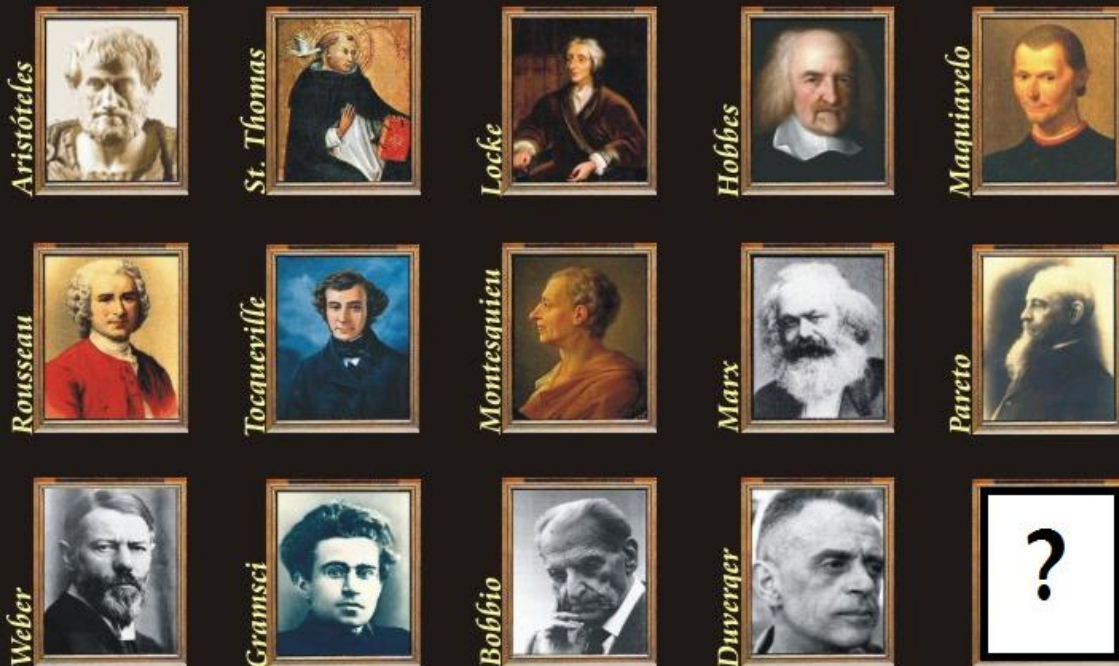


Alvaro Monzón Wyngaard, Héctor J. Zimerman  
Agustín S. Carlevaro y Patricio Monzón Battilana  
Editores

# DERECHO POLÍTICO TEMAS DE AYER Y HOY

Jornadas Preparatorias

POSADAS, SEPTIEMBRE, 2018



## AADP

ASOCIACIÓN ARGENTINA DE DERECHO POLÍTICO

## INDICE

|                           |         |
|---------------------------|---------|
| <i>Palabras iniciales</i> | Pág. 4  |
| <i>Comité Evaluador</i>   | Pág. 10 |

### I - CONFERENCIAS

|  |         |
|--|---------|
| “La Importancia del estudio del Derecho Político, Hoy”, M. Consuelo Parmigiani de Barbará  | Pág. 12 |
| “El Conocimiento de lo Político”, Alfredo Isaías Saade   | Pág. 18 |
| “Economía y Política Hoy”, Ricardo Del Barco   | Pág. 23 |
| “Estado laico, laicidad y laicismo”, Gonzalo F. Fernández  | Pág. 34 |
| “Las TIC en el Gobierno Abierto en tiempos de debilidad representativa: transparencia y control ciudadano”, Edgar Gustavo Fernández Suarez | Pág. 45 |
| “Holocausto y Propaganda Política”, María Belén Martínez   | Pág. 60 |
| “CIBORG. ¿Sujeto de Derecho en la Era Tecnológica de la Salud? Políticas Públicas y Nuevos Paradigmas”, Agustín S. Carlevaro               | Pág. 67 |
| “Políticas de Fomento e Incentivos Fiscales, en materia de Recursos Renovables”, Miguel Goldfarb   | Pág. 77 |
| “Algunas Reflexiones acerca de la Reforma Universitaria de 1918”, Emilio Manuel Alderete Avalos  | Pág. 92 |

### II - PONENCIAS

#### 2.1. ESTADO Y REGULACIÓN

|  |          |
|--|----------|
| “Estado y Políticas Públicas de la Educación Superior: Autonomía y Autarquía de las Universidades Argentinas en la Legislación Nacional”, por Claudia L. Díaz y Omar U. D’Andrea | Pág. 119 |
| “Cambio de Ciclo y Elementos para un Estado Equitativo”, por Ataliva G. Laprovitta   | Pág. 128 |
| “La 4° Generación de Derechos. La democracia constitucional como meta-garantía. Una mirada desde Argentina”, por Armando Aquino Britos   | Pág. 142 |
| “Algunas relaciones entre el Derecho Político y el Derecho Penal: la Política Criminal”, por Fernando Bernabé Verón  | Pág. 166 |
| “Cuando la legalidad y la legitimidad no alcanzan: el derrotero político   |          |

|   |          |
|---|----------|
| de la Ley de Medios, una experiencia inacabada”, por Patricio Monzón Battilana  | Pág. 172 |
| “Análisis Comparado de la Vigilancia de los Productos Médicos en Argentina y Estados Unidos”, por Matías Francisco Payes y Álvaro Monzón Wyngaard             | Pág. 180 |
| “DGP y Cobertura Médica. La Necesidad de Políticas Públicas Igualitarias en materia de Salud Reproductiva”, por Fermina Mauriño                               | Pág. 189 |
| “Principios de la Tributación. El Debate sobre la fijación de tarifas”, por María Emilia Quevedo y Alvaro Monzón Wyngaard                                     | Pág. 200 |
| “Estado de Derecho y Tributo”, por María del Rosario Medina   | Pág. 211 |
| “Tributación, Equidad e Injusticia: Un tema pendiente en América Latina en tiempos modernos”, por Héctor J. Zimmerman   | Pág. 231 |
| “Los parques industriales como un posible mecanismo de solución al problema del vacío intermedio en la región”, por Héctor José Zimmerman y Aldana F. Segovia | Pág. 246 |

## ***2.2. DIMENSIONES DE LA NOCIÓN DEL CIUDADANO***

|  |          |
|--|----------|
| “Hacia una ley provincial de elecciones primarias, abiertas, simultáneas y obligatorias”, por María Alicia Meixner   | Pág. 270 |
| “Una fotografía en sepia: Las transformaciones culturales, reelección indefinida y políticas de seguridad en la Provincia de Corrientes en 2012”, por Marcos Walter Medina   | Pág. 278 |
| “Algunas reflexiones de las Formas Directas y Semidirectas del ejercicio de la Democracia en el Derecho Constitucional Argentino, Público Provincial y Municipal en particular”, por Laura Isabel Pasetto              | Pág. 299 |
| “Anotaciones sobre el Sistema de Gobierno y la importancia de la profundización de su estudio”, por Carlos Daniel Luque  | Pág. 314 |
| “Desarrollo y Democracia en América Latina y El Caribe: Tecnología Médica, Salud y Derechos Humanos”, por Alvaro Monzón Wyngaard; Agustín S. Carlevaro, Patricio Monzón Battilana; Matías Payes; y Jorge Emilio Monzón | Pág. 323 |
| “Incorporación de la Paridad en las provincias argentinas: el caso Corrientes”, por Sofía Domínguez  | Pág. 345 |
| “El MERCOSUR entre Unitarios y Federales. Comparación de los   |          |

Sistemas Políticos Municipales del Nordeste Argentino, Paraguay y Uruguay”,  
por Sergio Valenzuela y Héctor J. Zimmerman Pág. 359

### **2.3. INSTITUCIONALIZACIÓN DEL PODER**

“El Régimen de la Prueba como forma para la averiguación de la Verdad y del Juicio Divino de la monarquía de Dante Alighieri y su contexto teórico”, por Andrés Salvador Pág. 371

“Bartolomé Mitre y la Nación Argentina: Relato del pasado nacional”,  
por Oscar R. Lotero Pág. 382

“Teoría de las Políticas Públicas. Paradigmas en las Políticas Públicas en Argentina”, por Ataliva G. Laprovitta Pág. 397

“El final del Colegio Electoral y el Anti Pacto en Corrientes”, por  
Carlos Alberto Cassarino Pág. 411

“Los órdenes sociales en el análisis de las desigualdades. El aporte de la teoría de las instituciones políticas de Daron Acemoglu y James Robinson”,  
por Dora E. Ayala Rojas e Ingrid Y. Rosas Villarrubia Pág. 421

“Derechos Humanos y Comunicación. Debates en encrucijada”, por  
Patricio Monzón Battilana Pág. 438

“El Control de Convencionalidad en el Ordenamiento Jurídico Argentino. Una mirada sobre su Responsabilidad como Estado Miembro del Corpus Iuris Sistema Interamericano y del MERCOSUR”, por Ruth María Ivonne Balderrama Pág. 443

“Procesos de integración en perspectiva comparada. El MERCOSUR: ¿Impasse o fragmentación? Alternativas al neoliberalismo y la globalización. La relación Argentina – Brasil como alianza estratégica”, por Héctor J. Zimmerman Pág. 460

### **III - PONENCIAS ESTUDIANTILES**

“Estado y Nación. Estados con Naciones, Naciones sin Estado y Estados Nacionales: El caso catalán y el caso argentino”, por Fernando Luque Pág. 476

“Introducción al Concepto de Soberanía”, por Mario Augusto Rodríguez Pág. 482

## PALABRAS INICIALES

El presente libro titulado **DERECHO POLÍTICO: TEMAS DE AYER Y HOY**, es el producto del encuentro científico (Jornadas Preparatorias del XV Congreso Nacional de Derecho Político) realizado el pasado mes de Septiembre (27 y 28) de 2018, en la ciudad de Posadas, provincia de Misiones.

El mismo fue organizado en conjunto por la Asociación Argentina de Derecho Político, el Instituto Superior “Antonio Ruiz de Montoya” (de Posadas, Misiones) y la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas – Extensión Áulica Posadas – de la Universidad Nacional del Nordeste.

El Programa consistió en:

### **Jueves 27 de septiembre de 2018**

18,30 hs. Conferencia de Prensa y Acto Inaugural

### **Viernes 28 de septiembre de 2018**

9 a 13 hs. Reunión Preparatoria del XV Congreso Nacional de Derecho Político (2019)

16,30 a 18 hs. **PANEL (I)**

#### **Integrantes:**

Dr. Ricardo DEL BARCO (UNC)

“Economía y Política Hoy”

Dr. Miguel GOLDFARB (UNNE)

“Políticas de Fomento e Incentivos Fiscales, en materia de Recursos Renovables”

Dr. Agustín S. CARLEVARO (UNNE)

“CIBORG. ¿Sujeto de Derecho en la Era Tecnológica de la Salud? Políticas Públicas y Nuevos Paradigmas”

Dr. Gonzalo F. FERNÁNDEZ (UNC)

“Estado laico, laicidad y laicismo”

Dr. Jorge E. BARBARÁ (UNC/UCC)

“Representación Política y Destitución. Crisis”

**Moderador:** Dr. Alvaro MONZON WYNGAARD (UNNE)

18 a 19,30 hs. **PANEL (II)**

**Integrantes:**

Dra. María Belén MARTINEZ (UNLaR)

“Holocausto y Propaganda Política”

Dr. Emilio ALDERETE AVALOS (UBA)

“La Reforma de 1918”

Dr. Alfredo Isaías SAADE (UNNE)

“El Conocimiento de lo Político”

Dr. Edgar G. FERNANDEZ SUAREZ (UNC)

“Las TIC en el Gobierno Abierto en tiempos de debilidad representativa: transparencia y control ciudadano”

Dra. M. Consuelo PARMIGIANI de BARBARÁ (UNC)

“La Importancia del estudio del Derecho Político, Hoy”

**Moderador:** Dr. Miguel A. DUARTE (UNC)

La Asociación Argentina de Derecho Político, al propio tiempo aceptó ponencias de profesionales y alumnos regionales que, si bien no fueron expuestos en razón del tiempo disponible, se incorporan al presente libro.

La Asociación Argentina de Derecho Político, nuclea a los docentes de Derecho Político de las Facultades de Derecho (públicas y privadas) del país. Entendemos significativo mencionar algunos hitos, de la asociación próximos a cumplir quince años de vida, a saber:

***26 de marzo de 2004: Encuentro Regional de Profesores de Derecho Político de Universidades Nacionales.*** Realizado en la ciudad de Corrientes, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas de la Universidad Nacional del Nordeste. Se reunieron los Profesores: María Pérez Vara y Oscar Blando (Universidad Nacional de Rosario); Eduardo Cuello y Gustavo Tarragona (Universidad Nacional del Litoral); M. Consuelo Parmigiani y Jorge E. Barbará (Universidad Nacional de Córdoba); y Alfredo I. Saade, Emilio Nazar y Hector J. Zimmerman (Universidad Nacional del Nordeste). En ese primer encuentro se acordó:

- la necesidad de promover actividades conjuntas que contribuyan a precisar el significado de asignaturas con comunes denominadores tales como: Derecho Político, Teoría del Estado, Ciencias Políticas y Asignaturas afines que se dictan en las Facultades de Derecho de Universidades Nacionales;

- el compromiso de realización de un Encuentro Nacional de Docentes de las asignaturas mencionadas, en el transcurso del año 2004. El citado encuentro debía abordar los siguientes ejes temáticos: a) La Enseñanza de lo político en las Facultades de Derecho. Su sentido para la formación del Abogado; b) Contenido de la enseñanza de lo político en las Facultades de Derecho; c) La crisis política argentina y su repercusión institucional;
- constituir, con los docentes antes mencionados la Comisión Promotora de la Asociación de Derecho Político, designando como Presidente al Profesor Héctor J. Zimmerman y como Secretario al Profesor Alvaro Monzón Wyngaard.

**17 de junio de 2004:** *Seminario sobre "La Enseñanza de lo Político en las Facultades de Derecho: Su sentido para la formación del Abogado"*. Organizado por la Catedra "A" de Derecho Político de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba; el Colegio de Abogados y el Tribunal de Disciplina de Abogados de la Ciudad de Córdoba. De esa manera se logró continuidad y se dio cumplimiento al objetivo de realizar anualmente dos Encuentros de Profesores, uno preparatorio y otro de jornadas. El seminario contó con la presencia de distinguidos profesores de la UNR, de la UNNE, y de la UNC, que además brindó el marco de centenares de alumnos colmando el auditorio de esta Casa de estudios.

**27 de agosto de 2004:** *Encuentro Nacional de Profesores de Derecho Político, Teoría del Estado, Ciencia Política y/o Materias Afines*. Realizado en la Ciudad de Corrientes, sede de la Universidad Nacional del Nordeste: El Encuentro se desarrolló con la presentación de ponencias en tres comisiones y dos paneles.

**28 de agosto de 2004:** *Reunión de Profesores para tratar la constitución de la Asociación y la sede del próximo encuentro*. Realizado en Salón Auditorio de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas de la Universidad Nacional del Nordeste. A la reunión asistieron los siguientes Profesores: por Universidad Nacional de Rosario: Oscar Blando, Daniel Leandro Boccoli y Ana Maria Raggio; por Universidad Nacional del Litoral: Eduardo Cuello; por Universidad de Buenos Aires: Emilio Manuel Alderete Avalos y Julio Pinto; por Universidad Nacional de Cuyo: Luis Alfredo Puebla; por Universidad Nacional de La Plata: María Monserrat Lapalma, Jorge Szeinfeld, Claudio Contreras, Alejandro Manuel Medici y Guillermo Tamarit; por Universidad Nacional de Córdoba: Mariángeles Martínez Hernández, Carlos Eduardo Martiniau, María Emilia Scalambro, Miriam Consuelo Parmigiani y Jorge

Edmundo Barbará; por Universidad Católica de Córdoba: Martín Rodríguez Brizuela, Ricardo del Barco y Eduardo Cordeiro Gavier; y, por Universidad Nacional del Nordeste: Enrique Eduardo Galiana, Néstor Pedro Braillard Pocard, Alvaro Monzón Wyngaard, Alfredo Isaías Saade, Porfirio A. Aquino y Hector J. Zimmerman. Luego del intercambio de opiniones y a propuesta del Profesor Barbará, aprobada por unanimidad, se decide denominar a la nueva asociación como *Asociación Argentina de Derecho Político*, designándose la Junta Promotora (con Secretaría Permanente en Corrientes) con la Presidencia Honoraria del Dr. Porfirio A. Aquino, la Presidencia de Zimmerman y como Vocales los siguientes Profesores: Barbará y Parmigiani (UNC), Blando y Raggio (UNR), Cuello (UNL), Pinto y Alderete Avalos junto a Mario Justo López (h) (UBA), Puebla (UNCuyo), Lapalma y Juan Carlos Corbetta (UNLP), Del Barco (UCC y UN La Rioja) y Galiana (UNNE). Asimismo se aprobó que La Plata sea sede del nuevo Encuentro y que la ciudad de Rosario lo sea para las sesiones preparatorias durante el 2005.

**27 de mayo de 2005: Reunión de la Junta Promotora.** Realizada en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario. Fueron "Huéspedes de Honor" los Profesores: Zimmerman, Monzón Wyngaard, Parmigiani, Barbará, Lapalma, Szeinfeld, y Corbetta; y los anfitriones Blando y Raggio. Como se decidió que la reunión sería ampliada, también participaron los Profesores: José María Marchioni y Alejandro Marcelo Medici (UN La Plata); y Daniel L. Boccoli, Solange Delannoy, Adriana Mack, y Daniel Sosa (UN de Rosario). En la ciudad santafecina el Presidente Zimmerman entregó a los asistentes la publicación de las ponencias del Encuentro de Profesores de Corrientes y el Anteproyecto de Estatuto de la Asociación Argentina de Derecho Político, para ser tratado en las jornadas platenses. También se estableció el temario, previo pormenorizado análisis que implicaron ricos intercambios de opiniones y posturas, a saber: 1) La Enseñanza del Derecho Político (o asignaturas equivalentes) en las Facultades de Derecho; con los siguientes subtemas: a) Sentido de los Contenidos; y b) Estrategias para su enseñanza y aprendizaje; 2) Calidad Institucional; con los subtemas: a) El funcionamiento de la división de poderes, b) El Sistema de Partidos, c) Los Déficit del Federalismo, d) La Democracia en América Latina: nuevos escenarios y nuevos desafíos, y e) Vigencia de los Derechos Humanos; 3) Los Servicios Públicos, con los subtemas: a) Regulación y Control, b) Reestatización o privatización, y c) Derechos del Consumidor, Clientes y Usuarios; 4) Rediseño Institucional del Estado en la Globalización, con los subtemas: a) Regiones Supranacionales, b) Regiones Subnacionales y c) Gobiernos Locales.



**28 y 29 de noviembre de 2005: II Jornadas Nacionales de Derecho Político "Joaquín V. González".** Organizadas por la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata -en el centenario de su fundación.

- **1er día, 28 de noviembre:** En la sede del Colegio de Abogados, se aprobaron los estatutos de la Asociación Argentina de Derecho Político y se eligieron sus autoridades para el periodo 2005-2008. Al propio tiempo y a propuesta de los presentes se designaron Miembros Honorarios a los Profesores Pedro J. Frías, Francisco Cerro, Jorge Reinaldo Vanossi, Horacio Sanguinetti, Carlos Fayt y Porfirio A. Aquino, así como reconocimiento post-mortem a Juan Carlos Rubinstein.

- **2do día, 29 de noviembre:** Numerosos ponentes y asistentes, reflexionaron y analizaron temas centrales de la disciplina y la realidad actual en distintos paneles; se escucharon las disertaciones de los Profesores Jerónimo Molina Cano de la Universidad de Murcia - España y de Marco Lamandini de la Universidad de Bologna – Italia

En total, la Asociación Argentina de Derecho Político, lleva organizados catorce congresos nacionales de la especialidad, y otras tantas Jornadas Preparatorias. De ellos, fueron sede: La Plata (2005), La Rioja (2008), Catamarca (2009), Mendoza (2013), Pergamino (2014) en las respectivas universidades nacionales.

Al propio tiempo, otras tres universidades, fueron sede de los congresos nacionales más de una vez, en las siguientes ciudades: Corrientes (2004, 2010 y 2014), Rosario (2007, 2012 y 2016) y Córdoba (2006, 2011).

La Universidad Nacional de Córdoba, será anfitriona del XV Congreso Nacional de Derecho Político, que se realizará en la primera quincena de junio de 2019.

El presente trabajo está organizado en dos partes: la primera receptiona casi todas las “Conferencias” desarrolladas en los Paneles posadeños; y la segunda, da cuenta de más de una veintena de “Ponencias” aceptadas por el Comité Evaluador, divididas en cuatro áreas a saber: 1) Estado y Regulación; 2) Las dimensiones de la noción del Ciudadano; 3) La Institucionalización del Poder (a nivel Supranacional, Nacional y Subnacional), y 4) Ponencias Estudiantiles.

El éxito de las Jornadas Preparatorias del XV Congreso Nacional de Derecho Político, que se realizó por primera vez en la bella ciudad de Posadas, contó para su organización con una Comisión Local integrada por los doctores Luis Antonio DUARTE, Fernando B. VERON, y Lic. Martín Fernando MEDINA; con el acompañamiento técnico del Dr. Carlos

CARDOZO (Miembro Titular de la Asociación Argentina de Derecho Político) y del Dr. Miguel Duarte (Vicepresidente 4° de la Asociación).

La Asociación Argentina de Derecho Político quiere enfatizar su agradecimiento a las autoridades del Instituto Superior “Ruiz de Montoya” (a su Rectora, al Sr. Asesor Legal, a la Sra. Coordinadora de la Carrera del Profesorado en Ciencias Políticas) que pusieron a disposición tiempo, infraestructura y personal; así como al Sr. Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas de la Universidad Nacional del Nordeste (UNNE).

*Comité Editorial*

## **COMITÉ EVALUADOR**

**Dr. Jorge Edmundo Barbará (AADP)**

**Dr. Edgar Gustavo Fernández Suarez (AADP)**

**Dr. Juan Carlos Corbetta (AADP)**

**Dr. Héctor J. Zimmerman (AADP)**

**Dr. Martín Zemel (UNLP)**

**Dr. Rolando Juarez (UNNE)**

**Dr. Horacio José de Jesús Grandó (UNNE)**

**Dr. Jorge Emilio Monzón (UNNE)**

## **CIBORG: ¿SUJETO DE DERECHO EN LA ERA TECNOLÓGICA DE LA SALUD? POLÍTICAS PÚBLICAS Y NUEVOS PARADIGMAS**

**Agustín Sebastián Carlevaro**<sup>53</sup>  
Grupo de Ingeniería Biomédica – FaCENA - UNNE

**Palabras Clave:** derecho biomédico, personas con discapacidad, biomedicina

Esta producción presenta una perspectiva de análisis epistemológico para la comprensión de los distintos enfoques legales en torno a la *judicialización del derecho al acceso a las tecnologías en salud* en Argentina. Es sustantivo indicar algunas cuestiones esenciales que condicionan transversalmente a este estudio. Se pretende determinar cuál es el papel del Derecho en el proceso industrial y polemizar entorno al modelo tecnocrático y el papel regulador del Derecho en áreas específicas como es el desarrollo científico-tecnológico y el bienestar físico, mental y medioambiental de los habitantes.

Las características generales del sistema jurídico argentino y su configuración clásica hacen evidente una falta de adecuación general a los cambios vertiginosos operados en nuestra sociedad con respecto a la ciencia, la tecnología y la salud en las últimas décadas; lo que impone no solo su adaptación a las exigencias de un Estado Democrático de Derecho, sino también una adaptación a las exigencias inherentes del proceso de desarrollo de nuestro país.

El ser humano crea su cultura la cual se constituye como espejo de la cosmovisión de los pueblos y va cambiando a medida que se desarrollan descubrimientos e inventos que producen conocimientos sobre ellos mismos y sobre su naturaleza, los cuales, muchas veces, modifican los paradigmas instituidos por el conocimiento anterior. El avance científico y tecnológico generan, a su vez, nuevas necesidades (antes desconocidas) que al satisfacerlas mejoran exponencialmente la calidad de vida de las personas.

Por ello, es el propio ser humano quien actúa como actor social y agente dinámico de cambio, es él mismo quien está en condiciones de validar el progreso que se lleva adelante en cada una de las disciplinas científicas a través de la investigación, actividad productora de conocimientos por excelencia. El Derecho no es ajeno a esto, y es necesario que como actores sociales nos constituyamos en una autoridad para determinar qué, cómo y cuándo se produce un conocimiento y cuál es el alcance del mismo. La ciencia, en este sentido, es orientadora y

---

<sup>53</sup> Abogado. Especialista en Derecho de Daños (UBA) y Doctorando en Derecho (UNNE). Becario Doctoral CONICET-UNNE. Investigador del Grupo de Ingeniería Biomédica – FaCENA – UNNE. Miembro Titular de la Asociación Argentina de Derecho Político

facilitadora de la resolución de los problemas que surgen en la vida política, social y empresarial de las comunidades.

El Derecho procura el orden de la conducta humana a partir de las decisiones del Estado, se compone de normas jurídicas que asignan obligaciones y conceden derechos modificados a partir de las necesidades y evoluciones de la misma sociedad. El derecho, por basarse en el orden de un componente cambiante (verbigracia, la conducta humana) es evolutivo y dependiente. Al respecto, Kelsen (2003) reconoce que *es cierto que ya no se supone más que el Derecho sea una categoría eterna; se reconoce que su contenido está sometido a mutación histórica y que es un fenómeno condicionado por circunstancias de tiempo y de lugar*. Esto implica que fenómenos cambiantes, como lo son los productos biomédicos y las relaciones que se generan en torno a él, no pueden ser eternamente regulados por un derecho estático e inmutable, sino más bien, en base a los mismos elementos epistemológicos, se los puede regular en busca de un orden de la conducta –justo– si se actualizan las variables que lo condicionan, en este artículo, las variables que son producto del avance de la ciencia y la tecnología e impactan en las decisiones de los tribunales.

Así aparece en escena el derecho al acceso a las tecnologías en salud el cual se constituye como un fenómeno cuyo orígenes se remontan en la lucha de pacientes con VIH por conseguir acceso a medicamentos antirretrovirales a principios de los 90, fortalecido por la demanda de otros medicamentos (oncológicos y contra la hepatitis C), en la cual los tribunales se han constituido en factores sustantivos de la garantía del derecho humano a la salud cuando su realización depende del acceso a tecnologías sanitarias.

Esto plantea un núcleo problemático entre la institución judicial y las descentralizaciones sanitarias obligadas a brindar dicha prestación, ya que la decisión de la primera puede, potencialmente, menoscabar la capacidad y competencia de las autoridades sanitarias. Así, en varias cortes de Latinoamérica (en especial, Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Perú, y Uruguay), las autoridades judiciales respaldan las demandas interpuestas por particulares que necesitan acceso inmediato a tecnologías sanitarias (Iunes R, Cubillos-Turriago L, Escobar M.L., 2012) (Dittrich R, Cubillos L, Gostin LO, Li R & Chalkidou K., 2016). En ocasiones, las sentencias que obligan al Estado y a sus instituciones a garantizar el suministro de un producto determinado no toman en suficiente consideración las razones aducidas por el Estado en su momento para no suministrarlo (o no subsidiar su compra) (Vidal J, Di Fabio JL. , 2017). Estas diferencias de intereses son planteadas en marco de una falta de consideración de coste-efectividad y procesos de evaluación de

tecnologías sanitarias (ETS) a exclusión de la lista oficial de medicamentos (LOM) y decisiones de asignación de recursos asociadas a la planificación y ejecución de políticas públicas, desencadenando un fenómeno político, jurídico y económico denominado “judicialización” o “derecho a la litigación por salud”. Existen autores contemporáneos que consideran a este fenómeno como una “Judicialización 2.0” (João Biehl, Mariana P. Socal, Varun Gauri, Debora Diniz, Marcelo Medeiros, Gabriela Rondon & Joseph J. Amon, 2018).

Es fácil admitir que una preponderante concepción sobre la democracia da por cierto que actualmente el derecho al acceso a las tecnologías en salud es uno de los derechos humanos fundamentales, y que deben eliminarse con premura todos los obstáculos que traban o imposibilitan a muchas personas –especialmente a las que carecen de recursos- tener acceso a los servicios y productos médicos, tanto preventivos como curativos y de rehabilitación.

Cuando se enfoca el derecho al acceso de tecnologías en salud hay que analizar muy bien sobre varios puntos: a) a favor de quién se reconoce (sujeto activo o titular del derecho); b) frente o contra quién (sujeto pasivo) se es titular del mismo derecho –organismos del Estado -; c) cuál es la obligación del sujeto pasivo (abstenerse de impedir o dañar el derecho, dar algo o hacer algo); d) si hay posibilidad de articular y usar una vía compulsiva para obtener el cumplimiento de la obligación que tiene el sujeto pasivo frente al sujeto activo (a fines de este trabajo, la Acción de Amparo). Siguiendo esta inteligencia, este esquema sirve, aunque más no sea, para no fomentar la inscripción constitucional o legal de derechos imposibles en los que no hay ni puede haber un sujeto pasivo, ni una obligación correspondiente a él, ni por supuesto una vía para exigir la prestación involucrada en la obligación. Como sostuvimos en trabajos anteriores, escribir en una declaración constitucional o legal tal o cual derecho a o derecho de, carece de sentido si verdaderamente falta la sustancia y falta el contenido de ese derecho.

La judicialización del acceso a tecnologías sanitarias es un fenómeno que comprende la utilización, por parte de los pacientes argentinos, de instrumentos legales de participación – como la acción de amparo- para interpelar al estamento judicial en caso de violación percibida en su derecho a la salud, es decir, cuando el paciente se halla afectado debido a la falta de acceso a un tratamiento médico o a un producto farmacológico o a un producto médico en el sistema público de salud o, siguiendo a Adrián Ernesto Rechnitzer Mora (2014) se entiende a la judicialización como “aquellas situaciones en que el Poder Judicial toma parte de las decisiones que en materia de salud normalmente competen a otros poderes o instancias del Estado, específicamente a instituciones del sector salud”. Este novedoso y no conocido proceso posee expresa protección jurídica de carácter de derechos humanos y

representa un factor fundamental en lograr la equidad del sistema público de salud. No es nuestra intención aquí desarrollar una teoría que aprecie a cada uno de los elementos de este proceso, sino más bien, establecer los parámetros necesarios para que, una vez hecha su instauración en nuestro sistema jurídico, las descentralizaciones sanitarias puedan ajustar sus presupuestos y organigramas para responder, potencialmente, a los daños que afectan a los pacientes argentinos, ofreciendo como solución la creación de una comisión estatal de evaluación de tecnologías sanitarias que ponderen estas situaciones de la realidad, un poder judicial que considere la evolución normativa y de la ciencia y la tecnología en sus decisiones y un estado presente que responda a las demandas de la población.

Siguiendo este plano, la matriz de datos ideada para esta investigación tiene como objetivo determinar los elementos que condicionan la judicialización del derecho al acceso de tecnologías médicas, la cual nos arroja los siguientes resultados, a saber:

### ***Ubicación del Derecho al Acceso a las Tecnologías en Salud***

Lo ubicamos dentro de los derechos personalísimos por cuanto, en el derecho a la vida, está implícitamente comprendido el derecho al acceso a las tecnologías en salud, aunque también es claro que se vincula con los derechos a la integridad y a la privacidad y que, en última instancia, goza de autonomía y ostenta una peculiar y amplísima fisonomía que se confirma desde la noción misma del bien jurídico protegido. También lo ubicamos dentro de los derechos de cuarta generación, aunque se registran pocos antecedentes en la literatura científica que impliquen un serio tratamiento. Los contenidos de los derechos humanos de cuarta generación aún están en discusión y no presentan una propuesta única. Sin embargo, su incidencia práctica refleja la urgencia de tratamientos jurídicos específicos que reconozcan los avances desarrollados en la materia tecnológica sanitaria a fin de que ningún paciente se halle desprotegido en el sistema público de salud de la Argentina. Normalmente, los autores que han desarrollado esta temática, toman algunos derechos de la tercera generación y los incluyen en la cuarta, como el derecho al medio ambiente o aspectos relacionados con la bioética. Javier Bustamante afirma que la cuarta generación viene dada por los derechos humanos en relación con las nuevas tecnologías; otros, que el elemento diferenciador sería que, mientras las tres primeras generaciones se refieren al ser humano como miembro de la sociedad, los derechos de la cuarta harían referencia al ser humano en tanto a especie. Helio Gallardo, por su parte, defiende la existencia de cinco generaciones de derechos humanos, que identifica con las reivindicaciones de diferentes grupos sociales. Serían los derechos civiles y políticos, reclamados por la burguesía; los económicos, sociales

y culturales, propios de los movimientos obreros y antiesclavistas; los derechos de los pueblos y sectores diferentes, incluyendo las luchas de descolonización y feministas; los ambientales, que define como derechos de las generaciones futuras; y los relativos al control del cuerpo y la organización genética de uno mismo, enfrentados a la mercantilización del interior de la vida.

Sin embargo, consideramos que hablar de “derechos de cuarta generación” significa hablar del reconocimiento de una bioética que busca impedir la destrucción de la vida y regular la creación a través de las distintas tecnologías –ingeniería–” (Masgo Manco, 2011). De esta forma, se entrelaza esta problemática con los derechos humanos como consecuencia de los avances de la ciencia y su aplicación, en el desarrollo de la humanidad. En esta inteligencia, los sujetos titulares de los derechos de cuarta generación son, a fines de este trabajo, los pacientes ciborgs. Es decir, esta generación de derechos humanos será (o es) estrictamente extensible a seres humanos en su intrínseca relación con máquinas, artefactos, robots y softwares inteligentes de los cuales depende para desarrollar sus funciones vitales. Los titulares de estos derechos están integrados por seres transhumanos y en un estado ulterior (posterior) post-humano, o por utilizar una expresión mucho más viable, personas con identidad genética-cognitiva-informacional optimizada por la modificación gano-nano-robo-tecno. No resulta aventurado afirmar que aquí es donde el Rol del Estado, la última variable asignada en este estudio, posee competencia de regulación en esta materia, asegurando su realización de modo progresivo. Para ello:

Al derecho en cuestión lo hallamos en los artículos 33, 41, 42, 43 y 75 incisos 22 y 23 de la Constitución Nacional. El primero reconoce los derechos implícitos, entre los cuales está el derecho al acceso a las tecnologías en salud. El segundo establece el derecho de “Todos los habitantes [...] a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras” y prohíbe “...el ingreso al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos, radiactivos”, e impone a las autoridades la obligación de proteger este derecho. El tercero pone en cabeza de las autoridades la protección de la salud de los consumidores y usuarios de bienes y servicios. El cuarto reconoce el amparo como carril procedimental para hacer valer –entre otros– el derecho a la salud ante su vulneración.

Entre los distintos instrumentos internacionales con rango constitucional, artículo 75, inciso 22, párrafo segundo, nos hallamos en una “dualidad de fuentes en el sistema de derechos”: La interna y la internacional, reconociendo la tendencia universal progresiva del derecho



internacional de los derechos humanos que se estudia en principio de supremacía, en particular: la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre que dictamina que: “Toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales relativas a (...) la asistencia médica” (art. XI); el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que reconoce, en el artículo 12, el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, y exige a los Estados Partes la adopción de medidas para asegurar a todos asistencia médica en caso de enfermedad; la Declaración Universal de Derechos Humanos establece, en el artículo 25.1, que “Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud (...), y en especial (...) la asistencia médica”; la Convención Americana sobre Derechos Humanos que prevé en el artículo 26 el compromiso de los Estados Partes de adoptar, en la medida de los recursos disponibles, las disposiciones que permitan la efectividad de los derechos sociales enunciados en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, cuyo artículo 33 expresa que, entre los objetivos que deben ser alcanzados para contribuir al desarrollo integral de los sujetos, está la defensa del potencial humano mediante la extensión y aplicación de los modernos conocimientos de la ciencia médica; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, prevé en el artículo 12 el derecho de toda mujer al “...acceso a servicios de atención médica, inclusive los que se refieren a la planificación de la familia...” sin discriminación y a los “...servicios apropiados en relación con el embarazo, el parto y el período posterior al parto, proporcionando servicios gratuitos cuando fuere necesario *asegurándole* una nutrición adecuada durante el embarazo y la lactancia”, adjudicando al Estado la responsabilidad de lograr dichos objetivos; la Convención sobre los Derechos del Niño, que reconoce en el artículo 24.1 “...el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud [y establece que] Los Estados Partes se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios”. Con todo, cuadra advertir que por Ley 27.044 otorgó rango constitucional a la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad como así también la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su protocolo facultativo, aprobados mediante resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 13 de diciembre de 2006 incorporada por el Senado y la Cámara de Diputados de la Nación a través de la Ley 26378 sancionada el 21 de Mayo de 2008, promulgada el 6 de Junio del mismo año. Si bien los documentos presentan elementos que en su totalidad se

constituyen en dimensiones dignas de ser analizadas, a fines de este artículo, resulta útil detenernos en el principio de participación e inclusión plenas y efectivas de la sociedad y el principio de accesibilidad. El primero manda a los Estados a adoptar normas de derecho positivo y medidas eficaces para que quienes posean alguna discapacidad gocen de los derechos que informa este principio, promoviendo la inclusión de todas las personas titulares que se encuentran con barreras que los excluyen y no les dejan participar de la vida individual y social. El segundo, el principio de accesibilidad, implica la eliminación de esas barreras que hacen inaccesible ese principio. Está expresamente regulado en el artículo 9 de la Convención rezando que a fin de que las personas con discapacidad puedan vivir en forma independiente y participar plenamente en todos los aspectos de la vida, los Estados deben, entre otras acciones, identificar y eliminar obstáculos y barreras para acceder a los servicios de información, comunicaciones y de otro tipo, incluidos los servicios eléctricos/electrónicos y de emergencia. Este inciso a su vez lleva atado consigo al apartado segundo del mismo artículo, en el cual los Estados se comprometen a desarrollar, promulgar y supervisar la aplicación de normas mínimas y directrices sobre la accesibilidad de los servicios públicos – suministro eléctrico- (...) y, en caso de que no sea el Estado el prestador del mismo, asegurar que las entidades privadas que proporcionan instalaciones y servicios abiertos al público o de uso público tengan en cuenta todos los aspectos de su accesibilidad para las personas con discapacidad. Del conjunto de derechos contenidos en la Convención e informados, todos ellos, por el principio de no discriminación, aparecen dos de los indicadores que operan en nuestra matriz, a saber, el derecho a la vida, regulado en el artículo 10, y el derecho a la protección ante situaciones de riesgo, regulado en el artículo 11. Conforme al primero, los Estados Partes reafirman el derecho inherente a la vida de todos los seres humanos, comprometiéndose a garantizar el goce efectivo de ese derecho por las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con las demás. Por su parte, conforme al artículo 11 “los Estados Partes adoptarán, en virtud de las responsabilidades que les corresponden con arreglo al derecho internacional, y en concreto el derecho internacional humanitario y el derecho internacional de los derechos humanos, todas las medidas posibles para garantizar la seguridad y la protección de las personas con discapacidad en situaciones de riesgo, incluidas situaciones de conflicto armado, emergencias humanitarias y desastres naturales”.

### ***Evolución del fenómeno en ámbitos judiciales***

En sus orígenes, el constitucionalismo liberal no conoció este derecho como tal, sino que bajo el signo “salud pública” habilitaba la intervención estatal en procura de un

resguardo como lo legitimó la Corte en el caso “Saladeristas” desde época temprana. Con posterioridad, a esta forma clásica de injerencia pública de connotaciones reducidas se suma una nueva dimensión de la salud al aparecer también como derecho subjetivo de la mano del constitucionalismo social y ligado a los derechos de segunda generación. Así, la Corte en el caso “SMATA” de 1983 (F. 305:2040) se expresa que el derecho a la salud del hombre trabajador tiene “superior naturaleza” frente a los derechos patrimoniales del empleador. Por último se produce una nueva expansión de este derecho a partir del sujeto titular del mismo: de considerarlo solo como personal y exclusivo (del trabajador o de toda persona física) a lo supraindividual (un conjunto o categoría de personas afectadas actual o potencialmente). Es decir, además del derecho social (prestacional) y personalísimo (respetar la dignidad de la persona) juega como derecho colectivo a la salud. Así se demuestra en los trascendentales casos “Viceconte” (J. A. 1999-I-485) y “Asociación Benghalensis” (1-6-2000). A estos fallos los podemos estudiar desde una óptica o faceta negativa y desde una óptica o faceta positiva. En el primero de los casos nos encontramos con “el derecho a negarse a ser objeto de tratamiento o prácticas médicas” (Caso Behamondez); “exigir la confidencialidad acerca de la salud pasada y presente del paciente” (Caso Zambrana Daza); “no ser discriminado por motivo de salud” (Caso B.R.E.); “no sufrir los efectos dañinos de la contaminación ambiental” (Fallo 2006 M. 1569. XL. "MENDOZA Beatriz Silvia y Otros C/ ESTADO NACIONAL y Otros S/ Daños y Perjuicios –daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza – Riachuelo-). En lo que respecta a la faceta positiva, que a nosotros aquí nos convoca, la Corte ha reconocido “la facultad de exigir servicios médico-hospitalarios”; “suministro de medicamentos” (Casos: Baricalla de Casilotto; Asociación Benghalensis; Campodónico de Beviacqua); “recibir la información adecuada y suficiente relativa al diagnóstico y tratamiento que se le propone a fin de que el paciente pueda decidir libre y esclarecidamente” (Consentimiento Informado).

Hoy nos encontramos en un marco jurídico de lo que Bobbio (1991) denomina *proceso de especificación de los derechos humanos*. Según este autor, en este proceso se produce el paso gradual hacia una ulterior determinación de los sujetos titulares de derechos según una especificación que se ha producido del bien respecto al género, a distintas fases de la vida, teniendo en cuenta la diferencia entre el estado normal y el estado excepcional de la existencia humana. En este proceso de especificación, aunque resulte redundante, conviene destacar que el mismo no es genérico para todo el grupo de personas (por ejemplo, de quienes poseen alguna discapacidad), sino que es elemental reconocer la diversidad dentro de éste y realizar un tratamiento jurídico diferente, específico y no homogéneo de las políticas medidas

para lograr el efectivo ejercicio de todos los derechos de los que somos titulares. Actualmente, en marco del proceso de judicialización del derecho al acceso a las tecnologías en salud, se halla un abanico de fallos de distinta índole, entre estos podemos nombrar a o “A G., L. c/ OSDE y Otro s/amparo proveniente del Juzgado Federal de Primera Instancia n° 3 de Lomas de Zamora” en el que se sentencia que el Estado Nacional es responsable subsidiario frente a la cobertura médica asistencial en la extensión que requiera la encefalopatía crónica no evolutiva; la prestación de un subsidio por todo concepto que no permite afrontar el costo de las prestaciones necesarias y la declaración de incompetencia de la CSJN en estas temáticas (Fallo: “H. N., M. del C. c/ Provincia de Mendoza y otros s/ acción de amparo”); el Estado Nacional y la Provincia de Buenos Aires deben suministrar el tratamiento intensivo y los elementos ortopédicos (Fallo: “Á., O. J. c/ Buenos Aires, Provincia de y otro s/ acción de amparo”); Adaptación de ayuda auditiva y prótesis de osteointegración a menor en edad escolar (Fallo: B. A. d. V. y otro c/ Unión Personal s/ Incidente de apelación de medida cautelar); Responsabilidad del Estado Nacional y el Estado Provincial en el suministro de la medicación para el tratamiento (Fallo “B., V. L. y otro c/ Buenos Aires, Provincia de y otros s/ acción de amparo”); una obra social deberá cubrir tres tratamientos de alta complejidad por año a un paciente (Fallo H. N., M. del C. c/ Provincia de Mendoza y otros s/ acción de amparo”); el IOSE deberá dar cobertura integral del tratamiento de alta complejidad, incluyendo el 100% de los procedimientos y la criopreservación de embriones, según lo prescripto por el médico tratante, hasta la consecución del embarazo (CSJN); fallo F.A.L. de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que permite el acceso a la Interrupción Legal del Embarazo cuando corre riesgo la vida o la salud de la mujer cuando el embarazo es inviable o en situaciones de violencia sexual accediendo a Misoprostol.

## BIBLIOGRAFÍA

- “Passero de Barrera, Graciela Noemí c/Estado Nacional s/amparo”, Fallos 330;4160 (CSJN 18 de 9 de 2007).
- Banta, D. (2009). What is Technology Assessment? *International Journal of Technology Assessment in Health Care* (25:Supplement 1), 7-9.
- Bazán, V. (2013). *Derecho a la Salud y Justicia Constitucional*. Buenos Aires: Astre.
- Bobbio, N. (1991). *El tiempo de los derechos*. Madrid: Sistema.
- Carlevaro, A - Monzón Wyngaard, A. - Monzón, J. - Monzón, V. (2015). Regulación Normativa de la Evaluación de Tecnologías Sanitarias en el Sistema de Salud de la República

Argentina. *EBook - XII Congreso Nacional de Derecho Político*. Universidad de Buenos Aires.

Caso Ximena Lopes vs. Brasil. Sentencia de fondo, reparaciones y costas., párrafo 90 (Corte IDH 4 de 7 de 2006).

Clark, A. (2003). *Natural-Born Cyborgs*. United States of America: Oxford.

Courtis, C. (2009). La aplicación de tratados e instrumentos internacionales sobre derechos humanos y la protección internacional del derecho de la salud: apuntes críticos. En C. C.-R. Avila, *La aplicación de tratados sobre derechos humanos en el ámbito local* (pág. 750). Quito: A. -B. -C.

Dittrich R, Cubillos L, Gostin LO, Li R & Chalkidou K. (2016). The international right to health: what does it mean in legal practice and how can it affect priority setting for universal health. *Health Systems & Reform* , Issue 1: Prince Mahidol Award Conference 2016: Priority Setting for Universal Health Coverage.

INDEC. (10 de 11 de 2015). *Censo del Bicentenario 2010*. Obtenido de <http://www.censo2010.indec.gov.ar/>

Iunes R, Cubillos-Turriago L, Escobar M.L. (2012). *Open Knowledge Repository*. (W. Bank, Ed.) Recuperado el 03 de 03 de 2018, de Universal Health Coverage and Litigation in Latin America: <https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/13072>

João Biehl, Mariana P. Socal, Varun Gauri, Debora Diniz, Marcelo Medeiros, Gabriela Rondon & Joseph J. Amon. (2018). Judicialization 2.0: Understanding right-to-health litigation in real time. *Global Public Health* , 12.

Kelsen, H. (2003). *La teoría pura del derecho: Introducción a la problemática científica del derecho*. Ciudad de México: Porrúa.

Kuchenbecker, Ricardo - Polanczyk, Carisia. (2012). Institutionalizing Health Technology Assessment in Brazil: Challenges Ahead. *Value in Health Regional Issues* , 257-261.

Masgo Manco, W. (2011). *Participación Política y Ciudadanía*. Recuperado el 2 de 9 de 2017, de Curso V, Lección I. Oficialía Mayor y Dirección de Participación Ciudadana del Congreso de la República del Perú.: [http://www.congreso.gob.pe/participa/cursos/curso\\_5.htm](http://www.congreso.gob.pe/participa/cursos/curso_5.htm).

Mora, A. E. (2014). Analysis of the judicialization in drug management. Case study of Trastuzumab in the treatment of breast cancer in Costa Rica. *Cad. Ibero-Amer. Dir. Sanit* , Volumen 3, 2.

Oortwijn, Wija - Mathijssen, Judith - Banta, David. (2010). The role of health technology assessment on pharmaceutical reimbursement in selected middle-income countries. *Health Policy* , 174-184.

Rubinstein, Adolfo - Pichon-Revieré, Andrés - Augustovski, Federico. (2009). Development and Implementation of health technology assessment in Argentina: Two steps forward and one step back. (USA, Ed.) *International Journal of Technology Assessment in Health Care* , 25:Supplement 1, 260-269.

Vidal J, Di Fabio JL. . (2017). Judicialización y acceso a tecnologías sanitarias: oportunidades y riesgos. R. *Revista Panamericana de la Salud Pública* , 137.

Wikipedia. (acceso 01/09/2015). *Evaluación de Opciones Científicas y Tecnológicas*.

WorldBank. (1997). *Argentina: Facing the challenge of health insurance reform. Report No. 16402 AR*.