



INADI

Instituto Nacional contra la Discriminación,
la Xenofobia y el Racismo.
Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos.

Buenos Aires, **31-07-09**

INFORME TÉCNICO N° 030/09

Llega a esta Asesoría Letrada el Expte. ME N° 3541/09 "S., C. R. C/ CUCAIBA" a efectos de determinar si los hechos expuestos constituyen un acto o práctica discriminatoria, en los términos del artículo 1° de la Ley N° 23.592.

I. ADVERTENCIA PRELIMINAR.-

Como premisa básica, debe delimitarse el ámbito de competencia de este Instituto, tendiente a determinar la existencia o no de un acto o conducta discriminatoria en los términos de la Ley N° 23.952 y -en su caso- establecer los cursos de acción que correspondan, de acuerdo a lo estipulado por la Ley N° 24.515.

Asimismo, debemos señalar que la actividad probatoria brindada en estos actuados administrativos es solamente indiciaria, a los fines de encuadrar la situación fáctica dentro de la normativa mencionada; sin causar estado, sin crear, modificar o extinguir derechos, agotándose -en principio- la

actividad del INADI en la producción de un informe o dictamen no vinculante.

II. HECHOS.-

A fs. 1/3 el Sr. C., de nacionalidad paraguaya, radicado en la Argentina desde 1980, manifiesta que ante la necesidad de un trasplante de córnea, habría solicitado un subsidio para financiar la intervención a CUCAIBA - Centro Único Coordinador de Ablación e Implante de la Provincia de Buenos Aires - pero éste no se le habría otorgado en razón de no haber presentado la carta de ciudadanía requerida.

A fs. 10 obra copia del Instructivo para la solicitud del Subsidio para trasplante de CUCAIBA, cuyo ítem 8 establece "Para extranjeros, ciudadanía otorgada".

Habiendo desarrollado la gestión pertinente desde el Área de Resolución Rápida de Conflictos de acuerdo al informe obrante a fs. 11, se procedió al envío de una nota al Sr. Presidente de CUCAIBA informando los hechos denunciados.

A fs. 13 CUCAIBA manifiesta que "el paciente no encuadra dentro de los requisitos previstos" y cita el Art. 3 inc. 2 del Decreto Reglamentario del EFTO - Ente para el Financiamiento de Trasplantes de Órganos - el cual versa "serán beneficiarios de la ayuda los ciudadanos argentinos por nacimiento o con carta de ciudadanía en legal forma y que tenga su domicilio real en la Provincia con una anticipación no menor a los dos (2) años de la fecha de su solicitud".

III. ANÁLISIS.-

A fin de brindar un correcto tratamiento al presente caso, corresponde - en primer término - analizar el derecho aplicable a la cuestión planteada.

El derecho a la salud se entiende como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social.

La primera norma internacional que consagra expresamente este derecho es la Constitución de la Organización Mundial de la Salud en 1946, que refiere como uno de los derechos fundamentales: "*El disfrute del más alto nivel posible de salud*".

Por su parte, la Declaración Universal de Derechos Humanos, en su art. 25, establece que: "*Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure [...] la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica...*".

El derecho a la salud es también receptado por el art. 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales el cual establece que en los Estados parte: "*deberán tomarse las medidas necesarias para la creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad para asegurar a toda persona el disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental*".

Los instrumentos internacionales citados *ut supra* poseen jerarquía constitucional conforme lo dispuesto por el art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional.

Cualquier medida relativa al tema bajo análisis deberá ser analizada a la luz de las garantías constitucionales a la vida, salud, seguridad e integridad de las personas (conf. Art. 3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; Arts. 4 y 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y Arts. 42 y 75, inc. 22 de la Constitución Nacional).

Consecuentemente, en función de lo dispuesto por los instrumentos de derechos humanos de jerarquía constitucional, en

primer lugar y en primera persona, el Estado debe -como operador primario e irremplazable de salud pública- garantizar el ejercicio efectivo de esos derechos por parte de las personas bajo su jurisdicción. Asimismo debe, entre otras medidas, asegurar el cumplimiento de dichos derechos frente a cualquier tipo de vulneración y adecuar su legislación interna a los fines de honrar dichas obligaciones y no comprometer ulteriormente su responsabilidad internacional. En función de este último punto, pasaremos a analizar la normativa interna aplicable al caso en cuestión.

En relación con la inscripción de ciudadanos/as extranjeros/as en las listas de espera para la asignación de órganos cadavéricos, la Resolución N° 085-04 del INCUCAI - Instituto Nacional Central Único Coordinador de Ablación e Implante -, en su Art. 1° establece que la misma *"se ajustará a los siguientes requisitos: a) Residentes Permanentes: inscripción en lista de espera mediante protocolos médicos vigentes"*. Asimismo, cabe aclarar que entre los considerandos de la Resolución precitada se especifica que *"...es facultad del INCUCAI adoptar los criterios de asignación de órganos y tejidos que permita el acceso de la totalidad de los pacientes a la lista de espera en igualdad de condiciones. Que dichos criterios deben contemplar el aumento de solicitudes de inscripciones de personas extranjeras en las listas de espera y la escasez de órganos para atender las necesidades de los pacientes en su conjunto. Que en este sentido resulta indispensable establecer requisitos que regulen las referidas inscripciones, basándose para ello en principios de equidad, justicia y solidaridad social"*.

Al respecto, el Plan Nacional contra la Discriminación concluye, en relación con las formas más habituales de discriminación a los/las migrantes en el ámbito de la salud, que *"Los migrantes no legalizados, y aún los que sólo tienen residencia precaria no tienen normalmente acceso a los servicios"*

de salud pública, aunque muchos profesionales y funcionarios administrativos nos aseguraron que se los atiende en casos de emergencia". Consecuentemente, la Propuesta General N° 219 plantea "Implementar un Sistema Nacional de Salud de cobertura universal bajo la lógica de la salud como derecho, garantizando la atención integral y gratuita a todo habitante y/o residente en nuestro país, sin ningún tipo de discriminación".

La Ley Nacional 23.592, en su artículo primero establece que "Quien arbitrariamente impida, obstruya, restrinja o de algún modo menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional, será obligado, a pedido del damnificado, a dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y a reparar el daño moral y material ocasionados. A los efectos del presente artículo se considerarán particularmente los actos u omisiones discriminatorios determinados por motivos tales como raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos".

La Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha pronunciado al respecto en el fallo "R. A., D. c/ Estado Nacional" del 04 de septiembre del 2007. Ante la negativa de las autoridades administrativas a conceder la pensión por invalidez a una joven migrante por no cumplir con el requisito de una residencia mínima de 20 años, la Corte hace lugar al reclamo considerando discriminatorio al requisito mencionado. Tal resolución fue fundada en que "...los recaudos para acceder al beneficio que [...], son muestra más que elocuente de que éste fue previsto para cubrir contingencias sociales absolutamente extremas, vale decir, situaciones que ponen en juego, de manera palpable y potente, la 'subsistencia' misma de la persona humana" y que "por mayor que fuese el margen de apreciación que corresponda dispensar al legislador o reglamentador en la presente materia, no cabe duda

alguna que sumar a dichos críticos requerimientos un lapso de residencia, en el caso, de 20 años -aun cuando también rigiera en igual medida para los argentinos, incluso nativos-, implica, puesto que la subsistencia no puede esperar, un liso y llano desconocimiento del derecho a la seguridad social, en los términos de los citados textos internacionales de jerarquía constitucional, en grado tal que compromete el derecho a la vida, primer derecho de la persona humana que resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional (Campodónico de Beviacqua c. Ministerio de Salud, Fallos: 323:3229, 3239, considerando 15, sus citas y otros), y cuya garantía, mediante 'acciones positivas', resulta una 'obligación impostergable' de las autoridades públicas (ídem, p. 3239, considerando 16)".

En el mismo fallo, la CSJN cita el caso de los "Niños de la Calle" [Villagrán Morales y otros], del 19 de noviembre de 1999, Serie C Nº 63, párr. 144 en el cual la Corte Interamericana de Derechos Humanos establece que "en razón del carácter fundamental del derecho a la vida, no son admisibles enfoques restrictivos del mismo. En esencia, el derecho fundamental a la vida comprende, no sólo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que no se le impida el acceso a las condiciones que le garanticen una existencia digna. Los Estados tienen la obligación de garantizar la creación de las condiciones que se requieran para que no se produzcan violaciones de ese derecho básico".

Cabe asimismo, citar el comentario de R. Gargarella¹ al fallo mencionado en el cual afirma que es posible establecer una distinción entre derechos y privilegios, siendo factible, para el caso de estos últimos, el establecimiento de condicionamientos más laxos. Sin embargo, encontrándose en juego el derecho a la salud, tales privilegios no podrán otorgarse mediante la utilización de

¹ "Cómo no debería pensarse el derecho a la igualdad. Un análisis de las opiniones disidentes en el fallo 'Reyes Aguilera'", R. Gargarella, SJA 7/11/2007

critérios que contraríen las obligaciones asumidas por el Estado, tanto constitucional como internacionalmente.

A mayor abundamiento, el mismo autor expone que *"en situaciones como la referida, los jueces deben examinar el caso de que se trate con el escrutinio más estricto (strict scrutiny) y no con un análisis liviano, de 'mera racionalidad'. Los jueces deben asumir, en tales situaciones, que la norma en cuestión - la que pretende distinguir entre personas a partir de cuestiones moralmente arbitrarias - es, prima facie, inválida"*.

III. CONCLUSIÓN

Luego del análisis efectuado, y por las razones expuestas, esta Asesoría Legal considera que la privación al Sr. C. R. S. de la posibilidad de acceder al financiamiento de la intervención solicitada podría constituir una conducta discriminatoria.

Es todo cuanto considero pertinente informar.