de servicios médicos dirigidos a un sector de la población tiene una trascendencia esencial para la vida comunitaria y ello demanda una protección especial en aras de asegurar la circulación de información de relevancia pública.

La protección del derecho a la salud prevista en la Constitución Nacional y en los instrumentos internacionales (arts. 42, 75, inc. 22, de la Constitución Nacional; arto 25, de la Declaración Universal de Derechos Humanos; arto XI, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; arto 12, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; entre otros) revela la importancia que tiene este tema para la sociedad en su conjunto.

16) Que, por lo demás, el derecho a la salud comprensivamente, el acceso a la información, esto es, el derecho de solicitar, recibir y difundir información e ideas acerca de las cuestiones vinculadas con esa temática. Ese acceso a la información también está garantizado por el arto 42 de la Constitución Nacional, que prevé el derecho de los consumidores y usuarios a un conocimiento adecuado y veraz, aparte de que no puede obviarse el rol fundamental que lleva adelante la prensa al investigar y divulgar informaciones y opiniones que enriquecen el debate público en materia de salud y que, en definitiva, fomentan la fiscalización de la actividad.

17) Que, por otro lado, cabe señalar que, en los casos de informaciones inexactas y agraviantes, la vulnerabi-

.....

cionadas acciones positivas? ¿Basta con una conducta asistencial? Veamos qué elementos aporta a esta discusión la reciente sentencia de la CSJN en el caso “Boston Medical Group S.A. c/ Arte Radiotelevisivo Argentino S.A. y otros s/ daños y perjuicios” (2017)<sup>5</sup>. En este caso, analizaremos la interacción entre el derecho a la libre expresión, el derecho de acceso a la información y el derecho a la salud, el alcance de los mismos, sus matices propios y los límites que fija la CSJN.

## II. Análisis de los hechos del caso “Boston Medical Group”

El 3 de octubre de 2002, en el marco del programa televisivo “Telenoche Investiga”, se emitió un informe periodístico en el que se analizó el tratamiento médico, ofrecido por Boston Medical Group S.A., contra la insuficiencia sexual. El mismo fue conducido por M.L.S. y J.M. y presentado como “Expertos en Pinchazos”.

En él, se difundía la idea de que los tratamientos médicos empleados por la compañía eran, en mayor medida, inapropiados para tratar los problemas puntuales de cada paciente. Durante un lapso aproximado de 30 minutos, se transmitieron al aire entrevistas con pacientes de la compañía médica, imágenes captadas por una cámara oculta, charlas con profesionales urólogos e, incluso, ex empleados de Boston Medical Group S.A.. Ante ello, la empresa involucrada en la nota televisiva afirmó que la investigación buscaba, deliberada y malintencionadamente, demostrar que los métodos ofrecidos se basaban exclusivamente en un ánimo comercial y no médico-científico, lo cual generaba

<sup>5</sup> CSJN, “Boston Medical Group S.A. c/ Arte Radiotelevisivo Argentino S.A. y otros s/ daños y perjuicios”, 29/08/2017, disponible en [www.csjn.gov.ar](http://www.csjn.gov.ar).

lidad característica de los simples ciudadanos que justifica una mayor protección no se encuentra presente en el sub lite porque la actora -que, según denunció en la causa, tiene 56 clínicas en Europa, Asia y Oceanía (fs. 276 vta.) -, se expuso al escrutinio público al ofertar la prestación de servicios de salud mediante campañas masivas de publicidad en diversos medios de comunicación, circunstancia que permite asimilar su situación a los casos de particulares que se han involucrado en la cuestión pública de que trata la información (conf. doctrina de la causa “Barrantes”, Fallos: 336:879 y “Sciarnmaro”, Fallos: 330:3685, voto de la mayoría y voto concurrente del juez Fayt).

18) Que, en tales condiciones, el margen de tolerancia de la actora frente a la crítica periodística debe ser mayor y el caso debe ser examinado, como ya se anticipó, a la luz de la doctrina de la real malicia. Según los precedentes de esta Corte, tratándose de informaciones inexactas y agraviantes referidas a funcionarios públicos, figuras públicas o particulares que hubieran intervenido en cuestiones de esa índole, los que se consideran afectados deben demostrar que quien emitió la expresión o imputación conocía la falsedad de la noticia y obró con conocimiento de que eran falsas o con notoria despreocupación por su veracidad (doctrina de Fallos: 320:1272; 327:943).

19) Que como ha establecido el Tribunal en pronunciamientos anteriores, estos principios son consistentes con el diseño de un estado de derecho constitucionalmente reglado. La investigación periodística sobre los asuntos públicos desempeña un rol importante en la transparencia que exige un sistema republicano.

El excesivo rigor y la intolerancia del error llevarían a la autocensura lo que privaría a la ciudadanía de información imprescindible para tomar decisiones. Estas afirmaciones forman parte del acervo común de los jueces de importantes tribunales que han adoptado una línea de interpretación amplia, admitiendo incluso el error sobre los hechos. En este sentido, la Corte Suprema de Estados Unidos consideró que “Las afirmaciones erróneas son inevitables en un debate libre, y este debe ser protegido si la libertad de expresión ha de tener el espacio que ella necesita para sobrevivir” (New York Times vs. Sullivan, 376 U.S. 254,271). Por su parte, el Tri-

.....

un perjuicio a los pacientes que decidían acceder a ellos. Asimismo, alegó que los fragmentos de las entrevistas que hablaban favorablemente respecto de los tratamientos ofrecidos fueron descartados y no emitidos al aire. Desde su perspectiva, entonces, la información provista era inexacta, incompleta y, por ende, poco fiable. Consecuentemente, la empresa de servicios médicos se vio agraviada y difamada en un uso abusivo y excesivo del derecho a la libertad de expresión. Ergo, decidió demandar a Arte Radio-televisivo Argentino S.A. y a los conductores del programa por los daños y perjuicios que, entendía, le habían ocasionado.

### **III. Reseña de la sentencia de la Cámara de Apelaciones y su impugnación**

Recurrida la sentencia de Primera Instancia intervino la Sala “H” de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil. En su decisión, el Tribunal de Alzada decidió revocar el fallo del juez a quo y condenar a los demandados: (i) al pago de 300.000 pesos en concepto de indemnizaciones más intereses; (ii) al pago de las costas del juicio y; (iii) a la lectura televisada de un fragmento de la sentencia condenatoria en la misma franja horaria en la que había sido emitido el programa difamatorio.

Para así decidir, el tribunal entendió que los fragmentos de información brindados por “Telenoche Investiga” eran inexactos e, incluso, falsos. En tal sentido, y contrariamente a lo remarcado en el informe televisivo, tuvo por corroborado que los empleados contratados por la actora eran profesionales y no simples trabajadores profanos de conocimiento técnico. Asimismo, frente a la afirmación de que la actora no brindada información a los pacientes acerca de los medicamentos utilizados en los tratamientos médicos, tuvo por probado que aquella se encontraba en las etiquetas de cada fármaco.

bunal Constitucional español sostuvo, en su sentencia 6/1988, que "...las afirmaciones erróneas son inevitables en un debate libre, de tal forma que de imponerse la verdad como condición para el reconocimiento del derecho [de expresarse libremente], la única garantía de la seguridad jurídica sería el silencio..."(Jurisprudencia Constitucional, tomo XX, pág. 57).20.

Que el principio de real malicia, a diferencia del test de veracidad, no opera en función de la verdad o falsedad objetiva de las expresiones, pues entra en acción cuando ya está aceptado que se trata de manifestaciones cuya verdad no ha podido ser acreditada, son erróneas o incluso falsas. Lo que es materia de discusión y prueba, si de real malicia se trata, es el conocimiento que el periodista o medio periodístico tuvo (o debió tener) de esa falsedad o posible falsedad. Esta es la primera e importante diferencia. La segunda y no menos importante particularidad radica en que el específico contenido del factor subjetivo al que alude el concepto de real malicia -conocimiento de la falsedad o indiferencia negligente sobre la posible falsedad- no cabe darlo por cierto mediante una presunción, sino que debe ser materia de prueba por parte de quien entable la demanda contra el periodista o medio periodístico.

21) Que, si bien esto último puede implicar una alteración del principio general en otros sistemas jurídicos, en el contexto del derecho argentino y, en particular, de la legislación aplicable por los tribunales nacionales (art. 377 de Código Procesal Civil y Comercial de la Nación), se trata precisamente de seguir lo que es norma, esto es, que la carga de probar un hecho recae sobre quien lo alega. En el régimen jurídico de la responsabilidad civil, no se discute que cada parte debe probar los presupuestos de su pretensión, y que, por lo tanto, es el actor quien debe demostrar la existencia del factor de atribución. La sola evidencia de daño no hace presumir la existencia del elemento subjetivo en la responsabilidad profesional del periodista o del periódico (conf. causas "Pati tó", Fallos: 331:1530 y "Locles", Fallos: 333:1331).

22) Que, sentado ello, cabe señalar que la actora no ha aportado elementos suficientes que permitan concluir que los periodistas conocían la i-vocada falsedad de los hechos divulgados en el programa televisivo o que

Adicionalmente, el tribunal consideró que no se había demostrado en el expediente que los tratamientos ofrecidos por la actora fuesen engañosos o perjudiciales para sus clientes. Y, basándose en las omisiones que se habrían realizado al momento de editar y luego divulgar el informe televisivo, juzgó que la presentación del programa había sido malintencionada y sólo buscaba destacar una presunta falta de profesionalismo de la empresa de servicios médicos.

Frente a la sentencia condenatoria de la Sala "H", la parte demandada impugnó la decisión. En tal sentido, adujeron que el tribunal había omitido el profesionalismo con el que se había realizado el informe televisivo cuestionado, asegurando que las investigaciones se habían cursado de buena fe, con el aval y bajo instrucciones de expertos en la materia. Luego, advirtieron que exigir la veracidad absoluta de las declaraciones que se encausaban en el programa de televisión, terminaría limitando de forma insostenible su derecho constitucional a suministrar información de interés público para la comunidad. Agregó que incluso en tal caso, y ante la inexactitud de la información concertada en televisión, debería aplicarse la doctrina de la real malicia asentada por la CSJN. Bajo tal doctrina, sólo podía determinarse la responsabilidad civil de un periodista o medio periodístico si se lograra demostrar que actuaron: (a) en conocimiento de la falsedad de su información, o (b) con un notorio desinterés por averiguar la veracidad de lo informado; y, según la apelante, ninguno de los dos supuestos se habían demostrado en el expediente. Por lo demás, respecto a los fragmentos que fueron editados y eliminados en el informe televisivo argumentó que el tribunal de alzada se había entrometido en un ámbito que es exclusivo del medio periodístico y no hacían a la resolución del caso. Por último, señalaron que la imposición del pago de un monto indemnizatorio en el marco de esta causa, haría las veces de una censura encubierta.

obraron con notoria despreocupación acerca de su verdad o falsedad. En efecto, los recurrentes acreditaron que la investigación que sustentaba el programa televisivo había sido realizada a partir de las denuncias presentadas por Gustavo Bolgeri -ex gerente de la actora- ante el Ministerio de Salud, la Administración Federal de Ingresos Públicos y la Defensoría de Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires (fs. 200/201, 203/205 Y 207/210).

23) Que, siguiendo los lineamientos de esa denuncia, los demandados corroboraron la existencia del vínculo denunciado entre la sociedad que ofrecía el tratamiento médico -Boston Medical Group S.A.- y la que lo comercializaba -Grupo Farmacéutico S.A.- (fs. 210/244). Asimismo, recabaron la opinión de especialistas en la materia, tanto de algunos que habían trabajado en esa clínica de salud y conocían el modo de desarrollo de la actividad de la empresa, como de otros profesionales independientes. También, realizaron una filmación, mediante la utilización de una cámara oculta -lo que no fue objetado por la actora-, en la que se registró la modalidad de la atención médica ofrecida a los pacientes que acudían a los consultorios de la demandante.

24) Que, de ese modo, queda en evidencia que ante la formulada por Bolgeri, los demandados tomaron medidas razonables para contrastar y verificar la calidad de la fuente, y recabaron información adicional sobre el núcleo de su denuncia, razón por la cual no se encuentra acreditado que los recurrentes hubiesen actuado con conocimiento de la falsedad o con notoria despreocupación acerca de la veracidad de la información suministrada en el programa televisivo.

25) Que con respecto a las afirmaciones efectuadas por la alzada respecto a que el programa había sido editado en forma malintencionada y que se habrían silenciado algunos pasajes relevantes de esas entrevistas, cabe señalar que del examen del material sin editar -videos en crudo- que fuera agregado como prueba, surge que si bien la entrevista realizada al doctor Cosentino -ex director médico del Boston Medical Group S.A.- era bastante más extensa que los fragmentos que se difundieron por televisión, lo cierto es que el tono general -coincidente con el resto de los reportajes efectuados por la producción del programa televisivo- era bastante

#### **IV. Análisis de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación**

La CSJN, en voto unánime, consideró que debía hacerse lugar a la queja de la parte demandada en cuanto a la aplicación de la doctrina de la real malicia para juzgar la responsabilidad civil de los periodistas y del medio periodístico. Ello, en base a dos razones -una material y otra subjetiva- pues “tanto el contenido del informe como las características propias del sujeto agraviado deberían haber conducido a la aplicación de la doctrina de la real malicia<sup>6</sup>”.

En efecto, la aplicación de tal doctrina se justificó -materialmente- en la circunstancia de que el informe en cuestión se vinculaba a una temática de trascendencia e interés para la sociedad en su conjunto, lo cual demandaba una protección especial en aras de asegurar la circulación de información de relevancia pública.

A su vez, se fundó -subjetivamente- en el hecho de que la empresa de servicios médicos se expuso al escrutinio público al ofertar sus prestaciones mediante campañas masivas de publicidad en diversos medios de comunicación, lo cual demandaba una protección menor que la correspondiente a la vulnerabilidad de un simple ciudadano.

En función de ello, la CSJN consideró que “en tales condiciones, el margen de tolerancia de la actora frente a la crítica periodística debe ser mayor y el caso debe ser examinado, como ya se anticipó, a la luz de la doctrina de la real malicia”, lo cual implicaba que “tratándose de informaciones inexactas y agraviantes referidas a funcionarios públicos, figuras públicas o particulares que hubieran intervenido en cuestiones de esa índole, los

6 CSJN, “Boston Medical Group S.A. c/ Arte Radiotelevisivo Argentino S.A. y otros s/ daños y perjuicios”, 29/08/2017, disponible en [www.csjn.gov.ar](http://www.csjn.gov.ar).

crítico respecto al proceder de la actora.

26) Que, en efecto, el referido entrevistado había manifestado que el tratamiento suministrado por la actora no era integral y explicó que ello obedecía a que no se atendía a la parte psicológica del paciente ni a su pareja; que el tratamiento se limitaba a actuar sobre el síntoma de la disfunción eréctil mediante la aplicación de drogas vasoactivas en el pene; que él era el único sexólogo de la institución; que los dueños de la empresa le decían que tenía que pensar como empresario y no como médico, lo cual había generado muchas discusiones al respecto. Asimismo, expresó que su intención no era hablar mal del Boston Medical Group S.A., pero aclaró que ello era así porque les tenía temor, ya que era un grupo muy poderoso económicamente y lo podían perjudicar en su actividad profesional.

27) Que análogas consideraciones se pueden efectuar respecto de las declaraciones del Dr. Alfredo César Albiero Aghemo, que indicó que los medicamentos dispensados por la actora no eran malos y que, aplicados por un buen médico, podían tener resultados positivos; empero, manifestó también que el tratamiento debía ser sexológico; que era necesario un tratamiento combinado con terapias breves para sostener al paciente con la ayuda de la medicación; que en la institución no se hacía el seguimiento correspondiente; que los tratamientos dispensados tenían efectos en un mínimo número de personas; que se desvinculó de la empresa por problemas éticos y profesionales y que Boston Medical Group S.A. era una empresa comercial que lo único que pretendía era ganar dinero.

28) Que también es cierto que el doctor Amado Bechara manifestó que la inyección de drogas vasoactivas consistía en una de las técnicas utilizadas mundialmente para tratar problemas sexuales; que era muy eficaz y que producía mínimos efectos adversos, pero el citado profesional también hizo extensas consideraciones referentes a que el tratamiento debía ser sexológico y no limitarse a la aplicación de medicamentos. Incluso señaló que el consenso que existía en la comunidad médica internacional era que la aplicación de drogas vasoactivas -como las prescriptas por el Boston Medical Group S.A.- era desaconsejable para el tratamiento de

.....  
que se consideran afectados deben demostrar que quien emitió la expresión o imputación conocía la falsedad de la noticia y obró con conocimiento de que eran falsas o con notoria despreocupación por su veracidad”.

Bajo tales parámetros, el máximo tribunal entendió que en la causa no se había demostrado que la parte demandada hubiera incurrido en las conductas distintivas de la doctrina de la “real malicia” y, consecuentemente, resolvió que correspondía revocar la sentencia condenatoria.

Al margen de la relevancia de la sentencia de la CSJN desde la perspectiva de la libertad de expresión, sus alcances, límites y responsabilidades; la decisión comentada resulta sumamente importante en cuanto a la concreción constitucional de la tutela a la salud. Ello, en tanto el máximo tribunal reconoció expresamente que “el discurso sobre cuestiones vinculadas con la prestación de servicios médicos dirigidos a un sector de la población tiene una trascendencia esencial para la vida comunitaria y ello demanda una protección especial en aras de asegurar la circulación de información de relevancia pública” y dejó asentado que “la protección del derecho a la salud prevista en la Constitución Nacional y en los instrumentos internacionales (arts. 42, 75, inc. 22, de la Constitución Nacional; art. 25, de la Declaración Universal de Derechos Humanos; art. XI, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; art. 12, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; entre otros) revela la importancia que tiene este tema para la sociedad en su conjunto” (considerando 15°).

Adicionalmente, indicó que “el derecho a la salud comprende asimismo, el acceso a la información, esto es, el derecho de solicitar, recibir y difundir información e ideas acerca de las cuestiones vinculadas con esa temática” y advirtió con claridad que “ese acceso a la información también está garantizado por el arto 42 de la Constitución Nacional, que prevé

la eyaculación precoz o eyaculación no controlada.

29) Que, en tales condiciones, al no haberse demostrado que los demandados hubiesen actuado con conocimiento de la falsedad de la noticia o con notoria despreocupación por la veracidad de la información suministrada o hubiesen editado en forma malintencionada el contenido del informe televisivo, las garantías constitucionales que se invocan como vulneradas guardan relación directa e inmediata con lo resuelto (art. 15 de la ley 48), por lo que corresponde revocar la sentencia apelada. Por ello, y lo concordemente dictaminado por la señora Procuradora General de la Nación, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario, se revoca la sentencia apelada y, en uso de las atribuciones conferidas por el arto 16, segundo párrafo, de la ley 48, se rechaza la demanda. Con costas (art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Reintégrese el depósito de fs. 2. Agréguese la queja al principal. Notifíquese y devuélvanse las actuaciones.

Firmado: Ricardo L. Lorenzetti, Elena I. Highton de Nolasco, Juan Carlos Maqueda y Horacio Rosatti.

---

.....

el derecho de los consumidores y usuarios a un conocimiento adecuado y veraz, aparte de que no puede obviarse el rol fundamental que lleva adelante la prensa al investigar y divulgar informaciones y opiniones que enriquecen el debate público en materia de salud y que, en definitiva, fomentan la fiscalización de la actividad” (considerando 16°).

Finalmente, condenarlos por la simple formulación de enunciados inexactos durante el informe periodístico significaría, en otras palabras, conculcar el derecho a la salud, en su matiz informativo. En tanto, éste permite a la ciudadanía en general decidir en base a un conocimiento plural y, a veces, controvertido sobre los distintos tratamientos médicos, sus beneficios y sus posibles efectos adversos.

#### **V. Breve referencia al derecho a la salud en otros precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación**

La CSJN ha remarcado, en reiteradas ocasiones, las obligaciones positivas que corresponden al Estado en miras al cumplimiento práctico y efectivo del derecho a la salud<sup>7</sup>. En la causa “Asociación Benghalensis” (2000)<sup>8</sup>, ha enfatizado en la idea de que la concreción del derecho a la salud es “una obligación impostergable del Estado Nacional de inversión prioritaria”. Aún así, en el precedente “Hospital Británico” (2001)<sup>9</sup>, la CSJN advirtió la existencia de obligaciones positivas que pesan en cabeza de sujetos no estatales en virtud de la actividad que desempeñan y el compromiso social que personifican. Así, el más alto Tribunal, alentó a no olvidarse que tanto las empresas de medicina pre-

---

7 Para ampliar acerca de la jurisprudencia de la CSJN en la materia, cabe remitir a las sentencias seleccionadas por el propio tribunal en el Suplemento de Actualización “Derecho a la Salud” (mayo 2010), disponible en <https://sj.csjn.gov.ar/sj/boletines.jsp>

8 CSJN, “Asociación Benghalensis y otros c/ Ministerio de Salud y Acción Social - Estado Nacional s/ amparo ley 16.986”, 01/06/2000, Fallos 323:1339.

9 CSJN, “Hospital Británico de Buenos Aires c/ Estado Nacional (Ministerio de Salud y Acción Social)”, 13/03/2001, Fallos 324:754.

pagas como las obras sociales tienen un rol fundamental en el cumplimiento del derecho a la salud y, en definitiva, a la vida. Por tanto, no deben guiar su actividad con un fin, únicamente, lucrativo desatendiendo las necesidades particulares de cada paciente. Los fines comerciales hallan su límite en el compromiso social que asumen estas empresas.

#### **VI. Nueva perspectiva del derecho a la salud: Derecho a la información**

La salud ocupa un lugar central en las preocupaciones contemporáneas de la sociedad, a las que el derecho no puede escapar. La difusión de información relacionada con la prestación de servicios médicos tiene para la comunidad una relevancia tal que le permite gozar de una protección jurídica *sui generis*. La trascendencia de la materia sanitaria demanda una protección especial, que posibilite encausar y circular la información necesaria para satisfacer el derecho a la salud de la comunidad en su conjunto. En esa divulgación de ideas, los medios periodísticos encabezan un papel primordial; brindan advertencias e investigaciones que enriquecen el debate público en cuestiones de salud. También, desarrollan un papel fiscalizador de métodos inadecuados o simplemente controvertidos para el tratamiento de cada enfermedad o patología en particular. En definitiva, acercan datos valiosos para los individuos de una sociedad a la hora de decidir sobre su propia salud.

En este contexto, la CSJN, amplía –en concordancia con lo dispuesto por el artículo 42 de la Constitución Nacional Argentina– el espectro de prestaciones que irroga el derecho a la salud. Nos enseña que aquel derecho importa, también, un derecho de acceso a la información. Dicho en otras palabras, nos concede la facultad de:

- solicitar información vinculada con cuestiones de salud;
- recibir información sanitaria y;
- difundir nuestro conocimiento en materia de salud.

#### **VII. Conclusiones**

A modo de corolario, debe entender al derecho a la salud en su faz informativa como “la facultad a la libre difusión de información y acceso efectivo al conocimiento en materia de salud”. En este orden de ideas, el Estado debe asumir el cometido de ser generador de información e investigación en materia de salud. A su vez, deberá fomentarse y protegerse con mayor cautela la discusión y difusión de ideas, advertencias o recomendaciones vinculadas con materia de índole sanitaria. Esto último, reafirma la importancia de tutelar la función periodística de investigación en casos de servicios de sanidad que atañan a la ciudadanía en términos generales.

En consonancia con los argumentos que esboza la CSJN, debemos distinguir entre el acceso a la información pública en términos genéricos del acceso a la información en materia sanitaria. Pues, éste último goza de ciertos matices propios delineados por la CSJN en el fallo del comentario.

Si el derecho de acceso a la información abarca en su contenido materia sanitaria, su control judicial deberá ser, ciertamente, más permisivo y cauteloso. De tal forma, se permitirá un amplio flujo de ideas y difusión de distintas advertencias o elementos que permitan a la ciudadanía alcanzar un contenido mínimo de información de relevancia pública en cuestiones relativas a la salud.

Sin perjuicio del análisis prudente que en cada caso deba suscitarse, la CSJN establece un claro límite al derecho de acceso a la información en materia sanitaria, este es: el de la aplicación de la doctrina de la real malicia.

## **Cámara Contencioso Administrativa de 2da Nominación Poder Judicial de la Provincia de Córdoba**

**Causa: S., J.A. c/ Administración Provincial del Seguro de Salud (APROSS) – Amparo (Ley 4915)**

AUTO NÚMERO: CUATROCIENTOS OCHENTA Y DOS

Córdoba, dos de octubre de dos mil diecisiete.

VISTOS:

Estos autos caratulados “S., J. A. c/ ADMINISTRACIÓN PROVINCIAL DEL SEGURO DE SALUD (APROSS) – AMPARO” (Ley 4915, Expte. Nro. 6475031, iniciado el 24-07-2017), para decidir sobre la medida cautelar solicitada por el accionante al momento de interponer la acción.

1) Que el amparista interpuso acción de amparo en contra de la Administración Provincial del Seguro de Salud (APROSS), con el objeto que se reconozca la cobertura total del medicamento Eculizumab “Soliris” que requiere para el tratamiento prolongado de la enfermedad que padece, conforme lo indique la prescripción médica. Manifiesta que padece una rara enfermedad de la sangre denominada Hemoglobinuria Paroxística Nocturna (HPN), también denominada Enfermedad de Marchiafava-Michelli, que en su caso particular se manifiesta desde hace 30 años en crisis hemolíticas recurrentes, anemias asociadas a aumento de LDH, vómitos y dolor abdominal; tornándose más agresiva a partir de enero del corriente año. Asimismo, presenta insuficiencia renal secundaria a su enfermedad.

---

## **LA TUTELA CAUTELAR EN EL PROCESO CONSTITUCIONAL DE AMPARO**

THE PRECAUTIONARY PROTECTION IN THE PROTECTING CONSTITUTIONAL PROCESS

---

NICOLÁS ALBERTO SIMÓN<sup>1</sup>

---

*Fecha de recepción: 28/10/2017*

*Fecha de aceptación: 12/11/2017*

### **RESUMEN**

En el presente trabajo se comenta un fallo judicial en el cual se analiza la admisión y procedencia de una particular medida cautelar anticipatoria de tutela -medida innovativa- en el marco de una acción constitucional de amparo de salud. La acción fue instaurada a fin de garantizar la provisión de un medicamento tendiente a menguar los efectos de una enfermedad sanguínea poco frecuente.

---

<sup>1</sup> Abogado (Universidad Nacional de Córdoba). Alumno sobresaliente promoción 2012. Especialista en derecho de daños (Universidad Castilla-La Mancha, España, 2017). Actualmente cursando la Especialización en Derecho Procesal de las Ejecuciones (Universidad Blas Pascal, Córdoba). Profesor integrante de la Cátedra de Derecho Privado I (Facultad de Derecho, Universidad Siglo XXI, Córdoba). Adscripto en la Cátedra de Derecho Privado II (Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Córdoba). Relator/Asistente de magistrado Juzgado de Primera Instancia y Sexta Nominación en lo Civil y Comercial de la Ciudad de Córdoba y Relator/Asistente de magistrado Excm. Cámara Sexta de Apelaciones en lo Civil y Comercial de la Ciudad de Córdoba. Redactor del Boletín Judicial del Poder Judicial de la Provincia de Córdoba.

Agrega que como consecuencia de su patología se le ha indicado el tratamiento con Eculizumab Soliris, medicamento que se utiliza a nivel mundial desde el año 2004, y bloquea la acción hemolítica del complemento, inhibiendo electivamente a la proteína del complemento C5 humano; siendo ésta la mejor alternativa razonable de sobrevida y de mejoramiento de su calidad de vida, debido a la ausencia de respuesta positiva a los tratamientos tradicionales y que los requerimientos sostenidos de transfusiones son susceptibles de generar trombosis severas e irreversibles, a lo que se suma el daño del uso en altas dosis de corticoides.

Aclara que el medicamento es de origen importado y no se comercializa en Argentina, no obstante lo cual la ANMAT autoriza su ingreso al país bajo el Régimen de Acceso de Excepción de Medicamentos, Disposición n° 10401/16, ya que el uso de la droga se encuentra aprobado en EEUU por resolución de la FDA desde el 16 de marzo de 2007 y en la Unión Europea (EMA) desde el 20 de julio del mismo año.

Indica que el día 16 de junio de 2016 solicitó ante Apress la cobertura del medicamento de que se trata, no recibiendo respuesta ni aún frente a una nueva intimación formulada con fecha 11 de julio de 2017, por lo que no le quedó otra opción que ocurrir por ante esta vía judicial.

Como cautelar requiere, invocando la gravedad de su estado de salud, se ordene a la demandada que en forma inmediata le provea el medicamento prescripto, ofreciendo a tal fin la fianza personal de tres letrados.

2) Que a fs. 173 se recepta la audiencia fijada por el Tribunal de conformidad a las facultades previstas en el art. 58 del CPCC, a los apoderados de las partes, asegurando el principio de bilateralidad y contradicción en esta instancia cautelar. La parte demandada solicita que, atento la complejidad del caso y de la falta de antecedentes médicos y clínicos, previo a la resolución cautelar se requiera informe al COPRAMESAB respecto a la viabilidad y efectos de la medicación solicitada, antecedentes científicos, si existe un protocolo de investigación y en caso afirmativo, cuales son los requisitos para incluir a un paciente en dicho protocolo y en caso de ser aceptado quien cubriría los gastos del mismo. Agrega también que el actor concurre a una entidad no prestadora de

#### Abstract:

The present paper comments on a judicial ruling in which the admission of a particular anticipatory precautionary measure of protection is analyzed in the legal framework of a constitutional action of health protection. The action was instituted in order to guarantee the provision of a drug tending to diminish the effects of rare blood disease.

Palabras claves: Amparo, salud, enfermedad poco frecuente, medida cautelar, requisitos

Key words: Protection, health, rare disease, precautionary measure, requirements

### **I. Amparo y Salud: la necesidad de acudir a la Justicia**

Agotadas las vías extrajudiciales tendientes a garantizar el derecho a la plena salud, en reiteradas ocasiones, el sistema institucional judicial se convierte en la última esperanza de mejoramiento de calidad o simplemente de vida de una persona humana. Piénsese en lo superlativo de ello, cuando quien padece una enfermedad ya conoce que el agente debilitador de su estado de bienestar físico, mental y social es catalogado como “una enfermedad poco frecuente”<sup>2</sup> (EPF).

Generalmente y conforme los lineamientos legales de admisión y procedencia, la vía procesal elegida para hacer valer este derecho esencial a la salud es la acción constitucional de amparo.

Citando jurisprudencia de nuestro máximo tribunal federal, se ha dicho: “Las situaciones

<sup>2</sup> En argentina, la ley define la EPF como aquellas cuya prevalencia en la población es igual o inferior a una en dos mill (1en2000) personas, referida a la situación epidemiológica nacional.

APROSS, ya que posee otra oba social que cubre dichos gastos (DASPU), por lo que la demandada no posee antecedentes de estudios realizados al actor ni de su patología, no siendo prestadora de la misma la médica tratante prescriptora del medicamento en cuestión.

A fs. 174 se requiere el informe solicitado por la demandada al COPRAMESAB, quien lo evacua a fs. 177/178vta.

Dictado el decreto de autos, queda la causa en estado de resolver la medida solicitada (fs. 202).

Y CONSIDERANDO:

LOS SRES. VOCALES DRES. CECILIA MARÍA de GUERNICA y HUMBERTO

SÁNCHEZ GAVIER DIJERON:

I) Que de conformidad a lo establecido por el art. 484 del C.P.C.C., aplicable por remisión del art. 17 de la Ley 4915 y 13 de la Ley 7182, quien tuviere fundado motivo para temer que durante el tiempo anterior al reconocimiento judicial de su derecho, éste pudiere sufrir un perjuicio inminente o irreparable, podrá solicitar las medidas que, según las circunstancias, fueren más aptas para asegurar provisionalmente el cumplimiento de la sentencia.

II) Que la procedencia de las medidas cautelares, justificadas, en principio, en la necesidad de evitar que se convierta en ilusoria la sentencia que ponga fin al pleito, queda subordinada a la verificación de los siguientes extremos insoslayables: a) la verosimilitud del derecho invocado; b) el peligro en la demora, c) la no afectación al interés público; c) contracautela.

III) Que, al respecto, corresponde destacar que la viabilidad de las medidas precautorias, y dentro de ellas la

.....

de enfermedad en las que están en riesgo efectivo e inminente la vida y la salud de las personas representan un típico caso de amenaza como presupuesto para su procedencia. La idoneidad de la vía de amparo radica en ser el procedimiento judicial más simple y breve para tutelar real y verdaderamente tales derechos. Exhibe una especial vocación para solucionar estos asuntos”<sup>3</sup>.

Es que la salud y la vida de una persona constituyen los pilares básicos para el goce y disfrute de los demás derechos consagrados. No puede negarse que quien ve, siente o padece una restricción en su estado general de salud, en ciertos momentos o de manera perdurable, también ve lesionado, restringido, alterado o amenazado el ejercicio de sus demás derechos humanos.

## II. El caso bajo análisis: la enfermedad poco frecuente

La Excma. Cámara Contencioso Administrativa de Segunda Nominación de la ciudad de Córdoba ha recientemente fallado en la causa caratulada: “S., J.A. c/ Administración Provincial del Seguro de Salud (APROSS) - Amparo - Expte. n.º 6475031”, en el marco de una petición cautelar hecha valer en un amparo de salud. Es decir que, la competencia del órgano jurisdiccional referido se ha circunscripto al pedido de una medida cautelar por parte del amparista, cuestión esta que también delimita este comentario a fallo. El Sr. S., quien padece de una enfermedad en la sangre denominada “hemoglobinuria paroxística nocturna (HPN)”, petitionó como medida aseguradora de los efectos de la futura sentencia de la causa, que el órgano jurisdiccional ordenara a la Administración

<sup>3</sup> PALACIO DE CAEIRO, Silvia B. y JUNYENT DE DUTARI, Patricia M. (2015): Acción de Amparo en Córdoba, Córdoba, Advocatus, P. 557.

innovativa -como es la solicitada en autos- es una decisión excepcional porque altera el estado de hecho o de derecho existente al tiempo de su dictado en razón de que podría configurar un anticipo de jurisdicción favorable respecto del fallo final de la causa, lo que justifica una mayor prudencia en la apreciación de los recaudos que hacen a su admisión (Fallos: 316:1833 y 319:1069).

IV) Que, dentro del limitado marco cognoscitivo que exige el despacho cautelar, en el sub examine, la atenta consideración del tipo de enfermedad que porta el actor y en especial, el medicamento que solicita, analizados restrictivamente como la naturaleza de la medida amerita, no permite tener por configuradas las notas de apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*) y peligro en la demora (*periculum in mora*) que en la especie justifique su acogimiento.

Ello, en función del principio reiteradamente sostenido por la C.S.J.N. y por el T.S.J. en el sentido que las medidas cautelares no exigen el examen de certeza sobre la existencia del derecho pretendido, sino sólo de su verosimilitud. Es más, el juicio de verdad en esta materia se encuentra en oposición a la finalidad del instituto cautelar, que no es otra que atender a aquello que no exceda el marco de lo hipotético, dentro del cual, asimismo, agota su virtualidad (C.S.J.N. Fallos 306:2060 “Albornoz, Evaristo c/ Nación Argentina”; Fallos 313:521; 316:2060; 318:2375; T.S.J. a. n° 32/2001 “Cooperativa de Promoción y Desarrollo Regional Limitada...”; entre muchos otros;).

No se encuentra controvertido en autos la calidad de afiliado del actor ni la patología que padece (Hemoglobinuria paroxística nocturna).

Dicha enfermedad está catalogada como “Enfermedad poco frecuente” por su escasa prevalencia a nivel poblacional; en tanto que la droga requerida por el accionante es de las denominadas “medicamentos huérfanos”, destinada al tratamiento de este tipo de enfermedades raras y que la industria farmacológica considera poco rentables, salvo que se comercialice en altos costos, tal como ocurre con el que nos ocupa.

Provincial del Seguro de Salud -en adelante APROSS- la provisión de un medicamento<sup>4</sup> a fin de mejorar su débil estado de salud.

El Tribunal decidió -por mayoría- no hacer lugar a la medida cautelar peticionada, atento a que en la causa no se configuraban, esencialmente, dos de los presupuestos de procedencia de estas medidas, esto es: la verosimilitud del derecho y el peligro en la demora. Los Vocales Dres. Cecilia María de Gernica y Humberto Sánchez Gavier -por la mayoría- consideraron que no estaba acreditado que el medicamento peticionando por el accionante efectivamente repercuta en términos favorables en su salud, extendiendo su expectativa de vida o constituyendo la droga un tratamiento indispensable para reducir la mortalidad, la necesidad de transfusiones sanguíneas y los riesgos de eventos tromboembólicos.

Además, los camaristas nombrados tuvieron en consideración el alto costo económico que representa el medicamento peticionado, el que no se comercializa en nuestro país e indefectiblemente debe ser ingresado por los carriles administrativos correspondientes. Ello, unido a que -según su tesitura- no existe “una evidencia indiscutible de su necesidad real y efectiva para el tratamiento de la enfermedad que padece el actor, con beneficios significativos frente a terapias soporte y con medicamentos comercializados en el país”, llevaron a la conclusión de que los requisitos del despacho cautelar no se encontraban verificados en el caso.

Por su parte, la Dra. María Inés de Gallardo -por la minoría- votó a favor del despacho cautelar solicitado. Sus argumentos y consideraciones son analizados en los epígrafes siguientes. La enfermedad que padece el amparista es una enfermedad poco frecuente. Como bien se señala en el texto del fallo, las implicancias de este tipo de enfermedades ya han te-

<sup>4</sup> Eculizumab

A nivel nacional, este tipo de dolencias ha merecido especial regulación mediante Ley 26.689, a la cual ha adherido la Provincia de Córdoba por Ley 10388 (B.O. 03.11.2016).

En el caso de autos, la Dra. María Emilia Mas, médica hematóloga tratante del actor, certifica su patología, informando que se realizó tratamientos con esteroides en dos oportunidades, con escasa respuesta que no logra mantener; y segunda línea con danazol con mala tolerancia digestiva, por lo cual solicita eculizumab para iniciar tratamiento de 3 línea, ya que el paciente presenta severa pancitopenia con anemia que limita sus actividades diarias y requerimiento transfusional (fs. 12).

A fs. 84 obra la respuesta brindada por APROSS con fecha 14 de julio de 2017, vía e-mail, en la que indica que “No obra Farmacovigilancia ni se especifica la mala tolerancia digestiva al medicamento Danazol el cual cuenta con cobertura APROSS del 50%. No obra según histórico informático en sistema Traditum registro de internaciones por algún evento tromboembólico y/o transfusiones en el último año hasta la fecha actual. En base a lo expuesto y teniendo en cuenta que según ANMAT el medicamento se encuentra bajo la modalidad compasivo, al remitirnos a la Ley de APROSS 9227 art. 14 inciso B, prestaciones y medicamentos en etapa experimental, no avalados por instituciones científicas reconocidas a nivel nacional y/o no incluidas en el menú Prestacional de APROSS. No se accede a lo solicitado.”

Incorpora el actor constancia sus antecedentes médicos por distintas prestaciones en el Sanatorio Allende, que dan cuenta de las transfusiones de sangre que requirió a raíz de su enfermedad (fs. 85/159).

En oportunidad de la audiencia fijada a los fines del art. 58 del CPCC, la demandada acompaña en autos Disposición n° 2331 de fecha 7 de marzo de 2017 dictada por ANMAT, mediante la cual autoriza el estudio clínico de la droga para la patología del actor a la firma Quintiles Argentina SA, en representación de Alexion Pharmaceuticals, Inc. (fs. 164/169), y solicita intervención del COPRAMESAB a los fines de que emita opinión (fs. 173 y vta).

.....

nido interés y estado legislativo. El 29/6/2011, el Congreso de la Nación sancionó la ley n.º 26.689, cuyo objeto es promover el cuidado integral de la salud de las personas con EPF y mejorar la calidad de vida de ellas y sus familias; mientras que en el ámbito de la Provincia de Córdoba, la Legislatura provincial recientemente sancionó la ley n.º 10.388 (12/10/2016), mediante la cual el estado provincial se adhiere a la ley nacional de EPF.

El caso bajo anatema resulta interesante por varias cuestiones: puede resultar un importante precedente en la jurisprudencia de esta provincia al tratar esta “novel” temática de las EFP en función de la onerosidad que importa su tratamiento paliativo y/o curativo; puede eventualmente implicar “un respiro” a las arcas de la economía provincial, puesto que APROSS -y por consiguiente, el estado cordobés todo- no debería soportar la provisión del medicamento y finalmente, a mi humilde entender, el voto de la Dra. María Inés de Gallardo puede significar un notable ejemplo de despacho cautelar a seguir.

### **III. El despacho cautelar en el marco de la acción de amparo de salud.**

Desde una posición que podría calificarse como clásica pero con evidente aplicación en nuestros días, Calamandrei sostuvo: “Algunas de las providencias cautelares (...) no tratan de acelerar la satisfacción del derecho controvertido, sino solamente de suministrar anticipadamente los medios idóneos para conseguir que la declaración de certeza (...) o la ejecución forzada (...) del derecho, se produzcan, cuando la lentitud del procedimiento ordinario lo consienta, en condiciones prácticamente más favorables: en otras palabras, lo urgente no es la satisfacción del derecho sino el aseguramiento preventivo de los medios aptos para determinar que la providencia principal, cuando llegue, sea

Dicho organismo técnico manifiesta en su informe obrante a fs. 177/178vta. que el actor fue sometido a diferentes estudios durante su evolución que confirman el diagnóstico de hemoglobinuria paroxística, sin hipertensión pulmonar, sin lesiones tromboticas en vena esplénica mesentérica o supra-hepáticas; con presencia de anemia que requirió múltiples transfusiones en el último año además de disminución en su filtrado glomerular.

Detalla las alternativas actuales para el tratamiento de la enfermedad y los resultados del tratamiento con Eculizumab, sosteniendo que los mismos repercuten en la calidad de vida de los pacientes, sin perjuicio de lo cual el seguimiento a largo plazo no muestra mayor

sobrevida en relación a controles históricos y sólo levemente inferior a controles normales de igual edad, sexo, debido a muerte tardía por evolución a aplasia medular severa o a mielopatías clonales (mielodisplasia o leucemia mieloide aguda). Tampoco revierte el fallo medular al que se asocia la aparición de la enfermedad, por lo que no está indicado para tratar las citopenias por fallo medular. Concluye en que dicha droga constituye una alternativa de tratamiento de la enfermedad del accionante, existiendo tratamientos alternativos con medicación que se comercializa en el país.

También informan que el ANMAT autorizó el estudio clínico con tal medicamento y que el actor cumple con los requisitos para ser ingresado al protocolo de investigación, por la presencia de anemia y necesidad reiterada de transfusiones, con deterioro de función renal leve a moderada.

La Revista Argentina de Salud Pública (Vol. 4- N° 15, Junio 2013) del Ministerio de Salud de la Nación contiene una revisión titulada “Eculizumab en el Tratamiento de los pacientes con Hemoglobinuria Paroxística Nocturna. Informe ultra- rápido de evaluación de tecnología sanitaria”, elaborado por la Dirección de Calidad de los Servicios de Salud de dicha Cartera del Estado Nacional ( <http://rasp.msal.gov.ar/rasp/articulos/volumen15/32-35.pdf>), en respuesta a una solicitud del Ministerio de Salud de Tucumán respecto a la efectividad de la droga en pacientes con esta patología.

El interrogante a responder se centró en si el tratamiento reduce la mortalidad, la necesidad de transfusiones

.....

justa y prácticamente eficaz.”<sup>5</sup>.

El Tribunal colegiado competente para conocer y decidir en la acción principal de amparo ha decidido acerca del despacho de una medida cautelar innovativa. Con la solicitud de esa medida, el Sr. S. intentó que el órgano jurisdiccional le reconociera un adelanto de tutela, en su engorroso camino tendiente a lograr un digno estado de salud.

El régimen de admisibilidad y procedencia de las medidas cautelares en la acción de amparo, reglada por la ley provincial n.º 4915, no se encuentra establecido específicamente en tal normativa. Por ello, es que debe recurrirse a las disposiciones del código de procedimiento aplicable en el fuero en el cual se haya promovido la acción constitucional (art. 17 de la ley n.º 9459). La decisión de la Cámara fue adoptada conforme lo dispuesto en el capítulo VI, titulado “Medidas Cautelares”, del Código de Procedimiento Civil y Comercial de esta provincia, específicamente según lo normado en los artículos 483 y 484. Sí se establece, en el art. 15 de la ley provincial de amparo, la apelabilidad de las resoluciones judiciales que dispongan medidas de no innovar o de suspensión de los efectos del acto impugnado.

En el célebre caso “Camacho Acosta”, la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) estableció que: “La medida cautelar innovativa es una decisión excepcional, porque altera el estado de hecho o de derecho existente al tiempo de su dictado, y por configurar un anticipo de jurisdicción favorable respecto del fallo final de la causa, resulta justificada una mayor prudencia en la apreciación de los recaudos que hacen a su admisión.”<sup>6</sup>

El texto de la ley procesal civil y comercial también es riguroso en cuanto al despacho

<sup>5</sup> CALAMANDREI, Piero (1997): “Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares”, Bs.As., Librería “El foro”, p.72.

<sup>6</sup> CSJN, 07/08/97, J.A., 1998-I-46.

sanguíneas y riesgos de eventos tromboembólicos, y si aumenta la calidad de vida de pacientes con HPN con o sin anemia en comparación con el tratamiento estándar de soporte con transfusiones y anticoagulación. La evidencia científica encontrada fue la siguiente: 1) Sahlgrenska University Hospital, Gotemburgo (Suecia), Sallerfors 2012: analizando los estudios clínicos encontrados, concluye en que el efecto benéfico de la droga muestra una evidencia moderada en los requerimientos de transfusiones y una débil evidencia en el riesgo de complicaciones tromboembólicas, insuficiencia renal y muerte; podría mejorar la calidad de vida y reducir la fatiga, pero la magnitud de este efecto no puede determinarse con precisión a partir de la literatura estudiada. El grupo sueco recomienda el uso restringido en su país, bajo una selección y supervisión estricta. 2) Agencia de evaluación de Tecnologías Sanitarias de Andalucía (AETSA), Sevilla, Abdel-Kader Martín, 2011: sólo los pacientes con una historia de más transfusiones en el año previo y con niveles de referencia más altos de lactato deshidrogenasa (LDH) muestran un beneficio clínico y mejor relación de costo-eficacia. 3) Instituto de Efectividad Clínica y Sanitaria (IECS), Buenos Aires, Pichon Riviere, 2011: la evidencia disponible indica que la droga es eficaz en la reducción de la hemólisis mediada por el complemento, aunque no hay ensayos clínicos controlados aleatorizados en la prevención de eventos trombóticos. No se ha determinado aún si la terapia aumenta la supervivencia de los pacientes. La mayoría de los sistemas de salud de los diferentes países no otorgan cobertura, debido a su alto costo y a los beneficios marginales en comparación con la atención estándar. Dentro de los sistemas de salud que ofrecen cobertura existen pautas estrictas en cuanto a los criterios de elegibilidad para iniciar el tratamiento, relacionadas con el diagnóstico y grado de severidad, las que se evalúan semestralmente para decidir su continuidad. 4) Canadian Agency for Drugs and Technologies in Health (CADTH), 2010: esta Agencia no aceptó incorporar la droga al formulario terapéutico por no ser costo-efectiva, comparado con la terapia soporte. 5) Scorrish Medicine Consortium, 2010: el tratamiento no está autorizado por el sistema de salud Escocés. Concluyen, en definitiva, en que “La intervención se recomienda de manera moderada y con reservas. La

de estas especiales medidas cautelares. A más de los presupuestos comunes del dictado y ejecución de toda medida cautelar (verosimilitud del derecho, peligro en la demora y contracautela), se reconocen como caracteres propios de la medida innovativa la de su subsidiariedad (inc. 3° del art. 483 del CPCC) y que para su dictado resulta menester -como requisito ineludible- acreditar la inminencia e irreparabilidad del perjuicio que causaría su rechazo (art. 484 del CPCC).

Autorizada doctrina, reseñando ciertas directivas fundamentales que surgen de la jurisprudencia de la Excma. CSJN y demás tribunales, expresa: “En el amparo son presupuestos para decretar la prohibición de innovar: la verosimilitud del derecho invocado, el peligro de su modificación o alteración y el daño irreparable que así se produciría, así como la imposibilidad de lograr la cautela a través de otra medida precautoria. Tales condiciones deben exigirse rigurosamente, cuando se cuestionan actos administrativos, que tienen presunción de legalidad. Normalmente se requerirá contracautela para efectivizar tales medios.

A su turno, y como indica Peyrano, la medida cautelar innovativa requerirá la demostración de la verosimilitud del derecho invocado, la demostración del perjuicio irreparable que producirá el mantenimiento de la situación existente, la imposibilidad de lograr la cautela por otro conducto, y la contracautela”<sup>7</sup>

Así entonces, puede advertirse que la posición adoptada por los Sres. Vocales del voto mayoritario se enrola en esta posición estricta en torno al despacho de la medida innovativa solicitada. El Tribunal basó su resolución en el informe aportado por el Comité Consultivo y Operativo de Prácticas Médico Sanitarias y Bioética (CO.PRA.ME.SA.B.)

<sup>7</sup> SAGÜÉS, Néstor Pedro (1995): “Acción de amparo”, Bs.As., Astrea, P. 494.

evidencia encontrada sugiere beneficios (disminución de los requerimientos de transfusiones) en la población seleccionada conforme a los criterios de inclusión (tales como antecedentes de transfusiones múltiples). Sin embargo, para poder recomendar este tratamiento, es necesario realizar más estudios: sobre todo un ensayo clínico controlado aleatorizado, que mida los beneficios en materia de mortalidad y calidad de vida de estos pacientes, junto con un estudio de costo-utilidad del tratamiento en Argentina.”

V) Por tal motivo, sin anticipar juicio en orden al debate de la cuestión sustancial que será motivo de resolución definitiva, el estudio del caso a los fines de analizar la procedencia de la tutela cautelar, no permite tener por acreditada, en esta instancia cautelar, el derecho del accionante al acceso a la droga que reclama, como única alternativa terapéutica necesaria para el tratamiento de la enfermedad que padece.

VI) El muy alto costo del medicamento requerido ha sido puesto de manifiesto por el actor (fs. 200 vta), y se desprende de la información relacionada precedentemente. Si bien no puede restringirse el derecho a la salud por motivos meramente económicos, un gasto de la magnitud del necesario para adquirir la droga solicitada sólo podría justificarse frente a la evidencia indiscutible de su necesidad real y efectiva para el tratamiento de la enfermedad que padece el actor, con beneficios significativos frente a las terapias soporte y con medicamentos comercializados en el país; circunstancias éstas que no se acreditan a los fines de la tutela preventiva.

VII) Por lo demás, el requisito del peligro en la demora, cuya comprobación requiere evaluar el riesgo de que, sin el dictado de la medida solicitada, la tutela judicial definitiva que se espera de la sentencia no sea efectiva, se configura cuando existe urgencia en evitar que la demora en la resolución del pleito principal pueda causar perjuicios apreciables al solicitante, de modo que el eventual reconocimiento del derecho invocado como fundamento de la pretensión resulte tardío (García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás R., Curso de

.....  
 -dependiente del Área de Servicios Judiciales del Poder Judicial de la Provincia-, organismo que concluyó que la droga peticionada por el amparista “constituye una alternativa de tratamiento de la enfermedad del accionante, existiendo tratamientos alternativos con medicación que se comercializa en este país”.

En base a ello, no se tuvo por configurados -con el grado de probabilidad necesaria- la verosimilitud del derecho y el peligro en la demora que implicaría no conceder el anticipo de jurisdicción favorable respecto del fallo final de la causa.

Al respecto, he de admitir que comparto la posición sustentada por la minoría. Considero que en el caso efectivamente sí se encontraban reunidos los presupuestos que permitían habilitar el despacho cautelar solicitado. Las siguientes precisiones sustentan mi postura:

### **1. La verosimilitud del derecho no implica la comprobación plena del derecho invocado**

Si bien estamos ante una medida cautelar de carácter excepcional -circunstancia que impone al Juez el deber de analizar con mayor rigurosidad los requisitos de su procedencia-, ello no importa identificar este recaudo con la certeza respecto de la existencia del derecho que se alega.

Considero que en la causa está más que acreditada la consistencia jurídica de la petición esgrimida por el Sr. S.. Se ha probado que este sufre una enfermedad severa poco frecuente, que lo obliga a efectuar requerimientos transfusionales y a consumir altas dosis de meprednisona; que sufre grandes limitaciones en su vida diaria, permitiéndole solo realizar actividades mínimas; que sufre de insuficiencia renal y de cálculos biliares que le ocasionan cuadros de colestasis y que ya realizó tratamientos -con escasa respuestas- con esteroides y danazol.

Derecho Administrativo, T. II, Madrid, Civitas, 1998, p. 62).

En el mismo sentido señala la doctrina que el requisito del peligro en la demora (*periculum in mora*) que legitima la procedencia de la cautelar innovativa, y que se refiere a la posibilidad que, de no hacerse lugar a la medida, podría sobrevenir un perjuicio o daño inminente que transformaría en tardío el eventual reconocimiento del derecho invocado como fundamento de la pretensión (conf. Palacio, Lino E. “Derecho Procesal Civil”, T. VIII, p. 34, Ed. Abeledo- Perrot, Bs. As. 1985), debe ser analizado sobre bases objetivas.

Este recaudo también ha sido analizado por la Corte Suprema cuando ha afirmado que “...el examen de la concurrencia del recaudo aludido pide una apreciación atenta de la realidad comprometida con el objeto de establecer cabalmente si las secuelas que lleguen a producir los hechos que se pretenden evitar pueden restar eficacia al reconocimiento del derecho en juego, operado por una posterior sentencia” (Fallos 306:2060 y 319:1277, entre otros).

No se encuentra acreditado en autos el riesgo real y concreto que podría tener en la salud del paciente la falta de provisión inmediata de la medicación solicitada.

De acuerdo a estas pautas, no corresponde hacer lugar a lo peticionado toda vez que no se hallan reunidos los extremos requeridos por el art. 484 del CPCC.

VIII) Es menester recordar que la diligencia de las partes y el cumplimiento de los plazos procesales aplicables a la acción de amparo (Ley 4915), permitirán dar finiquito al conflicto de intereses en un tiempo breve y razonable, correspondiendo dar a la cuestión de salud, preferente despacho.

Así votamos.

LA SEÑORA VOCAL DOCTORA MARÍA INÉS ORTIZ DE GALLARDO, DIJO:

.....

No debe perderse de vista que lo que está en juego es el mismo derecho a la vida. Se postula: “Cuando en un caso judicial están en juego derechos fundamentales tales como el derecho a la salud y con ella, la vida de una persona, no es posible aplicar los estándares clásicos esbozados para cuestiones de tenor patrimonial.

En las cautelares solicitadas en los amparos por salud y vida no debe perderse de vista que se encuentran en juego derechos humanos con igual rango constitucional y jerarquía superior a las leyes de acuerdo al art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional. (...)

El riesgo que se asume frente a la denegatoria de un despacho positivo en estos casos es de tal entidad que su juzgamiento requiere de una ponderación menos exigente.

Ello aun cuando se trate de medidas innovativas y que incluso coincidan con el fondo de la pretensión principal: el criterio debe ser a favor de la tutela plena ”<sup>8</sup>.

## **2. El peligro en la demora y la irreparabilidad del perjuicio**

Ninguna duda cabe que de la calidad de vida del Sr. S., atento la grave enfermedad sanguínea que padece, puede mejorar sin que este mantenga un tratamiento a base del remedio objeto de la cautelar. Su vida es hoy, sus esperanzas son actuales, su tiempo es ahora. Claro está que el peticionante de la cautelar no puede alegar un perjuicio futuro, eventual o hipotético. Ello no es lo que acontece en autos.

Si bien no están acabadamente comprobados los efectos científicos -totalmente favorables- de la medicina peticionada, todos los informes internacionales y nacionales a los que se hace referencia en el fallo parecen indicar que la ingesta del medicamento produce ciertas mejoras en la calidad de vida del enfermo. Esa calidad de vida también implica

<sup>8</sup> PALACIO DE CAEIRO, Silvia B. y JUNYENT DE DUTARI, Patricia M. (2015): Op. cit., P. 565.

I) Que propongo una diferente solución para la pretensión cautelar, difiriendo respetuosamente con la propuesta por los Señores Vocales que me precedieron en el estudio de la causa. Ello es así merced a las razones que paso a explicitar en las consideraciones que a continuación expreso y que, en mi apreciación de las condiciones necesarias para despachar la cautelar, estimo que se verifican respecto del amparista.

II) Que el derecho a la vida es el primer derecho natural de la persona humana, preexistente a toda legislación positiva, que está garantizado por la Constitución Nacional y su protección -en especial el derecho a la salud- constituye un bien en sí mismo, porque resulta imprescindible para el ejercicio de la autonomía personal (art. 19, C.N.), toda vez que un individuo gravemente enfermo no está en condiciones de optar libremente por su propio plan de vida (C.S.J.N. Fallos: 302:1284; 310:112; 312:1953; 323:1339; 324:754; 326:4931; 329:1226; 329:1638).

Asimismo, la vida es el primer derecho de la persona humana reconocido y protegido por la Ley Fundamental (C.S.J.N. Fallos: 310:112; 312:1953 y 320:1294) y que, en tanto eje y centro de todo sistema jurídico, es inviolable y constituye un valor fundamental (C.S.J.N. Fallos: 316:479 y 324:3569). El hombre es la razón de todo el sistema jurídico; y que, 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 tienen siempre un carácter instrumental (C.S.J.N. Fallos: 329:4918; v. asimismo Fallos: 316:479 esp. consid. 12 y 13 voto Dres. Barra y Fayt; y 323:3229 consid. 15).

La C.S.J.N. ha puntualizado que la preservación de la salud integra el derecho a la vida, por lo que existe una obligación impostergable de las autoridades públicas de garantizarla con acciones positivas (Fallos: 321:1684; 323:1339, 3229; 324:3569 y 326:4931).

III) Que el derecho a la salud, que en el texto de la Constitución Nacional de 1853 formaba parte de los dere-

.....  
 un estado de salud. No solo se requiere que la medicina prolongue la vida misma, sino que también implique una mejoría. Recuérdese el objeto perseguido por los legisladores nacionales al sancionar la ley 26.689 de EPF.

Comparto la posición sostenida por Palacio en relación al requisito legal de “irreparabilidad del perjuicio” de este tipo de cautelares. El maestro ha dicho: el peligro en la demora “cubre con sobrada amplitud la extensa gama de daños involucrados en el otorgamiento de la medida pues comprende no sólo los perjuicios económicos sino también los padecimientos físicos, psíquicos y morales, no necesariamente irreparables pero dignos de una tutela judicial.”<sup>9</sup>

### **3. Carácter subsidiario o residual de la medida innovativa peticionada**

La Dra. Ortíz de Gallardo, en su voto, explicó que según las “Guías de diagnóstico y tratamiento”, edición 2015 de la Sociedad Argentina de hematología y el “Consenso Argentino de Diagnóstico y Tratamiento de la Hemoglobinuria Paraxística Nocturna”, edición 2013 existen cuatro líneas de tratamiento de la enfermedad padecida por el amparista: el uso de tratamiento soporte, de corticoides, de “Eculizumab” -medicina objeto de la cautelar- y por último, la cirugía de trasplante de médula.

La Camarista indicó que si el CO.PRA.ME.SA.B dictaminó que el Sr. S. se encuentra en condiciones de ser incorporado al protocolo de investigación, es porque ha valorado que se encuentra en la tercera línea de tratamiento al que refiere el Consenso Argentino de HPN. Así entonces, no puede soslayarse que esta es la única vía posible con la que

<sup>9</sup> PALACIO, Lino (1998): “La venerable antigüedad de la llamada medida cautelar innovativa y su alcance”, Revista de Derecho Procesal N° 1, Medidas cautelares, Rubinzal-Culzoni, p. 112.

chos implícitamente reconocidos (art. 33), a partir de la reforma de 1994 se encuentra explícitamente previsto en el nuevo texto constitucional, tanto en la esfera de las relaciones de consumo (art. 42), relacionado a la protección del medio ambiente (art. 41), como a través de su reconocimiento en los instrumentos internacionales con jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22 de la C.N.), con particular mención al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 12, inc. 1); a la Convención Americana sobre Derechos Humanos -Pacto de San J. de Costa Rica- (arts. 4.1. y 5.1.); al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 6.1.); a la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (arts. I y XII) y a la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 3).

El Protocolo Adicional a la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”, ratificado por la Ley 24.658, en su art. 10 sobre “Derecho a la salud” consagra que: “ Toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social...”

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha declarado que “...toda persona que se encuentre en una situación de vulnerabilidad es titular de una protección especial” (CIDH, “Furlan c/ Argentina”, Sentencia del 31/08/2012; párrafo 134; “Ximenes Lopes c/ Brasil”, Sentencia del 04/07/2006, párrafo 104).

Concordantemente, la Constitución de la Organización Mundial de la Salud consagra que “La salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades. El goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica o social... Los gobiernos tienen responsabilidad en la salud de sus pueblos, la cual sólo puede ser cumplida mediante la adopción de medidas sanitarias y sociales adecuadas”.

El art. 59 de la Constitución Provincial consagra que “...la salud es un bien natural y social que genera en los habitantes de la Provincia el derecho al más completo bienestar psicofísico, espiritual, ambiental y social.

.....

cuenta el amparista para hacerse de la medicina necesaria. Ya ha agotado las vías extrajudiciales que la ciencia medicinal le prescribió y se sabe que una eventual cirugía de trasplante de médula es altamente riesgosa para la vida del accionante.

#### **4. Recaudos propios de la medida cautelar en el marco de un proceso de amparo: apariencia de ilegalidad o arbitrariedad del acto cuestionado y probabilidad que la lesión afecte un derecho constitucional**

En el fondo se cuestiona una omisión al deber de cobertura prestacional por parte de APROSS. Los magistrados, en casos como el estudiado, deben ponderar al despachar una medida cautelar la apariencia de ilegalidad o arbitrariedad del acto en cuestión. Repárese que ese análisis no debe ser el propio de la etapa decisoria sobre el fondo de la cuestión traída a resolver sino que, teniendo en consideración la verosimilitud del derecho alegado por el sujeto peticionante de la cautelar, se debe considerar la actitud positiva o negativa del sujeto de derecho en contra del cual se inició el proceso constitucional. Si bien APROSS compareció a estar a derecho y ejercitó su derecho de defensa en sede judicial, cabe preguntarse: ¿Por qué no contestó los pedidos efectuados por el ahora amparista en sede administrativa?, ¿Acaso esperó a que se iniciaran acciones judiciales? Además, en el caso no se encuentra controvertido que el derecho en tela de juicio es justamente un derecho de carácter supraconstitucional, cuestión que ningún sujeto puede soslayar.

#### **5. Coincidencia de la cautelar con el objeto de la demanda principal de amparo**

Sentado está que la mera coincidencia entre el objeto de la demanda y lo perseguido en

El Gobierno de la Provincia garantiza este derecho mediante acciones y prestaciones promoviendo la participación del individuo y de la comunidad. Establece, regula y fiscaliza el sistema de salud, integra todos los recursos y concerta la política sanitaria con el Gobierno Federal, Gobiernos Provinciales, Municipios e instituciones sociales públicas y privadas.

La Provincia, en función de lo establecido en la Constitución Nacional, conserva y reafirma para sí, la potestad del poder de policía en materia de legislación y administración sobre salud.

El sistema de salud se basa en la universalidad de la cobertura, con acciones integrales de promoción, protección, recuperación y rehabilitación de la salud, e incluye el control de los riesgos biológicos sociales y ambientales de todas las personas, desde su concepción. Promueve la participación de los sectores interesados en la solución de la problemática sanitaria. Asegura el acceso en todo el territorio Provincial, al uso adecuado, igualitario y oportuno de las tecnologías de salud y recursos terapéuticos”.

Toda esta preferente tutela jurídica alcanza no solo a la salud individual sino también a la salud colectiva (Fallos 323:1339 del dictamen del Procurador Fiscal ante la CSJN en autos “Asociación de Esclerosis Múltiple de Salta c. Ministerio de Salud - Estado nacional s/acción de amparo - medida cautelar” de fecha 18 de diciembre de 2003).

IV) Que el Estado no sólo debe abstenerse de interferir en el ejercicio de los derechos individuales sino que tiene, además, el deber de realizar prestaciones positivas, de manera tal que el ejercicio de aquéllos no se torne ilusorio (C.S.J.N. “Asociación Benghalensis y otros c/ Ministerio de Salud y Acción Social - Estado Nacional s/ amparo ley 16.986” (01/06/2000, Fallos: 323:1339).

Es claro que, en vistas al cumplimiento de esas acciones, la Ley 26.689 (B.O. 03/08/2011), reglamentada por Decreto N° 794/2015 (B.O. 18/05/2015), cuya autoridad de aplicación es el Ministerio de Salud de la Nación, tiene por objeto promover el cuidado integral de la salud de las personas con Enfermedades Poco Frecuentes (en adelante EPF) y mejorar la calidad de vida de ellas y sus familias (art. 1).

.....

la cautelar no invalida esta medida, porque siempre la medida precautoria es provisoria y no condiciona el resultado final del pleito.

El máximo tribunal de la nación, en relación a la valoración de una determinada medida cautelar, ha sostenido que: “no importa una decisión definitiva sobre la pretensión concreta del demandante, y lleva ínsita una evaluación del peligro de permanencia en la situación actual a fin de habilitar una resolución que concilie -según el grado de verosimilitud- los probados intereses de aquél y el derecho constitucional de defensa del demandado.”<sup>10</sup>

De esta manera, si en el caso -como se dijo- la cautelar peticionada importaba un avance de tutela, ello no era óbice para su despacho favorable. Menos si, según el voto de la minoría, se establecía un plazo razonable de concesión de la pretensión cautelar esgrimida, tal como ya lo postula la jurisprudencia de nuestro Tribunal Superior de Justicia (TSJ).

## 6. Afectación del interés público

El voto de los Sres. Vocales de la mayoría, comenzó con una clara y precisa enunciación de los requisitos de procedencia de la medida cautelar innovativa. A más de los tres presupuestos clásicos de todo despacho cautelar, se adicionó “la no afectación al interés público”. Ello se debió a que los Magistrados ponderaron el alto costo económico que importaría conceder la cautelar peticionada y las consecuencias que ello traería aparejado al sistema de solidaridad y previsión que conforma APROSS, y por consiguiente al estado provincial. Recuérdese que el medicamento peticionado por el Sr. S. no se comercializa en nuestro país y que el propio amparista puso de manifiesto su muy alto costo.

Los Dres. De Guernica y Sánchez Gavier expusieron que: “si bien no puede restringirse el

<sup>10</sup> CSJN, 07/08/97, JA, 1997-IV-622.

A los efectos de esta ley se consideran EPF a aquellas cuya prevalencia en la población es igual o inferior a una en dos mil (1 en 2000) personas, referida a la situación epidemiológica nacional.

La ley mencionada, fija también los objetivos que debe impulsar la Autoridad de Aplicación, en el marco de la asistencia integral establecida para las personas que presentan una EPF. La Superintendencia de Servicios de Salud del Ministerio de Salud de la Nación, mediante la Resolución N° 399/2014 (B.O. 19/03/2014) aprobó el “Sistema de Tutelaje de Tecnologías Sanitarias Emergentes”, contemplando para la hemoglobinuria paroxística nocturna el tratamiento con eculizumab y en la Resolución N° 046/2017 (B.O. 08/02/2017) ha incluido en el Anexo V nuevamente para la misma enfermedad, el tratamiento con eculizumab, estableciendo la actualización de los valores para el procedimiento de reintegro reglado en las Resoluciones 1200/2012 y 1561/2012 de esa misma autoridad.

V) Que la Provincia de Córdoba, mediante la Ley 10.388 (B.O. 03/11/2016) adhirió a la Ley 26.689.

Su art. 2 creó en el ámbito del Ministerio de Salud, o el organismo que en el futuro lo sustituyere, un Registro Provincial de Enfermedades Poco Frecuentes el que tendrá a su cargo un listado de enfermedades y personas que las padecen, garantizando siempre el derecho a la intimidad personal y familiar y la protección de sus datos personales.

Los profesionales, efectores públicos y privados de salud tienen la obligación de denunciar todo diagnóstico confirmado de Enfermedad Poco Frecuente al Registro creado en el párrafo anterior.

El art. 3 establece que: “La Administración Provincial del Seguro de Salud (APROSS) adecuará sus prestaciones a la Ley Nacional N° 26.689 cuando así correspondiere”. En virtud del art. 5 “El Ministerio de Finanzas realizará las adecuaciones presupuestarias necesarias para otorgar reflejo a las acciones desarrolladas en cumplimiento de la presente Ley”.

Todas estas medidas legislativas expresan la toma de decisión respecto del monitoreo y asistencia de las Enfer-

derecho a la salud por los motivos meramente económicos, un gasto de la magnitud del necesario para adquirir la droga solicitada sólo podría justificarse frente a la evidencia indiscutible de su necesidad real y efectiva para el tratamiento de la enfermedad que padece el actor, con beneficios significativos frente a terapias soporte y con medicamentos comercializados en el país; circunstancias éstas que no se acreditan a los fines de la tutela preventiva”.

De los puntos expresados precedentemente se colige que indiscutiblemente el Sr. S. necesita la medicación peticionada, que ya ha efectuado las terapias soportes y se ha sometido -infructuosamente- a ciertos medicamentos prescritos. Por esas razones, siguiendo el juicio desplegado por los Sres. Vocales nombrados-, el elevado costo de la medicina requerida nunca puede constituir, en términos constitucionales, un impedimento al despacho cautelar solicitado.

En nuestra provincia, el TSJ -en pleno- se ha expedido en tal sentido. En los autos caratulados: “Scalambro María Emilia c/ Caja de Previsión y Seguridad Social de Abogados y Procuradores de la Provincia de Córdoba”<sup>11</sup>, al Alto Cuerpo sostuvo: “(...) atendiendo a la situación de particular necesidad que atraviesa la actora por lo especial de su enfermedad y lo costoso de la medicación, así como al antecedente de la existencia de una cautelar sostenida durante la tramitación de la causa, la Cámara interviniente decide ordenar que se le cubra el ciento por ciento de los remedios pero limitando temporalmente esa obligación solo por un plazo, luego del cual la entidad demandada continuará con la cobertura prevista del cincuenta por ciento a través del sistema de droguerías.

<sup>11</sup> TSJ, en pleno, Sent. N° 2 de fecha 19/3/13. Publicada en Diario Jurídico N° 2518 de fecha 22/4/13.

medades Poco Frecuentes, entre las que se encuentra la que padece el actor de esta causa, la Hemoglobinuria Paroxística Nocturna (en adelante HPN).

Las cifras de incidencia de esta enfermedad refieren entre 1 caso por 100.000 habitantes, como así también a 5 casos por millón de habitantes (cfr. Revista Informativa dedicada a la enfermedad HPN, N° 3/2012, pág. 3).

VI) Que consustancial al principio republicano, la tutela de la dignidad de la persona debe ser observada en todos los niveles de gobierno, tanto en la elaboración de las leyes, en la formulación y ejecución de las políticas públicas, cuanto en las decisiones judiciales en situaciones de conflicto.

En orden a ello, las atribuciones del Poder Judicial no consisten en sustituir al Poder Legislativo ni a la Administración, transformando lo que es discrecionalidad legislativa o administrativa, en discrecionalidad judicial, sino en dirimir los conflictos conforme a la Constitución y a la totalidad del orden jurídico (art. 174 de la C. Pcial.).

La función jurisdiccional postula una visión integradora de fuentes diversas, atravesada siempre por aquellos primeros imperativos del derecho, por las garantías constitucionales; y, con ellos, por la producción jurídica internacional en el campo de los derechos fundamentales (C.S.J.N. Fallos: 302:1284).

De ese modo, en los pleitos suscitados en torno a estos aspectos tan íntimamente ligados a la dignidad humana, los jueces deben dejarse iluminar por la directiva axiológica y hermenéutica pro homine, norte que informa en toda su extensión al campo de los derechos humanos.

VII) Que si bien es cierto que las medidas cautelares innovativas exigen una mayor prudencia en la apreciación de los recaudos que hacen a su admisión, por alterar el estado de hecho o de derecho existente al tiempo de su dictado y configurar un anticipo de jurisdicción favorable respecto del fallo final de la causa (conf. Fallos: 316:1833; 319:1069, entre otros), también lo es que la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación ha soste-

.....

(...) De este modo se privilegia el estado de necesidad de la persona enferma por sobre la obligación legal que pesa sobre la demandada, pero acotando su vigencia a un tiempo que se estima prudencial a los efectos de lograr una solución adecuada por parte de la afiliada. Concilia los intereses en pugna en el presente litigio procurando equilibrar la medicina y la economía, puesto que pondera los delicados intereses en juego -integridad psicofísica, salud y vida de las personas y en este caso la actora y la autosubsistencia del sistema solidario implementado por el ente previsional de los letrados cordobeses-." En suma, si el Sr. S. padece una enfermedad que pone en riesgo su vida; si la misma corresponde a un enfermedad infrecuente; si los estudios médicos y los medicamentos que ya les han sido prescriptos no han dado resultados positivos; si todavía no se encuentran acabadamente comprobados los efectos de la medicación peticionada pero desde los círculos científicos no se niega que ellos puedan ser favorables; si el próximo paso a cumplir es someter al amparista a una riesgosa intervención quirúrgica y si ese mismo medicamento es altamente costoso para el estado en sí -por lo que también lo es para el sujeto pretensor afiliado a APROSS-, para denegar la medida cautelar peticionada resta sólo ponderar cuestiones de riguroso índole formal que no se condicen con la verdad jurídica objetiva, tal como se ha resuelto en el pronunciamiento comentado.

#### **IV. Conclusión**

Comparto todos y cada uno de los argumentos dados por la Dra. Inés Ortiz de Gallardo al fundamentar su voto en la decisión comentada. Su fundamentación radica no sólo en normas positivas legales y supraconstitucionales sino también en las máximas de la lógica

nido que no se puede descartar el despacho de una medida cautelar por temor a incurrir en prejujuicio, cuando existen fundamentos que imponen expedirse provisionalmente sobre la índole de la petición formulada, añadiendo que estos institutos procesales enfocan sus proyecciones sobre el fondo del litigio, porque su objetivo es evitar la producción de perjuicios que podrían producirse en caso de inactividad del órgano jurisdiccional y tornarse de muy dificultosa o imposible reparación al tiempo de dictarse la sentencia definitiva (C.S.J.N. Fallos: 320:1633).

VIII) Que está fuera de controversia y discusión en estos autos que el Sr. J. A. S., nacido el 18/01/1956, de sesenta y un (61) años de edad, es afiliado a la APROSS (fs. 4) y que padece una grave enfermedad que se denomina “Hemoglobinuria Paroxística Nocturna”; que actualmente el accionante cumple criterios de severidad de su enfermedad por crisis hemolíticas, requerimientos transfusionales y altas dosis de meprednisona, que requiere tratamiento con inhibidores del complemento (cfr. certificaciones médicas de fs. 8/10), tal como da cuenta la médica tratante, prestadora de la APROSS Dra. Blanca Rossi, (M.P. 21581, Médica Hematóloga M.E. 9228) y las constancias adjuntadas por el actor a fs. 84/160 y la Dra. María Emilia Mas (fs. 12 y 87). También avalan estas circunstancias el informe del Servicio de Hematología y Oncología del Sanatorio Allende que refiere que la Hemoglobinuria Paroxística Nocturna del actor le ocasiona una pancitopenia severa, con hemólisis intravascular, que se traduce en grandes limitaciones en su vida diaria, con astenia severa y realizando mínimas actividades. Asimismo, presenta insuficiencia renal, cálculos biliares que le ocasionaron cuadros de colestasis, sin poder realizarse cirugía debido a la pancitopenia. Realizó tratamiento con esteroides en 2 oportunidades, con escasa respuesta que no logra mantener. Realizó segunda línea con danazol con muy mala tolerancia digestiva por lo cual abandona. Por eso solicita eculizumab para iniciar tratamiento de tercera línea, ya que el paciente presenta severa pancitopenia con anemia que limita sus actividades diarias y requerimiento transfusional (cfr. fs. 12).

.....

y la experiencia unidas a elevados criterios de razonabilidad y justicia en el caso concreto. El caso analizado gira en torno al derecho a la vida, primer derecho natural de la persona humana, y si bien es cierto que “la tutela de la dignidad de la persona debe ser observada en todos los niveles de gobierno” -tal como lo sostiene la Vocal a la que hice referencia en el párrafo anterior-, añado que, en nuestro días, se espera del Poder Judicial un activismo mayor a fin de ese resguardo. El fallo demuestra solvencia técnica jurídica. Eso es indiscutible. Ahora bien, puede afirmarse que el voto de la mayoría soslaya en cierto punto criterios de justicia y/o equidad en el caso concreto, caso plagado de singularidades propias que debieron tenerse en consideración.

La pretensión cautelar fue hecha valer por el Sr. S. a fin de que el propio estado -Poder Judicial- le reconociera su derecho a que la Administración Provincial del Seguro de Salud (APROSS) -entidad autárquica- cubriera la provisión de un medicamento de alto costo para manguar los efectos nocivos de la enfermedad sanguínea poco frecuente que padece.

En este punto, considero pertinente traer a colación algunas palabras fundantes del voto del Dr. Armando Segundo Andruet (h.) en la causa a la que ya hice referencia, caratulada: “Scalambro María Emilia c/ Caja de Previsión y Seguridad Social de Abogados y Procuradores de la Provincia de Córdoba”, en la que se sostuvo: “(...) se ha dicho con precisión que la justa asignación y distribución de los recursos en salud constituye una de las áreas más complejas de la bioética contemporánea. Las dificultades que allí se suscitan requieren de una exhaustiva y profunda ponderación de todas y cada una de las circunstancias de cada caso, a la luz de los principios y normas tanto jurídicos como bioéticos.”. Era menester en el caso sopesar las singularidades referidas, procurando así lograr una

El accionante también acompañó informes complementarios (fs. 84/160vta.) que dan cuenta que el Sr. S. ha sido internado en reiteradas oportunidades en el Sanatorio Allende, que ha recibido alrededor de 10 transfusiones en un año, que presenta mala tolerancia digestiva del fármaco Danazol, con el cual tampoco se ha obtenido respuesta (cfr. fs. 87).

Estas constancias refieren que el actor cuenta también con la cobertura de la obra social DASPU, lo que ha sido reconocido expresamente por su apoderado (fs. 201), quien aclaró que el Sr. S. es titular de la cobertura de APROSS y beneficiario a cargo de su cónyuge en la cobertura de DASPU, obra social que se rige por la Ley 24.741 y que no se encuentra dentro del Régimen Nacional de Obras Sociales, motivo por el cual, no tiene posibilidad de acceder al reintegro del fondo solidario de distribución.

IX) Que las constancias de autos también dan cuenta que el amparista presentó declaración jurada para importar medicamentos a través del régimen de acceso de excepción a medicamentos (RAEM) (Disp. 10401/16) (Res. Cjta N° 842 y 426/01), presentada ante la Dirección de Fiscalización y Gestión de Riesgo INAME – ANMAT, con fecha 09/06/2017 (cfr. fs. 40/41).

X) Que asimismo el Sr. S. acompañó las “Guías de Diagnóstico y Tratamiento” Edición 2015 de la Sociedad Argentina de hematología (fs. 42/50) y el Consenso Argentino de Diagnóstico y Tratamiento de la Hemoglobinuria Paroxística Nocturna, Grupo Argentino de Interés en HPN, Edición 2013 (fs. 51/68vta.), que coloca al uso de Eculizumab en la tercera línea de tratamiento, luego del tratamiento de soporte y el uso de corticoides, por los que el amparista ya ha transcurrido con baja tolerancia digestiva (cfr. fs. 12 y 87).

El Consenso Argentino de Diagnóstico y Tratamiento indica que “El eculizumab fue evaluado en pacientes con HPN en 3 estudios clínicos. Sus principales beneficios terapéuticos fueron:

- Una reducción veloz y sostenida de la hemólisis intravascular (medida por el descenso de los niveles de LDH).

.....

resolución jurídica justa y garante de la dignidad del amparista, fundamento y sustrato en el que se asientan y derivan todos los derechos humanos.

El voto de la minoría contempla tal dignidad. No obstante ello, igualmente tiene presente las implicancias de la cautelar en la economía estatal provincial, conjugando la admisión de la medida innovativa al factor tiempo (concesión por tres meses), con ciertos informes de APROSS y de los médicos tratantes del amparista relativos a la tolerancia del medicamento, su favorable evolución y la conveniencia médica de su continuidad.

Como lo adelanté, ese voto constituye un ejemplo de despacho cautelar actual en el marco de una acción constitucional de amparo: conjuga la cientificidad del derecho con las cuestiones fácticas que implica una enfermedad gravosa, esclarece el tópico de la doble afiliación del amparista, pone en conocimiento de las autoridades del Ministerio de Salud de la Provincia de la existencia de la patología del Sr. S. -dando así cumplimiento a lo dispuesto en el art. 2 de la ley provincial n.º 10.388-, fija el alcance temporal de la medida excepcional a otorgarse, determina la carga procesal del interesado de incorporar los informes correspondientes con antelación y establece las pautas de ejecución o puesta en marcha de la medida.

- Una veloz mejoría de la fatiga y de la disnea (a la semana del inicio del eculizumab)
- Una reducción de los requerimientos transfusionales
- Un aumento de los niveles de hemoglobina.
- Una reducción >80% en la incidencia de eventos tromboembólicos
- En los pacientes con deterioro de la función renal, mejoría (en la mayoría) o estabilización (en el resto) de su función renal.
- Una reducción de la presión arterial sistémica y de los niveles del péptido natriurético cerebral (BNP), como marcador de un descenso de la presión arterial pulmonar.
- Una supervivencia a 5 años mayor al 95% -similar a la de controles normales de igual sexo- y edad, y a 10 años superior al 80%, levemente inferior a la normal por defunciones debidas a aplasia medular o a evolución clonal a mielodisplasia o a leucemia mieloide aguda.

El eculizumab está indicado en pacientes con:

Hemólisis intravascular clínicamente manifiesta (LDH >1,5 Límite Superior Normal).

Debida a la HPN, con la demostración de una población clonal significativa (>10% medida en neutrófilos o monocitos).

+ uno o más de los criterios de severidad...? (cfr. fs. 58vta./59).

El Consenso Argentino también indica que el Trasplante alogénico de células progenitoras hematopoyéticas (TACPH) "...continúa siendo hasta la fecha la única estrategia de tratamiento curativa para esta entidad, pero se asocia a una alta morbimortalidad.

Una revisión reciente de la experiencia existente entre HPN y trasplante de médula ósea arribó al siguiente consenso:

Ecuzumab es la indicación para los casos de hemólisis intravascular (HPN clásica) y también en la prevención de los eventos tromboembólicos.

Tanto los regímenes mieloablativos como los de intensidad reducida han demostrado ser útiles para curar la enfermedad. Las ventajas de uno sobre otro requieren de un mayor análisis. En pacientes con disfunción de órganos moderada o edad avanzada, se sugieren los regímenes condicionantes de intensidad reducida por la mejor tolerancia.

En la era del ecuzumab las indicaciones del TACPH son:

- A. aplasia medular severa (vs. Inmunosupresión)
- B. evolución clonal (mielodisplasia /LMA)
- C. presencia de un donante singénico
- D. falla de respuesta al ecuzumab (trombosis recurrente, hemólisis severa persistente)...? (cfr. fs. 60).

XI) Que el informe del Comité Consultivo y Biomédico (COPRAMESAB) afirma que: "4. El actor cumplió los requisitos para ser ingresado en el protocolo de investigación autorizado por el organismo nacional, por la presencia de anemia y necesidad reiterada de transfusiones. Deterioro de la función renal leve a moderada" (cfr. fs. 178vta.).

De este informe es posible entonces inferir que, si el mentado Comité dictaminó que el actor se encuentra en condiciones de ser incorporado al protocolo de investigación, es porque ha valorado que el Sr. S. se encuentra en la línea 3 de tratamiento al que refiere el Consenso Argentino de HPN.

XII) Que el día 21/09/2017 el apoderado del amparista manifestó que el actor fue internado cursando una nueva crisis hemolítica, con posible demanda transfusional (cfr. fs. 198).

XIII) Que, en síntesis, el medicamento Ecuzumab es un anticuerpo monoclonal humanizado recombinante (humana y murina) que evita que el complemento actúe sobre el glóbulo rojo y su membrana alterada, evitando la hemólisis intravascular mediada por complemento. La razón de su indicación se basa fundamentalmente en que modifica significativamente la evolución de la HPN, disminuyendo la presentación de las complica-

ciones como así también de la sintomatología que la caracteriza, todo lo cual determina una mejora en la supervivencia de estos pacientes, reduce la tasa de efectos tromboticos como así también disminuye la media de unidades sanguíneas transfundidas.

Una de las complicaciones más temidas es el tromboembolismo venoso y las hemorragias, que son la segunda causa de muerte.

En cuanto a la efectividad esperada del tratamiento se halla centrada en la no presentación de las complicaciones a las que alude (infecciones por meningococo y hemólisis intravascular) y que en cuanto a la supervivencia de estos pacientes existen trabajos que la equiparan a la de la población general.

En cuanto a la necesidad de iniciar el tratamiento sin dilación de tiempo se basa fundamentalmente en evitar las complicaciones que se pueden presentar, algunas de las cuales pueden llevar al óbito del paciente (cfr. Guías de Diagnóstico y Tratamiento Edición 2015 y Consenso Argentino de Diagnóstico y Tratamiento Edición 2013, fs, 42/68).

XIV) Que para resolver adecuadamente el despacho de la medida cautelar, a juicio de la suscripta, debe tenerse presente que el caso de autos presenta singularidades propias, pues en la especie no sólo la médica tratante de la APROSS señala la eficacia del medicamento prescripto al amparista como única forma de tratamiento terapéutico para aliviar la enfermedad que padece, sino que ello también es reconocido científicamente por el Consenso Argentino de Hemoglobinuria Paroxística Nocturna, que sintetiza la opinión de los referentes médicos científicos de sesenta y tres (63) instituciones públicas y privadas de toda la República Argentina.

En este punto, se hace operativa la doctrina legal del Tribunal Superior de Justicia, en pleno, según la cual, el 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 (Sala Electoral y de Competencia Originaria, Auto N° 381/2014 “RUBIOLO, ALFREDO ANDRÉS C/ ADMINISTRACIÓN PROVINCIAL DEL SEGURO DE SALUD (APROSS EX IPAM) - AMPARO – RECURSO DE CASACIÓN”. Es 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” (C.S.J.N. 302:1611).

XV) Que desde Hipócrates a Claude Bernard se acuñó la expresión consistente en que “no hay enfermedades sino enfermos” y, por tal razón, las ciencias médicas se encargan de analizar cómo una misma enfermedad se presenta de diversas maneras en cada enfermo.

El Sr. S. -actualmente- ha superado las dos primeras líneas de tratamiento sugeridas por el Consenso Argentino de Hemoglobinuria Paroxística Nocturna, motivo por el cual sus médicos tratantes, prestadores de la APROSS y no prestadores, prescribieron el pronto inicio de la línea 3 de tratamiento mediante eculizumab, cómo único recurso terapéutico posible, atento la alta tasa de mortalidad que supone una cirugía de trasplante de médula, y que en las Guías de Tratamiento de la HPN se presenta como la línea 4 del protocolo.

En un afín orden de conceptos, el T.S.J. Sala Electoral y de Competencia Originaria en el Auto N° 36/2017 “SENIA, ANA VICTORIA C/ ADMINISTRACIÓN PROVINCIAL DEL SEGURO DE SALUD (APROSS) – RECURSO DIRECTO (CIVIL)” ha declarado que

“...la alegada falta de aprobación por la autoridad sanitaria nacional para rechazar la cobertura del tratamiento requerido, es sólo un obstáculo administrativo vigente para su comercialización en el país, más no para su uso en aquellos pacientes que dependen de aquella droga para menguar los efectos nocivos que la enfermedad provoca en la salud de la actora...” (del considerando IV.2.).

XVI) Que la jurisprudencia comparada de la región latinoamericana tiene una tendencia claramente favorable a la provisión de la droga de que se trata, en casos análogos a los del actor, frente a la HPN, a saber: La Corte Suprema de Chile confirmó el fallo de la Cámara de Apelaciones de Santiago que ordenó la provisión

de eculizumab para HPN, catalogando a esta patología como “enfermedad catastrófica” (fallo del 21/01/2014 [www.pjud.cl](http://www.pjud.cl)).

La Corte Constitucional de Colombia también autorizó la provisión de la droga para el caso de rechazo de trasplante alogénico de médula ósea (Sentencia T-052/10, Febrero 02; Bogotá D.C. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/T-052-10.htm>).

c) El Supremo Tribunal Federal de Brasil también mantuvo la decisión de proveer la citada droga a un paciente enfermo de HPN para evitar el agravamiento del cuadro clínico del interesado (Caso SUSPENSÃO DE TUTELA ANTECIPADA 761 DISTRITO FEDERAL, 26/11/2014, [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)). El Supremo Tribunal Federal ya había confirmado con anterioridad una medida de tutela que era absolutamente necesaria para que los portadores de HPN “tengan una vida mínimamente digna” (STA-613, 19/10/2012).

En Europa, España, el Tribunal Superior de Justicia de Galicia, Sala de lo Contencioso, Sentencia 00293/2013, 12/04/2013, [www.poderjudicial.es](http://www.poderjudicial.es)) también ordenó la provisión de eculizumab a un enfermo de HPN.

XVII) Que en el orden interno, la jurisprudencia nacional evidencia el mismo temperamento:

La Cámara Contencioso Administrativa Federal Sala V, “Incidente N° 1 - ACTOR: CORREA, AGUSTINA MILAGROS DEMANDADO: EN-M DESARROLLO SOCIAL-DIRECCION DE ASISTENCIA DIRECTA DE SITUACIONES ESPECIALES s/ INC DE MEDIDA CAUTELAR” el día 11/10/2016 confirmó la medida cautelar que ordenó al Ministerio de Desarrollo Social de la Nación, Dirección de Asistencia Directa de Situaciones Especiales, la provisión del medicamento.

Cámara Civil y Comercial Federal Sala I, Causa n° 1406/2015/1 -S.I- “AGUILERA MARIA SOL C INSTITUTO NAC DE SERV SOC PARA JUBILADOS Y PENSIONADOS S/ INCIDENTE DE MEDIDA CAUTELAR” el día 17/05/2016, confirmó la medida cautelar dispuesta por la instancia anterior que ordenó la provisión de Eculizumab.

La Cámara Federal de La Plata Sala II, “Lagoria, Benito Eduardo c/ INSSJP s/Amparo Ley 16.986”, el día 12/04/2016 confirmó la sentencia que hizo lugar a la acción de amparo que ordenó la provisión del medicamento.

La Cámara Federal de San Martín, Sala II en la Causa CCF 7381/2015/1/CA1 – Orden 12.796 Incidente N° 1: CHAVEZ, MARCOS EVANGELISTO Y OTRO c/I.N.S.S.J.P s/ AMPARO, de fecha 03/03/2016 confirmó la medida cautelar que ordenó suministrar la droga. Este mismo Tribunal, en la Causa FSM 15911/2015/1/CA1 - Orden 12.073 Incidente N° 1: ZAPATA, ROBERTO ROLANDO c/ I.N.S.S.J.P. s/ AMPARO LEY 16.986 - INC. APELACIÓN MEDIDA CAUTELAR, del 02/06/2015, confirmó la medida cautelar que admitió la cobertura del remedio y en la Causa FSM 2361/2011/1/CA2 - Orden 11.135 MENNITTO, WENDY MELISSA c/ SWISS MEDICAL S.A. s/ SUMARÍSIMO de fecha 13/05/2014 confirmó la sentencia que hizo lugar a la acción de amparo para obtener la cobertura del tratamiento.

XVIII) Que por todas las consideraciones expuestas, a partir de este juicio provisional inherente a la fase cautelar de esta acción de amparo, en mi apreciación del caso y su encuadramiento jurídico, estimo que la Ley 10.388 ha fortalecido el tratamiento especial con que deben atenderse las “Enfermedades Poco Frecuentes”, merced a lo cual, no sería constitucionalmente tolerable desde la perspectiva del derecho a la salud, a la vida, a la integridad, dignidad y a la tutela cautelar, que al paciente S. se lo exponga a las previsibles consecuencias de un mal mayor, sin realizar -sin más dilaciones- las acciones médico-científicas recomendadas, posibles y conocidas para prevenirlas y evitarle un mayor daño, aceptadas con valor médico legal por el Consenso Argentino de Hemoglobinuria Paroxística Nocturna.

XIX) Que, en consecuencia, estimo que hasta tanto se esclarezca la doble afiliación del actor a la APROSS y a DASPU, procede ordenar a la APROSS que articule las acciones necesarias para proveer al Sr. J. A. S., la medicación prescrita por los médicos tratantes, especialistas en hematología.

Atento los fines tutelados y las obligaciones nacidas para las autoridades sanitarias de la provincia, en virtud

de la vigencia de la Ley 10.388, es pertinente poner en conocimiento de las autoridades del Ministerio de Salud de la Provincia, la existencia de la patología diagnosticada al actor, para que articule con la APROSS las acciones necesarias para hacer efectivo los propósitos del legislador consagrados en esa ley, a la vez que asegure el acceso al tratamiento terapéutico prescripto al actor, en virtud de su calidad de garante de la salud de la población (art. 59 de la C. Pcial).

En cuanto al alcance de la medida cautelar, se estima razonable otorgar la provisión de Eculizumab, por tres (3) meses de tratamiento continuado conforme a la prescripción médica acompañada (fs. 8/9), debiendo cumplimentarse los procedimientos reglados que indique la APROSS.

La eventual ampliación de la cautelar, quedará condicionada a la información circunstanciada por los médicos intervinientes de la tolerancia al tratamiento, su favorable evolución y la conveniencia médica de su continuidad, que el actor deberá incorporar con la suficiente antelación a la expiración de la cautelar.

Para la ejecución de esta medida cautelar se estima razonable establecer el plazo de diez (10) días hábiles judiciales, al cabo del cual, la APROSS deberá presentar informe al Tribunal sobre el cumplimiento de la orden de provisión del medicamento.

XX) Que la diligencia de las partes y el cumplimiento de los plazos procesales aplicables a la acción de amparo (Ley 4915) permitirán dar finiquito al conflicto de intereses en un tiempo breve y razonable, correspondiendo dar a la cuestión de salud preferente despacho.

Finalmente, cabe aclarar que las cuestiones que se susciten con relación al cumplimiento de la orden provisional, serán resueltas en el presente proceso y por las disposiciones aplicables sobre ejecución de sentencia.

Así voto.-

Atento el resultado de los votos emitidos por mayoría, normas legales citadas y proveído de fs. 202,

SE RESUELVE:

No hacer lugar a la medida cautelar solicitada en autos, sin imposición de costas.

Protocolizar, dar copia y hacer saber.

Firmado: Sánchez Gavier, Humberto Rodolfo, Vocal de Cámara; Ortiz de Gallardo, María Inés del Carmen, Vocal de Cámara; y de Guernica, Cecilia María, Vocal de Cámara.

\_\_\_\_\_

## **Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de 5ta Nominación Poder Judicial de la Provincia de Córdoba**

**Causa: A, L. E. – Demanda de limitación de capacidad – Cuerpo de Copia – Expte. 6534302**

AUTO NUMERO: 190.  
CORDOBA, 06/09/2017.

Y VISTOS: Estos autos caratulados “A., L. E. – DEMANDA DE LIMITACION DE CAPACIDAD- CUERPO DE COPIA- Expte. N° 6534302” venidos del Juzgado de Primera Instancia y Décimo Segunda Nominación en lo Civil y Comercial, con motivo del recurso de apelación deducido en subsidio de la reposición en contra

---

### **ROL DEL CURADOR PROVISORIO Y POSIBILIDAD DE REALIZAR UNA TRANSACCIÓN EN NOMBRE DE SU REPRESENTADO DESDE LA “PERSPECTIVA DE VULNERABILIDAD”**

ROLE OF THE PROVISIONAL CURATOR AND POSSIBILITY OF CARRYING OUT A  
TRANSACTION ON BEHALF OF HIS / HER REPRESENTED FROM THE “PERSPECTIVE OF  
VULNERABILITY”

---

GISELA M. CAFURE<sup>1</sup>

---

*Fecha de recepción: 01/10/2017*

*Fecha de aceptación: 20/10/2017*

#### RESUMEN

A través de un reciente fallo dictado por la Excm. Cámara Quinta de Apelaciones en lo Civil y Comercial de la ciudad de Córdoba, se resolvió que el juez competente para entender en un proceso de limitación de capacidad debe otorgar autorización judicial al curador provisorio de una persona en estado vegetativo para suscribir un acuerdo arribado en un proceso de daños y perjuicios en nombre de su representado, conjuntamente con la Asesora letrada que reviste el carácter de representante complementaria.

#### ABSTRACT

Through a recent ruling issued by the Hon. 5th Chamber of Appeals in Civil and Commercial Matters of the city of Córdoba, it was decided that the competent judge to understand in a capacity limitation process must grant judicial authorization to the provisional curator of a person in a vegetative state to sign an agreement arrived at in a process of damages on behalf of their represented, jointly with the Legal Advisor that has the character of complementary representative.

---

<sup>1</sup> Abogada y Magister en Derecho y Argumentación (Universidad Nacional de Córdoba). Profesora de Economía, Cátedra “A”, de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba.

Secretaría del Juzgado de Primera Instancia y 31° Nominación en lo Civil y Comercial de la Ciudad de Córdoba del Poder Judicial de la Provincia de Córdoba.

del decreto de fecha cuatro de agosto de dos mil diecisiete (fs. 59) mediante el cual se dispuso: “CORDOBA, 04/08/2017. Incorpórese para agregar. A fs. 52: al comparendo de la Sra. M.M.G.: acredite el vínculo invocado y se proveerá. A la demanda de declaración de limitación de capacidad, ocurra por la vía que corresponda. Al punto VII: Atento a que la autorización solicitada excede el marco del presente proceso: no ha lugar por improcedente. A fs. 58: Agréguese. Atento a que la autorización solicitada excede el marco del presente proceso: no ha lugar por improcedente”.

#### Y CONSIDERANDO:

Contra el decisorio mencionado, el Dr. Ignacio Suchetti, apoderado del peticionante, interpuso recurso de reposición en subsidio del de apelación, y siendo denegado el primero y concedido el segundo, se radicaron los presentes por ante este Tribunal, en donde se cumplimentaron los trámites de ley.

El Dr. Ignacio Suchetti expresa agravios a fs. 74/76. Tras efectuar una relación de lo acontecido en la causa y referirse al decreto impugnado y a los argumentos para el rechazo de la reposición, sostiene que ambos pro-

.....

Palabras clave: Curador provisorio, Transacción, Perspectiva de vulnerabilidad, Delimitación de capacidad  
Keywords: Interim Curator, Transaction, Vulnerability Perspective, Capacity Delimitation

## I. El caso

En el caso reseñado<sup>2</sup>, el Sr. R.R.A., en su carácter de curador provisorio con facultades de representación de su hijo, L.E.A. - quien, tras haber sufrido un accidente se encontraba en estado vegetativo e internado en un nosocomio en grave estado de salud- solicitó junto a M.M.G. la declaración de incapacidad de Sr. L.E.A. y la designación de los comparecientes como curadores para actuar en forma conjunta o indistinta, además de requerir autorización judicial para que el Sr. R.R.A. realizara un acuerdo transaccional en el juicio de daños y perjuicios respectivo, en nombre de L.E.A.

Frente a tal pedido, el Juzgado de 1º Instancia y 12º Nominación en lo Civil y Comercial dispuso que, a los fines de la declaración de incapacidad, la parte debía acudir por la vía que correspondiera y rechazó la solicitud de la autorización ya aludida, por exceder el marco del proceso de nombramiento de curador provisional.

Contra dicho proveído se interpuso formal recurso de reposición -con apelación en subsidio- en virtud del cual el Tribunal revocara parcialmente su resolución, dando trámite al pedido de limitación de capacidad, pero rechazando lo relativo a la autorización, por cuanto la parte no se había agraviado expresamente con respecto a ese tema.

Concedida la apelación, la Excm. Cámara Quinta de Apelaciones en lo Civil y Comercial de la ciudad de Córdoba, hizo lugar a la pretensión de la recurrente, conforme a los argumentos que se analizarán a continuación.

## II. Fundamentos de la Sentencia

### 1. Perfil del Juez

En primer término, se pone de relieve que en aquellos casos en los que se encuentren implicados derechos de personas en estado de vulnerabilidad, el Juzgador debe desempeñar un rol activo y protector, a los fines de proporcionar soluciones que de una mane-

<sup>2</sup> Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de 5ta Nominación: “A., L. E. - Demanda de limitación de capacidad - Cuerpo de copia”, Auto N° 190, 06/09/17.

veídos son equivocados. Puntualiza que en el decreto del 04/08/2017 el Tribunal decide rechazar el pedido de autorización para realizar un acto de disposición por parte del curador provisorio porque considera que dicho pedido excede el marco del proceso en el cual se solicita. Señala que, si bien el decreto es sumamente limitado en cuanto a la fundamentación que brinda, incumpliendo el deber impuesto en el art. 117 inciso 2 in fine del CPC, se deduce que excede el marco del presente proceso porque no se trata de una declaración de incapacidad sino de una designación provisorio de curador. Refiere que el pedido de declaración de incapacidad debe iniciarse por mesa general de entradas y, en el marco de ese proceso, solicitar la autorización para un acto de disposición.

Afirma que para el Tribunal ambas cuestiones (la admisión del trámite de declaración de incapacidad y el tratamiento del pedido de autorización para realizar un acto de disposición por parte del curador) están vinculados, de modo que al rechazar el primero tuvo que rechazar el segundo. Considera que este razonamiento es errado ya que al designar curador provisorio al Sr. A., se le está otorgando provisoriamente facultades de administración y conservación de bienes y nada impide que el Tribunal autorice un acto de disposición si es

ra rápida y eficiente efectivicen la tutela consagrada en las leyes. Para ello, debe atender a una serie de requerimientos exigidos por la normativa nacional e internacional, además de tener en miras ciertos principios propios a la luz de los cuales han de resolverse las cuestiones suscitadas en el marco de un proceso de delimitación de capacidad.

## 2. Marco jurídico

En estos casos, es necesario considerar no sólo el esquema legal suministrado por las normas procesales y sustanciales del derecho interno vigente en nuestro país, sino también los preceptos contenidos por numerosos Tratados internacionales de Derechos Humanos que, de acuerdo a lo prescripto por el art 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, detentan jerarquía constitucional.

Siguiendo ese orden de ideas, se impone que el Juez no sólo efectúe un control de constitucionalidad de las normas aplicables al supuesto de hecho en cuestión, sino que además debe llevar a cabo el control de convencionalidad, tal como lo ha receptado el Código Civil y Comercial de la Nación en su primer artículo<sup>3</sup>, esto es, verificar que la ley nacional resulte conforme a la norma internacional. En tal sentido, el decisorio bajo análisis enfatiza la vigencia de *“Las 100 Reglas de Brasilia”*, receptadas mediante la Acordada N° 5/2009 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, apuntando que tales directivas aportan valiosas pautas interpretativas que el juez debe merituar.

## 3. Acceso a la justicia

Resulta crucial señalar que el decisorio de segunda instancia precisa el verdadero alcance del *“acceso a la justicia”*, indicando que éste *“(…) no se consume con el sólo ingreso de la causa al poder judicial, sino con una respuesta rápida y eficiente por parte de dicho poder, que... solucione a ese ciudadano las falencias que el sistema le genera; y que obviamente garantice la “tutela efectiva de ese derecho que ha sido vulnerado”*. De esta manera, no resulta suficiente la mera posibilidad de acudir al órgano jurisdiccional e iniciar la acción judicial respectiva; es necesario además que el sistema brinde una solución adecuada al caso, en aras de preservar debidamente los derechos de las personas que recurren a él. Con relación a este punto, las Reglas de Brasilia insisten en la necesidad de tomar los recaudos procesales pertinentes para garantizar el acceso real a la justicia de aquellas

<sup>3</sup> Art. 1° del C.C.C.N.: “Fuentes y aplicación. Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte. A tal efecto, se tendrá en cuenta la finalidad de la norma....”.

claramente ventajoso para el damnificado, pues esas son las tareas que debe cumplir un curador: administrar y- con autorización del Tribunal -disponer.

Señala que si fuera que solo en el marco del proceso de limitación de la capacidad existiera la posibilidad de que el curador provisorio realice un acto de disposición no se entiende como el Tribunal A quo hizo lugar al recurso de reposición referido a la admisión de la demanda de limitación de capacidad, pero lo rechazara en lo referido al pedido de autorización para realizar la transacción. Arguye que los motivos dados por el Tribunal son meramente formales; ya que fundamenta el rechazo de la reposición en la falta de fundamentación del recurso. Considera, por el contrario, que se realiza un embate certero de los errores de la resolución judicial. Refiere que el Tribunal no puede mantener el decreto porque si, si claramente los motivos en que se fundaban desaparecieron. Expresa que si el fundamento “excede el marco del presente proceso” desaparece, porque cambio y se amplió el marco del presente proceso, el decreto no puede ser mantenido.

Esgrime que, tanto en el proceso de designación del curador como en el proceso de declaración de incapacidad, corresponde que el Tribunal analice los pedidos de autorización para realizar actos de disposición y,

.....

personas que se encuentran en situación de vulnerabilidad, por ejemplo, debido a su estado físico o mental.

#### **4. Perspectiva de vulnerabilidad**

Este parámetro justifica, al decir del fallo, la simplificación de los procesos y la flexibilización de las formas, cuando se encuentran afectados derechos de personas con discapacidad. Así, se estima conducente priorizar la resolución de estos casos, a fin de evitar dilaciones que conlleven a un eventual perjuicio de los involucrados, además de la necesidad de generar una “sensibilización” de los funcionarios judiciales y magistrados, sin que ello implique menoscabar la garantía del debido proceso. En efecto, frente a situaciones en las cuales se encuentran en juego derechos esenciales de sujetos vulnerables, el fin tuitivo debe primar sobre las formalidades y la celeridad se ha de imponer en el trámite, preservando siempre y a todo evento la plena regularidad del proceso.

Siguiendo ese orden de ideas, se destacó que, si bien “(...) en un lineamiento netamente técnico y formal le asistiría razón a la juez de primer grado... cuando rechaza el recurso de reposición contra el dictado del pedido de autorización fundado en que en forma explícita el recurrente no se habría agraviado por esta parte del decreto”, desde la “perspectiva de vulnerabilidad”, pese a la omisión de la parte, el rechazo del pedido de autorización debía interpretarse como una consecuencia necesaria de haber impreso trámite a la limitación de incapacidad. Asimismo, los Vocales resaltaron que de acuerdo a lo previsto por el art. 34 del Código Civil y Comercial, durante el proceso de limitación a la capacidad el juez debe ordenar las medidas necesarias para garantizar los derechos personales y patrimoniales de la persona, muchas veces, de oficio, por lo que el bienestar de la persona vulnerable ha de ser el objetivo primordial de este tipo de actuaciones, prevaleciendo aun cuando implique atenuar la exigibilidad de ciertos recaudos propios del formalismo ritual.

#### **5. Rol del curador provisorio**

De acuerdo al art. 138 del Código Civil y Comercial de la Nación “(...) la principal función del curador es la de cuidar a la persona y los bienes de la persona incapaz y tratar de que recupere su salud. Las rentas de los bienes de la persona protegida deben ser destinadas preferentemente a ese fin”. Con respecto a este punto, ha sostenido prestigiosa doctrina que: “(...) la recuperación de la salud” a la que alude el artículo (...) no puede entenderse

en su caso, los apruebe o no. Hace presente que el Sr. L. A., se encuentra internado en el Hospital Municipal de urgencia en grave estado de salud. Explica que debido al largo tiempo que lleva la internación y atento la familia carecer de los medios económicos para trasladarlo a un mejor lugar el paciente se deteriora día a día, habiendo sido operado tres veces por las escaras. Denuncia falta de rehabilitación neurológica.

Antes de abordar la resolución de este caso en particular, estimo necesario realizar algunas consideraciones sobre el perfil del juez para resolver en las causas donde se encuentran implicados reclamos o derechos de justiciables en estado de vulnerabilidad.

En la República Argentina se ha dado jerarquía constitucional a una serie de Tratados Internacionales de Derechos Humanos en la Reforma Constitucional del año 1994, estando éstos a la misma altura que la Máxima Ley, en virtud del Art. 75 Inc. 22, “de tal forma que los tratados de derechos humanos que poseen jerarquía constitucional, acompañan a la Constitución y son los establecidos expresamente por el art. 75, inc. 22. (Cfr. BUSTAMANTE CANO, María Noeli (2001): Acceso a la justicia. El Pacto de San José de Costa Rica y los Derechos Humanos (Evolución de los criterios de la Corte Suprema de Justicia de la Nación), Buenos Aires,

.....

*en otro sentido que no sea la garantía del mejor nivel de salud integral, en consonancia con las disposiciones de la Ley nacional de Salud Mental y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. (...) El primer destino de inversión de los fondos debe guardar relación con la prestación de una mejor calidad de atención(...)”<sup>4</sup>.*

En ese marco, el fallo bajo análisis precisó que, si bien el padre de la persona vulnerable sólo detentaba la calidad de curador provisorio, existían ciertas razones -fácticas y normativas- que justificaban la decisión de conceder la autorización requerida por éste a los fines de formalizar una transacción en nombre de su protegido, sin necesidad de esperar a su nombramiento con carácter definitivo, a saber:

- La urgencia del caso: esto es, la premura impuesta por las circunstancias, en especial, el delicado estado de salud de L.E.A.;
- La prescripción contenida en el art. 114 del C.C.C.N. (aplicable en función del art. 138 del mismo cuerpo legal): toda vez que los actos realizados por el curador antes del discernimiento de la curatela quedan confirmados por el nombramiento, si de ello no resulta un perjuicio para el protegido; y
- Lo dispuesto por el art. 121 inc. E del C.C.C.N.: ya que entre los actos que pueden ser solicitados, pero que requieren autorización judicial, se encuentra el de “*hacer transacciones*”.

Conforme a todo lo expresado, se consideró pertinente el pedido efectuado por la parte recurrente, reconociendo al curador provisorio la facultad de suscribir en tal carácter un acuerdo arribado en el proceso de daños y perjuicios, en representación del Sr. L.E.A., conjuntamente con la Asesora letrada interviniente como representante complementaria y debiendo depositarse el dinero correspondiente al Sr. L.E.A en una cuenta judicial a la orden del juez, a sus efectos.

### III. Conclusiones

Actualmente, las personas en cuyo interés se inician procesos de delimitación de capacidad, se encuentran frente a un cúmulo de derechos y prerrogativas consagrados por la legislación nacional y supranacional; sin embargo, es necesario que tales prescripciones

<sup>4</sup> FERNANDEZ, Silvia E. en HERRERA, Marisa, CAMELO, Gustavo, PICASSO, Sebastián (directores): “Código Civil y Comercial de la Nación Comentado”, T. 1, p. 269 [www.sajj.gov.ar](http://www.sajj.gov.ar)

La Ley Online AR/DOC/497/2001. P. 2).

Estos virajes han llevado a un cambio de paradigmas, porque los Jueces no sólo deben juzgar a la luz del control de constitucionalidad, sino que deben ampliar el control hasta llegar a que los actos se encuentren de acuerdo con estos Tratados, en lo que se ha dado en llamar “Control de Convencionalidad”, hoy plenamente receptado en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.

En este orden de ideas, cabe destacar que el Estado Argentino forma parte del Sistema Interamericano y está sujeto como cualquier otro Estado al cumplimiento de los compromisos asumidos, como así también que debe cumplir con las normas de este esquema regional, que integran el bloque de constitucionalidad nacional. Sabemos claramente que “los organismos del Sistema Interamericano se han pronunciado reiteradamente en torno al acceso a la justicia, considerándolo uno de los fundamentales no sólo de la Convención Americana, sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática. (Cfr. PÉREZ CURCI, Juan Ignacio (2014): Derecho de acceso a la justicia en el sistema interamericano de derechos humanos, Buenos Aires, La Ley Online AR/DOC/1755/2014. P. 1).

.....

tengan una aplicación real y adecuada en la práctica, por parte de las distintas autoridades involucradas, a fin de no tornarse meras declaraciones carentes de efectividad y eficacia. En ese sentido, considero que el fallo bajo análisis ha proporcionado sólidos argumentos para justificar la habilitación del curador provisorio a los efectos de suscribir un acuerdo económico en beneficio de su protegido, señalando que en este tipo de procesos se requiere que los jueces adopten un rol activo, marcado por un fuerte compromiso, sensibilidad social y flexibilización de las formas. En efecto, tratándose de personas en estado de vulnerabilidad, se impone extremar los recaudos para que su paso por el sistema de justicia signifique la concreción de sus derechos y no la exigencia de formalismos que los dejen desprovistos de la protección que les corresponde.

---

Es necesario, entonces, resignificar a este derecho, el que “impone la exigencia de tornar efectivas las garantías constitucionales de igualdad y debido proceso que implican la tutela de los derechos para todos los habitantes, sin trabas y a resguardo de restricciones, obstáculos y menoscabos.

Hoy en día, la Justicia sigue haciendo hincapié en muchas de sus decisiones en el ámbito interno, que sumado a pruritos formales, termina dejando de lado normas que, si bien son supraestatales, forman parte también del esquema legal que es posible utilizar para solucionar los conflictos.

En este contexto, como ya lo mencionáramos, el Código Civil y Comercial en la República Argentina ha sentado las bases para la interpretación de las causas que se someten a su competencia, en los tratados internacionales y en particular en el respeto a los derechos humanos. Dentro del amplio marco de la protección de dichos derechos, se encuentran los de las personas con alta vulnerabilidad, como son: los niños, niñas y adolescentes, las personas con restricción a la capacidad mental, los discapacitados, los adultos mayores, las personas víctimas de violencia, los enfermos y los pobres, a los cuales “Las 100 Reglas de Brasilia” han tratado de amparar y custodiar de manera particular.

## PROCESO JUDICIAL CON PERSPECTIVA DE VULNERABILIDAD

### TRIAL PROCESS WITH VULNERABILITY PERSPECTIVE

Laura Alesso<sup>1</sup> y María Guadalupe Neder<sup>2</sup>

*Fecha de recepción: 28/10/2017*

*Fecha de aceptación: 09/11/2017*

#### RESUMEN

Uno de los grandes desafíos del servicio de justicia es el de garantizar por medio de sus operadores, la promoción de medidas necesarias a los fines de favorecer el acceso a la justicia de las personas en condiciones de vulnerabilidad. El auto que a continuación se comenta, es una manifestación de ello.

De esta manera, así como en los supuestos de violencia contra la mujer por cuestiones de género, el juez tiene la obligación legal de valorar la prueba con perspectiva de género; o de similar manera, en casos de derechos del consumidor, el de resolver a la luz de la regla “in dubio pro consumidor”; o el “in dubio pro trabajador” en derecho laboral; en el caso que se comenta veremos cómo puede aceptarse simplificaciones de procesos y flexibilizaciones en las formas en los que estén involucradas personas con discapacidad o problemas de salud, a través de la tarea de los jueces de fallar con perspectiva de vulnerabilidad sin perder de vista, claro está, las reglas del debido proceso<sup>3</sup>.

#### ABSTRACT

One of the great challenges of the justice service is to guarantee, through its judicial agents, the promotion of necessary actions in order to stimulate the access to justice for people in conditions of vulnerability. The case-law that is commented next, is a

<sup>1</sup> Abogada (Universidad Nacional de Córdoba); Auxiliar del Poder Judicial de la Provincia de Córdoba; Maestranda de Derecho Procesal (Universidad Siglo 21); Miembro de FUNDEPS - <http://www.fundeps.org>. Correo electrónico: mlauraalesso@gmail.com.

<sup>2</sup> Abogada (Universidad Nacional de Córdoba); Auxiliar del Poder Judicial de la Provincia de Córdoba; Maestranda de Derecho Procesal (Universidad Siglo 21); Adscripta de la cátedra de Derecho de Familia y Sucesiones (Universidad Católica de Córdoba). Correo electrónico: mariaguadalupepender@gmail.com.

<sup>3</sup> Sentencia de la Cámara Quinta de Apelaciones en lo Civil y Comercial de la ciudad de Córdoba, en autos “A.L.E. - Demanda de limitación de capacidad”.

La luz que nos brindan hoy los índices de marginalidad, de alfabetización, de crecimiento del desempleo, de falta de atención en el cuidado de la salud -y ni que hablar de la violencia doméstica- , entre otros, nos dan la pauta para comprender por qué el acceso a la justicia debe ser asegurado al justiciable, porque no puede haber voz que clame justicia y que no sea oída.

Así las cosas, debemos partir de la premisa que el llamado “acceso a la justicia” no se consuma con el sólo ingreso de la causa al poder judicial, sino con una respuesta rápida y eficiente por parte de dicho poder, que como decimos solucione a ese ciudadano las falencias que el sistema les genera; y que obviamente garantice la “tutela efectiva de ese derecho que ha sido vulnerado”.

A través de estas Reglas de Brasilia, surgen una serie de recomendaciones originadas del debate en foros conformados por los propios jueces. Es cierto que no se trata en sentido estricto de una norma elaborada por un órgano legislativo, en la República Argentina estas recomendaciones han sido receptadas con posterioridad en la Acordada N° 5/2009 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Si bien esto podría provocar alguna controversia respecto de su operatividad, incluso su articulación con normas en sentido formal, en tanto que

.....  
 manifestation of it.

Thus, as in assumptions of violence against women due to gender issues, the judge is legally obliged to assess the evidence from a gender perspective; or similarly, in cases of consumer rights, the obligation to decide under the rule of “in dubio pro consumidor”; or the “in dubio pro trabajador” rule in employee law; based on this case, we will see how simplifications of the process and flexibility in formalities can be accepted when people with disabilities or diseases are involved, through the judges’ task to decide with a perspective of vulnerability but also applying the rules of due-process.

Palabras Claves: Derecho a la Salud, Proceso Judicial, Personas con discapacidad, Perspectiva de Vulnerabilidad, Excesivo formalismo

Key Words: Health’s rights, Trial Process, Vulnerable people, Vulnerability perspective, Formal excess

## I. Introducción: la constitucionalización del derecho

Asistimos, en los tiempos que corren a un cambio de paradigma, a razón del impacto en el derecho argentino de la jerarquización constitucional de varios tratados internacionales de derechos humanos. Es a partir de la reforma constitucional del año 1994, que se han adoptado una abundante cantidad de normas inclusivas e igualitarias reconociendo derechos sociales, económicos, culturales, civiles y políticos con especial énfasis en las personas con alta vulnerabilidad.

En este contexto, del “estado constitucional de derecho”<sup>4</sup>, ha tenido lugar la reforma de nuestro Código Civil y Comercial que traduce y detalla la racionalidad de la constitución en el derecho privado, exigiendo a los jueces juzgar -en consonancia con el cambio de paradigma aludido- no solo a luz de la mentada constitución, sino también de las convenciones internacionales del que el país es parte, en particular en el respeto de los derechos humanos, sentando las bases para la interpretación de las causas -“diálogo de fuentes”- para buscar su sentido y valor, para obtener su expresión precisa y eficaz en el tratamiento de las relaciones jurídicas y concretar una tutela judicial efectiva.

El sistema judicial debe configurarse como un instrumento para la defensa efectiva de los derechos de las personas, en especial de las que se encuentran en condiciones de vulnerabilidad por los mayores obstáculos que se le presentan para acceder a la justicia

<sup>4</sup> FERRAJOLI, Luigi (2006): Derechos y garantías. La ley del más débil. Trotta, Madrid.

el documento incluye directivas para los poderes ejecutivo y legislativo; no hay duda que son “reglas interpretativas” que encierran valores que el juez debe meritar al momento de resolver.

En este contexto, la concepción que inspira la elaboración de las Reglas de Brasilia radica en que el sistema judicial se debe configurar como un instrumento para la defensa efectiva de los derechos de las personas en condición de vulnerabilidad. Se asume que la dificultad para garantizar la eficacia de los derechos afecta con carácter general a todos los ámbitos de la sociedad, sin embargo tal situación es aún mayor cuando se trata de personas en condición de vulnerabilidad en la medida que éstas encuentran obstáculos mayores para su ejercicio.

En cuanto a su objetivo, las Reglas de Brasilia no se limitan a establecer unas bases de reflexión sobre los problemas de acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, sino que también recogen líneas de actuación y recomendaciones para los órganos públicos y para el trabajo cotidiano de quienes prestan sus servicios en el funcionamiento del sistema judicial; para garantizar un trato adecuado a sus circunstancias particulares y las condiciones de acceso efectivo a la justicia de las personas y los grupos vulnerables, sin discriminación alguna, que permitan el pleno goce de los servicios del sistema judicial.

---

como, asimismo, por la posición en desventaja dentro del proceso judicial que deben enfrentar en atención al resto. En este contexto, resulta interesante recordar las palabras dadas por la Dra. Elena Highton de Nolasco, en el discurso de presentación del nuevo Código Civil, en cuanto a que *“éste es el tiempo de los vulnerables”*<sup>5</sup>.

Estas innovaciones textuales, han establecido los principios y los estándares para el desarrollo de varias líneas de precedentes en función de los cuales los tribunales han definido fragmentos del derecho a la salud de grupos vulnerables como los niños, las personas con discapacidad, personas con enfermedades graves, etc.

Se comentara así, un fallo reciente de la Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de 5ª Nom. de la ciudad de Córdoba, en la que el tribunal concluyó que los jueces en estas causas deben resolver con *“perspectivas de vulnerabilidad”* aceptando *“simplificaciones de los procesos y flexibilizaciones en las formas en los que estén involucradas personas con discapacidad, dando prioridad a estos casos para evitar dilaciones”*<sup>6</sup>.

## II. Análisis de los hechos del caso “A., L.E. - Demanda de Limitación de capacidad”

El padre de una persona que se encontraba en estado vegetativo solicitó ser nombrado curador provisorio. Efectuada tal designación, con posterioridad, solicitan se lo declare incapaz de conformidad con el art. 32 y ss. del Código Civil y Comercial de la Nación y se designe curador tanto a su progenitor como a su conviviente para que actúen en forma conjunta o indistinta. Asimismo, solicitaron que a los fines de contar con dinero suficiente para iniciar los tratamientos de rehabilitación neurológica por parte del beneficiario de la medida, se conceda autorización especial al curador provisional (padre del presunto incapaz) a los fines de contar con facultades suficientes para realizar un acuerdo transaccional en el juicio de daños y perjuicios que se lleva a cabo por el accidente de tránsito que lo llevó a aquel estado.

El Tribunal frente a tal pedido resuelve: con relación a la declaración de limitación a la capacidad, que la parte ocurra por la vía que corresponda; rechazando consecuentemente la autorización para realizar un acuerdo transaccional, utilizando como argumento que la misma excede el marco del proceso de nombramiento de curador provisional. A raíz de este decisorio, la parte plantea el recurso de reposición con apelación en subsidio.

---

<sup>5</sup> Discurso del 07/4/2015 en el acto realizado en la CSJN por la implementación y entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.

<sup>6</sup> Cámara 5ta de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Córdoba: “A.L.E. - Demanda de Limitación de capacidad”

Las Reglas de Brasilia insisten en varias oportunidades en la necesidad de tomar medidas procesales acordes al objetivo de acceso real a la justicia y la consigna fundamental es que nadie debe ser privado o sesgado en el ejercicio pleno de sus garantías en juicio por razón de edad, género, estado físico o mental, así como tampoco por circunstancias sociales, económicas, étnicas o culturales.

Si bien no hay dudas que lo ideal sería la existencia de normas internas que sancionen expresamente estas reglas o recomendaciones, hasta que ello suceda debemos velar para que los procedimientos y requisitos, deban adecuarse, de manera de no constituir un impedimento para el acceso a la justicia.

En tal línea, pueden aceptarse simplificaciones de procesos y flexibilizaciones en las formas en los que estén involucradas personas con discapacidad, dando prioridad a estos casos para evitar dilaciones. Ello debe implicar también una sensibilización de los funcionarios judiciales y magistrados, a los fines que en sus resoluciones se tenga una “perspectiva de vulnerabilidad”, sin que signifique una pérdida de certeza respecto del debido proceso. En sentido similar cabe mencionar lo dispuesto en la ley provincial N° 10401 en el artículo 3 inciso e) donde se establece como pautas mínimas que debe garantizarse a las mujeres víctimas por cuestiones de género “la

El Juez de la causa, en esta oportunidad, revoca parcialmente el decreto impugnado y hace lugar a la demanda de limitación a la capacidad, pero rechaza el pedido de autorización fundado que la recurrente no se ha agraviado expresamente en cuanto a esa parte del proveído, concediendo al efecto el recurso de apelación interpuesto.

### **III. Análisis de la resolución de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Quinta Nominación**

Apelada la resolución judicial, intervino la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Quinta Nominación, la que resolvió hacer lugar al recurso y en consecuencia revocar el decreto repuesto en su parte pertinente, debiendo el juez preveniente otorgar la autorización judicial requerida.

Para así decidir, la Cámara argumentó lo siguiente:

*“En primer lugar, estimo necesario realizar algunas consideraciones sobre el perfil del juez para resolver en las causas donde se encuentran implicados reclamos o derechos de justiciables en estado de vulnerabilidad”.<sup>7</sup>*

Tras destacar el cambio de paradigma producido por la incorporación de tratados internacionales con jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22 CN), con relación al deber de los jueces de juzgar a la luz del control de constitucionalidad y de convencionalidad, advirtió que:

*“Hoy en día la justicia sigue haciendo hincapié en muchas de sus decisiones en el ámbito interno, que sumado a pruritos formales, termina dejando de lado normas que si bien son supraestatales, forman parte del esquema legal que es posible utilizar para resolver conflictos”.<sup>8</sup>*

En este contexto, destacó que el Estado Argentino, a través de la Acordada n.º 5/2009 de la CSJN, adhirió a las recomendaciones de Las 100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad que amparan y custodian de manera particular las personas con alta vulnerabilidad, como son: niños, niñas, adolescentes, personas con restricción a la capacidad mental, discapacitados, adultos mayores, víctimas de violencia, enfermos, pobres, entre otras.

Parte de la premisa que el acceso a la justicia,

<sup>7</sup> Idem.

<sup>8</sup> Idem.

amplitud probatoria y la obligación del juez de valorar la prueba con perspectiva de género...”. De manera similar en materia de derechos de los consumidores tenemos la regla “in dubio pro consumidor” o el “in dubio pro trabajador” en el derecho laboral.

Un fallo que constituye una aplicación directa de las Reglas de Brasilia, anteriormente citadas y que abre un debate controversial, es el pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que admitió un recurso extraordinario a pesar de las carencias que tenía en cuanto a su formalidad y argumentación (“Q. V. c. / IOSPER s. / Su presentación” Corte Suprema de Justicia de la Nación, 23/2/2012). En el mismo el máximo tribunal expresó que en este caso se justificaba el apartamiento del excesivo ritualismo, porque se hallaban comprometidos derechos constitucionales como la vida y la salud.

Sentadas estas premisas nos abocaremos al caso particular de esta causa, para lo cual debemos realizar un repaso de los acontecimientos.

A.-Con fecha 30 mayo del 2017 el Sr. R.R. A., solicita se lo nombre curador provisorio con facultades de representación de su hijo L. E. A., quien tras haber sufrido un accidente se encuentra en estado vegetativo desde el

.....

*“...no se consuma con el sólo ingreso de la causa al poder judicial, sino con una respuesta rápida y eficiente por parte de dicho poder, que solucione a ese ciudadano las falencias que el sistema les genera -el resaltado nos pertenece-; y que obviamente garantice la “tutela efectiva de ese derecho que ha sido vulnerado”<sup>9</sup>.*

La Cámara recalca que las reglas se constituyen como “reglas interpretativas que encierran valores que el juez debe merituar al momento de resolver una causa”; la que tienen como fin:

*“...configurar al sistema judicial como un instrumento para la defensa efectiva de los derechos de las personas en condición de vulnerabilidad, ya que éstas encuentran obstáculos mayores para su ejercicio”<sup>10</sup>.*

En consecuencia, advierte que las Reglas insisten en tomar medidas procesales acordes al objetivo de acceso real a la justicia y en esta línea pueden “aceptarse simplificaciones de procesos y flexibilizaciones en las formas en los que estén involucradas personas con discapacidad dando prioridad a estos casos para evitar dilaciones”<sup>11</sup>.

Por último, subraya que

*“debe implicar también una sensibilización de los funcionarios judiciales y magistrados, a los fines de que en sus resoluciones se tenga una “perspectiva de vulnerabilidad” sin que signifique una pérdida de certeza respecto del debido proceso”<sup>12</sup>.*

Particularidades de la causa

La Cámara sostuvo que el agravio central del recurrente se reduce al rechazo del pedido de autorización judicial al curador provisorio para que realice a nombre de su representado la transacción en el juicio de daños y perjuicios y que si bien por un lineamiento técnico y formal le asistiría razón al juez de grado, haciendo una interpretación sistémica, implicaría una denegación de justicia y una desprotección para quien se encuentra en un doble estado de vulnerabilidad frente a su estado delicado de salud y teniendo en trámite un pedido de restricción a la capacidad.

La Cámara acuña de esta manera un especial concepto, al señalar que los jueces deben resolver estos asuntos aplicando la “perspectiva de vulnerabilidad”, evitando caer en un excesivo ritualismo, afirmando que:

<sup>9</sup> Idem.

<sup>10</sup> Idem.

<sup>11</sup> Idem.

<sup>12</sup> Idem.

día 02.03.2017, a lo que se imprime trámite por decreto de fecha 05.05.2017 (fs.21) y habiendo prestado consentimiento la conviviente del Sr. L. E. A., y también la Asesora Letrada del Tercer Turno a fs. 23, se procede a dicha designación por Auto N° 291 de fecha 12 de junio del 2017 (fs.25/26 vta.). Dicho cargo es aceptado por acta de fecha 13 de junio del mismo año.

B.-Posteriormente a fs. 52/55 vta con fecha 31.07.17 comparecen los Sres. R.R.A., y la Sra. M.M.G. y solicitan se declare incapaz al Sr. L.E.A., de conformidad al art. 32 y ss del Código Civil y se designe curadores a ambos para que actúen en forma conjunta o indistinta. Asimismo, en dicho escrito solicita que a los fines de contar con dinero suficiente para iniciar los tratamientos de rehabilitación neurológica por parte del beneficiario de la medida, se conceda autorización especial al curador provisional –Sr. R. Ricardo A.,- a los fines de contar facultades suficientes para realizar el acuerdo transaccional llevado a cabo en los autos caratulados “A., R.R. y otros c/ Arena, Guillermo Nicolás-Ordinario-Daños y Perj. -Accidente de tránsito” (expte 7370709) que se tramitan ante el Juzgado de Primera Instancia y 32 Nominación en lo Civil y Comercial, y cuya copia se encuentra acompañado a fs. 36/39 vta; habiéndose agregado con posterioridad el acuerdo de honorarios que

.....

“de conformidad a lo dispuesto por las normas sustanciales y procesales el juez que entiende en el juicio de limitación a la capacidad tiene el poder-deber de dictar todas las medidas necesarias –y muchas veces de oficio- a los fines de proteger la persona y los bienes del sujeto pasivo de dicha trámite con mayor razón si dicha persona se encuentra en un estado muy delicado de salud (art. 34 CCyCN)”<sup>13</sup>.

Y que asimismo, el análisis se debe centrar en las funciones o tareas del curador, “resultando claro el art. 138, CCC en cuanto establece: cuidar a la persona y los bienes del incapaz, y tratar de que recupere su salud”<sup>14</sup>; y en la urgencia del reclamo, que obliga a tomar medidas conducentes que no pueden esperar el nombramiento con carácter de definitivo. Concluyendo que es justamente,

*“la urgencia de algunos reclamos que hace que las vías procesales deban ser más expeditas y por lo tanto con escaso margen de formalidad; más aún si la necesidad surge ab initio como inmediata”*<sup>15</sup>.

#### **IV. Las 100 Reglas de Brasilia**

En el caso reseñado se aplica las denominadas 100 Reglas de Brasilia sobre el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, como “reglas interpretativas” que encierran los valores que el juez debe merituar al momento de resolver.

Las reglas a la que alude el fallo, consisten en un documento redactado en el marco de la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana que se llevó a cabo en Brasilia durante el año 2008 y en un contexto de avances importantes en materia de derechos humanos a nivel internacional y que Federico Andreu-Guzmán y Christian Courtis las sintetizan en el reconocimiento de que “...el derecho al respeto de las garantías del debido proceso, y el derecho a la tutela judicial efectiva en caso de violación de un derecho fundamental, implican el derecho de acceso a la justicia”<sup>16</sup>, en la existencia de “...obligaciones positivas del Estado en materia de derechos humanos, destinadas a remover aquellas barreras y obstáculos de orden jurídico, social, económico y cultural que dificultan o impiden el ple-

<sup>13</sup> Idem.

<sup>14</sup> Idem.

<sup>15</sup> Idem.

<sup>16</sup> ANDREU-GUZMÁN, Federico - COURTIS, Christian: “Comentarios sobre las 100 reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad”, Comisión Internacional de Juristas, Ginebra. P.52 (Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r29269.pdf>)

obra a fs. 56.

Dichas solicitudes son proveídas por el Tribunal a fs. 60 con fecha 04.08.17 y se resuelve con relación a la declaración de limitación a la capacidad que la parte ocurra por la vía que corresponda, y se rechaza la solicitud de la autorización por exceder el marco del proceso de nombramiento de curador provisional.

C.-A fs. 61/62 vta. con fecha 08.08.17 se plantea reposición con apelación en subsidio en contra del decreto de fs. 60, dictando el Tribunal el decreto de fecha 16.08.17 por el cual se revoca parcialmente el decreto impugnado y se hace lugar al trámite del pedido de limitación a la capacidad, pero se rechaza el pedido de autorización dando con fundamento que la parte no se ha agraviado expresamente respecto a dicha parte del decreto repuesto y se concede el recurso de apelación sobre dicho tema.

Revisando los agravios expresados a fs.74, la materia discutida en el presente recurso se reduce al rechazo del pedido de autorización judicial al curador provisorio para que realice a nombre de su representado la transacción en el juicio de daños y perjuicios.

En este contexto, en principio, en un lineamiento netamente técnico y formal le asistiría razón a la juez de

.....  
*no ejercicio de los derechos humanos por parte de sus titulares...”<sup>17</sup> y la creciente toma de conciencia acerca de que “...las dificultades experimentadas por las personas para acceder a la justicia y para ejercer sus derechos se deben en parte a su pertenencia a grupos sociales en situación de vulnerabilidad”<sup>18</sup>.*

Su objetivo es el de garantizar el acceso efectivo a la justicia a las personas en condición de vulnerabilidad, sin discriminación alguna, ordenando a los servidores del sistema de justicia que otorguen a quienes se encuentre en especial situación un trato adecuado a sus circunstancias singulares; tal como se indica en la exposición de motivos, que en su parte pertinente reza:

*“El sistema judicial se debe configurar, y se está configurando, como un instrumento para la defensa efectiva de los derechos de las personas en condición de vulnerabilidad. Poca utilidad tiene que el Estado reconozca formalmente un derecho si su titular no puede acceder de forma efectiva al sistema de justicia para obtener la tutela de dicho derecho”<sup>19</sup>.*

La Corte suprema de Nación ha adherido a las mismas por medio de la acordada N° 5/2009 de fecha 24 de febrero de 2009, en donde si bien no son vinculantes, ya que no poseen fuerza ley; las mismas se erigen como un medio para argumentar en una situación determinada buscando la protección de personas de alta vulnerabilidad. Se presentan entonces, como un medio, un canal, a tener presente cuando una persona en situación de vulnerabilidad pretende acceder a la justicia.

## **V. Perspectiva de vulnerabilidad en el proceso judicial**

Si bien mucho se ha escrito en cuanto a la noción de vulnerabilidad, se hace imprescindible brindar un concepto definitorio de esta condición a la que referimos, así la Regla 3 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, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante*

<sup>17</sup> ANDREU-GUZMÁN, Federico - COURTIS, Christian: Op. Cit. P.53

<sup>18</sup> ANDREU-GUZMÁN, Federico - COURTIS, Christian: Op. Cit. P.54

<sup>19</sup> XIV Cumbre Judicial Iberoamericana : Reglas de Brasilia sobre el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, p.4 (Disponible en: <http://www.derechoshumanos.net/normativa/normas/america/ReglasdeBrasilia-2008.pdf>)

primer grado, cuando en el decreto de fs. 65 rechaza el recurso de reposición contra el dictado del pedido de autorización fundado en que en forma explícita el recurrente no se habría agravado por esta parte del decreto. Ahora bien, la parte recurrente impugna en su totalidad el decreto de fs. 52, y al expresar los agravios alude que una cuestión era consecuencia de la otra, ya que le habían denegado el pedido de declaración de incapacidad del Sr. A., y en consecuencia el pedido de autorización solicitado. Considera que al haber revocado la parte pertinente del decreto de fs. 52 y al haberse impreso el trámite al pedido de restricción o limitación a la capacidad debió el juzgador expedirse sobre el pedido que era consecuencia de dicho trámite. Ello es así ya que se había resuelto que el pedido de autorización solicitada excedía el marco de la acción que hasta ese momento se había dado trámite o sea del nombramiento de curador provisional. Ergo, si con posterioridad se revoca el decreto y se imprime el trámite de limitación de capacidad,

¿le correspondía al tribunal revisar si la petición seguía excediendo el marco de la nueva acción?

Realizando una interpretación sistémica de lo sucedido, de confirmarse la parte del decreto que alude al exceso del pedido de autorización para este trámite –insisto que hoy sería el pedido de limitación a la incapacidad–

.....

*el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico”<sup>20</sup>. En ella se pone de resalto que “la condición de vulnerabilidad no deriva de una cualidad de la personalidad sino de una situación social”<sup>21</sup>.*

Asimismo, y siguiendo a la clasificación adoptada en las Reglas, podrán constituir causas de vulnerabilidad: la edad, la discapacidad, la pertenencia a comunidades indígenas o a minorías, la victimización, la migración y el desplazamiento interno, la pobreza, el género y la privación de libertad, entre otras. Sin embargo, la determinación concreta de las personas en condición de vulnerabilidad en cada país dependerá de sus características específicas, o incluso de su nivel de desarrollo social y económico (regla n° 4).

*“La vulnerabilidad que nos ocupa, entonces, ya no es la característica natural de la vida misma, sino las consecuencias de determinada organización jurídica, política y social que hace vulnerables a ciertos grupos sociales por encontrarse en determinadas circunstancias o por poseer determinados caracteres identitarios, provocándoles un daño, lesión o discriminación, que no son vulnerables sino que están vulnerables.”<sup>22</sup>*

En este sentido, las Reglas de Brasilia procuran que el servicio de justicia promueva las condiciones necesarias para que la tutela judicial de los derechos reconocidos por el ordenamiento, respecto de quienes se encuentren en tales condiciones, sea efectiva, adoptando aquellas medidas que mejor se adapten a cada condición de vulnerabilidad. Particularmente y en lo que aquí nos atañe, En la Sección 4 – Revisión de los Procedimientos y los requisitos procesales como forma de facilitar el acceso a la justicia prevé que las reglas de procedimiento sean revisadas para facilitar el acceso a las personas en condición de vulnerabilidad, adoptando aquellas medidas de organización y de gestión judicial que resulten conducentes a tal fin.

Dentro de esta categoría se incluyen aquellas actuaciones que afectan a la regulación del procedimiento, tanto en lo relativo a su tramitación como en relación con los requisitos exigidos para la práctica de los actos procesales.

Es dable destacar por tanto, la importancia de que el poder judicial colabore en la mejora del acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, llegando en su caso a revisar las reglas procedimentales a tal fin, evitando el exceso de formalismos,

<sup>20</sup> RIBOTTA, Silvina (2012): “Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad. Vulnerabilidad, pobreza y acceso a la justicia”, en Revista Electrónica Iberoamericana Vol. 6, N° 2, Centro de Estudios de Iberoamérica, España, P. 3.

<sup>21</sup> HIRALDE, German (2015): “El Proceso en ‘el tiempo de los vulnerables’”, en Civil Procedure Review, v.6, n.3: 105-128, sept.-dec., 2015 ISSN 2191-1339, p.109 – [www.civilprocedurereview.com](http://www.civilprocedurereview.com)

<sup>22</sup> RIBOTTA, Silvina (2012): Op.Cit., P. 8.

implicaría en definitiva una denegación de justicia y una desprotección para el Sr. L. A., quien se encuentra en un doble estado de vulnerabilidad frente a su estado delicado de salud y teniendo en trámite un pedido de restricción a la capacidad.

Por otra parte, de ninguna manera puede considerarse que dicho pedido excede el ámbito de conocimiento del juez que lleva a cabo el juicio de limitación o restricción a la capacidad y que además es el que ha designado el curador provisional de la persona cuyos derechos se deben amparar.

En este estado, aplicando el principio que los jueces en estas causas deben resolver con “perspectiva de vulnerabilidad” consideramos que no debe primar el exceso de formalismo; y sin perjuicio que la parte recurrente no se haya agravado en forma expresa con relación al rechazo del pedido de autorización, debe entenderse el mismo como una consecuencia necesaria de haber impreso trámite a la limitación de incapacidad.

Ello es así ya que de conformidad a lo dispuesto por las normas sustanciales y procesales el juez que entiende en el juicio de limitación a la capacidad tiene el poder- deber de dictar todas las medidas necesarias –y muchas veces de oficio- a los fines de proteger la persona y los bienes del sujeto pasivo de dicha trámite. En tal sentido

.....

dando prioridad a estos casos, para evitar dilaciones, sin que signifique, claro está, una pérdida de certeza respecto del debido proceso. Esto es lo que se ha dado a llamar, resolver con “*perspectiva de vulnerabilidad*”.

## **VI. Breve referencia a otro fallo de los tribunales ordinarios de la ciudad de Córdoba resuelto con “perspectiva de vulnerabilidad”**

Los tribunales ordinarios de Córdoba han sido contestes en la aplicación directa de las Reglas y de la mencionada “*perspectiva de vulnerabilidad*”. En un novedoso y atinado pronunciamiento, del Juzgado de 1º Instancia Civil y Comercial y 46 nominación<sup>23</sup>, la juez a cargo, Dra. Olariaga de Masuelli, resolvió rechazar un planteo de perención de instancia promovido por la parte demandada y citada en garantía en un juicio de daños y perjuicios derivado de un accidente de tránsito, a razón de que la falta de actos de impulso se produce completamente al margen de la voluntad del litigante por encontrarse éste impedido de comparecer por sus propios medios y procurarse la representación adecuada para la tutela de sus derechos debido a su estado de salud.

La decisión se dio en el marco de una pretensión indemnizatoria como consecuencia de un accidente de tránsito, en el que el actor -menor de edad- era representado por sus progenitores y la Asesora Letrada, hasta cumplir la mayoría de edad. Acaecido aquel evento, ocurre que su estado de salud le impide el ejercicio de sus derechos por sí mismo, lo que trajo consigo una modificación en el curso regular del procedimiento, el que debía orientarse a solucionar tal circunstancia –la de procurar la representación legal adecuada- para poder seguir su derrotero normal.

Con ese devenir de los hechos y ante el anoticiamiento de que el accionante se encontraba internado en estado vegetativo, en el año 2010, el tribunal ordena la suspensión del trámite en los términos del Art. 46 tercer párrafo del CPCC., hasta tanto se acredite la designación un curador al nombrado. Desde ese entonces, la causa no tuvo movimiento hasta el 2014, oportunidad en la que la parte actora pone en conocimiento al tribunal acerca de la tramitación de la demanda de limitación de capacidad. En el 2017, la parte demandada interpone incidente de perención de instancia, alegando la inactividad mantenida por la parte actora durante el plazo legal.

<sup>23</sup> Juzgado de 1º Instancia civil y comercial y 46 nominación de la Ciudad de Córdoba - “Lidueña, Dolly Graciela y otro c/ Echague, Juan Carlos y otros - Ordinario - Daños y Perjuicios - Accidente de Tránsito”, 01/11/2017.

es claro el art. 34 del Código Civil y Comercial cuando prescribe que el juez durante el proceso de limitación a la capacidad, debe ordenar las medidas necesarias para garantizar los derechos personales y patrimoniales de la persona y con mayor razón si dicha persona se encuentra en un estado muy delicado de salud.

Así las cosas, si nos encontramos frente a un pedido de autorización judicial del curador provisorio, en primer lugar nos debemos centrar en las tareas o funciones del curador en estos trámites, resultando claro a tal fin el art. 138 del CCCN cuando establece: “la principal función del curador es la de cuidar a la persona y los bienes de la persona incapaz, y tratar de que recupere su salud...” Agregando el artículo que las rentas de los bienes de la persona protegida deben ser destinadas preferentemente a ese fin.

El tema de la “recuperación de la salud” no puede entenderse en otro sentido que no sea la garantía del mejor nivel de salud integral, en consonancia con las disposiciones de la Ley nacional y provincial de salud mental y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Asimismo, la referencia a la aplicación a las rentas de los bienes de la persona debe interpretarse en sentido armónico. El primer destino de inversión de los fondos debe guardar relación con la prestación de una mejor calidad de atención y, así, por ejemplo,

---

El Tribunal actuante, a la hora de resolver tal planteo, analizó que en el caso lo que se encontraba en juego era la falta de capacidad procesal del actor para el ejercicio de su derecho de defensa en juicio por sus propios medios, encontrándose por tanto en condiciones de vulnerabilidad, delimitando un marco de interpretación normativa que se apoyó principalmente en la custodia de los derechos de las personas que se encuentran en situación de vulnerabilidad, aludiendo expresamente a la Convención Interamericana de Derechos Humanos y a las “Reglas de Brasilia sobre acceso a la Justicia de las personas en condición de vulnerabilidad”.

Así, la Jueza de la causa argumentó que:

*“...la protección al interés del sujeto en condiciones de vulnerabilidad resulta un principio jurídico que debe funcionar como garantía en cuanto es un vínculo normativo idóneo para asegurar la efectividad de los derechos subjetivos, como norma de interpretación y/o resolución de conflictos jurídicos, y orientación o directriz para la aplicación de las normas procesales en el caso concreto”<sup>24</sup>.*

De este modo, expuso que:

*“...entre la regla del derecho y el poder discrecional del juez median directivas que implican un límite al momento de decidir, en el que debe primar la interpretación de la norma más adecuada al interés de quien sufre alguna limitación en su capacidad, que le impide el ejercicio de sus derechos por sus propios medios”<sup>25</sup>.*

La magistrada destacó la importancia de que el poder judicial colabore en la mejora del acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad e indicó que “...las particulares características del proceso en cuestión ameritan a juicio del tribunal adoptar un criterio restrictivo de análisis de esta forma anormal de conclusión del proceso”<sup>26</sup>. Por todo ello, y con apoyatura en lo normado en el art. 340 del CPCC; los presupuestos y principios de actuación aplicables para la efectiva protección de los derechos de las personas en condiciones de vulnerabilidad; el carácter restrictivo del instituto analizado; la suspensión ordenada por el Tribunal en los términos del Art. 46 tercer párrafo del CPCC; las circunstancias particulares que rodean el caso en relación a la falta de capacidad procesal del actor –consecuencia de su grave estado de salud–; y la imperiosa necesidad de procurarle una representación adecuada, condición ésta que resulta indispensable

---

<sup>24</sup> Idem.

<sup>25</sup> Idem.

<sup>26</sup> Idem.

favorecer el tratamiento de salud en ámbitos privados que garanticen un seguimiento más frecuente, mayor facilidad o celeridad en el acceso y amplitud de prestaciones (cfr Código Civil y Comercial de la Nación, Editorial INFOJUS, Tomo I, pag. 272); que es en definitiva lo que pretende el solicitante de la autorización, a través del dinero que le ingresaría a su protegido por intermedio de la transacción que venimos referenciando. Si bien en el presente caso, el padre del protegido ha sido denominado “curador provisional”, sería en un lenguaje jurídico correcto un curador especial designado a los fines de la representación provisoria de la persona en juicios o procesos con contenido patrimonial.

De otro costado, es cierto que el Sr. A., reviste hasta el presente el carácter de curador provisional o mejor dicho provisorio, pero la urgencia del tema de marras, nos obliga a tomar las medidas conducentes que no pueden esperar el nombramiento del mismo con carácter de definitivo, en caso de corresponder. De todas formas, resultando aplicable las normas de la tutela (art. 138 CCN), el art. 114 dispone en estos casos, que los actos realizados por el curador antes del discernimiento de la curatela quedan confirmados por el nombramiento, si de ello no resulta un perjuicio para el protegido.

---

para la continuación de la causa, en respeto al derecho de defensa en juicio; concluye con rechazo del incidente articulado.

## VII. Conclusión

El caso comentado da muestra de que las garantías de la defensa efectiva de los derechos de las personas no son solo palabras; como se dijo al principio, el servicio de justicia ha de promover las condiciones necesarias para que la tutela judicial de los derechos reconocidos por el ordenamiento sea efectiva, asegurando con mayor ahínco el acceso a la justicia de las personas en condiciones de vulnerabilidad, por los mayores obstáculos que se le presentan y por la posición en desventaja dentro del proceso judicial que deben enfrentar en atención al resto. En este sentido, las Reglas de Brasilia ofician como “reglas de interpretación” que encierran valores que el juez debe merituar al momento de resolver, propiciando la toma de medidas procesales acordes al objetivo de acceso real a la justicia.

Por lo que se espera, que los jueces en estas causas, resuelvan con “perspectiva de vulnerabilidad”:

“Asumir y superar la vulnerabilidad que niega a tantos el ingreso al rango de sujetos de derecho requiere la apertura a nuevos paradigmas epistemológicos para el discurso jurídico... y de un Poder Judicial que no renuncie, bajo ninguna circunstancia, a su responsabilidad de controlar que las garantías no sean solo palabras.”<sup>27</sup>

Sobre este punto, es destacable la labor de la justicia cordobesa que demuestra cada día, de manera creciente, su compromiso en el abordaje de la temática, cumpliendo así con los mandatos internacionales. Esto puede verse reflejado paulatina y progresivamente en sus resoluciones judiciales.

Como dice, Eduardo Galeano, (...) son cosas chiquitas. No acaban con la pobreza, no nos sacan del subdesarrollo, no socializan los medios de producción y de cambio, no expropián las cuevas de Alí Baba. Pero quizá desencadenan la alegría de hacer, y la traduzcan en actos. Y al fin y al cabo, actuar sobre la realidad y cambiarla, aunque sea un poquito, es la única manera de probar que la realidad es transformable (...).

---

<sup>27</sup> RUIZ, Alicia E. C. (2011): “Violencia y Vulnerabilidad” en Revista Institucional de la Defensa Pública de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, P. 13/22.

Por otra parte, y en cuanto al objeto de la autorización solicitada, que implica el otorgarle al curador provisorio facultades suficientes para formalizar una transacción, el art. 121 del CCCN en su inciso e) (aplicable por la remisión del art. 138 mencionado) establece dentro de los actos que pueden ser solicitados pero que requieren autorización judicial el de “hacer transacciones”.

En conclusión resulta obvio que la urgencia de algunos reclamos hace que las vías procesales deban ser más expeditas y por lo tanto con escaso margen de formalidad; más aún si la necesidad surge abinitio como inmediata (Cámara Civil y Comercial Federal, sala III, 11/12/2014, M.P.E.E.c/ Vitas s/ amparo).

Por todo lo expuesto, y sumado al interés de la Defensora complementaria (ver escrito de fs.87) a que se otorgue de manera urgente la autorización solicitada por el curador provisorio a los fines de poder suscribir el acuerdo transaccional, corresponde revocar el decreto de fs. 59 en la parte pertinente, debiendo el juez competente para entender en el juicio de limitación de la capacidad otorgar la autorización judicial al Sr. R. A., a los fines de suscribir como curador provisorio el acuerdo arribado en el proceso de daños y perjuicios, conjuntamente con la Asesora Letrada que interviene como representante complementaria, debiendo ordenar a sus efectos la apertura de una cuenta judicial a los fines que el dinero de dicho acuerdo correspondiente al Sr.L. A., sea depositado a la orden del mismo juez, a sus efectos. Todo sin costas teniendo en especial consideración la naturaleza de la cuestión debatida.

Por todo ello.-

SE RESUELVE:

I) Hacer lugar al recurso de apelación en subsidio y en consecuencia revocar el decreto de fs. 59 en la parte pertinente, debiendo el juez competente para entender en el juicio de limitación de la capacidad otorgar la autorización judicial al Sr. R. A., a los fines de suscribir como curador provisorio el acuerdo arribado en el proceso de daños y perjuicios, conjuntamente con la Asesora Letrada que interviene como representante complementaria, debiendo ordenar a sus efectos la apertura de una cuenta judicial a los fines que el dinero de dicho acuerdo correspondiente al Sr. L. A., sea depositado a la orden del mismo juez, a sus efectos.

II) Sin costas teniendo en especial consideración la naturaleza de la cuestión debatida. Protocolícese, hágase saber y bajen.

Firmado: Aranda, Rafael, Vocal de Cámara; Zalazar, Claudia E., Vocal de Cámara; y Ferrer, Joaquín Fernando, Vocal de Cámara.

---



---

## **4. RESEÑAS DE JURISPRUDENCIA**

---



## PROGRAMA FEDERAL INCLUIR: COMPETENCIA ATRIBUIDA A LOS TRIBUNALES PROVINCIALES

INCLUIR FEDERAL PROGRAM: GRANTED COMPETITION TO STATES COURTS

---

PAOLA RUIZ<sup>1</sup>

---

**Datos de la sentencia:**

**Autos:** Salvatierra, Mario Osvaldo c/ Ministerio de Salud (Programa Incluir salud)

**Tribunal:** Corte Suprema de Justicia de la Nación

**Jueces:** Dres. Ricardo Luis Lorenzetti, Elena Highton de Nolasco, Juan Carlos Maqueda, Horacio Rosati y Carlos Fernando Rosenkrantz

**Tipo de proceso:** Amparo

**Fecha de resolución:** 27 de diciembre de 2016

**Síntesis de la causa:**

En autos, se dilucida una cuestión de competencia negativa para entender en una acción de amparo entre la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo de San Martín de la provincia de Buenos Aires y el Juzgado Federal N° 1 de San Martín. El amparista, domiciliado en el partido de Merlo de la provincia de Buenos Aires, persigue el suministro de la medicación correspondiente al padecer la enfermedad de maculopatía diabética. Por lo que dirige su acción en contra del Ministerio de Salud Local (Programa Incluir Salud - ex PROFE) y en contra del Ministerio de Salud de la Nación.

La Sra. Procuradora Fiscal subrogante al dictaminar sobre el asunto, señala que, el caso de autos se asemeja, entre otros, a lo decidido en autos "Host, Enrique c/ PROFE s/ prestaciones médicas" del 17/03/2015 y en "Tito, Margarita c/ Ministerio de Salud - PROFE s/ acción de amparo", del 13/09/16, ambos resueltos por la CSJN. En estos citados, se había resuelto que la competencia para entender en los casos de los beneficiarios del Programa Profe -actual Incluir- recaía en los tribunales locales de la provincia. Ello en orden a que, si bien el Programa Incluir es desarrollado por el Ministerio de la Nación, la provincia de Buenos Aires adhirió al mismo mediante decreto 880/04 y luego lo transfirió al ámbito local por decreto 1532/10. En consecuencia, siendo estas prestaciones propias del ámbito del Ministerio de Salud local corresponde a los tribunales de la provincia de Buenos Aires entender respecto los asuntos de los beneficiarios del programa. En este sentido resuelve la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

---

<sup>1</sup> Abogada, egresada de la Universidad Nacional de Córdoba. Desarrolla su actividad profesional en la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de 5ta Nominación de la Ciudad de Córdoba del Poder Judicial de la Provincia de Córdoba, Argentina. Mail: paorui16@hotmail.com

**Principales aportes doctrinales de la causa en materia de derecho a la salud:**

El respecto al derecho y al acceso a la salud ha adquirido jerarquía constitucional a partir de la reforma de 1994. Así, se incluye en el art. 75 inc. 22 como parte de la normativa del país a los Tratados sobre Derechos Humanos. Entre los mencionados por el artículo, se encuentran la Declaración Americana de los Derechos del Hombre, que prevé que toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales (art. 11). Por su parte, la Declaración Universal de Derechos Humanos hace lo propio en el art. 25.

A los fines de asegurar este derecho, el Estado nacional desarrolla el Programa Incluir por medio del Ministerio de Salud de la Nación. Este programa está dirigido a brindar atención a los titulares de pensiones no contributivas que otorga el Ministerio de Desarrollo Social por ley 18910. De este modo, el Programa Incluir se destina a proveer la cobertura médica a personas que se encuentran en estado de vulnerabilidad o que tengan ciertas cualidades previstas por el programa. Así entre ellos, Incluir protege a: 1. Beneficiarios de pensiones asistenciales (madres con siete hijos y más, pensiones con discapacidad, mayores de 70 años en situación de pobreza); 2. Beneficiarios de pensiones por leyes especiales (excombatientes de Malvinas, familiares de desaparecidos, pensiones de la Antártida Argentina, ganadores de Premios Nobel u Olímpicos, etc.) y; 3. Beneficiarios de pensiones graciables. Como requisito para ser incluido en el programa se requiere, además de pertenecer a uno de estos grupos, que la persona no posea cobertura médica.

Como objetivos destacables, se pueden mencionar la asistencia a las provincias en la implementación de un modelo de planificación sanitaria y una auditoría permanente. Así como también la promoción de un modelo prestacional para la atención primaria en la redes de salud local. Por otra parte, de forma preventiva, se fomenta la realización de actividades de promoción y prevención de la salud en el ámbito comunitario. Con el fin de lograr esos objetivos, el Programa Incluir, asiste permanente a las provincias respecto a la garantía al acceso a los medicamentos del Plan Médico Obligatorio y a los de alto costo. Asimismo facilita la incorporación de dispositivos de rehabilitación e inclusión y brinda tratamientos de alta complejidad como los dialíticos crónicos y los trasplantes. De esta forma, se pretende que el estado de vulnerabilidad de las personas no sea un obstáculo para acceder a las condiciones básicas de una vida digna y su bienestar.

Por último y directamente relacionado con el fallo objeto de análisis, cabe señalar que este programa desarrollado por la Nación tiene aplicación federal, pues cada provincia al adherirse se obliga a cubrir estas prestaciones médicas. En consecuencia, queda sujeta a la jurisdicción de los tribunales provinciales cualquier cuestión atinente que se suscite respecto a la cobertura o prestación de este programa sanitario.



## COMPETENCIA DE LA JUSTICIA FEDERAL AL ENTABLAR UNA ACCIÓN CONTRA UN AGENTE DE SALUD

FEDERAL JUSTICE COMPETENCE TO BRING AN ACTION AGAINST A HEALTH AGENT

MARÍA NATALIA JUEZ<sup>1</sup>

### Datos de la sentencia:

**Autos:** Zayas, Luis Armando c/ Hugo Libedinsky S.A., Instituto Agüero y otros s/ daños y perjuicios - Responsabilidad Profesional

**Tribunal:** Corte Suprema de Justicia de la Nación

**Jueces:** Ricardo Luis Lorenzetti, Elena I. Highton de Nolasco, Juan Carlos Maqueda, Horacio Rosatti, Carlos Fernando Rosenkratz.

**Tipo de proceso:** Daños y perjuicios

**Fecha de resolución:** 06/06/2017

### Síntesis de la causa:

En una acción que se promueve invocando la existencia de una responsabilidad por mala praxis médica e inobservancia de la obligación de seguridad la que es además dirigida contra el profesional interviniente, el centro asistencial y el agente de seguro médico resulta aplicable la competencia de excepción federal.

Ataño conocer al fuero federal al resultar demandada una obra social que se encuentra comprendida en los términos de los arts. 1 y 2 de la ley 23660 y 2 y 15 de la ley 23661. Por tal motivo resulta de aplicación el art. 38 de la última norma, en cuanto prevé el sometimiento exclusivo de sus agentes al fuero de excepción pudiendo optar por el ordinario sólo cuando sean actores.

La actora demanda a su agente del seguro de salud por haber inobservado el deber de seguridad referente a la prestación médico - asistencia a la que estaba obligado y que cedió a un tercero, por lo que su reclamo se halla regido asimismo por las leyes 23660 y 23661.

### Principales aportes doctrinales de la causa en materia de derecho a la salud:

Las leyes N° 23660 de Obras Sociales y N° 23661 del Sistema Nacional de Seguro de Salud, consagran como regla general que en aquellas acciones que sea demandada una obra social o agente de salud, es de aplicación la competencia federal. Este fuero de excepción rige por la sola circunstancia de que algunas de las entidades mencionadas sean demandadas en el proceso, no siendo necesario requisitos adicionales. Prevé, sin embargo, la posibilidad de que esta jurisdicción ceda, pero sólo ante la opción de la obra social o agente de salud en aquellos casos en los que revistan la calidad de accionantes. Cuando a la acción de responsabilidad por mala praxis se le adiciona el reclamo por inobservancia del deber de seguridad y la misma se dirige -además de contra los profesionales intervinientes- en contra del centro asistencia y del agente de salud que delegó

<sup>1</sup> Abogada egresada de la Universidad Nacional de Córdoba. Escribiendo en el Juzgado de Primera Instancia y Vigésima Nominación de la Ciudad de Córdoba del Poder Judicial de la Provincia de Córdoba. Mail: mnataliajuez@hotmail.com

en aquel la prestación del servicio, se ingresa en el ámbito de aplicación de la regla que impone la jurisdicción federal contenida en la normativa referenciada. No resulta necesario que el reclamo impetrado importe una afectación a la estructura de las prestaciones médico asistenciales de la ley de obras sociales, siendo suficiente que uno de los sujetos allí comprendidos integre el polo pasivo de la acción.

---

## LA SALUD DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES Y EL RIGOR FORMAL

---

THE HEALTH OF CHILDREN AND ADOLESCENTS AND FORMAL RIGOR

---

MARÍA AGUSTINA CHAVEZ<sup>1</sup>

---

**Datos de la sentencia:**

**Autos:** Custet Llambi Maria Rita - Defensoría General s/ Amparo

**Tribunal:** Suprema Corte de Justicia de la Nación (CSJN)

**Jueces:** Ricardo Luis Lorenzetti, Juan Carlos Maqueda, Horacio Rosatti, Carlos Fernando Rosenkrantz

**Tipo de proceso:** Amparo - Recurso de hecho deducido por la Defensora General de la Provincia de Rio Negro

**Fecha de resolución:** 11 de octubre de 2016

**Síntesis de la causa:**

La acción de amparo fue iniciada por la Defensoría General de Rio Negro en contra de la Provincia de Rio Negro y el Municipio San Antonio Oeste, con el fin de requerir a las demandadas la remediación en el plazo máximo de 12 meses de las zonas contaminadas con plomo y otros materiales pesados, con una correcta evaluación ambiental. Fundamentó su acción en el resguardo de los derechos a la salud y goce de un ambiente sano de los niños, niñas y adolescentes que habiten el Municipio.

La CSJN señaló que, en oportunidad de rechazar el recurso de revocatoria del TSJ Provincial, la situación ambiental llevaba un prolongado tiempo sin resolución e incidía negativamente en la salud, por lo que los efectos de la sentencia apelada eran susceptibles de causar un agravio al medio ambiente que por su magnitud y circunstancias de hecho pueden resultar irreparables.

La CSJN consideró que el referido Tribunal prescindió de fundamentos de la recurrente y se limitó a afirmar dogmáticamente que no se configuraba uno de los supuestos recurribles previstos en la normativa vigente.

La CSJN sostuvo, además, que los argumentos esgrimidos por la actora eran conducentes para la resolución del caso, ya que el Magistrado que intervino originariamente admitió parcialmente la acción, pero rechazó lo sustancial de las pretensiones de la Defensora General, esto es, imponer a las demandadas la obligación de remediar el sitio contaminado.

Por último, sostuvo que la decisión del TSJ Provincial afectó el derecho de defensa del recurrente y convalidó una decisión sobre el fondo, susceptible de afectar de modo irreparable el derecho a la salud y al medio ambiente sano de los demandantes.

Por esos fundamentos, la CSJN hizo lugar a la queja, declaró formalmente procedente el recurso extraordinario y dejó sin efecto la sentencia.

Principales aportes doctrinales de la causa en materia de derecho a la salud:

En casos llevados a instancia judicial, donde se encuentre en juego el derecho a la salud y a un ambiente sano, como es en el caso referenciado supra, es importante dejar de

---

<sup>1</sup> Abogada. Miembro del Poder Judicial de la Provincia de Córdoba. Mail: magustinachavez@gmail.com

lado el excesivo rigor formal y analizar las circunstancias de fondo que se presentan a resolver, para evitar un menoscabo al derecho que se pretende proteger.

El excesivo rigor formal podría dejar desamparado los derechos constitucionales básicos. Esos derechos cobran mayor relevancia cuando se trata de niños, niñas y adolescentes, derechos amparados no solo a nivel constitucional sino también en la Convención de Derechos de los Niños y Adolescentes.



## LA IMPORTANCIA DEL PRINCIPIO DE INMEDIATEZ EN LA DETERMINACIÓN DE LA COMPETENCIA DE LOS PROCESOS DE RESTRICCIÓN A LA CAPACIDAD

THE IMPORTANCE OF THE PRINCIPLE OF IMMEDIACY TO DEFINE THE COMPETENCE OF THE CAPACITY RESTRICTION PROCESSES

VALERIA DE LAS MERCEDES SOLA<sup>1</sup>

### Datos de la sentencia:

**Autos:** B. H. L. s/ Determinación de la Capacidad Jurídica

**Tribunal:** Corte Suprema de Justicia de la Nación

**Jueces:** Dres. Ricardo Luis Lorenzetti, Elena I. Highton de Nolasco, Juan Carlos Maqueda, Horacio Rosatti y Carlos Fernando Rosenkrantz.

**Tipo de proceso:** de Determinación de la Capacidad

**Fecha de resolución:** 07/02/2017

### Síntesis de la causa:

Se trata de un proceso de determinación de la capacidad jurídica, llegado a la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN), en virtud de que el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil n.º 25 y el Juzgado de Familia n.º 2 del Departamento Judicial de Lomas de Zamora, con sede en la localidad de Avellaneda, provincia de Buenos Aires, cuestionaban su competencia para conocer en tales actuaciones.

En el caso, la persona involucrada había residido en la ciudad de Gerli, partido de Avellaneda, de la provincia de Buenos Aires con su núcleo de origen -que operaba como principal sostén- desde hacía más de veinte años.

Sobre este escenario, y pese a que no se encontraba debidamente trabado el conflicto de competencia, la CSJN entendió que correspondía dirimir la cuestión y expedirse sin más trámite sobre la debida radicación del expediente, en función de la materia objeto del proceso y razones de economía y celeridad procesal.

La CSJN conforme al dictamen de la Procuradora Fiscal subrogante y con el del Defensor General adjunto de la Nación, resuelve declarar competente para conocer en el proceso al Juzgado de Familia n.º 2, y determina que este Tribunal debe adoptar -con carácter de urgente- todas las medidas que resulten necesarias para salvaguardar la integridad psicofísica del causante y adecuar su actuación a lo dispuesto por el art. 40 del Código Civil y Comercial de la Nación, así como a la restante normativa aplicable y a la ley 26.657 (Ley de Salud Mental), en tanto resulten pertinentes.

### Principales aportes doctrinales de la causa en materia de derecho a la salud:

En el dictado de la resolución se tuvo especial atención el tipo de proceso -determinación de la capacidad jurídica- respecto del cuál los tribunales intervinientes discrepaban

<sup>1</sup> Abogada, Escribana, Adscripta en la materia Teoría General del Proceso Catedra "C" UNC, Diplomada en Derecho Procesal UBP, Especializanda en Derecho Judicial y de la Judicatura UCC. Redactora del Boletín Digital del Poder Judicial de Córdoba en la rama civil y supervisora en la rama Laboral. Ponente en el XXIX Congreso Nacional de Derecho Procesal sobre los Temas: "Proceso de declaración de capacidades restringidas", y "El rol del juez en la actualidad". Correo electrónico: valeria\_sola@hotmail.com

respecto de su competencia para conocer el caso.

Conforme se desprende del dictamen fiscal que siguieron los magistrados, por regla y a falta de una previsión legislativa en contrario, resultaba de aplicación inmediata el CCCN, que regula sobre la competencia en la sección restricciones a la capacidad.

Así, brindando un enfoque integral del ordenamiento, se determina que la pauta legal del art. 36 del citado cuerpo normativo, que establece "...la declaración de incapacidad o restricción de la capacidad, se deduce ante el juez correspondiente al domicilio de la persona en cuyo interés se promueve el juicio, o ante el juez del lugar de su interacción...", debe leerse a la luz de sus finalidades, las leyes análogas, los tratados de derechos humanos, los principios y valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento (art. 1 y 2 del CCCN).

Básicamente, en el pensamiento se ponderó que el Tribunal con asiento en la localidad de Avellaneda, Provincia de Buenos Aires -lugar de residencia del causante y su núcleo de origen- se encontraba en mejores condiciones para proseguir con la función tutelar, ejercer el futuro desempeño de los roles de apoyo y principalmente, para garantizar la inmediatez con el interesado (Art. 35 CCCN).

Se apuntaló que el citado cuerpo normativo, le asigna como obligación al juez la revisión de la sentencia dictada en estos procesos, la cual debe efectuarse: sobre la base de nuevos dictámenes interdisciplinarios, con la audiencia personal del interesado (art. 40 CCCN), la entrevista personal, que debe celebrarse en presencia del Ministerio Público y de un letrado que le preste asistencia al afectado (art. 35 CCCN); y que para cumplir con tal finalidad normativa resulta esencial la cercanía física de la persona con el magistrado, además de incidir en la concentración y demás aspectos prácticos característicos de este tipo de realidades, que exigen particular celeridad y eficacia.

Claramente, en materia de derecho de la salud, la Corte otorga un aporte significativo al señalar que la labor atribuida a los jueces por el nuevo código excede de una aproximación de visu, pues implica un ejercicio de evaluación y seguimiento cuyo adecuado despliegue está vinculado, en principio, con el lugar donde vive establemente la persona; máxime si el despliegue de los profesionales involucrados puede verse dificultado fuera del ámbito territorial en el que fueron designados.

En fin, la resolución determina que la principal tarea que hoy incumbe a los jueces en este tipo de procesos, es examinar las restricciones a la capacidad, de manera tal que resulta imprescindible analizar el plan de vida y sostén familiar o público que pudiere corresponder; y que tal atribución puede realizarse con mayor eficacia si se efectúa en el lugar de residencia del causante.

---

## CONCESIÓN DE ARRESTO DOMICILIARIO POR CUESTIONES DE SALUD

---

### GRANTING OF HOUSE ARREST DUE TO HEALTH REASONS

---

MARÍA FERNANDA VILLALBA<sup>1</sup>

---

**Datos de la sentencia:**

**Autos:** Alespieti, Felipe Jorge s/Incidente de Recurso Extraordinario

**Tribunal:** Corte Suprema de Justicia de la Nación

**Jueces:** Ricardo Luis Lorenzetti - Elena I. Highton de Nolasco - Juan Carlos Maqueda - Horacio Rosatti- Carlos Fernando Rosenkrantz

**Tipo de proceso:** Incidente de Recurso Extraordinario

**Fecha de resolución:** 18/04/2017

**Síntesis de la causa:**

La Corte Suprema de Justicia de la Nación hizo lugar al recurso extraordinario interpuesto por la defensa de Felipe Jorge Alespeiti fundado en que, se habría omitido ponderar debidamente, en función de las particulares circunstancias de salud y su avanzada edad del condenado, que la detención en un establecimiento penitenciario podría comprometer y agravar su estado de salud.

El juez A quo fundó su decisión en el riesgo de fuga y consideró que se entraba comprometida la responsabilidad internacional del Estado argentino de garantizar el efectivo cumplimiento de la pena, sobre todo teniendo en cuenta que, en este tipo de causas – de lesa humanidad-, no debe estarse a la edad o aptitud física del imputado, sino a la capacidad del hombre de influir sobre las estructuras de poder que integró.

El Superior consideró que, en el caso, no se debate el juzgamiento y sanción de los crímenes de lesa humanidad, sino la detención domiciliaria de una persona de 85 años de edad, que, conforme informes forenses, conserva un treinta por ciento de visión en uno de sus ojos, sufre de una hipoacusia que compromete su desempeño social auditivo, es portador de patologías crónicas, evolutivas, irreversibles y susceptibles de complicación, presenta trastorno senil con deterioro funcional, limitada capacidad de locomoción, que requiere controles periódicos e interconsultas con siete especialistas médicos, por lo que, el riesgo de fuga, no debió ser examinado.

**Principales aportes doctrinales de la causa en materia de derecho a la salud:**

Tratándose de procesos en los que se ventilan cuestiones relacionadas con delitos de lesa humanidad, el Estado tiene el deber de investigar, juzgar y sancionar estos crímenes y las violaciones a los derechos humanos, adoptando medidas institucionales y de gestión, con el fin de lograr remover obstáculos que impidan el normal y rápido desenvolvimiento de la investigación, sin vulnerar los principios constitucionales de legalidad y debido proceso, careciendo de sustento normativo toda excepción que pudiera estimarse respecto al responsable.

---

<sup>1</sup> Abogada. Integrante Poder Judicial de la Provincia de Córdoba; Profesora de Grado Seminario VI - Practica Procesal Civil y de Posgrado en materias relativas a Derecho Procesal Civil, Universidad Blas Pascal; mfvillalba@justiciacordoba.gob.ar.

La prisión domiciliaria por razones de salud, en casos de esta naturaleza, debe juzgarse con total prudencia y cuidado, asegurándose el resguardo del contradictorio, pudiendo las partes hacer pleno uso del derecho de controlar las conclusiones de los informes del Cuerpo Médico Forense, quienes deben realizar una exhaustiva revisión médica.

Ante todo, se ha subrayado que, el derecho a un trato digno y humano, correlativo al derecho a la protección de la vida y la salud, reconocido a las personas privadas de su libertad no sólo encuentra soporte en nuestra Constitución Nacional desde 1853, sino en numerosos tratados y convenciones internacionales de vigencia interna y operativos, que fortalecen la línea siempre seguida por la legislación nacional en la materia.

Tal como señalara el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la prohibición absoluta de trato inhumano o degradante que constituye uno de los valores más fundamentales de las sociedades democráticas rige incluso en las más difíciles circunstancias y con prescindencia de las características del hecho cometido por el detenido, sin admitir ninguna clase de excepción o derogación (cf. sentencias “Sochichiu vs. Moldavia”, del 15 de mayo de 2012, apartado 32 y “Hagyo vs. Hungría”, del 23 de julio de 2013, apartado 39).

Las autoridades judiciales intervinientes deben, en virtud de los estándares internacionales en materia de salud, velar por el respeto de los derechos y garantías de la persona privada de su libertad, obrando con diligencia y humanidad en casos en que se encuentre acreditado el riesgo inminente a la vida o a la salud, esto es, por tratarse de pacientes con patologías irreversibles o susceptibles de complicación.

Por último, la CSJN entiende que, no solo deben ponderarse las particulares circunstancias de salud del imputado, sino también, la valoración del establecimiento penitenciario, es decir, si la unidad carcelaria es apta para alojar a la persona con problemas de salud sin comprometer o agravar su estado. La normativa vigente faculta a los jueces competentes a disponer, en tales casos, la detención domiciliaria.



## JUEZ COMPETENTE EN PROCESOS JUDICIALES QUE VERSAN SOBRE LA DETERMINACIÓN DE LA CAPACIDAD JURÍDICA EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN

---

COMPETENT JUDGE IN LEGAL PROCEEDINGS THAT DEAL WITH THE DETERMINATION OF LEGAL CAPACITY IN THE ARGENTINIAN CIVIL AND COMMERCIAL CODE

---

MARÍA GUADALUPE NEDER<sup>1</sup>

---

### **Datos de la sentencia:**

**Autos:** N., J. A. s/ determinación de la capacidad jurídica

**Tribunal:** Corte Suprema de Justicia de la Nación

**Jueces:** Ricardo Luis Lorenzetti; Elena I. Highton de Nolasco; Juan Carlos Maqueda; Horacio Rosatti; Carlos Fernando Rosenkrantz.

**Tipo de proceso:** Cuestiones de competencia

**Fecha de resolución:** 6 de junio de 2017

### **Síntesis de la causa:**

En un proceso judicial que versó sobre la declaración de incapacidad/restricción de la capacidad jurídica de una persona que ha vivido ininterrumpidamente en un hospital, se planteó una cuestión de competencia por vía declinatoria, por el cual dos juzgados de primera instancia discreparon en cuanto a cuál de los dos entendería en la causa.

La Corte Suprema, por la delicada materia objeto de la causa; razones de economía y celeridad procesal y de mejor servicio de justicia, ejerció la atribución que le confiere el art. 24 inc. 7 del decreto-ley 1285/58 y se expidió sobre la radicación del expediente. De conformidad con el dictamen de la Procuración General de la Nación, resolvió que es competente el juzgado del lugar de residencia actual del interesado ya que se halla en mejores condiciones para seguir adelante con la función tutelar y el juez, tiene como deber garantizar la inmediatez con el interesado durante el proceso. Asimismo, ordenó al tribunal que resultó competente, adoptar -con carácter de urgente- las medidas que resulten necesarias para corregir las irregularidades procesales del trámite advertidas (tales como notificaciones que no se cumplieron con la debida forma, falta de escucha a los ministerios públicos, entre otras).

### **Principales aportes doctrinales de la causa en materia de derecho a la salud:**

En la sección destinada a las restricciones a la capacidad, el CCCN se ocupa de organizar el aspecto tocante a la competencia que, por regla y a falta de previsión legislativa en contrario, resulta de aplicación inmediata.

El art. 36 dispone que la solicitud de declaración de incapacidad o restricción de la capacidad, se deduce ante el juez correspondiente al domicilio de la persona en cuyo interés se promueve el juicio, o ante el juez del lugar de su internación; pauta legal que debe leerse a la luz de "sus finalidades, las leyes análogas, (...) los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el

---

<sup>1</sup> Abogada (UNC); Auxiliar del Poder Judicial de la Provincia de Córdoba; Maestranda en Derecho Procesal (Universidad Siglo 21); Adscripta a la Cátedra de Derecho de Familia y Sucesiones (Universidad Católica de Córdoba); correo electrónico: mariaguadalupeneder@gmail.com.

ordenamiento (...)” (arts. 1 y 2 del CCCN).

En tal contexto interpretativo, y aun cuando el proceso se inició en 1989, adquiere singular preponderancia el principio de la tutela judicial efectiva y la doctrina que la Corte ha elaborado sobre la base de esa directiva constitucional (Fallos: 328:4832; CIV 90438/2014/CSJ, “M., L.A.T. si arto 152 ter C.C.”, del 19104/16; y CIV 5837/2013/CSI “R., M. E. si determinación de la capacidad”, del 13/09/16, entre varios otros).

El Código actual asigna al juez la obligación de revisar la sentencia respectiva, tarea ésta que habrá de llevarse a cabo sobre la base de nuevos dictámenes interdisciplinarios y con la audiencia personal del interesado. Asimismo, la entrevista, según el nuevo ordenamiento, deberá celebrarse en presencia del Ministerio Público y de un letrado que le preste asistencia al afectado (arts. 35 y 40).

La cercanía física contribuye a la concreción de las finalidades normativas. Al propio tiempo, incide en la concentración y demás aspectos prácticos característicos de este tipo de realidades, que exigen particular celeridad y eficacia. Es que la labor atribuida a los jueces por el código excede de una aproximación de visu, pues implica un ejercicio de evaluación y seguimiento cuyo adecuado despliegue está, en principio, vinculado con el lugar donde, vive establemente la persona; máxime, cuando el desenvolvimiento de los profesionales involucrados en ello podría verse dificultado fuera del ámbito territorial en el que fueron designados.



# 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.

### **Estilo y tamaño de letra**

- Para el cuerpo: letra Calibrí, tamaño 11;
- Para las notas al pie de página: letra Calibrí, tamaño 10.

### **División del Texto**

- Título:

Constará de un enunciado en que se dará cuenta del tema objeto de estudio. Irá centrado, en Calibrí y 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

### 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 nº 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)