



BOLETÍN DE JURISPRUDENCIA

1 de diciembre de 2022
Día Mundial del sida
#PoneteLaCinta

LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON VIH

JURISPRUDENCIA SELECCIONADA PENAL,
CIVIL, LABORAL Y CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO (2009-2022)

Ministerio Público de la Defensa, Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia

El Ministerio Público de la Defensa de la Nación es una institución del sistema de justicia nacional y federal que se encarga de la defensa y protección de los derechos humanos. El MPD garantiza el acceso a la justicia y la asistencia jurídica integral, en casos individuales y colectivos, en especial de quienes se encuentren en situación de vulnerabilidad. La Constitución Nacional, en su artículo 120, instituye el MPD como un órgano independiente del resto de los poderes del Estado, con autonomía funcional y autarquía financiera.

La Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia es responsable de las actividades de formación, actualización y perfeccionamiento que se realizan en el Ministerio Público de la Defensa. Su proyecto pedagógico se apoya en el empleo de diferentes estrategias; entre ellas, gestiona un ecosistema profesional en el que promueve la circulación y la producción de información jurídica con perspectiva de derechos humanos. En ese marco, el presente repositorio pone a disposición de toda la comunidad la selección y recopilación de jurisprudencia y otros materiales jurídicos producidos por el Ministerio Público de la Defensa.

Fundación Huésped

Fundación Huésped es una organización argentina con alcance regional que, desde 1989, trabaja en áreas de salud pública con el objetivo de que el derecho a la salud y el control de enfermedades sean garantizados. Nuestro abordaje integral incluye el desarrollo de investigaciones, soluciones prácticas y comunicación vinculadas a las políticas de salud pública en nuestro país y en la región.

Nuestra misión es desarrollar investigaciones científicas y acciones de prevención y promoción de los derechos para garantizar el acceso a la salud y reducir el impacto de las enfermedades con foco en VIH/sida, hepatitis virales, enfermedades prevenibles por vacunas y otras enfermedades transmisibles, así como en salud sexual y reproductiva. Trabajamos sobre tres premisas básicas: prevención, ciencia y derechos.

CONTENIDO

PALABRAS INICIALES.....	7
-------------------------	---

1. JURISPRUDENCIA: PENAL	13
--------------------------------	----

1.1. CÁMARA FEDERAL DE CASACIÓN PENAL, SALA II. "ALIENDRO". CAUSA Nº 1800/2017. REGISTRO Nº 608/19. 15/4/2019.	14
---	----

- *Cárceles. Derecho a la salud. HIV. Asistencia médica.* 14
- *Cárceles. LGBTIQ. Vulnerabilidad.* 14
- *Prisión domiciliaria. Vigilancia electrónica.*..... 15
- *Prisión domiciliaria. Deber de fundamentación. Arbitrariedad.* 15

1.2. CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL, SALA II. "CPA". CAUSA Nº 26265/2014. REG. Nº 565/2017. 10/7/2017.	16
--	----

- *Principio de insignificancia. Principio de oportunidad*..... 16
- *Principio de proporcionalidad.* 16
- *Vulnerabilidad. VIH.* 17

1.3. TRIBUNAL ORAL EN LO CRIMINAL FEDERAL Nº 8. "RAG". CAUSA Nº 8025/2013. 6/7/2022.....	18
--	----

- *LGBTIQ. Identidad de género. Migrantes. Actos discriminatorios. Perspectiva de género. Perspectiva de interseccionalidad. Audiencia. Testimonios.* 18
- *LGBTIQ. Género. Identidad de género. Orientación sexual. Perspectiva de género. Estereotipos de género. Actos discriminatorios.*..... 19
- *LGBTIQ. Identidad de género. Migrantes. Estereotipos de género. Actos discriminatorios. Derecho a la identidad. Derecho a la integridad personal. Derecho a la libre circulación. Derecho a la salud. HIV. Consumo personal de estupefacientes. Derecho al trabajo. Derecho al acceso a una vivienda digna. Residencia precaria. Audiencia. Testimonios.* 20
- *LGBTIQ. Estupefacientes. Tenencia de estupefacientes. Consumo personal de estupefacientes. Tráfico de estupefacientes. Principio de insignificancia. Detención de personas. Procedimiento policial. Actos discriminatorios. Estereotipos de género. Perspectiva de género. Vulnerabilidad.* 21
- *LGBTIQ. Identidad de género. Migrantes. Estupefacientes. Tráfico de estupefacientes. Juicio abreviado. Responsabilidad penal. Expulsión de extranjeros. Perspectiva de género. Actos discriminatorios.* 23

23

- *LGBTIQ. Identidad de género. Migrantes. Prostitución. Estupefacientes. Tráfico de estupefacientes. Delitos contra la salud pública. Perspectiva de género. Estado de necesidad. Actos discriminatorios. Procedimiento policial. Detención de personas.* 23
- *LGBTIQ. Identidad de género. Migrantes. Perspectiva de género. Estado de necesidad. Rebeldía. Delitos conexos. Sentencia absolutoria.* 26

1.4. TRIBUNAL ORAL EN LO CRIMINAL FEDERAL Nº 2 DE CÓRDOBA. "ZAMPONI". CAUSA Nº 13175/2016. 23/8/2019.	27
--	----

- *Pena. Determinación de la pena. Declaración de inconstitucionalidad.* 27
- *Informe interdisciplinar. Vulnerabilidad. Reinserción social.* 28

1.5. CÁMARA FEDERAL DE APELACIONES DE LA PLATA, SALA III. "RODRÍGUEZ CASTILLO". CAUSA Nº 4215/2017. 12/4/2017.	29
---	----

• Cárceles. Personas privadas de la libertad. Condiciones de detención. Derecho a la salud. Responsabilidad del Estado.	29
• Cárceles. Servicio Penitenciario Federal. Derecho a la salud.	29
• Habeas corpus. Jueces. Competencia.	30
1.6. JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA EN LO PENAL CONTRAVENCIONAL Y DE FALTAS N° 15. "KMA". 17/11/2021.	31
• Vulnerabilidad. LGBT. HIV.	31
2. JURISPRUDENCIA: PENAL, RELACIONADA CON LA EMERGENCIA SANITARIA	33
2.1. CÁMARA FEDERAL DE CASACIÓN PENAL, SALA II. "PPN". CAUSA N° 10082/2013. REGISTRO N° 242/20. 24/4/2020.	34
• Emergencia sanitaria. Cámara Federal de Casación Penal. Jurisprudencia.	34
• Cárceles. Emergencia sanitaria. HIV. Derecho a la salud.	35
• Cárceles. LGBTIQ. Emergencia sanitaria. Vulnerabilidad. Corte Interamericana de Derechos Humanos.	35
• Ejecución de la pena. Prisión domiciliaria. Consentimiento fiscal. Principio acusatorio	35
2.2. CÁMARA FEDERAL DE CASACIÓN PENAL, SALA DE FERIA. "DE IRAZU". CAUSA N° 11732/2014. REGISTRO N° 39/2020. 7/4/2020.	37
• Prisión domiciliaria. Derecho a la salud. Interés superior del niño. Deber de fundamentación.	37
• Prisión domiciliaria. HIV. Emergencia sanitaria.	38
2.3. CÁMARA FEDERAL DE CASACIÓN PENAL, SALA III. "ZAGAZ CARVALLO". CAUSA N° 42727/2015. 20/3/2020.	39
• Emergencia sanitaria. Excrcelación. Prisión domiciliaria. Recurso de casación.	39
2.4. CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL, SALA DE FERIA. "NOCEDA". CAUSA N°96405/2019. REG. N° 370/2020. 3/4/2020.	41
• Prisión preventiva. Riesgos procesales. Antecedentes condenatorios. Peligro de fuga.	41
• Emergencia sanitaria. Excrcelación.	42
2.5. TRIBUNAL ORAL EN LO CRIMINAL FEDERAL N° 6 DE LA CAPITAL FEDERAL. "CARRERA". CAUSA N° 19936/2018. 2/4/2020.	43
• Emergencia sanitaria. Excrcelación. Riesgos procesales.	43
• Emergencia sanitaria. HIV. Prisión domiciliaria.	44
2.6. JUZGADO NACIONAL DE EJECUCIÓN PENAL N° 5. "TEJERA". CAUSA N° 18978/2016. 31/3/2020.	45
• Prisión domiciliaria. Ejecución de la pena. Derecho a la salud.	45
• Emergencia sanitaria. Personas privadas de la libertad. Hacinamiento. Condiciones de detención.	46
• Emergencia sanitaria. Derecho a la salud. Prisión domiciliaria.	46
• Emergencia sanitaria. HIV. Derecho a la salud.	47
3. JURISPRUDENCIA: CIVIL, LABORAL Y CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO	48
3.1. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. "MMY". CAUSA N° 965/2014. 19/2/2015.	49

• Competencia. Competencia Federal. Conflicto de competencia. Derechos fundamentales. Estado Nacional. Sistema federal. Constitución Nacional. No discriminación. HIV. Acción de amparo.	49
• Competencia originaria de la Corte Suprema. Estado Nacional. Constitución Nacional. Interpretación de la ley.	50
3.2. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DE CHUBUT. “BHG”. CAUSA Nº 24668/2017. 7/5/2018.	51
• Derecho a la vida. Derecho a la salud. Derecho a la preservación de la salud. Constitución Nacional. Interpretación de la ley. Corte Suprema de Justicia de la Nación. Jurisprudencia.	51
• HIV. Ley aplicable. Sistema nacional del seguro de salud. Obras sociales. Medicina prepaga. Contrato de medicina prepaga. Derechos de los consumidores. Derecho a la salud. Solidaridad. Libertad de contratar. Reglamentación. Discrecionalidad. Corte Suprema de Justicia de la Nación. Jurisprudencia.	52
3.3. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DE JUJUY. “RV”. CAUSA Nº 164082. 9/9/2015.	54
• No discriminación. Despido. HIV. Carga de la prueba.	54
3.4. CÁMARA FEDERAL DE MAR DEL PLATA. “Red de Personas”. CAUSA Nº 30597. 26/3/2018.	56
• Acción de amparo. Cannabis. Medicamentos. HIV. Derecho a la salud. Procesos colectivos.	56
3.5. CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES DEL TRABAJO, SALA VIII. “TAD”. CAUSA Nº 64685/2017. 11/7/2022.	57
• Aseguradora de riesgos de trabajo. Responsabilidad extracontractual. Accidentes del trabajo. Daños y perjuicios. Derecho a la salud. HIV. Principio de dignidad humana. Derecho a la integridad personal. Reparación. Indemnización. Derechos del paciente. Código Civil y Comercial de la Nación. Incumplimiento.	57
• Daño. Daño moral. Daño psicológico. Responsabilidad. Responsabilidad civil. Indemnización.	58
3.6. CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL, SALA B. “ALF”. CAUSA Nº 15841/2017. 3/6/2022.	59
• Actos discriminatorios. Igualdad. No discriminación. Ley aplicable. Interpretación de la ley. Tratados internacionales. Constitución Nacional. Corte Suprema de Justicia de la Nación. Jurisprudencia.	59
• HIV. Actos discriminatorios. Igualdad. No discriminación. Derecho al trabajo. Libertad de contratar. Prueba. Carga de la prueba. Indicios. Presunciones. Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.	60
3.7. CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL, SALA H. “MAD”. CAUSA Nº 51920/2012. 15/7/2020.	63
• Acción de amparo. Obras sociales. Médicos. Responsabilidad. Igualdad. No discriminación. HIV. Derecho a la salud. Prueba. Carga de la prueba. Carga dinámica de la prueba. Presunción. Ley aplicable. Interpretación de la ley. Principio de dignidad humana. Categoría sospechosa. Constitución Nacional. ...	63
• HIV. Derecho a la salud. Prueba. Valoración de la prueba. Discriminación. Médicos. Responsabilidad. Principio de dignidad humana. Interpretación de la ley.	65
3.8. CÁMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL, SALA II. “IEFA”. CAUSA Nº 832/2015. 27/2/2018.	66
• Medicina prepaga. Contrato de medicina prepaga. Declaración jurada. Enfermedad. Rescisión del contrato. Ley aplicable.	66
• HIV. Derecho a la salud. Tratamiento médico. Prueba. Carga de la prueba. Contrato de medicina prepaga. Declaración jurada. Interpretación de los contratos. Mala fe. Buena fe. Rescisión del contrato. Arbitrariedad.	67

3.9. CÁMARA DE APELACIONES EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y TRIBUTARIO DE CABA. “ARC”. CAUSA Nº 44899. 25/10/2017.	69
• <i>Acción de amparo. Cannabis. Medicamentos. HIV. Derecho a la salud. Médicos. Medidas cautelares.</i>	69
3.10. CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL, SALA H. “MMJ”. Causa Nº H510828. 7/4/2009.	71
• <i>LGBTIQ. No discriminación. HIV. Daños y perjuicios. Reparación. Trabajo. Igualdad. Daño. Actos administrativos.</i>	71
3.11. JUZGADO NACIONAL EN LO CIVIL Nº 22. “PGD”. CAUSA Nº 32177/2019. 7/9/2021.	73
• <i>HIV. Actos discriminatorios. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. No discriminación. Igualdad. Relación de trabajo.</i>	73
• <i>Tratamiento médico. Contrato de trabajo. Actos discriminatorios. Organización Internacional del Trabajo. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de la Nación. HIV. Ley aplicable.</i>	74
• <i>Actos discriminatorios. Prueba. Apreciación de la prueba. Presunciones. Inversión de la carga de la prueba.</i>	74
• <i>Daño. Indemnización. Reparación y cuantificación de rubros indemnizatorios. Derechos personalísimos. Elementos constitutivos de la responsabilidad civil.</i>	76
• <i>Elementos constitutivos de la responsabilidad civil. Daño. Relación de causalidad. Reparación. Indemnización.</i>	76
• <i>Consecuencias extrapatrimoniales. Daño moral. Indemnización. Reparación y cuantificación de rubros indemnizatorios.</i>	77
• <i>Indemnización. Reparación y cuantificación de rubros indemnizatorios. Pérdida de chance.</i>	78
• <i>Daño psicológico. Incapacidad. Reparación y cuantificación de rubros indemnizatorios. Derecho a la integridad personal.</i>	79
• <i>Reparación y cuantificación de rubros indemnizatorios. Prueba. Apreciación de la prueba. Incapacidad sobreviniente.</i>	80
• <i>Acción de amparo. Vivienda. Derecho al acceso a una vivienda digna. Constitución Nacional. Tratados internacionales. Ley aplicable. Interpretación de la ley.</i>	81
• <i>Situación de calle. Derecho al acceso a una vivienda digna. Responsabilidad del estado. Vulnerabilidad. No discriminación.</i>	83
• <i>HIV. Género. Estereotipos de género. LGBTI. Vulnerabilidad. Igualdad. No discriminación. Responsabilidad del estado. Principio de dignidad humana. Corte Suprema de Justicia de la Nación.</i>	84
3.13. JUZGADO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL Nº 3. “YMD”. CAUSA Nº 55114/2016. 18/11/2020.	85
• <i>Fuerzas armadas. Poder Ejecutivo. Facultades discrecionales. Reglamento. Ascenso. Grado militar. Idoneidad. Igualdad. No discriminación. Constitución Nacional. Razonabilidad.</i>	85
• <i>HIV. Actos discriminatorios. Prueba. Informe pericial. Derecho a la salud. Corte Suprema de Justicia de la Nación. Jurisprudencia. Motivación del acto administrativo. Arbitrariedad. Control judicial. Daño moral. Indemnización.</i>	87

PALABRAS INICIALES

En 2012 se publicó la segunda edición de la “Guía de buenas prácticas ético legales en VIH/Sida” prologada por la Defensora General de la Nación, Dra. Stella Maris Martínez. Se trató de una publicación coordinada por el Dr. Ignacio Maglio que sistematizó los principales desafíos para el acceso a derechos de las personas con VIH en nuestro país.

A casi diez años de esa publicación, y con la reciente sanción de la [ley 27.675](#) que actualiza el marco jurídico de respuesta al VIH, Hepatitis virales, infecciones de transmisión sexual y tuberculosis en nuestro país, resulta oportuno reflexionar sobre los desafíos más actuales en materia de acceso a derechos para las personas con VIH y quienes están más expuestas al virus.

Mientras en los últimos 10 años la respuesta biomédica al VIH ha cambiado significativamente, las agendas de derechos permanecen preocupantemente estables. En la respuesta biomédica al VIH se desarrollaron mejoras a los tratamientos disponibles reduciendo sus efectos adversos e incrementando su tolerancia y adherencia. La evidencia científica nos permitió conocer que una persona con correcta adherencia al tratamiento puede alcanzar niveles indetectables del virus y que en esas circunstancias no transmite el virus por vía sexual (indetectable = intransmisible). Se desarrollaron estrategias farmacológicas preventivas, como la profilaxis post exposición que es efectiva para prevenir la infección si comienza a tomarse en las 72hs de la situación de riesgo, y la profilaxis pre exposición, que permite a una persona tomar preventivamente ciertos medicamentos antirretrovirales y, así, evitar la infección por VIH. El acceso a derechos, por su parte, encuentra como una barrera el estigma y la discriminación que continúa afectando a las personas con VIH en diferentes ámbitos de la vida. El acceso al empleo es un desafío: el 65% de las personas con VIH accede a su tratamiento en el sistema público de salud, lo que da cuenta de que carece de las prestaciones de seguridad social propias del empleo registrado. La confidencialidad del estatus serológico sigue siendo un tema clave para asegurar sus derechos. El acceso al tratamiento y a los esquemas preventivos antes mencionados aún presentan algunas barreras que se profundizan en ciertos contextos y, especialmente, en los subsistemas de salud privados. Las personas con VIH que se encuentran privadas de su libertad, tanto en contextos penitenciarios como en dispositivos de salud mental y de protección de derechos, enfrentan el doble desafío de acceder al tratamiento antirretroviral y las instancias de seguimiento adecuadas y, al mismo tiempo, lograr sostener la confidencialidad de su serología positiva para VIH.

La nueva ley recepta y cristaliza preceptos que el marco jurídico internacional ya establecía y ofrece precisiones para la garantía de una respuesta al VIH/Sida y las infecciones de transmisión sexual que cuente con perspectiva de género y derechos. Busca asegurar el acceso a derechos tanto de las personas que viven con VIH como de aquellas que, por enfrentar especiales situaciones de exclusión, se encuentran particularmente expuestas a contraerlo o afectadas por él, poblaciones clave en términos del Programa Conjunto para el VIH de Naciones Unidas, ONUSIDA. Entre sus previsiones se destacan:

- La incorporación entre las medidas de respuesta al VIH que deben implementar todos los subsistemas de salud, tanto su tratamiento y control periódico, como las formas de prevención general –ESI, acceso a servicios de Salud Sexual y Reproductiva y a preservativos– y de prevención combinada –medidas de profilaxis post exposición para situaciones de riesgo y profilaxis pre exposición para aquellas personas que se encuentran especialmente expuestas (art. 2, 3 y 6 de la ley 27.675).
- La prohibición de la criminalización de una persona por su serología (art. 2 y 6).
- La expresa garantía del derecho a acceder al tratamiento en forma confidencial, estable y segura para aquellas personas que por diferentes razones viven en instituciones de encierro, sean estas penitenciarias, espacios de salud como los hospitales monovalentes, o instituciones de cuidados para niñas y niños sin cuidados parentales. Este derecho alcanza expresamente a las personas que transitan en su domicilio una pena privativa de la libertad, a quienes se les debe garantizar el efectivo acceso a la medicación y los controles médicos correspondientes (art. 7).
- La prohibición de los testeos en los exámenes pre-ocupacionales y en toda instancia de desarrollo laboral para evitar la discriminación en el acceso al empleo (art. 8).
- El reconocimiento del derecho a la seguridad social mediante una pensión no contributiva para las personas en situación de exclusión social, y una jubilación anticipada para aquellas personas con más de 10 años de diagnóstico y 20 años de aportes (arts. 24 en adelante).

En ese marco, este boletín de jurisprudencia propone socializar la jurisprudencia más actualizada y generar una instancia de reflexión sobre la garantía de los derechos sexuales y reproductivos y los derechos de las personas con VIH. La jurisprudencia que se reseña en este documento da cuenta del avance de algunos de estos derechos en la práctica jurídica local. Es un esfuerzo de sistematización cuya base normativa es el marco jurídico anterior, pero cuya recopilación busca facilitar la aplicación de la nueva ley e impulsar el efectivo ejercicio de los derechos por parte de las personas que acceden a los servicios de defensa pública.

Instrumentos internacionales útiles para intervenir en casos que involucran el VIH/Sida

Existen una serie de instrumentos internacionales que ofrecen un marco de referencia para la atención de casos que involucran los derechos de personas con VIH. A continuación, algunas referencias útiles:

- a) La declaración política de la Asamblea General de las Naciones Unidas

La Reunión de Alto Nivel sobre VIH/SIDA es un encuentro que tiene lugar cada cinco años en la que los Estados dialogan sobre la situación del VIH a nivel global con dos objetivos: evaluar el

cumplimiento de los compromisos asumidos en la declaración anterior y el avance de la estrategia global de respuesta al VIH, y consensuar los avances en la implementación de la estrategia global para terminar con la epidemia de acuerdo a los compromisos establecidos en el marco de los Objetivos de Desarrollo Sustentables (ODS).

Durante 2021, en la Reunión de Alto Nivel de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre el Sida, los Estados miembros de las Naciones Unidas hicieron una declaración política en la que adoptaron una serie de objetivos ambiciosos dirigidos a controlar la epidemia del VIH en el mundo para el 2030. Buscar que el 95 % de las personas que viven con el VIH conozca su estado serológico, el 95 % de las personas que conozcan su estado serológico y este sea positivo esté en tratamiento para el VIH y que el 95 % de las personas en tratamiento contra el VIH alcance niveles indetectables del virus y pueda no transmitir el VIH por vía sexual (I=I) es una parte significativa del camino en la respuesta. Pero esta declaración no solo establece la importancia de trabajar en medidas de prevención dirigidas a fortalecer el testeo, diagnóstico temprano y tratamiento de las personas con VIH. También identifica como un elemento clave de la respuesta lograr que las poblaciones clave o especialmente expuestas, gais y otros hombres que tienen relaciones sexuales con hombres, trabajadores y trabajadoras sexuales, usuarios de drogas inyectables, personas trans y personas en prisión y entornos cerrados¹, puedan vivir una vida libre de discriminación. Para lograrlo, impulsa que para el 2025 menos del 10 % de los países cuenten con marcos jurídicos y políticos que restrinjan derechos, menos del 10 % de las personas que viven con el VIH o que están en riesgo de contraerlo o que están afectadas por el virus se enfrenten al estigma y la discriminación, y que menos del 10% de las niñas y mujeres afectadas por el virus enfrenten desigualdades de género.

La declaración política sostiene entre sus presupuestos que es necesario “[c]rear un entorno jurídico propicio revisando y reformando, según sea necesario, los marcos jurídicos y de políticas restrictivos, incluidas las leyes y prácticas discriminatorias que crean obstáculos o refuerzan el estigma y la discriminación, como las leyes relativas a la edad de consentimiento y las relativas a la no revelación de la condición de seropositivo y la exposición al VIH y su transmisión, las que imponen restricciones para viajar relacionadas con el VIH y las pruebas obligatorias y las que van destinadas injustamente a las personas que viven con el VIH, corren el riesgo de contraerlo o se ven afectadas por él, con objeto de lograr, de aquí a 2025, que menos del 10 % de los países tengan marcos jurídicos y de políticas restrictivos que conduzcan a la denegación o limitación del acceso a los servicios”.

b) Documentos sobre la ciencia relativa al VIH en el contexto del derecho penal

¹ Ver Onusida, 2015, Documento de referencia. Orientaciones terminológicas. Disponible en español en: https://www.unaids.org/sites/default/files/media_asset/2015_terminology_guidelines_es.pdf

Existen dos documentos relevantes para comprender las graves consecuencias y falencias en materia de evidencia científica que atañen las investigaciones penales por alegadas exposiciones o transmisiones del VIH. La primera, conocida como Declaración de Oslo sobre la criminalización del VIH, se trata de un documento elaborado por la sociedad civil internacional en el año 2012 que cuenta con la firma de profesionales reconocidos por su trayectoria en medicina e investigación clínica. La segunda, publicada en julio de 2018, es la Declaración de Consenso de Expertos, que indica que las leyes que criminalizan el VIH son inefectivas, injustificadas y discriminatorias. En muchos casos, estas leyes mal concebidas exacerban la propagación del VIH, ya que provocan que las personas con VIH y aquellas en riesgo de infección se mantengan por fuera de los servicios de salud.

Los expertos aclaran que no existe la posibilidad de transmitir VIH a través del contacto con saliva de una persona con VIH, incluyendo a través de besos, mordiscos o escupidas. Además, los últimos avances médicos y científicos sobre la transmisión del VIH son contundentes respecto a que el riesgo de transmisión por un solo acto de sexo sin protección es extremadamente bajo, y no hay posibilidad de transmisión durante el sexo vaginal o anal si la pareja VIH positiva tiene una carga viral indetectable. Por otro lado, no es posible establecer pruebas de transmisión de VIH de un individuo a otro, ni siquiera con las herramientas científicas más avanzadas, como para asegurar cuál fue la cadena de transmisión.

c) Lactancia VIH y Derechos

En la actualidad, la mayoría de las recomendaciones nacionales e internacionales sugieren la sustitución de la lactancia materna como una medida de prevención de la transmisión vertical en las zonas en las que el acceso a agua potable es generalizado. Esta recomendación cede ante la falta de acceso a agua potable.

El consenso de Expertos en lactancia y VIH de Estados Unidos y Canadá² reconoce la inequidad de género en que se produce la evidencia científica y la limitación en materia de argumentos que rodea actualmente la toma de decisiones en materia de lactancia y VIH en tanto la búsqueda de riesgo cero evita reconocer otros factores de peso en la toma de la decisión, y promueve el reconocimiento del derecho de las familias de tomar la decisión de cómo alimentar a las y los recién nacidos basadas en información y sin coerción.

Este consenso se da en un contexto en que personas gestantes, con la información disponible y los datos surgidos de latitudes en que el acceso a agua potable es un desafío, eligen sostener la lactancia materna a pesar de la recomendación general de las y los profesionales de la salud. En ese marco se han observado una serie de situaciones que incluyen judicializaciones en di-

² Ver en inglés, el consenso de expertos y expertas disponible en: <https://www.thewellproject.org/hiv-information/expert-consensus-statement-breastfeeding-and-hiv-united-states-and-canada>

versos fueros y diferentes fines, tanto para determinar los alcances de posibles responsabilidades penales y/o de la facultad legal para la decisión. El proceso de gestación, parto y lactancia es una instancia de especial vulnerabilidad en la que las previsiones sobre derechos de las personas gestantes y violencia obstétrica deben observarse con especial cuidado, reconociendo que las personas con VIH enfrentan mayores situaciones de vulneración a sus derechos. En estas circunstancias, que no ofrecen aún lineamientos precisos, es útil conocer que la evidencia científica vigente no permite establecer que indetectable sea igual a intransmisible en contexto de lactancia. Pero sí ha identificado una serie de medidas que permiten minimizar el riesgo de transmisión vertical en estos contextos, entre ellas la no incorporación de lactancia mixta, la reducción del periodo de lactancia, el seguimiento constante y la supervisión de la correcta prendida y la prevención de heridas en las mamas. Todas medidas que se favorecen por un adecuado vínculo entre el sistema de salud que lleva adelante el acompañamiento y las personas gestantes.

b) Lenguaje clave

<i>VIH</i>	El Virus de Inmunodeficiencia Humana (HIV, por sus siglas en inglés) es un virus que afecta al sistema de defensas del organismo, llamado sistema inmunológico. Una vez debilitado por el VIH, el sistema de defensas permite la aparición de enfermedades. Esta etapa avanzada de la infección por VIH es la que se denomina Síndrome de Inmuno Deficiencia Adquirida (sida). Esto quiere decir que el sida es un conjunto de síntomas (síndrome) que aparece por una insuficiencia del sistema inmune (inmunodeficiencia) causada por un virus que se transmite de persona a persona (adquirida).
<i>Persona con VIH / personas viviendo con VIH</i>	Hay que evitar las referencias que hablan de personas portadoras o que refieren a la persona por su diagnóstico o condición clínica. Estas formas de identificar la serología con las personas las estigmatiza y discrimina.
<i>Murió a causa del SIDA o por enfermedades relacionadas al SIDA</i>	El sida es la etapa avanzada de la infección por VIH, que deteriora el sistema de defensas y permite la aparición de enfermedades. No es correcto afirmar que nadie muera de sida, por eso se promueven en su lugar expresiones que reflejan correctamente el modo en que el virus, sin tratamiento, puede dar lugar a otras infecciones o problemáticas de salud.
<i>El VIH se transmite.</i>	No hablamos de contagio, porque implica suponer que, como la gripe o el Covid-19, la cercanía con personas con VIH puede provocar una infección. La transmisión del VIH se produce por el contacto con fluidos. Principalmente en el marco de relaciones sexuales, sean estas vaginales, anales u orales. Puede darse en relaciones heterosexuales u homosexuales que se

produzcan sin protección con personas con VIH con alta carga viral.

<i>Test de VIH</i>	El TEST de VIH consiste en un análisis de sangre que detecta la presencia de anticuerpos contra el VIH. Esta prueba puede ser una prueba rápida o un estudio de laboratorio. Su resultado debe ser confirmado con otra prueba, que mide la cantidad de virus en sangre (Carga Viral).
<i>Carga viral</i>	Cantidad de VIH en sangre. Cuanto más virus haya en ese fluido, más rápido disminuirá el recuento de células CD4 y mayor será el riesgo de enfermar.
<i>Test de Carga Viral</i>	Es la prueba que se realiza para establecer la cantidad de VIH en sangre.
<i>CD4</i>	Son glóbulos blancos que ayudan a organizar la respuesta del sistema inmunitario frente a las infecciones, y es a las células que ataca el VIH.
<i>Tratamiento antiretroviral</i>	Es una combinación de diferentes drogas o familias de drogas que inhiben distintas enzimas del VIH con el objetivo de evitar que se reproduzcan copias del virus.
<i>Profilaxis post exposición (PPE o PEP por sus siglas en inglés)</i>	Es un tratamiento de emergencia por 30 días para el VIH al que se accede inmediatamente después de haber estado expuesto a una situación de riesgo (hasta 72 hs. después).
<i>Periodo de ventana</i>	Los anticuerpos frente al VIH pueden tardar entre 3 a 4 semanas desde el momento de la infección en ser detectados. Durante este tiempo (llamado “período ventana”), los análisis pueden dar un resultado negativo, aunque la persona tenga el virus. Por eso se sugiere realizar el test a los 30 días desde la situación de riesgo.
<i>Vías de transmisión</i>	Relaciones sexuales vaginales, anales u orales, heterosexuales u homosexuales sin protección con una persona que tiene alta carga viral. Por vía sanguínea, por compartir agujas o jeringas o cualquier otro elemento cortante o punzante, y por transfusiones de sangre no controladas. Por Vía Vertical, de la persona gestante al bebé durante el embarazo, el parto o la lactancia, sin el tratamiento adecuado.

1. JURISPRUDENCIA: PENAL

1.1. CÁMARA FEDERAL DE CASACIÓN PENAL, SALA II. “ALIENDRO”. CAUSA Nº 1800/2017. REGISTRO Nº 608/19. 15/4/2019.

HECHOS

La defensa de una mujer trans que estaba alojada en un complejo penitenciario solicitó que se le concediera el arresto domiciliario. En particular, sostuvo que la mujer vivía con VIH y que su permanencia en un establecimiento penitenciario podía provocar un deterioro en su estado de salud. Además, indicó que la mujer integraba el listado de personas que, según la Dirección General de Régimen Correccional, podían ser incorporadas al “Protocolo para la asignación prioritaria del dispositivo electrónico de control”. El Tribunal Oral rechazó el pedido. Para decidir de esa manera, señaló que la imputada podía ser atendida por los médicos de la unidad y recibir el tratamiento indicado. Contra esa decisión, la defensa interpuso un recurso de casación.

DECISIÓN

La Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal hizo lugar a la impugnación, anuló la resolución recurrida y remitió las actuaciones al tribunal de origen a fin de que se dictara un nuevo pronunciamiento (jueza Ledesma y jueces Yacobucci y Slokar).

ARGUMENTOS

- ***Cárceles. Derecho a la salud. HIV. Asistencia médica.***

“[E]n la resolución recurrida el tribunal hizo referencia a que la dolencia que padece la imputada [...] puede ser atendida por los galenos de la Unidad de Detención y que se le imparte un tratamiento específicamente indicado para su afección, sin embargo, no ha dado respuesta al agravio esgrimido relativo a que tratándose la imputada de una paciente inmunodeprimida, las patologías ocasionales y circundantes del mundo carcelario constituyen una amenaza constante, máxime teniendo en cuenta la proximidad de la temporada invernal en la cual afloran las enfermedades respiratorias las que frente a la enfermedad de base de la recurrente imponen la ponderación por la parte del juez de grado de todas las circunstancias que integran el cuadro delicado de salud de la imputada...”.

- ***Cárceles. LGBTIQ. Vulnerabilidad.***

“Se agrega la especial condición de vulnerabilidad de la nombrada, pues se trata de una joven mujer transgénero transexual, y dada su condición debe valorarse el carácter excepcional de especial vulnerabilidad en el ámbito penitenciario”.

- ***Prisión domiciliaria. Vigilancia electrónica.***

“[E]n la decisión sometida a control jurisdiccional, también se soslayó el hecho que la imputada [...] integre el listado de personas que conforme la Dirección General de Régimen Correccional, podrían ser incorporadas al ‘Protocolo para la asignación prioritaria del dispositivo electrónico de control’ [...], circunstancia que ameritaba un pronunciamiento del a quo al respecto”.

- ***Prisión domiciliaria. Deber de fundamentación. Arbitrariedad.***

“[L]a resolución recurrida exhibe una fundamentación tan sólo aparente, constituyendo tal defecto una causal definida de arbitrariedad en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a la vez que incumple con el deber de motivar el fallo y por ende infringe el artículo 123 CPPN en cuanto exige que las decisiones judiciales sean fundadas y constituyan una derivación razonada del derecho vigente en relación con las circunstancias comprobadas en la causa”.

1.2. CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL, SALA II. "CPA". CAUSA N° 26265/2014. REG. N° 565/2017. 10/7/2017.

HECHOS

Un hombre intentó llevarse sin pagar de un local perteneciente a una cadena de farmacias dos desodorantes y un jabón. Luego de que el personal de seguridad le pidiera que abra su campera para revisarla, el hombre se retiró corriendo del comercio. En su escape arrojó uno de los productos que llevaba. A pocas cuadras, un policía lo detuvo y secuestró el resto de los objetos. En el marco del proceso, el hombre imputado refirió que vivía con VIH y que su único ingreso era una pensión por discapacidad de \$1800. El hombre fue condenado a la pena de quince días de prisión por el delito de hurto en grado de tentativa. Contra esa decisión, su defensa interpuso un recurso de casación por considerar, entre otras cuestiones, que la conducta resultaba atípica en virtud del principio de insignificancia.

DECISIÓN

La Sala II de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional hizo lugar a la impugnación y absolvió al imputado (voto del juez Morín al que adhirieron los jueces Niño y Sarabayrouse).

ARGUMENTOS

- ***Principio de insignificancia. Principio de oportunidad.***

“[El principio de insignificancia es] susceptible de ser invocado a dos niveles, a saber: desde un posicionamiento de fondo, la insignificancia opera como fundamento de la atipicidad de las conductas de ínfima trascendencia social o que afectan bienes jurídicos de un modo no significativo para el sistema penal; de otra parte, aún de considerarse que no actúa a nivel del tipo, esto es, que no podría tener por efecto excluir de aquél determinadas conductas por su mayor o menor lesividad, la insignificancia puede justificar el cese del ejercicio de la acción penal como criterio de oportunidad”.

“[S]ea ya por truncar la tipicidad o como criterio de oportunidad, la insignificancia debe tener por efecto expulsar hechos como el que se investiga [en el caso] de la intromisión más gravosa del Estado sobre los derechos individuales —así la respuesta penal—, frente a los cuales deberán procurarse medios alternativos de resolución del conflicto”.

- ***Principio de proporcionalidad.***

“En el mismo orden de ideas, el derecho penal protege solo una parte de los bienes jurídicos, e incluso esa porción no siempre de modo general, sino frecuentemente (como en el caso del

patrimonio) frente a formas de ataque concretas y de cierta entidad. Esta limitación se desprende de otro principio del derecho penal, a saber, el de proporcionalidad, que a su vez deriva del principio republicano y demanda la existencia de cierta relación entre la lesión al bien jurídico y la punición”.

“La lesión, empero, es condición necesaria pero no suficiente, puesto que no cualquier afectación amerita su categorización como delito y el consiguiente ejercicio del poder punitivo, sino que debe tratarse de una lesión significativa real, ostensible y grave. Los principios mencionados, entonces, imponen a los jueces abstraerse de soluciones dogmáticas alejadas de las particulares circunstancias del caso; en este sentido, no resulta suficiente que un hecho determinado en una primera aproximación parezca subsumirse en un tipo penal, sino que resulta necesario analizarlo a la luz de su lesividad concreta, su significancia social y la razonabilidad y proporcionalidad ínsitas al principio republicano, consideraciones tales que pueden motivar su exclusión del tipo”.

“[E]n casos como el que aquí nos ocupa no es posible soslayar la descomunal desproporción que implica la respuesta punitiva frente a la insignificante afectación de bienes jurídicos”.

- ***Vulnerabilidad. VIH.***

“[E]l decisorio impugnado omite toda consideración a las circunstancias particulares del imputado; así, su situación de desempleo, que posee un nivel de instrucción elemental (secundario incompleto), que se trata de una persona en situación de vulnerabilidad como portador de V.I.H —en control en un hospital público—, en razón de lo cual percibe una pensión por discapacidad [...] por parte del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, que, junto con una tarjeta que se le otorgó para realizar distintas compras sobre productos comestibles y artículos de limpieza que le aporta alrededor de trescientos pesos (\$300) por mes y un aproximado de mil quinientos (\$1.5000) pesos que dijo percibir a raíz de ‘changas’ que realiza, constituyen sus únicos ingresos, ciertamente insuficientes para costear sus necesidades y las de su hogar”.

1.3. TRIBUNAL ORAL EN LO CRIMINAL FEDERAL N° 8. “RAG”. CAUSA N° 8025/2013. 6/7/2022.

HECHOS

Una investigación de conductas vinculadas a la ley N° 23.737 fue desarrollada en distintas causas que luego fueron acumuladas. Las personas imputadas eran mujeres trans y travestis migrantes. A su vez, el tribunal interviniente declaró en rebeldía a dos de las imputadas y ordenó su captura. Durante la etapa de juicio oral, las mujeres que habían comparecido suscribieron un acuerdo de juicio abreviado. En su intervención, el representante del Ministerio Público Fiscal discrepó con la calificación indicada en los requerimientos de elevación a juicio y las modificó. En ese sentido, solicitó la absolución y el sobreseimiento de algunas de ellas. Luego, el tribunal oral llevó a cabo una audiencia de conocimiento personal. Entre otras cuestiones, de sus testimonios se desprendió que tenían entre veintinueve y cincuenta años, y contaban con estudios secundarios completos, terciarios y universitarios. Además, señalaron que residían en el país hacía más de diez años, en su mayoría con residencia precaria o documentación de su país de origen. Por último, refirieron que vivían con VIH.

DECISIÓN

El Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 8, de manera unipersonal, absolvió a las imputadas. Asimismo, dejó sin efecto las declaraciones de rebeldía y levantó las órdenes de captura (jueza Namer).

ARGUMENTOS

- ***LGBTIQ. Identidad de género. Migrantes. Actos discriminatorios. Perspectiva de género. Perspectiva de interseccionalidad. Audiencia. Testimonios.***

“El análisis de la información expuesta no puede limitarse a la mera descripción individualizada ni a una acumulación de experiencias que se consideren aisladas. Porque lejos de ser una casualidad la repetición biográfica, cada relato de vida descrito es la expresión de una historia colectiva.[N]o alcanza con simplemente afirmar que las personas sometidas a este proceso penal son del colectivo LGBTQ+, en su mayoría personas transgénero o travestis; que tienen entre 29 y 46 años; con estudios secundarios completos, terciarios y hasta universitarios; que son personas migrantes provenientes de Perú, Ecuador y Panamá, con una residencia en el país mayor a los diez años; que algunas cuentan con su DNI argentino, pero en su mayoría tienen residencia precaria o documentación de su país de origen, y en un solo caso el documento registra el género auto percibido; que casi todas ejercen la prostitución como medio de subsistencia, son portadoras de VIH y asiduas consumidoras de cocaína.

Los datos reseñados dan información cuantificable pero insuficiente si realmente se pretende conocer la porción del mundo a la que [se debe] abordar en esta sentencia. Es preciso hilvanar

en el análisis los denominadores que interrelacionan las historias individuales y hacen de ellas una experiencia colectiva situada”.

“Así el relato colectivo contribuyó a que los testimonios fuesen elocuentes en la reconstrucción de esas realidades complejas, signadas por la precariedad, las múltiples discriminaciones que se entrecruzan de manera interseccional y la exclusión estructural de toda posibilidad de ejercer sus derechos más fundamentales [...]. La experiencia común se explica por la pertenencia a un mismo colectivo identitario y ellas supieron poner en palabras su historicidad, mediante la exposición mancomunada de argumentos.

Las vivencias –individuales y colectivas– reseñadas deben ser analizadas desde un enfoque interseccional, entendido como la existencia de distintos factores de opresión u organizadores sociales que estructuran la vida de las personas en sus relaciones de poder produciendo efectos específicos [hay nota]. En el caso de las personas del colectivo LGBTIQ+ aquí imputadas, [...] tanto su orientación sexual como su identidad y expresión de género, se han constituido en vectores de opresión vinculados con otros –nacionalidad y condición migrante, clase, etnia, edad, etc.– que en interrelación constituyen un sistema de desigualdades estructurales con efectos concretos que han sido demostrados [hay nota]”.

- ***LGBTIQ. Género. Identidad de género. Orientación sexual. Perspectiva de género. Estereotipos de género. Actos discriminatorios.***

“La definición de identidad de género –que da en su segundo artículo [la ley N° 26.743 de Identidad de género]– es tomada de la definición dada en los Principios de Yogyakarta sobre la aplicación del Derecho Internacional de Derechos Humanos a las cuestiones de Orientación Sexual e Identidad de Género. Se define como la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, la cual puede corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento.

La descripción legal argentina de ‘identidad de género’ incluye también la vivencia personal del cuerpo. Es decir, contiene también lo que se conoce como expresión de género que es el modo en el que se manifiesta la pertenencia a un género determinado. [...] Como dice la ley, esto puede involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios farmacológicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que ello sea libremente escogido. También incluye otras expresiones de género, como la vestimenta, el modo de hablar y los modales. Según los Principios de Yogyakarta la orientación sexual se refiere a la capacidad de cada persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente al suyo, o de su mismo género, o de más de un género, así como a la capacidad de mantener relaciones íntimas y sexuales con estas personas”.

“La pertenencia a este colectivo de las personas aquí imputadas es una circunstancia que no ha sido tomada en cuenta a lo largo del trámite de las causas judiciales [...]. No se advirtió que podía tratarse de personas que pudiesen pertenecer a determinado colectivo identitario pese

a que sobran los indicios que señalaban esa pertenencia, o si se advirtió, no se abordó la relación de esa condición con las circunstancias del caso.

Lejos de tenerse en cuenta que pertenecen al colectivo LGBTQ+, hubo a lo largo del caso una suerte de negación de esa condición, evidenciada de manera sistemática, por ejemplo, al referirse a ellas a través del uso de los artículos y adjetivos en género masculino. Al momento de identificarlas, la inserción en las actas, formularios, sumarios y resoluciones, de sus nombres y géneros asignados al nacer. Todo ello confluye a que las medidas cautelares y las decisiones de fondo que se adoptaron a lo largo de las causas penales que integran el paquete de conexidades, tuviesen un sesgo de género, cargado de prejuicios y estigmatizaciones”.

- ***LGBTIQ. Identidad de género. Migrantes. Estereotipos de género. Actos discriminatorios. Derecho a la identidad. Derecho a la integridad personal. Derecho a la libre circulación. Derecho a la salud. HIV. Consumo personal de estupefacientes. Derecho al trabajo. Derecho al acceso a una vivienda digna. Residencia precaria. Audiencia. Testimonios.***

“[L]a construcción identitaria de las personas imputadas –y el modo en que en consecuencia pueden desarrollar sus vidas– también se conforma con otros vectores de opresión interrelacionados con su identidad y expresión de género [...]. Las experiencias de migración son muy frecuentes en las mujeres trans y travestis quienes dejan su hogar y lugar de origen a muy temprana edad. El 88,2% de travestis y mujeres trans no son oriundas de la Ciudad de Buenos Aires. Explican así, que existe una significativa interrelación de los procesos migratorios y la manifestación social de la identidad/expresión de género [hay nota].

En ese mismo sentido se expresaron las imputadas de esta causa durante la audiencia de conocimiento. Todas habían migrado hacía más de una década y explicaron que vinieron a la Argentina con el fin de poder ejercer libremente sus identidades de género y de orientación sexual. Consideraron que acá estaban mejor, en comparación a sus países de origen donde entendían que la sociedad era más conservadora. Todas manifestaron haber migrado solas, mientras que, el resto de su familia madre, padre, hermanas y hermanos continuaban aún hoy viviendo en sus países de origen. Y que sus familias las habían construido con sus amigas y compañeras”.

“También relataron las personas imputadas que la falta de acceso a un empleo formal respondía principalmente a su identidad y expresión de género, pero que se les dificulta aún más, por la carencia de un D.N.I. [...]. Las imputadas identificaron el motivo por el cual no están insertas en el mercado laboral formal: tiene una relación directa con su identidad y expresión de género. Casi todas tienen estudios terciarios o universitarios incompletos o finalizados. Las imputadas refirieron cuáles eran sus estudios, qué oficios habían aprendido, y qué capacidades laborales tenían, pero de seguido decían ‘quién me va a contratar a mí’”.

“Otra constante en este caso fue la vulnerable situación de salud de todas las personas imputadas. [E]l enorme porcentaje de personas LGBTIQ+ fallecidas con un promedio de edad de 32 años, siendo la principal causa la infección por VIH o por enfermedades asociadas (tuberculosis, neumonía, pulmonía), asesinatos, problemas derivados de las inyecciones de silicona, cirrosis y sobredosis, suicidio, cáncer, sífilis, entre otras causas del fallecimiento [hay nota]. Todas las personas imputadas son usuarias del servicio de salud pública, con nulas posibilidades de acceder a algún plan de medicina prepaga ni de tener obra social, en tanto no cuentan con una situación laboral dentro del mercado formal de trabajo. La mayoría refirió ser portadora de VIH”.

“Las imputadas, sostuvieron ser consumidoras, aunque no lo identificaron como un problema de salud y en algunos casos tampoco como una adicción. Puntualizaron que era una actividad bastante recurrente y la consideraron inherente al ejercicio de la prostitución: ‘consumo cuando hace mucho frío’, ‘consumo porque si no, no se puede’, ‘consumo para bancarme la calle’ [...]. Otro aspecto es el vinculado al acceso a la vivienda digna. Todo ese contexto socio-cultural en el que están inmersas les impide también acceder a otros derechos, como el de una vivienda digna. El hecho de que la mayoría cuente con una residencia precaria, no debería ser óbice para que puedan suscribir un contrato de alquiler. [...] El certificado de residencia precaria que otorga la Dirección Nacional de Migraciones es justamente la declaración de que esa residencia es regular. Que esa persona cuenta con un permiso de permanecer en el territorio argentino, hasta tanto le sea otorgado su permiso de residencia permanente o temporaria (art 20) o hasta que cese la prohibición de salir del territorio argentino dispuesta por decisión judicial (art. 69).

Sin embargo, la sola presentación de un certificado de residencia precaria para validar la identidad y suscribir un contrato de alquiler no resulta suficiente. Muchos propietarios prefieren alquilar a personas que cuenten con un documento argentino. Se suma a ello que la estigmatización del colectivo travesti/trans, como así también la pertenencia a un sector de la economía no solo informal, sino extremadamente marginal, son factores que coadyuvan a que las posibilidades de acceder a un alojamiento, les sea por demás limitada”.

- ***LGBTIQ. Estupefacientes. Tenencia de estupefacientes. Consumo personal de estupefacientes. Tráfico de estupefacientes. Principio de insignificancia. Detención de personas. Procedimiento policial. Actos discriminatorios. Estereotipos de género. Perspectiva de género. Vulnerabilidad.***

“Otro aspecto sumamente relevante para el caso es la criminalización del colectivo. En los últimos años, se han desarrollado estudios que abordan con mayor especificidad el problema de la criminalización de población travesti/trans, —y no solo de las mujeres cis—, con relación al narcotráfico.

Laurana Malacalza [hay nota] analiza esa criminalización y la relaciona con los procesos de estigmatización social sobre determinados grupos que se legitiman y reproducen a través de los

medios de comunicación y de las definiciones de políticas de seguridad y justicia: la categoría de ‘narcotravestis’ es usada por los medios de comunicación y replicada por los ‘vecinos’. Se analiza que la categoría alude a la presencia en el espacio público de grupos que rompen con la hegemonía y los sentidos comunes que se construyen acerca de las identidades de género, y por el otro resalta la condición de inmigrantes latinoamericanos —especialmente peruanas— asociados por los funcionarios públicos y los medios de comunicación a la narco-criminalidad [hay nota].

Las denuncias presentadas en las causas que ahora [...] toca juzgar, [...] demuestran con creces las prácticas de estigmatización que pesaron —y pesan— sobre las imputadas y sus consecuencias de criminalización selectiva [...]. Malacalza [...] explica que los operativos policiales son en realidad ‘de imagen’ ya que responden a la demanda vecinal. Consisten en la saturación de las zonas que habitualmente ocupan personas trans y travestis con presencia masiva de efectivos y móviles policiales. Las detenciones que se producen utilizan las figuras penales de la ley de estupefacientes actuando como un mecanismo de hostigamiento, disciplinamiento y estigmatización de ese colectivo, proveyendo de nuevos sentidos a los discursos sociales que las criminalizan”.

“[La] persistencia y sistematicidad de las prácticas policiales abusivas responde en cierta medida a la ausencia de control en las actuaciones policiales y la legitimación de estas prácticas violatorias de los derechos humanos por parte de los actores judiciales. En este punto, no [se puede] perder de vista que las actuaciones empezaron en el año 2013, que las imputadas en ese entonces y ahora ejercieron la prostitución y consumieron estupefacientes y, sin embargo, casi no tuvieron causas penales que no sea esta y las que se derivaron de su iniciación. La judicialización de las conductas de las imputadas, lejos de ser un tema naturalizado o reiterado, fue una situación angustiante y excepcional para muchas de ellas...”.

“[E]ste proceso penal se trata de un caso en el que, como señala la PROCUNAR, los roles ocupados por estas personas que pertenecen al colectivo LGBTIQ+, son de mínima trascendencia, al punto que el representante del Ministerio Público Fiscal, además de disminuir el grado de participación atribuido, solicitó en todos los casos, el mínimo de pena establecido para el delito. Ese mismo organismo encargado de delinear las políticas de persecución del narcotráfico en el Ministerio Público Fiscal, impone a los operadores una solución con mirada de género cuando la persona imputada se encuentre en una situación de vulnerabilidad económica y/o con problemáticas familiares graves [...].

[Se ha] visto aquí, cuál es la historia de vida de las personas imputadas. [Se analizó] cómo sus relatos están inmersos en un proceso de identidad que incluso ahora, continúan atravesando. Su identidad y expresión de género es una constante que las libera de un condicionamiento social al que ya no quieren someterse. A la vez, y como ellas mismas lo expresaron, sus elecciones personales no son respetadas cuando se les niega el acceso a derechos fundamentales

como el trabajo, la vivienda, la libertad de circular, la integridad física, sexual, la autopercepción del género, su identidad, etc.”.

- ***LGBTIQ. Identidad de género. Migrantes. Estupefacientes. Tráfico de estupefacientes. Juicio abreviado. Responsabilidad penal. Expulsión de extranjeros. Perspectiva de género. Actos discriminatorios.***

“Enmarcadas en ese contexto, llegan al acuerdo de juicio abreviado, reconociendo los hechos y aceptando la consecuente responsabilidad penal, con un fuerte cambio de calificación legal, y con él, la propuesta de una menor sanción punitiva que la que afrontaron como posible durante nueve años de proceso penal.

Llegado este punto, y más allá de que no será el eje de la solución del caso, no [se puede] dejar de advertir que convalidar la solución legal propuesta por las partes, habiendo identificado el flujo de factores de exclusión que pesa sobre las personas imputadas que vincula directamente su identidad de género con su condición de migrantes, las dejaría al borde de uno de las mayores conminaciones de opresión: la expulsión del país para tener que retornar a las tierras de las que se fueron para vivir en libertad su identidad y expresión de género.

De la lectura de las historias de vida de todas y cada una de las personas aquí imputadas, surge que vinieron al país porque sintieron que era un lugar en el que podían ser lo que sentían que eran, y no lo que se pretendía que fueran. Y para poder desarrollar su plan de vida dejaron todo, familias, confort, seguridad económica, etc. Siendo ello así, a la hora de adoptar una solución para el caso, no [es posible desentenderse] de manera alguna del hecho de que todo ese esfuerzo podría haber sido en vano si el resultado de esta causa termina en una sentencia condenatoria. Todas hicieron hincapié, cuando [se] les pregunt[ó] expresamente por la posibilidad de una expulsión, que sería impensable que las recibieran en sus países de origen ‘así, con esta pinta’. En ese contexto, [...] cualquier solución que no sea la que aquí [se va] a adoptar, implicaría en definitiva la concreción y éxito de las prácticas discriminatorias a las que son y fueron sometidas, dejando en el plano discursivo las normas que [...] obligan a adoptar una solución que contemple las aristas especiales de este caso”.

- ***LGBTIQ. Identidad de género. Migrantes. Prostitución. Estupefacientes. Tráfico de estupefacientes. Delitos contra la salud pública. Perspectiva de género. Estado de necesidad. Actos discriminatorios. Procedimiento policial. Detención de personas.***

“[D]el análisis de la causa con una perspectiva de género, [...] corresponde adoptar otra decisión que proyecte en la antijuridicidad de la conducta el cúmulo de circunstancias que se pusieron de relieve al momento de analizar las condiciones particulares de las personas aquí imputadas y su inserción en el colectivo LGBTIQ+. Bajo ese prisma, corresponde analizar la concurrencia al caso de la causal del art. 34 inc.3 del CP, conocido por la doctrina y la jurisprudencia como ‘estado de necesidad justificante’, que determina que no será punible quien cause un mal para evitar otro mayor”.

“Se trata claramente de un supuesto excepcional que, tal como expresamente la norma lo exige, requiere la existencia de un mal grave que amenace a una persona con un concreto peligro actual o inminente, erigiéndose como medio para neutralizarlo la lesión de un bien jurídicamente protegido. Existe consenso en sostener que para que su presencia pueda ser satisfecha, no basta con invocar situaciones genéricas como ser el estado de pobreza o la dificultad para ganarse el sustento; debe tratarse de una situación que no ofrezca otra alternativa más que la comisión de un ilícito como medio para evitar un mal inminente.

[E]n el caso concreto, se advierte que las personas aquí imputadas cometieron un delito contra la salud pública, mediante la infracción de la ley 23.737 en distintos supuestos (comercio, entrega, tenencia simple). Se trata de un delito de peligro abstracto, caracterizado por la potencialidad de producir esa afectación a un bien jurídico colectivo, sin ninguna víctima en particular. Un delito sin ningún tipo de violencia, en el que los casos presentados constituyeron, por un lado, la comercialización en contextos del ejercicio de la prostitución en la mayoría de los casos; en los que los compradores fueron personas mayores y con cantidades de droga poco significativas. No se advierte en ningún caso una comercialización a gran escala, ni hay una organización para cometer el delito, como así tampoco se verifica algún tipo de enriquecimiento significativo, más bien todo lo contrario.

Asimismo, de la situación particular de cada una de ellas [...] surge que son todas pertenecientes al colectivo LGBTQ+; con nulas posibilidades de conseguir trabajos formales o informales para solventar sus necesidades vitales; obligadas a ejercer la prostitución en condiciones insalubres para cualquier sujeto que analice el contexto en el que la ejercen, que las pone en riesgo físico y las expone a enfermedades de todo tipo”.

“En ese contexto, no resulta casual que la venta de estupefacientes haya formado parte de su subsistencia, puesto que el contacto con esas sustancias y su consumo está absolutamente ligado a la forma en que ejercen la prostitución. Ello surgió de todos los relatos, la adicción a la droga y el alcohol como manera de sobrellevar el ejercicio de la prostitución. [C]obra relevancia otro aspecto importante, que se deriva exclusivamente de su condición de pertenecientes al colectivo LGBTQ+, cual es la absoluta dificultad, derivada directamente de la discriminación social al colectivo, para obtener un trabajo que les permita acceder a un mayor nivel de estabilidad y, desde ya, menos exposición física y psíquica. Surge inequívocamente de las condiciones personales de todas y cada una de las personas aquí imputadas que, pese a la formación terciaria o universitaria, a la capacitación en oficios o a condiciones personales no acceden al mercado laboral, lo que no les permite un mejor nivel de vida”.

“En cuanto a la posibilidad de elegir una conducta conforme a derecho, [se debe] volver sobre la relación con el personal policial, un factor que atraviesa esta resolución en casi todos sus aspectos. El ejercicio de la prostitución en la calle expuso a todas las personas aquí imputadas a una relación directa y cotidiana con aquél. Esa situación, que entre otros aspectos habría

involucrado posibles intereses policiales en las ganancias obtenidas con la venta de estupefacientes, no puede ser perdida de vista, pues no puede descartarse la presencia de presiones para la realización de la actividad, a cambio de la liberación de la zona para el ejercicio de la prostitución en la vía pública”.

“En el caso, sin lugar a duda concurre la inminencia del mal. Si bien no puede sostenerse en todos los supuestos que en el momento concreto en que se efectuó la comercialización de estupefacientes o se produjo la conducta típica se haya acreditado una situación específica concreta que pueda definirse como el mal justificante, las condiciones de vida generales de las aquí imputadas, signada por una situación de extrema vulnerabilidad, permite afirmar que el sometimiento a un mal grave como el ya detallado, es una constante y parte de su cotidianeidad.

Ya solamente pensar que su sostén económico depende de su posibilidad de ejercer la prostitución en condiciones hostiles, en las que debe exponerse el cuerpo no solamente a la propia actividad, sino además a clientes que pueden someterlas a situaciones violentas; que deben hacerlo bajo situaciones de inclemencia climática y despojadas de ropa en la vía pública; que están sometidas a enfermedades inmunodepresoras que, más de una vez, las obligan a pasar largos tiempos internadas o recuperándose sin posibilidad de trabajar y que, en general, no cuentan con ningún sostén de terceras personas, es suficiente para pensar que en cualquier momento pueden quedarse sin ingresos para solventar sus necesidades vitales”.

“En definitiva, el estado de necesidad que aquí se plantea, está inequívocamente relacionado con la elección de género efectuada por las imputadas, y ello va de la mano con la necesidad ya destacada de abordar el caso desde un tamiz que analice este caso judicial como producto de las condiciones que las imputadas debieron afrontar para llevar adelante su plan de vida en un aspecto determinante para su dignidad. En definitiva, la perspectiva de género nos permite abordar un proyecto en el sentido más amplio del término (una política pública, una tesis de maestría, una investigación académica, un caso judicial, etc.), con el entendimiento de que existen diferencias asignadas socialmente a las personas de acuerdo con la construcción que se hace sobre la sexualidad y el género, que determinan roles y relaciones de poder. Ello implica tratar de comprender cómo se produce la discriminación por motivos de género y su influencia en la diferencia de acceso a otros derechos (laborales, educativos, sociales, culturales, etc.)”.

“En la aplicación concreta de esta perspectiva al caso que nos ocupa, mal pueden abordarse las categorías de la teoría del delito sin tomar en cuenta, a la hora de definir la concurrencia de las exigencias legales, las particularidades estructurales que previamente se relataron. De este modo, tanto las conductas ilícitas que se reprocha a las personas aquí imputadas como las circunstancias que las rodearon, están directamente vinculadas a su condición de integrantes del colectivo LGBTIQ+. Y debido a ellas, surge la imposibilidad de tomar caminos alternati-

vos conforme a derecho que en este caso justifica la conducta de todas las personas aquí imputadas en los términos del artículo 34 inc. 3 C.P., razón por la cual debo proceder a la absolución de todas ellas”.

- ***LGBTIQ. Identidad de género. Migrantes. Perspectiva de género. Estado de necesidad. Rebeldía. Delitos conexos. Sentencia absolutoria.***

“La circunstancia procesal en las que se encuentran [las imputadas que fueron] declaradas rebeldes, no puede ser un óbice para que sean incluidas en la solución jurídica que se aplica al paquete de conexidades [...]. Ello así porque muchas de las cuestiones valoradas como variables individuales y colectivas de la situación socioambiental de cada imputada tranquilamente pudieron haber influido en la situación de vida de las rebeldes y obstaculizar su apego al proceso. Y si bien esa valoración en solitario no es suficiente para hacer extensiva la absolución, también [se ha] de considerar que las condiciones probatorias materiales que las involucran no difieren del conjunto aquí analizado”.

“En conclusión, [...] la solución debe ser aplicada a todas las personas imputadas en las causas conexas, disponiéndose además de la absolución respecto de quienes se presentó una propuesta de juicio abreviado, la absolución respecto de quienes fueron declaradas rebeldes”.

1.4. TRIBUNAL ORAL EN LO CRIMINAL FEDERAL N° 2 DE CÓRDOBA. "ZAMPONI". CAUSA N° 13175/2016. 23/8/2019.

HECHOS

Un hombre de la provincia de Córdoba era adicto a sustancias estupefacientes, padecía tuberculosis y vivía con VIH. En su domicilio se hallaron diecinueve kilos de marihuana y dos cajas de cartón con plantas de marihuana. Por ese hecho, fue condenado por el delito de almacenamiento de estupefacientes a la pena de cuatro años de prisión. Contra esa sentencia, se interpuso un recurso de casación. La Sala II de la CFCP hizo lugar a la impugnación, anuló la resolución y reenvió las actuaciones con el objeto de que se determinara una nueva pena. El Equipo Interdisciplinario de Córdoba de la Defensoría General de la Nación elaboró un informe en el que señaló que las patologías del hombre lo situaban en una condición de vulnerabilidad psicosocial que podría agravarse en un contexto carcelario por la inmunodepresión que presentaba. Asimismo, sostuvo que realizaba un tratamiento de rehabilitación con una fuerte voluntad de recuperación y que se encontraba en permanente contacto con los profesionales del equipo y su familia. Sobre la base de dichas consideraciones, la defensoría solicitó que se declarara la inconstitucionalidad del mínimo de la escala prevista para el delito imputado y que se condenara a su asistido a la pena de tres años de prisión de ejecución condicional. En particular, ponderó su situación de vulnerabilidad y sostuvo que el encarcelamiento de su asistido constituiría una medida contraproducente para su reinserción social. La fiscalía se expidió de manera favorable al planteo.

DECISIÓN

El Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Córdoba N° 2, de manera unipersonal, hizo lugar a la declaración de inconstitucionalidad del mínimo de la pena prevista para el delito imputado y condenó al imputado a la pena de tres años de prisión de ejecución condicional y una multa de mil pesos (juez Fabián).

ARGUMENTOS

- ***Pena. Determinación de la pena. Declaración de inconstitucionalidad.***

“El Código Penal ha adoptado el sistema de fijación de pena basado en la determinación legal relativa, puesto que las penas ordenadas en él no indican una magnitud fija para cada delito, sino que se señala los límites dentro de los cuales el juez puede fijar la sanción; uno de los problemas más agudos de la individualización de la pena es ubicar en el marco penal fijado, un punto fijo a partir del cual poder ‘atenuar’ o ‘agrarar’ la misma. Mucho más complejo es justificar la imposición de una pena fuera de los límites establecidos por la norma, pues para hacerlo debe existir necesariamente una declaración jurisdiccional que indique que en ese caso concreto, hay una [...] contraposición de la norma con la Constitución Nacional”.

“Consideramos oportuno subrayar lo resuelto en mayoría por la Exma. Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal en autos ‘Ríos, Mauricio David [...]’ en virtud que en dicho fallo tuvieron en cuenta para la determinación de la sanción a aplicar al imputado Ríos particularísimas circunstancias que se verifican en el presente...”.

- ***Informe interdisciplinar. Vulnerabilidad. Reinserción social.***

“[Debe decirse] al respecto que el imputado [...] no tiene antecedentes penales; está demostrada su adicción a las sustancias estupefacientes desde larga data, en el marco de una vida con serios problemas de salud como son el HIV y tuberculosis ganglionar [...]. De modo con- teste, el informe de seguimiento interdisciplinario incorporado [...] refiere en sus puntos más relevantes que [el imputado] desde hace tiempo se encuentra sometido a tratamientos de tipo psiquiátrico, TBH y HIV, advirtiéndose su firme voluntad de recuperación.

La situación de vulnerabilidad que alega la Defensa y consiente el Fiscal, resultó evidente a lo largo del proceso. [R]esulta evidente el progreso que ha experimentado el imputado en la rehabilitación al consumo de estupefacientes y es manifiesta voluntad de mantener los vínculos asistenciales profesionales y familiares para superarlo, lo que sumado a que las graves enfermedades que padece se encuentran en pleno tratamiento especializado, [llevan a considerar] que el tope mínimo indicado en la escala penal prevista por el art. 5 inc. ‘c’ de la ley 23.737, se encuentra en franca violación a los principios de proporcionalidad y de humanidad, pues exigiría el encarcelamiento del imputado lo que constituye una medida evidentemente contraproducente e innecesaria desde el punto de vista del fin de prevención especial que se asigna a la pena privativa de la libertad, o sea la resocialización”.

1.5. CÁMARA FEDERAL DE APELACIONES DE LA PLATA, SALA III. "RODRÍGUEZ CASTILLO". CAUSA N° 4215/2017. 12/4/2017.

HECHOS

Una persona con VIH se encontraba detenida en un Complejo Penitenciario. Durante cuatro años solicitó —sin éxito— dos operaciones para la reconstrucción intestinal y de la uretra. La dilación de estas intervenciones repercutía de forma negativa en su organismo, produciéndole constantes infecciones urinarias. El infectólogo de la Unidad le informó que las infecciones ocasionaban un aumento en la carga viral. Frente a esta situación, la persona interpuso una acción de habeas corpus. El Juzgado interviniente hizo lugar a la acción y entendió que se habían agravado las condiciones de detención de la persona. Ordenó a las autoridades del Complejo Penitenciario y del hospital extramuros designado que, de forma urgente, arbitraran los medios para asignarle el turno de la cirugía en el plazo improrrogable de treinta días. A fin de concretar la intervención, dispuso que se llevaran a cabo los traslados, gestiones y análisis prequirúrgicos necesarios. Contra esta decisión, el Servicio Penitenciario Federal interpuso un recurso de apelación por considerar agravante que el Juzgado entendiera que los funcionarios del SPF agravaron las condiciones de detención de la persona. Además, postuló la incompetencia del fuero por considerar que el Juzgado interviniente se había arrogado facultades propias del juez de Ejecución.

DECISIÓN

La Sala III de la Cámara Federal de Apelaciones de La Plata, por unanimidad, confirmó la resolución del a quo (voto de los jueces Nogueira, Vallefín y Pacilio).

ARGUMENTOS

- ***Cárceles. Personas privadas de la libertad. Condiciones de detención. Derecho a la salud. Responsabilidad del Estado.***

“Las disquisiciones acerca de si se agravaron las condiciones de detención de [la persona] o lo que se agravó fue su patología, resultan irrelevantes. La cuestión en el caso se trata de que el amparado se encuentra bajo la exclusiva custodia del Estado Nacional, a través del Servicio Penitenciario Federal, y padece una situación de salud que obliga a tomar intervención en el asunto”.

- ***Cárceles. Servicio Penitenciario Federal. Derecho a la salud.***

“Las obligaciones que impusiera el juez al Servicio Penitenciario Federal no debe cumplirlas un tercero, sino que el Servicio Penitenciario Federal y el Hospital Ramos Mejía deben actuar cada uno y coordinadamente en la medida en que les corresponda. A modo de ejemplo, es el SPF el

que debe cumplir con los traslados del interno y es el Hospital el que debe realizar la intervención”.

- ***Habeas corpus. Jueces. Competencia.***

“La competencia del juez para entender en la presente acción fue suficientemente fundada por el magistrado que ha advertido acertadamente la gravedad de la situación que atraviesa el causante y que encuentra su fundamento normativo en el artículo 43 de la Constitución Nacional y en los artículos 2 y 8 de la ley 23.098”.

1.6. JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA EN LO PENAL CONTRAVENCIONAL Y DE FALTAS N° 15. “KMA”. 17/11/2021.

HECHOS

Personal policial realizaba tareas de prevención cuando observó un intercambio del tipo “pasamanos” entre una mujer trans migrante y un hombre. Entonces, requisaron a la mujer y le sustrajeron 26 envoltorios que contenían 6 gramos de cocaína. Por ese hecho, la mujer fue imputada por el delito de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización. En el marco del proceso, la mujer refirió que la sustancia era para su consumo personal. Asimismo, expresó que consumía estupefacientes desde muy joven y que lo sentía como una necesidad para poder ejercer la prostitución. Además, explicó que había migrado a la Argentina para poder vivir conforme a su identidad de género autopercebida, luego de haber atravesado diferentes situaciones de violencias por motivos de género en su país de origen. Por último, refirió vivir con VIH.

DECISIÓN

El Juzgado de Primera Instancia en lo Penal Contravencional y de Faltas N°15 absolvió a la mujer imputada (jueza Andrade).

ARGUMENTOS

- ***Vulnerabilidad. LGBT. HIV.***

“[Se advierten] varios factores de vulnerabilidad [de la persona imputada]: su pertenencia al colectivo de mujeres trans; la violencia sufrida tanto en su país de origen como en el nuestro incluso el primer día en que llegó; el subregistro de la situación de riesgo a la que estuvo expuesta a lo largo de su vida; la minimización tanto de la violencia padecida como de su explotación y abuso sexual desde niña, relatada por ella como el comienzo de su ‘trabajo’ sexual a los 12 o 13 años; el consumo problemático de sustancias estupefacientes desde corta edad, como consecuencia de su situación de vida; la precaria situación socioeconómica laboral; la pertenencia a un grupo de población con desigual acceso a oportunidades y recursos; el padecimiento en su salud en tanto este año se enteró que padece VIH y su condición de migrante”.

“Sobre este último factor, merece especial énfasis el país de donde proviene. De acuerdo con los datos analizados [...] las mujeres travestis y trans extranjeras provienen en un 90 % de Perú. K.M.A relató que vino a nuestro país con la esperanza y conociendo que aquí podría vivir su vida según su género, sin sufrir el grado de discriminación que allí sufría. Lo dicho por la imputada encuentra total correlato con lo que informan las organizaciones de la sociedad civil de ese país acerca de que la población LGBTIQ+ sufre asesinatos, ataques físicos, chantajes, robos, acoso verbal, abuso sexual y agresiones por parte de sus familias, sus relaciones y en la calle”.

“Este enfoque diferenciado y de género no debe estar ausente cuando se trata de personas imputadas, pues lo contrario implicaría una discriminación por su situación procesal. Es un principio de los organismos de derechos humanos que los compromisos asumidos se mantengan cuando una mujer está acusada de un delito”.

“En definitiva, [...] por mandato constitucional y convencional en este tipo de casos, la hipótesis acusatoria debe valorar la especial situación de vulnerabilidad en la cual está inmersa la imputada, no solo en el estrato de la culpabilidad de la dogmática penal, sino en la propia investigación de los casos que tienen desde el principio este encuadre y a la luz del tipo subjetivo de la figura conforme los lineamientos delineados por la CSJN”.

2. JURISPRUDENCIA: PENAL, RELACIONADA CON LA EMERGENCIA SANITARIA

2.1. CÁMARA FEDERAL DE CASACIÓN PENAL, SALA II. "PPN". CAUSA N° 10082/2013. REGISTRO N° 242/20. 24/4/2020.

HECHOS

Una mujer trans había sido condenada por el delito de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización a una pena de cuatro años de prisión. La mujer tenía 40 años, se alojaba en el Complejo Penitenciario Federal IV y se encontraba próxima a obtener la libertad condicional. En la unidad recibía un tratamiento médico por ser una persona que vivía con HIV. La mujer se encontraba en el listado elaborado por el SPF de personas en riesgo frente a un eventual contagio del COVID. Su defensa solicitó que se le concediera el arresto domiciliario. En ese sentido, explicó que su sistema inmunológico estaba debilitado por lo que se encontraba en una situación de riesgo frente a la pandemia de COVID-19. El tribunal oral interviniente rechazó el pedido. Para decidir de esa manera, sostuvo que la mujer recibía el tratamiento adecuado para su cuadro dentro del complejo penitenciario. Además, señaló que el virus no había ingresado en el CPF IV. En ese sentido, argumentó que la situación de encierro no representaba riesgo. Contra esa decisión, la defensa interpuso un recurso de casación. El representante del Ministerio Público Fiscal ante la instancia de casación se expidió de manera favorable al planteo.

DECISIÓN

La Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal hizo lugar a la impugnación, anuló la decisión y concedió la prisión domiciliaria a la mujer (jueces Slokar, Mahiques y Yacobucci).

ARGUMENTOS

- ***Emergencia sanitaria. Cámara Federal de Casación Penal. Jurisprudencia.***

“[S]e recibió en esta Cámara el informe del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación relativo a la población penal alojada en el Servicio Penitenciario Federal sobre los inter-nos con riesgo de salud a partir del CORONAVIRUS-COVID 19, que incluye en su nómina a la causante [...]. Bajo estas premisas, no mediando controversia sobre la situación de salud de [la mujer trans], se advierte que la hipótesis en trato se enmarca dentro del supuesto previsto en el punto dispositivo 2.f de la mentada Acordada CFCP 9/20. Por otra parte, la argumentación ensayada en la decisión censurada en relación a las medidas adoptadas por el servicio peniten-ciario para mantener a resguardo a la población carcelaria, no arroja de ningún modo certeza sobre la eliminación absoluta del riesgo de que el virus ingrese en algún momento en el ámbito carcelario, ello en virtud del alto grado de contagio que presenta el COVID-19, más aún en un ámbito de máximo contactos estrechos en donde no se restringió de modo completo la circu-lación”.

- ***Cárceles. Emergencia sanitaria. HIV. Derecho a la salud.***

“Desde esta óptica, el argumento relativo a que aún no se ha constatado la presencia de la enfermedad en la institución carcelaria y que ello es potencial resulta definitivamente errado, en tanto la respuesta a ese respecto devendría tardía, a partir de la modalidad de transmisión masiva que caracteriza al virus COVID-19, siendo que, en las particularidades de la especie, la debilidad del sistema inmunológico que presenta la encarcelada pondría gravemente en riesgo su propia existencia, configurándose en el caso una situación irreversible. Asimismo, el judicante hizo alusión a que la peticionaria recibe el tratamiento correspondiente por su patología HIV, extremo que no guarda inmediata relación con el objeto de la pretensión de esta incidencia, toda vez que lo determinante es que su condición de salud, aun bajo tratamiento en modo adecuado, la coloca en una situación de particular riesgo frente al COVID-19, en razón de verse comprometido el sistema inmunológico en un ámbito como el prisional [...].Bajo estas previsiones, la detención domiciliaria constituye la solución aceptable para el caso, donde el encierro institucionalizado implica un grave riesgo en la salud, como se ha advertido en la especie”.

- ***Cárceles. LGBTIQ. Emergencia sanitaria. Vulnerabilidad. Corte Interamericana de Derechos Humanos.***

“[C]abe relevar que la Corte IDH indicó que la pertenencia a un colectivo LGTBI merece ser contemplada como una situación de vulnerabilidad que debe ser atendida especialmente en el contexto sanitario presente, tanto más frente a la crisis carcelaria denunciada. En definitiva, la Corte IDH ha llamado a los Estados a atender las problemáticas planteadas por la pandemia respetando los derechos humanos y las obligaciones internacionales asumidas y, desde ese plano, la interpretación de las problemáticas planteadas en el caso no [escapa] de una mirada con perspectiva de género. Como mandato, la Corte IDH ponderó que las personas pertenecientes al colectivo LGTBI frente al contexto actual de la pandemia, se ven afectados en forma desproporcionada porque se encuentran en una situación de mayor vulnerabilidad, más aún en aquellos casos donde estén privados de su libertad”.

- ***Ejecución de la pena. Prisión domiciliaria. Consentimiento fiscal. Principio acusatorio***

“[E]l fiscal general ante esta instancia, prestó su conformidad en el marco de un incidente sobre la ejecución de la pena, etapa en la que la intervención judicial está orientada a asegurar la resolución imparcial de las pretensiones que aquel solicite. [A] los fines de evaluar la procedencia de los casos contemplados en la Acordada CFCP 9/20 de esta Cámara, y de acuerdo con el dictamen del representante del Ministerio Público Fiscal, habrán de ponderarse en el caso, el carácter y gravedad del delito imputado como las condiciones concretas de su ejecución. En referencia a [la mujer trans detenida], esta resultó condenada al mínimo de la pena prevista para la tenencia de estupefacientes con fines de comercialización, de lo que se infiere una menor significación ofensiva como lo consigna la propia sentencia condenatoria [...]. En orden al tiempo de detención sufrido, [...] la interna se halla próxima a una primera evaluación de la

posibilidad de obtener la libertad condicional. En consecuencia, y por fuera de cualquier otro extremo que pudiera merecer un examen jurisdiccional, los argumentos que determinaron al fiscal a pronunciarse en favor del otorgamiento de la prisión domiciliaria, superan el test de razonabilidad y legalidad y deben ser atendidos en esta sede”.

2.2. CÁMARA FEDERAL DE CASACIÓN PENAL, SALA DE FERIA. "DE IRAZU". CAUSA N° 11732/2014. REGISTRO N° 39/2020. 7/4/2020.

HECHOS

Una mujer había sido condenada a la pena única de cinco años de prisión y se encontraba alojada en Complejo Penitenciario Federal IV del Servicio Penitenciario Federal. La imputada vivía con HIV y madre de cinco hijos menores de edad. La defensa solicitó que se le concediera la prisión domiciliaria en dos oportunidades. El Tribunal Oral rechazó la solicitud. En ambas ocasiones, la Cámara Federal de Casación Penal anuló lo resuelto y devolvió las actuaciones para que se dictase un nuevo pronunciamiento que valorase si la presencia materna en el hogar podía implicar una mejor situación para sus hijos, de acuerdo al interés superior del niño. Finalmente, el tribunal rechazó el planteo sin ponderar los aspectos señalados por la CFCP. Frente a la declaración de emergencia sanitaria, la defensa solicitó por tercera vez que se le concediera el arresto domiciliario a su asistida. En particular, señaló la mujer se encontraba en una situación de vulnerabilidad ante un eventual contagio del virus COVID-19. Además, el Servicio Penitenciario Federal la incluyó en su informe sobre la población penal en riesgo. El Tribunal Oral rechazó el pedido. Contra esa decisión, su defensa interpuso un recurso de casación.

DECISIÓN

La Sala de FERIA de la Cámara Federal de Casación Penal, por mayoría, hizo lugar al recurso, anuló la resolución impugnada y remitió las actuaciones a su origen a fin que dictase un nuevo pronunciamiento (jueces Borinsky y Petrone).

ARGUMENTOS

- ***Prisión domiciliaria. Derecho a la salud. Interés superior del niño. Deber de fundamentación.***

“[E]l tribunal a quo ha soslayado considerar una cuestión ineludible al momento de evaluar la procedencia de la solicitud formulada por la defensa, cual es la situación específica relativa a los cinco hijos menores de edad que posee [la imputada]. Tal circunstancia, en forma conjunta con la condición de salud de la encausada, motivaron su petición de arresto domiciliario, en virtud de lo estipulado en los incisos ‘a’ y ‘f’, tanto del art. 10 del Código Penal como del art. 32 de la Ley N° 24.660”.

“[E]l decisorio recurrido carece de fundamentación suficiente y, por lo tanto, no cumple con las pautas de motivación impuestas por el art. 123 Código Procesal Penal de la Nación”.

“[S]i bien los jueces no se encuentran obligados a tratar todos y cada uno de los argumentos de las partes sino sólo aquellos que estimen pertinentes para la resolución del caso, lo cierto es que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha resuelto que son descalificables como actos

judiciales válidos las sentencias que omiten pronunciarse sobre cuestiones oportunamente propuestas y conducentes para ello, en tanto importan una violación a las reglas del debido proceso [...], tal como ocurre en el presente caso”.

- ***Prisión domiciliaria. HIV. Emergencia sanitaria.***

“[La imputada] se encuentra dentro del grupo de riesgo de eventual contagio e infección coronavirus (COVID-19), en atención [...] a que [...] padece inmunodeficiencia a raíz de su condición de VIH positivo...”.

“[F]rente a las circunstancias apuntadas y la situación excepcional que se transita, y sin que implique anticipar opinión con relación a la viabilidad del arresto domiciliario solicitado, corresponde que el tribunal a quo realice un nuevo examen de la cuestión planteada; bajo los lineamientos aquí indicados y los principios que han sido mencionados en el considerando ‘b’ de la [Acordada N°2/20] de esta C.F.C.P.”.

2.3. CÁMARA FEDERAL DE CASACIÓN PENAL, SALA III. "ZAGAZ CARVALLO". CAUSA N° 42727/2015. 20/3/2020.

HECHOS

Una mujer que vivía con VIH se encontraba detenida en un Complejo Penitenciario Federal. La mujer se hallaba en una situación económica precaria y desde su detención la dinámica familiar se había visto afectada. En noviembre de 2019 su defensa solicitó que se le concediera la excarcelación. El Tribunal Oral rechazó el pedido. Contra esa decisión, su defensa interpuso un recurso de casación. Luego, la defensa solicitó que se le concediera la prisión domiciliaria. El informe socio ambiental elaborado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación sostuvo que se encontraban dadas las condiciones para que la imputada ingresara a la Dirección de Asistencia de Personas bajo vigilancia electrónica. En el curso de dichas actuaciones, el 11 de marzo de 2020, la Organización Mundial de la Salud declaró que el coronavirus era una pandemia. Por tal razón, el 13 de marzo del mismo año la Cámara Federal de Casación Penal dictó una Acordada por medio de la cual advirtió sobre los riesgos que corren las personas privadas de la libertad en establecimientos penitenciarios.

DECISIÓN

La Sala III de la Cámara Federal de Casación Penal devolvió las actuaciones al tribunal para que dictara un nuevo pronunciamiento ajustado a las nuevas circunstancias (jueces Borinsky, Carbajo y Yacobucci).

ARGUMENTOS

- ***Emergencia sanitaria. Excarcelación. Prisión domiciliaria. Recurso de casación.***

“[E]s ineludible en la teoría de los recursos, el principio que ordena que sean resueltos de conformidad con las circunstancias existentes al momento de su tratamiento, aunque sean ulteriores a su interposición...”.

“Habida cuenta la emergencia sanitaria frente a la pandemia declarada por la aparición del Coronavirus (Covid- 19), de conformidad con lo dispuesto mediante D.N.U. 260/2020 [...] y las Acordadas nº 4/20 de la C.S.J.N. y 4/20 de esta Cámara Federal de Casación Penal; esta situación debe ser considerada en el particular dado que no pudo ser valorada por el a quo al momento de dictar la resolución aquí cuestionada”.

“[No puede dejar de mencionarse que] se solicitó el arresto domiciliario de la encartada, habiéndose llevado a cabo un informe sobre las condiciones sociales y ambientales realizado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación sobre las condiciones sociales y ambientales de la mencionada donde se concluyó que ‘se encuentran dadas las condiciones

para que la [imputada] ingrese a la Dirección de Asistencia de Personas bajo vigilancia electrónica”.

2.4. CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL, SALA DE FERIA. "NOCEDA". CAUSA N°96405/2019. REG. N° 370/2020. 3/4/2020.

HECHOS

Un hombre se encontraba imputado por el delito de robo en concurso real con hurto simple reiterado. El hombre tenía 62 años, vivía con HIV, registraba antecedentes condenatorios y había sido declarado reincidente. Frente a la situación de emergencia sanitaria, su defensa solicitó su excarcelación. El Tribunal Oral rechazó el pedido. Para decidir de esa manera tuvo en consideración los antecedentes registrados por el imputado y sostuvo que, en caso de recaer sentencia condenatoria, la pena sería de efectivo cumplimiento. En tal sentido, sostuvo que la imposición de pautas de conducta resultaría insuficiente para contrarrestar el peligro procesal en su caso. Contra esa resolución, la defensa interpuso un recurso de casación.

DECISIÓN

La Sala de FERIA de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional hizo lugar a la impugnación, casó la resolución recurrida y concedió la excarcelación al imputado (jueces Sarabayrouse, Días y Morin).

ARGUMENTOS

- ***Prisión preventiva. Riesgos procesales. Antecedentes condenatorios. Peligro de fuga.***

“[E]l a quo no ha fundado suficientemente la existencia de peligros procesales que ameriten la continuación del encierro preventivo [del imputado], pues se limitó a valorar los antecedentes condenatorios que registra y a inferir de ellos la existencia de un riesgo de fuga cuando, por sí solos, no constituyen contramotivos suficientes para cercenar la libertad del imputado durante el proceso en las circunstancias descriptas.

En este sentido [se releva que] se le atribuye la comisión de delitos contra la propiedad que no revisten extrema gravedad, que su domicilio ha sido constatado, que no surge que registre rebeldías, que ha superado en detención la pena mínima del concurso de delitos por los que se lo acusa y que los elementos de mayor relevancia para el juicio fueron incorporados al proceso, en tanto ha concluido la etapa de instrucción. Además [...] el juez de mérito tampoco se ha hecho cargo de descartar válidamente la idoneidad de la aplicación al caso de medidas alternativas al encarcelamiento preventivo para neutralizar los eventuales riesgos derivados de una sanción de cumplimiento efectivo [...], puesto que ha afirmado dogmáticamente que éstas resultarían insuficientes sin ningún punto de apoyo en los elementos objetivos del caso. Lo

dicho demuestra que la sentencia implicó una errónea interpretación de las normas que regulan la libertad durante el proceso en desmedro del principio de subsidiariedad que la rige, lo cual habilita a esta alzada a dictar el derecho aplicable”.

- ***Emergencia sanitaria. Excarcelación.***

“[E]n punto a la situación invocada por la defensa sobre el grupo de riesgo que integra su asistido en torno al denominado ‘coronavirus’ por contar con 62 años de edad y padecer VIH, [...] la Comisión Interamericana de Derechos Humanos urgió a los Estados a enfrentar la situación de las personas privadas de la libertad en la región y, entre sus recomendaciones, sugirió evaluar de manera prioritaria la posibilidad de otorgar medidas alternativas como la libertad condicional, arresto domiciliario o libertad anticipada para personas consideradas en el grupo de riesgo, como personas mayores, personas con enfermedades crónicas, mujeres embarazadas o con niños a su cargo y para quienes estén prontas a cumplir condenas”.

2.5. TRIBUNAL ORAL EN LO CRIMINAL FEDERAL N° 6 DE LA CAPITAL FEDERAL. "CARRERA". CAUSA N° 19936/2018. 2/4/2020.

HECHOS

Un hombre se encontraba detenido desde el mes de octubre del 2018 imputado por el delito de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización. El hombre se hallaba alojado en el Complejo Penitenciario Federal I de Ezeiza. Luego de la declaración del COVID-19 como pandemia, el Servicio Penitenciario Federal elaboró un listado de personas en situación de riesgo de contagio en la cual lo incluyó por su serología positiva de VIH. Entonces, su defensa solicitó la morigeración de su detención y que se le concediera la prisión domiciliaria. En su presentación consideró que su asistido se encontraba dentro de la población de riesgo ante un eventual contagio del virus y que, en caso de hacerse lugar a la petición, podía residir en el domicilio de su madre. Por otra parte, el hospital de la unidad informó al tribunal que el hombre vivía con HIV. A su turno, la fiscalía solicitó que se le requiriera al complejo penitenciario que informara qué tipo de tratamiento recibía el imputado en la unidad y si, en caso de permanecer alojado allí, podía agravarse su estado de salud. Por último requirió que, una vez confeccionado el informe, se le confiera una nueva vista.

DECISIÓN

El Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 6 hizo lugar a la morigeración de prisión del imputado y concedió el arresto domiciliario. Asimismo, dispuso que, previo a su traslado, se tomaran las medidas necesarias para descartar que presentase síntomas de COVID-19 (jueza Namer y jueces Giménez Uriburu y Costabel).

ARGUMENTOS

- ***Emergencia sanitaria. Excarcelación. Riesgos procesales.***

“[J]unto con el extenso tiempo de encierro preventivo que lleva sufriendo [el imputado], debemos tener en cuenta la circunstancia de que aún no se ha fijado en autos fecha para el inicio del debate oral y público en el que se lo juzgará en definitiva sobre su responsabilidad en el hecho imputado.

En ese marco, dado el avance de la pesquisa y toda vez que en el expediente se han cumplido todas las medidas de instrucción [...] el riesgo procesal de posible entorpecimiento de la investigación, ponderado oportunamente en la medida coercitiva de la libertad [...] ha perdido preponderancia. Ahora bien, dicha situación por sí sola no justificaría que este Tribunal excarcele lisa y llanamente al imputado [...], puesto que aún subsisten otros riesgos evaluados oportunamente en la instrucción. Sin embargo, [...] a la luz de lo establecido por el artículo 210 del C.P.P.F., la medida cautelar dispuesta a fin de neutralizarlos puede ser morigerada”.

- ***Emergencia sanitaria. HIV. Prisión domiciliaria.***

“[L]a circunstancia de ser el detenido portador de HIV [...] eventualmente podría agravar la salud del interno puesto que lo coloca dentro de los grupos de riesgo descritos por la O.M.S. en función del covid-19 por el que el P.E.N. declaró la emergencia sanitaria...”.

“En esa lógica consideramos irrelevante contar con la información sobre el tratamiento que recibe en la unidad penitenciaria -medida solicitada por [la fiscalía]– bastando tener por acreditada la condición de portador de HIV y su inclusión en la nómina de internos en riesgo. En resumen, dicha morigeración deberá implementarse en forma de arresto domiciliario conforme lo dispuesto por el inc. ‘J’ del art. 210 del C.P.P.F.”.

2.6. JUZGADO NACIONAL DE EJECUCIÓN PENAL N° 5. "TEJERA". CAUSA N° 18978/2016. 31/3/2020.

HECHOS

Un hombre que vivía con VIH, condenado a la pena de cuatro años de prisión, se encontraba detenido en una unidad del Servicio Penitenciario Federal. Su defensa solicitó que se le concediera la prisión domiciliaria por entender que se encontraba dentro de la población de riesgo ante un eventual contagio del COVID-19. Además, agregó que su asistido podía residir en el domicilio de su madre junto a ella y sus hijos.

El juzgado de ejecución solicitó a la unidad penitenciaria que confeccionase un informe en el que constara si era posible garantizarle al hombre su derecho a la salud en el establecimiento. El informe señaló que el hombre formaba parte de la población vulnerable a contraer el virus.

DECISIÓN

El Juzgado Nacional de Ejecución Penal N° 5 concedió la prisión domiciliaria al imputado con la implementación del mecanismo de monitoreo electrónico. Asimismo, dispuso que el servicio médico del complejo penitenciario le entregase la medicación que requería en cantidades que cubrieran los treinta días posteriores a su egreso (jueza Monsalve).

ARGUMENTOS

- ***Prisión domiciliaria. Ejecución de la pena. Derecho a la salud.***

“[L]a aplicación de la normativa vigente en la materia, no se vincula con el régimen progresivo previsto para la ejecución de penas privativas de libertad [...] por cuanto constituye una modalidad distinta y excepcional de su cumplimiento –al punto que se puede otorgar independientemente de la evolución que hubiese desarrollado en el tratamiento individual carcelario–, del monto de la pena impuesta y de la naturaleza del delito que hubiese cometido, pues prioriza condiciones más dignas en el modo de cumplir la condena humanizando el castigo, antes que el aseguramiento pleno que ofrece la prisión”.

“Una adecuada interpretación constitucional del artículo 33 de la ley 24660 y actual artículo 32 modificado por Ley 26472, no puede admitir que la pena de detención domiciliaria sea sustituto de la prisión solo en el supuesto de que el condenado se halle afectado por una enfermedad incurable e irreversible, ello habida cuenta que debe entenderse por *‘trato humano al condenado’* aquel que permita tener una buena calidad de vida –ya sea en prisión o en su domicilio–; lo contrario desnaturalizaría el sentido del instituto como alternativa de prisión así como también se desvirtuaría si se tolerase el cumplimiento de la pena de prisión cuando una enfermedad no le permita soportar la privación de libertad sin ocasionar un riesgo para la vida o la salud psicofísica al igual que si se probase que el encierro en un establecimiento resulta

ser susceptible de empeorar su estado de salud, ya que lo contrario acarrearía que la pena privativa de libertad se convierta en una pena privativa de la salud o pena corporal, constitucionalmente prohibida. La salud física y mental de las personas privadas de libertad ambulatoria constituye un derecho esencial, especialmente para la preservación de su vida”.

- ***Emergencia sanitaria. Personas privadas de la libertad. Hacinamiento. Condiciones de detención.***

“La aparición del COVID-19 [...] ha provocado el despliegue universal de medidas para resguardar a los grupos de riesgo [...]. A tal efecto, cabe atender cuanto sucede en otros países en relación a las personas que habitan una institución cerrada, como las cárceles [quienes] además, soportan factores adicionales, tales como las consecuencias del hiperencarcelamiento, que produce superpoblación carcelaria y condiciones de vida en hacinamiento, a cuanto cabe sumar la falta de higiene y de provisión de elementos suficientes para el aseo personal”.

“[L]as personas privadas de la libertad conforman un grupo de riesgo diferenciado, en atención no sólo a las patologías que padecen habitualmente, sino también por el modo en el que transcurre la vida en los centros de detención, que de por sí propiciará la transmisión de la enfermedad. Este es el mensaje que prevalece, tanto por parte de los organismos internacionales de protección de derechos humanos como de aquéllos de protección específica de los derechos humanos de las personas privadas de la libertad, así como también en la decisión del más alto tribunal penal del país.

A ello, debemos adicionar el factor temporal. Esta enfermedad no da tiempo al litigio, ni aún estratégico. Los tiempos judiciales no se condicen con el ritmo acelerado de propagación de la enfermedad. De allí la pertinencia en la adopción de medidas colectivas, que no solo recaigan sobre la posibilidad de resolución de solturas anticipadas o prisiones morigeradas por parte de cada uno de los jueces...”.

- ***Emergencia sanitaria. Derecho a la salud. Prisión domiciliaria.***

“[P]ara resolver con premura y bajo las circunstancias determinadas por las restricciones de las prestaciones a aquéllas de emergencia [...], es dificultoso acreditar *in totum* los extremos que exige el artículo 32 de la ley N° 24.660 [...] para el otorgamiento regular de un arresto domiciliario.

Ha aparecido un nuevo motivo, que elevó el riesgo en la salud de los presos —el COVID-19—, principalmente de aquéllos que padecen las patologías enumeradas en la normativa dispuesta por el Ministerio de Salud en consonancia con la Organización Mundial de la Salud y la Organización Panamericana de la Salud, que debe indudablemente jugar frente al otorgamiento de la medida de morigeración para los casos en los que resulte posible”.

“[A] los fines de otorgar la morigeración en la modalidad de cumplimiento de la pena de prisión no sólo se tendrá en cuenta la alegada cuestión de salud, sino que se dará prioridad a los casos

en los que los condenados hayan cometido delitos leves o de menor trascendencia, se encuentren cumpliendo penas de corta duración o se encuentren próximos a acceder a un régimen de libertad anticipada, con exclusión de los delitos contra la vida y la integridad sexual; mientras que se deberán adoptar cuidados especiales y el aislamiento adecuado, para preservar la salud de aquéllos que queden indefectiblemente alojados en las unidades carcelarias”.

- ***Emergencia sanitaria. HIV. Derecho a la salud.***

“[El imputado] padece HIV, enfermedad que se encuentra entre las enumeradas especialmente como de riesgo ante la posibilidad de contraer COVID-19, según indican la Organización Mundial de la Salud y el Ministerio de Salud de la Nación”.

“[C]uenta con una red social que lo puede contener y asistir, lo recibe y podrá ocuparse de la provisión de medicación en caso que así se requiera. Además, [...] ha superado el cumplimiento de las dos terceras partes de su condena, encontrándose el término para acceder a la libertad condicional y se halla avanzado en el régimen progresivo”.

“[S]e encontrará en menor situación de riesgo en su domicilio, pues cumpliendo con las indicaciones de higiene y aislamiento social preventivo, se restringirá el contacto social en relación al que mantiene en el contexto carcelario. Dependerá de su propia responsabilidad y autocuidado cumplir las pautas de conducta diseñadas para su caso, enfocadas en su salud”.

3. JURISPRUDENCIA CIVIL, LABORAL Y CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

3.1. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. “MMY”. CAUSA Nº 965/2014. 19/2/2015.

HECHOS

Una persona vivía con VIH y no podía incorporarse en el mercado laboral por la marginación y discriminación que sufría con motivo de su identidad y expresión de género. En consecuencia, inició una acción de amparo ante el Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario Nº 4 de la CABA contra el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a fin de que se le asigne un subsidio extraordinario y reparatorio equivalente al salario mínimo vital y móvil para dar respuesta a su necesidad de supervivencia. El GCBA contestó la demanda y manifestó que la situación denunciada involucraba una problemática de naturaleza federal e incumbe a instituciones que funcionan bajo la órbita del Estado Nacional y solicitó que se cite como tercero al Estado Nacional. El juzgado de primera instancia hizo lugar a la excepción opuesta por el Estado Nacional con sustento en lo prescripto en el artículo 116 de la Constitución Nacional y se declaró incompetente por considerar que la causa corresponde a la competencia originaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, por ser partes el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y el Estado Nacional.

DECISIÓN

La Corte Suprema de Justicia de la Nación consideró que la causa no correspondía a su competencia originaria. No obstante, reconociendo que se podía comprometer la protección de derechos fundamentales, determinó que el fuero de competencia para intervenir era el fuero nacional en lo contencioso administrativo federal (voto de los ministros Highton, Maqueda y Lorenzetti conforme al dictamen del Procurador General de la Nación).

ARGUMENTOS

- ***Competencia. Competencia Federal. Conflicto de competencia. Derechos fundamentales. Estado Nacional. Sistema federal. Constitución Nacional. No discriminación. HIV. Acción de amparo.***

“[C]on la finalidad de evitar la profusión de 'trámites e impedir que se susciten cuestiones de competencia que, de plantearse, podrían comprometer la protección de los derechos fundamentales en juego en este caso, corresponde determinar en esta instancia cuál es el fuero competente para intervenir en estas actuaciones (doctrina de la causa CSJ 1611/2007 (43-C) ‘Central Térmica Sorrento S.A. c/ Santa Fe, Provincia de y otros s/ acción meramente declarativa de certeza’, sentencia del 24 de junio de 2008) (voto de los ministros Highton, Maqueda y Lorenzetti, considerando Nº 2).

“[C]abe considerar que en estas actuaciones se ordenó la intervención del Estado Nacional como tercero obligado; que, pese a la oportuna oposición de la parte actora, esta decisión

quedó firme; y que el Estado hizo uso de su prerrogativa federal al plantear la excepción de incompetencia. En tales condiciones, por imperio del artículo 116 de la Constitución Nacional, la intervención del Estado Nacional surte el fuero federal, sin que quepan distinciones respecto del grado y carácter de tal participación procesal (v. doctrina de Fallos: 310:2465; 314:101; 315:156; 320:2567 y 324:740)..." (voto de los ministros Highton, Maqueda y Lorenzetti, considerando Nº 3).

"[S]entado lo expuesto, y dado que para resolver las cuestiones planteadas resultará necesario analizar el marco de actuación propio del Poder Ejecutivo —regido fundamentalmente por normas y principios de derecho administrativo—, el caso corresponde a la competencia del fuero nacional en lo contencioso administrativo federal (doctrina de Fallos: 311:2659) (voto de los ministros Highton, Maqueda y Lorenzetti, considerando Nº 4).

- ***Competencia originaria de la Corte Suprema. Estado Nacional. Constitución Nacional. Interpretación de la ley.***

"[E] cabe recordar que el Tribunal no puede asumir su competencia originaria y exclusiva sobre una causa si el asunto no concierne a embajadores, ministros y cónsules extranjeros, no es parte una provincia, o no se dan las circunstancias que legalmente lo habilitan, de conformidad con los arts. 1º de la ley 48, 2º de la ley 4055 y 24, inc. 1º, del decreto-ley 1285/58.

Sobre tales bases considero que el sub judice no corresponde a la competencia originaria de V.E., toda vez que según se desprende de los términos del escrito de inicio —a cuya exposición de los hechos se debe atender de modo principal para determinar la competencia, de conformidad con los arts. 4º y 5º del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y doctrina de Fallos: 306:1056; 308:1239 y 2230— un particular demanda a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que no es una provincia (conf. doctrina de Fallos 322:2856, 323:1199 y 327:2357) y ésta cita como tercero al pleito al Estado Nacional, que sólo es aforado al fuero federal, por lo que no se configura ninguno de los supuestos que, con arreglo a lo dispuesto por el constituyente, habilitan la tramitación del pleito ante los estrados del Tribunal.

En tales condiciones y dado que el arto 117 de la Constitución Nacional establece de modo taxativo los casos en que la Corte ejercerá su competencia originaria y exclusiva, la cual, por su raigambre, es insusceptible de extenderse a otros casos no previstos (Fallos: 323:4008; 325:5, y dictamen de este Ministerio Público en la causa G.230. XLVI, 'Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires Obra Social Dirección Nacional de Vialidad s/ ejecución fiscal', del 13 de julio de 2010, con sentencia de V.E. de conformidad, del 14 de septiembre de 2010, entre otros), opinó que el proceso es ajeno al conocimiento del Tribunal..." (Dictamen del Procurador General de la Nación).

3.2. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DE CHUBUT. “BHG”. CAUSA Nº 24668/2017. 7/5/2018.

HECHOS

Un hombre que se desempeñó en el poder ejecutivo de la provincia de Chubut renunció a fines del 2015 a su trabajo. Al año siguiente, le diagnosticaron HIV. Tiempo después solicitó una internación a su obra social. Ésta rechazó el pedido y le informó que ya no contaba con su cobertura médica. En consecuencia, el hombre pidió a la entidad que lo incorporara como afiliado directo voluntario, pero la solicitud fue denegada. Por ese motivo, inició una acción de amparo. En su presentación, requirió como medida cautelar su inmediata incorporación a la obra social. Por su parte, la demandada indicó que la cobertura había concluido de manera automática cuatro meses después de la finalización de la relación laboral, de acuerdo con lo que preveía la normativa local. El juez de primera instancia hizo lugar a la acción, ya que consideró que el rechazo de la obra social era infundado. Frente a esa decisión, la accionada interpuso un recurso de apelación, que fue admitido por la Cámara. Para decidir de esa forma, los camaristas señalaron que el actor no gozaba de un derecho a ser incorporado como afiliado directo, ya que ello dependía de la decisión que adoptara la obra social al respecto. Luego, el amparista recurrió la sentencia. Entre sus argumentos, expuso que la obra social había violado la obligación de continuar los tratamientos médicos a favor de las personas con VIH. En ese sentido, manifestó que se había colocado el derecho a la afiliación por encima de su vida y salud.

DECISIÓN

El Superior Tribunal de Justicia de Chubut hizo lugar al recurso y revocó la sentencia dictada por la Sala B de la Cámara de Apelaciones de Trelew (jueces Donnet, Vivas y Panizzi).

ARGUMENTOS

- ***Derecho a la vida. Derecho a la salud. Derecho a la preservación de la salud. Constitución Nacional. Interpretación de la ley. Corte Suprema de Justicia de la Nación. Jurisprudencia.***

“[Se trata de] un supuesto que nos enfrenta, en primer lugar, con el derecho a la vida y su protección, expresada a través del derecho a la salud. Este último ha sido amparado por nuestra Constitución Nacional no en forma directa sino a través de la incorporación de los tratados internacionales con rango constitucional (art. 75, inc. 22) que expresamente lo consagran. Como ya dijera nuestro Címero Tribunal, es el primer derecho de la persona humana ‘... que resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional, el hombre es el eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo —más allá de su naturaleza trascendente— su persona es inviolable y constituye un valor fundamental, con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental’ (Confr.: [...] Fallos, 338:1110).

Es por ello que cuando se trata de enfermedades graves, el derecho a la vida, como primer derecho de la persona humana está plenamente reconocido y garantizado por la Constitución Nacional (Confr.: CSJN, Fallos, 331: 453), toda vez que el derecho a la salud no se identifica simplemente con la ausencia de enfermedad, sino que se remite al concepto más amplio de bienestar psicofísico integral de la persona; es un corolario del derecho a la vida y se halla reconocido implícitamente dentro de los derechos y garantías innominados del art. 33 de la Constitución Nacional...”.

- ***HIV. Ley aplicable. Sistema nacional del seguro de salud. Obras sociales. Medicina prepaga. Contrato de medicina prepaga. Derechos de los consumidores. Derecho a la salud. Solidaridad. Libertad de contratar. Reglamentación. Discrecionalidad. Corte Suprema de Justicia de la Nación. Jurisprudencia.***

“[Se debe] tener en cuenta lo normado por las leyes nacionales, entre ellas la ley Nº 24.455 donde se establece que todas las obras sociales y asociaciones de obras sociales del sistema nacional incluidas en la ley Nº 23.660, beneficiarias del fondo de redistribución de la ley Nº 23.661, deberán incorporar como prestaciones obligatorias la cobertura para los tratamientos médicos, psicológicos y farmacológicos de las personas infectadas por algunos de los retrovirus humanos y los que padecen el síndrome de inmunodeficiencia adquirida (SIDA) y/o las enfermedades intercurrentes [...]”.

[T]ampoco justifica la decisión del organismo provincial la falta de reglamentación de los arts. 13 y 14 de la Ley XVIII Nº 12, al menos no para hacerla jugar en contra de la parte más débil del contrato. Ello no solo se aleja de los fines específicos y la solidaridad que sirvieron de base para la creación del organismo de salud, sino que, además, atenta contra los principios de orden público previstos en ley de defensa del consumidor en sus arts. 3 y 6 que, obviamente, consagran lo contrario.

[L]os contratos de medicina prepaga son aquellos en los que una empresa especializada se obliga a prestar el servicio de asistencia médica a una persona o grupo de ellas recibiendo como contraprestación el pago de una suma de dinero que generalmente es periódico. ‘Estos contratos no están contemplados dentro de ninguna de las figuras previstas por los códigos de fondo o leyes especiales, siendo en consecuencia, innominados o atípicos. La característica principal de estos negocios jurídicos es que, a través del ahorro... los pacientes se protegen de riesgos futuros en su vida o en su salud... Es decir, el beneficiario se asegura de que si necesita los servicios prometidos, podrá tomarlos, aunque no tenga certeza de cuándo ni en qué cantidad, pudiendo ocurrir inclusive que nunca los requiera, en cuyo caso el gasto realizado se traducirá únicamente en la tranquilidad de que le dio la cobertura todo ese tiempo...’ (CSJN, ‘Etcheverry, Roberto Eduardo c/ Omint Sociedad Anónima de Servicios’ [...])...”.

“[E]n autos el amparista busca permanecer como afiliado a la obra social a la que venía aportando desde antes que le fuera diagnosticada su enfermedad en el mes de octubre de 2017. De manera que no existe ninguna modificación entre que se le descuenta de sus haberes el

porcentaje para cubrir [...] o que abone personalmente la cuota correspondiente. [E]s por ello que la negativa de admisión a esta última resulta arbitraria e ilegal al carecer de toda explicación. Queda claro que lo único que busca la obra social es evitar hacer frente a los gastos que demanda la atención de la enfermedad del actor.

[S]e puede apreciar el alejamiento, injustificado [...], del conjunto de normas y principios que están muy por encima de las convenciones particulares y de la libertad de contratar. Es que las disposiciones de nuestra Carta Magna, desde la que establece la supremacía normativa (art. 31) y las que contemplan el derecho a la vida y a la salud (tratados internacionales de rango constitucional y leyes de la Nación); establecen un marco legal que prioriza –como debe ser en el caso–, la protección a la integridad física de sus ciudadanos.

[L]a ley Nº 23.798 que priorizó la lucha contra el SIDA; la ley Nº 24.754 estableció las prestaciones médicas obligatorias (PMO) donde se prevé que las empresas o entidades que prestan servicios de medicina prepaga, tienen la obligación de incluir en su planes las mismas prestaciones obligatorias dispuestas por las obras sociales, conforme lo establecido por las leyes Nº 23.660 (obras sociales), Nº 23.661 (seguro de salud) y Nº 24.455 (cobertura médico asistencial para enfermos de SIDA y drogadependientes), y sus respectivas reglamentaciones. Es por ello que solo teniendo en cuenta los principios mínimos fijados por la normativa [...], el desenlace del fallo no podía conducir, en modo alguno, al pronunciamiento dictado por la Alzada.

Otro fallo establece que corresponde ‘... revocar la sentencia que confirmó el rechazo –con fundamento en razones de autonomía negocial– de la solicitud de afiliación a una obra social efectuada por un antiguo afiliado, portador del virus VIH–SIDA, pues si bien la actividad que asumen las empresas de medicina prepaga presenta rasgos comerciales, en tanto ellas tienden a proteger las garantías a la vida, salud, seguridad e integridad de las personas, adquieren también un compromiso que excede o trasciende el mero plano negocial...’ (Confr. CSJN, Fallos, 327:5373)...”.

3.3. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DE JUJUY. “RV”. CAUSA Nº 164082. 9/9/2015.

HECHOS

Una persona fue despedida de su trabajo un mes después de haberse reintegrado de una licencia que había sido prescrita por su médico tratante cuando le diagnosticaron HIV. Por tal motivo, interpuso una demanda por la que solicitó una indemnización por daño moral por despido discriminatorio. El Tribunal del Trabajo rechazó la petición por considerar que no se había acreditado que la empleadora tuviera conocimiento de su situación al disponer el despido. La decisión fue apelada por el actor.

DECISIÓN

El Superior Tribunal de Justicia de Jujuy hizo lugar al recurso y revocó la sentencia. En esa oportunidad, se reconoció el daño moral que había sufrido el actor como consecuencia del despido discriminatorio (juezas De Langhe de Falcone, Bernal y jueces Jenefes, González y Del Campo).

ARGUMENTOS

- ***No discriminación. Despido. HIV. Carga de la prueba.***

“[L]a sentencia atacada revela una inadecuada comprensión de las circunstancias de hecho, realiza una incorrecta valoración del marco probatorio e incurre en errónea aplicación del derecho, lo que se traduce en lesión a garantías constitucionales; por tanto, la decisión es arbitraria. Entiendo que en este caso, en el que el trabajador alega que el empleador decidió el distracto de la relación laboral debido a la enfermedad que padece y, por ende, fue discriminatorio, debe operar el desplazamiento de las reglas tradicionales de la carga de la prueba a fin de que sea posible tutelar adecuadamente el derecho fundamental a la no discriminación, reconocido en normas constitucionales y supra nacionales, y en atención a las serias dificultades que presenta la acreditación del hecho discriminatorio.

En este sentido ha señalado la Corte Suprema de Justicia que ...el Comité contra la Discriminación Racial, ..., señaló que, en los reclamos o demandas civiles por discriminación, las normas procesales han de regular la carga de la prueba en términos tales que, una vez que el reclamante hubiese acreditado ‘prima facie’ que ha sido víctima de una discriminación, deberá ser el demandado la parte que produzca la prueba que justifique, de manera objetiva y razonable, el trato diferente...”.

“[A]simismo, el Superior Tribunal de Justicia señaló —con citas de la OIT— que ‘...uno de los problemas de procedimiento más importantes que se plantean cuando una persona alega una discriminación en el empleo o la ocupación se refiere a que con frecuencia le corresponde la carga de la prueba del motivo discriminatorio subyacente al acto incriminado, lo que puede

constituir un obstáculo insuperable a la reparación del perjuicio sufrido' (párr. 224). Lo más frecuente, acotó, 'es que la discriminación sea una acción o una actividad más presunta que patente, y difícil de demostrar [...] tanto más cuanto que la información y los archivos que podrían servir de elemento de prueba están la mayor parte de las veces en manos de la persona a la que se dirige el reproche de discriminación' [...]. Por consiguiente, 'en algunos países la legislación o la jurisprudencia invierten a veces la carga de la prueba o, por lo menos, dan una cierta flexibilidad a la parte de la carga de la prueba que corresponde al demandante' ...".

"[P]or último, el tribunal indicó que, en el caso concreto, '...el empleador no ha logrado demostrar —como correspondía que lo hiciera— que la finalización de la relación laboral, en las condiciones descritas, haya obedecido a las causas que invocó al contestar demanda, ni que tales cuestiones operativas hayan tenido entidad suficiente como para motivar la ruptura contractual, de manera tal que puedan justificar objetiva y razonablemente el distracto, eliminando toda sospecha de que el mismo fue en razón de la enfermedad de HIV que aqueja al actor, y por ende, discriminatorio' ...".

3.4. CÁMARA FEDERAL DE MAR DEL PLATA. “Red de Personas”. CAUSA Nº 30597. 26/3/2018.

HECHOS

Una asociación de personas con VIH/SIDA promovió un amparo colectivo para que se los autorizara a cultivar Cannabis para consumo medicinal. El juzgado de primera instancia rechazó la petición por considerarla una solicitud judicial para “incurrir en la conducta tipificada actualmente por el artículo 5 de la ley Nº 23.737” y estimar que la asociación no se encontraba legitimada para ejercer la acción de forma colectiva. Contra esa resolución la actora interpuso un recurso de apelación.

DECISIÓN

La Cámara Federal de Mar del Plata revocó la resolución de grado y habilitó la vía de amparo colectivo para que el juez de grado analizara las peticiones (jueces Ferro, Tazza y Jimenez).

ARGUMENTOS

- ***Acción de amparo. Cannabis. Medicamentos. HIV. Derecho a la salud. Procesos colectivos.***

“[E]s oportuno aclarar –desde el punto de vista de la legitimación de la entidad amparista– que el propio artículo 43 de la C.N. otorga legitimación a las Asociaciones que propendan a la defensa de los usuarios y consumidores, registradas a tal fin. En tal sentido, ha sido clara y unánime la más calificada doctrina al respecto, cuando indicó que en estos casos la legitimación ha de concederse a asociaciones de cualquier tipo, en la medida en que se encuentre definida su finalidad institucional en sus estatutos (Cfr. por todos ellos, Quiroga Lavié, citado, pág. 191).

Por otra parte, la relevancia de las entidades no gubernamentales en la temática particular debatida en autos está reconocida por la propia ley 27.350, que en su art. 5 autoriza a la autoridad administrativa a firmar convenios con ONG para promover la aplicación de tal normativa. En este caso, los fines terapéuticos esgrimidos por la entidad se relacionan directamente con el objeto pretendido en autos, y éste con el objeto social que consta en el art. 1 de su estatuto [...]; por lo cual –tanto desde su capacidad jurídica como desde su legitimación procesal– la entidad amparista no encuentra escollos para actuar en autos...”.

3.5. CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES DEL TRABAJO, SALA VIII. “TAD”. CAUSA Nº 64685/2017. 11/7/2022.

HECHOS

Una mujer había sufrido un accidente mientras cumplía con sus tareas laborales. En esa ocasión, se cortó la mano derecha con un bisturí utilizado en un paciente HIV positivo. Ese día realizó una denuncia ante la aseguradora de riesgo de trabajo (ART) a fin de que se diera cumplimiento con las resoluciones Nº 19/1998 y 18/2000 que regulaban la atención de accidentes de trabajo del personal de la salud con riesgo de infección por patógenos sanguíneos. No obstante, la aseguradora no cumplió con el procedimiento de los estudios que debían realizarse conforme al protocolo de profilaxis post exposición. Por ese motivo, la trabajadora inició una acción de amparo. En esa oportunidad, solicitó como medida cautelar que se entregaran un grupo de estudios que le habían realizado y cuyo resultado no le había sido informado. Además, requirió que se obligara a la demandada a realizar un tercer estudio pendiente. Luego, personal de salud se presentó en el domicilio de la mujer para realizar el procedimiento, pero no le entregaron los resultados. En esa oportunidad, la mujer se angustió por la incertidumbre de no saber si había contraído HIV. En consecuencia, reclamó a la ART una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados ante el incumplimiento de deberes de asistencia médica y por los desconocimientos de sus derechos como paciente. Además, sostuvo que la negligencia de la aseguradora en el cumplimiento de sus obligaciones le generó un daño moral. El juzgado interviniente hizo lugar al resarcimiento. Por su parte, la aseguradora apeló la decisión por considerar excesivo e injustificado el monto de la indemnización.

DECISIÓN

La Sala VIII de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo confirmó la sentencia impugnada que había condenado a la ART al pago de la pretensión indemnizatoria por daño moral como consecuencia de no haberle entregado a la mujer los resultados de los estudios de HIV (jueza Gonzalez y Juez Catardo).

ARGUMENTOS

- ***Aseguradora de riesgos de trabajo. Responsabilidad extracontractual. Accidentes del trabajo. Daños y perjuicios. Derecho a la salud. HIV. Principio de dignidad humana. Derecho a la integridad personal. Reparación. Indemnización. Derechos del paciente. Código Civil y Comercial de la Nación. Incumplimiento.***

“[H]a quedado evidenciado que fueron vulnerados derechos inherentes a la persona (dignidad, integridad psicofísica, salud, tranquilidad, bienestar, etc.), por lo cual se configura en el sub lite la responsabilidad extracontractual de la demandada en los términos del artículo 1078 del Código Civil (actual artículo 1741 CCCN), pues se advierte un perjuicio concreto en la salud psicofísica de la actora como consecuencia de los incumplimientos a cargo de la aseguradora que

importaron una vulneración a su derecho a la salud. En este sentido, es erróneo y desafortunado lo argüido por la demandada en el sentido que, aun de admitir su demora en la confirmación de los resultados de los respectivos estudios, la actora contaba con la posibilidad de someterse a un test en forma personal para saber si había contraído una enfermedad de consecuencias eventualmente dañosas o que deriven en otras afecciones, y ello es así por cuanto, la Ley 24557 obliga a las aseguradoras a brindar las prestaciones en especie ‘... hasta su curación completa o mientras subsistan los síntomas incapacitantes...’. Siendo ello así, la prestadora debió tener cabal conocimiento del estado de la actora, y la zozobra en la dilatada espera de resultados médicos.

[E]l obligado a prestar un servicio, debe ejecutar el hecho en un tiempo propio y del modo en que fue la intención de las partes que se ejecutara, entendiéndose que si lo hace de otra manera, el hecho se tendrá por no cumplido (artículo 625 del Código Civil, actual artículos 773 y 775 CCCN), autorizando el reclamo de los perjuicios e intereses sobrevinientes por la inexecución de la obligación (artículo 630 del Código Civil, actual artículo 777 CCCN). Siendo ello así, no basta con cualquier atención médica para dar por cumplida la obligación estipulada en el artículo 20 de la ley de riesgos del trabajo...”.

- ***Daño. Daño moral. Daño psicológico. Responsabilidad. Responsabilidad civil. Indemnización.***

“[S]e entiende por daño moral a toda lesión a los sentimientos que el damnificado sufre a consecuencia del hecho (CN Civ. Sala L, ‘Sastre, Noemí c. Micrómnibus Norte S.A’. 5/10/97). En otros, términos: ‘Daño moral es una modificación disvaliosa del espíritu en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir, que se traduce en un modo de estar de la persona diferente de aquel en que se hallaba antes del hecho, como consecuencia de este y anímicamente perjudicial’ (...II jornadas sanjuaninas del Derecho Civil, 1984). En lo que respecta a la naturaleza jurídica del daño moral, esta es de carácter resarcitorio, ‘la función del resarcimiento del daño no patrimonial no es el dolor, sino, más simplemente, asegurar al dañado una utilidad sustitutiva que lo compense, en la medida de lo posible, de los sufrimientos morales y psíquicos padecidos’ (sentencia N° 2063, de Cassazione italiana, del 23/05/75), (La Demanda de Daños, Aspectos civiles y procesales, Silvia Y. Tanzi)...”.

3.6. CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL, SALA B. “ALF”. CAUSA Nº 15841/2017. 3/6/2022.

HECHOS

Un hombre había sido convocado a una entrevista laboral para desempeñarse en el sector de ventas de una empresa. Luego, la compañía le informó por correo electrónico que había quedado conforme con su desempeño. Por esa razón, le envió el contrato y le comunicó que, previo a su firma, debía realizarse exámenes médicos preocupacionales. Pese a que el hombre cumplió con ese requisito, la empresa no lo volvió a contactar. En consecuencia, inició una demanda de daños y perjuicios contra la compañía. En su presentación, sostuvo que había sido discriminado porque tenía VIH. En particular, señaló que la demandada no había avanzado con la contratación cuando recibió los resultados de los estudios de laboratorio. Por su parte, la empresa negó haber requerido análisis de VIH al postulante. El juzgado interviniente hizo lugar a la acción y condenó a la demandada a abonar una indemnización. Contra esa decisión el accionante interpuso un recurso de apelación ya que consideró que los montos de resarcimiento eran bajos. La demandada también apeló la sentencia. Entre otras cuestiones, sostuvo que el accionante no había demostrado la existencia de actos discriminatorios.

DECISIÓN

La Sala B de la Cámara de Apelaciones en lo Civil confirmó la sentencia impugnada, pero modificó el monto de la indemnización por daño moral (jueza Maggio y jueces Ramos Feijoo y Parrilli).

ARGUMENTOS

- ***Actos discriminatorios. Igualdad. No discriminación. Ley aplicable. Interpretación de la ley. Tratados internacionales. Constitución Nacional. Corte Suprema de Justicia de la Nación. Jurisprudencia.***

“[L]a ley 23.592 con base constitucional se enmarca en la temática de los Derechos Humanos dando un marco protectorio a quien sufre actos de discriminación y en su primera disposición establece: ‘quien arbitrariamente impida, obstruya, restrinja de algún modo o 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’, pues cabe recordar que el sistema legal prohíbe todo tipo de discriminación y garantiza contra cualquiera de ellas [...].

La Corte Suprema de Justicia de la Nación en la tarea de interpretar el artículo 16 de [la] Carta Magna ha resuelto que ‘La igualdad ante la ley significa que no se deben conceder excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que se otorga a otros en igualdad de condiciones’. [E]l principio de igualdad o de no discriminación consagrado por el referido artículo, debe ser considerado a la luz del [...] art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional en tanto lo consagran diversas disposiciones contenidas en los tratados con jerarquía constitucional tales como la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, (art. 2); Declaración Universal de Derechos Humanos (arts. 2 y 7); el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, (arts. 2.1 y 26); el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, (arts. 2° y 3°); y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 1.1 y 24); además de los tratados destinados a la materia en campos específicos: Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, (arts. 2 a 7) y Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la mujer, (arts. 2, 3 y 5 a 16)...”.

- ***HIV. Actos discriminatorios. Igualdad. No discriminación. Derecho al trabajo. Libertad de contratar. Prueba. Carga de la prueba. Indicios. Presunciones. Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.***

“[U]no de los problemas que presentan los actos de discriminación emanados de particulares se encuentra en la dificultad probatoria. Por ello, y teniendo en cuenta que la no discriminación es un principio que cuenta con sustento constitucional [...] se considera que cuando una persona invoca un supuesto de discriminación, como en el caso, se invierte la carga de la prueba. Ocurre que es mucho más difícil para el primero probar la discriminación, que para el segundo acreditar la justa causa, si es que existe [...].

[H]a sido establecido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que: ‘la discriminación no suele manifestarse de forma abierta y claramente identificable; de allí que su prueba con frecuencia resulte compleja. Lo más habitual es que la discriminación sea una acción más presunta que patente y difícil de demostrar, ya que normalmente el motivo subyacente a la diferencia de trato está en la mente de su autor y, la información y los archivos que podrían servir de elementos de prueba están, la mayor parte de las veces, en manos de la persona a la que se dirige el reproche de discriminación’ y aclara ‘en los casos en que resulta aplicable la ley 23.592, y se controvierte la existencia de un motivo discriminatorio en el acto en juego, resultará suficiente, para la parte que afirma dicho motivo, la acreditación de hechos, *prima facie* evaluados, que resulten idóneos para inducir su existencia, caso en el cual corresponderá al demandado a quien se reprocha la comisión del trato impugnado, la prueba de que éste tuvo como causa un motivo objetivo y razonable ajeno a toda discriminación, y la evaluación de uno y otro extremo, es cometido propio de los jueces de la causa a ser cumplido de conformidad con las reglas de la sana crítica (Fallos 334: 1387, *in re* ‘Pellicori’)’.

[E]n conflictos derivados de situaciones de discriminación, difícilmente ha de encontrarse una prueba clara y categórica, pues seguramente tales actos no resulten documentados. Por lo tanto, adquieren relevancia las directivas contenidas en el art. 163 del Código Procesal, en

tanto autorizan a echar mano a las presunciones no establecidas por ley. [S]e ponen en juego derechos como el de igualdad y de prohibición de discriminar a favor de la parte trabajadora o quien aspira a serlo; y por el otro, el derecho de contratar libremente que asiste a la parte que será la empleadora (arts. 14 y 17 de la Constitución Nacional). La ley de contrato de trabajo reconoce a la empleadora el derecho constitucional para elegir al personal que trabajará para la empresa o comercio conforme las facultades de dirección de organización como titular de la explotación, al contar a su favor con un marco de discrecionalidad en el ejercicio de esa facultad, pero las particulares circunstancias del presente caso muestran a dicha discrecionalidad exacerbada, porque acreditado el avance del actor en el proceso de selección, no logra establecerse con claridad por qué se detuvo luego del resultado de laboratorio realizado en el marco del examen preocupacional, prueba que a la luz de todo lo expuesto le correspondía a la parte demandada.

[E]n su silencio previo y durante el proceso la demandada conocía que aquí se encontraba en juego la discusión sobre la existencia de un acto discriminatorio, enmarcado en la ley 23.592, y bajo el lineamiento expresado, a través de los fundamentos de la contestación de la acción entablada en su contra y de la prueba ofrecida no cumplió con el referido deber de colaboración del citado art. 163 inc. 5 del CPCCN) ni tampoco acreditó que la no contratación por parte de la empresa demandada no constituyó un acto discriminatorio, pues debió probar que la no concreción del contrato de trabajo se debió a razones operativas o de funcionamiento, o a alguna otra cuestión puntual [...] como podría haber sido simplemente acreditar que no hubo discriminación sino que sólo hubo una elección de otro candidato, prueba que era determinante para contrarrestar la fuerza otorgada a la indiciaria sobre la que apoyó su decisión de condena.

[R]esulta llamativo que la demandada no haya arrimado ningún elemento de prueba que permita establecer que el demandado no fue contratado por un motivo distinto a la alegada discriminación, que puso en juego la valoración de las presunciones judiciales, en la inteligencia que diversos indicios pueden constituir fuente de convencimiento [...] pues esto se verifica cuando con la lógica se consigue unir todos los indicios necesarios para llegar a la constatación del hecho. Así, se ha dicho que el indicio es una prueba desde el momento que en virtud de ella se adoptan determinadas resoluciones judiciales. [L]a prueba aportada en las presentes actuaciones y centralmente el silencio guardado por la empresa al no explicitar las razones de la no contratación del actor, generó claros indicios de discriminación, los cuales no fueron debidamente refutados por la parte demandada mediante algún medio probatorio eficaz, que permitiese descartar que dicha causa obedeciera a otras razones que no fueran la pertenencia del actor a un grupo que sufre discriminación.

[L]a demandada tenía a su disposición canales previos que pudo hacer valer y también posteriores frente al presente proceso judicial, para comunicar al actor en forma clara la decisión de no contratarlo, que el caso en particular tenían su fundamento en llegar a las instancias finales, agradecer el tiempo destinado al proceso y probablemente mencionarle que se lo tendría en

cuenta para futuras y eventuales vacantes, pero nada de ello ocurrió, eligió el silencio que se produjo desde el momento posterior al examen médico preocupacional y de laboratorio, y que se mantuvo pese a la oportunidad que el presente proceso judicial le otorgó, todo lo que a la luz de los elementos analizados jugó fatalmente en su contra. [L]a no contratación del actor se debió a su condición de portador del virus de inmunodeficiencia humana, lo que constituye sin duda un acto discriminatorio, concretado a raíz de una condición relacionada con su salud física, carente de fundamento y, por consiguiente, menoscabante de su derecho a trabajar...”.

3.7. CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL, SALA H. “MAD”. CAUSA Nº 51920/2012. 15/7/2020.

HECHOS

Una persona tenía problemas vasculares y necesitaba realizarse una intervención quirúrgica. Por ese motivo, requirió los servicios de un médico que eligió de su obra social. En una de las consultas, le comentó a su médico que tenía HIV. En consecuencia, el galeno postergó la fecha de su intervención dado que no quería exponer a su personal médico. Por ese motivo, la persona presentó una acción de amparo contra el médico y su obra social por la discriminación que había sufrido al postergarse su operación porque tenía HIV. Por su parte, el médico tratante expresó que se había fijado una fecha en el mes de marzo pero que se postergó dado que la cirujana ayudante estaba de licencia por salud y la instrumentadora estaba embarazada. Además, agregó que el paciente estaba disconforme con la fecha y no asistió más al consultorio. El juzgado que intervino hizo lugar a la demanda y consideró que cuando se alegaba discriminación se invertía la carga de la prueba. La decisión fue apelada por el demandado.

DECISIÓN

La Sala H, de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil confirmó la decisión de primera instancia que reconoció la discriminación que sufrió la persona por su serología positiva HIV por parte del médico tratante (jueza Begher y jueces Fajre y Kiper).

ARGUMENTOS

- ***Acción de amparo. Obras sociales. Médicos. Responsabilidad. Igualdad. No discriminación. HIV. Derecho a la salud. Prueba. Carga de la prueba. Carga dinámica de la prueba. Presunción. Ley aplicable. Interpretación de la ley. Principio de dignidad humana. Categoría sospechosa. Constitución Nacional.***

“[E]l actor acreditó ser portador de VIH y que el demandado conocía dicha condición. Probados estos hechos, la postergación de la fecha de intervención por parte del médico debe presumirse un acto discriminatorio, salvo que el galeno logre demostrar que no fue así. Esto es así pues debe evaluarse la existencia de una presunción discriminatoria, si se está en presencia de una persona o de un integrante de un grupo que la realidad muestra que suelen ser objeto de discriminación (conf. esta Sala, ‘M., M. J. c/ Citibank N.A. s/ Daños y Perjuicios’, 7/4/2009).

Entonces, como sostuvo esta Sala en la causa ‘Fundación Mujeres en Igualdad y otro c. Freddo S.A.’, del 16/12/2002, cualquier distinción desfavorable hacia una persona con motivo de su raza, religión, nacionalidad, sexo, condición social, aspecto físico, lengua, u otras similares, se presume inconstitucional.

A raíz de esto, lo trascendente es dilucidar si las circunstancias que alegara el demandado para posponer la intervención fueron reales, y de ser así, si resultaban suficientes para que el profesional se encontrará justificado en su accionar, ya que podría presumirse que su actitud obedeciera a la condición de portador del virus del actor...”.

“[U]no de los problemas que presentan los actos de discriminación emanados de particulares se encuentra en la dificultad probatoria. Por ello, y teniendo en cuenta que la no discriminación es un principio que cuenta con sustento constitucional (la protección emana de la Constitución Nacional y de los tratados internacionales con similar jerarquía), considero que cuando el paciente se siente discriminado por alguna de las causas, el ‘onus probandi’ pesa sobre el prestador del servicio. Ocurre que es mucho más difícil para el primero probar la discriminación, que para el segundo acreditar la justa causa, si es que existe (conf. Kiper, Claudio, ‘Derechos de las minorías ante la discriminación’, 1999, especialmente págs. 129/33 y 238/40). En ese sentido se puede citar también, sólo a mayor abundamiento, que la Civil Rights Act de EE.UU., de 1964, se modificó en 1991, para disponer que en los casos de discriminación la prueba se invierte y el acusado debe demostrar que su conducta no puede ser tachada de tal, dando razones objetivas para sostenerla. Lo expuesto ha sido asentado en jurisprudencia de la Suprema Corte de Estados Unidos, de la Corte Suprema de la Nación, y de otros tribunales...”.

“[L]a Ley Nacional de Lucha Contra el Sida 23.798, de 1989, en su art. 2 prescribe que sus normas y las complementarias que se establezcan ‘se interpretarán teniendo presente que en ningún caso pueda: a) afectar la dignidad de la persona; b) producir cualquier efecto de marginación, estigmatización, degradación o humillación’.

A ello debe sumarse también que no puede dejarse de lado la enorme evolución procesal existente sobre el tema de la carga probatoria. Así, se suele sostener que debe probar quien se encuentra en mejores condiciones para hacerlo, que ya no se acepta quietamente la concepción que pone en cabeza del actor la prueba de los hechos que invoca y del demandado de aquellos por los que pretende excepcionarse, y que se sostiene también muchas veces que la prueba, que puede ser suministrada por cualquiera de las partes, puede perseguir la finalidad de satisfacer la carga que pesa sobre ella o desvirtuar la prueba suministrada por la contraparte.

[S]e trata de principios constitucionales que vedan la discriminación y aseguran la igualdad real entre los seres humanos, no la igualdad formal. No se trata de igualdad en iguales circunstancias, sino, por el contrario, de reforzar la situación de quien se encuentra en situación de debilidad por integrar una ‘categoría sospechosa’, en términos de la Suprema Corte de Estados Unidos. Al ser así, es irrelevante en este caso la cita de la teoría de las cargas probatorias dinámicas, y de lo dispuesto por el actual Código Civil y Comercial. Cualquiera sea la opinión que se tenga sobre este asunto procesal, lo cierto es que resulta ajeno a los principios constitucionales en juego...”.

“[C]abe reiterar los términos del informe remitido por el INADI: ‘...los criterios de suspensión o realización de una cirugía sobre una persona conviviendo con VIH podrán tener relación con las condiciones de salud del paciente, más no puede invocarse el riesgo de exposición del personal médico. Lo contrario supondría que la atención del paciente con VIH dependiera de la buena predisposición del médico’...”

- ***HIV. Derecho a la salud. Prueba. Valoración de la prueba. Discriminación. Médicos. Responsabilidad. Principio de dignidad humana. Interpretación de la ley.***

“[L]a Sociedad Argentina de Infectología, al contestar la prueba informativa cursada, advirtió que ‘...el riesgo de transmisión de HIV hacia el equipo de salud, de no mediar un accidente por parte del personal de salud, es muy bajo...’. Agregó que ‘...la transmisión del HIV luego de una exposición percutánea se estima en un 0,3% (CDC) a 0,5% (OMS); por contacto con mucosa 0,09% y es aún menor tras el contacto con piel no sana. Aumenta el riesgo la injuria profunda, la ausencia de elementos de barrera, la aguja hueca, el volumen inoculado...’.

Entonces, si bien de acuerdo al experto se encontraba justificada la postergación de la intervención en el mes de septiembre para una vez pasados los meses de verano, lo cierto es que la dilación una vez llegado el mes de marzo, no aparece justa.

Aún si se pudiera tener por cierto que el equipo médico del demandado, según sus dichos, se encontraba diezmado, por la reciente maternidad de su cirujana ayudante, y del embarazo de su instrumentadora quirúrgica ello [...] no resulta suficiente razón para eximirlo de responsabilidad...”.

“[H]a sido el actor quien recibió un trato diferente, y perjudicial, obviamente, para sus intereses. Ello atenta contra principios básicos de la ley 23.798, tales como proteger la dignidad de la persona afectada...”.

3.8. CÁMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL, SALA II. “IEFA”. CAUSA Nº 832/2015. 27/2/2018.

HECHOS

Un hombre contrató un plan médico ofrecido por una empresa de medicina prepaga. En esa oportunidad, no indicó ninguna enfermedad. Con posterioridad, la empresa rescindió el contrato. En ese sentido, le informó al afiliado que había obrado de mala fe pues no había denunciado en la correspondiente declaración jurada que tenía HIV. Por ese motivo, el hombre inició una acción de amparo, que fue admitida. En consecuencia, el juzgado le ordenó a la demandada que mantuviera la afiliación y el plan elegido de acuerdo con las condiciones pactadas al inicio. Contra esa decisión, la empresa demandada interpuso un recurso de apelación. Entre sus argumentos, señaló que se había demostrado que el actor había falseado la declaración jurada, pues había ocultado de manera intencional su estado de salud y el tratamiento que requería.

DECISIÓN

La Sala II de la Cámara en lo Civil y Comercial Federal confirmó la sentencia de la anterior instancia que ordenó que la empresa de medicina prepaga mantuviera la afiliación y el plan elegido por el hombre (jueza Najurieta y juez Uriarte).

ARGUMENTOS

- ***Medicina prepaga. Contrato de medicina prepaga. Declaración jurada. Enfermedad. Rescisión del contrato. Ley aplicable.***

“[S]e debe destacar que el marco regulatorio de las Empresas de Medicina Prepaga se encuentra establecido en la ley 26.682 [...], cuyo art. 9° dispone: ‘Rescisión...Los sujetos comprendidos en el artículo 1° de la presente ley sólo pueden rescindir el contrato con el usuario cuando...haya falseado la declaración jurada...’ y cuyo art. 10° establece que ‘...Las enfermedades preexistentes solamente pueden establecerse a partir de la declaración jurada del usuario y no pueden ser criterio del rechazo de admisión de los usuarios. La autoridad de aplicación autorizará valores diferenciales debidamente justificados para la admisión de usuarios que presenten enfermedades preexistentes, de acuerdo a lo que establezca la reglamentación’.

[E]l Decreto Reglamentario Nº 1993/2011, prevé en su art. 10° ‘...La Superintendencia de Servicios de Salud establecerá y determinará las situaciones de preexistencia que podrán ser de carácter temporario, crónico o de alto costo que regirán para todos los tipos de contratos entre las partes comprendidas en el presente decreto sin excepción...La Superintendencia de Servicios de Salud autorizará los valores diferenciales para las prestaciones de carácter temporario debidamente justificados y la duración del período de pago de la cuota diferencial, que no

podrá ser mayor a tres (3) años consecutivos, al cabo de los cuales la cuota será del valor normal del plan acordado. Asimismo, la Superintendencia de Servicios de Salud autorizará los valores diferenciados para las patologías de carácter crónico y de alto costo...”.

- **HIV. Derecho a la salud. Tratamiento médico. Prueba. Carga de la prueba. Contrato de medicina prepaga. Declaración jurada. Interpretación de los contratos. Mala fe. Buena fe. Rescisión del contrato. Arbitrariedad.**

“[L]a responsabilidad probatoria, no depende de la condición de parte actora o demandada, sino de la situación en que se coloca el litigante en el juicio para obtener una determinada consecuencia jurídica. Si la parte demandada hace afirmaciones de descargo o presenta una versión distinta de los hechos, soportará la carga de la prueba de ellos...”.

“[D]el informe de la Clínica del Sol [...] que surge como resultado del análisis practicado al actor ‘HIV REACTIVO’, cabe concluir que hasta dicha fecha el actor desconocía su enfermedad. [T]ambién en dicha clínica, había arrojado como resultado ‘HIV NO REACTIVO’. [D]e los certificados médicos agregados [...], emitidos seis meses después de la solicitud de afiliación del actor [...] –diciembre de 2014– y que dan cuenta del diagnóstico de HIV y de la necesidad de practicar un ‘Test de Resistencia’ para el inicio de tratamiento, no puede colegirse que el actor conociera de su enfermedad al momento de suscripción de la declaración jurada de salud.

[El perito médico infectólogo] concluye [...] que los pacientes solicitan el examen de HIV en cualquier momento, independientemente de su condición de afiliado a un sistema de salud y que la disponibilidad actual de exámenes gratuitos de resultados rápidos en instituciones públicas y privadas facilitan la provisión del diagnóstico sospechoso de infección por HIV. También concluye que es frecuente que una persona joven sexualmente activa solicite exámenes de HIV regularmente y que resulta totalmente factible que el actor ignorase el diagnóstico de su enfermedad al momento de afiliarse, ya que el informe de febrero de 2014 indicó HIV no reactivo [...], en cambio los posteriores de fecha agosto y septiembre indicaron HIV reactivo. [A]parece infundado considerar que el actor ocultó información al momento de afiliarse. [N]o hallándose demostrado que el actor haya falseado la declaración jurada de salud al momento de solicitar su afiliación al plan de salud [...], este Tribunal se inclina por confirmar la sentencia...”.

“[N]o encontrándose probado en autos que el actor haya ocultado intencionalmente sus antecedentes médicos y que padeciera alguna enfermedad que estuviese obligada a denunciar como preexistente al tiempo de solicitar su afiliación y en consecuencia que haya obrado con mala fe, esta Sala considera que la sentencia del magistrado de la anterior instancia resulta congruente con la normativa que regula la actividad de las entidades de medicina prepaga (Ley 26.682), su decreto reglamentario y en armonía con las normas de derecho de fondo, con relación a los contratos y su interpretación conforme a principios de buena fe. [N]o dándose, en el caso, el supuesto de falsedad de la declaración jurada de salud suscripta por el actor, lo que habilitaría a la demandada a la rescisión del contrato en los términos del art. 9 de la Ley 26.682,

cabe concluir que la baja unilateral dispuesta por [la demandada] constituyó un acto de arbitrariedad manifiesta...”.

3.9. CÁMARA DE APELACIONES EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y TRIBUTARIO DE CABA. “ARC”. CAUSA Nº 44899. 25/10/2017.

HECHOS

Una persona de 51 años tenía HIV, hepatitis C y polineuropatía periférica. Por ese motivo, solicitó a su médico la prescripción y suministro de Cannabis de la especie sativa o índica para aliviar los dolores que sufría. La profesional rechazó el pedido por no tratarse de una medicación legal. En consecuencia, el paciente inició una acción de amparo contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y solicitó la prescripción y suministro de Cannabis y planteó la inconstitucionalidad de las normas justificaban la denegatoria. El juzgado rechazó la acción. El recurso deducido por el amparista motivó la intervención de la cámara de apelaciones, que anuló la decisión y remitió las actuaciones a fin de que un nuevo magistrado sustanciara la causa. En ese marco, el nuevo juzgado de primera instancia rechazó las pretensiones del actor y ordenó a la médica tratante, entre otras medidas, tomar contacto con los investigadores en medicina del dolor de la Universidad Nacional de la Plata y, si después de esa interconsulta, se consideraba la prescripción de un producto médico relacionado con Cannabis, se lo solicitara a la ANMAT. En consecuencia, ambas partes interpusieron un recurso de apelación. Durante el trámite de la causa se sancionó la ley Nº 27.350 (Boletín Oficial del 19/04/17).

DECISIÓN

La Sala III de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires hizo parcialmente lugar a la apelación y ordenó al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires que le prescribiera al actor a través de los profesionales de la salud que lo asistían, de considerarlo necesario, un tratamiento basado en derivados de la planta Cannabis de conformidad con las previsiones de la ley Nº 23.750, el decreto Nº 138/17 y la resolución Nº 1537-E/17 del Ministerio de Salud (jueces Centanaro, Zuleta y Seijas en disidencia parcial).

ARGUMENTOS

- ***Acción de amparo. Cannabis. Medicamentos. HIV. Derecho a la salud. Médicos. Medidas cautelares.***

“[D]urante el trámite de la causa hubo modificaciones relevantes en el marco jurídico aplicable. En efecto, poco antes de emitirse esta decisión fue sancionada y aprobada la ley 27350 (Boletín Oficial del 19/04/17), que vino a regular la investigación médica y científica del uso medicinal, terapéutico y paliativo del dolor de la planta de Cannabis y sus derivados (v. art. 1º y concordantes)...” (voto de los jueces Centanaro y Zuleta).

“[L]a norma crea ‘el Programa Nacional para el Estudio y la Investigación del Uso Medicinal de la Planta de Cannabis, sus derivados y tratamientos no convencionales, en la órbita del Ministerio de Salud’ (art. 2º). Establece, asimismo, que la autoridad de aplicación ‘tiene la facultad

de realizar todas las acciones requeridas para garantizar el aprovisionamiento de los insumos necesarios a efectos de llevar a cabo los estudios científicos y médicos de la planta de Cannabis con fines medicinales en el marco del programa, sea a través de la importación o de la producción por parte del Estado nacional' (art. 6º) ...” (voto de los jueces Centanaro y Zuleta).

“[V]ale aclarar que la patología que aqueja al actor se encuentra incluida en las condiciones que exige la reglamentación (v. <http://www.who.int/hiv/es/>). A efectos de ser incorporados al programa mencionado, los pacientes deben inscribirse en el registro previsto en el artículo 8º de la ley (art. 3º, inc. 'd' del decreto 738/17) y su reglamentación. Por el artículo 4º de la norma reglamentaria se designa como autoridad de aplicación de la ley 23750 al Ministro de Salud, quien estará habilitado para dictar normas complementarias y las demás disposiciones necesarias...” (voto de los jueces Centanaro y Zuleta).

“[S]e observa que el régimen reseñado –integrado hasta el momento por la ley citada, el decreto 738/17 y la resolución 1537-E/17 del Ministerio de Salud– contempla diversas opciones para el uso medicinal del Cannabis. De tal modo, se eliminan los obstáculos legales invocados por la Dra. [T.F.], médica que labró el certificado [...] para prescribir la administración de la sustancia, en caso de que ella lo considere indicado...” (voto de los jueces Centanaro y Zuleta).

“[E]l plexo normativo integrado por la ley 27350, el decreto 738/17 y la resolución 1537-E/17 del Ministerio de Salud, en tanto habilita diversas vías para el uso medicinal de la planta de Cannabis y sus derivados, permite satisfacer la pretensión principal del demandante, esto es, la posibilidad de que le sea indicada la sustancia solicitada...” (voto de la jueza Seijas).

3.10. CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL, SALA H. “MMJ”. Causa Nº H510828. 7/4/2009.

HECHOS

Una entidad bancaria tomó conocimiento de que un empleado tenía HIV. A partir de eso, se lo evaluó negativamente y se lo trasladó a otra sucursal. Finalmente, el empleado, se acogió a un plan de retiro voluntario. En este marco, alegó haber sufrido discriminación porque tenía HIV y por su orientación sexual. En consecuencia, inició una demanda por daños y perjuicios contra la entidad. El juzgado de primera instancia hizo lugar a la demanda. En esa oportunidad, se reconoció que el retiro del empleado debía presumirse como un acto discriminatorio y que estaba a cargo del empleador demostrar lo contrario. Contra dicha decisión, la parte demandada interpuso un recurso de apelación.

DECISIÓN

La Sala H de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil confirmó la sentencia apelada que acreditó la discriminación que sufrió la persona en su trabajo por su orientación sexual y porque tenía HIV (Jueces Kiper y Giardulli).

ARGUMENTOS

- ***LGBTIQ. No discriminación. HIV. Daños y perjuicios. Reparación. Trabajo. Igualdad. Daño. Actos administrativos.***

“[N]o puede dejarse de lado la enorme evolución procesal existente sobre el tema de la carga probatoria. Así, se suele sostener que debe probar quien se encuentra en mejores condiciones para hacerlo, que ya no se acepta quietamente la concepción que pone en cabeza del actor la prueba de los hechos que invoca y del demandado de aquellos por los que pretende exceptuarse, y que se sostiene también muchas veces que la prueba, que puede ser suministrada por cualquiera de las partes, puede perseguir la finalidad de satisfacer la carga que pesa sobre ella o desvirtuar la prueba suministrada por la contraparte...”.

“[L]a demandada debe acreditar que hubo razones estrictamente objetivas para que el actor dejara de ascender a partir del momento en que era público su estado, que también razones puramente de mejor servicio justificaban su traslado de sucursal y, en definitiva, que el actor libre y voluntariamente quiso dejar la empresa y extinguir el vínculo laboral, sin sentirse presionado a causa de la discriminación...”.

“[E]l hecho de que el Banco tenga Códigos de conducta y reglamentos que vedan el maltrato, y que aludan a la posibilidad de hacer denuncias o reclamos, si bien saludable, no significa que el actor no haya sido discriminado. Por otro lado, no puedo soslayar que la discriminación suele

ser encubierta, disimulada, solapada, nunca se discrimina –en principio– en forma clara y expresa...”.

“[L]o acordado y percibido entre las partes se refirió a la extinción del vínculo laboral, como podía haber hecho cualquier otro empleado. En cambio, en este juicio el actor demanda los daños sufridos por haber sido discriminado en la institución en la que trabajó, lo cual es ajeno a la indemnización ya percibida. Cabe observar que aun cuando no se hubiese extinguido el vínculo laboral, de todos modos el actor tendría derecho a exigir una indemnización por discriminación, pues eso surge de los principios generales y, expresamente, del art. 1° de la ley 23.592...”.

“[E]l hecho de que el art. 1 de la ley 23.592 permita en forma expresa reclamar tanto el daño moral como el material, no significa que el actor no deba formular el reclamo en su demanda y, en su caso, acreditar el daño sufrido. Es sabido, y en el caso lo admite la demandada, que en los supuestos de discriminación el daño moral surge in re ipsa, sin necesidad de mayores pruebas, pero no puedo decir lo mismo del daño material. No sólo no se presume, sino que es necesario, en primer lugar, pedirlo con cierta claridad, aunque no se precisen términos sacramentales...”.

3.11. JUZGADO NACIONAL EN LO CIVIL Nº 22. “PGD”. CAUSA Nº 32177/2019. 7/9/2021.

HECHOS

Un centro de salud contactó a una persona para que se desempeñara como cajero nocturno en sus instalaciones. El candidato concurrió a varias entrevistas que superó con éxito y, luego, le ordenaron que se realizara un examen pre ocupacional. Cuando la persona acudió, la empleadora solicitó su consentimiento informado para que se hiciera un testeo de VIH. El resultado de esta prueba fue positivo. Desde ese momento, la empleadora no volvió a comunicarse con el candidato. Ante esa situación, el hombre inició una demanda de daños y perjuicios contra el hospital. Entre sus argumentos, consideró que tanto la realización obligatoria del testeo de HIV como su posterior omisión de contratarlo configuraban un acto discriminatorio.

DECISIÓN

El Juzgado Nacional en lo Civil Nº 22 hizo lugar a la acción y condenó a la parte demandada a pagar una indemnización por daños y perjuicios al actor (juez Rebaudi Basavilbaso).

ARGUMENTOS

- ***HIV. Actos discriminatorios. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. No discriminación. Igualdad. Relación de trabajo.***

“[A]lgunos de los principales tratados internacionales de derechos humanos se han interpretado de tal manera que incluyen el VIH como motivo por el cual está prohibida la discriminación. Por ejemplo, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales prohíbe la discriminación por diversos motivos, incluyendo ‘cualquier otra condición social’, y el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas ha confirmado que el ‘estado de salud (incluido el VIH/SIDA)’ es un motivo prohibido de discriminación. El Comité de los Derechos del Niño ha llegado a la misma conclusión en relación con el art. 2° de la Convención sobre los Derechos del Niño y también la antigua Comisión de Derechos Humanos señaló que la discriminación, actual o presunta, contra las personas con VIH/SIDA o con cualquier otra condición médica se encuentra tutelada al interior de otras condiciones sociales presentes en las cláusulas antidiscriminación. Los Relatores Especiales de la ONU sobre el derecho a la salud han adoptado esta postura (CIDH, ‘González Lluy y otros vs. Ecuador’, sent. Del 1° de septiembre de 2015 [...]).

En el Estado social de derecho, la legislación tuvo como finalidad la desarticulación de las discriminaciones en el ámbito laboral, en especial, las desigualdades motivadas por raza, el origen étnico, el sexo o la nacionalidad. La igualdad de trato que deben dispensar los empleadores públicos y privados durante y después de concluida la relación laboral, está fuera de discusión.

Tampoco se cuestiona la igualdad en el ingreso al empleo, cuando se trata de la actividad pública, sujeta –debiera estarlo– sólo a condiciones de idoneidad para la función o el cargo. En esa dirección, se trata de anular o modificar las barreras de entrada –normativas o de hecho– que imposibilitan a ciertas categorías de personas la libre competencia en situación de igualdad. Sin embargo, la cuestión resulta controversial cuando se imponen a los empleadores privados la obligación de contratar a personas o categorías de personas, por aplicación de la ley contra la discriminación...”.

- ***Tratamiento médico. Contrato de trabajo. Actos discriminatorios. Organización Internacional del Trabajo. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de la Nación. HIV. Ley aplicable.***

“[L]a Resolución de la Superintendencia de Riesgos del Trabajo Nº 37 del 14 de enero de 2010, identifica como exámenes preocupacionales o de ingreso a aquellos que tienen como propósito determinar la aptitud del postulante, conforme sus condiciones psicofísicas para el desempeño de las actividades que se le requerirán, indicando que en ningún caso pueden ser utilizados como elemento discriminatorio para el empleo.

Mediante el Convenio de la Organización Internacional del Trabajo nº 111 del año 1958, se estableció que el término discriminación comprende cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación.

En el caso se encuentra reconocido que al actor se le realizó un examen de VIH en el análisis de laboratorio efectuado para el preocupacional, se advierte que se ha incumplido con la manda prevista por la Resolución 270/2015 del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación. Dicha Resolución establece en su art. 3º que las ofertas de empleo no podrán contener restricciones por motivos tales como raza, etnia, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, género, posición económica, condición social, caracteres físicos, discapacidad, residencia o responsabilidades familiares.

A su vez, el art 4º dispone que podrá ser motivo de denuncia por violación de las leyes nros. 23.592, 23.798 y 25.326, la exigencia de realización de estudios de laboratorio con el objeto de detectar el Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida o V.I.H. en los postulantes a trabajador o trabajadora dentro de los exámenes preocupacionales (lo que ha ocurrido en el caso y se encuentra reconocido por ambas partes)...”.

- ***Actos discriminatorios. Prueba. Apreciación de la prueba. Presunciones. Inversión de la carga de la prueba.***

“[E]n conflictos derivados de situaciones de discriminación, difícilmente ha de encontrarse una prueba clara y categórica, pues seguramente dichos actos no resulten documentados. Por lo

tanto, asumen relevancia las directivas contenidas por el art. 163 del Código Procesal, en tanto autorizan a echar mano a las presunciones no establecidas por ley (inc. 5).

Uno de los problemas que presentan los actos de discriminación emanados de particulares se encuentra en la dificultad probatoria. Por ello, y teniendo en cuenta que la no discriminación es un principio que cuenta con sustento constitucional (la protección emana de la Constitución Nacional y de los tratados internacionales con similar jerarquía), se considera que cuando una persona invoca un supuesto de discriminación, como en el caso, se invierte la carga de la prueba. Ocurre que es mucho más difícil para el primero probar la discriminación, que para el segundo acreditar la justa causa, si es que existe.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido, en casos como este, que resulta suficiente para la parte que afirma ser víctima de un acto discriminatorio la acreditación de hechos que, prima facie evaluados, se presenten idóneos para inducir su existencia; supuesto en el cual corresponderá al demandado a quien se reprocha la comisión del trato impugnado la prueba de que éste tuvo como causa un motivo objetivo y razonable ajeno a toda discriminación (CSJN, Pellicori, Liliana Silvia c/ Colegio de Abogados de la Capital Federal s/ amparo, 15/11/2011)...”.

“[E]l retiro del actor como candidato debe presumirse un acto discriminatorio, salvo que el Hospital A. pruebe que no fue así en virtud del encuadre normativo provisto. Debe evaluarse la existencia de una presunción discriminatoria, si se está en presencia de una persona o de un integrante de un grupo que la realidad muestra que suelen ser objeto de discriminación.

Por otro lado, la circunstancia de que el actor haya firmado el consentimiento informado, de ningún modo significa que no haya sido discriminado luego de la realización del examen de laboratorio. En este sentido se ha dicho que la gente no suele manifestar en sus búsquedas de trabajo aquellos datos que son innecesarios y que, a no dudarlo, pueden repercutir negativamente. En tal aspecto, mal podría exigirse a una persona que revele un dato que puede ser causa de discriminación, esto es, un dato sensible...”.

“[L]a prueba aportada en las presentes actuaciones pudo generar claros indicios de discriminación, los cuales no fueron debidamente refutados por la parte demandada mediante algún medio probatorio eficaz, por lo que válidamente puede inferirse la intención discriminatoria.

Del relevamiento de pruebas efectuado se sigue que la prueba producida conforma, en los términos del art. 163 inc. 5° del CPCCN, un cúmulo de indicios que por su número (pluralidad de indicios), gravedad (logran dar certeza), precisión (se interpretan en el mismo sentido) y concordancia (forman entre sí un conjunto armonioso), producen convicción respecto a que [el candidato] fue discriminado por el Hospital A. al ser portador de VIH...”.

- ***Daño. Indemnización. Reparación y cuantificación de rubros indemnizatorios. Derechos personalísimos. Elementos constitutivos de la responsabilidad civil.***

“[L]a reparación del daño ocasionado al damnificado consiste en la restitución de la situación del damnificado al estado anterior al hecho dañoso (art. 1740 Cód. Civ. y Com.). El Cód. Civ. y Com. en su artículo 1738 dispone que la indemnización comprende la pérdida o disminución del patrimonio de la víctima, el lucro cesante en el beneficio económico esperado de acuerdo a la probabilidad objetiva de su obtención y la pérdida de chances. Incluye especialmente las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos de la víctima, de su integridad personal, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas y las que resultan de la interferencia en su proyecto de vida.

Este artículo regula el daño emergente (disminución del patrimonio de la víctima), el lucro cesante (en el beneficio económico esperado de acuerdo a la probabilidad objetiva de su obtención) y la pérdida de chance. Por último, se refiere en el segundo párrafo a la violación de los derechos personalísimos de la víctima, bienes jurídicos a los que les corresponde una tutela especial.

En el artículo 1739 se regulan los requisitos para la procedencia de la indemnización: debe existir un perjuicio directo o indirecto, actual o futuro, cierto y subsistente. Se introducen concretamente los presupuestos del daño resarcible, perjuicio directo o indirecto, actual (el ya ocurrido) o futuro (todavía no ha ocurrido pero su causa generadora ya existe), cierto (su existencia es indudable) y subsistente (se mantiene en la actualidad). Se regula la pérdida de chance, en la medida de que su contingencia sea razonable y guarde adecuada relación de causalidad con el hecho generador...”.

- ***Elementos constitutivos de la responsabilidad civil. Daño. Relación de causalidad. Reparación. Indemnización***

“[E]l daño cuya reparación se pretende, debe tener una relación causal con el hecho de la persona o de la cosa a la cual se atribuye su producción, y además debe encontrarse en relación causal adecuada al ordenamiento jurídico. Es por ello que el nexo causal es un presupuesto de tipo objetivo que persigue establecer la adecuación de los daños causados por el autor jurídico y determinar qué consecuencias del hecho son asignadas a este, según lo dispuesto por los arts. 1726 y 1727 Cód. Civ. y Com. De ello se sigue que, sólo resultaran indemnizables aquellos daños que se encuentren en un nexo adecuado de causalidad con el hecho productor del daño, inclinándose el código por mantener la teoría de la Relación de Causalidad Adecuada.

La causa es adecuada cuando produce un efecto que acostumbra a suceder según el curso normal y ordinario de las cosas. Es la que ha adoptado históricamente nuestra doctrina, luego nuestra jurisprudencia y finalmente se plasmó en el Código Civil y Comercial. La reparación integral no es viable en nuestro ordenamiento, sino que debe ser plena, de conformidad con

lo que dispone el ordenamiento. En virtud de lo normado por el artículo 1726 han de indemnizarse las consecuencias inmediatas y las mediatas previsibles, conceptos definidos en el art. 1727. Ello descarta las consecuencias remotas derivadas del hecho, que no son indemnizables...”.

“[N]o se debe considerar] que otorgar una suma mayor afecte al principio de congruencia (arts. 34, inc. 4° y 163 inc. 6° del CPCCN) ya que el actor sujetó su reclamo a las pruebas [...] (conf. CNCiv., Sala I, 27/12/19, ‘Paz, Daniel D. c/Rodriguez, Eduardo Oscar y otro s/daños y perjuicios (acc.tran. c/les. o muerte)’, [...]) y por tanto la suma reclamada no es un límite a la cuantificación de resarcimientos que dependen de estimación judicial (conf. CNCiv., Sala M, 7 julio de 2017, ‘Cardozo Vera, D. Omar c/Ferreira, Luis Ricardo y otros s/daños y perjuicios’, [...]).

Asimismo, tengo en cuenta que la indemnización es una obligación de valor (conf. CNCiv., Sala M, 12/12/17, ‘G., Sergio G. y otros c/La Unión SRL y otros s/daños y perjuicios’, [...]). y que como principio general el daño debe ser evaluado a la fecha de la sentencia o a la más próxima a ella...”.

- ***Consecuencias extrapatrimoniales. Daño moral. Indemnización. Reparación y cuantificación de rubros indemnizatorios.***

“[E]l daño moral ha sido definido como la conculcación, menoscabo o lesión al equilibrio espiritual y que repercute en los sentimientos, alteración de la paz, la tranquilidad y la integridad de una persona. Se ha señalado que el daño moral compromete lo que el sujeto ‘es’ y que sus principales vertientes residen en lesiones que afectan la vida, la salud o la dignidad de las personas; es decir, su existencia misma y su integridad psicofísica, espiritual y social.

El art. 1738 del Cód. Civ. y Com. dispone que la indemnización incluye especialmente las consecuencias de la violación de las afecciones espirituales legítimas de la víctima. Luego, el art. 1741 establece que para la fijación del monto de la indemnización de las consecuencias no patrimoniales deben ponderarse ‘las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que pueden procurar las sumas reconocidas’. Esto significa que ‘la suma otorgada por este concepto debe mensurarse en función de los placeres o actividades que ella permita realizar a la víctima y que sirvan como una suerte de compensación...de los sinsabores o angustias, o bien del desmedro existencial por ella sufrido’.

Con ello ‘se superó el criterio que sostenía que en el daño moral se indemnizaba ‘el precio del dolor’ para aceptarse que lo resarcible es el ‘precio del consuelo’...se trata ‘de proporcionarle a la víctima recursos aptos para menguar...el padecimiento con bienes idóneos para consolarlo, o sea para proporcionarle alegría, gozo, alivio, descanso de la pena...de afectar o destinar el dinero a la compra de bienes o la realización de actividades recreativas, artísticas, sociales, de esparcimiento que le confieran al damnificado consuelo, deleites, contentamientos’...”.

“[E]n palabras de la CSJN, el juez valora el dolor humano, y se trata de ‘darle a la víctima la posibilidad de procurarse satisfacciones equivalentes a lo que ha perdido’, mediante una suma de dinero que constituye ‘un medio de obtener satisfacción, goces y distracciones’(CSJN, 12/04/2011, Baeza, Silvia Ofelia c/ Buenos Aires, Provincia de y otros s/ daños y perjuicios, considerando 11.). ‘La finalidad satisfactiva quiere decir que el dinero que se otorga por haberlo sufrido, debe permitir al dañado la adquisición de sensaciones placenteras’”.

- ***Indemnización. Reparación y cuantificación de rubros indemnizatorios. Pérdida de chance.***

“[E]l art. 1738 del Cód. Civ. y Com. dispone que la indemnización comprende la pérdida de chance, y el art. 1739, que es indemnizable en la medida en que su contingencia sea razonable y guarde una adecuada relación de causalidad con el hecho generador.

Se trata de un perjuicio autónomo, que surge cuando lo afectado por el hecho ilícito es la frustración de la posibilidad actual y cierta con que cuenta la víctima de que un acontecimiento futuro se produzca o no se produzca, sin que pueda saberse con certeza si, de no haberse producido el hecho dañoso, ese resultado esperado o temido habría efectivamente ocurrido. Para que las consecuencias de este daño sean resarcibles es preciso que exista una relación de causalidad adecuada entre el actuar del agente y la pérdida de la oportunidad. En el caso del daño por pérdida de chance, no existe relación causal entre el hecho ilícito y el suceso (resultado final) que, en definitiva, se produce. Por el contrario, este resultado bien podría haber ocurrido o haberse evitado si el hecho ilícito no hubiera tenido lugar. Sin embargo, debe existir relación de causalidad adecuada entre el actuar del responsable y la pérdida de la oportunidad en sí misma, la víctima debe estar en una situación en donde únicamente tiene un porcentaje de chances de evitar la producción del resultado final y el hecho ilícito debe hacerle perder esas chances. Por otra parte, para que las consecuencias que se derivan de este tipo de daño sean resarcibles la pérdida de la oportunidad debe constituir un daño cierto. La víctima solo contaba con una posibilidad o probabilidad de obtener la ganancia o evitar el perjuicio, pero no existe certeza sobre su obtención o evitación. El eventual beneficio puede o no ocurrir y nunca se sabrá si se habría producido de no mediar el evento dañoso. Pero la incertidumbre no afecta la certeza de la chance, que se verifica a través de la comprobación de la existencia de una oportunidad que, por el accionar del agente, se ha visto perdida. Por el contrario, si la posibilidad no existe entonces el daño por pérdida de chance es hipotético o eventual y, por ende, no resarcible. Por consiguiente, la razonabilidad de la contingencia de la chance perdida no se refiere a que ella sea estadísticamente importante, sino a que efectivamente haya existido una posibilidad de evitar el perjuicio u obtener una ganancia. Demostrada la existencia de esa chance, procede su resarcimiento, aunque ella hubiera sido numéricamente poco significativa.

En la pérdida de chances lo que se frustra es la probabilidad o expectativa de ganancias futuras, en las que lo que se indemniza no es todo el beneficio esperado (caso del lucro cesante) sino

de la oportunidad perdida. El monto o cuantía de la chance indemnizable no es el equivalente a todo el beneficio esperado como en el lucro cesante. En la chance frustrada lo indemnizable no es la ventaja misma sino la probabilidad de obtener el beneficio, el que siempre será más reducido o más bajo que la totalidad de la ventaja. La indemnización consiste en el valor de la posibilidad, por lo que la indemnización será necesariamente menor que el resarcimiento. Lo reparable no es el beneficio esperado sino la probabilidad perdida, lo que, en el fondo, trasunta un criterio cuantitativo y no cualitativo de ponderación.

En el caso [debe considerarse] que resulta procedente la pérdida de chance reclamada, toda vez que se frustró la mera probabilidad de lograr lo que razonablemente hubiese tenido el actor (provecho económico y espiritual), al conseguir el trabajo frustrado por la discriminación...”.

- ***Daño psicológico. Incapacidad. Reparación y cuantificación de rubros indemnizatorios. Derecho a la integridad personal.***

“[L]a incapacidad es definida como la inhabilidad apreciable en algún grado para el ejercicio de funciones vitales. Incluye cualquier disminución física o psíquica, que afecte tanto la capacidad productiva del individuo como aquella que se traduzca en un menoscabo de cualquier tipo respecto de las posibilidades genéricas de la vida y de las actividades que la víctima solía desarrollar con amplitud y libertad.

Luego de instituir que la indemnización incluye especialmente las consecuencias de la violación de la integridad personal de la víctima y de su salud psicofísica, el Cód. Civ. y Com. dispone que `en caso de lesiones o incapacidad permanente, física o psíquica, total o parcial, la indemnización debe ser evaluada mediante la determinación de un capital, de tal modo que sus rentas cubran la disminución de la aptitud del damnificado para realizar actividades productivas o económicamente valorables, y que se agote al término del plazo en que razonablemente pudo continuar realizando tales actividades... En el supuesto de incapacidad permanente se debe indemnizar el daño, aunque el damnificado continúe ejerciendo una tarea remunerada. Esta indemnización procede aun cuando otra persona deba prestar alimentos al damnificado’ (arts. 1738 y 1746).

Este derecho a la integridad personal tiene fundamento constitucional, ya que el inc. 22 del art. 75 de la Constitución Nacional incorpora tratados internacionales que reconocen el derecho a la integridad de la persona en sus aspectos físico, psíquico y moral.

La indemnización integral por lesiones o incapacidad física o psíquica repara la disminución permanente de la aptitud del damnificado para realizar actividades productivas o económicamente valorables. Este daño específico se indemniza, aunque el damnificado continúe ejerciendo una tarea remunerada. Ello es así pues esa disminución indudablemente influye sobre las posibilidades que tendría la víctima para reinsertarse en el mercado laboral en el caso de

que tuviera que abandonar las tareas que venía desempeñando (Conf. CSJN, 10/8/17, 'Ontiveros, Stella Maris c/ Prevención ART S.A. y otros s/ accidente - inc. y cas.').

Es uno de los rubros que se inscriben en el marco del lucro cesante, y es el 'resultado de una lesión sobre el cuerpo o la psiquis de la víctima que la inhabilita, en algún grado, para el ejercicio de funciones vitales. Pero el menoscabo de esos bienes (el cuerpo, la salud, la psiquis) puede conculcar o aminorar intereses patrimoniales o extrapatrimoniales de la víctima, y dar lugar a la reparación de las consecuencias resarcibles que se produzcan en una u otra de esas esferas. Desde el punto de vista patrimonial, la 'incapacidad sobreviniente' se traduce, entonces, en un lucro cesante derivado de la disminución de la aptitud del damnificado para realizar tareas patrimonialmente mensurables (trabajar, pero también desplegar otras actividades de la vida cotidiana que pueden cifrarse en dinero) '...".

- ***Reparación y cuantificación de rubros indemnizatorios. Prueba. Apreciación de la prueba. Incapacidad sobreviniente.***

"[S]abido es que la edad de la víctima y sus expectativas de vida, así como los porcentajes de incapacidad, constituyen valiosos elementos referenciales, pero no es menos cierto sostener que el resarcimiento que pudiera establecerse debe seguir un criterio flexible apropiado a las circunstancias singulares de cada caso, y no ceñirse a cálculos basados en relaciones actuariales, fórmulas matemáticas o porcentajes rígidos, desde que el juzgador goza en esta materia de un margen de valoración amplio.

Ello por cierto, concuerda con las pautas de valoración establecidas en el art. 1746 del Cód. Civ. y Com. en tanto que para evaluar el resarcimiento no es necesario recurrir a criterios matemáticos ni tampoco son aplicables los porcentajes fijados por la Ley de Accidentes de Trabajo, aunque puedan resultar útiles para pautas de referencia, sino que deben tenerse en cuentas las circunstancias personales del damnificado, la gravedad de las secuelas, los efectos que éstas puedan tener en su vida laboral y de relación..."

3.12. JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y TRIBUTARIO Nº 3, SECRETARIA 6. “PVP”. CAUSA Nº 6138/2020. 20/11/2020.

HECHOS

Una mujer trans de nacionalidad peruana decidió emigrar a Argentina en busca de mejores oportunidades. No obstante, 3 años después de vivir en el país, la mujer padecía serios problemas de salud a raíz de padecer hemiplejia espástica toxoplasmosis lo que le ocasionaba una discapacidad. Además, vivía con VIH. Asimismo, le era imposible acceder a un trabajo lo que le generaba serias dificultades económicas. Tampoco tenía un lugar para vivir. Sólo contaba con un subsidio que provenía del programa “potenciar trabajo” del Ministerio de Desarrollo Social de la Nación que no le alcanzaba para cubrir las necesidades básicas. Por ese motivo, la mujer decidió presentarse en el Ministerio de Desarrollo Humano y Hábitat a fin de requerir algún tipo de asistencia, pero no recibió respuesta. Luego, solicitó asesoramiento en la defensoría y se envió un oficio al ministerio para que fuera incluida en el programa habitacional, pero siguieron sin recibir una respuesta. En consecuencia, la defensoría inició una acción de amparo habitacional dada la situación de vulnerabilidad de la mujer. Por su parte, el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires contestó la demanda y rechazó la acción. Entre sus argumentos, sostuvo que la mujer estaba incluida en el programa “Atención para familias en situación de calle” y que por lo tanto percibía un monto mínimo que estaba regulado. Además, resaltó que no se había acreditado la situación de vulnerabilidad de la persona.

DECISIÓN

El Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario Nº 3 hizo lugar a la acción de amparo reconociendo que la mujer no había superado el estado de emergencia habitacional. En consecuencia, ordenó al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires que asegurara de manera inmediata el acceso a una vivienda digna y adecuada para la mujer (Juez Reynoso).

ARGUMENTOS

- ***Acción de amparo. Vivienda. Derecho al acceso a una vivienda digna. Constitución Nacional. Tratados internacionales. Ley aplicable. Interpretación de la ley.***

“[E]n lo que hace al derecho a la vivienda, la Constitución Nacional dispone en su artículo 14 bis, tercer párrafo, que ‘el Estado otorgará los beneficios de la seguridad social, que tendrá carácter integral e irrenunciable. En especial, la ley establecerá: (...) el acceso a una vivienda digna’. Este derecho también ostenta reconocimiento expreso en tratados internacionales de jerarquía constitucional (conf. art. 75 inc. 22 CN). Así, la Declaración Universal de Derechos Humanos establece en su artículo 25.1 que “toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud, el bienestar, y en especial (...) la vivienda...’.

“[P]ara definir el alcance de las obligaciones asumidas en estos instrumentos internacionales, debe estarse a la interpretación que de ellos han hecho los órganos encargados de su aplicación e interpretación en el ámbito internacional. Con respecto al derecho a la vivienda, el Comité DESC —órgano encargado del seguimiento, control y aplicación del PIDESC— efectúa su interpretación de las disposiciones del Pacto, en forma de observaciones generales. Así, al fijar los contenidos mínimos del referido artículo 11 ha emitido la Observación General Nº 4, de fecha 13 de diciembre de 1991, en la que señaló sobre este derecho que ‘...no se debe interpretar en un sentido estricto o restrictivo que lo equipare, por ejemplo, con el cobijo que resulta del mero hecho de tener un tejado por encima de la cabeza o lo considere exclusivamente como una comodidad. Debe considerarse más bien como el derecho a vivir en seguridad, paz y dignidad en alguna parte. Y así debe ser por lo menos por dos razones. En primer lugar, el derecho a la vivienda está vinculado por entero a otros derechos humanos y a los principios fundamentales que sirven de premisas al Pacto... el concepto de vivienda adecuada significa disponer de un lugar donde poderse aislar si se desea, espacio adecuado, seguridad adecuada, iluminación y ventilación adecuadas, una infraestructura básica adecuada y una situación adecuada en relación con el trabajo y los servicios básicos, todo ello a un costo razonable’ (párrafo 7º). Asimismo, agregó que ‘un deterioro general en las condiciones de vida y vivienda, que sería directamente atribuible a las decisiones de política general y a las medidas legislativas de los Estados Partes, y a falta de medidas compensatorias concomitantes, contradiría las obligaciones dimanantes del Pacto’ (Observación General 4, párrafo 11º)...”.

“[E]l artículo 17 de la CCABA, que establece el deber de la Ciudad de desarrollar políticas +...sociales coordinadas para superar las condiciones de pobreza y exclusión mediante recursos presupuestarios, técnicos y humanos. Este deber de reconocimiento y tutela reviste aun mayor relevancia cuando se trata de los miembros de la sociedad que tienen su ámbito de autonomía reducido por razones de exclusión social...”.

“[L]a Ciudad de Buenos Aires dictó distintas leyes y decretos orientados a hacer efectivo el derecho a la vivienda digna. Así, la Ley Nº 341 dispuso que el Poder Ejecutivo instrumentará ‘políticas de acceso a vivienda para uso exclusivo y permanente de hogares de escasos recursos en situación crítica habitacional’ (art. 1).

Del mismo modo, la Ley Nº 1251 creó el ‘Instituto de la Vivienda de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires’ cuyo objeto es ‘ejecutar políticas de vivienda’ (art. 3) debiendo ‘contribuir al acceso a la vivienda digna de todos los habitantes de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, imposibilitados por razones económicas y sociales de acceder a la misma por cualquiera de los medios regidos por el sector privado y que requieran de la participación del sector público para lograrlo, priorizando lo enmarcado en el inciso 1 del Art. 31 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires’ (art. 4 inc. a) y ‘promover el efectivo ejercicio del derecho al hábit

at y a la vivienda de todos los habitantes de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires’ (art. 4 inc. c) ...”.

- ***Situación de calle. Derecho al acceso a una vivienda digna. Responsabilidad del estado. Vulnerabilidad. No discriminación.***

“[E]l legislador ejerció esa facultad mediante el dictado de la ley 3706, que tiene como fin ‘proteger integralmente y operativizar los derechos de las personas en situación de calle y en riesgo a la situación de calle’ (art. 1º).

Esa norma, define que ‘se consideran personas en situación de calle a los hombres o mujeres adultos/as o grupo familiar, sin distinción de género u origen que habiten en la calle o espacios públicos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en forma transitoria o permanente y/o que utilicen o no la red de alojamiento nocturno’ y que ‘se consideran personas en riesgo a la situación de calle a los hombres o mujeres adultos o grupo familiar, sin distinción de género u origen, que padezcan al menos una de las siguientes situaciones: 1. Que se encuentren en instituciones de las cuales egresarán en un tiempo determinado y estén en situación de vulnerabilidad habitacional. 2. Que se encuentren debidamente notificados de resolución administrativa o sentencia judicial firme de desalojo. 3. Que habiten en estructuras temporales o, sin acceso a servicios o en condiciones de hacinamiento’ (art. 2).

A su vez, la ley ‘se sustenta en el reconocimiento integral de los derechos y garantías consagrados en la Constitución Nacional, los Tratados Internacionales en los que el Estado Argentino sea parte y la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires’ (art 3).

Por otro lado, establece que es deber del Estado garantizar, entre otras cosas, la remoción de obstáculos que impiden a las personas en situación de calle o en riesgo a la situación de calle la plena garantía y protección de sus derechos, así como el acceso igualitario a las oportunidades de desarrollo personal y comunitario, y la orientación de la política pública hacia la promoción de la formación y el fortalecimiento de las personas en situación de calle y en riesgo a la situación de calle (art. 4).

Asimismo, es necesario destacar que, según dicha norma, las personas en situación de calle y en riesgo a la situación de calle sin distinción de origen, raza, edad, condición social, nacionalidad, género, orientación sexual, origen étnico, religión y/o situación migratoria, tienen derecho al acceso pleno a los servicios socio asistenciales que sean brindados por el Estado y por entidades privadas convenidas con él y que la articulación de los servicios y de sus funciones tanto en la centralización, coordinación y derivación así como en la red socioasistencial de alojamiento nocturno y de la asistencia económica, tienen como objetivo la superación de la situación de vulnerabilidad en la que se encuentran (arts. 6 y 8)...”.

- **HIV. Género. Estereotipos de género. LGBTI. Vulnerabilidad. Igualdad. No discriminación. Responsabilidad del estado. Principio de dignidad humana. Corte Suprema de Justicia de la Nación.**

“[E]specíficamente en cuanto al grupo de vulnerabilidad que integra la actora (mujer, trans, [...] [con discapacidad] y portadora de VIH) es necesario recordar las obligaciones que recaen en el Estado cuando se encuentra involucrada, como en el caso, la satisfacción de sus derechos fundamentales. La actora integra un grupo de alta vulnerabilidad estructural, y, a su vez, presenta características que la colocan en una crítica situación de necesidad de asistencia.

En efecto, la realidad social de las personas travestis y trans discurre frente a la permanente y continua exclusión de ámbitos tales como la actividad política, los espacios públicos y privados, los empleos, la vivienda, las relaciones de familia, el acceso a servicios sociales y sanitarios. Como mujer trans, el plan de vida de PVP se desarrolla frente al prejuicio basado en que sus cuerpos difieren del estándar de corporalidad femenina y masculina; lo que se relaciona con las situaciones de violencia y discriminación que afecta a este grupo en múltiples dimensiones...”.

“[L]a especial vulnerabilidad estructural e interdimensional del colectivo ha sido reconocida en 2006 por la Corte Suprema en el caso ALITT (Asociación Lucha por la Identidad Travesti– Transsexual), en el que afirmó que ‘no es posible ignorar los prejuicios existentes respecto de las minorías sexuales, que reconocen antecedentes históricos universales con terribles consecuencias genocidas, basadas en ideologías racistas y falsas afirmaciones a las que no fue ajeno nuestro país, como tampoco actuales persecuciones de similar carácter en buena parte del mundo, y que han dado lugar a un creciente movimiento mundial de reclamo de derechos que hacen a la dignidad de la persona y al respeto elemental a la autonomía de la conciencia’.

Asimismo, señaló que las personas pertenecientes a estas minorías ‘no sólo sufren discriminación social sino que también han sido victimizadas de modo gravísimo, a través de malos tratos, apremios, violaciones y agresiones, e inclusive con homicidios’ y que ‘[c]omo resultado de los prejuicios y la discriminación que les priva de fuentes de trabajo, tales personas se encuentran prácticamente condenadas a condiciones de marginación, que se agravan en los numerosos casos de pertenencia a los sectores más desfavorecidos de la población, con consecuencias nefastas para su calidad de vida y su salud, registrando altas tasas de mortalidad, todo lo cual se encuentra verificado en investigaciones de campo’. (CSJN, Fallos, 329:5266; énfasis propio)...”.

3.13. JUZGADO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL Nº 3. “YMD”. CAUSA Nº 55114/2016. 18/11/2020.

HECHOS

Un militar se había desempeñado durante muchos años en el sector de comunicaciones de la Armada. En virtud de sus calificaciones, alcanzó el rango de suboficial principal. Con posterioridad, le diagnosticaron que tenía HIV, por lo que necesitó tomar una licencia médica. Unos meses después se reincorporó a su trabajo, ya que su estado de salud había mejorado. Luego, cuando estaba por conseguir un nuevo ascenso, la Armada le ordenó una serie de estudios médicos. Asimismo, convocó a una junta para analizar la situación del personal con HIV. En ese marco, el hombre fue excluido del régimen de ascenso en el que se encontraba y traspasado a otro que impedía el pase de su cargo a otro de mayor jerarquía. Por ese motivo, inició un reclamo administrativo, ya que consideró que había sido discriminado por su empleador en base a su condición de salud. Debido a que no obtuvo una resolución favorable, demandó al Estado Nacional –Armada Argentina, a fin de impugnar el acto administrativo y ser reubicado en el régimen de promociones anterior. Además, solicitó una indemnización por los daños y perjuicios sufridos. La demandada, por su parte, negó haber discriminado al actor. Sobre ese aspecto, señaló que la modificación en el régimen de ascensos estaba prevista en su reglamento interno. Agregó que la decisión cuestionada se debía a la incapacidad parcial permanente que le habían diagnosticado al actor y buscaba asegurar que el hombre se desempeñara sin riesgos para su salud o la de sus compañeros.

DECISIÓN

El Juzgado en lo Contencioso Administrativo Federal Nº 3 hizo lugar en forma parcial a la acción. En ese sentido, declaró la nulidad de la resolución cuestionada por falta de motivación. Por lo tanto, ordenó la devolución de las actuaciones para que la demandada procediera a reencuadrar al actor en el régimen de ascensos correspondiente en un plazo de treinta días. A su vez, fijó una indemnización a favor del accionante en concepto de daño moral (juez Carrillo).

ARGUMENTOS

- ***Fuerzas armadas. Poder Ejecutivo. Facultades discrecionales. Reglamento. Ascenso. Grado militar. Idoneidad. Igualdad. No discriminación. Constitución Nacional. Razonabilidad.***

“[L]a adopción de mecanismos para evaluar las promociones a los cargos superiores se inscribe en la necesidad de hacer efectivo el gobierno de las Fuerzas Armadas, que es uno de los principios básicos de la defensa nacional y que se desprende de los ‘poderes militares’ que el art. 99, incs. 12, 13 y 14 CN le confieren al Poder Ejecutivo al establecer que el presidente de la

Nación es el Comandante en Jefe de las Fuerzas Armadas y, como tal, provee los empleos militares de la Nación y corre con su organización y distribución según las necesidades de la Nación...”.

“[D]esde la perspectiva que impone la finalidad que inspira el régimen de ascensos de los suboficiales de la Armada y sus contenidos normativos concretos no se advierte que la regulación resulte *per se* discriminatoria o irracional. No hay componente alguno en el sistema analizado que pueda identificarse con las denominadas ‘clausulas o categorías sospechosas’. En todos los casos, el procedimiento aplicable asegura que los supuestos de incapacidad sean el resultado de evaluaciones médicas singulares y casuísticas conformadas por las respectivas juntas médicas. Es decir que no se derivan de su aplicación impropias consecuencias apriorísticas.

[L]os requisitos establecidos en el régimen de ascensos que se impugna se inscriben entre aquellos que son necesarios y relevantes para que la autoridad militar evalúe la idoneidad para ocupar empleos o cargos (art. 16, primer párrafo, CN), aplicable en general a quien pretenda ingresar a la administración, oportunidad en la que se ponderan las aptitudes físicas y técnico–profesionales indispensables para desempeñar las tareas que se le asignen. Esa evaluación también se realiza en orden a establecer la calificación como apto para el ascenso por la Junta de Calificaciones.

[E]l Alto Tribunal ha considerado, que la evaluación del estado de salud de los agentes prevista reglamentariamente no constituye un mero recaudo formal, sino un imperativo de la administración a cuyo cargo se encuentra organizar racionalmente los medios de que dispone a fin de cumplir en forma adecuada con la función que le es propia (doctr. de Fallos 306: 2030 y 312:1656) pues —si se desarrolla eficientemente— permite seleccionar y promover al personal, disponer en forma oportuna los reemplazos en los supuestos de enfermedad, reasignar funciones ante la disminución de la capacidad laboral del agente y, en su caso, adoptar las medidas profilácticas tendientes al resguardo de la salud del personal en el ámbito laboral (Fallos 319:3040).

[E]n la especie, no se advierte que resulten irrazonables aquellos preceptos que ordenan tanto la evaluación como el tratamiento que corresponde adoptar acerca de las patologías que puedan comprometer, de un modo cierto y ponderable, el desempeño de la función. Pues encuentran su adecuada motivación en un interés superior al individual —configurado por el cumplimiento adecuado de la función pública— y resultan proporcionales a sus fines. Aserto que, por supuesto, se encuentra condicionado a que la aplicación del régimen reglamentario no traduzca alguna restricción o limitación al derecho del trabajo en aquellos casos en los que las consecuencias de la infección del virus VIH no afecten concretamente las aptitudes para el trabajo, ni configuren un agotamiento de las posibles asignaciones de tareas acordes a las cualidades personales del agente...”.

- **HIV. Actos discriminatorios. Prueba. Informe pericial. Derecho a la salud. Corte Suprema de Justicia de la Nación. Jurisprudencia. Motivación del acto administrativo. Arbitrariedad. Control judicial. Daño moral. Indemnización.**

“[C]ierto es que la discriminación no suele manifestarse de forma abierta y claramente identificable; de allí que su prueba con frecuencia resulte compleja. Lo más habitual es que se trate de una acción más presunta que patente, y difícil de demostrar ya que normalmente el motivo subyacente a la diferencia de trato está en la mente de su autor, y ‘la información y los archivos que podrían servir de elementos de prueba están, la mayor parte de las veces, en manos de la persona a la que se dirige el reproche de discriminación’ (conf. Fallos 334:1387, cons. 7° y Fallos: 337:611).

[P]ara compensar estas dificultades, en los precedentes citados la Corte Suprema ha establecido que para la parte que invoca un acto discriminatorio, es suficiente con ‘la acreditación de hechos que, *prima facie* evaluados, resulten idóneos para inducir su existencia, caso en el cual corresponderá al demandado, a quien se reprocha la comisión del trato impugnado, la prueba de que éste tuvo como causa un motivo objetivo y razonable ajeno a toda discriminación’. [S]i el reclamante puede acreditar la existencia de hechos de los que pueda presumirse su carácter discriminatorio, corresponderá al demandado la demostración de circunstancias exculpan-tes...”.

“[N]o se advierten en el *sub lite* indicios acerca de animosidad, persecución, hostigamiento, acoso o parcialidad hacia el actor en el hecho de haberse sustanciado procedimientos que incluyeron las juntas médicas descriptas; sino que se trata de un accionar pertinente dirigido al tratamiento y calificación, que reflejan las notas típicas de la jerarquía, disciplina y búsqueda de eficiencia en la prestación del servicio...”.

“[E]n punto a esas limitaciones, en la prueba informativa producida en autos –informe de la Fundación Huésped– se da cuenta de que en la actualidad los mecanismos clínicos y de laboratorio para el control de la infección y tratamiento del VIH son accesibles y de fácil implementación en cualquier circunstancia y destino. Destaca que las comunicaciones y los sistemas de aprovisionamiento de medicamentos e insumos médicos para el tratamiento de la infección, actualmente, permiten implementar un adecuado control del personal infectado afectado a las actividades y labores militares. En consecuencia, concluye en que no existe razón alguna para limitar el destino del trabajador como así tampoco reducir su jornada laboral; a menos que exista un pedido expreso y fundado, con el correspondiente aval médico. Más aun considerando el caso en estudio donde el actor presentó estudios serológicos con carga viral indetectable que dan cuenta de un buen estado inmunológico. De allí que no encuentra debidamente justificado la necesidad de introducir modificaciones a las tareas.

[L]a prueba pericial médica producida en autos –que no recibió impugnación de las partes– concluyó que una persona con VIH positivo, en tratamiento antirretroviral con buena respuesta y adherencia, con controles serológicos periódicos y resultados con carga indetectable –como

en el caso— no presenta limitaciones en su vida cotidiana, laboral, educacional, recreativa familiar. [D]estacó que en la actualidad el VIH, por sí solo, no inhabilita ni restringe el desempeño de ningún tipo de actividad...”.

“[L]a razón del proceso en este tipo de contiendas viene dada por la necesidad de garantizar un control judicial que en su caso arribe a la conclusión sobre la invalidez o arbitrariedad — entendida como sinrazón valorativa, impericia médica, ausencia de prueba técnica contundente, autocontradicción o vaguedad de diagnóstico, entre otras irregularidades— en la determinación efectuada por la entidad pública respecto de la causalidad o consecuencias de las dolencias que padece el agente. En tal marco, la sentencia que dirima el pleito ha de escudriñar si, con las pruebas rendidas y más allá de lo que informen las pericias judiciales sobre la salud del actor al momento de practicarse o a la fecha en que se emite el fallo, el accionante ha logrado desvirtuar el parecer médico primigenio practicado en sede administrativa en que se basó la calificación causal entre la incapacidad y el servicio prestado en la fuerza.

[L]a prueba informativa de la Fundación Huésped y la pericial médica producidas en la causa, denotan una diferencia con las limitaciones al servicio que fueran recomendadas por la junta médica que motivara el cambio de régimen impuesto al accionante. A ello se añade que las conclusiones de las medidas probatorias obrantes en autos coinciden con el informe del organismo médico de la parte demandada [...], en el que consta que el actor se presentaba [...] ‘sin limitaciones sugeridas por esta especialidad’. Frente a ello, el informe que acotara las tareas del actor [...] no ha fundado adecuadamente las nuevas limitaciones aplicadas de acuerdo con el informe de la junta. [M]áxime cuando su estado de salud se encontraba estable [...].

[S]e encuentra debidamente acreditado que la clasificación discernida por la Junta Superior de Reconocimientos Médicos, y en consecuencia el cambio de régimen de ascenso dispuesto en consonancia con la ley 19.101, que encontró su motivación en las nuevas limitaciones aplicadas al actor, no resiste un escrutinio estricto de adecuada fundamentación; de modo que se obtura de forma arbitraria la posibilidad del actor de integrar el frente de ascenso en las condiciones reglamentarias que se habían verificado con anterioridad. La obligación de motivar el acto administrativo, como modo de reconstrucción del *iter* lógico seguido por la autoridad para justificar una decisión que afecta situaciones subjetivas, a más de comportar una exigencia inherente a la racionalidad de su decisión, así como a la legalidad de su actuar (art. 7, ley 19.549) y ser, también, derivación del principio republicano de gobierno (arts. 1°, C.N.) es postulada prácticamente con alcance universal por el moderno derecho público. En este punto se advierte que en tanto el accionante mantenía a la fecha de la evaluación de la Junta Médica [...] el mismo diagnóstico que en la anterior Junta Médica [...] (CIE-10 Z 21- Estadio A1), las limitaciones impuestas que le impedían navegar, cumplir campañas y comisiones al exterior por lapsos de tiempo mayores a treinta (30) días, carecen de justificación idónea...”.

“[T]omando en consideración las implicancias que para el actor aparejó la falta de motivación suficiente que fundara su encuadramiento en otro régimen de ascensos [...] con la consiguiente

imposibilidad de integrar el frente de ascenso, que significó la frustración de legítimas expectativas acerca del desarrollo de la carrera militar a la que ha dedicado gran parte de su vida, [se debe] admitir, en función de las circunstancias del caso, un resarcimiento por daño moral que se fija de acuerdo con las pautas establecidas en el art. 165 del CPCCN...”.

-