

Doctrina

La responsabilidad civil

Su actualidad. Nuevas tendencias y desafíos



Aída Kemelmajer de Carlucci

Académica titular de la Academia Nacional de Derecho de Buenos Aires. Exjueza de la Suprema Corte de la provincia de Mendoza; doctora honoris causa de la Universidad de París XII y Montpellier (Francia); premio Konex de Brillantes en Humanidades, 2016.

SUMARIO: I. Preliminares. Propósito de esta comunicación.— II. El derecho a la libre expresión.— III. El derecho a un juicio sin dilaciones indebidas. Las medidas urgentes.— IV. Breves conclusiones provisionales.

I. Preliminares. Propósito de esta comunicación (*)

Sergio García Ramírez, en mi opinión, uno de los jueces que más ha contribuido al afianzamiento del sistema interamericano de Derechos Humanos afirma:

“La conducta ilícita genera una lesión jurídica que es preciso reparar con justicia, oportunidad y suficiencia. Esta es la prueba de fuego para un sistema tutelar de bienes. Si no provee reparaciones adecuadas, declinará la solución jurídica, demolida por la impunidad o suplantada por la violencia” (1).

Este magnífico párrafo sintetiza, por un lado, los caracteres exigidos al sistema jurídico para responder al daño antijurídico ya acaecido: Reparar, restituir, indemnizar, de modo sustancialmente justo, temporalmente oportuno y materialmente suficiente.

En efecto, la indemnización no debe generar enriquecimientos injustos, la persona damnificada no debe ser sometida a dilaciones indebidas que normalmente implican aumentar el daño, y la reparación debe ser suficientemente plena para volver a la situación anterior, en tanto esa vuelta sea posible.

Si estas tres características (justa, oportuna, suficiente) se verifican, entonces, el sistema jurídico pasa su gran prueba de fuego.

Si no pasa esa prueba, la consecuencia es grave, pues la confianza en el sistema jurídi-

co declina y el damnificado es empujado a recurrir a vías violentas.

Declina todo el sistema jurídico, pues la reparación justa, oportuna y suficiente es un principio de “todas las ramas del derecho” (2) y, obviamente, también de los Derechos Humanos. El art. 63 de la Convención Americana de Derechos Humanos dispone: “toda violación de una obligación internacional que haya producido un daño implica el deber de repararlo adecuadamente”. Se recoge, así, una norma consuetudinaria y un principio fundamental del derecho internacional contemporáneo, “una concepción general del Derecho que completa la obligación primaria del Estado de hacer respetar los derechos humanos internacionalmente reconocidos, prevista en el art. 1 de la CADH” (3).

Ahora bien, para salvar el sistema jurídico, ¿es necesario que todo daño sea reparado con justicia, oportunidad y suficiencia?

Así pareció entenderlo el jurista Tarride cuando se realizaban los trabajos preparatorios del Código Civil francés, obra que tanta influencia tuvo en la historia del derecho civil occidental; en esa ocasión dijo: “La ley cuida a los ciudadanos: quien sufre un daño siempre encontrará uno que repare”. Sin embargo, como es sabido, el artículo 1382 (4) de ese Código no consagró una solución tan amplia y generosa para las víctimas; no mandó indemnizar cualquier daño sufrido sino solo los culposamente causados, siguiendo las enseñanzas de Pothier (5).

Más cerca en el tiempo, una autora afirma: “En un mundo en el que el accidente se encuentra en cada esquina, en cada lugar de trabajo, en cada casa, en el que las libertades individuales, aunque solemnemente proclamadas son cotidianamente lesionadas, es necesario reparar, reglamentar y sancionar” (6). La función de reparar siempre ha sido trascendente para la responsabilidad civil; la de sancionar continúa siendo objeto de discusión; la de reglamentar está vinculada al proceso de “descodificación”, desde que el legislador ha encontrado ámbitos que cree necesario regular con normas específicas, como el derecho ambiental, el societario, etc.

De cualquier modo, la evolución de la responsabilidad civil ha sido fruto, especialmente, de la labor de los jueces y no del legislador: “El derecho de la responsabilidad civil está construido a partir de escasos preceptos legales; en gran medida, es un derecho judicial; son los jueces quienes, al desarrollar una labor permanente de interpretación recreadora, de mirada atenta a una realidad social cambiante, con su correlativa alteración de las mentalidades, han completado la ordenación legal con un complejo de reglas, fruto de la necesidad de resolver los conflictos multiformes con criterios que no fluyen con sencillez de previsiones legales extremadamente sincopadas” (7). “El derecho de daños es fundamentalmente jurisprudencial, *case-law*. Y lo es, porque las disposiciones más importantes sobre la materia del derecho legislado son principios o estándares, no

reglas. Su concreción y desarrollo se dejan a la jurisprudencia y esta ha venido decidiendo constelaciones de casos que, muy aproximadamente, van delimitando poco a poco grupos de supuestos análogos de responsabilidad civil. Pero, a diferencia de las auténticas *constelaciones* que están fijadas en el firmamento, los grupos de supuestos van cambiando con el paso del tiempo y las circunstancias” (8).

Reflexiones semejantes surgen de las páginas de Francesco Galgano (9), uno de los maestros más respetados del derecho italiano: así como antes se decía que basta la reforma de la ley para convertir en inútil una biblioteca (10), hoy puede afirmarse que tal inutilidad puede provenir del cambio de jurisprudencia; pese a que los diecisiete artículos que el código civil de 1948 dedica a la responsabilidad extracontractual permanecen inalterados, los cambios en la materia son enormes.

En definitiva, como lo expresaba Gény hace más de un siglo, “por obra de los jueces, la teoría de la responsabilidad es la que mayores cambios ha producido en el campo del derecho civil” (11).

De cualquier modo, la creación jurisprudencial permanente no siempre resulta pacíficamente aceptada. En España, Díez Picazo puntualiza: “El derecho de la responsabilidad civil o derecho de daños se encuentra en un punto muy sensible de indefinición, pues convergen las tendencias doctrinales y jurisprudenciales que

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(*) La presente comunicación corresponde a la sesión plenaria de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires del 24 de junio de 2021 realizada por la plataforma Zoom.

(1) GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, “Las reparaciones en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2454/9.pdf>

(2) SPIGNO, Irene, “La vocación transformadora de la reparación del daño con perspectiva de género. Breves reflexiones sobre la jurisprudencia interamericana en los

casos contra México”, en AA.VV., *Proteger y reparar. Aportes de la jurisdicción interamericana. Libro homenaje a Sergio García Ramírez*, ed. Universidad Autónoma de Baja California, 2021, p. 71.

(3) Corte IDH, “Velásquez Rodríguez vs. Honduras”, 21/07/1989.

(4) El art. 1382 del CC francés disponía: “Tout fait quelconque de l’homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer”. Después de sucesivas reformas, el artículo lleva actualmente el núm. 1240.

(5) Un importante sector de la doctrina pone en duda

que este haya sido el sistema del Código Civil argentino en su redacción originaria (Ver BUERES, Alberto, “La culpa como norma de clausura, ¿es un postulado verdadero?”, LA LEY, 2010-E, 1220).

(6) CARVAL, Suzanne, “La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée”, LGDJ, Paris, 1995, n° 20 p. 21.

(7) MEDINA ALCOZ, Ana María, “La función de la responsabilidad civil extracontractual”, en *Anuario de la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación* 2002/2004, p. 490.

(8) SALVADOR CODERCH, Pablo y otros, “El remedio

indemnizatorio en el derecho español de daños Análisis, aplicación”, *InDret*, 2013.

(9) GALGANO, Francesco, “I fatti illeciti”, Cedam, Padova, 2008, Prólogo, p. IX.

(10) La frase se inspira en la corrosiva expresión de Von Kirchmann, Julius H., en su obra *La jurisprudencia no es ciencia*, escrita en 1847 traducida por Antonio Truyol y Serra, editada en Madrid por el Instituto de Estudios Políticos en 1949.

(11) GÉNY, François, “Risques et responsabilité”, en *Rev. Trim. de Droit Civil*, 1902-1-812.

Bibliografía

Control Judicial de la Administración Pública

Autor: Héctor A. Mairal - Comentario: Alberto B. Bianchi 6

Nota a fallo

Cobertura de salud

Arbitrariedad de la sentencia que ordena la cobertura total de la medicación prescrita a un paciente. Osteoporosis. Disidenciam. CS, 08/07/2021. - C., M. I. c. *Obra Social del Personal de*

Control Externo (OSPOCE) y otro s/ prestaciones farmacológicas. 8

El derecho a la salud y el PMO

Criterios de la Corte Suprema
Ramiro Rosales Cuello - Pablo R. Toledo 9

CORREO ARGENTINO	FRANQUEO A PAGAR
CENTRAL B	CUENTA N° 10269F1

han empujado en las últimas décadas de su evolución hacia una muy significativa ampliación y, al mismo tiempo, factores que aconsejan someterlo a una cierta dosis de restricción; el deseo de favorecer al máximo la viabilidad de las indemnizaciones ha puesto en cierta crisis el sistema legislativo” (12).

Ahora bien, de algún modo, el Código Civil y Comercial (de ahora en adelante CCyC), vigente desde el 1 de agosto de 2015, intentó ordenar las tendencias jurisprudenciales vigentes a la época de su sanción y, a tal fin, produjo algunos cambios importantes; en algo más de setenta artículos (arts. 1708/1780) reguló un régimen armonizado de la responsabilidad contractual y extracontractual; incorporó en forma expresa la función preventiva del daño (art. 1710/1713) (13); puso al día el requisito de la antijuridicidad, pasando de la antijuridicidad formal a la sustancial (14) y, especialmente, dejó en claro que el derecho de daños debe ser aplicado e interpretado conforme el bloque de constitucionalidad (art. 1 y 2 CCyC).

El objetivo de esta comunicación se reduce a verificar las tendencias del llamado “derecho vivo de los tribunales”, desde la vigencia del nuevo ordenamiento, relativas al derecho de daños en su relación con el proceso de constitucionalización del derecho privado. Con ese propósito, reseño algunas sentencias recientes, especialmente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, sobre algunos temas relevantes del derecho de daños vinculados a la visión constitucional. En algunos supuestos, encuentro apoyo en decisiones de los tribunales regionales de Derechos Humanos. Se refieren, concretamente, al derecho a la libre expresión; a un juicio sin dilaciones indebidas y a las inmunidades parlamentarias. Seguramente, mis opciones sobre la relevancia de los temas y las decisiones elegidas no serán compartidas por todos, pero creo que todas presentan especial interés.

II. El derecho a la libre expresión

He elegido sentencias que versan sobre tres cuestiones muy específicas: (a) daños causados por la expresión satírica; b) daños causados por el discurso de odio; y (c) daños sufridos con ocasión de una actividad realizada como manifestación del derecho a la libre expresión.

Los dos primeros temas parecen tener algunos vasos comunicantes (15). Así, quienes pretenden censurar formas de expresión satírica ofensivas para creyentes, las equiparan al discurso del odio. El planteo, como regla, es equivocado. Cabe distinguir entre la fe y el símbolo mediante el cual se expresa. La primera debe tener un carácter amplio; el segundo es limitado y condicionado. La primera se manifiesta en la libertad de poseer ideales religiosos y seguir una determinada moral, siempre que no se atente contra deberes legales y libertades de otras personas. El segundo es la caracterización de esa fe (16).

La distinción permitiría evitar la intolerancia violenta. Así, en agosto de 2021, el

mundo recibió conmovido la noticia de que las fuerzas talibanas detuvieron al principal referente del humor político afgano; lo fusilaron, le cortaron la cabeza y la pasearon por la ciudad. El hombre se llamaba Khasha Zwan (17). ¿Quién puede justificar tamaña barbarie invocando la defensa de la fe religiosa?

Otras situaciones no llegan a esos extremos, pero prenden una luz amarilla sobre el derecho a la libertad de expresión. En junio de 2019, el *New York Times* eligió dejar de publicar caricaturas políticas en su edición internacional luego de una acusación de antisemitismo. El problema se desató por una viñeta en la que aparecía el primer ministro israelí como un perro lazarillo que conduce a un Donald Trump ciego y con *kipá*, lo que generó un aluvión de críticas (18).

II.1. La sátira y el derecho a la libre expresión

La doctrina ha escrito estupendas páginas sobre este antiguo género que implica romper con las leyes de la lógica o generar una colisión entre ellas de modo de suscitar hilaridad en el público (19). Insisto que entro en ese terreno solo para comentar sentencias recientes.

a) Un caso de características singulares fue resuelto por la Corte Suprema (20).

Una persona conocida por el gran público por su activa participación política a favor de los gobiernos militares promovió demanda de amparo contra la revista *Barcelona* o Editorial Gente Grossa SRL. Se quejaba del montaje periodístico que ocupó la contratapa de la edición de 13-8-2010, que simulaba ser la tapa de una inexistente revista denominada “S/M Soy Milico”. Consistía en una fotografía del rostro de la actora pegada a la de un cuerpo femenino desnudo envuelto en una red, acompañada de este texto: “¡Para matarla! solté el genocida que llevás dentro”, “Apropiate de esta bebota”, “Las chicas quieren guerra antisubversiva”, “Las defensoras de presos políticos más hot de Plaza San Martín te piden por favor que los sueltes”, “Cadenas, humillación y golpes (de Estado)”, “Ceci Pando se encadena para vos”.

El juez de primera instancia rechazó la demanda. La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil sala D revocó la decisión, ordenó retirar los ejemplares cuestionados en forma inmediata y prohibió su distribución futura. Finalmente, ante el allanamiento de la demandada al cumplimiento de la medida dispuesta y el cese de la comercialización de la revista, se declaró inoficioso un pronunciamiento sobre la acción de amparo, resolución que quedó firme.

Debido a que una gran cantidad de ejemplares habían sido vendidos antes y después de la medida cautelar, la persona vencedora en el amparo promovió demanda con el objeto de que se le indemnizaran los daños sufridos.

La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil confirmó la sentencia de primera instancia que condenó a la Editorial que

publica la revista *Barcelona* a indemnizar los perjuicios causados por la difusión de la esa publicación, que consideró lesiva de los derechos a la imagen y al honor de la actora. El tribunal afirmó que, aun cuando la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa “Cancela, Omar Jesús” (Fallos: 321:2637) había destacado el rol de la prensa satírica y humorística en las sociedades democráticas y que su tutela constitucional “no se pierde por su animosidad, acritud o injusticia, sino tan solo por la presencia de un criterio (*sic*) sin justificativo (ver especialmente votos en minoría de los Dres. Petracchi, Belluscio y Bossert)”, hizo lugar a la demanda; el hecho antijurídico consistió en haber parodiado la figura de la actora mediante una imagen modificada junto con títulos que excedían los límites propios de la prensa, afectando sus derechos a la dignidad, al honor y a la imagen. El factor de atribución se verificó en la negligencia puesta de manifiesto por la demandada. La vencida recurrió. Argumentó que la contratapa del ejemplar cuestionado fue utilizada para efectuar una crítica en forma de sátira acerca de la actividad política de la actora, expresión que se encuentra amparada por el ejercicio constitucional del derecho a la libertad de expresión.

La Corte Suprema revocó la condena. Razónó del siguiente modo:

— La actora tiene *activa intervención en el debate público* sobre los procesos judiciales y las políticas públicas respecto de los crímenes de lesa humanidad; es presidenta de la Asociación de Familiares y Amigos de los Presos Políticos de Argentina y, en ese carácter, es una figura representativa de esa postura política y de los intereses que defiende.

— La publicación que motivó el reclamo se encuentra vinculada a un *asunto de interés público*. Así como existe un especial interés respecto del desarrollo de los procesos judiciales y de las políticas públicas de justicia, verdad y memoria, idéntico efecto produce el debate, la discusión y el cuestionamiento que puedan suscitarse.

— La revista *Barcelona* constituye un medio gráfico de características satíricas en el que, al decir de sus fundadores y según puede colegirse de la simple observación de sus diferentes ejemplares, se cuestiona el tratamiento que los medios gráficos dan a la difusión de noticias y, en esas condiciones, intenta mostrar un mensaje crítico del poder. El estilo de la revista no se caracteriza por la difusión de noticias o publicaciones enmarcadas en un clima de neutralidad, sino que exhibe un periodismo de opinión crítico realizado con humor caricaturesco y satírico que no intenta reflejar la realidad tal cual se presenta —o se ha presentado—, sino falseando, modificando o desfigurando el escenario que analiza, de modo que las noticias e imágenes que se insertan en ese ámbito son habitual y notoriamente alteradas. La sátira como forma de discurso crítico se caracteriza por exagerar y deformar agudamente la realidad de modo burlesco. Indefectiblemente genera en quien lee la percepción de “algo” que no es verídico o exacto. El tono o forma socarrona, punzante, virulenta o agresiva que se utiliza para transmitirlo provoca

en el receptor risa, sorpresa, estupor, rabia, agitación, bronca, pudiendo abordar bajo esa metodología temas de los más variados, religiosos, sociales, políticos, económicos, culturales.

— La jurisprudencia de la Corte norteamericana y del Tribunal Supremo de España protegen el discurso satírico dentro del derecho a la libre expresión.

— La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dicho que “[e]n la arena del debate sobre temas de alto interés público, no solo se protege la emisión de expresiones inofensivas o bien recibidas por la opinión pública, sino también la de aquellas que chocan, irritan o inquietan a los funcionarios públicos o a un sector cualquiera de la población” (conf. CIDH, causa “Kimel, Eduardo G. c. República Argentina, sentencia del 2-5-2008, párrafo 88). El cariz desagradable, indignante o desmesurado de ciertas expresiones del debate público no podría despojarlas de protección constitucional sin incurrir en criterios que, en última instancia, dependerían de los subjetivos gustos o sensibilidades del tribunal de justicia llamado a ponderarlas. El solo motivo de que esas expresiones puedan resultar ingratas u ofensivas para las personas involucradas, tampoco podría sustraerlas, sin más, de esa protección constitucional. El criterio estará dado por la ausencia de expresiones indudablemente injuriantes que carezcan de relación con las ideas u opiniones que se expongan.

— “No se advierte que las expresiones configuren claros insultos discriminatorios que, de manera desvinculada de la crítica política que suponen, utilicen el perfil femenino como un modo de reafirmar estereotipos y/o roles de género que subordinan a las mujeres”.

— Teniendo en cuenta los parámetros reseñados (características que presenta la publicación, objeto que persigue, su finalidad y el contexto en el que se efectuó) cabe concluir que la contratapa del ejemplar de la revista *Barcelona* no resulta lesiva del derecho al honor de la actora, “dado que constituye una crítica política que no excede los límites de la protección que la Constitución Nacional otorga a la libertad de expresión pues no configura un insulto gratuito ni una vejación injustificada”.

Coincido con la solución y con la fundamentación de la sentencia, que, por otro lado, responde a los precedentes del tribunal; no obstante, no se me escapa el piso ideológico que también sustenta la solución. ¿Qué habría resuelto la Corte Federal si la persona representada en el collage fotográfico fuese una conocida defensora de Derechos Humanos?

b) Independientemente del acierto o error del interrogante, ciertamente, la sentencia reseñada coincide con las pautas aceptadas por el Tribunal Europeo de Derechos humanos en el caso *Dickinson c. Turquía* (*Requête* N° 25200/11), 2/2/2021. Véase.

El caso europeo está referido a un *collage* hecho por un universitario inglés que

(12) DIEZ PICAZO, José Luis, “Derecho de Daños”, Civitas, Madrid, 1999, p. 19.

(13) Me remito a los trabajos de mi autoría, La función preventiva de la responsabilidad en el código civil y comercial de la nación, en PEYRANO, Jorge (director), “La acción preventiva en el Código Civil y Comercial de la Nación”, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2016, p. 357; “El derecho de la responsabilidad civil y los nuevos paradigmas en el Código civil y comercial argentino: prevención, precaución y represión. La obligación de minimizar el daño”, en RCyS, Núm. especial, III Jornadas Franco-Argentinas de Derecho, *El nuevo derecho de los contratos y de la responsabilidad civil en la Argentina y en Francia*, La Ley,

Buenos Aires, 2019, ps. 164/183.

(14) De mi autoría, “La antijuridicidad. Un presupuesto de la responsabilidad civil en el Código Civil y Comercial de la Nación”, en *Anales de la Academia Nacional de Derecho de Buenos Aires*, Año LXII, Segunda época, N° 55, 2017.

(15) Compulsar FUCCILLO, Antonio, “Diritto, religione, culture. Il fattore religioso nell’esperienza giuridica”, Giappichelli, Torino, 2019, 3ª ed., p. 269/273.

(16) CAMPOS ZAMORA, Francisco J., ¿“Existe un derecho a blasfemar? Sobre libertad de expresión y discurso del odio”, en *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 41 (2018) ISSN: 0214-8676 pp. 281-295.

(17) <https://www.identidadcorrentina.com.ar/index.php/opinion/43721-humor-politico-el-gobierno-mas-hermoso-del-mundo>.

(18) DEL CAMPO, Agustina - ROKO, Paula, “Del cómic a los memes: viejas y nuevas problemáticas en torno al humor y la libertad de expresión”, en DEL CAMPO, Agustina (Compiladora) *Internet y derechos humanos III. Aportes para la discusión en América Latina*, Universidad de Palermo, Buenos Aires, 2019, p. 31.

(19) Entre muchos, BALESTRA Luigi, “La satira come forma di manifestazione del pensiero. Fondamento e limiti”, Giuffrè, Milano, 1998.

(20) CS, “P. de M., M. C. c. Gente Grossa SRL s/ daños y

perjuicios”, 22/12/2020, TR LALEY AR/JUR/67432/2020, con nota de FLORES, Oscar, “Tutela constitucional del humor, la parodia y el fotomontaje satírico”, TR LALEY AR/DOC/380/2021. La sentencia también fue comentada por CALANDRINO, Guillermo A, La libertad de expresión frente al derecho a la intimidad. Postura fijada por el Alto Tribunal en la causa “Pando”, publicado el 15/03/2021; DIAZ SOLIMINE, Ignacio - FERNÁNDEZ MENDÍA, Valentín, “Una línea muy difícil de trazar. Breves comentarios al caso “P. de M. c/ Gente Grossa S.R.L.”, ED t. 293.; LOSADA, Luis Gustavo, “La sátira y la libertad de expresión. El fallo “P. de M., M. C. c. Gente Grossa S.R.L. s/ daños y perjuicios””, TR LALEY AR/JUR/67432/2020.

enseñaba en Turquía; mostraba dos fotografías pegadas sobre un cartón que representaba un personaje medio animal medio hombre cuya cabeza era la del Primer ministro turco, Recep Tayyip Erdogan, y el cuerpo el de un perro sostenido por una correa que representaba la bandera norteamericana. El personaje estaba en el suelo, cubierto con dólares estadounidenses, tenía un billete de 20 dólares en la boca, paquetes de billetes de lira turca frente a él, un misil en lugar de la cola y un globo terráqueo detrás de él. Llevaba una manta con la siguiente frase escrita: “No seremos el perro de Bush”. A diferencia de lo ocurrido en la Argentina (aquí no hubo intervención de la justicia penal), en Turquía se inició un proceso criminal por insultar al Primer Ministro. Antes de la audiencia fijada en ese procedimiento, el autor del collage informó a la prensa que presentaría su trabajo en esa audiencia. Como consecuencia de esta información, agentes de policía del juzgado lo detuvieron; tres días después fue puesto en libertad y el proceso siguió adelante. El acusado alegó que el collage representa los sentimientos generados por la ocupación de Iraq y que debía ser protegido, incluso, por el derecho de la propiedad intelectual.

Ante el Tribunal Europeo de Derechos humanos, el Gobierno turco adujo que: no hubo interferencia en el ejercicio del derecho a la libertad de expresión en tanto la sentencia fue finalmente anulada con todas sus consecuencias al final del período de suspensión de la pena; la expresión artística tuvo lugar tres años después de la invasión de Iraq, la exposición de la obra del autor no era de actualidad y no contribuía a un debate de interés general.

Finalmente, el TEDH condenó a Turquía con estos argumentos:

— El denunciante se queja de que lo condenaron penalmente al pago de una multa por haber insultado al primer ministro en razón de la exposición pública de un *collage*, multa de la que finalmente fue sobrepasado.

— El proceso penal duró aproximadamente tres años y diez meses; tratándose de un período tan extenso, la injerencia en el ejercicio al derecho a la libertad de expresión es manifiesto.

— En otros precedentes *Lingens c. Austria* (8-7-1986, § 46,) y *Oberschlick c. Austria* (23-5-1991, § 63), estableció la distinción entre *declaraciones de hecho y juicios de valor*. La materialidad de las declaraciones de hecho se puede probar. Por el contrario, los juicios de valor no se prestan a una demostración de su exactitud; la carga de la prueba, entonces, es imposible de cumplir y significa un ataque a la libertad de opinión, elemento fundamental garantizado por el art. 10 de la Convención Europea; de cualquier modo, la proporcionalidad de la

injerencia depende de la existencia de una base fáctica suficiente sobre la cual reposa el propósito litigioso; si carece de esa base fáctica, el juicio de valor puede manifestarse como excesivo.

— El Tribunal tiene por función primordial verificar si las instancias nacionales ponderaron con justicia entre el derecho a la libertad de expresión y el derecho al respeto de la vida privada de la persona.

En el caso, el denunciante es un universitario de origen británico que vivía en Turquía y enseñaba en una universidad de ese país. En el contexto de su exposición, el collage era una crítica política destinada, entre otros, al Primer ministro turco por sus opciones políticas relativas especialmente a las actividades militares americanas en Irak.

Quienes crean, interpretan, difunden o exhiben una obra de arte contribuyen al intercambio de ideas y opiniones que es esencial para una sociedad democrática; de ahí, la obligación del Estado de no infringir indebidamente su libertad de expresión. En consecuencia, en el presente caso se ha producido una violación del artículo 10 de la Convención.

II.2. Derecho a la libre expresión y discurso de odio (*hate speech*)

Filosofar sobre el odio es tarea que solo muy pocos pueden realizar con éxito (21). De cualquier modo, no resisto transcribir el brevísimo y paradigmático diálogo que Hannah Arendt (22) reproduce en una de sus crónicas sobre el caso Eichmann:

- “Esta noche asesinaremos a los judíos y los peluqueros.

- ¿Por qué a los peluqueros?”

Jurídicamente, el odio ha merecido diversos análisis (23). En lo que aquí interesa, el discurso de odio constituye un límite al derecho a la libre expresión y, al mismo tiempo, es una variedad particularmente dañina de discriminación contraria al principio de igualdad (24). La expresión de odio puede silenciar a sus destinatarios al intimidarlos o atemorizarlos y, por eso, puede socavar la libertad de expresión; además, como es un instrumento de subordinación puede destruir la igualdad. Pero, por otro lado, la prohibición de la expresión de odio, en nombre de proteger la igualdad y el derecho a la libre expresión, puede provocar la exclusión de miembros de ciertos grupos, especialmente de aquellos con menos poder o recursos, de la participación en la vida pública y, por lo tanto, puede debilitar la igualdad y eliminar el derecho a la libre expresión (25).

El art. 13 de la Convención Interamericana lo regula como límite a la libre

expresión al prohibir toda “publicidad o propaganda en favor *la guerra y toda apología de odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional*”. Términos análogos contiene el art. 20 del Pacto Internacional de Derechos civiles y políticos.

La Carta de Derechos Digitales de España aprobada en 2021, en el título X regula la protección de las personas menores en el entorno digital y dice expresamente: “Se impulsará el estudio del impacto en el desarrollo de la personalidad de personas menores derivado del acceso a entornos digitales, así como a contenidos nocivos o peligrosos. Dicho estudio prestará particular atención a sus efectos en la educación afectivo-sexual, las conductas dependientes, la igualdad, la orientación sexual e identidad de género, así como a los comportamientos antidemocráticos, racistas, xenófobos, capacitistas, machistas, discriminatorios o *propios del discurso del odio*”.

El tema, difícil y actual (26), no es nuevo en la Argentina (27).

No lo abordo desde lo teórico sino desde dos decisiones recientes del Tribunal Europeo de Derechos humanos (28). De cualquier modo, la mejor comprensión hace conveniente recordar que los discursos que incitan al odio se definen como “cualquier tipo de comunicación verbal, escrita, conductas o imágenes que atacan o usan lenguaje ofensivo y discriminatorio en contra de una persona o un grupo por su nacionalidad, etnia, género, orientación sexual, lugar de origen, creencias o cualquier otra característica que constituye su identidad”. “Socavan la cohesión social, erosionan los valores compartidos y pueden sentar las bases de la violencia, haciendo retroceder la paz, la estabilidad, el desarrollo sostenible y el cumplimiento universal de los derechos humanos” (29).

El mayor problema jurídico se presenta cuando el discurso de odio se sanciona penalmente; las críticas comienzan con el argumento más simple: “Las palabras no son equivalente a palos y piedras” (30).

La pregunta sobre si el discurso del odio debe ser criminalizado o no recibe muy distintos tratamientos. El derecho estadounidense se ha mostrado reacio a restringir la libertad de expresión, reflejado en el enfoque liberal de su Corte Suprema de Justicia, al aplicar el denominado *estándar Brandenburg* (31). En la Argentina, el art. 3 de la ley 23.592 de 1988 castiga penalmente a los que participen en organizaciones o grupos destinados a promover el odio o la persecución racial, religiosa o por nacionalidad o cuando el fin sea realizar propagan-

das para difundir tales discriminaciones. La misma pena corresponde a quienes alienten o inciten a la persecución o al odio contra una persona o grupo de personas a causa de su raza, religión, nacionalidad o ideas políticas.

El Tribunal Europeo de Derechos humanos tiende a justificar la penalización. Este prestigioso tribunal regional ha tenido oportunidad de pronunciarse nuevamente sobre esta temática en dos decisiones recientes que paso a reseñar.

a) En el caso *Carl Johann Lilliendahl c. Islandia* de 12/5/2020, la segunda sección del tribunal, en expediente no. 29297/18, analizó los siguientes hechos:

En abril de 2015, el consejo municipal de Hafnarfjörður, Islandia, aprobó una propuesta para fortalecer la educación y el asesoramiento en las escuelas primarias y secundarias sobre cuestiones relativas a las personas que se identifican como lesbianas, gays, bisexuales o transgénero.

La decisión fue informada en las noticias y dio lugar a una discusión pública por distintos medios radiales a los que los oyentes podían llamar por teléfono y expresar su opinión sobre la decisión del consejo municipal. Una persona que participó en la esa discusión pública dijo: “Nosotros, los oyentes no tenemos ningún interés en ninguna explicación de esta *kynvilla* [palabra despectiva para homosexualidad, literalmente ‘desviación sexual’]. Esto es repugnante. Adoctrinar a los niños sobre cómo *kynvillingar* [literalmente ‘desviados sexuales’] *eðla sig* [‘copulado’, utilizado principalmente para animales] en la cama. Por lo tanto, puede quedarse en casa, en lugar de entrometerse. Qué asqueroso”.

Estos comentarios fueron denunciados a la justicia como una burla, difamación y denigración contra un grupo de personas por su orientación sexual e identidad de género, violatorios del artículo 233 a) del Código Penal de Islandia. En abril de 2017, el Tribunal de Distrito de Reikiavik absolvió a la declarante, pero en diciembre del mismo año, el Tribunal Supremo revocó la sentencia y lo condenó. El condenado agotó las vías interinas y recurrió al TEDH.

El tribunal regional entendió que Islandia no había violado el derecho a la libre expresión del denunciante; razonó de la siguiente manera:

- El derecho a la libre expresión previsto en la Constitución de Islandia y en la Convención Europea de derechos humanos no es absoluto; está sujeto a limitaciones.

- Según los trabajos preparatorios, el Código Penal incorporó este tipo penal porque

(21) BAUMAN, Zygmunt, “Las raíces del odio: ¿antropológicas o temporales?”, en *Extraños llamando a la puerta*, Paidós, Barcelona, 2016, p. 89.

(22) *La banalidad del mal*, citado por PUGIOTTO, Andrea, “Le parole sono pietre? I discorsi di odio e la libertà di espressione nel diritto costituzionale”, en <https://archivioldpc.dirittopenaleuomo.org/d/2419-le-parole-sono-pietre>.

(23) Ver, entre muchos CIANBITTO, Cristiana, “L’incitamento all’odio religioso: Stati Uniti, India, Gran Bretagna, Italia. Spunti comparativi”, Giappichelli, Torino, 2012; BROWN, Alexander, “Hate Speech Law. A Philosophical Examination”, Routledge, New York, 2015.

(24) REY MARTÍNEZ, Fernando, “Derecho antidiscriminatorio”, Aranzadi, Madrid, 2019, p. 63; TRIA, Lucia, “Discriminazione e incitamento all’odio (*hate speech*)” en PICCONE, Valeria, e POLLICINO, Oreste, *La carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea*, Scientifica, Napoli, 2018, p. 351.

(25) CUMMINS, Justin, “La mediación del conflicto constitucional entre la libertad y la igualdad: lo que tenemos que hacer acerca de la expresión de odio”, en *Rev. Jurídica de la Universidad de Palermo*, abril 1998, año 3, nº 1, p. 149.

(26) ARIS CASTAÑO, Abel, “El discurso del odio en el espacio público: una visión desde la doctrina norteamericana del clear and present danger”, en ALAEZ CORRAL, Benito, *Conflicto de derechos fundamentales en el espacio público*, Marcial Pons, Madrid, 2017, p. 149.

(27) Compulsar especialmente RIVERA, Julio C. (h), “La libertad de expresión y las expresiones de odio”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009; ver, además, entre otros MOLINA QUIROGA, Eduardo, “Cautelar contra una red social. Cuando la libertad de expresión pierde su protección ante el discurso de odio o discriminación”, LA LEY, 2018-B, 153, TR LALEY AR/DOC/570/2018; CÁRDENAS, Emilio J., “La libertad de prensa y la siembra del odio. Jurisprudencia

internacional”, LA LEY, 2013-E, 1255, TR LALEY AR/DOC/3168/2013; del mismo autor, Más sobre el “discurso del odio”, LA LEY, 2015-F, 1226, Cita: TR LALEY AR/DOC/3874/2015; CARNOTA, Walter, “¿Hay libertad para diseminar el odio racial o religioso? Crítica a una doctrina judicial establecida por la Corte Suprema de los EEUU”, en ED 153-949; RICHTER, Anna, *El discurso del odio en Argentina*, en GARGARELLA, Roberto y otro, *Acciones privadas y Constitución*, Rubinzal, Buenos Aires, p. 697.

(28) Con posterioridad a la presentación de esta comunicación, el 2-9-2021, la Sección 5ª del TEDH se pronunció nuevamente sobre el discurso de odio en dos casos, Sanchez c. Francia, (*Requête* Nº 45581/15), y Z.B. c. France, (*Requête* Nº 46883/15).

(29) CUEVA FERNÁNDEZ, Ricardo, “El discurso del odio y su prohibición”, en *Rev. Doxa* nº 35, 2012, p. 438; Conf. URRUTIA, Liliana, “¿Discursos del odio, misoginia o libertad de expresión?”, En *Letra* año IV, núme-

ro 8 (2017). *Dossier de Debates Actuales sobre Género (s)*, ps. 34-54; Ver también POST, Robert, “El Estado frente a la libertad de expresión”, trad. por Eduardo Bertoni y Julio C. Rivera (h), Bs. As, Ed. Universidad de Palermo, 2011, p. 315.

(30) Entre muchos, GULLCO, Hernán, “La libertad de expresión y el discurso basado en el odio racial o religioso”, en BERTONI, E. y otros, *Libertad de prensa y derecho penal*, Del Puerto, Buenos Aires, 1997, p. 37; BELLAGAMBA, Filippo, “Dalla criminalizzazione dei discorsi d’odio alla aggravante del negazionismo: nient’altro che un prodotto della legislazione penale simbolica?” en MANETTI, M. e BORRELLO, R. (a cura di) *Il diritto dell’informazione. Temi e problemi*, Modena, Mucchi ed., 2019, p. 133.

(31) Ver CAMPOS ZAMORA, Francisco J., “Existe un derecho a blasfemar? Sobre libertad de expresión y discurso del odio”, en *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 41 (2018) ISSN: 0214-8676, ps. 281-295.

Islandia ratificó la Convención Internacional de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial.

- Conforme la resolución n° 1728 adoptada por el Parlamento Europeo el 29/4/2010, el discurso de odio por parte de ciertos líderes políticos, religiosos y otros de la sociedad civil, en los medios de comunicación y en Internet son motivo de especial preocupación. La Asamblea subraya que es deber primordial de todas las autoridades públicas no solo proteger los derechos consagrados en los instrumentos de derechos humanos de manera práctica y eficaz, sino también abstenerse de hacer uso de la palabra que pueda legitimar y alimentar la discriminación o el odio basados en la intolerancia. La frontera entre la incitación al delito y la libertad de expresión de la incitación al odio se determina de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

- Pues bien, el tribunal afirma reiteradamente que la libertad de expresión constituye uno de los pilares fundamentales de una sociedad democrática y una de las condiciones básicas para el progreso de cada persona. Sujeto al segundo párrafo del art. 10, este derecho se aplica no solo a la información o ideas, que sean recibidos favorablemente o considerados como inofensivos o como una cuestión de indiferencia, sino también de aquellos que ofenden, conmocionan o perturban. Tales son las exigencias del pluralismo, la tolerancia y la amplitud de miras sin las cuales no hay "sociedad democrática".

La libertad de expresión está sujeta a excepciones que deben interpretarse estrictamente, y la necesidad de cualquier restricción debe establecerse de manera convincente.

- El concepto de "incitación al odio", tal como se ha construido en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, se divide en dos categorías. Si bien el término no se utilizaba en el apartado a) del artículo 233 del Código Penal General de Islandia, de los trabajos preparatorios de la disposición y de los instrumentos jurídicos internacionales en los que se inspiró surge claramente que la penalización implica un umbral de la gravedad.

La segunda categoría se compone de formas "menos graves" de "incitación al odio" que el Tribunal de Justicia no ha considerado que queden totalmente fuera de la protección del artículo 10, pero autoriza a los Estados contratantes a restringir. En esta segunda categoría, el Tribunal no solo ha incluido un discurso que llama explícitamente a la violencia u otros actos delictivos, sino que ha sostenido que un ataque a las personas insultando, ridiculizando o calumniando a grupos específicos de la población puede ser suficiente para permitir que las autoridades favorezcan la lucha contra la expresión perjudicial en el contexto de las restricciones permitidas a la libertad de expresión (véase *Beizaras y Levickas c. Lituania*).

- El Tribunal no ve ninguna razón para discrepar de la apreciación del Tribunal Supremo de Islandia en el sentido que los comentarios del demandante fueron "gravemente hirientes y perjudiciales". Según lo razonado por el Tribunal Supremo, el uso de los términos *kynvilla* (desviación sexual) y *kynvillingar* (desviados sexuales) para describir a las personas homosexuales, especialmente cuando se combina con la clara expresión de disgusto, hace que los comentarios del solicitante promuevan la intolerancia hacia las personas homosexuales, encuadrando así en la segunda categoría del discurso de odio.

- Es cierto que las observaciones que se hicieron públicas fueron expresadas por el demandante como miembro del público desde una plataforma que no llegó a gran cantidad de personas. Además, tal como fue correctamente evaluado por el Tribunal Supremo, los comentarios no estaban dirigidos, en particular, a grupos o personas vulnerables. No obstante, esos comentarios eran severamente hirientes por lo que proteger a ciertos grupos de estos ataques es compatible con una sociedad democrática.

- En definitiva, Tribunal Supremo de Islandia sopesó ampliamente los intereses contrapuestos en juego en el caso: por una parte, el derecho del demandante a la libertad de expresión y, por otra parte, el derecho de las personas homosexuales a la vida privada garantizado por el artículo 71 de la Constitución islandesa, que refleja el artículo 8 de la Convención.

b) Caso de la "Association Accept and others v. Romania, (Application no. 19237/16), 1st June 2021.

Los denunciantes ante el sistema europeo de Derechos humanos fueron la Asociación ACCEPT, una asociación sin fines de lucro, creada en Bucarest en el año 2000 y cinco ciudadanos rumanos que residen en la misma ciudad. ACCEPT se dedica a defender los intereses de las personas lesbianas, gays, bisexuales y transgénero (LGBT) y organizó una reunión para proyectar una película sobre una familia homosexual. Cuando la película se estaba proyectando, unos cincuenta manifestantes entraron en el auditorio e interrumpieron la proyección. Gritaban insultos como "muerte a los homosexuales", y "eres basura". Algunos llevaban banderas de extrema derecha y estaban vinculados a un movimiento político que se opone abiertamente, entre otras cosas, al matrimonio entre personas del mismo sexo y a las adopciones por personas homosexuales. Los organizadores alertaron a la policía; algunos agentes entraron en la sala, confiscaron algunas banderas y, aunque se les pidió que se quedaran, se retiraron. Posteriormente, los manifestantes bloquearon el proyector y los organizadores se vieron obligados a cancelar la reunión. La asociación presentó una denuncia sobre los hechos acaecidos; alegó que había existido incitación a la discriminación, abuso de poder, restricción de derechos y exhibición pública de símbolos fascistas,

Creo que esta mujer junto con otras más como la B. tendrían que haber sido torturadas y luego ejecutadas con un tiro en la nuca. No son buenos seres humanos, son seres malignos, poseen mucha maldad y resentimiento. Besos a la gente linda. E. G.". El médico fue cesanteado; se argumentó, correctamente en mi criterio, que el comentario implicaba un discurso de odio, impropio en un funcionario del Poder Judicial. Se interpuso acción procesal administrativa más reparación de daños. La demanda fue rechazada con esta línea argumental: (i) Los dichos afectaron la dignidad del Poder Judicial, puesto que tuvieron trascendencia en todos los niveles de la sociedad, en tanto

racistas o xenófobos. El mismo día, la policía abrió y cerró la investigación (el incidente se describió como un "intercambio de opiniones"), decisión que fue confirmada por las autoridades. Otra investigación sobre el uso de símbolos fascistas también fue desestimada. Los demandantes recurrieron a los tribunales, pero sus pretensiones fueron rechazadas. Ante el TEDH denunciaron violación de los artículos 3 (prohibición de tratos inhumanos o degradantes), 8 (derecho al respeto de la vida privada y familiar) 14 (prohibición de la discriminación); 11 (libertad de reunión y asociación) 13 (derecho a la tutela judicial efectiva), de la Convención y del artículo 1 del Protocolo N° 12 de la Convención (prohibición general de discriminación). Se quejaron de la falta de protección por parte de las autoridades y de los daños causados por su orientación sexual. El TEDH condenó a Rumania, con la siguiente línea argumental:

- Un grupo de personas fueron abusadas verbalmente por otro integrado por 45 personas, interrumpiendo la actividad programada. La asistencia de la policía fue mínima, ya que ni siquiera se quedaron en el auditorio. La intervención no fue efectiva ni evitó los abusos sufridos. Los informes elaborados por la policía y los gendarmes no contienen ninguna referencia a los insultos homófobos sufridos por los demandantes y describen el incidente sin hacer referencia a la homofobia. Las autoridades no evaluaron adecuadamente el riesgo ni reaccionaron adecuadamente para proteger la dignidad de los denunciantes. La policía, al estar presente, tenía claros los insultos de los manifestantes referidos a la orientación sexual. Por lo tanto, las autoridades tenían la obligación de investigar este caso como un posible delito de odio. Sin embargo, durante un año no tomaron medidas de investigación significativas; el procedimiento duró cuatro años y ocho meses y finalmente no llegó a ningún resultado, siendo que la investigación no hubiese sido difícil si se hubiese actuado eficazmente desde el inicio.

- Sistemáticamente, las autoridades describieron el abuso verbal como meras "discusiones" o "intercambio de opiniones"; los perpetradores fueron calificados como "simpatizantes" de organizaciones de extrema derecha y las víctimas como "seguidores" de las relaciones homosexuales. Claramente, esta redacción carecía de neutralidad y podía poner en peligro la eficacia del procedimiento interno.

- En 2016, la Sociedad Académica Rumana publicó un informe sobre la legislación nacional y la jurisprudencia nacional con respecto al discurso de odio y el discurso discriminatorio. Las partes pertinentes relativas a la parcialidad en el sistema de justicia contra los homosexuales relata que el número de casos es muy bajo. Más aún, desde la entrada en vigor de la nueva definición jurídica prevista en el artículo 369 del nuevo Código Penal (Incitación al odio o a la discriminación), no se ha dictado ninguna decisión judicial que permita examinar la aplicabilidad de esta disposición.

fueron repudiados por sus colegas de trabajo, por la Asociación de Magistrados y Funcionarios de Chubut y por los Concejales de Esquel; (ii) Aunque el actor no cumplía funciones jurisdiccionales, era funcionario del Poder Judicial y, en cuanto tal, no podía publicar comentarios que pudieran poner un manto de sospecha o desconfianza en la población respecto del accionar judicial; (iii) Aunque posteriormente expresó sus disculpas en un mail del correo interno del Poder Judicial, más tarde volvió a escribir sobre el mismo tópico y refirió "... lástima que tuvo el c. de poder abrazarlo antes de que se muera, bue por lo menos sufrió treinta y pico de años y seguirá sufriendo hasta su muerte...".

- El derecho a la libertad de reunión pacífica abarca tanto las reuniones privadas como las reuniones en lugares públicos, ya sean estáticas o en forma de procesión; además, este derecho puede ser ejercido por participantes individuales y por personas que organicen una reunión. La perturbación de la proyección constituyó una injerencia en el derecho de reunión pacífica de los denunciantes.

- En definitiva, también en este caso, las autoridades rumanas discriminaron a los denunciantes por su orientación sexual, en clara violación de los arts. 8 y 14 de la Convención.

c) Aunque los dos casos se vinculan al discurso de odio, presentan diferencias significativas.

Seguramente, el primero no habría merecido ninguna sanción en los EE.UU.; al contrario, cualquier acción contra la persona que expresó su opinión discriminatoria por la radio habría sido rechazada (32); el segundo, en cambio, es una clara violación del derecho de reunión, que las autoridades no protegieron eficazmente, y que merece reproche en cualquier sistema democrático.

II.3. Daños sufridos con ocasión de una actividad en la que se ejercita el derecho a la libre expresión

Una sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que liberó a la asociación organizadora de una actividad cultural fue recibida de diferentes maneras por la doctrina (33).

Estaba en disputa la responsabilidad de la Comunidad Homosexual Argentina (CHA) por los daños sufridos por una persona en ocasión de una actividad cultural desarrollada por esa asociación en un predio público concedido por el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires para desarrollar la campaña "Stop Sida". El damnificado fue agredido por un tercero afuera del espacio donde se desarrollaba la campaña y cuando esa actividad ya había concluido. Se probó que la asociación no había contratado personal de seguridad. Los jueces de grado liberaron al Estado (esta parte de la sentencia quedó firme por falta de recurso) y condenaron a la asociación. La Corte Suprema de Justicia revocó la condena y liberó también a la asociación, con una serie de argumentos.

En lo que a estas reflexiones interesa, transcribo algunos párrafos del dictamen de la Procuración:

"En la campaña *Stop Sida* está involucrado el ejercicio de la libertad de expresión —que comprende el derecho a dar y recibir información—, y el derecho de reunión y asociación (arts. 14, 32 y 75, inc. 22, Constitución Nacional; arts. 13, 15 y 16, Convención Americana sobre Derechos Humanos; arts. 19, 21 y 22, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; arts. IV, XXI y XXII, Declaración Americana de los Derechos

(32) Para la Argentina, quizás es conveniente recordar un caso diferente, pero con algunos puntos de contacto en tanto son claramente expresiones de odio. Me refiero a la sentencia del Superior Tribunal de Chubut, 15/06/2021, publicada el 15/07/2021. Un médico que trabajaba en el Poder Judicial publicó en sus redes sociales el siguiente texto: "Bue, desde radio insania se informa cómo puede haber gente que esté feliz porque esta chica C. encontró a su nieto. ¿No hubiese sido mejor que eduque a su hija, en su momento, de la manera correcta para que no pase lo que le pasó? Personalmente no me causa ningún tipo de emoción que esta chica haya encontrado a su nieto.

(33) CS, "Recurso de hecho deducido por la Comunidad Homosexual Argentina en la causa "Arregui, Diego Maximiliano c Estado Nacional - PFA - y otros s/ daños y perjuicios", 26/12/2017, TR LA LEY AR/JUR/89981/2017; LA LEY, 2018-A, 124, con nota de PIZARRO, Daniel, "Un retroceso en materia de responsabilidad civil", RCyS 2018-III, 57; LA LEY, 2018-B, 1, con nota de GREGORINI CLUSELLAS, Eduardo, "La obligación de seguridad de una ONG cuando realiza actos gratuitos de interés general", LA LEY, 2018-B, 453, con nota de COMPAGNUCCI, Rubén, "Los alcances de la obligación de seguridad", Rubinzal Online.

y Deberes del Hombre; y arts. 19y 20, Declaración Universal de Derechos Humanos). En el caso, la protección de la libertad de expresión y del derecho de reunión y asociación demandaba que el Estado proveyera ciertas condiciones para su ejercicio, como brindar el servicio de seguridad, máxime considerando que se trataba de una expresión colectiva de aquellos. El Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires no podía delegar a la recurrente obligaciones en materia de seguridad, que son propias del Estado y que por su magnitud económica podían, en el caso, tornar ilusorio el ejercicio de derechos esenciales por parte de la asociación civil aquí recurrente”.

El Dr. Ricardo Lorenzetti, después de explicar las diferencias de este caso con otros precedentes y la inaplicabilidad de la ley de protección de los consumidores, argumentó:

“Debe ponderarse que en el caso está en juego el ejercicio del derecho a la libertad de expresión, que tiene influencia para determinar el grado de extensión de la obligación de seguridad. Una regla que impusiera obligaciones gravosas en los actos organizados en espacios abiertos, para la libre expresión de las ideas, podría tener consecuencias que limiten ese derecho. En ese sentido, corresponde recordar que la libertad de expresión es indispensable para garantizar el funcionamiento del sistema democrático y republicano de gobierno, en tanto permite a los ciudadanos —además de manifestar libremente sus puntos de vista— dar y recibir información, participar e influir en el proceso de toma de decisiones colectivas, instalar temas en la sociedad, controlar la acción de sus gobernantes y ejercer la crítica de modo amplio (fallos 306:1892; 310:508 y 336:1774, considerandos 21 y 22).

Más aún, para determinar las intensidades de las medidas exigibles, también hay que tener en cuenta la existencia del derecho de reunión. La Constitución Nacional garantiza el derecho al encuentro en lugares públicos, donde puedan entrecruzarse opiniones diferentes.

Al respecto, se ha señalado que existe una marcada vinculación entre el derecho de reunión, la libertad de expresión y el funcionamiento del sistema democrático y republicano de gobierno, pues “no se concibe cómo podrían ejercerse estos derechos, cómo podrán asegurarse los beneficios de la libertad ‘para nosotros, para nuestra posteridad y para todos los hombres del mundo que quieran habitar el suelo argentino’, según los términos consagrados del Preámbulo, sin la libertad de reunirse o de asociarse, para enseñar o aprender, para propagar sus ideas, peticionar a las autoridades, orientar la opinión pública y tratar otros fines lícitos” (fallos 191:139 y 329:5266).

Además, la mencionada protección agravada adquiere particular relevancia cuando los que pretenden expresar este tipo de discursos pertenecen a grupos excluidos, vulnerables y discriminados, en tanto esos son los sectores que tienen mayores dificultades para comunicar su mensaje.

Que, en lo que a este caso respecta, es fundamental advertir que la actividad organizada por la recurrente involucraba la

manifestación de ideas y la diseminación de información con relación a una enfermedad que, desde sus orígenes, ha afectado especialmente a muchos miembros del colectivo representado por la CHA.

En ese contexto, resulta evidente que la realización de una reunión pacífica en un espacio público abierto apuntaba, entre otros objetivos, a dar visibilidad y poner en la agenda pública la cuestión relativa a la discriminación y vulnerabilidad de una minoría excluida y estigmatizada”.

En mi opinión, este voto guarda algún paralelismo con la jurisprudencia de la Corte Federal relativa a la tensión entre el derecho a la libre expresión y el derecho al honor de los funcionarios públicos, que tanta agua ha hecho correr. Así como en ese conflicto, por aplicación (correcta o incorrecta) del principio de proporcionalidad, la Corte prioriza el derecho a la libre expresión, en este caso, en la tensión entre el derecho a la libre expresión (al que suma el derecho de reunión en espacios públicos) y el daño a la persona, a los efectos de valorar si las medidas de seguridad fueron o no suficientes, hace primar el primero.

El planteo de la tensión, como ha sido descripta, puede ser discutible. Quizás, no había necesidad de pronunciarse sobre un aspecto tan espinoso y llegar a la ximiente por otro camino, sin anticipar opinión. Me explico: en el caso, estaba probado que el daño fue causado por la conducta dolosa de un tercero, fuera del espacio donde se desarrollaba la campaña y cuando la actividad ya había concluido. Probablemente, la liberación de la asociación pudo fundarse en la carencia de relación de causalidad adecuada, en tanto no se trató de una falla en la organización, desde que el daño no se produjo ni en el lugar ni en el tiempo de la actividad.

III. El derecho a un juicio sin dilaciones indebidas. Las medidas urgentes

Con anterioridad, me he referido al daño generado por la violación del derecho humano a un juicio sin dilaciones indebidas (34). En esta ocasión, haré referencia a una sentencia de la Corte Suprema que ensaya un remedio para que el damnificado encuentre pronta respuesta. En efecto, pese a declarar su incompetencia para entender en la instancia originaria en la acción de daños interpuesta contra la Provincia de Buenos Aires a raíz de la mala praxis sufrida por una niña durante una intervención quirúrgica que la dejó parapléjica, hizo lugar a la medida cautelar innovativa solicitada y ordenó se le entregase la silla de ruedas motorizada solicitada, “pues aparece con suficiente claridad que el mantenimiento de la situación padecida por ella sin el correspondiente equipamiento ortopédico de ayuda motriz podría generar mayores daños, que deben ser evitados” (35). El voto del Dr. Horacio Rosatti, con gran humanismo, afirma: “No cabe imponer a la persona con discapacidad una mayor mortificación que la que su propio estado le ocasiona, compeliéndola a acudir a procedimientos jurisdiccionales distintos ante diversos tribunales sobre el mismo hecho, máxime cuando tal desdoblamiento en el tratamiento de una causa representa un dispendio de fondos y de recursos humanos, a la par de la potencial existencia de pronunciamientos contradictorios”.

ropeo de Derechos Humanos y su proyección en la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, Nuevas Herramientas Procesales-III-, AA.VV. (Peyrano, Jorge, Dir.), Rubinzal Culzoni, 2015, p. 499/533; Academia de Derecho de Buenos Aires, año LIX, N° 52, 201, p. 155.

(35) CS, 11/12/2018, ED 282-131, LA LEY, 2019-A, p.119 y p.141 - RCyS2019-II, 197, TR LALEY AR/JUR/67630/2018.

III.1. Las inmunidades parlamentarias

III.1.a. Preliminares

La Constitución Nacional tiene normas que expresamente imponen la obligación de reparar; por ej., el art. 15, en texto inalterado desde su sanción en 1853 dice:

“Todo contrato de compra y venta de personas es un crimen del que serán responsables los que lo celebrasen, y el escribano o funcionario que lo autorice”.

Al mismo tiempo, contiene otras que exigen de la obligación de reparar. Así, por ej., el art. 68 dispone:

“Ninguno de los miembros del Congreso puede ser acusado, interrogado judicialmente, ni molestado por las opiniones o discursos que emita desempeñando su mandato de legislador”.

III.1.b. ¿Un daño para el que no se abre ninguna puerta?

El 8/7/2020 (36) la Corte Suprema de Justicia de la Nación tuvo oportunidad de pronunciarse sobre un caso con un planteo jurídico diferente al de sus precedentes (37).

La plataforma fáctica era la siguiente: Una diputada nacional, en un programa televisivo, pronunció estas frases: “Echegaray es un ladrón por todos sus antecedentes”, “Echegaray fue enviado a la aduana de Comodoro Rivadavia para garantizar la impunidad de Conarpesa”; “este hombre (...) se enriqueció con los *feed lots*” y “no puede explicar sus bienes”.

Echegaray, un funcionario público dedujo “acción meramente declarativa con el objeto de que se determine que las expresiones formuladas por la demandada —en su carácter de diputada nacional— no responden a la realidad”. Dijo no desconocer que, por su carácter de legisladora, las expresiones de la demandada se encontraban amparadas por la inmunidad parlamentaria prevista en el art. 68 de la Constitución Nacional; por eso, aclaró que no perseguía un resarcimiento pecuniario ni sancionatorio, sino la sola declaración de que dichas expresiones no se ajustaban a la realidad. Sostuvo que la acción declarativa constituía “el único medio judicial idóneo para devolverle su honor mancillado”, acción que no infringía la garantía referida desde que no importaba acusar, interrogar judicialmente ni molestar a la contraria por sus opiniones y discursos, dentro o fuera del ámbito del recinto parlamentario”.

La demanda fue rechazada en todas las instancias, entre otras razones, porque: no se había acreditado el recaudo exigido por el art. 322 del Código Procesal Civil (estado de incertidumbre); la acción, aun en los términos deducidos, ingresaba en los amplios términos del art. 68 que impiden que el legislador sea “perseguido” o “molestado”; la invocada vulneración del derecho a una tutela judicial efectiva no habilita, por sí sola, la instancia de excepción.

La lectura de la sentencia genera esta pregunta: ¿No hay ningún remedio frente a la inmunidad parlamentaria?

Al parecer, frente al legislador, por las opiniones o discursos que emita desem-

(36) CS, “Echegaray c/ Carrió”, 8/7/2020, publicado el 20/07/2020; TR LALEY AR/JUR/22802/2020 y Suplemento JA 05/08/2020, p. 23.

(37) Para esos precedentes ver SANTIAGO, Alfonso (h), “La libertad de expresión como libertad preferida. La libertad de expresión de los legisladores, periodistas, ciudadanos, entidades educativas y docentes”, Ábaco, Buenos Aires, 2021.

peñando su mandato, el dañado no tiene acción alguna. Así surge del art. 68 que utiliza, incluso, una palabra inusual en el lenguaje de la responsabilidad civil, de muy amplio significado (“molestado”). Frente al medio de prensa, en cambio, quizás podría intentar con éxito el derecho de rectificación o respuesta previsto en el art. 14 de la Convención interamericana que dice:

“1. Toda persona afectada por informaciones inexactas o agravantes emitidas en su perjuicio a través de medios de difusión legalmente reglamentados y que se dirijan al público en general, tiene derecho a efectuar por el mismo órgano de difusión su rectificación o respuesta en las condiciones que establezca la ley.

2. En ningún caso la rectificación o la respuesta eximirán de las otras responsabilidades legales en que se hubiese incurrido.

3. Para la efectiva protección de la honra y la reputación, toda publicación o empresa periodística, cinematográfica, de radio o televisión tendrá una persona responsable que no esté protegida por inmunidades ni dispensa de fuero especial.

Adviértase que el parágrafo 3 de la norma convencional tiene en miras esas inmunidades y obliga a la empresa periodística a tener una persona responsable que no pueda invocarlas

IV. Breves conclusiones provisorias

Este rápido muestreo de jurisprudencia reciente ha pretendido verificar hasta qué punto el bloque de constitucionalidad incide en la resolución de casos encuadrados en el llamado Derecho de daños.

Creo que esa tarea ha confirmado que, como bien se ha dicho, “la responsabilidad civil, figura esencialmente dinámica, tiene que estar dotada de flexibilidad suficiente para ofrecer, en cualquier época, el medio o procedimiento por el cual, frente a nueva técnica, nuevas conquistas, nuevos géneros de actividad, asegure la finalidad de restablecer el equilibrio roto por el daño, considerado, en cada tiempo, en función de las condiciones sociales entonces vigentes” (38).

Por eso mismo, el jurista debe estar siempre atento, desde que “la responsabilidad es una realidad en observación” (39).

Cita on line: TR LALEY AR/DOC/503/2022

Más información

[Molina Quiroga, Eduardo](#), “Derechos personalísimos y la libertad de expresión”, RDF 97, 90, TR LALEY AR/DOC/3188/2020

[Gil Domínguez, Andrés](#), “Derecho al honor, libertad de expresión y ponderación”, LA LEY, 2020-A, 335, TR LALEY AR/DOC/3763/2019

Libro recomendado

[Tratado de Derecho Constitucional Argentino y Comparado](#)

Autor: Manili, Pablo Luis

Edición: 2021

Editorial: La Ley, Buenos Aires

(34) Ver, de mi autoría, “Dilación de procesos concursales y violación de derechos humanos”, en *El derecho privado ante la internacionalidad, la integración y la globalización*, Homenaje al Profesor Miguel Ángel Ciufo Caldani, La Ley, Buenos Aires, 2005, p. 389; “Responsabilidad del Estado por la violación al derecho a un juicio sin dilaciones indebidas en la jurisprudencia del Tribunal Eu-

nos Aires, 2021.

(38) DE AGUIAR DÍAS, José, “Tratado de la responsabilidad civil”, Editorial José M. Cajica, JR, S.A., México, 1996, t. I, p. 32.

(39) KIRAT, Thierry, “Les mondes du droit de la responsabilité: regards sur le droit en action”, LGDJ, Paris, 2003, p. 9.

Bibliografía

Control Judicial de la Administración Pública

Autor: Héctor A. Mairal
Editorial: La Ley, 2021, 2ª ed.

Desde la publicación de su primera edición, hace ya casi cuatro décadas, el “Control Judicial de la Administración Pública” del profesor Héctor A. Mairal, estaba destinado a ser un trabajo clásico en su materia.

Este mérito estaba garantizado, no solo por la densidad y profundidad de la obra, un verdadero prodigio del derecho comparado, sino también —muy especialmente— por su extraordinaria claridad expositiva, algo muy difícil de lograr en uno de los temas más arduos y, a veces, confusos de nuestro Derecho Administrativo, en el cual se han mellado algunas de las espadas más filosas de la doctrina argentina.

Bien es sabido que el llamado “contencioso-administrativo” —denominación que, de suyo, induce a cierta confusión— (1) pone a nuestro ordenamiento jurídico frente a uno de sus desafíos más exigentes, pues nace de la importación de un sistema de control de la Administración, gestado bajo un orden constitucional muy diferente e incorporado en el nuestro a impulsos de una voluntad cuyo mayor mérito es la tenacidad puesta en la tarea.

En una frase que se le atribuye tanto a Luis XI como a Luis XII de Francia, alguno de estos reyes habría dicho que los abogados se asemejan a los zapateros, pues, como estos, tuercen el cuero del derecho hasta amoldarlo a sus propósitos (2). Una reflexión quizás peyorativa, pero no exenta de verdad.

Sin ánimo desdorado alguno hacia los padres fundadores del Derecho Administrativo argentino, tengo para mí que con la incorporación del contencioso administrativo de cuño francés ha ocurrido algo parecido.

Es cierto que la jurisdicción contencioso-administrativa nace en Francia con la Revolución de 1789. Para preservarla, sus inspiradores la separaron de la jurisdicción judicial del *Ancien Régime*, dando pie al sistema de la doble jurisdicción, y luego el Consejo de Estado se convirtió en su gran usina. Este dato histórico no justificaba, sin embargo, que el derecho argentino, al momento de establecer el sistema de control de la Administración, tuviera que acudir a un modelo que es casi tan intrasmisible para nosotros, como podría ser el *House of Lords* del Parlamento del Reino Unido.

De hecho, ya mencionaré más adelante que, sin perjuicio de las discusiones doctrinarias sobre cuáles son las fuentes históricas de nuestro sistema judicialista, todos los autores coinciden en que nuestra Constitución, ya desde sus orígenes, estableció que son los jueces quienes deben controlar a la Administración.

A pesar de todo ello, con esa férrea voluntad a la que he aludido —motorizada sin dudas por la admiración de quienes leían, por entonces, a los juristas de la Tercera República— (3) un régimen de control concentrado, ejercido por un tribunal administrativo, fue trasladado —previo paso por el tamiz español— a un sistema constitucional, donde el control lo tienen los jueces y lo ejercen, además, en forma desconcentrada. Si esto no es pretender la cuadratura del círculo, tampoco está muy lejos de serlo.

Mairal ha sido siempre muy crítico de esta importación con escaso beneficio de inventario. Podría decirse que esta ha sido una de las naves insignia de todo su pensamiento, que apunta no solo a la introducción de una especie extranjera, no apta para convivir armoniosamente con la fauna local, sino a la manipulación genética de aquella, en perjuicio de los principios mismos que la inspiraron.

Sus reflexiones y advertencias, sin embargo, no han hecho mella, hasta ahora, en el régimen del contencioso administrativo argentino, alimentado en forma constante por una sesgada interpretación jurisprudencial que, coreada por alguna doctrina, sigue arremetiendo contra los molinos de viento. Aun así, su obra es un testimonio, claro, ordenado y profundo, de las diferencias genéticas de este sistema con nuestra Constitución, las que, tal vez algún día, capten la atención de las generaciones que vienen y puedan ser corregidas.

Naturalmente, para ello, no solo hace falta un acto de contrición jurídica; es necesario también, y quizás sea aún más importante, un profundo dolor por los pecados del estatismo, que se baña y se nutre en las aguas de un andamiaje jurídico, dotado —en abundancia— de todos los requisitos necesarios para obstaculizar la defensa de los derechos individuales e inmolarlos en el altar del pretendido interés público, que suele coincidir, lamentablemente, con las necesidades del gobierno de turno.

Si bien el polvo del tiempo no tiende a caer sobre los clásicos, es indudable que cuando un libro no se detiene en los principios tan solo, sino que ahonda en los innumerables detalles e intersticios de un régimen legal, llega un punto en el cual requiere de un *aggiornamento*.

Louis Brandeis, célebre juez de la Corte Suprema de los Estados Unidos, dijo alguna vez que el mejor desinfectante es la luz del sol y el policía más eficiente es la luz eléctrica (4). Pues bien, la obra de Héctor Mairal había cumplido ambas funciones. No solo puso bajo el sol los principios del contencioso administrativo, sino que, con celoso propósito de detective, se internó por sus pasillos y recodos, desafiando las amenazas del *Minotauro*. Y si bien, como *Teseo*, logró salir exitoso del laberinto, son precisamente esas cavidades las que con el tiempo han ido cambiando y exigían ser nuevamente recorridas. Muchas de ellas, como Mairal lo pone de manifiesto, son hoy día más sinuosas.

Merced a un admirable esfuerzo de paciencia y talento, el autor nos ofrece ahora una ver-

sión totalmente actualizada de su primera edición y, lo primero que debo destacar, es el coraje de haber emprendido esta tarea. Si escribir ya es, de por sí, un emprendimiento costoso, mucho más lo es escribir sobre lo escrito, especialmente cuando entre una edición y la otra media un espacio considerable.

Ciertamente, los límites de una revisión bibliográfica no me permiten más que presentar una semblanza —irremediablemente incompleta— de las que son, en mi opinión, las principales notas que merecen ser destacadas de esta nueva edición, intentando con ello hacer una síntesis, lo más respetuosa posible, del contenido de una obra extensa e intensa.

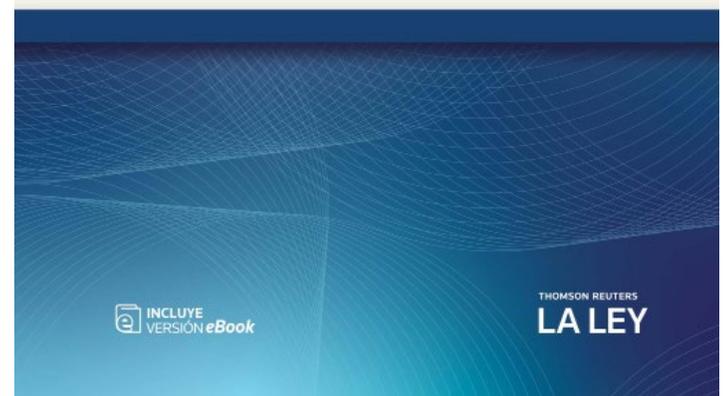
Yendo de lo general a lo particular, comenzaré recordando que en este estudio comparatista el autor despliega sobre el tapete los sistemas de control de la Administración en cinco países, que menciono en el orden de aparición en el libro: Estados Unidos, Francia, Italia, España y la Argentina. La razón por la cual comienza con el derecho extranjero está explicada en numeral 10 y tiene sentido. El contencioso administrativo argentino es el fruto del *collage* de esos cuatro ordenamientos, de modo tal que, parece conveniente conocer primero las fuentes, para comprender mejor como estas han ido desembarcando en nuestro sistema.

Otro dato relevante, que le ha agregado un valor inestimable a la obra —tanto en la edición anterior como en esta— es el modo de tratamiento del derecho comparado. Bien es sabido que, cuando se comparan distintos sistemas jurídicos, puede usarse un modelo vertical o uno horizontal. El primero, que ha sido usado —entre otros— por algunos constitucionalistas europeos, tales como André Hauriou (5), Maurice Duverger (6), Giuseppe Vergottini (7) y Manuel García Pelayo (8), para comparar diferentes sistemas políticos, describe integralmente cada sistema en forma sucesiva (9).

Sin perjuicio de su valor intrínseco como investigación, este método —que produce el efecto de la galería de cuadros— es útil, en mi opinión, cuando se analiza una institución en particular (10); pero cuando el objeto

HÉCTOR A. MAIRAL

CONTROL JUDICIAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA



de análisis es un régimen jurídico completo y complejo, parece mejor aislar cada uno de sus componentes y tratarlos, horizontalmente (11), en cada ordenamiento en particular, pues ello, obviamente, facilita la comparación. Por cierto, ello le da más trabajo al autor, pero le ofrece un mejor producto al lector.

Héctor Mairal optó por este segundo modelo, lo que otorga un valor singular a esta obra desde el punto de vista de su diseño arquitectónico, pues en cada tema en particular encontraremos la comparación del ordenamiento de todos los países mencionados. Bajo ese esquema, la estructura general de la obra se mantiene respecto de la edición anterior, pero vale la pena recordarla en sus grandes titulares, para poder citar —lo más ordenadamente posible— donde residen las novedades principales (12).

Comienza con una *Introducción* donde explica las razones del estudio emprendido. Destaco allí dos notas especiales: una mejor y más clara exposición del concepto de jurisdicción (numeral 2) (13) y la ya mencionada justificación del tratamiento previo del derecho extranjero (numeral 10).

Le sigue la *Parte Preliminar*, destinada a la evolución histórica del control jurisdiccional de la Administración en cada uno de los regímenes analizados. Destaco aquí los numerales

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) Tiene sentido en Francia porque allí el contencioso es verdaderamente administrativo, pues lo ejercen los tribunales administrativos. Pierde nitidez, en cambio, en sistemas como el nuestro o el español donde, el contencioso con la Administración, es judicial. Como resultado de ello, si cada a cada “caso contencioso” le agregáramos el aditamento de la materia o de las personas, deberíamos hablar del “contencioso-civil”, del “contencioso-comercial”; del contencioso-laboral”, etc. En definitiva, tendríamos tal cantidad de “contenciosos”, que sería casi imposible enumerarlos.

(2) LUBAN, David, “Lawyers and Justice. An Ethical Study”, Princeton University Press, 1988, p. 15.

(3) Aunque no es un justificativo, permítaseme recordar

que “todo entra por los ojos” y parece inevitable que las luces de un derecho nacido en los elegantes salones del antiguo *Palais Royal*, otrora residencia del Cardenal Richelieu y luego de los Duques de Orléans, donde reside el *Conseil d'État* desde 1875, inducen —casi mágicamente— a la imitación. Dicho sea de paso, por aquel entonces su patio interior no había sido víctima, aún, del impacto arquitectónico de las columnas trunco (y rayadas) que le agregó Daniel Buren a mediados de la década de 1980.

(4) “Sunlight is said to be the best of disinfectants; electric light the most efficient policeman”. BRANDEIS, Louis D.: “Other People’s Money. And How the Bankers Use It”, New York, Frederick A. Stokes, New York, NY, 1914, Chapter V, *What Publicity Can Do*, p. 92.

(5) HAURIOU, André, “Droit Constitutionnel et Institutions Politiques”, Montchrestien, Paris, 1972, 5ª ed.

(6) DUVERGER, Maurice, “Instituciones Políticas y Derecho Constitucional”, Ariel, Barcelona, 1984.

(7) DE VERGOTTINI, Giuseppe, “Derecho Constitucional Comparado”, Espasa-Calpe S.A., Madrid, 1985, 2ª ed.

(8) GARCÍA PELAYO, Manuel, “Derecho Constitucional Comparado”, Alianza Editorial, Madrid, 1993.

(9) En la Argentina ese mismo método fue empleado por Segundo V. Linares Quintana en “Derecho Constitucional e Instituciones Políticas”, Plus Ultra, Buenos Aires, 1976, 2ª ed.

(10) En mi caso, lo he empleado para comparar la separación de poderes, según sus diferentes modelos. BIANCHI, Alberto B., “La Separación de Poderes. Un Estudio desde

el Derecho Comparado”, Cathedra Jurídica, Buenos Aires, 2019.

(11) Confieso que pensé en usar el término “transversalmente”, pero este ha sido tan manoseado por la política, que (injustamente) he terminado por tomarle antipatía.

(12) Un dato metodológico a destacar es que, si bien la estructura general está planteada, de mayor a menor, en: Partes, Títulos, Capítulos y Secciones —una división que puede resultar un poco compleja, aunque inevitable por la densidad de la obra— los capítulos y los numerales de cada tema individual, tienen numeración corrida, lo que facilita su correlación y su cita.

(13) Se exponen aquí los cinco posibles conceptos de “jurisdicción” en un orden creciente de requisitos.

53 y 71, donde se analiza la evolución reciente en Estados Unidos (14) y Francia (15), respectivamente.

La Parte Primera se ocupa del *Acceso a la Instancia Jurisdiccional*. Aquí las dos grandes temáticas son, en primer lugar, las llamadas “Condiciones Positivas” (Título I), integradas por: la legitimación (capítulo iv); la conducta justiciable (capítulo v); el agotamiento de la vía administrativa (capítulo vi); y los plazos de caducidad y prescripción (capítulo vii). En segundo lugar, como contrapartida, son abordadas las “Condiciones Negativas” (Título II), que consisten en: la exclusión de la revisión (capítulo viii) y el acto no justiciable (capítulo ix).

En esta Parte Primera, las diferencias más significativas entre la 1ª edición y la 2ª se advierten en los siguientes numerales: 137 a 140, donde se señalan los obstáculos nacionales a la tutela judicial efectiva (16); 181 a 196, sobre legitimación después de la reforma constitucional de 1994 (17) 201 a 206, sobre la subsistencia de otras nociones como la del interés legítimo (18) 249, donde el autor desarrolla su visión sobre la noción más limitada de acto administrativo que ha propuesto en otros trabajos (19); 279, sobre la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso *Darby v. Cisneros* (20), en relación con el agotamiento de la instancia administrativa (21); 307 a 309, sobre la pretendida aplicación del principio de congruencia al agotamiento de la vía administrativa (22) y 358 a 380, donde

se formulan numerosas reflexiones críticas a los fundamentos del plazo de caducidad y se proponen diversas soluciones a sus “opresivos efectos” (23).

La Parte Segunda trata la *Instancia Jurisdiccional* y está subdividida en: el “Desarrollo de la Instancia” (Título I) y las “Consecuencias del Acceso a la Instancia” (Título II). La primera temática está abordada en dos capítulos: el *Alcance de la Revisión* (capítulo x) y la *Coordinación de las competencias* (capítulo xi). La segunda temática también está dividida en dos capítulos: las medidas cautelares en el *Proceso Administrativo* (capítulo xii) y los *Efectos de la Sentencia Definitiva* (capítulo xiii).

En esta Segunda Parte, los principales cambios entre la edición anterior y la actual, se advierten en los siguientes numerales: 498 a 504 sobre las doctrinas de la deferencia en los Estados Unidos (24); 512, sobre la declinación de la importancia de los vicios de procedimiento en Francia (25); 531, sobre el verdadero alcance de la no revisión de la oportunidad en Francia (26); 554, sobre la relación entre oportunidad y validez del acto en nuestro derecho (27); 555, sobre el control judicial del interés público en el derecho argentino (28); 558, sobre el vicio de inhabilidad del agente; 599 sobre el control judicial de las tarifas (29); 641 y 642, sobre la cuestión prejudicial comunitaria y la cuestión constitucional ante el Tribunal Fiscal de la Nación, dos aspectos novedosos en nuestro derecho; 667, sobre presunción de legitimidad

y estabilidad; 680 a 721, donde se ofrece un extenso análisis sobre la ley 26.854 de medidas cautelares contra el Estado (30); 777 a 783, donde el autor ratifica —con nuevos argumentos— su postura sobre la inexistencia del efecto *erga omnes* de la anulación de los reglamentos (31) y 798 a 802 donde se ha expandido el análisis de la ejecución de las sentencias contra la Nación, con motivo del “blindaje” que la legislación ha ido creando para obtener el cumplimiento efectivo de las condenas pecuniarias contra el Estado nacional (32).

Tal vez —de ser prudente— debería concluir aquí esta reseña, pero, como decía Oscar Wilde, *lo único que no se puede evitar es la tentación* (33). Y, por cierto, luego de describir, lo que tienta es opinar. No abusaré de este apetito, pero quisiera exponer algunas reflexiones propias, haciendo un *cherry picking* —muy discrecional— dentro de una granja de cultivos muy abundantes.

Una vez más, yendo de lo general a lo particular, no puedo ocultar que coincido con el “espíritu de la obra”. Todos quienes litigamos ante los tribunales federales en lo contencioso administrativo experimentamos, en mayor o menor medida, las dificultades que presenta este proceso. Ese “blindaje” al que Mairal se refiere al hablar de la ejecución de las sentencias, comienza mucho antes, con el agotamiento mismo de la instancia administrativa y continúa luego a lo largo de todo el proceso (34). La obra que reseño es, en ese sentido, un excelen-

te “manual” para sortear —fundadamente— esa carrera de obstáculos en la que a veces se convierte el litigio contra la Administración.

En segundo lugar, es una obra integral. No deja afuera aspecto alguno del proceso contencioso administrativo y lo hace, además, de una manera equilibrada en sus contenidos. Todos los temas tienen un tratamiento proporcional a sus dimensiones e importancia. El único punto en el cual me atrevería a decir, respetuosamente, que el autor ha cargado la pluma, es en los numerales 95 a 98, donde refuta la tesis de Juan Carlos Cassagne sobre el origen histórico del artículo 109 (antes el 95) de la Constitución. En opinión de Cassagne la fuente de dicha norma está en los artículos 242 y 243 de la Constitución de Cádiz, mientras que, a juicio de Mairal, la fuente es el artículo 108 de la Constitución chilena de 1833.

Por cierto, renovar esta polémica a través de una justa de eruditos, engalana doctrinariamente la obra y no podría quejarme de ello. Todo lo contrario. Lo que modestamente me permito decir es que cuando buceamos en las fuentes de una norma, debemos tener en cuenta que las hay directas e indirectas. Así, es probable que Alberdi haya tenido en cuenta, como fuente inmediata, la Constitución chilena (35), pues, cuando escribió su Proyecto de Constitución añadido a la segunda edición de las Bases, vivía en Valparaíso, Chile. Ahora bien, la siguiente pregunta es cuál fue la fuente de la norma chilena. No es de extrañar que

(14) A diferencia de lo que ha ocurrido en los países europeos, donde la producción legislativa ha sido intensa en los años recientes, en los Estados Unidos no ha habido cambios demasiado notables al punto que, el más significativo de ellos, es el caso *Chevron U.S.A., Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc.*, 467 U.S. 837 (1984), sobre la deferencia de los tribunales hacia las decisiones administrativas.

(15) Se alude aquí, a la abundante producción legislativa que preocupa a los autores franceses. Tradicionalmente, explica Mairal, el derecho administrativo francés progresaba a impulsos de la jurisprudencia del Consejo de Estado, pero en los últimos años se han sucedido varios cambios legislativos, en 1995, 2000 y 2001, que crean cierta inseguridad jurídica.

(16) Tales obstáculos son: el costo y el tiempo de la justicia y la confusión normativa, cuyo resultado —apunta el autor— es que “[...] el Estado deba aceptar someterse a la jurisdicción de tribunales extranjeros o al arbitraje (y aún, en algunos casos, al derecho extranjero), cuando quiere acceder a los mercados internacionales de capital” (p. 187).

(17) Menciona aquí el autor, todos los “legitimados colectivos” que la reforma de 1994 ha prohiado, señalando que “En ningún otro aspecto de esta materia ha sido tan importante el cambio operado por la reforma constitucional de 1994 como el de la legitimación. Cuando los tribunales nacionales apenas iban abriendo, tímidamente, la legitimación de algunos intereses, en cuestiones ambientales o urbanísticas principalmente, el constituyente irrumpió en el tema de una doble manera: primero, con una amplísima admisión de la legitimación de los derechos de incidencia colectiva (potenciada luego con la admisión pretoriana de las acciones de clase por la Corte Suprema) y, segundo, otorgando jerarquía constitucional a los tratados de derechos humanos que reconocen los “derechos de tercera generación” (art. 75, inc. 22, CN) (1315). Esta doble irrupción constitucional ha relativizado la importancia de la tradicional distinción entre derecho subjetivo, interés legítimo e interés simple, y exige replantear dichas nociones” (p. 243).

(18) Merece destacarse aquí (ver el numeral 202) la crítica —que comparto plenamente— a la “inflación de los derechos” producida por la reforma de 1994. Señala Mairal que “[...] la reforma constitucional de 1994 al reconocer los derechos de tercera generación (a la salud, al trabajo, a la vivienda digna, a la educación, etc.) a través de incorporar, con rango constitucional, a los tratados de derechos humanos, creó una verdadera ‘inflación de derechos’. Dado que nuestra Constitución es operativa y no meramente programática, reconocer ‘derechos’ tiene un efecto jurídico mucho más directo e importante que ese mismo reconocimiento lo tenía en algunas constituciones europeas de mediados del siglo XX que, en general, requerían de una ley para poner en vigor esos ‘derechos’. Ello ha obligado a nuestros tribunales a hacer malabarismos retóricos para sostener la operatividad de esas cláusulas constitucionales sin por ello convertir al Poder Judicial en redactor de la Ley de Presupuesto o en un munificentemente repartidor de beneficios sociales, excepto en casos tan dramáticos que terminan siendo anecdóticos” (p. 274).

(19) En este punto Mairal critica la noción expansiva de

acto administrativo que asigna “efectos jurídicos a toda declaración realizada en ejercicio de la función administrativa aunque no se basara en atribución, legal o constitucional, de potestad alguna” y sostiene que “[...] cabe desconocer el carácter de acto administrativo (y todas las consecuencias que de él se desprenden: presunción de legitimidad, ejecutoriedad, obligación de impugnarlo en breve plazo para que no se vuelva inatacable) a toda decisión o pronunciamiento administrativo que no constituya el ejercicio de una potestad administrativa” (ps. 328 y 329).

(20) 509 U.S. 137 (1993).

(21) Conforme señala Mairal, este fallo ratificó e hizo aplicable la regla, ya sentada en la *Administrative Procedure Act* (APA), según la cual “[...] la decisión definitiva del organismo es directamente revisable en sede judicial, aunque exista la posibilidad de recurrir ante una autoridad superior, a menos que la ley específicamente aplicable, o los reglamentos del organismo en cuestión, establezcan lo contrario, y ello, obsérvese bien, siempre que dichos reglamentos dispongan que la decisión carecerá de efectos en el interin” (p. 367).

(22) Vale la pena detenerse especialmente en el numeral 307, donde el autor formula una muy fundada crítica al carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa como regla. En su opinión “[...] el carácter revisor no es un dato necesario de la jurisdicción contencioso-administrativa y [...] las diversas consecuencias que de él se hacen fluir deben encontrar su propia justificación en cada régimen jurídico” (p. 406).

(23) Mairal menciona, entre otras, los derechos adquiridos, los derechos irrenunciables, la conducta ilegítima continua; la impugnación judicial del rechazo del recurso de revisión; la aparición de nuevas circunstancias, la posibilidad de reiterar la solicitud y los actos confirmatorios. Sugiero, en particular, la lectura de los numerales 377 y 378 donde el autor señala que el vencimiento del plazo de caducidad no siempre debe producir los mismos efectos y señala las diferentes consecuencias que ello tiene, distinguiendo cada caso en particular.

(24) El autor analiza aquí, con mayor amplitud, las diferentes concepciones sobre la deferencia judicial hacia las decisiones administrativas que surgen del caso “*Chevron*” ya citado (ver nota 14) y sus antecedentes en los casos *Skidmore v. Swift and Company*, 323 U.S. 134 (1944) y *Bowles v. Seminole Rock & Sand Co.*, 325 U.S. 410 (1945).

(25) Se hace mención en particular al caso *Danthy* (CE, 23/12/2011, Rec. 649), donde conforme explica el autor “el Consejo de Estado decidió que el vicio de procedimiento solo produce la ilegalidad si resulta del expediente que fue susceptible, en el caso, de influenciar el sentido de la decisión o privó a los interesados de una garantía, sea ese procedimiento omitido obligatorio o facultativo” (p. 675).

(26) Señala Mairal que “[...] ante la continuada expansión del alcance del control jurisdiccional ocurrido a lo largo de este siglo, la regla [del control sobre la oportunidad del acto] ha perdido su nitidez y carácter absoluto. Para mantener su exactitud ha sido necesario afinar el concepto de oportunidad, ya que originalmente incluía también a la calificación

jurídica de los hechos, aspecto que, como se ha visto, está desde hace muchas décadas sujeto al control del tribunal. Pero incluso utilizando un concepto restringido, es del caso preguntarse si la regla es exacta hoy en día. En efecto, en materia urbanística el Consejo de Estado ha resuelto que “una dispensa a las reglas prescritas por un reglamento urbanístico solo puede legalmente autorizarse si las afectaciones que ella comporta al interés general que las prescripciones del reglamento tienen por objeto proteger no son excesivas con relación al interés general que presenta la dispensa”, CE, 18/7/1973, Ville de Limoges, Rec. 530

(27) En relación con esta cuestión, el autor apunta que “[...] en Italia se conoce el vicio de mérito que aparece cuando el acto es inoportuno o contrario a un criterio de buena administración [...] Se ha intentado extrapolar este vicio a nuestro derecho, sin advertir que la condición que se exige allá para que él exista (o sea el recurso ante el tribunal administrativo que incluye el mérito), no puede darse en la Argentina, donde el juez nunca puede controlar la oportunidad del acto. La consecuencia jurídica de admitir este vicio sería colocar en manos de la administración la facultad de declarar ilegítimo cualquiera de sus actos sin que esa declaración sea judicialmente controlable. Cuando el derecho reconoce a la administración la potestad de revocar sus propios actos sin límite de tiempo, con el solo requisito de declararlos absolutamente nulos, la peligrosidad de la teoría aumenta significativamente” (p. 719).

(28) Conforme explica Mairal: “[...] en nuestro país el tema reviste una importancia especial debido a la conjunción de dos reglas ominosas y, a nuestro juicio, inconstitucionales: La amplia potestad que la LPA otorga a la administración para revocar todos sus actos por razones de oportunidad, y la exclusión de la indemnización del lucro cesante en todos los casos en los que el Estado ha actuado legítimamente. El ejercicio de esa potestad debe estar sujeto al control judicial tanto en lo que hace a la existencia del interés público que se alegue para justificar ese ejercicio, como a la relación de proporcionalidad entre el sacrificio que la medida inflige al titular del derecho revocado y los fines que la revocación persigue. De lo contrario se configuraría una situación condenada por el art. 29 de la CN. Si bien el interés público alegado por la administración también estará alcanzado por la presunción de legitimidad del acto administrativo, ello no lo pone a reparo del control judicial. Muy poco valdría ese control si el juez tuviera que tomar la existencia del interés público por dada ante su alegación por la administración. En definitiva, cuanto más involucremos el factor del interés público para apoyar la validez del acto administrativo, más estaremos exigiendo la intervención del juez en la consideración de ese factor” (p. 722).

(29) Se reseña aquí la evolución de la jurisprudencia en los Estados Unidos y en la Argentina sobre el control que los jueces ejercen sobre las tarifas. En particular, advierte el autor que, en la Argentina, en los últimos años “[...] ha disminuido el énfasis en la protección de los derechos del prestador. Tres obstáculos conspiran contra el control judicial de las tarifas a su pedido: (i) la ya citada improcedencia del amparo como

vía apta para tal control, dada la complejidad de las cuestiones y la amplitud de la prueba necesaria para decidir el caso; (ii) la duración normal de una acción ordinaria, que puede superar los diez años; y (iii) las altas tasas de inflación que continuamente se observan en nuestra economía, que tornan irrelevante cualquier tarifa fijada judicialmente con esa demora” (p. 787).

(30) De esta larga sección merece destacarse, en especial, el numeral 700, sobre las medidas cautelares ante la opresión estatal.

(31) Este es, sin dudas, uno de los aspectos más arduos de nuestro contencioso administrativo, donde las diferencias con el sistema francés y español, que admiten los efectos *erga omnes* de la anulación de un reglamento, se ponen en evidencia manifiesta. Mairal ratifica aquí sus argumentos sobre el efecto inter-partes que, en lo personal, comparto, bien que tengo algunos matices que formularé luego. De su extensa explicación sobre la cuestión, me permito rescatar una distinción importante aplicable, en particular, a los procesos colectivos: “[...] no hay que confundir el efecto plural con el efecto *erga omnes*, ni considerar que un fallo que obliga solo a los demandados significa efecto *erga omnes*. En nuestro derecho, a diferencia de Francia, ni la norma desaparece ni la sentencia obliga a quienes no fueron parte en el proceso, aunque pueda, indirectamente, beneficiarlos” (p. 1025).

(32) “Pese a esa positiva evolución de la jurisprudencia y a las normas recién citadas —señala Mairal— la cuestión del pago de créditos contra el Estado se ha convertido en un serio problema jurídico y, a la vez, en una fuente de corrupción. Cuando el mero cumplimiento de una obligación de la administración puede constituir un acto de favoritismo ante la inexistencia de mecanismos judiciales efectivos y rápidos para obtener el pago, es fácil imaginar las tentaciones de conducta que ello suscita. Pero, además, el problema no tiene solución jurídica fácil dada las repetidas dificultades del erario público para enfrentar sus compromisos y los intereses de diversa índole y urgencia que debe atender la administración” (numeral 798, en p. 1039).

(33) “I can resist everything except temptation”, *Lady Windermere’s Fan*, First Act.

(34) Sin ir más lejos, una regla no escrita del fuero impide llevar a cabo la audiencia del art. 360 del Código Procesal Civil y Comercial, pese a que esta es una herramienta eficaz que, de ser bien empleada ahorraría mucha tarea a los tribunales y facilitaría los acuerdos. Sin embargo, con la errónea excusa de que los abogados del Estado no tienen facultades para transar (la audiencia del 360 no es, procesalmente hablando, una audiencia de conciliación), no se lleva a cabo. Obviamente, la solución para ello es tan simple como citar a la audiencia al funcionario que sí tiene facultades para transar, o bien darle ese poder al representante legal.

(35) Así lo destaca Seco Villalba en su obra sobre las fuentes de la Constitución. Seco Villalba, José Armando: Fuentes de la Constitución Argentina, Depalma, Buenos Aires, 1944. p. 221.

haya sido la norma española, dado el enorme parecido que ambas tienen. Se sigue de ello que la norma española podría ser una fuente de la fuente de la nuestra.

Pero lo que es más importante, a mi juicio, es que ambas disposiciones, la española y la chilena, solo se refieren a las causas civiles y criminales, mientras que la norma argentina comprende todas las causas, incluyendo las contencioso-administrativas. Parecería entonces que, habiendo tomado la estructura del Poder Judicial del modelo norteamericano y teniendo en vista la dictadura rosista y la suma del poder público, Alberdi quiso evitar su repetición a toda costa reforzando su principio judicialista. A tal fin incorporó el artículo 29 y lo reforzó luego con el antiguo artículo 95, con una versión más amplia aún de la norma española y chilena que, de paso, ya tenían un antecedente nacional en el artículo 7º del Reglamento de 1811.

Todo ello me permite sostener que, aun discrepando sobre las fuentes, ambos autores coinciden, sin sombra de duda alguna, en que el sistema contencioso administrativo argentino es netamente judicialista y esto es lo que verdaderamente cuenta al momento de tomar una posición de fondo sobre el sistema de control judicial de la Administración.

Esta comprobación me lleva a la LPA. No caben dudas de que se trata de un producto de origen francés, traído a nuestras costas en galeones españoles, pero que en su momento fue una norma que trajo consigo ciertos avances y, por ello, Mairal deja ver los sentimientos encontrados que le produce. No obstante reconocer que “[...] introdujo disposiciones protectoras de los particulares adelantadas para su época. Tal, por ejemplo, la obligación de motivar los actos administrativos, siete años antes de que Francia estableciera similar requisito, o la exigencia de la proporcionalidad en la decisión, que aún no era ampliamente aplicada en Europa” (36), sostiene que su “poca claridad [...] y la contradicción entre su filosofía europea y nuestro régimen constitucional provocaron de inmediato serias controversias acerca

de la coexistencia de las dos vías [impugnatoria y reclamatoria] y la interrelación de las normas que las gobiernan” (37).

Aun así, Mairal reconoce que la LPA, no es enteramente culpable de la situación actual de nuestro contencioso administrativo. Ella se debe —en buena medida— a la jurisprudencia que la ha interpretado y a las normas posteriores que han dado pie a una involución en nuestro derecho (ver el numeral 109). Afirma Mairal que la jurisprudencia “[...] no ha vacilado en ignorar la letra de la LPA para convalidar actos administrativos carentes de dictamen jurídico previo, pese a que este recaudo constituye ‘requisito esencial’ del acto según lo establece expresamente la misma Ley y a que la violación de las ‘formas esenciales’ o la carencia de un ‘elemento esencial’ provoca, según la misma LPA, la nulidad absoluta del acto” (38) y que “[...] la doctrina de la llamada ‘cosa juzgada administrativa’ que creó la corte Suprema con el fallo *Carman de Cantón* (Fallos 175-368), y que la LPA intentó consolidar en sus arts. 17 y 18, ha prácticamente desaparecido ante la desafortunada interpretación de una norma de por sí *desafortunada*” (39). En síntesis “*el legislador, la administración y nuestros jueces siguieron uniformemente la alternativa más autoritaria y la más restrictiva del acceso a la Justicia, contrariando la evolución que en ese mismo lapso se observó en Europa*” (40).

Comparto plenamente estas afirmaciones y así las expuse en un trabajo citado por Mairal (41). Allí intenté resumir, en lo que para mí debería ser un *black letter*, las razones que hacen de nuestro régimen de control judicial de la Administración, un sistema que está muy lejos de proteger los derechos de los particulares. No caben dudas de que el agotamiento obligatorio de la instancia administrativa tanto en la vía recursiva como reclamatoria —con plazos breves y perentorios en la primera— en combinación con el plazo de caducidad conforman una tormenta perfecta en contra del administrado.

En todo ello además se nota la impronta legislativa y jurisprudencial negativa que, lejos

de morigerar los requisitos formales impuestos por la ley 19.549, los ha aumentado e incentivado. El plazo de caducidad, por ejemplo, es una exigencia que, a partir de la ley 25.344, se aplica también en la vía del reclamo y debe ser revisado de oficio por los jueces (42). No obstante ello, ha recibido aprobación a través de una serie de fallos en los cuales la Corte Suprema lo ha abordado desde diferentes ángulos, pero coincidentes en definitiva acerca de su validez constitucional, entre otros, *Serra c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires* (43); *Gypobras S.A. c/ Estado Nacional* (44); *Alcántara de Díaz Colodrero c/ Banco de la Nación Argentina* (45); *Nava c/ Estado Nacional* (46) y *Gorordo Allaria c/ Estado Nacional* (47).

Una mención aparte merece la cuestión de los efectos de la sentencia que anula un reglamento, pues este es uno de los puntos más debatidos en nuestro sistema. Coincidió plenamente con Mairal en que tales efectos solo pueden ser *inter partes*, pues así lo exige nuestro sistema judicialista y desconcentrado. Sin embargo, no puede negarse que ello supone una contradicción con el sistema de nulidades, pues, a diferencia de la inconstitucionalidad de la ley o del reglamento, que se mide caso por caso, según como impacte la norma en la esfera constitucional de cada afectado, la nulidad no juzga a la norma según su aplicación al caso, sino a la norma en sí misma. Mientras la inconstitucionalidad es exógena, la nulidad es endógena, ya que afecta genéticamente a la norma. La consecuencia lógica de ello sería, entonces, que, una vez declarada la nulidad de un reglamento, esta debería tener efectos *erga omnes*. Una solución superadora de esta contradicción ha sido instada por Cassagne, que propone otorgar efectos *erga omnes* solamente a las sentencias de la Corte Suprema que declaran la nulidad del reglamento (48).

Desde ya que no hay soluciones perfectas para la cuadratura del círculo, pero considero que, de todas las alternativas posibles, esta es la que permite armonizar mejor ambos sistemas. Para ello debemos tener en cuenta que la declaración de nulidad de un reglamento con

efectos *erga omnes* no implica necesariamente la derogación del reglamento, pues ello iría en contra de la separación de poderes. Por el contrario, se trata de una declaración que tendrá efectos generales mientras perdure el precedente, el cual puede ser modificado, eventualmente, por un caso posterior. Así sucedió con los casos *Fayt c/ Estado Nacional* (49) y *Schiffirin c/ Poder Ejecutivo Nacional* (50). Es por ello que, a diferencia de lo que sostiene Mairal, no encuentro que este segundo caso pueda ser tomado como prueba de la inexistencia de los efectos *erga omnes* de los fallos de la Corte Suprema (51).

Concluyo esta recensión con un agradecimiento y un pedido.

Agradezco al Profesor Mairal, que nos ofrece una versión completamente actualizada de su obra. Como dije, además de talento, hace falta una buena dosis de coraje para emprender una tarea de este tipo. Con ello, nos permite salir —otra vez— a contemplar las estrellas, como invita *il Sommo Poeta* en el último verso del *Inferno*, citado en el prólogo a la primera edición— (52).

Pero, como todo agradecimiento suele venir acompañado de un ruego, en caso de que el autor —armado con los renovados bríos de esta segunda edición— estuviera pensando ya en una tercera, me atrevo a exhortarlo a que contemple la posibilidad de incluir en ella el *judicial review* en el derecho del Reino Unido.

Soy consciente de que el derecho británico no ha sido fuente del nuestro, al menos en lo relativo al control judicial de la Administración y, por ello, el control que ejercen los jueces ingleses sobre la llamada *secondary legislation* podría ser ajeno a la composición sistémica de la obra. Aun así me parece que este agregado completaría, muy adecuadamente, este magnífico trabajo de derecho comparado.

Alberto B. Bianchi

Cita on line: TR LALEY AR/DOC/505/2022

(36) Numeral 108, en p. 127.

(37) Ídem, p. 129.

(38) Numeral 109, apart. 11, en p. 135.

(39) Numeral 109, apart. 12, en p. 135.

(40) Conclusión del numeral 109, en p. 137.

(41) BIANCHI, Alberto B., “Declinación y caída del con-

trol judicial de la administración Pública”, TR LA LEY, AR/JUR/5244/2010.

(42) LPA, artículo 31, según la reforma introducida por el art. 12 de la ley 25.344.

(43) Fallos 313-83 (1990).

(44) Fallos 318-441 (1995).

(45) Fallos 319-1476 (1996).

(46) Fallos 319-1532 (1996).

(47) Fallos 322-73 (1999).

(48) CASSAGNE, Juan Carlos, “Curso de Derecho Administrativo”, La Ley, Buenos Aires, 2021, 13ª ed., t. II, p. 661.

(49) Fallos 322-1641 (1999).

(50) Fallos 340-257 (2017).

(51) Numeral 778, en p. 1015.

(52) *E quindi uscimmo a riveder le stelle.*

Nota a fallo

Cobertura de salud

Arbitrariedad de la sentencia que ordena la cobertura total de la medicación prescrita a un paciente. Osteoporosis. Disidencia.

- La decisión de obligar a la entidad social a afrontar el 100% de la cobertura del remedio prescripto no resulta razonable en tanto desconoce la plataforma normativa aplicable, cuya constitucionalidad no ha sido objetada y excluye a la autoridad de aplicación en la materia.
- La no cobertura de un remedio prescripto no significa una afectación del derecho a la salud del paciente, pues la actora no es discapacitada, ni posee certificado que acredite esa circunstancia; cuenta con ingresos propios y no se encuentra en situación de especial vulnerabilidad.
- La sentencia que ordenó cubrir el 100% de un tratamiento médico debe ser confirmada, pues la Cámara puso de relieve las dificultades económicas de la accionante para solventar el fármaco prescripto, dados sus escasos ingresos económicos y el elevado costo de la medicación; y la demandada no demostró que la cobertura comprometera su patrimonio de manera tal que le im-

pidiera atender a los demás beneficiarios (del dictamen del Procurador Fiscal que el Dr. Rosatti hace suyo en su voto en disidencia).

CS, 08/07/2021. - C., M. I. c. Obra Social del Personal de Control Externo (OSPOCE) y otros/ prestaciones farmacológicas.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/105540/2021]

Dictamen del Procurador Fiscal

-I-

La Sala I de la Cámara Federal de Apelaciones de San Martín modificó, en cuanto al monto de cobertura, la sentencia de primera instancia que había admitido parcialmente la acción interpuesta por la actora y condenado a las codemandadas Obra Social del Personal de Control Externo (OSPOCE) y Swiss Medical S.A. a abonar el setenta por ciento del medicamento denominado Teriparatida 20 miligramos Jeringas prellenadas por treinta), por el plazo que los médicos tratantes lo estimasen pertinente, dada la patología que la accionante padece, esto es, osteoporosis establecida en la columna lumbar con fractura por fragilidad en la vértebra dorsal octava.

La Cámara elevó dicho porcentaje de cobertura hasta alcanzar el total del valor del fármaco, por un plazo de dieciocho meses desde el comienzo del tratamiento, de conformidad con lo indicado por los profesionales que asisten a la demandante (fs. 234/238 del expediente FSM 42058/2016/CA2, al que me referiré en adelante, salvo aclaración en contrario).

En primer lugar, el tribunal destacó que en autos no se hallaba controvertida la patología de la actora ni la necesidad del tratamiento con la medicación indicada, sino que el punto en debate versaba sobre el porcentaje de cobertura de la medicación a cargo de la demandada, pues la obra social afirmaba que solo debía cubrir el cuarenta por ciento de su valor, mientras que la accionante reclamaba la cobertura total de su costo.

En segundo lugar, puso de relieve que la Ley 23.660 de Obras Sociales prevé que esos organismos deben destinar sus recursos en forma prioritaria a las prestaciones de salud (art. 3). Añadió que la ley 23.661, que establece el Sistema Nacional de Seguros de Salud, fija como objetivo el otorgamiento, a través de sus agentes, de prestaciones de salud igualitarias e integrales y humanizadas que tienden a procurar la protección, recuperación y rehabilitación de la salud (art. 2). Asimismo, destacó que las

prestaciones allí reguladas deben asegurar a los beneficiarios servicios suficientes y oportunos (art. 27).

Luego, explicó que el Programa Médico Obligatorio (PMO) establece pisos mínimos de prestaciones que las obras sociales deben garantizar, mas ello no constituye una limitación para los agentes de salud, dado que es una enumeración no taxativa de la cobertura mínima que los beneficiarios están en condiciones de exigir.

Recordó que en anteriores precedentes de esa Cámara, emitidos en causas análogas, se siguió el criterio expuesto por el Cuerpo Médico Forense, quien resaltó que el punto controvertido debe resolverse teniendo especialmente en cuenta la opinión del profesional de la medicina que trata la patología del paciente, pues es quien, una vez efectuados los estudios correspondientes, prescribe la prestación que le proporcione mejores resultados. Sobre esta base, puntualizó que, en el caso, los médicos indicaron que el tratamiento no podía interrumpirse por el grave riesgo de nuevas fracturas, por lo que correspondía hacer lugar al recurso de la actora y modificar la sentencia apelada, de ma-

El derecho a la salud y el PMO

Criterios de la Corte Suprema



Ramiro Rosales Cuello

Exjuez de la Cámara Civil y Comercial del Dpto. Judicial de Mar del Plata. Abogado especializado en Derecho Procesal (USAL).



Pablo R. Toledo

Abogado. Doctor en Derecho. Magíster en Derecho Procesal. Docente en las Cátedras de Derecho Procesal II "B" y Derechos Humanos de la Facultad de Derecho y Cs. Sociales (UNT), docente en carreras de posgrado y relator de la Corte Suprema de Justicia de Tucumán.

SUMARIO: I. El caso.— II. El PMO: naturaleza y tensiones.— III. La Corte Suprema frente al PMO: naturaleza y pautas de análisis.— IV. Las prestaciones implícitas y el principio de progresividad.— V. Reflexiones finales.

I. El caso

La presente nota al fallo "C., M.I. vs. Obra Social del Personal de Control Externo (OSPOCE) y otro s/ prestaciones farmacológicas" (1) de la Corte Suprema de Justicia de la Nación nos invita a reflexionar sobre aspectos actuales y complejos del derecho a la salud.

En el caso bajo comentario la parte actora inició una acción de amparo contra la Obra Social del Personal de Control Externo (OSPOCE) y Swiss Medical S.A. con el objeto de que le cubrieran el costo del medicamento "Teriparatida 20mg - Jeringas Prellenadas por 30 unidades". La Cámara Federal de Apelaciones de San Martín, más allá de confirmar el progreso del amparo, determinó que la cobertura debía alcanzar el 100% del costo del medicamento. Contra esa decisión, la obra social demandada dedujo el recurso extraordinario, cuya denegación provocó la deducción de una queja ante la Corte Suprema.

En ese marco, la Corte Suprema dictó el pronunciamiento bajo comentario, con la decisión de hacer lugar a la queja y dejar sin efecto la sentencia impugnada. En lo atinente a tal decisión, la Corte destacó que la droga en cuestión (Teriparatida) —que se prescribe para pacientes con fracturas osteoporóticas previas— no se encuentra expresamente prevista en el Programa Médico Obligatorio (PMO), y a su vez señaló que, respecto de los medicamentos que se prescriben para el tratamiento de enfermedades en los huesos, el PMO dispone que deberá otorgarse una cobertura del 40%, al igual que en relación con las medicinas que se brindan en forma ambulatoria, pero agregando que, cuando la enfermedad es crónica y prevalente, el referido porcentual se eleva al 70%.

Lo cierto es que la Corte Suprema interpretó que la decisión de obligar a la entidad social a afrontar el 100% de la cobertura del remedio prescripto implicó el desconocimiento de la plataforma normativa citada, por lo que dejó sin efecto esa decisión, aclarando que la actora no era discapacitada, contaba con ingresos propios y no se encontraba en situación de especial vulnerabilidad.

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) CS, "C., M. I. vs. Obra Social del Personal de Control Externo (OSPOCE) y otro s/ prestaciones farmacológicas", 08/07/2021, TR LALEY AR/JUR/105540/2021.

(2) Cabe aclarar que el régimen legal y contractual puede encontrar diferencias respecto de las distintas entidades que operan en el servicio de salud y que esas singularidades pueden impactar en la solución de ciertos casos (ver, por ejemplo, CS, "V. L., R. vs. Obra Social del Poder Judicial de la Nación s/ ordinario", 19/09/2017, Fallos 340:1269; "Policlínica Privada de Medicina y Cirugía S.A. vs. Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires", 11/06/1998, Fallos 321:1684). Sin perjuicio de ello, debemos resaltar que las empresas de medicina prepaga deben asegurar a sus afiliados las prestaciones pactadas y las establecidas legalmente, ya que si bien su actividad reviste carácter comercial, se ordena a proteger los derechos fundamentales a la vida, salud e integridad de las personas, lo que importa asumir un compromiso social (CS, "E., R. E. vs. Omint S.A. de Servicios", 13/03/2001, Fallos 324:677). Ver, igualmente, la ley 26.682, que, además de regular la medicina prepaga, amplía los sujetos obligados a cumplir con el PMO. Así, en su art. 1, dispone que "quedan también incluidas en la presente ley las cooperativas, mutuales, asociaciones civiles y fundaciones cuyo objeto total o parcial consista en

La cuestión debatida en el caso bajo comentario, relacionada directamente con los límites de cobertura que fija el PMO, nos invita a reflexionar sobre este programa médico, su naturaleza, los límites que dispone, las modulaciones en la jurisprudencia de la Corte Suprema y las pautas que sirven a ese análisis.

II. El PMO: naturaleza y tensiones

El PMO constituye un programa que especifica el conjunto de prestaciones médico-asistenciales y farmacológicas que tiene todo beneficiario del sistema nacional de obras sociales y prepagas médicas (asimiladas a las obras sociales por ley 24.754) (2), ya sea mediante sus propios servicios o a través de efectores contratados. A su vez, la Corte Suprema, anticipándose a la legislación (3), interpretó que no es irrazonable asimilar las entidades mutuales a las entidades de medicina prepaga, en tanto aquellas también operan mediante el pago de una cuota mutua de sus socios, a cambio de prestaciones futuras y en condiciones predeterminadas, que incluyen asistencia médica y farmacológica, reconocimiento de gastos funerarios y subsidios por nacimiento, lo cual permite presumir que el socio tiene la legítima expectativa de que la entidad mutua cubrirá las prestaciones del Programa Médico Obligatorio (4).

Es importante señalar que ese programa no es pétreo. De hecho, el art. 28 de la ley 23.661 dispone explícitamente que el programa de prestaciones obligatorias se "actualizará periódicamente" (5); y, si bien esa norma estipula que la actualización está confiada al impulso de la autoridad de aplicación, ello no excluye que el legislador también pueda ampliarlo a partir del dictado de leyes que incorporen o incluyan legalmente determinadas prestaciones no previstas reglamentariamente en el consignado programa (6) [tal como ocurrió, por ejemplo, en las leyes 23.753, 23.798, 24.788, 24.901, 26.689, etc. (7)].

Lo cierto es que la necesidad de actualizar el PMO se apoya en la índole dinámica de la ciencia médica, la cual reclama una adecuación permanente, sobre la base de la evidencia

brindar prestaciones de prevención, protección, tratamiento y rehabilitación de la salud humana a los usuarios, a través de una modalidad de asociación voluntaria mediante sistemas pagos de adhesión, ya sea en efectores propios o a través de terceros vinculados o contratados al efecto, sea por contratación individual o corporativa". A su vez, en el art. 7, dispone que "los sujetos comprendidos en el artículo 1 de la presente ley deben 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". Igualmente, es de resaltar que, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 6 de la ley 23.661, "el personal dependiente de los Gobiernos provinciales y sus municipalidades, y los jubilados, retirados y pensionados del mismo ámbito no serán incluidos obligatoriamente en el seguro. Sin embargo, podrá optarse por su incorporación parcial o total al seguro mediante los correspondientes convenios de adhesión". Lo mismo dispone ese artículo en relación con los organismos que brinden cobertura asistencial al personal militar y civil de las Fuerzas Armadas y de Seguridad, y el organismo que brinde cobertura asistencial al personal del Poder Legislativo de la Nación y/o a los jubilados, retirados y pensionados de dichos ámbitos: podrán

disponible (8), que incluye distintas prácticas, tecnologías, medicamentos y demás prestaciones disponibles en el mercado. Sin embargo, la actualización del PMO no ha logrado acompañar esa dinámica de las ciencias médicas; y la normativa aparece muchas veces atrasada e insuficiente (9).

Desde esa perspectiva, las prestaciones previstas expresamente en el PMO no deberían provocar controversias, en el sentido de que deberían ser brindadas sin excusa y en forma directa e inmediata (10) —oportunamente planteamos que en esos casos debe diseñarse un amparo con características predominantemente unilaterales (11)—. El inconveniente se presenta con las prestaciones médico-asistenciales y farmacológicas que no encuentran cobertura en el programa o bien que reciben una cobertura solo parcial. En estos últimos casos, se observan tensiones que exhiben distintas posturas sobre su naturaleza y alcance.

Una interpretación de la cuestión conduciría a sostener que, más allá de su actualización, el PMO constituye un techo prestacional, es decir, comprende todo lo que las obras sociales y prepagas médicas (y asimiladas a estas por la ley 26.682) deben brindar. Según esta interpretación, el PMO es precisamente un mecanismo para establecer cuál es el empleo de los recursos disponibles que el sistema entiende que conseguirá distribuir respetando las pautas de igualdad de tratamiento y de óptima utilización posible de recursos siempre escasos. Siguiendo ese razonamiento, no podría considerarse que el PMO es solo una lista indicativa, sino el límite de prestación obligatoria, puesto que, de otro modo, se produciría un desorden en el empleo de los recursos, su agotamiento prematuro (antes de alcanzar a dar lo mismo a todos los beneficiarios necesitados) y una distribución desigual (a favor de quienes lleguen antes del agotamiento prematuro) (12).

Esa misma perspectiva interpreta que si los jueces amplían el contenido prestacional del PMO, incurren en una intromisión indebida en las facultades de otros poderes, que impor-

optar por su incorporación total o parcial al seguro mediante los correspondientes convenios de adhesión.

(3) Ver *supra* nota 2.

(4) CS, "Chamorro, Carlos vs. Sociedad Argentina de Autores y Compositores de Música", 01/04/2008, Fallos 331:453. En cuanto a otras obras sociales no adheridas a la Ley Nacional de Seguro de Salud, remitimos, en relación con sus obligaciones mínimas, a Petre-Urriarte, "Derecho a la salud y acción judicial", *Tratado de los derechos constitucionales*, Abeledo-Perrot, 2014, Tomo II, p. 1073 y ss.

(5) Ver también Resolución N.º 1714/2007 del Ministerio de Salud de la Nación.

(6) CS, "Cambiaso Pères de Nealón, Celia M. A. y otros vs. Centro de Educación Médica e Investigaciones Médicas", 28/08/2007, Fallos 330:3725.

(7) En el ámbito de la ley 23.661, son relevantes las resoluciones dictadas por el Ministerio de Salud a los fines de implementar el Programa Médico Obligatorio (PMO) - (Resoluciones 939/2000; 201/2000; 1991/2005).

(8) CS, "D., D. F. vs. C.E.M.I.C. (Centro de Educación Médica e Investigaciones Clínicas 'Norberto Quirno') s/ amparo", 29/04/2014, La Ley online TR LALEY AR/JUR/11456/2014.

(9) FORNARI, María Julia, "Algunas reflexiones sobre la Ley 24.901: sistema de prestaciones para personas con discapacidad", SJA 15/07/2020, 34. Véase también *supra* lo

taría —según este criterio— una alteración de su principio de división.

Una interpretación opuesta a la desarrollada anteriormente conduce a sostener que el programa constituye solo un piso prestacional (13) y, por lo tanto, se pueden exigir prestaciones o medicamentos que no estén específicamente contemplados en dicha nómina legal o, bien, una cobertura superior a la que él prevé, con lo cual, en este enfoque la nómina de prestaciones y su nivel de cobertura pueden y deben ser extendidos a casos concretos cuando sean necesarias para evitar una afectación a la vida y la salud de las personas (14).

Se desestima, entonces, la idea de que el derecho a la salud empieza y termina en el PMO; por el contrario, se interpreta que este último es solo indicativo y que las obras sociales y prepagas médicas tienen obligación de dar todo lo necesario para la recuperación de la salud (o para la atención de la enfermedad) (15), es decir, todo lo que prescriba el médico tratante o un perito judicial, sin atenerse al PMO (16).

Tal criterio encuentra fundamento en que la tecnología y las ciencias médicas avanzan rápidamente y la normativa que regula las prestaciones médicas a cargo de las obras sociales resulta muchas veces atrasada e insuficiente. De esto se deriva la insoslayable consideración del Programa Médico Obligatorio como un piso básico y mutable de prestaciones, que se nutre de las nuevas técnicas y tiene un fin integral que supera el mero sufragio económico de la práctica médica.

Además, esta interpretación del PMO como un "piso" y no como un "techo" encuentra respaldo normativo en el art. 1 de la ley 24.754 y el art. 7 de la ley 26.682, las cuales impiden atribuir a las prestaciones enumeradas en dicho instrumento un carácter taxativo e impulsan, por el contrario, a considerar que tienen carácter enunciativo. Esto queda de manifiesto cuando los mencionados textos normativos hacen referencia a la obligación de cubrir "como mínimo" el PMO: de allí no puede sino inferirse que la cobertura también puede ser

señalado en la nota 7.

(10) JALLÉS, Juan Manuel, "Los derechos fundamentales y el Programa Médico Obligatorio", LA LEY, 2014-D, 417.

(11) ROSALES CUELLO, Ramiro - TOLEDO, Pablo Roberto, "¿Una estructura unilateral para tramitar el proceso de amparo de salud?", SJA 06/10/2021, 113.

(12) Vid. RAMÍREZ BOSCO, Luis, "Alcance de los servicios a cargo de las obras sociales y las prepagas médicas", LA LEY, 2014-D, 513.

(13) TANZI, Silvia Y., PAPILLÚ, Juan M., "Juicio de amparo en salud", Hammurabi, Buenos Aires, 2018, 2ª ed., ps. 441-443.

(14) Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Santa Fe, Sala I, "M., M. A. y otros vs. I.A.P.O.S. y otro", 30/07/2010, TR LALEY AR/JUR/39596/2010.

(15) RAMÍREZ BOSCO, Luis, "Alcance de los servicios a cargo de las obras sociales y las prepagas médicas", LA LEY, 2014-D, 513. MENDIZÁBAL, Gonzalo Alejo, "Interpretación judicial restrictiva del PMO vs. Derecho a la salud", DFyP 2016 (octubre), 220.

(16) Por supuesto que ello debiera ser así, en tanto se considere que la omisión en incluir una prestación o tratamientos puedan considerarse implícitos en el PMO.

(17) RAMÍREZ BOSCO, Luis, "Alcance de los servicios a

superior a la prevista en ese programa médico. Cabe agregar, además, que esta es la posición más difundida en los tribunales de justicia y la doctrina especializada (17).

III. La Corte Suprema frente al PMO: naturaleza y pautas de análisis

En este punto, es pertinente resaltar que la Corte Suprema ha planteado distintos enfoques a partir del PMO. En ese sentido, se observa que, en algunos casos, aplicó un enfoque tuitivo, descalificando sentencias que interpretaron excluidas prestaciones que, según la Corte Suprema, sí encontraban cobertura en el PMO (18), mientras que, en muchas otras ocasiones, la Corte aplicó criterios rígidos que se tradujeron en no brindar cobertura a tratamientos o medicamentos cuando estos no se encontraban previstos en el PMO (19). El caso que comentamos se enmarca precisamente en ese enfoque, dado que descalifica una sentencia que otorgaba una cobertura farmacológica de mayor escala que la prevista en dicho programa.

Lo anterior no significa que la Corte Suprema adhiera a la postura que contempla el PMO como un “techo prestacional”. Por el contrario, el máximo Tribunal nacional señaló repetidamente que “las especificaciones que emanan del PMO resultan complementarias y subsidiarias respecto de las pautas que conforman las bases del régimen de la salud” (20), criterio que fue reiterado por la Corte en el ámbito administrativo (21). Incluso el alto tribunal interpretó que se puede impugnar el propio contenido del PMO (22) a los fines de ampliar su cobertura.

En efecto, la relación de la Corte con el programa en cuestión es compleja y presenta distintas aristas —que dificultan su sistematización—, lo cual ha provocado que algunos autores detecten supuestas contradicciones en los criterios del máximo tribunal (23). Lo cierto es que este último considera que es posible ampliar por vía judicial la cobertura dispuesta en el PMO, en tanto este contiene lineamientos que deben ser interpretados en armonía con el principio general que garantiza a la población el acceso a los bienes y servicios básicos para la conservación de la salud (24).

Desde esa perspectiva, lo interesante es reparar en las pautas o factores que tiene en cuenta la Corte Suprema a fin de ponderar la necesidad de una cobertura superior o distinta a la prevista en el PMO, aun reconociendo que ese ensanchamiento de la cobertura es excepcional en la jurisprudencia del tribunal.

Al respecto, los precedentes de la Corte permiten identificar, al menos, las siguientes pautas o factores de análisis:

a) Uno de los elementos que tuvo en consideración la Corte a los efectos de disponer, o no, una cobertura no prevista en el PMO se relaciona con el riesgo que produce la situación en la que se halla el paciente-amparista (y que no encuentra cobertura en el PMO). En ese sentido, si la situación del amparista es tomada como de alto riesgo (25), o los medicamentos reclamados (no comprendidos en el programa médico) son absolutamente indispensables como única forma de continuar con una vida mínimamente digna (26), la Corte consideró disponer una cobertura no prevista en el PMO (27).

b) Otro factor que la Corte Suprema contempló se vincula con la circunstancia de que el actor padezca o no una serie de comorbilidades significativas (28) (complementando ese análisis con el dato de la edad del actor (29)). De hecho, en el caso que motiva este comentario, el alto tribunal —para no salirse de las previsiones del PMO— aclara, entre otras cuestiones, que la actora “no es discapacitada” y “no se encuentra en situación de especial vulnerabilidad” (30).

c) También ha tenido en cuenta las posibilidades económicas de quien promueve el amparo como un elemento a evaluar en el otorgamiento de prestaciones no previstas. Por ello, cuando los ingresos del paciente son muy limitados y, además, no dispone de ayuda significativa de familiares ni del Estado, la Corte impulsó coberturas especiales (31).

Sin embargo, debemos resaltar que la Corte Suprema aclaró que ello no comporta anticipar opinión para otros supuestos en que no concurren las circunstancias de “extrema necesidad” que se pueden dar en ciertos casos (32). Este elemento también fue previsto por el máximo tribunal en el caso comentado, en el cual destacó que la actora “cuenta con ingresos propios”.

d) Igualmente, ha tenido en consideración si la cobertura reclamada cuenta, o no, con la debida comprobación científica y si lo reclamado está regulado por la autoridad sanitaria nacional (33).

e) Otro factor interesante y no inadvertido para el máximo tribunal se relaciona con la incidencia que tendría esa cobertura en la persona obligada, es decir, el impacto económico que puede tener en las entidades demanda-

das (34). Desde esa perspectiva, descalificó el argumento que pretende excluir una cobertura a raíz de una supuesta afectación en la ecuación económico-financiera, si la demandada no acreditó en modo alguno que la atención de los gastos del paciente podría traducirse —concretamente— en un gravamen patrimonial irreparable para la empresa (35).

f) Finalmente, otro factor contemplado fue la existencia de un medicamento o tratamiento alternativo al reclamado por el paciente-amparista (36).

Estas pautas o factores de análisis son los que observó la Corte Suprema para decidir si en un caso particular es necesario, o innecesario, disponer que la parte demandada otorgue una cobertura no prevista en el PMO (o una de mayor escala) a los efectos de garantizar el derecho a la salud. En definitiva, el derecho a la salud —que comprende la integridad física, psíquica y moral— no puede quedar sujeto a que la prestación necesaria encuentre o no cobertura en el PMO (37).

Es así que el análisis de esas pautas debe ser efectuado a la luz de las características de cada caso y a través de un examen integrador de aquellas. Cabe agregar que incluso esas pautas pueden impactar en la forma en que se distribuyen las costas en el proceso judicial (38).

IV. Las prestaciones implícitas y el principio de progresividad

Como vimos, la Corte considera que las especificaciones que emanan del PMO resultan complementarias y subsidiarias respecto de las pautas que conforman las bases del régimen de la salud y, si bien la jurisprudencia del tribunal exhibe que no es común, en ocasiones dispuso coberturas distintas o superiores a las previstas en el PMO para garantizar el derecho a la salud. Para alcanzar esas decisiones, la Corte ponderó diversas pautas y factores de análisis, siendo los más relevantes los mencionados previamente.

Sin perjuicio de ello, y en forma complementaria, se observa que la Corte recurrió también a otros mecanismos para justificar coberturas no previstas expresamente en el PMO, que tienen una íntima vinculación con la índole dinámica de la ciencia médica. De esto se deriva la necesidad de una adecuación permanente de las prestaciones médicas cubiertas.

En ese sentido, se destaca el concepto de “prestaciones implícitas”, es decir, prestaciones que, si bien no figuran de modo explícito en el

referido programa, la Corte interpretó que se pueden inferir de su contenido por constituir una evolución respecto de una misma prestación ya cubierta.

En esa línea, la Corte Suprema entendió que la decisión de negar la cobertura de una práctica terapéutica más moderna y segura —tratamiento quirúrgico de aneurisma de aorta con endoprótesis— por no estar incluida en el PMO (bajo la óptica de que, si bien el PMO aludía a la cirugía de aneurisma de aorta abdominal, esa referencia no puede entenderse como comprensiva del método endovascular, de aparición posterior) desnaturaliza el régimen de la salud —dejando sin cobertura una grave necesidad cuando existe riesgo de vida—, en la visión de que ese nuevo método encuentra una cobertura implícita en el PMO (39).

Con ese mismo criterio, la Corte expresó que el derecho a la salud se vería frustrado si se admitiera que la falta de exclusión de un tratamiento no importa su lógica inclusión en la cobertura pactada (40). En esos casos en que el alto tribunal infiere coberturas implícitas, este señaló que es inadmisibles la referencia histórica al estado del conocimiento médico existente al tiempo de la contratación, toda vez que se traduciría —con grave detrimento del servicio de salud— en la privación de los adelantos terapéuticos que el progreso científico incorpora —en forma casi cotidiana— al campo de las prestaciones médico-asistenciales (41).

Se observa, entonces, que estas prestaciones implícitas se relacionan directamente con la factibilidad de atrasos en la actualización u omisiones que pueda sufrir el PMO frente a nuevas prestaciones médicas. A raíz de ello, surge la necesidad de integrar lo expresamente cubierto en dicho programa médico con lo cubierto de manera implícita, conclusión que en definitiva resulta clave (42).

A su vez, y también en atención a la dinámica de la ciencia médica, la Corte aludió al principio de progresividad y no regresividad (realización progresiva). Dicho principio, de innegable aplicación en el derecho a la salud, implica que los Estados tienen la obligación concreta y constante de avanzar lo más expedita y eficazmente posible hacia la plena realización del derecho a la salud y que existe una fuerte presunción de que no son permisibles las medidas regresivas adoptadas en relación con el derecho a la salud (43).

Ese principio impacta directamente en la necesidad de actualizar periódicamente el PMO, para permitir así que se brinde cober-

cargo de las obras sociales y las prepagas médicas”, LA LEY, 2014-D, 513. MENDIZÁBAL, Gonzalo Alejo, “Interpretación judicial restrictiva del PMO vs. Derecho a la salud”, DFyP 2016 (octubre), 220. JALLÉS, Juan Manuel, “Los derechos fundamentales y el Programa Médico Obligatorio”, LA LEY, 2014-D, 417.

(18) CS, “Tello, María Luisa vs. Obra Social del Personal Auxiliar de Casas Particulares”, 30/04/2013, Fallos 336:421.

(19) CS, “T., I. H., en rep. U.E.G.T.T. vs. Obra Social del Poder Judicial de la Nación s/ leyes especiales (diabetes, cáncer, fertilidad)”, 14/08/2018, Fallos 341:919; “P., E. G. y otra vs. Centro de Educación Médica e Investigaciones Clínicas ‘Norberto Quiro’ s/ amparo”, 12/04/2016, Fallos 339:423; “V. I., R. vs. Obra Social del Poder Judicial de la Nación”, Fallos 340:1269; “D. G., C. E. vs. Obra Social del Poder Judicial”, Fallos 340:1995.

(20) CS, “D., D. F. vs. C.E.M.I.C. (Centro de Educación Médica e Investigaciones Clínicas ‘Norberto Quiro’) s/ amparo”, 29/04/2014, Fallos 337:471; CS, “Reynoso, Nilda Noemí vs. Instituto Nac. de Servicios para Jubilados y Pensionados”, 16/05/2006, Fallos 329:1638.

(21) CS, Resolución N.º 3559/2019 (expte. adm. N.º 3268/2019), “Bayá Simpson, Enrique s/ recurso reconsideración res. 2581/2019 Obra Social PJN”, 19/11/2019. Allí la CS destacó que el enfoque restrictivo en materia de cobertura en relación con el PMO desnaturaliza el régimen propio de la salud —uno de cuyos estándares es proporcionar el mejor nivel de calidad disponible— al vedar el acceso a terapéuticas más modernas y seguras. Acceso en la web en fecha 30/09/2021: <https://www.CS.gov.ar/documentos/descargar/?ID=119977>

(22) CS, “Asociación de Esclerosis Múltiple de Salta vs. Ministerio de Salud”, 18/12/2003, Fallos 326:4931.

(23) Giancarlo Henríquez Maionica señala una supuesta contradicción entre el precedente publicado en Fallos 329:1638 y los publicados en Fallos 324:3846 y 325:396. Ver: HENRÍQUEZ MAIONICA, G., “Una buena disidencia para contener la omnipotencia del amparo (o de cómo no es recomendable que el amparo del derecho a la salud desconozca los límites de cobertura del PAMI)”, LA LEY, 2006-E, 281.

(24) CS, “D., D. F. vs. C.E.M.I.C. (Centro de Educación Médica e Investigaciones Clínicas ‘Norberto Quiro’) s/ amparo”, 29/04/2014, Fallos 337:471; CS, “Asociación de Esclerosis Múltiple de Salta vs. Ministerio de Salud”, 18/12/2003, Fallos 326:4931; CS, “Reynoso, Nilda Noemí vs. Instituto Nac. de Servicios para Jubilados y Pensionados”, 16/05/2006, Fallos 329:1638.

(25) CS, “Asociación de Esclerosis Múltiple de Salta vs. Ministerio de Salud”, 18/12/2003, Fallos 326:4931.

(26) CS, “Reynoso, Nilda Noemí vs. Instituto Nac. de Servicios para Jubilados y Pensionados”, 16/05/2006, Fallos 329:1638.

(27) No desconocemos que este criterio para determinar el grado de prestaciones a cumplimentar puede ser cuestionado por los obligados, particularmente cuando excede los marcos presupuestarios previstos al respecto. En relación con el Estado —como garante primario de la salud—, se plantea un interesante debate acerca de las obligaciones que debe asumir cuando no tiene partidas presupuestarias para hacerlo, y bajo qué criterios se le podría imponer la obli-

gación de cumplimentarlas (ver GROSMAN, Lucas, “Escala e Igualdad”, Librería, Buenos Aires, 2020, p. 102 y ss.).

(28) CS, “D., D. F. vs. C.E.M.I.C. (Centro de Educación Médica e Investigaciones Clínicas ‘Norberto Quiro’) s/ amparo”, 29/04/2014, Fallos 337:471; CS, “Reynoso, Nilda Noemí vs. Instituto Nac. de Servicios para Jubilados y Pensionados”, 16/05/2006, Fallos 329:1638.

(29) *Ibidem* nota 27.

(30) Ello permite inferir que, en los casos, en que entre en juego la situación de vulnerabilidad de la persona afectada en su salud, el control de razonabilidad del PMO —con sustento en los artículos 75 inc. 22 y 23 de la CN— es más riguroso. Ver, al respecto, Petre-Uriarte, “Derecho a la salud y acción judicial, en Tratado de los derechos constitucionales”, t. II, Abeledo-Perrot, 2014, p. 1110 y ss.

(31) CS, “Reynoso, Nilda Noemí vs. Instituto Nac. de Servicios para Jubilados y Pensionados”, 16/05/2006, Fallos 329:1638.

(32) *Ibidem*, nota 29.

(33) CS, “D., D. F. vs. C.E.M.I.C. (Centro de Educación Médica e Investigaciones Clínicas ‘Norberto Quiro’) s/ amparo”, 29/04/2014, Fallos 337:471.

(34) CS, “Asociación de Esclerosis Múltiple de Salta vs. Ministerio de Salud”, 18/12/2003, Fallos 326:4931.

(35) CS, “Peña de Márquez Iraola, Jacoba María vs. Asociación Civil Hospital Alemán”, 16/04/2002, Fallos 325:677; CS, “D., D. F. vs. C.E.M.I.C. (Centro de Educación Médica e Investigaciones Clínicas ‘Norberto Quiro’) s/ amparo”, 29/04/2014, Fallos 337:471. Por supuesto que, de acreditarse el desbalance económico para una obligada distinta del Estado nacional —o, en su caso, provincial—, generaría,

de existir recursos previstos para ello, la obligación subsidiaria a cargo del Estado. El problema, insistimos, es si el Estado (nacional o provincial) acredita que no existen partidas destinadas a tal fin (ver al respecto, Grosman, Lucas, “Escala e igualdad”, Librería, 2020, ps. 102 y ss. Ver igualmente *supra* nota 27).

(36) CS, “Reynoso, Nilda Noemí vs. Instituto Nac. de Servicios para Jubilados y Pensionados”, 16/05/2006, Fallos 329:1638.

(37) Conf. AYUSO, Luis E., “El derecho a la salud por sobre el Programa Médico Obligatorio”, LLLitoral 2010, octubre, 969. Por supuesto, esa afirmación lleva implícita la necesidad de acreditar la irrazonabilidad o inconstitucionalidad o inconvencionalidad de la omisión.

(38) CS, “Reynoso, Nilda Noemí vs. Instituto Nac. de Servicios para Jubilados y Pensionados”, 16/05/2006, Fallos 329:1638.

(39) CS, “D., D. F. vs. C.E.M.I.C. (Centro de Educación Médica e Investigaciones Clínicas ‘Norberto Quiro’) s/ amparo”, 29/04/2014, Fallos 337:471.

(40) CS, “Peña de Márquez Iraola, Jacoba María vs. Asociación Civil Hospital Alemán”, 16/04/2002, Fallos 325:677.

(41) *Vid.* Fallos 337:471 y 325:677.

(42) GREGORINI CLUSELLAS, Eduardo L., “Las empresas de medicina prepaga y la cobertura de prestaciones implícitas”, LA LEY, 2014-E, 266.

(43) Observaciones Generales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General N.º 3, “La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto)”, aparts. 31 y 32.

(44) CS, “Cambiaso Péres de Nealón, Celia M. A. y otros

tura a prestaciones originariamente omitidas. Desde esa perspectiva, la Corte interpretó que es improcedente la pretensión de una empresa de medicina prepaga de que se considere como Programa Médico Obligatorio el aprobado por una resolución del Ministerio de Salud y Acción Social (N° 247/96), y no por sus modificaciones posteriores (44).

Por su parte, el principio de progresividad implica la prohibición de retrocesos, faceta que la Corte Suprema contempló a fin de no admitir regresiones respecto de prestaciones previamente cubiertas (45). En concreto, el tribunal aludió al principio de progresividad que surge de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos para considerar que una resolución del Ministerio de Salud de la Nación (N.º 1/01) —modificatoria de la Res. MS 939/00—, en cuanto reformó el Programa Médico Obligatorio excluyendo de la cobertura a los enfermos de esclerosis múltiple que no hayan tenido brotes o exacerbaciones en los dos últimos años o padezcan síndrome desmielinizante aislado, lesiona el derecho a la salud.

En efecto, a través de ese principio hermenéutico, la Corte confirmó una decisión que disponía una cobertura superior a la prevista en el PMO (46). Su lógica se traduce en que un retroceso en las prestaciones con cobertura del PMO lesiona el principio de progresividad, por lo que puede interpretarse que ese principio permite ampliar el rango de cobertura previsto en el PMO.

Es interesante destacar que el alto tribunal no desarrolló el concepto de *prestaciones im-*

vs. Centro de Educación Médica e Investigaciones Médicas”, 28/08/2007, Fallos 330:3725.

(45) CS, “O., S. B. vs. Provincia de Buenos Aires y otros”, 24/05/2005, Fallos 328:1708.

(46) CS, “Asociación de Esclerosis Múltiple de Salta vs.

plícitas ni recurrió al principio de *progresividad* y *no regresividad* de manera autónoma, sino vinculándolos entre sí y relacionándolos estrechamente con los principios y directivas constitucionales, convencionales y legales que impactan en los derechos a la salud y la vida. Es decir, en estos casos, la Corte también emplea las pautas y factores de análisis desarrollados en el apartado anterior, interrelacionando las herramientas mencionadas, lo cual naturalmente impide generalizar soluciones y sistematizar criterios abstractos. Las soluciones dispuestas serán precisas ante las circunstancias del caso concreto (47).

V. Reflexiones finales

Como se advierte a partir de todo lo expuesto, y del propio fallo en comentario, el reclamo judicial de prestaciones no previstas en el PMO, o previstas con modalidades distintas a las reclamadas, exige de quien lo hace un detenido y delicado estudio de las respuestas que se han obtenido en los diversos precedentes judiciales, en particular los de la Corte Suprema. El desafío no es sencillo, ya que las respuestas son disímiles y diferentes según las particulares circunstancias de cada caso.

No obstante, lo cierto es que el Programa Médico Obligatorio no es infranqueable o, en otras palabras, no es el límite máximo de las obligaciones que deben asumir los agentes de salud. A los fines de determinar cuándo se podrá superar lo que tal programa prevé, es sumamente ilustrativo el fallo en comentario, ya que describe o enumera una serie de factores que deben concurrir —y que en el caso no se presentaban— a efectos de expandir las coberturas.

Ministerio de Salud”, 18/12/2003, Fallos 326:4931.

(47) Vid. GREGORINI CLUSELLAS, Eduardo L., “Las empresas de medicina prepaga y la cobertura de prestaciones implícitas”, LA LEY, 2014-E, 266.

(48) No dejamos de advertir, como ya lo destacamos en

Pretendiendo —lo que es sumamente complejo— determinar alguna regla o pauta orientadora, podemos señalar que, en principio, los agentes de salud deben ajustarse a lo que dispone el Programa Médico Obligatorio y ello es lo que puede serles exigido. No obstante, como ocurre en todo el ámbito del derecho, las respuestas no son unívocas ni las interpretaciones pueden ser rígidas o estrictamente formales. Hay ciertas circunstancias en las que resulta necesario expandir las prestaciones previstas expresamente, sobre todo cuando ellas han quedado desactualizadas y surgen nuevos avances científicos en los tratamientos o en los medicamentos que demuestran ser más eficientes y menos riesgosos que los previstos.

No nos parece razonable que los agentes de salud —comprendiendo por supuesto al Estado, sea nacional o local— puedan ampararse, para su negativa, en un programa que está desactualizado por el transcurso del tiempo. De otro modo, el mínimo del programa sería cada vez más mínimo y las obligaciones en él previstas se angostarían poco a poco. Por ello, los jueces, a través de acciones positivas a su cargo, asumen el deber de actualizar lo “implícito” en el PMO frente a la negativa de sus obligados.

Igualmente, pueden concurrir circunstancias propias de quien requiera exceptuarse del programa —particularmente al pedir mayores porcentajes de cobertura— que, según el criterio de la Corte federal, deben ser evaluadas a tal fin. Especialmente, si quien lo pide demuestra acabadamente que es una persona en particular condición de vulnerabilidad (por

forma reiterada, que el Estado —sea nacional o local— también tiene límites económicos más allá de los que no puede responder. En el caso de que se pretendan cuestionar esos límites, habrá que considerar cuál es la pauta que se adopta para ello. Esta cuestión merece un tratamiento aparte y es-

dad, la decisión apelada no guardaba relación directa e inmediata con las normas de naturaleza federal invocadas, por lo que no se cumplía la exigencia del artículo 15 de la ley 48. En cuanto a la segunda causal, la Cámara descartó que el pronunciamiento en crisis pudiese dar lugar a la aplicación de la doctrina de la arbitrariedad de sentencias elaborada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Frente a esa decisión, la obra social demandada interpuso la presente queja, a través de la cual pretende la procedencia sustancial del recurso con base en la aludida doctrina de arbitrariedad. Allí, centra su crítica en los defectos que atribuye a la sentencia apelada, sin que se observe cuestionada la inteligencia de normas de naturaleza federal.

Ello sentado, corresponde recordar que la doctrina de la arbitrariedad no tiene por objeto convertir a esa Corte en un tribunal de tercera instancia ordinaria, sino que procura cubrir supuestos excepcionales, en los que groseras deficiencias lógicas del razonamiento o una total ausencia de fundamento normativo impiden considerar al fallo una sentencia fundada en ley (dictamen de esta Procuración General de la Nación, causa FMP 1155/201411/RH, “M., M. V. el F. S. s/prestaciones quirúrgicas”, del 13 de marzo de 2018 y sus citas), situación que no se verifica en la especie.

En primer lugar, no se observa que la sentencia *sub examine* contenga vicios graves en su fundamentación ni que la solución adoptada se aparte del derecho aplicable.

La Cámara sustentó su decisión en una interpretación armónica del PMO y las provisiones de las leyes 23.660 y 23.661, que sientan las bases y objetivos del sistema nacional de seguro de salud y que, en consecuencia, rigen también el punto en debate. El tribunal brindó suficientes razones para justificar la orden de cobertura

su edad, situación económica, enfermedad, discapacidad, etc.) y el agente de salud —sea obra social o prepaga o asimilada— no demuestra imposibilidad económica de afrontar la prestación, es factible que puedan ampliarse los marcos de cobertura. Por supuesto, ante la imposibilidad de la obra social o la prepaga, siempre concurre la responsabilidad del Estado nacional, o de los locales, como garantes últimos de las obligaciones asumidas en el ámbito interno e internacional (48).

En fin, el criterio adoptado por la Corte nacional para admitir excepciones y aperturas del PMO no es más que la concreción de una acción positiva de ejercicio imprescindible, cuando concurren las circunstancias que lo justifican, que encuentra su razón de ser en que el PMO, ya sea de orden legal o administrativo, nunca puede quedar ajeno al examen de su confrontación con las obligaciones que emanan de la Constitución y los tratados internacionales en relación con el derecho a la salud. En otras palabras, el PMO —como no puede ser de otro modo— no es ajeno al control de razonabilidad que es propio respecto de toda norma que sea derivada de la Constitución y tratados con igual jerarquía. Solo restaría mayor precisión de la Corte Suprema en cuanto al criterio rector en base al cuál debe ejercerse ese control de razonabilidad, ya que ello brindaría una mayor previsibilidad en esta cuestión, máxime cuando la prestadora de salud —cualquiera sea— logre acreditar fehacientemente la carencia de recursos para asumir la obligación requerida.

Cita on line: TR LALEY AR/DOC/504/2022

capa al marco del fallo en comentario.

Texto completo de fallo de p. 8

nera tal que se ordene la cobertura total de la medicación prescrita. Ello, máxime teniendo en cuenta que se hallaba en juego la salud y la integridad física de una persona.

Además, la Cámara ponderó las dificultades económicas acreditadas por la accionante para abonar la medicación, dado el elevado costo de la misma —que asciende a pesos once mil novecientos siete con dieciocho centavos— y los ingresos que surgen de los recibos de sueldo de la accionante y su cónyuge —que en conjunto alcanzan los pesos veinticinco mil novecientos dieciséis—. Señalo que, por el contrario, la obra social demandada no demostró que la cobertura al cien por ciento del medicamento requerido comprometiera su patrimonio de manera tal que le impida atender a los demás beneficiarios.

-II-

Contra dicho pronunciamiento, OSPOCE interpuso recurso extraordinario federal (fs. 240/253), que contestado (fs. 259/261), fue denegado por el *a quo* (fs. 263/264), lo que motivó la presente queja (fs. 29/34 del cuaderno respectivo).

La obra social se agravia de la denegatoria del recurso extraordinario por cuanto esa resolución, según aduce, no tuvo en cuenta el principal agravio federal que apunta a la arbitrariedad en que incurre la sentencia apelada.

Al respecto, advierte que la Cámara ordenó la cobertura del costo total del medicamento argumentando que el régimen del PMO no constituye una limitación para los agentes del seguro de salud, ya que su enumeración no es taxativa, pues se trata de un piso mínimo de cobertura. Considera que, de ese modo, el tribu-

nal vulneró el principio de solidaridad que rige en materia de obras sociales y afectó su sustentabilidad financiera.

Arguye que, al ampliar la cobertura prevista en el PMO, el tribunal se apartó de lo dispuesto en la resolución 310/04 del Ministerio de Salud —modificatoria de la resolución 20112002, que aprobó el Programa Médico Obligatorio de Emergencia (PMOE)—. Explica que esa norma establece el límite de cobertura a cargo de los agentes del seguro en un porcentaje del cuarenta por ciento para los medicamentos de uso ambulatorio y, en particular, para el tratamiento de enfermedades de los huesos.

Por otro lado, rechaza los argumentos de la Cámara referidos a la supuesta imposibilidad económica de la actora para afrontar la cobertura del medicamento, pues estima que es una cuestión social ajena a la naturaleza de las obras sociales. Afirma que, a su entender, es competencia del sistema de asistencia social del Estado en sus diferentes niveles.

En suma, considera que la sentencia resulta arbitraria en tanto carece de sustento normativo, brinda razones aparentes y omite mencionar las pruebas de la causa que resultaron determinantes para decidir el caso, arribando a conclusiones que, a su modo de ver, son el resultado de una simple expresión de convicciones subjetivas.

-III-

Ante todo, creo pertinente mencionar que el recurso extraordinario fue denegado por la Cámara tanto por la cuestión federal planteada por la demandada, como por la arbitrariedad aducida en dicha pieza (fs. 263). Con respecto a la primera causal, advirtió que si bien la parte recurrente había alegado que se encontraban vulneradas las garantías de defensa en juicio, el debido proceso legal y el derecho de propie-

excepcional del cien por ciento del tratamiento, basado en los elementos probatorios obrantes en la causa.

Al respecto, cabe destacar que la recurrente insiste en sostener, tal como lo afirmó en sucesivas oportunidades en estos autos (cf. fs. 74 vta. y 211 vta.), que la resolución 310/2004 prevé la cobertura del medicamento en un porcentaje del cuarenta por ciento. No obstante, esa postura desconoce que en la contestación del oficio que obra a fojas 181/182, la Superintendencia de Servicios de Salud expresó que el fármaco en cuestión “no está previsto en la Resolución N° 310/04 MS ni en sus modificatorias Nros. 758/04 MS; 752/05 MS; 1747/05 MS y 1991/05 MS”. Además, explicó que “El mecanismo para brindar otras prestaciones que no sean las incluidas en el PMO, se encuentra contemplada en el mismo, al establecer que ‘El Agente del Seguro de Salud podrá ampliar los límites de cobertura de acuerdo a necesidades individuales de sus beneficiarios’”. Lo informado por esa autoridad se halla en sintonía con la exégesis propuesta en el pronunciamiento recurrido.

En segundo lugar, tampoco se advierte que el tribunal haya omitido mencionar en la sentencia las pruebas que resultaron determinantes para arribar a la decisión cuestionada en esta instancia.

Nótese que la Cámara siguió el criterio expuesto por el Cuerpo Médico Forense que, al igual que en anteriores precedentes apuntados por el tribunal, resaltó la importancia de la opinión del profesional de la medicina que trata la patología del paciente, pues es quien, una vez efectuados los estudios correspondientes, prescribe la prestación que le proporcione mejores resultados (fs. 161, pto. 2 y 236 vta.). En sentido coherente con ello, ponderó la opinión de los médicos que asisten a la accionante, quienes concluyeron que el medicamento requerido era el adecuado para tratar la particu-

lar enfermedad que padece la actora e hicieron especial hincapié en que el tratamiento debía continuarse por el plazo de dieciocho meses, sin interrupciones, en virtud del grave riesgo de nuevas fracturas (cf. fs. 10, 11, 235 vta. y 236 vta.).

A su vez, la Cámara puso de relieve las dificultades económicas de la accionante para solventar el fármaco prescripto, dados sus escasos ingresos económicos, y el elevado costo de la medicación (fs. 26/28 y 237), pauta que ya ha sido tenida en cuenta en otros precedentes de la Corte Suprema (Fallos: 329:1638, "Reynoso").

Por último, la Cámara señaló que la demandada no demostró que la cobertura al cien por ciento del medicamento requerido comprometiera su patrimonio de manera tal que le impidiera atender a los demás beneficiarios.

Tales extremos de índole fáctica no fueron rebatidos de manera adecuada por la demanda. La obra social no aportó información relativa a su compromiso patrimonial, no explicó las consecuencias que produciría la condena en su estructura financiera, su equilibrio presupuestario o la atención particular de otros afiliados (dictamen de esta Procuración General de la Nación, causa FRO 562412016/CS1, "R., P. B. c. Obra Social del poder Judicial de la Nación s/ amparo ley 16.986" del 17 de abril de 2018 y sus citas), por lo que dicho agravio resulta dogmático y conjetural.

Con respecto a la indicación médica sobre el tratamiento en cuestión, no controvertió su eficacia ni mencionó la existencia de otros medicamentos alternativos u otras prácticas de menor costo que produjeren similares resultados sobre la patología de la actora.

En síntesis, los planteos de la recurrente constituyen una mera discrepancia con el criterio sostenido por el tribunal y, por ende, resultan insuficientes para descalificar la decisión *sub examine*, pues no incorporan elementos concretos que demuestren que la Cámara haya soslayado considerar prueba relevante o incurrido en un grave error en su ponderación jurídica.

En tales condiciones, entiendo que la queja no puede prosperar, en tanto la demandada no ha demostrado que el fallo apelado carezca de fundamentación o constituya una aplicación irrazonable del derecho vigente a las circunstancias comprobadas de la causa, por lo que no procede su descalificación en virtud de la doctrina de la arbitrariedad de sentencias.

-IV-

Por lo expuesto, opino que corresponde desestimar la queja interpuesta en autos. Buenos Aires, mayo de 2019. — *Victor Abramovich*.

Buenos Aires, 8 de julio de 2021

Considerando:

1º) Que la Cámara Federal de Apelaciones de San Martín confirmó la sentencia de la instancia anterior en cuanto había hecho lugar a la acción de amparo entablada por M.I.C. contra la Obra Social del Personal de Control Externo (OSPOCE) y Swiss Medical S.A. con el objeto de que le cubrieran el costo del medicamento "Teriparatida 20mg - Jeringas Prellenadas por 30 unidades" conforme con las prescripciones de los médicos que la atienden. Asimismo, la modificó al elevar el porcentaje de cobertura del 70 al 100%.

2º) Que, para así decidir, el *a quo* valoró la patología que padece la actora (fractura vertebral por osteoporosis), los informes médicos que daban cuenta del riesgo de nuevas fracturas y de la imposibilidad de abandonar el tratamiento que había comenzado y las dificultades económicas de aquella para afrontar el costo del remedio. También estimó que el Plan Médico Obligatorio (PMO) solo establece de manera no taxativa un piso mínimo de prestaciones que las obras sociales deben garantizar y que, en el caso, cabía estar a las prescripciones del profesional de la medicina que trata la enfermedad de la paciente (v. fs. 234/238 de los autos principales, a cuya foliatura se hará referencia en lo sucesivo).

3º) Que contra dicho pronunciamiento la obra social demandada dedujo el recurso extraordinario, cuya denegación origina la presente queja. La apelante sostiene la existencia de cuestión federal suficiente por cuanto lo decidido —según dice— se aparta infundadamente de lo dispuesto por el régimen legal aplicable.

Expresa que las leyes 23.660 y 23.661 disponen la composición del Plan Médico Obligatorio y que la Resolución 310/2004 del Ministerio de Salud —que establece los medicamentos integrantes de dicho PMO— no prevé el remedio requerido por lo cual, de acuerdo con la misma norma, solo corresponde otorgar una cobertura del 40% del costo de aquel por tratarse de uno de uso ambulatorio (art.2º inc.7.1. y Anexo III relativo a las drogas para el tratamiento de enfermedades de los huesos). Añade que

la reclamante no es discapacitada y que no ha demostrado una situación económica apremiante.

4º) Que existe en el caso materia federal suficiente que habilita el examen de los agravios por la vía elegida, pues se ha puesto en cuestión la interpretación de normas federales y la decisión ha sido contraria al derecho que la apelante fundó en ellas (art. 14 de la ley 48).

5º) Que no se encuentra discutido en autos la necesidad de la medicación, ni que el Ministerio de Salud de la Nación, a través de la Superintendencia de Servicios de Salud, es la autoridad de aplicación en la materia, y que en cumplimiento de ese rol y de facultades que le son propias, dicta las diferentes resoluciones que delimitan el alcance y contenido del Plan Médico Obligatorio, normas cuya constitucionalidad no ha sido objetada en el presente juicio.

6º) Que de acuerdo con lo informado por la mencionada Superintendencia la droga en cuestión (Teriparatida) —que se prescribe para pacientes con fracturas osteoporóticas previas— no se encuentra prevista en la Resolución nº 310/04 y que, en esos casos, es facultad del agente del seguro de salud ampliar los límites de cobertura de acuerdo a las necesidades individuales de los beneficiarios (v.fs.181/182).

7º) Que en el ANEXO III (MO5) de la citada resolución, respecto de los medicamentos que se prescriben para el tratamiento de enfermedades en los huesos, se dispone que deberá otorgarse una cobertura del 40%. Asimismo, el art. 2 inc. 7.1 de dicha norma establece que las medicinas a brindarse en forma ambulatoria recibirán una cobertura del 40%. Sin embargo, el mismo artículo determina que cuando la enfermedad es crónica y prevalente el referido porcentual se eleva al 70%.

8º) Que es bien conocida la doctrina de esta Corte que ha reconocido el carácter fundamental del derecho a la salud, empero, también es doctrina del Tribunal que en nuestro ordenamiento jurídico tal derecho de raigambre constitucional, así como los principios y garantías consagrados en la Carta Magna, no son absolutos sino que deben ser ejercidos con arreglo a las leyes que reglamentan su ejercicio, con la única condición de no ser alterados en su substancia (Fallos: 249: 252; 257:275; 262:205; 283:98; 300:700; 303:1185; 305:831; 308:1631; 310:1045; 311:1132 y 1565; 314:225 y 1376; 315:952 y 1190; 316:188; 319:1165; 320:196; 321:3542; 322:215; 325: 11, entre muchos otros).

9º) Que la decisión del *a quo* de obligar a la entidad social a afrontar el 100% de la cobertura del remedio prescripto no resulta razonable en tanto desconoce la plataforma normativa citada, cuya constitucionalidad no ha sido objetada y excluye a la autoridad de aplicación en la materia.

10) Que es apropiado subrayar que la actora no es discapacitada, ni posee certificado que acredite esa circunstancia, cuenta con ingresos propios y no se encuentra en situación de especial vulnerabilidad por lo que no se advierte que la provisión del medicamento, de acuerdo con las previsiones normativas expuestas, signifique una afectación de su derecho a la salud de tal magnitud que importe su desnaturalización. Máxime cuando, de conformidad con las prescripciones acompañadas en la demanda, el tratamiento no puede superar los 18 meses (v. fs. 7/8, 11vta.), extremo corroborado por el Cuerpo Médico Forense que, además, destacó que de los antecedentes clínicos de aquella no surgen indicadores de urgencia (v. fs. 160/166).

En tales condiciones corresponde descalificar el pronunciamiento recurrido toda vez que no se ajusta a las directivas normativas que rigen el caso.

Por ello, oído el señor Procurador Fiscal, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia apelada. Con costas. Agréguese la queja al expediente principal. Reintégrese el depósito de fs. 2 de la queja y devuélvanse las actuaciones al tribunal de origen a fin de que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo al presente. Notifíquese y remítase. — *Carlos F. Rosenkrantz*. — *Elena I. Highton de Nolasco*. — *Juan Carlos Maqueda*. — *Ricardo L. Lorenzetti*. — *Horacio Rosatti* (en disidencia).

Disidencia del doctor *Rosatti**Considerando:*

Que los agravios de la Obra Social demandada han sido objeto de adecuado tratamiento en el dictamen del señor Procurador Fiscal, a cuyos fundamentos y conclusiones corresponde remitir por razón de brevedad.

Por ello se desestima la presentación directa. Se da por perdido el depósito de fs. 2. Notifíquese, devuélvanse los autos principales y archívese la queja. — *Horacio Rosatti*.

Edictos

El Juzgado Nacional de 1º Inst. en lo Civil y Com. Fed. Nº 11, Secretaría Nº 22, sito en Libertad 731, 7º piso, de esta Capital, hace saber que la Sra. JOSIBETH CAROLINA RINCÓN LÓPEZ cuyo DNI es el Nº 95.790.744, de nacionalidad venezolana, ha solicitado la ciudadanía argentina. Quien conozca algún impedimento para la concesión del beneficio, podrá comunicarlo a través del Ministerio Público. Publíquese por dos días, en un lapso de quince días.
Buenos Aires, 11 de septiembre de 2021
Laura Gabriela Sendón, sec.
LA LEY: I. 14/02/22 V. 14/02/22

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal Nº 8 a cargo del Dr. Marcelo Gota, secretaria Nº 16 a mi cargo, sito en Libertad 731 7º piso de Capital Federal, hace saber que DELINA SENALIDA PEQUIS FLORES de nacionalidad boliviana con DNI 93.033.627 ha petitionado la concesión de la ciudadanía argentina, a fin de que los interesados hagan saber a este Juzgado las circunstancias que pudiesen obstar a dicho pedido. Publíquese por dos días. El presente deberá ser publicado por dos veces en un lapso de quince días en el diario LA LEY.
Buenos Aires, 29 de noviembre de 2021
Sebastián A. Ferrero, sec.
LA LEY: I. 14/02/22 V. 14/02/22

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal Nº 8, secretaria Nº 15, sito en Libertad 731 7º piso de esta ciudad, informa que JEAN CARLOS LEGON APOLINAR de nacionalidad venezolana con DNI 95.894.969 ha iniciado los trámites tendientes a obtener la ciudadanía argentina. Por ello cualquier persona que tuviere conocimiento de algún aconte-

cimiento que estimara podría obstar a dicha concesión, deberá hacerlo saber a este Juzgado. Publíquese por dos días.
Buenos Aires, 2 de diciembre de 2021
Felipe J. Cortés Funes, sec.
LA LEY: I. 11/02/22 V. 14/02/22

Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Nº 3, Segunda Circunscripción Judicial de Misiones, a cargo de la Dra. Teresa del Carmen Hedman, Secretaría Única, sito en Av. Misiones y calle Bolivia, Oberá, Misiones, cita y emplaza por quince (15) días a HÉCTOR RAMÓN BARREYRO con último domicilio conocido en CABA, a tomar intervención en "Expte. Nº 56142/2019 DE OLIVERA MARÍA c/ BARREYRO FERNANDO y ACUÑA o BARREYRO y/o SUS SUCESORES s/PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA", respecto al inmueble determinado como Partida Inmobiliaria

Nº 18.948, Tomo 16, Folio 148, Finca 198-OB, e individualizado catastralmente como: Dep. 13 – Mun. 55 – Secc. 007 – Chac. 0000 – Mz 0071 – Parcela 0014, bajo apercibimiento de designar Defensor Oficial de Ausentes que lo represente. Publíquese en el Diario La Ley por dos (2) días.

Oberá, Misiones, 10 de diciembre de 2021
María Natalia Retamozo, sec.
LA LEY: I. 11/02/22 V. 14/02/22

El Juzgado de 1º Instancia en lo Civil y Comercial Nº 4, Secretaría Única del Departamento Judicial de San Isidro, con sede en la calle Ituzaingó 340, 3º piso; cita al demandado RAÚL FIDEL ZELADA, titular del DNI 4.037.130 y a quien se crea con derechos al dominio del inmueble objeto de autos, ubicado en la calle Avenida General Alvear 1933 (ex ruta 202) entre las calles Burgos y

Guayaquil Localidad de Don Torcuato, Partido de Tigre, Pcia. de Buenos Aires cuya Nomenclatura Catastral es Circ. II, Sec. J, Quinta 127, Fracción I, Parcelas 8e y 8f, Partida Inmobiliaria Nº 8344-90999. A tal fin, publíquese edictos por dos días en el Boletín Judicial y en el diario La Ley de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, para que en el término de diez días comparezcan a hacer valer sus derechos en el presente juicio PÉREZ, MIGUEL ÁNGEL (SUS HEREDEROS) c/SALICE, ANTONIA (SUS HEREDEROS) s/PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA DE DOMINIO, (Expte. Nº 63.636), bajo apercibimiento de nombrar un Defensor de Pobres y Ausentes para que los represente (arts. 145 y 341 del CPCC). Consígnese en los edictos, los datos catastrales del inmueble, calle y entre calles. Fdo. Miguel L. Álvarez.
Juez Civil Comercial, Buenos Aires, 21 de diciembre de 2021

Vanesa Débora Martínez, sec.
LA LEY: I. 11/02/22 V. 14/02/22

Ante el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal Nº 10, Secretaría Nº 20, sito en Libertad 731 9º piso de esta ciudad, tramita el pedido de ciudadanía argentina del Sr. DANIEL MIGUEL SEKULIC PAIVA de nacionalidad venezolana con DNI Nº 95.847.054 según el expediente "SEKULIC PAIVA, DANIEL MIGUEL s/SOLICITUD DE CARTA DE CIUDADANÍA" Exp. Nº 12648/2021. Por ello cualquier persona que tuviere conocimiento de algún acontecimiento que estimara podría obstar a dicha concesión, deberá hacerlo saber a este Juzgado. Publíquese por dos días.
Buenos Aires, 17 de diciembre de 2021
Matías M. Abraham, sec.
LA LEY: I. 11/02/22 V. 14/02/22

Director Editorial: Fulvio G. Santarelli
Jefa de Redacción: Yamila Cagliero

Editores:

Nicolás R. Acerbi Valderrama
Flores Candia

Elia Reátegui Hehn
Marlene Slattery

PROPIEDAD DE LA LEY S.A.E. e I.

Administración, Comercialización y Redacción:
Tucumán 1471 (C. P. 1050 AAC)
Bs. As. República Argentina
Impreso en La Ley, Rivadavia 130, Avellaneda,
Provincia de Buenos Aires.



Thomsonreutersley



TRLaLey



linkedin.com/showcase/thomson-reuters-argentina-legal/



thomsonreuters.com.ar/es/soluciones-legales/blog-legal.html



Centro de atención al cliente:

0810-266-4444