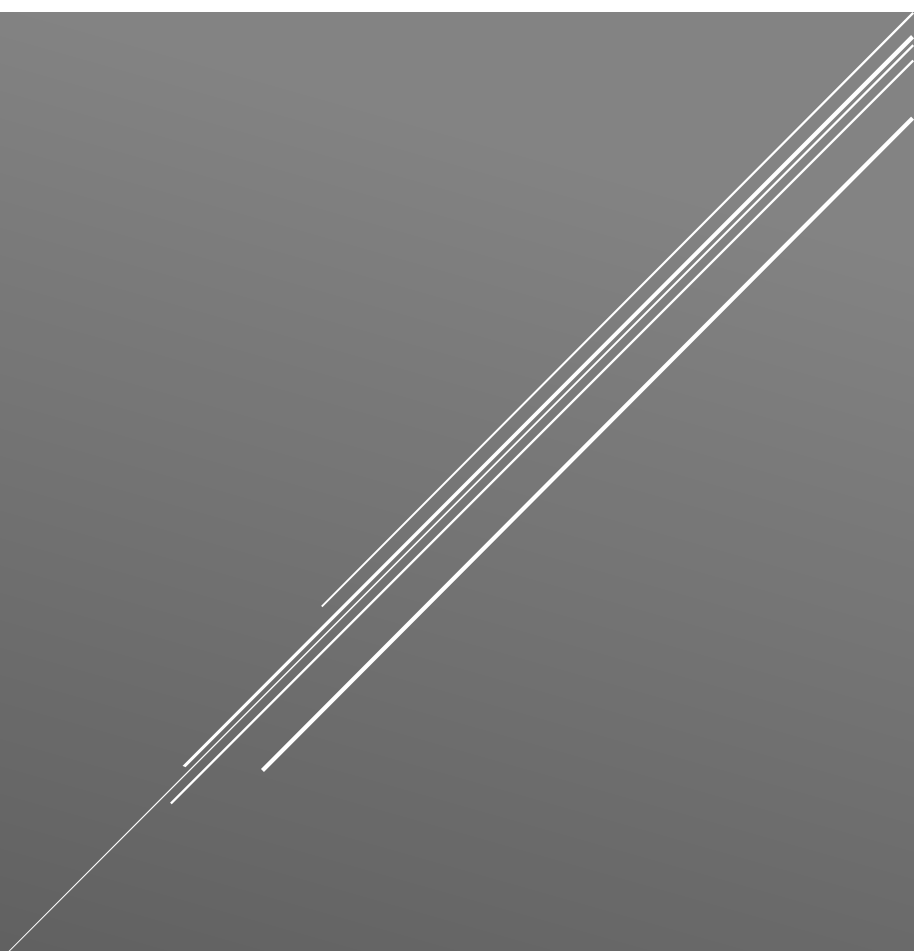




¿ES EL DERECHO A LA SALUD SEXUAL Y REPRODUCTIVA UN DERECHO HUMANO?

Agencia moral, justicia social y justiciabilidad

UNIVERSIDAD DE PALERMO

MAESTRÍA EN DERECHO

TESIS DE MAESTRÍA

Alumna: Yamila Rodríguez (legajo 58.440)

Director de tesis: Dr. Julio Montero

¿ES EL DERECHO A LA SALUD SEXUAL Y REPRODUCTIVA UN DERECHO

HUMANO?

AGENCIA MORAL, JUSTICIA SOCIAL Y JUSTICIABILIDAD

RESUMEN

Este trabajo discute la naturaleza y el alcance del derecho a la salud sexual y reproductiva. En particular, si se trata de un derecho humano cuyo incumplimiento por parte de los estados representa una obligación que deben atender con independencia de su concepción acerca de la justicia y las conclusiones alcanzadas por el debate democrático, o sí, en cambio, las prestaciones que suelen considerarse integrantes de dicho derecho simplemente fueron creadas por el legislador y pueden ser dejadas sin efecto en cualquier momento sin infringir sus compromisos internacionales ni dar lugar a críticas o sanciones por parte de la comunidad internacional.

A tal efecto, me dedicaré a responder los interrogantes referidos a si existe un derecho humano a la salud sexual y reproductiva y cuáles deben ser su extensión y contenido y a si a la ley 26.862 efectúa una adecuada regulación de la materia o si, en cambio, le otorga el estatus de derecho humano a prestaciones que no lo son.

Además, se detallarán los principales aportes del presente trabajo al estudio del derecho a la salud y su judicialización, en el campo de los reclamos por cobertura de prestaciones de servicios de salud, en general, y de cobertura de las técnicas de reproducción humana asistida, en particular. Todo ello se llevará a cabo con el fin de determinar cuál debe ser la función del poder judicial al resolver casos referentes a la adjudicación de derechos sociales y, específicamente, cuál debería ser el rol de los jueces en los casos traídos a su consideración por reclamos de cobertura en casos de fertilización asistida, distinguiendo los reclamos derivados del derecho humano a la salud de aquéllos que se derivan del derecho a la salud entendido como una consideración de justicia social.

TABLA DE CONTENIDOS

INTRODUCCIÓN.....	1
CAPITULO I: ¿Existen derechos humanos a la salud y a la salud sexual y reproductiva? ¿Cuál es su extensión?	8
1. <i>Introducción</i>	8
2. <i>Los derechos humanos como protecciones de un mínimo global.....</i>	11
3. <i>Los derechos humanos como protecciones de la agencia normativa.....</i>	18
4. <i>Los derechos humanos como protecciones a las necesidades básicas.....</i>	23
5. <i>Los derechos humanos como interpretaciones de la dignidad.....</i>	28
6. <i>Conclusión.....</i>	32
CAPÍTULO II: El alcance del derecho a la salud sexual y reproductiva.....	34
1. <i>Introducción.....</i>	34
2. <i>Alternativas a tener en cuenta al legislar sobre técnicas de fertilización humana asistida.....</i>	36
3. <i>La ley argentina 26.862.</i>	41
4. <i>La ley española 14/2006</i>	47
5. <i>La ley uruguaya 19.167</i>	51
6. <i>Conclusión</i>	55
CAPÍTULO III: La justiciabilidad del derecho a la salud sexual y reproductiva....	58
1. <i>Introducción</i>	58
2. <i>¿Cómo debe interpretarse la obligación de tomar las medidas necesarias “hasta el máximo de los recursos de que disponga”?.....</i>	60
3. <i>¿Hay derechos positivos y negativos?.</i>	62

<i>4.El impacto presupuestario de los derechos positivos</i>	<i>66</i>
<i>5. ¿Cuáles son los efectos distributivos que produce la judicialización de los reclamos individuales?</i>	<i>69</i>
<i>6.El examen judicial de la razonabilidad de las medidas: Fallos “Grootboom” y “Soobramooney” de la Corte Constitucional de Sudáfrica</i>	<i>73</i>
6.1. El fallo “Grootboom”	73
6.1.1. Antecedentes del caso	73
6.1.2 Decisión de la Corte Constitucional.....	76
6.2. El fallo “Soobramooney”	79
6.2.1. Antecedentes del caso	79
6.2.2 Decisión de la Corte Constitucional.....	80
7. Conclusión.....	81
CONCLUSIONES.....	85
REFERENCIAS	90
CURRICULUM VITAE	95

INTRODUCCIÓN

En esta tesis discuto la naturaleza y el alcance del derecho a la salud sexual y reproductiva. En particular, discuto si se trata de un derecho humano cuyo incumplimiento por parte de los estados representa una obligación que deben atender con independencia de su concepción vernácula de la justicia y las conclusiones alcanzadas por el debate democrático, o sí, en cambio, las prestaciones que suelen considerarse integrantes de dicho derecho simplemente fueron creadas por el legislador y pueden ser dejadas sin efecto en cualquier momento sin infringir sus compromisos internacionales ni dar lugar a críticas o sanciones por parte de la comunidad internacional.

El derecho a la salud es reconocido como un derecho humano básico en varios documentos de la legislación internacional: “Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar y, en especial, la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios” (Declaración Universal de los Derechos Humanos, 1948, art. 25); “Toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales relativas a la alimentación, el vestido y la asistencia médica” (Declaración Americana de los Deberes y Derechos del Hombre, 1948, Art. X); “El goce del más alto grado de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de cada ser humano, sin distinción de raza, religión, credo político, o condición económica o social” (Organización Mundial de la Salud, 1948).

Además, la Organización Panamericana de la Salud ha definido a la salud sexual y reproductiva como el conjunto de métodos, técnicas y servicios que permiten a las personas

disfrutar de una vida sexual satisfactoria, segura y responsable, así como la capacidad para reproducirse y la libertad de decidir si se reproducen, cuándo y con qué frecuencia (2007, p. 151).

Sin perjuicio de este aparente consenso a nivel internacional, el derecho a la salud ha originado discusiones. Algunos autores, incluso, se niegan a admitirlo como tal.

Uno de los argumentos de peso que se esgrime a favor de esta negativa señala el alto costo que hoy día demanda la salud. El desarrollo de la tecnología médica ha incrementado los gastos al punto de volverlos virtualmente ilimitados. Aún en los países más ricos, el presupuesto sanitario constituye un problema de considerable incidencia económica; si el Estado estuviera obligado a garantizar a todos los individuos el goce del más alto estado de salud que se pueda lograr, tal como lo prescribe la Declaración de Principios de la Organización Mundial de la Salud, esto podría significar el colapso de la economía (Vidiella, 2000, p. 21).

El concepto de derecho a la salud posee importancia teórica y empírica considerable ya que se halla conectado con los problemas nucleares de la justicia distributiva sanitaria. Se trata de una noción compleja y difícil de determinar en tanto requiere de especificaciones de diversa índole: qué debe entenderse por necesidades de salud, qué criterios emplear para definir prioridades, cuál es el peso que habría que asignar a la salud en relación con otros bienes básicos, etc.

Suponiendo que se logaran respuestas satisfactorias a estos problemas habría que considerar, en una segunda instancia la competencia del Estado en materia sanitaria: ¿qué nivel de atención le corresponde garantizar: el mejor disponible, cuidados básicos o ningún nivel? Estas dificultades ponen de manifiesto la importancia del problema: del tipo de

solución que se otorgue dependerán las cuestiones más relevantes de justicia distributiva aplicada al área de salud, tales como la asignación y distribución de recursos y la justificación de criterios para fijar prioridades y recortar gastos (Vidiella, 2000, p. 22).

En los últimos años, el tema adquirió una relevancia especial en la Argentina. En el año 2013, luego de un frustrado intento de lograr su sanción en 2011, se revitalizó el debate respecto de la cobertura de los tratamientos de Técnicas de Reproducción Humana Asistida y se sancionó finalmente la ley 26.862 que lleva el nombre de “Acceso integral a los procedimientos y técnicas médico asistenciales de reproducción médicamente asistida”. Así, el 5 de Junio de 2013, con 203 votos positivos, 10 abstenciones y un voto negativo de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación, el proyecto del Senado -con algunas modificaciones- se convirtió en la primera ley de fertilización humana asistida de Latinoamérica.

La ley 26.862 viene a poner fin al planteo de recursos de amparo destinados a la búsqueda de un auxilio del Estado ante la falta de inclusión de los tratamientos de fertilización asistida entre las prácticas con cobertura por parte de las Obras Sociales y/o sistemas de medicina prepaga. Es entendida por muchos como una importante contribución a la efectividad del derecho a la salud, desde la noción amplia que brinda la Organización Mundial de la Salud que separa y no asocia salud con ausencia de enfermedad: “estado de completo bienestar físico, mental y social” (OMS,1946).

Por otra parte, hay quienes entienden que lo dispuesto por la ley también se relaciona con el derecho del hombre y la mujer a casarse y fundar una familia, de acuerdo con las leyes del país donde vivan. Este derecho puede, a su vez, derivarse de lo previsto en el artículo 11 de la Convención Americana de Derechos Humanos (1969), que requiere

la protección estatal de los individuos frente a las acciones arbitrarias de las instituciones estatales que afectan la vida privada y familiar.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que la maternidad forma parte esencial del libre desarrollo de la personalidad de las mujeres. Además, consideró que la decisión de ser o no madre o padre es parte del derecho a la vida privada e incluye la decisión de ser madre o padre en el sentido genético o biológico (Corte IDH, “Gelman vs. Uruguay”, 2011, párr. 97).

Por otra parte, ese Tribunal también ha relacionado el derecho a la vida privada y la libertad reproductiva con el derecho de acceder a la tecnología médica necesaria para ejercer ese derecho. Del derecho de acceso al más alto y efectivo progreso científico para el ejercicio de la autonomía reproductiva y la posibilidad de formar una familia se deriva el derecho a acceder a los mejores servicios de salud en técnicas de asistencia reproductiva, y, en consecuencia, la prohibición de restricciones desproporcionadas e innecesarias *de iure* o *de facto* para ejercer las decisiones reproductivas que correspondan a cada persona (Corte IDH, “Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica”, 2012, párr. 150).

Los servicios de salud, por tratarse de prestaciones positivas a cargo del Estado, requieren la asignación de recursos y, por lo tanto, decisiones de inversión que dirijan los fondos a determinados sectores en perjuicio de otros. Por lo tanto, es importante determinar claramente cuál es el contenido de ese derecho a acceder a los mejores servicios de salud.

El objetivo del presente trabajo consiste en distinguir si nos referimos a un “derecho humano a procrear”, como una aplicación particular del derecho humano a la salud ejercido de manera absoluta en contra del estado— en relación con los derechos a la vida privada y libertad reproductiva así como con el derecho al más alto y efectivo progreso científico-, o

si la ley en cuestión simplemente regula el modo en que debe cumplirse una prestación médica demandada cada vez con más frecuencia por los usuarios del sistema de salud pero que no involucra responsabilidad del Estado a nivel constitucional o en relación con el sistema internacional de los derechos humanos.

En este sentido, se intentará determinar, en primer lugar, cuáles son las características que permiten considerar a un determinado derecho como “derecho humano” y cuáles son las consecuencias de esta caracterización. A continuación se procurará establecer si existe un derecho humano a la salud y, luego, si de su existencia puede derivarse un amplio derecho a la salud -que incluya el derecho a recibir un tratamiento de reproducción asistida.

Luego, se estudiará el modo en el que el derecho a acceder a un tratamiento de reproducción humana asistida se encuentra legislado en nuestro país y cuáles debieran ser los elementos a tener en cuenta al legislar en la materia.

Finalmente, se analizará el acierto o error de la ley en cuanto a la financiación pública de estos tratamientos. Ante los inevitables conflictos que se presentan por coberturas insuficientes, es fundamental determinar claramente cuáles son las prestaciones que, en este campo, resultan obligatorias y deben cumplirse inmediatamente por ser parte de los servicios sanitarios que componen el derecho humano a la salud. Esto es muy importante dado que si los jueces, que son los encargados de adjudicar estos derechos en el plano individual, consideran que el derecho humano a la salud es absoluto e incluye todas las prestaciones que los o las pacientes deseen y no prestan atención al impacto presupuestario de estas asignaciones, el resultado puede ser una asignación de recursos con características regresivas y discriminatorias.

He organizado la presentación de mi estudio en tres capítulos. En los párrafos que siguen, expondré en forma sintética su contenido.

En el primer capítulo me dedicaré a responder al interrogante referido a si existe un derecho humano a la salud y cuáles deben ser su extensión y contenido. A tal fin, se realizará una lectura crítica de la obra de distintos filósofos del derecho respecto de la naturaleza y el contenido de los derechos humanos, en general, y del derecho a la salud, en particular. La conclusión de esa indagación será que los derechos humanos son distintos y menos exigentes que los requerimientos de la justicia social y protegen solo las condiciones para vivir una vida humana decente o digna.

En el segundo capítulo, examinaré el modo en el que se regula el acceso y la cobertura de las técnicas de reproducción humana asistida -en relación con el derecho humano a la salud- en nuestro país y en otros ordenamientos jurídicos. Se realizará un análisis de la ley 26.862 y se efectuará un estudio comparativo entre el sistema creado por esta ley en la Argentina y el sistema actualmente vigente en España y Uruguay. El resultado de este análisis será que si bien la ley regula importantes aspectos de la materia, le otorga el estatus de derecho humano –con las consecuencias que ello acarrea- a prestaciones que no lo son y que podrían ser reguladas de modo que tengan en consideración los altos costos de los tratamientos distinguiendo los motivos por los que las personas buscan acceder a estas técnicas.

En el tercer capítulo se analizará la labor realizada por los organismos internacionales de derechos humanos para dar contenido al derecho a la salud. Además, se estudiarán cuáles son las dificultades que deben enfrentar los jueces al tomar decisiones acerca de las prestaciones incluidas en el derecho a la salud.

Finalmente, se detallarán los principales aportes del presente trabajo al estudio del derecho a la salud y su judicialización, en el campo de los reclamos por cobertura de prestaciones de servicios de salud, en general, y de cobertura de las técnicas de reproducción humana asistida, en particular.

Todo ello se llevará a cabo con el fin de determinar cuál debe ser la función del poder judicial al resolver casos referentes a la adjudicación de derechos sociales y, específicamente, cuál debería ser el rol de los jueces en los casos traídos a su consideración por reclamos de cobertura en casos de fertilización asistida, distinguiendo los reclamos derivados del derecho humano a la salud de aquéllos que se derivan del derecho a la salud entendido como una consideración de justicia social.

Esto es de relevancia primordial en el caso de Argentina, donde la ley en cuestión se presenta como una ampliación del derecho a la salud sin efectuar distingos entre las distintas situaciones que pueden dar lugar a pedidos o reclamos de cobertura por estos tratamientos. Por lo tanto, determinar cuáles de esas de esas prestaciones se encuentran dentro del derecho humano a la salud y, por lo tanto, generan la obligación inmediata de satisfacerlas por parte del estado, es crucial.

Se pretende aportar herramientas de análisis para que los jueces decidan, en los casos individuales que se les presenten y ante la escasez de recursos, qué prestaciones de aquellas mencionadas en la ley integran la obligación internacional del estado y cuáles simplemente fueron creadas por el legislador pudiendo ser dejadas sin efecto en cualquier momento sin comprometer ningún tipo de responsabilidad internacional del estado.

CAPITULO I: ¿Existen derechos humanos a la salud y a la salud sexual y reproductiva? ¿Cuál es su extensión?

1.Introducción

A fin de dar una adecuada respuesta al interrogante respecto de si existe o no un derecho humano a la salud, la primera tarea consiste en determinar qué se entiende por derechos humanos y cuáles son sus características para luego establecer si el derecho a la salud – y, más específicamente, el derecho a la salud sexual y reproductiva -reúne esos requisitos. Ese análisis es el que se intentará realizar a continuación.

He optado por adoptar la siguiente estrategia: determinar, en primer lugar, cuáles son las características que permiten considerar a un determinado derecho como “derecho humano” y cuáles son las consecuencias de esta caracterización. A continuación, establecer si existe un derecho humano a la salud y, luego, si de su existencia puede derivarse un amplio derecho a la atención médica -que incluya el derecho a recibir tratamientos de alta complejidad como los tratamientos de reproducción asistida.

La conclusión que se pretende establecer es que para que un determinado derecho sea, además, un derecho humano tiene que tener una importancia especial. En general, todos los autores coinciden en que la afirmación de que un determinado derecho humano está siendo violado implica una gravedad específica.

Esto, a su vez, permitirá arribar a algunas otras conclusiones. En particular, que esta importancia característica se verifica en el caso del derecho a la salud -lo que demuestra que es un derecho humano- y que, por el contrario, ese derecho no incluye el derecho a la salud reproductiva, que debe ser ubicado en el campo de la justicia social. Este último concepto, que hace referencia al reparto equitativo de los bienes de una sociedad, incluye el acceso a los derechos humanos básicos en condiciones de igualdad pero no se limita a ellos.

La lectura de los instrumentos internacionales de derechos humanos puede llevarnos a dar una respuesta afirmativa a esta pregunta: prácticamente, todos los tratados y convenciones de la materia hacen referencia en su articulado a la existencia de un derecho a la salud. Así, como ejemplos, pueden mencionarse el artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos el cual establece: “Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios” (1948); el artículo X de la Declaración Americana de Deberes y Derechos del Hombre dice “Toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales relativas a la alimentación, el vestido y la asistencia médica”(1948); y la Organización Mundial de la Salud ha dicho que “El goce del más alto grado de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de cada ser humano, sin distinción de raza, religión, credo político, o condición económica o social” (1946).

Resulta evidente que la práctica internacional de los derechos humanos reconoce la existencia de un derecho a la salud. Ahora bien, el hecho de que una norma internacional

afirme la existencia de un determinado derecho no es una razón suficiente para su consideración como un derecho humano.

La existencia de un derecho humano depende de diversas razones que, muchas veces, no coinciden con las razones que llevaron a los redactores de estos instrumentos a incluirlo dentro de su articulado. Por otra parte, el legislador internacional no es infalible y podría haberle dado el carácter de derecho humano a un derecho que, en realidad, no lo es.

También podría argumentarse que los instrumentos de derechos humanos están sobre dimensionados. La proliferación de declaraciones y convenciones que regulan las más variadas cuestiones ha generado un efecto inflacionario en la materia: el reconocimiento de demasiados derechos puede diluir la fuerza moral obligatoria que los derechos humanos deben tener, permitiendo la utilización de esa categoría para finalidades distintas a aquéllas para las que fuera concebida originariamente y, además, restringiendo severamente el derecho de las comunidades políticas a la autodeterminación, el cual comprende, entre otras cosas, el derecho a construir su propia concepción de la justicia política a la luz de sus tradiciones y su deliberación democrática.

Por consiguiente, para derivar obligaciones de las disposiciones contenidas en los instrumentos y dirimir controversias acerca del alcance de los derechos que reconocen debemos recurrir a razones independientes de los textos mismos.

A continuación se examinarán distintas concepciones acerca de los derechos humanos. La selección de los autores no es casual sino que responde a tratarse de autores

reconocidos y especialmente prestigiosos y a que sus concepciones sobre los derechos humanos –diversas entre sí- son muy influyentes en el debate actual de la cuestión. Se evita, así, el peligro de obtener conclusiones partiendo de visiones parciales sobre la materia.

2. Los derechos humanos como protecciones de un mínimo global.

Uno de los libros más influyentes sobre la filosofía de los derechos humanos que se han publicado en la última década es *The Idea of Human Rights* de Charles Beitz. El reconocimiento en instrumentos internacionales es el punto de partida de Beitz quien conceptualiza los derechos humanos a partir de cuál es la función que cumplen en la vida política actual. Sostiene que la importancia de los derechos humanos no tiene que ver con que deriven de algún valor como la personalidad o la dignidad sino que su importancia radica en el rol que cumplen como normas de la vida política global (Beitz, 2009, p. 128).

Para Beitz los derechos humanos son estándares para las instituciones domésticas cuya satisfacción es un asunto de interés internacional. Sin embargo, la práctica de los derechos humanos es “estatista” en el sentido en el que los estados son los principales actores obligados, antes que la comunidad internacional (2009, p.128).

Por otra parte, siguiendo con su razonamiento, cuando alguien dice que tiene un derecho humano a determinada cosa está efectuando una afirmación normativa, no solamente descriptiva. El reconocimiento del derecho a la salud en los instrumentos internacionales mencionados antes quiere significar no solamente que la comunidad internacional reconoce el derecho sino que debe hacerlo.

Entonces, para Beitz, un derecho puede ser considerado derecho humano, si cumple con estas tres características:

1. El interés que se busca proteger es lo suficientemente importante desde el punto de vista de los beneficiarios, tanto que puede ser razonable considerar su protección como una prioridad política. La urgencia del interés que se pretende proteger debe ser objetiva, es decir, debe ser inteligible para personas razonables que sean llamadas a protegerlo. Al prestar atención a la función discursiva de los derechos humanos más que a su naturaleza intrínseca, Beitz -a diferencia de los autores que se comentarán más adelante- prefiere no definir los derechos humanos en relación con ningún principio fundamental.
2. La protección del interés en cuestión es conveniente que sea realizada por medio de instrumentos legales o políticos de competencia del estado. Por lo tanto, no toda amenaza a un interés importante debe ser objeto de un derecho. La práctica internacional de los derechos humanos no protege contra todas las amenazas sino solamente contra amenazas estándar que pueden ser remediadas mediante el accionar del estado.
3. La mayoría de los casos en los que el estado no cumpla con la protección del interés serán una cuestión de interés internacional. El objeto de la práctica internacional de los derechos humanos debe ser un objeto cuya afectación pueda ser pasible de ser remediada mediante alguna forma permitida y constructiva de acción internacional a la que se encuentran obligados algunos agentes por motivos económicos o históricos (2009, p. 137).

Beitz, a diferencia de otros autores, considera que ese interés de la comunidad internacional no se reduce a la aplicación de sanciones coercitivas –que tienen lugar solo

ante violaciones muy graves de los derechos humanos- sino que puede incluir las prácticas de monitoreo y la provisión de asistencia. Esto motiva la conclusión de que los intereses que los derechos humanos protegen pueden ser un poco más amplios de lo que a primera vista la propuesta parece sugerir.

De este modo, el autor, luego de analizar y descartar otras concepciones, sostiene que los derechos humanos cumplen la función de ser estándares para las instituciones domésticas cuyo reconocimiento es una condición para la aceptación de un estado como integrante de la comunidad internacional cuya violación puede justificar la adopción de medidas por parte de agentes externos (Beitz, 2009, p.141).

En este sentido, podría considerarse que los derechos humanos deben ser minimalistas; es decir, los derechos humanos deben proteger sólo los intereses más urgentes –aquellos relacionados con el desarrollo de una vida decente o digna- contra las amenazas más probables y frecuentes. Pero la práctica internacional de los derechos humanos demuestra que esto no funciona de este modo: si tomamos esta práctica seriamente podremos advertir que, aun limitándonos estrictamente a los derechos enumerados en la Declaración Universal de Derechos Humanos, los derechos humanos no son “minimalistas” o, por lo menos, no en el sentido apuntado (Beitz, 2009, p. 142).

Es de destacar que la mayoría de los catálogos de derechos humanos incluyen la mayor cantidad de los derechos que las teorías de justicia social reclaman, lo que podría llevarnos a pensar que los derechos humanos son, en realidad, los derechos de la justicia social.

De acuerdo con Beitz, esto no puede ser correcto. Los derechos humanos son un asunto de interés internacional y, como tal, no es posible que la comunidad internacional se haga responsable por la justicia existente en el interior de cada una de las sociedades que la componen (2009, p. 142).

Más allá de las diferencias en la urgencia de los reclamos de justicia social, lo cierto es que muchos de ellos no pueden lograrse por medio de la ayuda internacional. Por otra parte, el modo en el que estos requerimientos puedan satisfacerse puede variar considerablemente de una sociedad a otra en atención a las diferencias económicas, culturales y sociales (Beitz, 2009, p. 143).

Esto no significa que los derechos humanos sean “minimalistas” sino que simplemente representan un subconjunto de los derechos de la justicia social (Beitz, 2009, p. 143). La cuestión de la composición de este subconjunto es una cuestión distinta que concierne a la teoría política y que debe ser resuelta, en el interior de los estados, de una manera que tenga en cuenta el papel especial de los derechos humanos en el discurso normativo de la vida política, a fin de respetar su autodeterminación.

Uno de estos derechos de la justicia social que, además, integran el conjunto de los derechos humanos es el derecho a la salud. Además, la práctica internacional de los derechos humanos reconoce que existe este derecho: los Estados están obligados a garantizarlo y la comunidad internacional se encuentra obligada a prestar asistencia en los casos que así lo requieran.

Lo hasta aquí expuesto conduce a afirmar que el derecho a la salud reúne los requisitos necesarios para ser considerado un derecho humano dado que protege intereses que pueden ser reconocidos como urgentes o importantes intersubjetivamente. Es probable que no todos los derechos reconocidos internacionalmente cumplan con este requisito pero hay buenas razones para pensar que, por lo menos, un nivel básico de salud puede ser reconocido por casi todas las personas como un interés urgente e importante, vinculado al desarrollo de una vida decente o digna.

Además, el cumplimiento de la obligación de los Estados de garantizar este derecho puede ser un asunto de interés para la comunidad internacional. Su incumplimiento puede generar que se adopten distintas medidas en contra del estado infractor.

Pueden emitirse informes como, por ejemplo, las observaciones finales adoptadas por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en las que se examinan los informes periódicos presentados por los estados, en cumplimiento de las obligaciones que asumieron con la firma y ratificación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Estas observaciones, si bien no son directamente vinculantes para los estados, demuestran el interés de la comunidad internacional respecto de la situación de los derechos sociales y, entre ellos, el derecho a la salud, en el interior de los países.

Recientemente, en relación con el informe presentado por Paraguay, el Comité expresó su preocupación respecto de "la falta de recursos financieros y humanos necesarios, la deficiente infraestructura, el desabastecimiento de medicamentos, y la calidad y disponibilidad de los servicios de atención de la salud, especialmente en las zonas rurales y remotas", recomendando que se asignen recursos suficientes y se mejore la

infraestructura del sistema de atención primaria, garantizando que los hospitales dispongan de personal médico, suministros y medicamentos de urgencia necesarios. En lo relativo a la salud sexual y reproductiva, el Comité recomendó, entre otras cosas, que "se redoblen sus esfuerzos para asegurar la accesibilidad y disponibilidad de los servicios de salud sexual y reproductiva y de información, especialmente en las zonas rurales" ("Observaciones finales sobre el cuarto informe periódico del Paraguay" en Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 2015)

También pueden aplicarse sanciones internacionales por la violación al derecho a la salud. Otros ejemplos del interés de la comunidad internacional respecto de la urgencia e importancia de este derecho pueden encontrarse en decisiones de tribunales internacionales.

Así, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en un caso en que se discutía la responsabilidad estatal por daños producidos por la falta de supervisión y fiscalización de la prestación de los servicios de atención a la salud, sea por entidades públicas o privadas, consideró que "los Estados son responsables de regular y fiscalizar la prestación de los servicios de salud para lograr una efectiva protección de los derechos a la vida y la integridad personal" (Corte IDH, "Albán Cornejo y otros vs. Ecuador", 2007, párr.121)¹ y encontró al estado ecuatoriano responsable por la omisión en el cumplimiento del deber de supervisar la prestación del servicio para proteger estos derechos. Además de disponer la

¹ La Corte IDH construye el concepto de "derecho a la protección de la salud" a partir de los derechos a la vida y la integridad física en atención a que, conforme el artículo 62 inciso 3ero de la Convención Americana de Derechos Humanos (1969), tiene competencia para conocer en cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esa Convención, la cual no contiene en su articulado ninguna disposición específica en relación con el derecho a la salud. En el sistema interamericano, ese derecho está reconocido en el Protocolo de San Salvador (1988), respecto del cual la Corte no ejerce jurisdicción.

obligación del estado de indemnizar a las víctimas, la Corte resolvió que el estado debía llevar a cabo, en un plazo razonable, “una amplia difusión de los derechos de los pacientes, utilizando los medios de comunicación adecuados y tomando en cuenta la legislación existente en el Ecuador y los estándares internacionales” y realizar un programa para la formación y capacitación a los operadores de justicia y profesionales de la salud sobre la normativa que relativa a los derechos de los pacientes, y a la sanción por su incumplimiento (Corte IDH, “Albán Cornejo y otros vs. Ecuador”, 2007).

Reconocida, bajo los estándares de Beitz, la existencia del derecho a la salud como derecho humano, resta dilucidar otro aspecto de la cuestión. El hecho de que exista un derecho humano a la salud y de que la comunidad internacional lo reconozca como tal, nada nos dice respecto de cuál debe ser su extensión, ¿El derecho a la salud es el derecho a recibir atención médica mínima o deben incluirse también prestaciones de alta complejidad, aun cuando éstas resulten costosas o tengan con baja probabilidad de resultar exitosas?

Entiendo que el contenido exacto de ese derecho no puede ser especificado por los instrumentos internacionales; lo que estos documentos dicen al respecto no puede servir más que como orientación. La mayor o menor extensión de este derecho o cuáles son las prestaciones que debe incluir son un asunto que debe definirse políticamente en el interior de los estados y no es un tema que competa a la práctica de los derechos humanos sino que refiere a conceptos de justicia distributiva.

Esta decisión acerca de la extensión del derecho a la salud no puede ser tomada por la comunidad internacional dado que son los Estados los que se encuentran en mejores

condiciones para decidir cómo administrar sus recursos y cuáles son las mejores medidas a adoptar para garantizar determinado derecho, tomando en cuenta su contexto social y cultural. En este sentido, posiblemente los derechos humanos puedan establecer cuál es el límite mínimo de acceso a la salud, pero no brindar precisiones más allá de ese límite.

3. Los derechos humanos como protecciones de la agencia normativa.

James Griffin en su obra *On Human Rights* prefiere dar cuenta de los derechos de un modo sustantivo y no en relación con la función que desempeñan en la vida política internacional.

Los derechos humanos pueden, entonces, ser entendidos como protecciones de la agencia normativa. Pero esta noción de agencia no es entendida como un fin en sí o como un valor absoluto sino que se interpreta en sentido teleológico; para el autor, el valor de la agencia normativa está dado por considerar su ejercicio como un fin cuya realización aumenta el valor de la vida (Griffin, 2008, p.57).

Para Griffin, el concepto de agencia normativa es lo que le da contenido sustantivo a la idea de derechos humanos. Los derechos humanos, entonces, no protegen todo aquello que racionalmente deseamos o que nos beneficia, sino nuestro estatus como agentes normativos. El autor sostiene que la noción de agencia tiene varias características. En primer lugar, uno debe ser capaz de elegir el camino en la vida libremente –autonomía. Además, se debe tener la educación y los recursos necesarios para desarrollar el plan elegido –mínima provisión- y por último, se debe poder actuar sin interferencias de terceros –libertad (2008, p. 81).

Estas tres características de la noción de agencia son las que los derechos humanos buscan proteger y las que le dan contenido a su significado. Pero, dado que Griffin considera que los derechos humanos no son absolutos, sino que existen en tanto cumplan con su finalidad –proteger la agencia normativa-, no toda afectación a una de estas características da lugar a una violación a los derechos humanos: la afectación tiene que ser muy importante y no ser justificada por alguna otra consideración sustantiva.

Una manera de comprobar si la definición de derechos humanos escogida es plausible es analizando los conflictos que pueden ocurrir entre los derechos humanos entre sí, o entre los derechos humanos con consideraciones de bienestar o de justicia.

Muchas veces los conflictos entre los derechos no son tales. Por ejemplo, no cualquier afectación a la libertad constituye una afectación a los derechos humanos: si la libertad fuera considerada de manera absoluta sería incompatible con el ejercicio de la libertad de todos (Griffin, 2008, p.63).

Por otro lado, sí pueden existir conflictos entre los derechos humanos y las consideraciones de bienestar así como también entre los derechos humanos y las consideraciones de justicia. La justicia tiene muchos departamentos - justicia retributiva, justicia distributiva, justicia procedimental y equidad- y no todas las partes de este concepto están incluidas o se superponen con los derechos humanos (Griffin, 2008, p. 64).

Dado que, como venimos diciendo, los derechos humanos protegen solamente las condiciones básicas para que las personas puedan ser consideradas “agentes” no sería correcto afirmar que las consideraciones de justicia generan las mismas obligaciones que

los derechos humanos. La justicia, y todos sus departamentos, abarcan y regulan un ámbito mucho mayor de la conducta humana que lo que hacen los derechos humanos.

Si consideráramos a todos los requerimientos de la justicia como objeto de los derechos humanos, el catálogo de estos derechos se ampliaría de manera irrazonable, imponiendo en los Estados obligaciones de imposible cumplimiento y desnaturalizando completamente la práctica.

Sin embargo, algunas consideraciones de justicia sí son objeto de los derechos humanos. Así, se puede incluir en los derechos humanos a casi toda la justicia procedimental pero no a la justicia distributiva. La consideración de los requerimientos de la justicia procedimental – que abarca todas las garantías que exige el derecho al debido proceso- como un asunto que incumbe a los derechos humanos se relaciona con que son importantes protecciones para la vida, la libertad y los bienes fundamentales (*supporting goods*), todas condiciones necesarias para el concepto de agencia (Griffin, 2008, p.64).

Pero la situación es distinta respecto de los requerimientos de la justicia distributiva. Por supuesto, los derechos humanos tienen sus propias consecuencias distributivas, como es el caso del derecho a la provisión mínima de recursos para funcionar como “agente”. No obstante, en asuntos distributivos por encima de ese nivel –por ejemplo, si los recursos o el bienestar deben ser distribuidos igualitariamente o si las derivaciones de la igualdad que hacen que los desaventajados mejoren su situación deben ser permitidas- los derechos humanos no tienen nada que decir.

Entonces, como el dominio de los derechos humanos no cubre todo el dominio de la justicia, estos asuntos distributivos, a veces, representan conflictos entre los derechos y la justicia.

Los conflictos entre derechos basados en el grado de afectación de la agencia normativa pueden ser alterados por consideraciones de justicia distributiva. Para ello, deberíamos poder conocer los niveles de bienestar de los involucrados y cuál es la verdadera afectación del bienestar y de la autonomía.

La noción de agencia, como dijimos, tiene partes que pueden verse afectadas separadamente. Y, además, tanto la noción de derechos humanos como la noción de agencia que protegen, admiten grados (Griffin, 2008, p.67). Esto es importante para entender los conflictos que pueden suscitarse entre los derechos humanos y las consideraciones de bienestar o de justicia distributiva, tal como sucede con los derechos sociales y, especialmente, con el derecho a la salud.

Podemos no estar preparados para aceptar que se niegue el estatus de agente de una cantidad de personas a fin de aliviar el sufrimiento de algunos pero sí podemos aceptar que se afecte transitoriamente su autonomía, si el sufrimiento en cuestión es verdaderamente grande. El concepto fundamental para tomar esa decisión sería la “importancia para la vida”: cuán central es, para la noción de agencia, la afectación (Griffin, 2008, p. 69).

Decir que otorgamos gran valor a nuestra agencia normativa significa que, una vez que superamos el mínimo aceptable de provisión material existe una resistencia general a hacer concesiones con las consideraciones de bienestar. Por encima del nivel del mínimo

aceptable se requiere un inusual aumento en el bienestar para compensar la mayor afectación a la agencia normativa (Griffin, 2008, p. 80).

Entonces, los derechos humanos son solamente protecciones de la agencia básica. Por debajo de ese umbral, prevalecen sobre argumentos vinculados a la justicia o la masificación del interés general. Sin embargo, una vez satisfecho ese umbral, pierden esa prioridad automática.

Como consecuencia, el derecho a la salud existe como derecho humano en tanto y en cuanto sirva a la protección de la agencia básica. Para el desarrollo de la agencia normativa, como se viene diciendo, hace falta una mínima provisión de recursos, sin la cual, la noción de agencia se ve afectada seriamente.

El derecho a recibir una atención básica de la salud es, siguiendo a Griffin, claramente un requisito para la condición de agente, dado que sin esta prestación, el ser humano no puede desarrollarse como tal. Además, dada la importancia que posee la agencia normativa, tenemos la obligación de restaurar la capacidad de actuar como agentes de aquellas personas que se vean impedidas de hacerlo (Griffin, 2008, p. 67). Por lo tanto, existe un derecho humano a la salud que consiste en recibir las prestaciones sanitarias básicas.

Sin embargo, una vez superado este nivel básico, otras consideraciones distintas a los derechos humanos, como consideraciones de justicia distributiva, pueden requerir que se brinden otras prestaciones. Estas prestaciones no tendrán el estatus de derecho humano

-ni la prioridad mencionada antes respecto de aquellas que resultan necesarias para la agencia básica- sino que son asuntos relativos a la justicia social.

5. Los derechos humanos como protecciones a las necesidades básicas.

En su influyente trabajo *Human Rights and National Responsibility*, David Miller sostiene que los derechos humanos básicos son un criterio para definir cuándo el sufrimiento de una persona es tal como para generar responsabilidad de remediación por parte de otros agentes (*remedial responsibility*)². Nos encontramos en presencia de un derecho humano básico solamente cuando su falta de satisfacción genera la obligación de remediarlo en cualquier agente, individual o colectivo, que se encuentre en condiciones de ayudar (Miller, 2008, p. 164).

El autor sostiene que la importancia de la utilización del lenguaje de los derechos humanos radica en la utilidad que presenta para demostrar la urgencia moral de la situación de la persona o el grupo cuyos derechos están siendo afectados. Decir que un derecho está siendo violado es mucho más grave que decir que una demanda o un deseo se encuentran insatisfechos. La urgencia moral que representa el concepto de derechos humanos implica que otros agentes pueden ser obligados a actuar para proteger el derecho en cuestión (Miller, 2008, p. 164).

² La responsabilidad por remediación o *remedial responsibility* es definida por Miller como la responsabilidad de ayudar a los desaventajados o que sufren privaciones. El otro tipo de responsabilidad que Miller asocia con este es la responsabilidad por los resultados o *outcome responsibility* que se da cuando asociamos la responsabilidad de indemnizar los daños causados por determinado resultado a aquél que lo produjo (Miller, 2008, p. 172)

Su objetivo es identificar una lista de derechos que puedan especificar un mínimo global al que las personas en cualquier lugar del mundo tienen derecho a acceder como una cuestión de justicia y que, por lo tanto, puede imponer obligaciones, sobre todo, en las naciones más pudientes. Esta lista incluye muchos más derechos que una lista cuyo objetivo sea fijar las condiciones de la legitimidad política. Por ejemplo, incluye aquellos derechos de subsistencia que no autorizarían intervenciones externas pero que sí dan lugar a responsabilidad de remediación.

No obstante ello, los derechos humanos básicos no se extienden a la completa lista de derechos que quisiéramos incluir en nuestra descripción de un régimen político justo. Dentro de este último concepto, podríamos incluir los derechos que Miller llama “de la ciudadanía”, esto es, derechos cuya implementación es esperable que varíe de una sociedad a otra. La diferencia radica en que si un estado no respeta un derecho considerado de la ciudadanía (por ejemplo, derecho a la participación política), esto no genera responsabilidades de remediación en terceros estados, que sí se generan ante la violación de derechos humanos básicos (Miller, 2008, p.167).

Si bien no estamos obligados a tomar acciones para implementar derechos de la ciudadanía en el estado que los viola, sí estamos justificados para recomendar e incentivar a que se tomen acciones tendientes a su reconocimiento, especialmente cuando las violaciones a los derechos encuentran su causa en atrasos en el desarrollo económico. La línea divisoria está trazada en el punto de la responsabilidad por remediación; sólo algunas violaciones a los derechos humanos son lo suficientemente urgentes como para generar este tipo de responsabilidad en otro estado: la violación de los derechos de subsistencia la

genera, la violación de los derechos políticos, no (Miller, 2008, p.167).

A su vez para que un derecho califique como derecho humano, las necesidades deben ser “intrínsecas”, que son aquellas condiciones esenciales para que los seres humanos eviten sufrir daños –por ejemplo, el acceso a una adecuada alimentación sin la cual las personas sufrirán desnutrición. Estas necesidades se oponen a las “instrumentales” que son aquellas necesidades cuya fuerza moral proviene de servir a la consecución de otros fines contingentes: la satisfacción de la necesidad en cuestión es importante solamente en tanto lo sea también el fin ulterior que se persigue (Miller, 2008, p.179).

Como los derechos humanos se supone que deben constituir una especie de base moral (respetarlos es un imperativo moral, mientras que otro tipo de reclamo impone obligaciones más débiles o ninguna obligación) deben ser justificados en relación con características esenciales de la vida humana. El concepto de necesidades tiene la urgencia moral que resulta necesaria para esto (Miller, 2008, p. 180).

Otra razón para preferir el concepto de necesidades es que éstas no se ven afectadas por las elecciones personales de aquéllos que las tienen. Tenemos estas necesidades por ser seres humanos, no por las elecciones que hacemos acerca de cómo queremos vivir nuestra vida.

Entonces, las necesidades son aquéllos ítems o condiciones necesarios para que una persona no sufra “daño”, entendiendo este concepto como el supuesto en el que la persona ve afectado el funcionamiento del rango normal de actividades humanas. Se ve afectado su funcionamiento, por ejemplo, cuando sufre dolor, o está paralizado o contrae una enfermedad. Esta concepción de daño es fundamentalmente biológica y física: un ser

humano cuyo organismo no funciona correctamente es un ser humano que está siendo dañado (Miller, 2008, p.181).

Según Miller, el estándar acerca de qué es ser un ser humano en correcto funcionamiento no es controversial. Aunque puede haber controversia en los márgenes, los casos centrales son lo suficientemente claros (Miller, 2008, p. 181).

Sin embargo, las necesidades biológicas no son suficientes para servir de base a los derechos humanos. En atención a la naturaleza social de los seres humanos, éstos pueden ser dañados también si se les niegan las condiciones para su existencia social.

De este modo, una persona también es dañada cuando no se encuentra en condiciones de vivir una vida mínimamente decente en la sociedad a la que pertenece. Una vida mínimamente decente es algo menos que una vida próspera; esto último comprende la posibilidad de desarrollar y ejercitar las capacidades que cada uno considera más importantes y es una categoría que varía de persona a persona (Miller, 2008, p. 181).

No obstante, las condiciones de la decencia mínima son iguales para todos los que viven en similares condiciones sociales. Estas condiciones son, por ejemplo: poder vivir sin mendigar, tener un ingreso suficiente para alimentarse y vestirse, tener una vivienda segura, tener la posibilidad de casarse y formar una familia, poder planear su futuro, poder entrar a lugares públicos sin miedo a ser atacado, entre otros (Miller, 2008, p.181) y definen una base que todos deberían alcanzar independientemente de que puedan o no acceder a formar más prósperas de vivir su vida.

Dado que las necesidades sociales pueden variar de una sociedad a otra, Miller propone distinguir entre necesidades básicas y necesidades sociales. Las primeras son condiciones para una vida humana decente en cualquier sociedad y las segundas, para una vida en la sociedad particular a la que la persona pertenece. Sólo las necesidades básicas pueden servir de base para los derechos humanos; las necesidades sociales, por el contrario, pueden dar lugar a los derechos de la ciudadanía, mencionados más arriba (Miller, 2008, p. 182).

Si bien el concepto de necesidades básicas genera una lista de derechos limitada comparada con la práctica actual en las sociedades liberales, esta objeción se desarticula al comprender la relación que existe entre derechos humanos y derechos de la ciudadanía, que permite incorporar, al catálogo de derechos protegidos, todos los restantes.

Así, dado que la estrategia adoptada por Miller para justificar los derechos humanos radica en la comprobación de que proveen las condiciones necesarias para que las necesidades humanas básicas –entendidas como aquellas que protegen las condiciones para vivir una vida decente- se vean satisfechas, el derecho a la salud, en tanto resulta fundamental para mantener el rango normal de actividades de las personas que les permite tener una vida decente, constituye un derecho humano.

Pero, nuevamente, el derecho humano básico a la salud, cuya urgencia genera, ante su violación, la obligación de remediarlo en quienes se encuentren en condiciones de hacerlo, se extiende a la satisfacción de las necesidades básicas para que la persona no sufra daños en el funcionamiento de su organismo. El resto de las necesidades de las personas que, normalmente, son satisfechas mediante la atención médica, pueden ser consideradas,

en la estrategia de Miller, como derechos de la ciudadanía que, si bien no dan lugar a responsabilidades de remediación, autorizan la participación de otros Estados u organismos recomendando la adopción de políticas públicas y controlando su cumplimiento³.

Las necesidades de salud que no generan obligaciones de remediar por su insatisfacción constituyen derechos de la ciudadanía, además, por variar de una sociedad a otra de acuerdo con su cultura y grado de desarrollo económico y científico. Como consecuencia de esto, no pueden formar parte del derecho humano a la salud al que la gente en cualquier lugar del mundo tiene derecho a acceder como una cuestión de justicia.

6. Los derechos humanos como interpretaciones de la dignidad.

Otro prestigioso autor que ha abordado asuntos relacionados con el concepto de derechos humanos es Ronald Dworkin parte de la observación de cómo se utilizan los conceptos de “derecho”, “derecho político” y “derecho humano”. Muchas veces, los políticos dicen que las personas tienen “el derecho a algo” cuando simplemente quieren decir que el público reclama la aplicación de determinada política o que, en la opinión de ese político, la sociedad mejoraría su situación teniéndola. La utilización de la palabra “derecho” con este significado desnaturaliza su sentido pleno (Dworkin, 2011, p. 328-329).

³Podría objetarse que si se nos reconoce el derecho humano a tener una familia, se justificaría un derecho a la salud reproductiva. Sin embargo, entiendo que, para Miller, el derecho a formar una familia puede ser un derecho humano solamente en cuanto a la posibilidad de contraer matrimonio y fundar una familia con quien cada uno quiera, sin injerencia de terceras personas o del Estado en esa decisión. Si bien existe una necesidad –social- de tener una familia que debe ser garantizada, las estructuras familiares y el modo en el que se fundan varían de una sociedad a otra de acuerdo con su cultura. Y ese aspecto es justamente el escogido por Miller para distinguir a los derechos humanos de los derechos de la ciudadanía. La salud reproductiva podría estar incluida solamente en este derecho de la ciudadanía.

Sin embargo, a veces, las personas utilizan el concepto de derecho político en un sentido más fuerte: para declarar que algunos intereses particulares de las personas son tan importantes que tienen que ser protegidos de políticas públicas que, de hecho, mejorarían la situación de la sociedad en conjunto. La cuestión radica en determinar cuáles de estos intereses pueden ser tan importantes como para funcionar como un límite a las justificaciones para la acción política, que son muchas y muy variadas, y que pueden significar el mejoramiento de la situación de la sociedad en su conjunto (Dworkin, 2011, p.329).

Este límite está dado por la obligación de tratar a las personas con igual consideración y respeto. El gobierno no tiene ninguna autoridad moral de generar obligaciones coercitivas ni siquiera para aumentar el bienestar o la bondad de la comunidad en su conjunto, a menos que respete ese requerimiento respecto de cada uno de sus integrantes (Dworkin, 2011, p. 330).

Los derechos políticos que establecen límites al accionar del gobierno son, entonces, derechos a ser tratados con igual consideración y respeto. Los derechos humanos, por su parte, son una clase especial de derechos políticos; son derechos a ser tratados con una actitud fundamental: como ser seres humanos dotados de dignidad (Dworkin, 2011, p.335).

La dignidad es entendida por Dworkin en base a dos principios. El primer principio o “principio del valor intrínseco” sostiene que la vida humana tiene un valor objetivo: el éxito o fracaso de una persona es algo que tiene importancia en sí mismo. El segundo principio o “principio de la responsabilidad personal” establece que cada cual tiene la

responsabilidad especial de conseguir para sí una vida plena, así como de decidir en qué consiste una existencia que merezca ser vivida plenamente (Dworkin, 2011, p.336).

Esto significa que no pueden adoptarse políticas que no traten los destinos de los integrantes de la comunidad política como equitativamente importantes y respetando sus responsabilidades individuales por su propia vida.

Los derechos humanos se derivan de una lectura mínima de estos principios de dignidad. El contenido de cada derecho particular se obtiene examinando, con mucho mayor detalle, qué requieren los principios de dignidad en el caso específico.

Otro concepto importante es el de derechos legales, que tienen que ser distinguidos de otros derechos políticos. Un derecho legal es un derecho establecido por el órgano legislativo de un gobierno legítimo a fin de ser garantizado a pedido de los ciudadanos mediante decisiones del órgano responsable de adjudicar derechos, como una corte, si resulta necesario (Dworkin, 2011, p. 331).

Los derechos legales pueden ser diseñados para dar efecto a derechos políticos pre-existentes. Algunas comunidades jurídicas dan a algunos derechos legales un estatus más alto y los convierten en derechos constitucionales que pueden ser dejados sin efecto solamente mediante un procedimiento agravado, y no mediante el procedimiento ordinario de sanción de las leyes (Dworkin, 2011, p. 331).

Ninguna nación convierte todos los derechos políticos en derechos constitucionales y ni siquiera en derechos legales. En los Estados Unidos, por ejemplo, los ciudadanos han tenido un derecho político a la atención adecuada de la salud o al seguro médico durante

mucho tiempo sin que existiera un correspondiente derecho legal a ninguna de esas cosas. Y, por otro lado, todos los países crean derechos legales que no se corresponden con derechos políticos pre-existentes (Dworkin, 2011, p. 331).

Dworkin utiliza el concepto de derecho humano para hacer referencia al sentido fuerte de derecho político, como un triunfo sobre las consideraciones mayoritarias, un límite a las decisiones del gobierno (Dworkin, 2011, p. 332).

Puede respetarse este derecho humano básico –el derecho a ser tratado como un ser humano con dignidad- aun cuando no se reconozcan algunos derechos políticos más específicos, o cuando algunas características distributivas no sean las deseables en un régimen político justo (Dworkin, 2011, p. 335). Por consiguiente, los derechos humanos son mucho menos exigentes que los requerimientos de la justicia social.

Entiendo que el derecho humano fundamental a ser reconocidos como seres humanos dotados de dignidad requiere una cobertura médica mínima universal, al que todas las personas puedan tener acceso. Esto se deriva, fundamentalmente, del primer principio de dignidad que impone la obligación de respetar el valor objetivo de la vida humana. Dado que la vida de todos tiene el mismo valor, el acceso a estos servicios debe ser garantizado en condiciones de igualdad y sin discriminación.

Por otra parte, es incierto que podamos derivar de este derecho humano básico una obligación del Estado a proveer tratamientos de reproducción humana asistida.

De hecho, el segundo principio de dignidad garantiza un ámbito de libertad que impone que cada persona sea responsable de las decisiones que toma respecto de cómo

quiere vivir su vida. Por lo tanto, los costos que estas decisiones generen no deben recaer sobre el Estado sino sobre las personas que las adoptan, como, por ejemplo, la decisión de postergar la reproducción y requerir, luego, de estos tratamientos para poder lograrlo.

A las posiciones reconstruidas hasta ahora pueden sumarse muchas otras visiones sobre el concepto de derechos humanos. Sin embargo, todas ellas, en general, acuerdan en cuanto a que los derechos humanos cumplen la función de proteger solamente intereses básicos de las personas. Los estándares de la justicia social que tutelan son mucho más exigentes y no son garantizados por los derechos humanos.

7.Conclusión

A partir del análisis precedente, estamos autorizados a concluir que, más allá de su reconocimiento en tratados internacionales de derechos humanos, constituciones de los estados o leyes, existe un derecho humano a la salud que consiste en recibir prestaciones sanitarias básicas ya que protege esas condiciones mínimas para vivir una vida decente o digna.

A pesar de las diferencias entre los autores considerados hay razones para pensar que estos intereses fundamentales se ven satisfechos cuando las personas disponen de las condiciones sanitarias que les aseguren las condiciones mínimas para funcionar y desarrollarse como agentes normativos capaces de fijar y perseguir planes de vida propios.

De esto se sigue que este derecho humano no puede ser demasiado exigente ni tener el contenido amplio que reclaman las consideraciones de justicia social. Las prestaciones reclamadas por este tipo de consideraciones pueden ser protegidas por otro tipo de

derechos, como los derechos políticos, pero no gozan del estatus privilegiado que otorga su consideración como derecho humano.

Los derechos humanos son normas que protegen solamente las condiciones para vivir una vida humana decente o digna. Esta idea se vincula con el desarrollo y el ejercicio de la agencia básica, comprendida como la capacidad de formarse un plan de vida propio y actuar responsablemente para realizarlo.

Además, esta concepción modesta sobre la extensión de los derechos humanos garantiza un espacio suficiente para que los estados puedan definir sus propias concepciones sobre la justicia política y no sobrecargar de manera excesiva a algunas personas para que otros puedan realizar sus propios planes de vida, en especial, cuando implican opciones costosas.

CAPÍTULO II: El alcance del derecho a la salud sexual y reproductiva.

1.Introducción.

En el capítulo anterior concluí que el derecho a la salud es un derecho humano, entre otras razones, por proteger la satisfacción de necesidades básicas que permiten el desarrollo de una vida decente o digna. Por ese mismo motivo, también sostuve que su alcance no puede ser ilimitado: debe extenderse solamente a la protección de esos atributos esenciales que permiten a las personas tener una vida humana decente en la que puedan fijarse y desarrollar metas propias.

Entonces si bien existe un derecho a la salud que el Estado está obligado a garantizar, no es tan claro si este derecho incluye el derecho a recibir gratuitamente un tratamiento de fertilización asistida. En este sentido, quizá podría entenderse que las técnicas de reproducción humana asistida pueden estar incluidas en el derecho a la salud siempre que se acote su alcance a supuestos y tratamientos específicos; las técnicas incluidas, como se verá más adelante, deben ser aquellas que contribuyan a la realización del derecho a la salud reproductiva básica.

A continuación, se analizará el modo en el que la cobertura de las técnicas de reproducción humana asistida se encuentra regulada en la Argentina. Asimismo, se examinará comparativamente el modo en el que estas técnicas están legisladas en otros

países. He escogido analizar las regulaciones de España y de Uruguay por presentar características distintas a la regulación argentina que pueden ser valiosas para el análisis.

La conclusión que se pretende obtener es que la ley argentina, si bien regula aspectos del problema que requerían atención para evitar abusos y situaciones discriminatorias y que también motivaron la sanción de leyes en otros países, fracasa en cuanto a diseñar adecuadamente una política pública con perspectiva de derechos humanos.

Por lo tanto, es importante destacar que la motivación del análisis comparativo que se va a hacer a continuación no es descalificar la ley argentina sino ofrecer un criterio que les permita a los jueces distinguir los aspectos de la ley que corresponden a derechos humanos de aquéllos que solo dependen de la decisión del legislador y pueden ser dejados sin efecto en cualquier momento sin generar responsabilidad del estado. La importancia de efectuar esta distinción radica en que, si se califica a cierta regulación legal como una exigencia de los derechos humanos, las razones para demandar su cumplimiento, a pesar de los gastos que genere a los estados, son más fuertes dado que la consideración de los costos en los casos de demandas de derechos humanos es menor que en los casos de demandas de justicia.

Esta ley presenta regulaciones que otorgan el estatus de derecho humano a prestaciones que no lo son y que podían haber sido establecidas de otro modo, tal como se puede observar en las legislaciones que se van a comparar.

Las tres leyes que se van a analizar presentan aspectos destacables. En cuanto a las técnicas permitidas, la ley de Uruguay, por ejemplo, permite la realización de algunas

técnicas –como la gestación por subrogación–; en relación con el alcance de la cobertura, la ley española establece solo criterios básicos dejando muchos aspectos para que sean regulados por la autoridad de aplicación mientras que la ley uruguaya establece una cobertura proporcional a los ingresos de los interesados. Por otra parte, la ley argentina, utiliza una terminología relacionada con el discurso de los derechos humanos pero extiende la cobertura de las prestaciones a supuestos que no deben estar incluidos. Analizando aspectos de las tres leyes pueden encontrarse ejemplos de cómo sería una reglamentación adecuada en la materia.

2. Alternativas a tener en cuenta al legislar sobre técnicas de fertilización humana asistida

Una adecuada ley en la materia debe tener en cuenta que el derecho a la salud se encuentra estrechamente relacionado con el derecho a la información. Por eso, y por la seguridad de las personas que requieren estas técnicas, es necesario que se establezca claramente cuáles son las técnicas y tratamientos que estarán permitidos, cuáles son las condiciones para su acceso, los requisitos del consentimiento informado y la creación de un registro público de centros autorizados para la realización de estos tratamientos.

En este punto, es importante que quede claro cuáles van a ser los derechos y obligaciones de los o las donantes de gametos, cuál va a ser el estatus jurídico de los embriones, qué se puede hacer con ellos y el régimen relativo a la crioconservación, el descarte y el uso con fines de investigación. Asimismo, si estarán o no permitidos los contratos de gestación subrogada y cómo se determinará la filiación en esos casos.

Además, tal como dijo la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Artavia Murillo”, el derecho a la vida privada y la salud reproductiva guarda relación con el derecho de acceder a la tecnología médica necesaria para ejercer ese derecho. De ese derecho se deriva, además, “el derecho a acceder a los mejores servicios de salud en técnicas de asistencia reproductiva, y, en consecuencia, la prohibición de restricciones desproporcionadas e innecesarias *de iure* o *de facto* para ejercer las decisiones reproductivas” (Corte IDH, “Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica”, 2012, párr. 150).

Esto, sumando a que la salud reproductiva básica es un aspecto del derecho a la salud que el Estado debe proteger, implica que debe garantizarse que el acceso a estas técnicas estará permitido a todas las personas que, cumpliendo los requisitos legales, las requieran.

Desde una perspectiva de derechos humanos este acceso debe permitirse sin discriminación. Por lo tanto, una adecuada reglamentación del tema debe garantizar la posibilidad de acceder a estos tratamientos sin efectuar distinciones basadas en nacionalidad, edad, sexo, orientación sexual, identidad y expresión de género, idioma, religión, identidad cultural, opiniones políticas o en cualquier otra categoría considerada sospechosa⁴.

⁴ Las “categorías sospechosas” son un criterio desarrollado por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en los casos en los que se interpreta el derecho a la igualdad, que implica la necesidad de realizar un examen estricto de constitucionalidad respecto de aquellas normas generales que efectúen diferenciaciones basadas en las categorías de discriminación prohibidas internacionalmente (raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social). Cualquier norma que distinga situaciones en base a esas categorías tiene una fuerte presunción de inconstitucionalidad y la parte interesada en defender su validez constitucional debe proporcionar una justificación suficiente (Fallos “Repetto”, “Calvo y Pesini”, “Hooft”, “Gottschau”, “Mantecón Valdez”, “Reyes Aguilera”, entre muchos otros).

En cuanto a la cobertura de los tratamientos, debe tenerse en cuenta que se trata de un derecho a prestaciones positivas y que, como se viene diciendo, los derechos humanos entendidos como protecciones a las condiciones mínimas para vivir una vida humana decente en la que podamos fijarnos y desarrollar metas propias pretenden solamente la cobertura de las prestaciones mínimas. Ello, sumado a la limitación presupuestaria, requiere que la ley adopte algún criterio para determinar qué prestaciones serán cubiertas por el sistema público de salud y a quiénes serán accesibles.

Los límites del financiamiento público de las técnicas deben tener en cuenta la imposibilidad física para lograr un embarazo por otros medios, la protección de la integridad física de los/las pacientes, la razonabilidad y las probabilidades de éxito de los tratamientos determinadas por la ciencia médica. De este modo, quienes deben poder acceder a la cobertura son las personas que por cualquier motivo presentan dificultades para concebir por problemas en su función reproductora; es en este punto en el que el Estado estaría violando el derecho a la salud si no lo cubriera. No obstante ello, aún dentro de este grupo de beneficiarios/as, a fin de dar un uso razonable y eficiente a los recursos, deben existir límites en cuanto a la cantidad de tratamientos que tengan en cuenta las posibilidades de éxito en relación con la edad y el estado de salud general de los/las pacientes.

En consecuencia, la cobertura pública de las técnicas de reproducción humana asistida debe ser accesible a las personas con problemas de esterilidad o infertilidad y debe incluir solamente un número determinado de tratamientos. Esta reglamentación es respetuosa del derecho humano a la salud entendido como derecho a acceder a las

prestaciones básicas para el funcionamiento como seres humanos capaces de fijar y desarrollar sus metas propias y del desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales.

Una ley que adopte esta concepción del derecho a la salud debe dejar afuera de su cobertura a los otros casos en los que puede requerirse la realización de alguna técnica de fertilización asistida. Los motivos por los que algunas personas solas o parejas de personas del mismo sexo requieren estas técnicas no están relacionados con la satisfacción de las necesidades que protege el derecho a la salud sino con otro tipo de deseos y por lo tanto, está totalmente fuera del campo de actuación de los derechos humanos.

Tal como se explicará más adelante, excluir estos casos no supone discriminación dado que el hecho de que estas personas puedan tener hijos no compromete su capacidad de tener una vida digna ni afecta tampoco intereses urgentes. Lo que este desarrollo exige es la provisión mínima de recursos, en condiciones de igualdad, para que las personas puedan tomar las decisiones que consideren mejores para su vida: por lo tanto, lo que debe garantizarse es solamente el acceso a la salud –reproductiva- básica.

La inclusión de la cobertura de estos casos en leyes dirigidas a ampliar las prestaciones incluidas en el derecho humano a la salud es un error. Ello, sin perjuicio de que el Estado, al estar también comprometido a garantizar el derecho a formar una familia respetando las decisiones individuales, debe garantizar que las personas solas y las parejas homosexuales puedan realizarse estos tratamientos si así lo desean y si afrontan los costos con sus propios recursos. Lo contrario, tal como se dijo antes, implicaría una discriminación arbitraria.

Las personas con preferencias sexuales homosexuales, así como aquellas que postergaron el momento de su maternidad/paternidad tomaron elecciones personales, en ejercicio de su agencia normativa, por las que deben asumir responsabilidad. Esta elección no puede imponer costos –los cuales, además, son muy elevados en el caso de los tratamientos de fertilización asistida- en el resto de la sociedad.

Tal como se explicó en el primer capítulo del presente trabajo, al desarrollar la concepción de los derechos humanos de Dworkin, el segundo principio de dignidad garantiza un ámbito de libertad que impone que cada persona sea responsable de las decisiones que toma respecto de cómo quiere vivir su vida. En este sentido, forma parte del principio de la responsabilidad personal –que se deriva del derecho humano básico a ser tratados como seres humanos dotados de dignidad- la elección del propio plan de vida y la asunción de las posibles consecuencias de nuestras decisiones, como la decisión de formar una familia, de postergar la maternidad/paternidad por otras prioridades o de elegir como pareja a una persona del mismo sexo con la cual la reproducción es imposible biológicamente.

En cambio, la imposibilidad de procrear por razones biológicas no es resultado de la elección ni la decisión de las personas: es una condición que constituye una seria dificultad para la capacidad de fijar y desarrollar metas propias. Es desde este punto desde el cual se encuentra justificado el compromiso de la sociedad en el financiamiento de tratamientos que reestablezcan esta capacidad.

Si bien esto puede parecer injusto desde el punto de vista de la distribución de recursos no atenta contra las chances de las personas con preferencias sexuales

homosexuales, o de aquellos/as que optaron por postergar su paternidad/maternidad, de vivir una vida decente. Ello por cuanto, como dijimos antes, las dificultades que enfrentan son el resultado de las elecciones que adoptaron libremente en ejercicio de su agencia normativa.

Por otra parte, es perfectamente posible vivir una vida decente sin tener hijos relacionados genéticamente y existe la posibilidad de formar una familia mediante la adopción. En este punto, cabe destacar que existen varias iniciativas legislativas que favorecen la utilización de este instituto, reduciendo los tiempos procesales y los requisitos que deben reunir aquellas personas que deseen ser adoptantes.

A partir de estos lineamientos, el análisis comparativo de las leyes se va a estructurar teniendo en cuenta los siguientes criterios: cuál es el objetivo central de la ley, cuáles son las técnicas permitidas, cuál es el alcance de la cobertura pública de los tratamientos, cuáles son los requisitos para acceder y si efectúa o no distinciones discriminatorias.

3. La ley argentina 26.862.

Seguidamente, se analizará la ley argentina que regula el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida; puntualmente, se estudiarán aquellas disposiciones que resultan relevantes para el presente trabajo: a qué tratamientos alcanza la cobertura, quiénes pueden ser beneficiarios y cuáles son las limitaciones permitidas a la reglamentación.

Cabe destacar que la ley en cuestión regula muchos aspectos de la materia y, en este sentido, debe considerarse un importante avance, sobre todo teniendo en cuenta que algunos temas relacionados con la utilización de estas técnicas –como, por ejemplo, el concepto de persona, el inicio de la concepción, los límites de la manipulación genética, la investigación clínica y farmacológica, la ingeniería genética, la donación de óvulos o espermatozoides y su crio-preservación- pueden colisionar con derechos personalísimos y con la dignidad de las personas. El desarrollo y los avances científicos en relación con estas técnicas permitieron la utilización de procedimientos y tecnologías que requerían de una regulación jurídica clara y específica que hasta la sanción de la ley estaba solo normada por disposiciones dictadas por las sociedades científicas.

En relación con el alcance de la cobertura, a partir de la sanción de la ley 26.862, las obras sociales, las empresas de medicina prepaga y el sector público de salud están obligados a incluir en el Programa Médico Obligatorio el abordaje, el diagnóstico, los medicamentos y las terapias de apoyo y los procedimientos y las técnicas que la Organización Mundial de la Salud define como de reproducción médicamente asistida, los cuales incluyen: la inducción de ovulación; la estimulación ovárica controlada; el desencadenamiento de la ovulación; las técnicas de reproducción asistida; y la inseminación intrauterina, intra-cervical o intra-vaginal, con gametos del cónyuge, pareja conviviente o no, o de un o una donante. En el texto quedan comprendidas las técnicas de baja y alta complejidad, que incluyan o no la donación de gametos o embriones pero no se regula la gestación por subrogación ni la cobertura del diagnóstico pre-implantatorio.

Quienes pueden acceder a la cobertura de estos tratamientos son todas las personas mayores de edad que hayan explicitado su consentimiento informado. La ley aclara que a la hora de llevar adelante estas prácticas no podrá haber restricciones fundadas en la orientación sexual o el estado civil del demandante. Esto es así porque los legisladores nacionales decidieron no definir a la infertilidad como una enfermedad y de este modo dejar abierta la puerta para que las parejas homosexuales y las mujeres solas también puedan acceder a estos tratamientos. Tendrán los mismos derechos que cualquier pareja heterosexual e independientemente de si se está o no formalmente casado/a, admitiéndose así la llamada "infertilidad social" –la de las de parejas integradas por personas del mismo sexo o mujeres solas que deben recurrir a la donación para lograr un embarazo.

Además, la ley no fija franjas etarias ni condicionamientos de ningún tipo en cuanto a la edad de los o las beneficiarios/as, solamente que se trate de personas mayores de dieciocho años que hayan expresado su consentimiento informado. Tampoco se hace referencia a ningún criterio médico de selección ni indicaciones terapéuticas.

En el decreto reglamentario 956/2013 se señala que el objetivo de la ley es proteger los derechos de toda persona a la paternidad/maternidad; a formar una familia, en íntima conexión con el derecho a la salud, y “el derecho humano al acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida fundado en los derechos a la dignidad, a la libertad y a la igualdad de toda persona humana”. Por otra parte, expresa que la ley N°26.862 se fundamenta “en la intención del legislador de ampliar derechos; ello, en tiempos de cambios y de más inclusión en el ámbito social y en el de la salud; en el marco de una sociedad que evoluciona, aceptando la

diferencia y la diversidad cultural y, promoviendo de tal modo, una sociedad más democrática y más justa”.

El único límite previsto por el sistema está indicado en el decreto reglamentario mencionado. De acuerdo con esa norma, una persona podrá acceder a un máximo de cuatro tratamientos anuales con técnicas de reproducción médicamente asistida de baja complejidad, y hasta tres tratamientos de reproducción médicamente asistida con técnicas de alta complejidad, con intervalos mínimos de tres meses entre cada uno de ellos.

Además, se deberán iniciar los tratamientos con la utilización de técnicas de baja complejidad como requisito previo al uso de las técnicas de mayor complejidad en caso de que las primeras no den los resultados pretendidos. A efectos de realizar las técnicas de mayor complejidad deberán cumplirse como mínimo tres intentos previos con técnicas de baja complejidad, salvo que causas médicas debidamente documentadas justifiquen la utilización directa de técnicas de mayor complejidad.

Si bien la ley en estudio se esfuerza en no marcarla, entiendo que corresponde efectuar la diferencia entre los casos de personas que no pueden concebir por alguna condición de carácter físico –independientemente de cuál sea su orientación sexual o estado civil-, de los casos en que la imposibilidad de procrear proviene del hecho de tratarse de parejas del mismo sexo o de mujeres que desean ser fertilizadas artificialmente con gametos provenientes de un donante anónimo, que no presentan ninguna afección en su salud reproductiva.

Esta diferencia es importante a los fines de determinar cuáles son las prestaciones que deben considerarse incluidas dentro del derecho a la salud. Si bien la cobertura en los casos de personas que por condiciones biológicas no pueden concebir puede incluirse en el concepto de derecho a la salud que se viene sosteniendo, los otros supuestos presentan algunas dudas.

Importa, entonces, determinar si la prestación que se demanda es un tratamiento médico o un servicio, esto es, si estamos frente a personas padeciendo una enfermedad o discapacidad o personas que funcionan como clientes y demandan un servicio para cumplir con el deseo de paternidad o maternidad. De la valoración y conceptualización que se haga dependerá la justificación de los límites que se establezcan (Instituto Interamericano de Derechos Humanos, "Reproducción asistida, género y derecho humanos en América Latina", 2008).

Dado que la infertilidad se define como la incapacidad de completar un embarazo después de un tiempo razonable de relaciones sexuales sin medidas anticonceptivas (Organización Mundial de la Salud, 1992) es posible pensar que dado que la capacidad de procrear es una función básica de los seres humanos el derecho a la salud debe incluir estas prácticas. Independientemente de que la infertilidad sea causada por factores congénitos o constituya una secuela de enfermedades, lo cierto es que implica un mal funcionamiento del organismo lo que aconseja que su tratamiento sea incluido en las prestaciones que buscan garantizar el derecho a la salud.

Por otro lado, el reclamo de cobertura en los casos de parejas homosexuales y mujeres solas aunque pretende la obtención de una prestación sanitaria no busca proteger

el derecho a la salud sino satisfacer otro tipo de deseos que, si bien pueden ser validos e importantes, no existe motivo para pensar que deban estar a cargo del estado.

La restricción de la cobertura a casos de enfermedad dejando fuera a las mujeres solas o las parejas integradas por personas del mismo sexo podría ser recusada como discriminatoria por efectuar una distinción basada en una categoría sospechosa, como el género o el estado civil. Sin embargo, desde la perspectiva del derecho humano a la salud esto no es así.

En primer lugar, el deseo de una persona de procrear no puede ser considerado una condición básica para que las personas tengan una vida decente o digna. Puede considerarse un deseo muy valioso para muchas personas pero, como vimos en el capítulo anterior, no todos los deseos y ni siquiera todas las necesidades de las personas son o deben ser objeto de protección de los derechos humanos⁵.

Por otro lado, la discriminación no es tal porque lo que se viene sosteniendo es que la cobertura en estos casos no debe estar a cargo del Estado. Los tratamientos deben ser accesibles y estar permitidos a todas las personas que quieran realizar su deseo de tener hijos de este modo y que puedan afrontar los gastos, sin efectuar distinciones por su orientación sexual o estado civil.

Entiendo que la discriminación arbitraria se daría en el caso en el que se denegara la cobertura de los tratamientos de fertilización asistida por motivos relacionados con el

⁵ *Supra* págs. 39 a 42

género o el estado civil a personas que reúnan los criterios médicos para acceder⁶. De hecho, existe otra norma de relevancia para el tema, la ley 26.618 que modifica la regulación del matrimonio civil en la Argentina, la cual garantiza a las familias constituidas por personas del mismo sexo los mismos derechos y obligaciones de las constituidas por personas de distinto sexo, sin que ninguna norma del ordenamiento jurídico argentino pueda ser interpretada ni aplicada en el sentido de limitar, restringir, excluir o suprimir el ejercicio o goce de los mismos derechos.

Permitir el acceso a este servicio es importante en estos términos y una comunidad política puede reconocer este derecho en virtud de su propia concepción de la justicia. Pero esto no es lo mismo que decir que la cobertura de estos tratamientos deba ser integral ni estar a cargo del Estado y que su denegatoria por parte de los prestadores de servicios sanitarios constituya una violación del derecho humano a la salud. Más allá de estas cuestiones, cabe destacar que el hecho de que el ordenamiento argentino no prevea la gestación por subrogación puede considerarse discriminatorio respecto de las parejas integradas por dos hombres, para quienes representa la única posibilidad de tener hijos relacionados genéticamente.

4. La ley española 14/2006.

Ahora, pasaré a examinar las características del funcionamiento del sistema en España, donde la cuestión se encuentra regulada por la ley 14/2006, del 26 de mayo de 2006. La finalidad declarada de la ley consiste en: regular la aplicación de las técnicas de

⁶Esta postura es también sostenida por la Corte IDH en el fallo “Artavia Murillo” ya citado.

reproducción humana asistida acreditadas científicamente y clínicamente indicadas; regular la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida en la prevención y tratamiento de enfermedades de origen genético y la regulación de los supuestos y requisitos de utilización de gametos y pre-embryones humanos crio-conservados.

Esta ley, al igual que la ley argentina, sigue un criterio abierto al enumerar las técnicas que, según el estado de la ciencia y la práctica clínica, pueden realizarse hoy día. Evita la petrificación normativa, y habilita a la autoridad sanitaria correspondiente para autorizar la práctica provisional y tutelada como técnica experimental de una nueva técnica; una vez constatada su evidencia científica y clínica, el gobierno puede actualizar la lista de técnicas autorizadas.

Las técnicas actualmente permitidas son: la inseminación artificial, la fecundación *in vitro* e inyección intracitoplásmica de espermatozoides con gametos propios o de donante y con transferencia de preembryones y la transferencia intratubárica de gametos. Asimismo, en esta norma se prohíbe expresamente la gestación por sustitución y se dispone que será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero, determinándose la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución por el parto.

En relación con el diagnóstico pre-implantatorio sólo está permitido para la detección de enfermedades hereditarias graves, de aparición precoz y no susceptibles de tratamiento curativo posnatal con arreglo a los conocimientos científicos actuales, con objeto de llevar a cabo la selección embrionaria de los preembryones no afectados para su

transferencia y para la detección de otras alteraciones que puedan comprometer la viabilidad del preembrión. En cualquier otro caso, puede ser practicado con una autorización especial.

La ley española lo que pretende, claramente, es regular un tema que se había venido desarrollado de manera extensiva en especial en el ámbito privado y, por eso, lo que busca es compensar la asimetría de información que existe entre quienes acuden a demandar la aplicación de estas técnicas y quienes las aplican, de manera que se garantice en lo posible el equilibrio de intereses entre unos y otros. Por tal motivo, se prioriza que la disponibilidad de la información accesible a los usuarios de las técnicas sea clara y precisa sobre la actividad y los resultados de los centros y servicios que las practican.

Esta necesidad se traduce en la ley española en el reforzamiento de los registros y otros mecanismos de información, hasta el punto de considerar dicha información pública como un elemento esencial de la práctica de las técnicas, de manera que se proporcionen a los ciudadanos que acuden a los centros los instrumentos adecuados de información que les permitan ejercer con criterios sólidos su capacidad de decisión.

Cabe destacar que, a diferencia de la ley argentina –y de la uruguaya que se comentará más adelante-, la ley española no se expresa en ninguna de sus disposiciones acerca de la cobertura de estas técnicas. No dice nada respecto de si debe estar a cargo del estado o de los particulares.

El objetivo de los legisladores españoles no fue otorgar derechos sino darle un marco jurídico a una actividad que ya se venía desarrollando en el ámbito privado y que

requería de la atención de los poderes públicos toda vez que, por las delicadas cuestiones que abarca podía dar lugar a afectaciones a los derechos de los usuarios del sistema.

Sin embargo, la diferencia más importante que advierto radica en el lenguaje utilizado en las normas. En la ley española no se hace referencia ni al derecho a la salud ni al derecho a formar una familia o a la paternidad/ maternidad. Ni siquiera en la exposición de motivos se da a entender de ningún modo que se crearán derechos a cargo del estado; solamente se busca regular la actividad.

Sin perjuicio de ello, algunas prestaciones reguladas por la ley sí se encuentran a cargo del estado. Éstas se encuentran reguladas por cada prestadora de la seguridad social en las guías de recomendaciones, que son normas administrativas e inferiores a la ley en cuestión.

Por ejemplo, en una de ellas, se indica que las situaciones en las que se atenderá la cobertura de técnicas de reproducción humana asistida son las siguientes: el tratamiento en parejas en las que exista un diagnóstico de esterilidad, primaria o secundaria, por factor femenino o masculino, que impida conseguir una gestación o cuando exista indicación clínica y en mujeres en las que exista un diagnóstico de esterilidad por patología ginecológica que impida conseguir una gestación, con independencia de la existencia o no de pareja.

En estos supuestos, la cobertura será a cargo del estado o de las prestadoras públicas de salud; también se aclara que la existencia de hijos previos no será motivo de exclusión para la cobertura de estas técnicas. Si bien esto no constituirá un obstáculo para el acceso

a la cobertura, los tratamientos de reproducción humana asistida estarán sujetos a límites en cuanto al número de ciclos y edad de la paciente, atendiendo a principios de eficiencia y seguridad (Guía de reproducción humana asistida de MUFACE, 2007).

En otra guía de recomendaciones, se establece que los requisitos para la cobertura son: mayoría de edad, existencia de un trastorno documentado de la capacidad reproductiva (esterilidad o infertilidad), prioridad absoluta de las parejas que no tengan hijos respecto de aquellas que ya tengan y, finalmente, la expresión de consentimiento informado (Guía de reproducción humana asistida en el Servicio Andaluz de Salud, 2015).

Estos ejemplos demuestran que la cobertura en ese país no es integral y que los límites están asociados a criterios médicos. Por otra parte, la regulación en este aspecto tiene carácter puramente administrativo lo que además de permitir una mayor flexibilidad al sistema favorece a una mayor eficiencia en la utilización de los recursos.

La experiencia en la utilización de este sistema demostró que, al detectarse problemas y desigualdades en el acceso a los tratamientos, puede modificarse el alcance las coberturas mediante un acto administrativo, lo cual es mucho más sencillo que modificar una ley. Por otra parte, la revisión judicial de estos actos es, por las reglas generales, posible toda vez se vean afectados derechos de las personas involucradas.

5.La ley uruguaya 19.167.

En Uruguay, la materia se encuentra regulada en la ley 19.167 del 29 de noviembre de 2013. La finalidad de dicha norma es regular las técnicas de reproducción humana

asistida acreditadas científicamente así como los requisitos que deben cumplir las instituciones públicas y privadas que las realicen.

La ley en estudio efectúa una enumeración de las técnicas permitidas más amplia que la realizada en las normas argentina y española comentadas antes y permite también la incorporación de nuevas técnicas. Se incluyen como prácticas permitidas: la inducción de la ovulación, la inseminación artificial, la microinyección espermática (ICSI), el diagnóstico genético preimplantacional, la fecundación *in vitro*, la transferencia de embriones, la transferencia intratubárica de gametos, la transferencia intratubárica de cigotos, la transferencia intratubárica de embriones, la criopreservación de gametos y embriones, la donación de gametos y embriones y la gestación subrogada en los casos específicos previstos por la misma ley.

Tal como se dijo en el apartado dedicado a ley española, esta última técnica –la gestación subrogada- no está permitida en la Argentina así como tampoco en España. En Uruguay, se contempla únicamente la situación de la mujer cuyo útero no pueda gestar su embarazo debido a enfermedades genéticas o adquiridas, quien podrá acordar con un familiar suyo de segundo grado de consanguinidad, o de su pareja en su caso, la implantación y gestación del embrión propio. En cualquier otro caso, el contrato será nulo.

Otro aspecto en el que la ley en cuestión se diferencia del ordenamiento argentino, es en el referente al diagnóstico pre-implantacional que es permitido sin restricciones en Uruguay y prohibido en la Argentina, aunque existen casos especiales (prevención de enfermedades genéticas) en los que, mediante un proceso judicial, se permite.

Los casos en los que, según la ley, podrán aplicarse las técnicas de fertilización asistida enumeradas son, no obstante, más restringidos que en nuestro país. Así, se podrá utilizar como principal metodología terapéutica de la infertilidad, en la medida que se trate del procedimiento médico idóneo para concebir en el caso de parejas biológicamente impedidas para hacerlo, así como en el caso de mujeres con independencia de su estado civil.

Una característica destacable de la ley uruguaya es que el estado se compromete a promover la prevención de la infertilidad combatiendo las enfermedades que la puedan dejar como secuela, así como la incidencia de otros factores que la causen. La importancia de esta cláusula radica en el reconocimiento de la infertilidad secundaria -debida a secuelas de infecciones o abortos inseguros- que es producida por la falta de salud sexual y reproductiva y por una encubierta discriminación hacia las mujeres. Este tipo de infertilidad no es prevalente en los países industrializados pero tiene una gran incidencia en nuestra región en la que afecta especialmente a poblaciones vulnerables, con escasos recursos.

En cuanto a la cobertura, dichas técnicas o procedimientos quedan comprendidos dentro de los programas integrales de asistencia que deben brindar las entidades públicas y privadas que integran el Sistema Nacional Integrado de Salud y serán financiados por éste, cuando la mujer no sea mayor de 40 años. Serán parcial o totalmente subsidiados hasta un máximo de tres intentos, a través del Fondo Nacional de Recursos con el alcance y condiciones establecidas por el Poder Ejecutivo, en el decreto 84/015.

Esta reglamentación –publicada el 9 de marzo de 2015 - consiste en un sistema de cobertura proporcional a los ingresos de las personas que pretendan acceder a las

prestaciones. Para un tratamiento de fertilización *in vitro* completo u ovodonación, el organismo aportará el equivalente a US\$ 5.974.

De todos modos, ese costo solamente será pagado en su totalidad por el estado en parejas que realicen el tratamiento por primera vez y que ganen hasta 30.520 pesos uruguayos entre ambos integrantes. A medida que aumentan los ingresos o la cantidad de intentos –que por ley puede llegar a tres como máximo– los usuarios deberán aportar un porcentaje del precio hasta llegar al 95% para quienes tienen los ingresos más altos y realizan el tercer intento.

Una pareja o mujer sola que inicie un tratamiento de fertilización asistida, ovodonación o donación de semen debe pedir a su prestador de salud que envíe al Fondo Nacional de Recursos una solicitud. Una vez enviada, se estudiará si el caso califica para ser solventado por el sistema público de salud, encontrándose vedada esta posibilidad a mujeres mayores de 40 años, obesas o fumadoras.

Este novedoso sistema de cobertura tiene varias ventajas respecto del sistema argentino: por un lado, se limita a la cobertura de prestaciones terapéuticas, es decir, va dirigido a personas que tengan problemas orgánicos para concebir, sin efectuar distinciones respecto de la orientación sexual o estado civil pero restringiendo el acceso a mujeres menores de 40 años; por otro, establece una cobertura limitada pero proporcional a los ingresos de las personas que lo requieran y a los intentos que se realicen. Al mismo tiempo que permite un uso más racional de los recursos financieros del estado, evita las consecuencias indeseadas que podrían darse en relación con la redistribución de recursos al destinar grandes sumas de dinero a tratamientos costosos que en muchos casos pueden

tener pocas probabilidades de éxito y que necesariamente implican la modificación de partidas en detrimento de otras prestaciones básicas necesarias.

6. Conclusión

La ley 26.862 establece nuevos derechos pero no todos éstos son derechos humanos con jerarquía constitucional. Algunos de los derechos reconocidos reúnen los requisitos para ser considerados derechos humanos pero otros son derechos legales que podrían ser dejados sin efecto por el legislador sin generar afectación constitucional ni violación al principio de progresividad y no regresividad. Esto implica que el peso que los jueces deben darla a estas exigencias es menor cuando se aleguen restricciones presupuestarias.

En este punto es en el cual resulta relevante la diferenciación apuntada más arriba. Entiendo que la cobertura de los tratamientos de fertilización asistida para aquellas personas que por alguna condición biológica no pueden concebir se encuentra incluida en el derecho humano a la salud por cuanto busca proteger las capacidades necesarias para el desarrollo de las condiciones necesarias para vivir una vida humana decente en la que podamos fijar y desarrollar nuestras propias metas.

Sin embargo, la cobertura de los tratamientos en los restantes casos mencionados, forma parte de un derecho legal y, en este sentido, la mayoría parlamentaria que reconoció estos derechos, podría dejarlos sin efecto, sin generar afrenta constitucional alguna ni dar lugar a reclamos de los potenciales beneficiarios.

Es fundamental que los órganos de aplicación y los jueces en sus sentencias, cuando tengan la oportunidad de resolver sobre el tema, efectúen la diferencia entre unos y otros.

Considero que es deseable que exista una amplia cobertura de estos tratamientos y que se facilite el acceso a las personas con menos recursos a prestaciones que tradicionalmente estuvieron destinadas exclusivamente a las clases más pudientes. Sin embargo, por las consecuencias que produce la consideración de un determinado derecho como derecho humano, no es conveniente utilizar esta noción para justificar la cobertura integral y a cargo del estado de estas prestaciones.

Finalmente, a partir del análisis de las tres leyes puedo extraer algunos puntos que debieran estar presentes en una legislación óptima sobre las técnicas de fertilización humana asistida desde la perspectiva del derecho humano a la salud.

En primer lugar, es necesario que se establezca claramente cuáles son las técnicas que van a estar permitidas y, en particular, el régimen jurídico aplicable a gametos y embriones. La ley uruguaya, que permite una mayor cantidad de técnicas y la ley española que establece un mecanismo flexible para la incorporación de nuevas técnicas una vez que se haya demostrado su eficacia, son buenos ejemplos al respecto.

Por otra parte, la ley debe establecer quiénes van a poder someterse a estos tratamientos. En este cometido, es importante que no se obstaculice el acceso por motivos basados en categorías sospechosas.

Igualmente, debe determinarse cuál va a ser el alcance de la cobertura a cargo del sistema de salud público. Una ley sobre fertilización humana asistida con la perspectiva del derecho humano a la salud debe contemplar el financiamiento a cargo del Estado para personas cuya salud reproductiva esté afectada. Esto satisface la obligación del Estado de

proveer los recursos mínimos para el desarrollo de una vida humana decente en la que podamos fijarnos y desarrollar metas propias.

Una persona que por presentar alguna patología no puede lograr un embarazo ve afectadas las características esenciales para ese desarrollo de una vida decente. La ley argentina comete el error de otorgar cobertura integral a situaciones a que no tienen que ver con la protección del derecho humano a la salud.

Además, el uso eficiente de los recursos exige que en la ley se efectúen distinciones en relación con la cantidad de tratamientos y el porcentaje de la cobertura a cargo del Estado. En este punto es prudente el modo en el que está regulado el tema en la ley española y en la ley uruguaya en cuanto a dejar esta cuestión a cargo de la administración que tiene los conocimientos técnicos y la capacidad funcional para establecer prioridades y tomar las decisiones de inversión que sean más eficientes.

CAPÍTULO III: La justiciabilidad del derecho a la salud sexual y reproductiva

1.Introducción

A continuación se realizará un análisis del modo en el que debe garantizarse tanto el derecho humano a la salud, en el sentido antes explicado, como aquellas prestaciones que componen un derecho a la salud más amplio que deriva de consideraciones de justicia social, como el derecho a la cobertura de los tratamientos de fertilización asistida. La efectividad de estos derechos se puede alcanzar mediante diversos caminos como pueden ser la formulación de políticas en materia de salud, la aplicación de los programas de salud elaborados por la Organización Mundial de la Salud o la adopción de instrumentos jurídicos concretos, otorgándoles el estatus de derechos legales concretos, entre otros.

Tanto respecto al derecho a la salud como a los demás derechos sociales se ha objetado que, dado que su implementación debe hacerse “de acuerdo con los recursos disponibles” en los Estados y que estos recursos son, por definición, escasos, la obligación de satisfacerlos nunca podría ser absoluta. Esto se opone, de este modo, a los derechos civiles y políticos que sí pueden y deben ser satisfechos incondicionadamente.

Se intentará demostrar que si bien la distinción entre derechos positivos y derechos negativos es válida conceptualmente nada nos dice respecto de la exigibilidad de los derechos toda vez que tanto los derechos positivos como los considerados tradicionalmente negativos requieren para su implementación de la utilización de recursos del estado y, en ese sentido, resultan igualmente costosos.

Sin embargo, siguiendo a Sunstein, la decisión acerca de si los Estados deben garantizar los derechos sociales del mismo modo en que garantizan los derechos civiles y políticos es una cuestión compleja que indaga acerca de la naturaleza esencial de los derechos en cuanto tales y también una cuestión sumamente pragmática que plantea problemas de competencia institucional y de financiamiento público que deberían ser resueltos teniendo en cuenta los efectos colaterales previsibles y otros objetivos implícitos (Sunstein, 2012, p. 143)

Por ello, también sostendré que las características especiales del diseño institucional que requieren los derechos sociales vuelven especialmente delicadas las decisiones que se tomen acerca de las asignaciones de recursos. Esto, en tanto una asignación de recursos inadecuada puede generar el efecto contrario a aquél que se pretende lograr mediante la realización de estos derechos.

El abordaje del problema consistirá en considerar -en la sección 1- de qué manera es entendido el contenido de la obligación de garantizar el derecho a la salud, teniendo en cuenta la escasez de recursos, por algunos órganos especializados; luego, en la sección 2, voy a argumentar a favor de la justiciabilidad de los derechos económicos y sociales teniendo en cuenta los principales argumentos en contra, en especial, aquellos basados en una supuesta asimetría entre estos derechos y los derechos civiles y políticos. Por último, en la última parte del capítulo, se explorarán algunas de las dificultades para la exigibilidad judicial del derecho a la salud y establecerán ciertas variables que los jueces deben tener en consideración en este campo, para evitar consecuencias indeseables como la que se produjo con los reclamos judiciales del derecho a la salud en la Argentina, que también se desarrollará.

2. *¿Cómo debe interpretarse la obligación de tomar las medidas necesarias “hasta el máximo de los recursos de que disponga”?*

A continuación, se estudiará de qué manera ha sido interpretada la obligación contenida en el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de tomar medidas “hasta el máximo de los recursos disponibles” por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales –órgano de aplicación del Pacto.

El derecho a la salud se encuentra reconocido en el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que establece la obligación de los Estados de reconocer el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. Además, se mencionan las siguientes medidas como necesarias para asegurar la plena efectividad de este derecho: la reducción de la mortalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños; el mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente; la prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas y la creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad (Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1966) .

Esta norma debe interpretarse de conformidad con el artículo 2 del mismo Pacto que describe la índole de las obligaciones contraídas por los Estados en relación con los derechos económicos y sociales. Por un lado, establece la realización paulatina y tiene en cuenta las restricciones derivadas de la limitación de los recursos con que se cuenta. Por otro lado, impone dos obligaciones de efecto inmediato: la garantía de no discriminación

y la obligación de adoptar medidas, obligación que en sí misma no queda condicionada a ninguna otra consideración (Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1966). Esto último implica que si bien la plena realización de los derechos puede lograrse de manera paulatina, las medidas tendientes a lograr ese objetivo deben adoptarse dentro de un plazo razonablemente breve tras la entrada en vigor del Pacto.

El Comité ha tomado nota de la influencia que la escasez de recursos ejerce respecto del cumplimiento de las obligaciones de garantizar estos derechos y advirtió que el concepto de “progresiva efectividad” constituye un reconocimiento del hecho de que la plena efectividad de todos los derechos económicos, sociales y culturales, en general, no podrá lograrse en un breve período de tiempo. Esto, a criterio de este órgano, no significa privar a la obligación de todo contenido significativo sino que introduce la flexibilidad necesaria para reflejar las necesidades del mundo real y las dificultades que implica para cada país el asegurar la plena efectividad de los derechos sociales (Comité Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1990).

Sin embargo, el Comité también opinó que corresponde a cada Estado una obligación mínima de asegurar la satisfacción de por lo menos niveles esenciales de cada uno de los derechos dado que si no se reconociera una obligación mínima, el Pacto carecería de su razón de ser. La importancia de la cláusula “hasta el máximo de los recursos de que disponga” radica en que, para que un Estado pueda atribuir su falta de cumplimiento de las obligaciones mínimas a una falta de recursos disponibles, debe demostrar que ha realizado todo esfuerzo para utilizar todos los recursos que están a su disposición con la finalidad de satisfacer, con carácter prioritario, esas obligaciones mínimas (Comité Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1990).

Además, es necesario tener especialmente en cuenta que, para realizar de manera integral el derecho a la salud, no basta con brindar un adecuado servicio de atención médica sino que se tiene que proteger el adecuado acceso a los determinantes sociales de la salud que, de acuerdo con la Organización Mundial de la Salud, son las circunstancias en que las personas nacen, crecen, viven, trabajan y envejecen, incluido el sistema de salud (62ª Asamblea Mundial de la Salud, 2009). En este sentido, el derecho a la salud es interpretado como un derecho inclusivo que no sólo abarca la atención de salud oportuna y apropiada sino también el acceso al agua limpia potable y a condiciones sanitarias adecuadas, el suministro adecuado de alimentos sanos, una nutrición adecuada, una vivienda adecuada, condiciones sanas en el trabajo y el medio ambiente, y acceso a la educación e información sobre cuestiones relacionadas con la salud, incluida la salud sexual y reproductiva (Comité Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 2000).

Esto es lo que, según el órgano al que se le ha conferido la facultad de interpretar el Pacto, comprende el derecho humano a la salud. Incluye bastante más que el derecho a recibir atención médica de emergencia, pero también bastante menos que el derecho a tratamientos de alta complejidad a cargo del Estado.

3.¿Hay derechos positivos y derechos negativos?

Existen en la bibliografía especializada diversos argumentos que justifican la asimetría entre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos y sociales que en lo sucesivo pasaré a analizar.

Hasta aquí ha quedado claro que, dado que el derecho a la salud requiere la asignación de recursos públicos, no puede ser ejercido de manera absoluta, sin generar

conflictos con otros derechos que también requieren de la asignación de recursos escasos. Ahora bien, ¿es ésta una característica privativa de los derechos sociales o también otros derechos pueden ser objeto de esta observación?

Hay quienes sostienen que esta característica diferencia a los derechos sociales de los derechos civiles y políticos que, por ser esencialmente negativos, no requieren de la asignación de recursos y, por lo tanto, pueden cumplirse de manera absoluta y ser exigibles y adjudicados por el poder judicial inmediatamente.

Esta distinción, en cuanto a la utilización de los recursos, es real, pero no debe ser exagerada, dado que los derechos civiles y políticos también requieren de prestaciones positivas. Tal como dice Fabre, esta distinción en cuanto a los deberes que se generan, es correcta pero no afecta la validez ni la exigibilidad de los derechos sociales (1998, p. 264).

En efecto, si, como se dijo en el capítulo primero, los derechos humanos protegen las condiciones básicas para que las personas tengan una vida decente en la que puedan fijar y desarrollar sus propias metas, esto justifica el respeto de los derechos civiles y políticos pero también, dado que los derechos sociales también protegen intereses necesarios, demuestra que estos derechos tienen que ser respetados y que se les debe dar un estatus especial.

Los derechos civiles y políticos implican deberes negativos pero también deberes positivos. Por lo tanto, no puede argumentarse que los derechos civiles y políticos deban garantizarse porque son negativos mientras que respecto de los derechos sociales esto no puede hacerse, por ser positivos.

Un derecho civil indiscutido es el derecho a la seguridad física. Puede ser posible evitar violar este derecho simplemente absteniéndose -el estado o las personas- de actuar de alguno de los modos que implicarían violaciones. No obstante, entiendo, tal como Shue, que es imposible proteger el derecho a la seguridad física de ninguna persona si no se adoptan medidas positivas de varios tipos: se necesita, por lo menos, de fuerzas de seguridad, tribunales, establecimientos penitenciarios, escuelas de formación de agentes de seguridad, defensores públicos e impuestos que financien el enorme sistema de prevención, detección y castigo de las violaciones al derecho a la seguridad física (1996, p. 37).

Es cierto que los derechos sociales son derechos positivos pero también lo son los derechos relacionados con el acceso a la justicia y los derechos políticos. Si los derechos sociales no deben ser protegidos constitucionalmente por ser positivos, entonces estos últimos derechos mencionados, tampoco deberían.

Otro de los argumentos generalmente invocados para justificar la no justiciabilidad de los derechos económicos y sociales se refiere a que los derechos civiles y políticos, por generar sólo un deber de no interferencia, no entran en conflicto entre ellos, dado que todos pueden ser satisfechos al mismo tiempo, mientras que los derechos sociales, por asignarse a recursos escasos, necesariamente se enfrentan entre sí (Fabre, 1998, p. 264).

No obstante, los derechos negativos pueden entrar en conflicto con otros derechos tanto como los derechos positivos. La decisión acerca de la asignación de recursos para la protección del derecho a la libertad de expresión, por ejemplo, genera como consecuencia que esos recursos no se destinarán a la protección de, por ejemplo, las garantías del debido proceso. En realidad, tal como explica Shue, que un derecho resulte más costoso o más

complicado de satisfacer que otro depende de las dimensiones de las acciones que se necesite o se quiera adoptar y no de su característica de positivo o negativo (1996, p.39).

El argumento de que los derechos que requieren la asignación de bienes escasos no pueden ser nunca garantizados en su totalidad descansa en la creencia de que estos derechos dan fundamento a un deber de los estados de darle a quienes lo necesiten el estándar de servicios o la cantidad de recursos que satisfarían sus necesidades completamente. Los derechos sociales, aunque no imponen obligaciones tan rigurosas en el Estado –y al igual que los derechos civiles y políticos-, podrían generar conflictos. Sin perjuicio de que lo que se exige no es mucho, el Estado siempre tendrá que elegir si asignará sus recursos a educación, salud, vivienda o cualquier otra área. Sin embargo, el conflicto es, en realidad, menos profundo de lo que suele pensarse.

Tal como se pretende demostrar, estos derechos aseguran la provisión de recursos adecuada dado un determinado nivel de desarrollo y teniendo en cuenta otros gastos que no se pueden evitar y que son consustanciales con el funcionamiento de cualquier estado. Si se demuestra –judicialmente, por ejemplo- que el gobierno no tiene los recursos necesarios para satisfacer determinada necesidad entonces no puede existir una obligación del Estado ni un derecho social a estos recursos, siempre que se demuestre también, claro está, que se han adoptado todas las medidas posibles.

Dado que es fácticamente imposible que el Estado tenga suficientes recursos para satisfacer todos estos derechos, siempre deberá tomar decisiones que asignen recursos a algunos y a otros no. Esta asignación debe hacerse teniendo en cuenta que los derechos humanos buscan garantizar una provisión mínima de recursos que sea suficiente para que

las personas puedan tener una vida decente y desarrollar las metas que libremente se propongan.

Otra objeción a la exigibilidad de los derechos sociales, que ya se adelantó, tiene que ver con que, al darles el estatus de derechos constitucionales o legales, se hace necesario otorgar un remedio jurisdiccional en caso de violación. Se argumenta que el poder judicial tiene competencia y legitimidad política para resolver conflictos concernientes a intereses negativos protegidos por derechos negativos pero que carece de atribuciones cuando se trata de derechos positivos.

Este argumento se basa en que los jueces, para resolver estos conflictos, deben interferir con el diseño del presupuesto y asignar recursos escasos, funciones esencialmente políticas para las cuales carecen de la información necesaria, de los conocimientos técnicos y de la legitimidad política (Fabre, 1998, p. 276 y 281). Sin embargo, nuevamente, estas mismas objeciones pueden argumentarse respecto de los derechos civiles y políticos que también requieren para su implementación, de la decisión acerca de la asignación de recursos.

Aun cuando la determinación de prioridades en materia de asignación de recursos a cualquier tipo de derechos es un asunto puramente político respecto del cual los jueces no pueden opinar, lo que los jueces sí pueden hacer es controlar si el modo en el que estas prioridades se asignan es razonable y si se da cumplimiento a las exigencias básicas de cada uno de los derechos. Este examen es el que realizó la Corte Constitucional de Sudáfrica en el fallo “Grootboom” que se comentará más adelante.

La mayor dificultad de la judicialización de los reclamos en derechos sociales está relacionada con que los jueces deben resolver casos en los que todas las partes afectadas no se encuentran –ni podrían, de hecho, encontrarse- presentes (Fabre, 1998, p.282). Cuando un juez otorga un derecho a una prestación individual a una persona probablemente carezca de la información necesaria para saber a quién y en qué medida se está perjudicando con esta modificación en la asignación de recursos. Esto impide que los encargados de tomar la decisión puedan comparar la situación individual de cada uno de los eventuales afectados por la decisión y que éstos puedan hacerse oír por las autoridades.

Entonces, existe un límite para el poder judicial: los jueces no podrían adjudicar derechos sociales en el nivel individual. Sin embargo, sí estarían en condiciones de controlar, mediante sus decisiones que el gobierno tome “todas las medidas necesarias”.

4. El impacto presupuestario de los derechos positivos.

Retomando el análisis anterior, si bien las diferencias entre los derechos positivos y los negativos existen y son válidas, no resultan suficientes para negar la exigibilidad de los primeros con fundamento en que exigen la utilización de recursos. No obstante, por esa misma característica, su implementación debe hacerse prestando atención a otro tipo de factores. Por ejemplo, la judicialización de los casos individuales puede conducir a la creencia de que los derechos son exigibles de manera absoluta e incondicional. Como luego se explicará, esto puede dar lugar a consecuencias distributivas desfavorables.

Si, como se ha explicado, todos los derechos requieren de la utilización de recursos entonces todos los derechos implican costos. Por lo tanto, no se pueden ignorar los impactos presupuestarios a largo plazo de lo que se gasta en derechos. Este aspecto de los

derechos tiene mucha importancia dado que, como dice Sunstein, “si la preocupación por los costos públicos indirectos desempeña un papel tan importante en la restricción legislativa de lo que algunos consideran nuestras libertades básicas, es evidente que la teoría de los derechos no puede ignorarlos” (2012, p. 42). Esto es lo que se intentará desarrollar a continuación.

Afirmar que todos los derechos tienen un costo implica que las ramas políticas que extraen y reasignan recursos públicos afectan sustancialmente el valor, el alcance y la predictibilidad de nuestros derechos. También implica la necesidad de una toma de conciencia social acerca de que, a fin de adquirir o de conservar algo, es necesario reconocer que tenemos que renunciar a alguna otra cosa.

Además, todos los derechos son costosos porque todos presuponen una maquinaria eficaz de supervisión, pagada por los contribuyentes para monitorear y controlar su cumplimiento. La financiación de derechos básicos por medio de ingresos derivados de los impuestos nos ayuda a ver con claridad que los derechos son bienes públicos: servicios sociales financiados por los contribuyentes y administrados por el estado para mejorar el bienestar colectivo e individual.

Todos los derechos tienen un aspecto positivo. En realidad, estamos tan habituados a los impuestos y a los gastos que presupone un gobierno representativo que simplemente los consideramos como algo natural (Sunstein y Holmes, 2012, p. 137) pero esto no implica de ningún modo que no insuman gastos al gobierno, gastos que, en definitiva, deben ser subsidiados por la ciudadanía.

Por otra parte, en muchos casos, el derecho en cuestión ayuda a obtener bienes para muchos individuos, además de quienes lo están ejerciendo en ese momento. Por esa razón,

los derechos legales son subsidiados por impuestos que se recaudan entre la comunidad en general, no por las tasas pagadas exclusivamente por aquellos individuos que los ejercen en ese momento. Puesto que se trata de un arreglo institucional necesario y no accidental, la redistribución parece inevitable en el campo de la protección de los derechos.

5.¿Cuáles son los efectos distributivos que produce la judicialización de casos individuales?

Hasta aquí se trató de explicar porque los derechos económicos y sociales pueden y deben ser justiciables en un plano abstracto. Pero, a partir de esta sección, se desarrollarán algunas consideraciones a tener en cuenta en relación con la utilización de los recursos: puntualmente, el efecto que puede tener la judicialización de casos individuales como estrategia para garantizar los derechos sociales y, en particular, el derecho a la salud.

Me parece importante en este punto tomar como ejemplo la situación que se produce en la Argentina como consecuencia de una práctica que considera que los derechos sociales son absolutamente exigibles. El impacto presupuestario de los reclamos judiciales individuales por cobertura de tratamientos de fertilización asistida, basados en una violación al derecho humano a la salud, fue tan grande en las obras sociales y prestadores privados de servicios de salud que, tal como se explicó en el segundo capítulo, motivó la sanción de la ley 26.862 en el año 2013. En efecto, como reacción a la acumulación y la subsiguiente rutinización de los pedidos ante la falta de regulación federal de la cobertura de la fertilización *in vitro* se produjeron precedentes judiciales que definieron una especie de Programa Médico Obligatorio “judicial” (Bergallo, 2013, p.80).

Cabe aclarar que son varios los efectos que puede tener la acumulación de reclamos individuales sobre un tema en el que exista un vacío reglamentario. Así, podrían ejercer un impacto agregado sobre la política de salud a nivel micro, medio y macro (Bergallo, 2013, p.88). Por ejemplo, dado que, desde su creación, el Programa Médico Obligatorio adoleció de graves problemas de gestión vinculados con los procedimientos para definir sus estándares de cobertura y el control del cumplimiento por parte de las aseguradoras, la concentración de juicios relacionados con deficiencias de este programa podría haber tenido efectos en su diseño y control.

Sin perjuicio de ello, en este caso, la litigación por falta de cobertura de las Técnicas de Fertilización Humana Asistida dio como resultado la sanción de una ley que, por su contenido, representa una reforma parcial al Programa Médico Obligatorio⁷. Por tratarse de tratamientos altamente costosos que deben ser afrontados tanto por las aseguradoras privadas como por el sector de salud con los recursos ya existentes, estas reformas asistémicas pueden provocar efectos no deseados en la distribución de recursos.

Recordemos que los estados, a fin de dar cumplimiento al derecho humano básico a la salud, tienen la obligación especial de proporcionar seguro médico y los centros de atención de salud necesarios a quienes carezcan de medios suficientes, y, en este cometido, impedir toda discriminación basada en motivos internacionalmente prohibidos, particularmente, en lo que respecta a las obligaciones fundamentales del derecho a la salud.

Una asignación inadecuada de recursos para la salud puede dar lugar a una discriminación que tal vez no sea manifiesta o intencionada. Por ejemplo, las inversiones

⁷ El Programa Médico Obligatorio (PMO) es una canasta básica de prestaciones a través de la cual los beneficiarios tienen derecho a recibir prestaciones médico -asistenciales.

no deben favorecer desproporcionadamente a los servicios curativos caros que suelen ser accesibles únicamente a una pequeña fracción privilegiada de la población, en detrimento de la atención primaria y preventiva de salud que beneficia a una porción más grande (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 2000).

Recordemos también que el Comité, en la observación general acerca del derecho a la salud a la cual me referí antes, ha puntualizado que un modo en que los estados incurren en violaciones de las obligaciones de cumplir este derecho se produce cuando no adoptan todas las medidas necesarias para dar efectividad al derecho; entre ellas, la no adopción o aplicación de una política nacional de salud con miras a garantizar el derecho a la salud de todos, los gastos insuficientes o la asignación inadecuada de recursos públicos que impiden el disfrute del derecho a la salud por los particulares o grupos, en especial, las personas vulnerables o marginadas (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 2000).

La estrategia nacional en materia de salud debe tener en cuenta los recursos disponibles para alcanzar los objetivos fijados, así como el modo más rentable de utilizar esos recursos. También es necesario evaluar la posible exacerbación de desigualdades que podría resultar de la ley 26.862 en relación con los demás pacientes de una aseguradora de atención de la salud.

En ciertos casos, la incorporación de los técnicas de fertilización humana asistida en el Plan Médico Obligatorio puede tener efectos distorsionados en sentido regresivo entre las personas carenciadas, en especial, los/las pacientes más pobres o atendidos/as por las aseguradoras sociales con mayor sobrecarga de afiliados. Esta situación puede generarse por las nuevas cargas presupuestarias adicionales impuestas a las obras sociales que ya

carecían de la capacidad requerida para dar respuesta a las demandas de cobertura del Programa Médico Obligatorio.

Corresponde destacar lo explicado por Bergallo respecto al significativo hecho de que ni en la elaboración del Programa Médico Obligatorio original ni en sus reformas subsiguientes en el ámbito legislativo o ejecutivo – como la sanción de la ley en cuestión – se llevó a cabo un análisis de costos ni se solicitó una evaluación tecnológica de los servicios para los que se disponía cobertura obligatoria; tampoco se evaluó la relación entre beneficios para la salud, necesidades sanitarias de la población cubierta e ingresos y recursos de cada uno de los agentes de seguro de salud en el subsector (2013, p.90).

La sanción de la ley era, sin dudas, necesaria, pero lo correcto, tal vez hubiera sido establecer procedimientos para evaluar en qué casos podía exigirse la cobertura de estos tratamientos. Entonces, los jueces, al resolver reclamos de cobertura de Técnicas de Reproducción Humana Asistida, deberán adoptar una interpretación más restrictiva del derecho a la salud, reconocer la limitación de recursos y la necesidad de establecer prioridades. En este sentido, pienso que la justicia debe observar si el programa de salud implementado mediante la sanción de la ley tiene como meta reducir las desigualdades que aquejan al país en materia de salud o si, por el contrario, existe el riesgo de aumentarlas.

6.El examen judicial de la razonabilidad de las medidas: Fallos “Grootboom” y “Soobramooney” de la Corte Constitucional de Sudáfrica.

Esta estrategia fue adoptada por la Corte Constitucional de Sudáfrica en el caso “Grootboom” y por tal motivo me parece importante comentarlo. Además, representa un punto intermedio entre la postura que considera que los derechos económicos y sociales

son derechos absolutos que deben ser satisfechos por el Estado cada vez que se requiera y aquélla que los supone inexigibles judicialmente, por las dificultades antes explicadas.

Lo interesante de esta decisión, además, es que resulta respetuosa de las prerrogativas democráticas y de la naturaleza limitada de los recursos estatales requiriendo, al mismo tiempo, que se preste atención a aquéllos cuyas necesidades básicas se encuentran insatisfechas.

Luego, se examinará la interpretación de este principio realizada por el Tribunal Constitucional de Sudáfrica en un caso referente al contenido del derecho a la salud. La pertinencia de esta decisión judicial para el presente estudio se encuentra en la similitud que presenta el sección 27 de la Constitución de Sudáfrica con el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales – que resulta de aplicación en nuestro país por su incorporación a la Constitución Nacional en el artículo 75, inciso 22. Por otra parte, la Corte Constitucional Sudafricana es globalmente reconocida por su labor significativa y vanguardista en la protección de los derechos fundamentales.

6.1.El fallo “Grootboom”

6.1.1. Antecedentes del caso

La Corte Constitucional de Sudáfrica resolvió el caso “Grootboom” ("South Africa v. Grootboom", 2000) en un contexto de grave crisis habitacional que encontraba su origen en el apartheid. Una característica principal de esta política consistía en controlar el establecimiento de población de origen africano en áreas urbanas lo que determinó que, en

los años 60, se detuviera totalmente el otorgamiento de viviendas a estas personas en las ciudades.

Sin embargo, el debilitamiento sistemático de las condiciones de vida en las zonas rurales motivó el desplazamiento de gran cantidad de población hacia las ciudades en busca de trabajo. Dada la ausencia de viviendas formales disponibles, muchas personas se instalaron en asentamientos informales u ocuparon tierras de propiedad privada, lo que motivó frecuentes desalojos forzosos y maltrato por parte de las autoridades durante muchos años.

La demandada, Irene Grootboom, vivía con su familia en un asentamiento llamado Wallacedene, donde las condiciones de vida eran lamentables; la mitad de la población de este asentamiento, por otra parte, estaba compuesta por niños. Grootboom, luego de intentar infructuosamente ser beneficiada con algún subsidio para la vivienda, se instaló junto a su familia, en tierras de propiedad privada que habían sido marcadas para desarrollar un proyecto de viviendas de bajo costo; este lugar recibió el nombre de *New Rust*.

El propietario de estas tierras obtuvo una orden de desalojo que no fue cumplida por la demandada así como tampoco por el resto de los ocupantes. Grootboom argumentó que no tenían otro lugar adonde ir toda vez que los espacios que habían ocupado en Wallacedene anteriormente habían sido ya tomados por otras personas.

Solicitada una nueva orden de desalojo, el juez la otorgó y requirió al gobierno del estado donde se encontraba la parcela en cuestión que identificara tierras alternativas en

donde pudieran establecerse. Esto nunca sucedió y Grootboom fue desalojada por la fuerza un día antes de lo ordenado y todas sus pertenencias fueron destruidas.

La demandada se estableció, entonces, en un campo deportivo dentro de Wallacedene, en condiciones muy precarias, y demandó protección del Estado por entender que se había violado su derecho a la vivienda, garantizado por la Sección 26 de la Constitución de la República de Sudáfrica⁸, y el derecho de los niños a recibir protección, previsto en la Sección 28⁹ de ese instrumento.

En primera instancia, el Tribunal resolvió que el derecho a la vivienda contenido en la Sección 26 no había sido violado en atención a que el Estado, frente a la acuciante falta de viviendas y la escasez de recursos, había diseñado un programa para realizar progresivamente este derecho. Del mismo modo, entendió que el derecho constitucional a la vivienda no incluía el derecho a recibir un alojamiento temporario por parte del Estado hasta tanto pudiera accederse a la vivienda definitiva.

Sin embargo, este Tribunal sí entendió que los niños debían recibir protección por parte del Estado de manera inmediata y que debía reconocerse su derecho a permanecer junto a sus padres por lo que se debía otorgar alojamiento provisorio a todos los niños y a

⁸“Sección 26:

1. Todas las personas tienen derecho a acceder a una vivienda adecuada.
2. El estado debe adoptar medidas legislativas y de otros tipos que sean razonables, en la medida de los recursos disponibles, para lograr la progresiva realización de este derecho.
3. Nadie podrá ser desalojado de su vivienda, ni podrá ser ésta demolida, sin una orden de un juez que haya considerado todas las circunstancias relevantes. Ninguna legislación podrá permitir desalojos ilegales.”

⁹“Sección 28:

1. Todos los niños tienen derecho a:
(...)
c. una nutrición básica, alojamiento, servicios sanitarios básicos y servicios sociales”.

sus padres, hasta que estos últimos pudieran darles una vivienda, reconociendo que eran los padres los primeros obligados a brindar protección a sus hijos.

6.1.2. Decisión de la Corte Constitucional

En este punto, el caso es llevado por el Estado Sudafricano ante la Corte Constitucional. En primer lugar, el Tribunal consideró que la interpretación del derecho contenido en la Sección 26 debía ser realizada teniendo en cuenta el contexto constitucional –esto es, entendiendo la interrelación existente entre todos los derechos económicos y sociales y a, a su vez, con el resto de los derechos- y el contexto histórico y social –comprendiendo que la causa de la desigualdad existente se encontraba en las características del régimen anterior.

Luego, en atención a las similitudes en el texto, tomó la interpretación realizada por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales del artículo del Pacto que contiene el derecho a la vivienda, destacando que a diferencia del Pacto que garantiza el derecho a una vivienda adecuada, la Constitución de Sudáfrica garantiza un derecho a “acceder” a una vivienda adecuada. Además, el Pacto obliga a los Estados a dar pasos apropiados mientras que la Constitución requiere la adopción de medidas legislativas y de otro tipo que sean “razonables”.

Respecto de la obligación de garantizar un nivel mínimo de satisfacción del derecho, que es entendida por el Comité como una obligación de cumplimiento inmediato, la Corte sostuvo que no contaba con la información necesaria para determinar cuál era el contenido de la obligación mínima en el caso concreto.

La Corte opinó que la primera cuestión a dilucidar era en qué consistía el derecho a acceder a una vivienda adecuada (Sección 26, 1). Luego de un pormenorizado análisis, concluyó que este derecho incluía muchas más cosas que una casa de material; incluía, también, el acceso a la tierra apropiada, servicios sanitarios adecuados y el financiamiento para acceder a ellos.

Es interesante el modo en que la Corte explicó que no sólo el Estado se encuentra obligado a proveer viviendas sino que también otros agentes, incluidos los particulares, deben encontrarse habilitados por la legislación para ello. El Estado debe crear las condiciones necesarias para garantizar el acceso a la vivienda a las personas de todos los niveles económicos lo que significa, respecto de las personas que pueden pagarla, la sanción de leyes de planeamiento, el acceso al financiamiento para la construcción y la garantía de que el mercado funcionará sin alteraciones monopólicas.

El aspecto más relevante de esta decisión consiste en la manera en la que la Corte evaluó si el Estado violó el derecho a la vivienda de Grootboom basándolo en el examen de la razonabilidad de la legislación y las políticas públicas aplicables al caso. Esto, tal como dice Sunstein, responde más a un modo de razonar propio del control judicial de los actos administrativos que del derecho constitucional y constituye un aporte de extraordinaria importancia a la discusión acerca de la justiciabilidad de los derechos económicos y sociales (2001, p. 234).

Lo que una Corte debe determinar, al examinar un caso que involucra derechos sociales, es si se realizó una evaluación razonada de la situación y si la determinación de las prioridades fue razonable. En “Grootboom”, se trata de decidir si el programa nacional

de viviendas es lo suficientemente flexible para responder a las necesidades desesperadas de los que no tienen un hogar y si puede brindar auxilio inmediato o a corto plazo a estos requerimientos.

El Tribunal determinó que si bien el plan nacional de viviendas cumplía razonablemente con la obligación de garantizar el acceso a la vivienda no brindaba respuestas para aquellas personas que se encontraban en grave situación de desprotección. En estos casos, era obligación del Estado brindar alivio temporario a la carencia de vivienda adjudicando los recursos necesarios para ello. De todos modos, la Corte aclaró que el modo preciso en el que los recursos se utilizasen era una competencia exclusiva del Poder Ejecutivo.

Respecto de la situación de los niños, la Corte entendió que su derecho a la vivienda tenía el mismo alcance que el de los adultos; la diferencia en el tratamiento se daba solamente cuando los niños no se encontraban bajo el cuidado de ningún mayor: en esos casos, los niños debían recibir protección inmediata del Estado. Resolver de otro modo, implicaría que aquéllos que tuvieran hijos se encontrarían en una mejor situación respecto del acceso a la vivienda, lo que la Corte encontró inaceptable.

Más allá de reconocer la falencia del plan de vivienda en el punto referido a los alojamientos temporarios para las situaciones más graves, la Corte reconoció que el Estado no estaba obligado a ir más allá de los recursos disponibles y, más importante aún, que no existía ningún derecho a recibir una vivienda del Estado por pedido, en caso de carecer de una. Este derecho se veía satisfecho con la implementación de un plan de acceso a la

vivienda razonable y coherente que incluyera algún tipo de programa de acción en caso de emergencias.

6.2. El fallo “Soobramoney”.

Ahora examinemos los aportes realizados a la cuestión por la Corte Constitucional de Sudáfrica en un caso en el que se discutía si el Estado debía financiar un costoso tratamiento para prolongar la vida de un paciente terminal en el que brindó valiosas precisiones que aportan a la cuestión.

En el fallo “Soobramoney v. Minister of Health”, adoptado el 27 de noviembre de 1997, el Tribunal, para fundamentar su decisión de no otorgar al demandante la prestación solicitada, expresó una serie de principios que resultan útiles para interpretar cuál debe ser la extensión de las prestaciones públicas de salud en un contexto de escasez de recursos.

6.2.1 Antecedentes del caso

Soobramoney, un hombre de cuarenta y un años que padecía de diabetes, presentaba insuficiencia renal severa e irreversible. Su vida solamente podía ser prolongada por medio de un tratamiento de diálisis regular.

Por padecer, además, de enfermedad cardíaca y cerebro-vascular, el hospital en el que se atendía decidió no darle ese tratamiento debido a que no reunía las condiciones que lo habrían hecho elegible para el programa de diálisis, el cual debía ser limitado a un pequeño número de pacientes, dados los recursos existentes. El hospital argumentó que serían necesarios más aparatos de diálisis y más personal médico para poder satisfacer esta

demanda pero que esto no era posible por la restricción presupuestaria y que, frente a esto, el hospital había solicitado que se le otorgaran más recursos, lo que fue denegado.

Soobramoney costó su tratamiento de diálisis en instituciones médicas privadas durante un tiempo pero luego, por encontrarse desempleado, reclamó al Estado la cobertura de su tratamiento alegando no poder costearlo por sus medios y que su denegatoria constituía una violación a su derecho a recibir atención médica, de rango constitucional. Fundó su derecho en la Sección 11 de la Constitución de la República Sudafricana, que garantiza el derecho a la vida, y en la Sección 27 (3) que establece que no puede negarse a nadie un tratamiento médico de emergencia.

6.2.2. Decisión de la Corte Constitucional.

La Corte entendió que si se incluía el caso de Soobramoney en las prestaciones médicas obligatorias esto tornaría sustancialmente más difícil el cumplimiento de las obligaciones primarias del Estado de proveer servicios de atención médica a “todos” de acuerdo con los recursos disponibles. Como consecuencia, se priorizarían los tratamientos de enfermedades terminales sobre otras formas de tratamiento médico y se reducirían los recursos del Estado para hacer frente a otras obligaciones -como la de prestar cuidados médicos preventivos y tratamientos médicos para personas que sufren de otras enfermedades que no ponen en riesgo su vida (Corte Constitucional Sudafricana: “Thiagraj Soobramoney v Minister of Health, KwaZulu-Natal”, 1997, considerando 19).

Si todas las personas que se encontraran en la misma situación que el demandante debieran ser admitidas en el programa de diálisis, éste colapsaría y ninguna persona podría

beneficiarse con él. El Tribunal introdujo, así, el principio de que el caso debe ser examinado en el “contexto de las necesidades” que el sistema de salud debe afrontar, dado que si el tratamiento fuera otorgado al demandante debería también ser prestado a todas las personas que se encuentren en una situación similar. Si, además, esta misma cobertura debiera ser aplicada a todos los pacientes que reclamasen acceso a tratamientos médicos o drogas caras, el presupuesto de salud tendría que ser aumentado dramáticamente perjudicando, de este modo, otros requerimientos que el Estado debe atender.

La Corte también sostuvo que es competencia de la rama ejecutiva tomar las difíciles decisiones acerca de cómo el limitado presupuesto debe ser asignado de manera tal que se logre el mayor beneficio para el mayor número de pacientes. Esas decisiones no pueden ser tomadas por la Corte que carece de la información necesaria y cuyos procedimientos son esencialmente lentos. Además, el Tribunal advirtió el riesgo de que, al ordenar la utilización de recursos para un caso particular, se estuvieran negando esos recursos a otros pacientes que pudieran aprovecharlos más eficientemente.

7. Conclusión

Entonces, y tal como los datos sugieren, las características del sistema judicial no son las más adecuadas para dar solución a las desigualdades de gestión estructurales en materia de políticas de salud. Ello, sumado a los efectos agregados que puede tener la acumulación de casos, puede, en última instancia, reforzar las desigualdades.

Aparte de los reclamos de prestaciones médicas existen otras personas que reclaman acceso a la vivienda, comida, agua, trabajo y seguridad social. El Estado debe

administrar sus recursos limitados a fin de enfrentar todas esas demandas. En ocasiones, esto requerirá un enfoque holístico que tenga en cuenta las necesidades de la sociedad en su conjunto en vez de concentrarse en las necesidades de individuos específicos dentro de ella.

Para concluir, entonces, dado que el derecho a recibir prestaciones básicas de salud implica para el Estado la obligación de brindar servicios sanitarios básicos y, además, de garantizar los determinantes sociales de la salud, los recursos económicos disponibles son un aspecto crucial a tener en cuenta al momento de decidir, al interior de los estados, cuáles son las medidas más adecuadas para dar cumplimiento a la obligación internacional. Esta característica debe ser considerada por todos los órganos del estado que tengan que tomar decisiones al respecto, para evitar consecuencias distributivas indeseadas.

A fin de evitar estos problemas, es conveniente que los jueces no adjudiquen derechos sociales a nivel individual pero sí que controlen la adopción por parte de los órganos de gobierno de “todas las medidas necesarias” a las que hace referencia el Pacto y que se destinen “todos los recursos disponibles” a fin de lograr la protección progresiva del derecho a la salud, que incluya las prestaciones exigibles por consideraciones de justicia social, como la cobertura de los tratamientos de fertilización asistida.

La intervención activa del Poder Judicial en casos de adjudicación de derechos sociales es deseable en ciertas ocasiones y de modos específicos y justificados. Uno de ellos es el caso del escrutinio estricto en los casos de discriminación basada en categorías prohibidas. La obligación de garantizar los derechos sin discriminación debe ser de cumplimiento inmediato para los estados y entiendo que, se trate de un prestación relativa al derecho humano a la salud o a derechos legales derivados de consideraciones de justicia,

corresponde a los jueces exigir al estado que demuestre que la discriminación efectuada se basa en un interés imperativo y que los medios elegidos son los menos restrictivos para realizar ese interés.

Por otra parte, si bien no puede interpretarse que exista un derecho legal a recibir cobertura estatal de un tratamiento de fertilización asistida “por pedido”, en los casos en que dicha demanda tenga origen en esterilidad o infertilidad biológicas, por verse comprometida la efectividad del derecho humano a la salud, el examen de razonabilidad de las normas involucradas (leyes, decretos o reglamentos administrativos de las obras sociales) debe ser mucho más exigente. De este modo, además, el poder judicial tiene la posibilidad de suministrar, mediante sus decisiones, criterios respecto de las exigencias básicas del derecho humano a la salud a los encargados de diseñar las políticas públicas¹⁰ o llamar la atención a problemas estructurales de diseño institucional que los políticos se rehúsen a considerar¹¹.

Finalmente, en los casos en que la demanda no se origine en una violación al derecho humano a la salud –por ejemplo, por denegación de cobertura a personas que se ven impedidas de tener hijos relacionados genéticamente por las decisiones que adoptaron en ejercicio de su agencia normativa- los jueces deben tener presente el concepto de “contexto de las necesidades” que el sistema de salud debe afrontar dado que si el tratamiento requerido fuera otorgado también debería prestarse a todas las personas que se encuentren en situación similar provocando importantes consecuencias en el plano

¹⁰ Esta estrategia, aunque en relación al derecho a la seguridad social, fue adoptada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Badaro”.

¹¹ Estrategia adoptada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo “Mendoza” relativo al derecho a la salud y el medio ambiente.

presupuestario. En estos casos, los jueces podrían disponer la intervención en el proceso de los grupos o personas eventualmente afectados en audiencias públicas.

En sus decisiones en estos casos, los jueces deben considerar especialmente que La obligación de garantizar el derecho a la salud derivado de consideraciones de justicia no puede ser exigible al estado de manera absoluta e incondicionada ni puede, en nombre de este derecho, disponerse la cobertura ilimitada de tratamientos costosos sin generar consecuencias distributivas desfavorables.

CONCLUSIONES

La presente tesis tuvo como objetivo determinar si existe un derecho humano a la salud y si su extensión es tal que permite considerar incluidas, dentro de las prestaciones obligatorias a cargo del estado, a tratamientos de alta complejidad, como las Técnicas de Reproducción Humana Asistida. Ello con el fin de establecer ciertos lineamientos respecto del accionar de los jueces en los casos en los que tengan que decidir sobre reclamos de cobertura en esta materia.

Para demostrar esto, en primer lugar, se realizó un estudio de distintas concepciones de los derechos humanos. Así, pude observar que los derechos humanos pueden ser justificados siguiendo variados razonamientos: podemos fundamentar su existencia en la satisfacción de necesidades básicas de las personas, en el principio según el cual las personas deben ser tratadas como seres humanos dotados de dignidad o en el reconocimiento de intereses que pueden ser reconocidos como importantes intersubjetivamente, entre otros. En todos los casos, los derechos humanos protegen las condiciones mínimas para que los seres humanos puedan funcionar como agentes normativos capaces de definir sus propios planes de vida.

De este análisis, concluí que los seres humanos requieren para vivir una vida decente en la que puedan fijar sus metas y desarrollarlas de la provisión mínima de recursos y que, por lo tanto, los derechos humanos pueden ser concebidos como obligaciones a cargo del estado para dar satisfacción a esas necesidades. También pude advertir que, como el derecho humano a la salud viene a dar satisfacción a necesidades de las personas, puede

afirmarse sin dudas su inclusión dentro del catálogo de los derechos humanos que deben ser garantizados por los estados.

Pude comprobar también que, independientemente de la concepción que se adopte, los derechos humanos requieren solamente una provisión mínima de recursos y que en ningún caso implican la posibilidad de ser ejercidos de manera absoluta en contra del estado. Esto no quiere decir que no existan otras consideraciones distintas a los derechos humanos, como consideraciones referidas a la justicia social, que aconsejen la creación de otros derechos o la ampliación de las prestaciones.

Estas consideraciones fueron las que dieron lugar a la sanción en nuestro país, en el año 2013, de la ley de fertilización humana asistida. Dicha ley, que vino a llenar el vacío legal existente hasta ese entonces en la materia, constituye un importante avance en la protección de los derechos individuales de los usuarios del sistema de salud que requieran estas técnicas por cuanto establece un marco regulatorio de fundamental importancia para evitar abusos y situaciones discriminatorias.

Sin embargo, pude advertir que esta ley falla en cuanto a que ignora el importante aspecto de que todos los derechos implican costos. Esto aplica a los derechos tradicionalmente considerados positivos y también a los negativos pero tiene una importancia significativa en el campo de los derechos sociales en el cual una asignación inequitativa de recursos puede dar lugar a situaciones discriminatorias.

La conclusión a la que arribé en este punto es que, si bien la diferencia entre derechos positivos y negativos es válida conceptualmente, no tiene consecuencias significativas, dado que los derechos positivos también requieren la asignación de recursos. Sin embargo, ante la necesidad de asignar recursos escasos el legislador debió haber

priorizado las demandas de aquellas personas que requieren la cobertura de un tratamiento de fertilización asistida por encontrarse impedidos de concebir por razones médicas.

La cobertura de las técnicas de reproducción humana asistida debe ser accesible a las personas con problemas de esterilidad o infertilidad y debe incluir solamente un número determinado de tratamientos. Esta reglamentación es respetuosa del derecho humano a la salud entendido como derecho a acceder a las prestaciones básicas para el funcionamiento como seres humanos capaces de desarrollar su propio plan de vida y del desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales.

También pude arribar a la conclusión de que esta afirmación no implica discriminación respecto de las parejas integradas por personas del mismo sexo o por mujeres solas que deseen utilizar estas técnicas para tener hijos relacionados genéticamente. La discriminación arbitraria se daría en el caso en el que se denegara la cobertura de los tratamientos de fertilización asistida por motivos relacionados con el género o el estado civil a personas que reúnan los criterios médicos para acceder o en el caso en que no se permita, invocando estos motivos, la realización de los tratamientos.

En este punto, advertí que las personas con preferencias sexuales homosexuales o aquellos que postergaron el momento de su paternidad/maternidad tienen dificultades para tener hijos relacionados biológicamente como consecuencia de sus elecciones personales por las que deben asumir responsabilidad en razón de su agencia normativa. Y que si bien esto puede parecer injusto desde el punto de vista de la justicia, no afecta sus posibilidades de vivir una vida decente.

Además, a partir del estudio comparativo realizado con otros ordenamientos jurídicos puede constatar otros modos de legislar en la materia que no establecen la

cobertura integral de los tratamientos ni consideran que las prestaciones que se regulan o crean forman parte del derecho a la salud que permiten una aplicación más flexible de sus disposiciones.

Equiparar dentro de una misma categoría de derechos a prestaciones de distinta naturaleza genera un importante desafío para el poder judicial. Al estudiar las consecuencias de la judicialización de casos individuales por reclamos de cobertura de técnicas de reproducción humana asistida en nuestro país, vimos como la consideración de estas prestaciones como integrantes de un derecho humano a la salud absoluto y exigible en cualquier circunstancia produce consecuencias distributivas desfavorables al trasladar recursos destinados al área salud hacia los estratos sociales más pudientes que son los que, en general, buscan acceder a estos tratamientos.

Se sugiere entonces que los jueces al resolver casos referidos a reclamos de cobertura por tratamientos de reproducción humana asistida evalúen si el Estado está violando el derecho humano a la salud de los reclamantes, con las precisiones efectuadas antes, o si solamente se está negando un servicio creado por una ley pero que no tiene el rango de derecho humano. En estos casos, la decisión deberá basarse en el examen de la razonabilidad de la legislación y las políticas públicas aplicables al caso.

La prudencia que se exige al poder judicial en las decisiones referidas a asignaciones de recursos encuentra su fundamento en el argumento de que los jueces, para resolver estos conflictos, deben interferir con el diseño del presupuesto y asignar recursos escasos, funciones esencialmente políticas para las cuales carecen de la información necesaria, de los conocimientos técnicos y de la legitimidad política.

Mi conclusión final es que si demuestra judicialmente que el gobierno no tiene los recursos necesarios para satisfacer determinada prestación entonces no puede existir una obligación del Estado ni un derecho social a estos recursos, siempre que se demuestre también, claro está, que se han adoptado todas las medidas posibles, de conformidad con los criterios esbozados por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su Observación General Nro. 3. Será útil, además de la aplicación del principio de razonabilidad, la utilización de principios interpretativos más novedosos como, el escrutinio estricto en los casos en que se efectúen discriminaciones basadas en categorías sospechosas, la participación de los potenciales afectados en los procesos y el principio de que los casos en los que se discuta la extensión del derecho a la salud deben ser examinados en el “contexto de las necesidades” que el sistema de salud debe afrontar, evaluando que si los tratamientos fuera otorgados a todas las personas que se encuentren en una situación similar, el presupuesto de salud tendría que ser aumentado dramáticamente perjudicando, de este modo, otros requerimientos que el Estado debe atender.

REFERENCIAS

- Asamblea General de las Naciones Unidas, Res. 217 A (III). *Declaración Universal de los Derechos Humanos*. UN Doc. A/810 at 71, 10 de diciembre de 1948.
- Beitz, C. (2009). *The idea of human rights*. Oxford: Oxford University Press.
- Bergallo, P. (2013). Argentina: los tribunales y el derecho a la salud. ¿Se logra justicia a pesar de la “rutinización” de los reclamos individuales de cobertura? En A. Yamin y S. Gloppen (Coord.), *La lucha por los derechos de la salud. ¿Puede la justicia ser una herramienta de cambio?* Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores.
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. (1990) *Observación general 3, La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*, U.N. Doc. E/1991/23.
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. (2000). *Observación general 14, El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*, U.N. Doc. E/C.12/2000/4.
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (2015) *Observaciones finales sobre el cuarto informe periódico del Paraguay*, U.N. Doc. E/C.12/PRY/CO/4.
- Constitutional Court of South Africa. “Thiagraj Soobramoney v Minister of Health, KwaZulu-Natal”, sentencia del 27 de noviembre de 1997 [1997] ZACC 17, 1998 (1) SA 765 (CC), 1997 (12) BCLR 1696 (CC), disponible en <http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/1997/17.html>.

Constitutional Court of South Africa. “Government of the Republic of South Africa and Others v Grootboom and Others”, sentencia del 4 de octubre de 2000 (CCT11/00) [2000] ZACC 19; 2001 (1) SA 46; 2000 (11) BCLR 1169, disponible en <http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/2000/19.html>.

Conferencia especializada interamericana sobre derechos humanos (B-32). *Convención interamericana sobre derechos humanos*, adoptada el 22 de noviembre de 1969 en San José, Costa Rica.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. “Caso Gelman vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones”, sentencia del 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221, disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_221_esp1.pdf.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Caso Albán Cornejo y otros vs. Ecuador. Fondo, reparaciones y costas”, sentencia del 22 de noviembre de 2007, serie 171, disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_171_esp.pdf.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. “Caso Artavia Murillo (fecundación *in vitro*) y otros vs. Costa Rica. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas”, sentencia del 28 de noviembre de 2012, serie 257, disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf.

Corte Suprema de Justicia de la Nación. “Badaro, Adolfo Valentín c/ ANSeS s/ reajustes varios”. Fallos: 329:3089.

Corte Suprema de Justicia de la Nación. “Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ estado nacional y otros s/daños y perjuicios”. Fallos: 331:1622.

Decreto argentino No. 956/2013. *Reglamentación de la ley 26.682 del 23/7/2013*.

Decreto uruguayo 84/015. Reglamentación de la ley 19.167 relativa a las técnicas de reproducción humana asistida del 9/3/2013 disponible en <http://www.impo.com.uy/bases/decretos/84-2015>.

Dworkin, R. (2011) *Justice for Hedgehogs*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press.

España, Mutuality general de los funcionarios civiles del estado.(2007). *Guía de recomendaciones de reproducción humana asistida*. Madrid: P. Peregrín, A. Cabero Roura, F. Castro Pita, B. Hurtado de Mendoza, J. López Gálvez et al. disponible en <https://www.asisa.es/mutualidad-de-seguros/conciertos>.

España, Servicio Andaluz de Salud. (2006). *Guía de reproducción humana asistida en el servicio andaluz de salud. Revisión 2006*. Sevilla: Servicio Andaluz de Salud disponible en http://www.hvn.es/enfermeria/ficheros/guia_rha_sa06_resolucion2006.pdf.

Fabre, C. (1998). Constitutionalising social rights. *The Journal of Political Philosophy*, volume 6, number 3, 263-284.

Griffin, J. (2008). *On human rights*. Oxford: Oxford University Press

Instituto Interamericano de Derechos Humanos. (2008) *Reproducción asistida, género y derecho humanos en América Latina*, San José, C.R.: IIDH disponible en <http://bioetica.flacso.org.ar/img/pdf/Florencia-Luna-Reproduccion-asistida.pdf>.

Ley argentina No. 26.862 de acceso integral a los procedimientos y técnicas médico asistenciales de reproducción médicamente asistida, B.O. del 26/6/2013.

Ley argentina No. 26.618 de modificación del Código Civil, B.O. del 22/7/2010.

Ley española No. 14/2006 sobre técnicas de reproducción humana asistida, del 26 de mayo de 2006, disponible en <http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2006-9292>.

Ley uruguaya No. 19.167 de técnicas de reproducción humana asistida, D.O. 29/11/2013-Nº28854, disponible en <http://www.parlamento.gub.uy/leyes/ AccesoTextoLey.asp? Ley=19167&Anchor>.

Miller, D (2007). *National responsibility and global justice*. Oxford: Oxford University Press.

Novena conferencia internacional americana. *Declaración americana de los deberes y derechos del hombre*, adoptada el 30 de abril de 1948 en Bogotá, Colombia.

Organización de las Naciones Unidas. (1966). Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado el 16 de diciembre de 1996, *United Nations, Treaty Series*, vol. 993, p. 3

Organización de los estados americanos. (1988). *Protocolo adicional a la convención americana sobre derechos humanos en materia de derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales -Protocolo de San Salvador-*, adoptado en San Salvador, El Salvador, el 17 de noviembre de 1988, en el decimoctavo período ordinario de sesiones de la Asamblea General.

Organización Mundial de la Salud. (2006) *Constitución de la Organización Mundial de la Salud*. Documentos básicos, suplemento de la 45a edición, octubre de 2006, disponible en http://www.who.int/governance/eb/who_constitution_sp.pdf.

- Organización Mundial de la Salud. (2009). *62ª Asamblea Mundial de la Salud. Resoluciones y decisiones. Anexos.* disponible en http://apps.who.int/gb/ebwha/pdf_files/WHA62-REC1/A62_REC1-sp.pdf.
- Organización Mundial de la Salud. (2010). *Glosario de terminología en Técnicas de Reproducción Asistida (TRA). Versión revisada y preparada por el International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology (ICMART) y la Organización Mundial de la Salud (OMS).* Traducido y Publicado por la Red Latinoamericana de Reproducción Asistida disponible en http://www.who.int/reproductivehealth/publications/infertility/art_terminology_es.pdf?ua=1.
- Organización Panamericana de la Salud. (2007). *Salud en las Américas 2007, Volumen I, Regional.* Washington DC: Organización Panamericana de la Salud.
- Shue, H. (1996). *Basic rights: subsistence, affluence, and U.S. foreign policy.* Princeton: Princeton University Press
- Sunstein, C. (2001). *Designing democracy. What constitutions do.* Oxford: Oxford University Press.
- Sunstein, C. & Holmes, S. (2012). *El costo de los derechos.* Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores.
- Vidiella, G. (2000). *El derecho a la salud.* Buenos Aires: Eudeba

CURRICULUM VITAE

YAMILA VANESA RODRIGUEZ

Datos personales

DNI: 29.952.859

Fecha de nacimiento: 11 de diciembre de 1982

Nacionalidad: argentina

Estado civil: soltera

Domicilio: Darregueyra 2008, 1º, 3, ciudad de Buenos Aires

Teléfono: 011-2059-6926

15-6601-5888

Correo electrónico: yamila.rodriguez@pjn.gov.ar

Idiomas

- Inglés: escrito y oral, nivel avanzado
2000- First Certificate in English
2007- Ciclo de Especialización. Centro Universitario de Idiomas
- Francés: escrito y oral, nivel avanzado.

Datos académicos

1) Educación:

- 2015 46ª Sesión anual de estudio en derecho internacional y comparado de los derechos humanos. Instituto Internacional de Derechos Humanos, Estrasburgo, Francia. Certificado de éxito.
- 2011- 2013 Maestría en Derecho Constitucional y Derechos Humanos de la Universidad de Palermo. Tesis pendiente.
- 2009-2011 Posgrado en Derecho Constitucional y Derechos Humanos de la Universidad de Palermo.
- 2001- 2007 Abogada. Orientación en Derecho Penal
Facultad de derecho-Universidad de Buenos Aires.
(*Diploma de Honor*)
- 1996- 2000 Bachiller con Orientación Docente
“Instituto Hijas de Nuestra Señora de la Misericordia”

2) Congresos, cursos y seminarios:

- Jornada de debate sobre el Nuevo Código Procesal Penal de la Nación realizada el 18 de junio de 2015 en la Universidad del Salvador.
- Conferencia: “Robert Alexy en la Facultad de Derecho” realizada el 17 de abril de 2015 en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.
- Curso: “Pobreza multidimensional, desarrollo y derechos humanos, un enfoque integrador”, realizado los días 13, 14, 15 y 16 de abril de 2015 en la Universidad de Palermo.
- Seminario: “Nuevo Código Procesal Penal de la Nación- Ley 27.063”, organizado en el marco de la Especialización en Derecho Procesal Penal, realizado el 26 de marzo de 2015 en la Universidad del Museo Social Argentino.
- IV Congreso para estudiantes y jóvenes graduados: "Derechos Humanos", realizado los días 6 y 7 de noviembre de 2014 en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.
- Seminario: “La *Gelassenheit* heideggeriana y el santo”, realizado en el mes de noviembre de 2014 en la Fundación Centro Psicoanalítico Argentino.
- Seminario internacional "Incertidumbres en la integración regional”, realizado los días 20 y 21 de octubre de 2014 en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.
- X Jornadas de investigación en Psicología y XII Jornadas de Actualización del Algoritmo David Liberman, realizado el 18 de octubre de 2014 en la Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales, Buenos Aires.
- Segundo Seminario de Disciplina Bioética y Derechos Humanos: “Diálogos interdisciplinarios en técnicas de reproducción humana asistida”, realizado los días 20 y 27 de agosto y 3 y 10 de septiembre de 2014 en la Facultad de Derecho de la Universidad de Palermo, Buenos Aires.
- Seminario: “Las ideas de Carlos S. Nino y la Argentina del siglo XXI” realizado los días 16 y 17 de octubre de 2013, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Palermo, Buenos Aires.

Datos profesionales

1) Experiencia laboral:

- 2009- actual *Tribunal Oral en lo Criminal Nro. 4 – Talcahuano 550, ciudad de Buenos Aires.*

Posiciones ocupadas: - Jefe de despacho Relatora efectiva,
- Prosecretaria interina

- 2004 – 2009 *Tribunal Oral en lo Criminal Nro. 23 -*
Comodoro Py 2002, ciudad de Buenos Aires-

Posiciones ocupadas: -escribiente auxiliar,
-escribiente,
- oficial

- 2003- 2004 *Argocean ship agency SA-Maipú 471 12º*
Piso, ciudad de Buenos Aires-
Puesto: empleada en el área de operaciones marítimas
- 2001- 2002 *Action line SA -Arribeños 2740, ciudad de*
Buenos Aires-
Puesto: atención al cliente y back office.

2) Docencia:

- 2013- actual Universidad de Buenos Aires- Facultad de Ciencias Económicas
Cargo: Ayudante de Primera de la materia *Instituciones de Derecho Público*- Cátedra a cargo del Dr. Walter Carnota.
- 2013- actual Universidad de Buenos Aires- Facultad de Derecho
Cargo: Ayudante de Primera en la materia *Derecho Constitucional Profundizado*- Cátedra a cargo del Dr. Walter Carnota.

3) Investigación:

- 2014- actual Asistente de Investigación en "Justicia Penal en América Latina" del
Centro de Estudios Latinoamericanos sobre Inseguridad y Violencia
de la Universidad de Tres de Febrero.

4) Publicaciones:

- “La imposibilidad de aplicar una pena mayor a la solicitada por el fiscal o modificar la calificación legal en el nuevo código procesal penal” en *Código Procesal Penal de la Nación. Aspectos esenciales de la reforma introducida por la ley 27.063*. Coord: Romero Villanueva, H. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Errepar, 2015.

- “*Juicio y Sentencia*” en *Tratado de derecho procesal penal*. Dir: Almeyra, M. y Báez, J.. - 1a ed. – Ciudad Autónoma de Buenos Aires: La Ley, 2015.

5) Trabajo voluntario:

- Miembro de la Organización Argentina de Jóvenes para las Naciones Unidas (2001-2004): La realización y la formación de grupos de jóvenes en temas relacionados con el derecho internacional público, la organización y coordinación de Modelo de Naciones Unidas
- Representante del Instituto Nuestra Señora de la Misericordia (1996-2000): Ayudar a los estudiantes que residen en barrios carenciados con la tarea y proporcionar asistencia básica.