

VIII Jornadas de Jóvenes Investigadores
Instituto de Investigaciones Gino Germani
Universidad de Buenos Aires
4, 5 y 6 de Noviembre de 2015

María Agustina Jaworski

Universidad de Buenos Aires (UBA) - Licenciatura en Ciencia Política // Maestría en Gobierno
(UBA)

agustina.jaworski@gmail.com

Eje 11: Estado, Instituciones y Políticas Públicas.

**Los poderes (in)formales del Poder Ejecutivo. La reglamentación de las leyes como un
"doble veto"**

Palabras clave: Reglamentación de leyes, Poder Ejecutivo, Poder Legislativo, veto informal.

Resumen: La Constitución Nacional establece con claridad cuáles son los pasos que tiene que seguir un proyecto de ley para que sea aprobado y entre en vigencia. Pero sin embargo no especifica situaciones en las cuales el presidente 1) reglamenta una ley pero lo hace de manera tardía, 2) no la reglamenta, ni 3) explica qué sucede si la reglamentación altera el “espíritu de la ley”.

Entendiendo que la reglamentación es la última etapa del proceso institucional para que una norma entre en vigencia y que sin la misma se pueden ver afectados los destinatarios directos o indirectos de esas leyes, las tres situaciones antes descritas le dan un marco de discreción importante al titular del Poder Ejecutivo. Consideramos que estas situaciones se encuentran dentro de lo que denominaremos “poderes informales del poder ejecutivo”.

A partir del análisis de tres leyes nacionales (Ley 26.396, 26.364 y 26.862), con el presente trabajo buscaremos conceptualizar y teorizar sobre los “poderes informales presidenciales”. Para

esto, pasaremos a explicar las tres tipificaciones mencionadas anteriormente, identificaremos en qué situaciones sucedieron.

Este artículo busca sumar un capítulo más a la ya complicada relación entre el Presidente y el Congreso en América Latina, algo que se presenta como una suerte de "fractura" dentro del vínculo entre el Poder Legislativo, que debería funcionar como canalizador de demandas de la ciudadanía, y el Poder Ejecutivo, encargado de darle un marco regulatorio a las normas que se votan en el primero.

Introducción

No existe duda alguna que las leyes sean sumamente necesarias para el correcto funcionamiento de una sociedad. Deteniéndose en la génesis de las mismas, es relevante tener en cuenta que más allá de que el poder legislativo sea el encargado de la sanción de las leyes, es el poder ejecutivo el que debe asegurar su ejecución y su cumplimentación. Y esta relación lineal que existe entre ambos poderes, muchas veces se sucede con algunos cortocircuitos que pueden terminar afectando el objetivo de aquellas leyes sancionadas.

El Poder Legislativo, legisla y el Poder Ejecutivo, ejecuta, y estas atribuciones se encuentran explícitas en la Constitución Nacional Argentina, la cual establece con claridad cuáles son los pasos que tiene que seguir un proyecto de ley para que sea aprobado y entre en vigencia. Lo que en la Constitución no se explica es la manera en que el Ejecutivo debe llevar adelante la reglamentación de las leyes que así lo precisan. Y este *limbo constitucional* le brinda un marco de discreción importante al titular del Poder Ejecutivo.

El objetivo del presente artículo es realizar el análisis de tres leyes nacionales sancionadas, cuya reglamentación por parte del Poder Ejecutivo era indispensable para el funcionamiento de las mismas. Estos tres casos serán presentados para ejemplificar tres tipificaciones que la Constitución Nacional no menciona en las cuales el presidente 1) reglamenta una ley pero lo hace de manera tardía, 2) no la reglamenta, o ni siquiera 3) explica qué sucede si la reglamentación altera el “espíritu de la ley”. Esta tipología que introduciremos en este trabajo, buscará aproximarnos a una clasificación de aquellas leyes que se encuentran en la etapa de su reglamentación, entendiendo a ésta como la última etapa del proceso institucional para que una

norma entre en vigencia y que sin la misma se pueden ver afectados los destinatarios directos o indirectos de esas leyes.

Este artículo pretende acercarse lo más posible a la creación de una tipología que abarque la manera en que el Presidente hace uso de lo que denominaré son sus “poderes informales”, en situaciones donde tiene un marco de discreción importante para actuar.

Para cumplir estos objetivos, este artículo estará estructurado de la siguiente manera. Primero definiremos conceptos que nos ayudarán a comprender desde el aspecto teórico parte del proceso de la construcción de una ley, como también cuál es el proceso final por el que la misma debe someterse, identificando así las distintas herramientas con las que cuenta el Poder Ejecutivo. Segundo, presentaremos los tres casos, es decir, las tres leyes nacionales (Ley N° 26.396, 26.364 y 26.862), que se adecuan a las tipificaciones que mencionamos anteriormente, y haremos un análisis del articulado de las mismas. Tercero, presentaremos un proyecto que busca subsanar la falta de reglamentación de las leyes. Cuarto y últimos, esbozaremos algunas conclusiones preliminares que permitirán ser un puntapié inicial para el análisis de otras leyes y para, de alguna manera, introducir en ese análisis la adecuación de las mismas a su real ejecución.

Definiendo algunos conceptos

Al momento de la creación de un proyecto, los legisladores tienen distintos criterios para definir el objetivo de la ley en cuestión. Para Taylor-Robinson y Díaz, uno de estos criterios tiene que ver con los efectos del proyecto, es decir, el impacto de la ley sobre el sujeto directo y el indirecto. Por lo tanto, es el legislador creador el encargado de tener en cuenta a quién va a estar referido su proyecto de ley o quién se va a ver afectado por el mismo (de forma positiva o negativa). Entonces, si este objetivo no se cumple, como veremos más adelante por la existencia de fallas en su reglamentación, es el destinatario directo o indirecto de esa ley el que se ve perjudicado.

Pero, ¿cuáles son las herramientas del Poder Ejecutivo en la instancia de la reglamentación? El presidente dispone formalmente con el poder de implementar decretos y, en algunos casos, de gobernar a través de los mismos. Existen cuatro tipos diferentes de decretos: 1) los autónomos, 2) los delegados, 3) los reglamentarios y 4) los de necesidad y urgencia (DNU). Al objetivo del presente trabajo, los que nos importan analizar son los decretos del tipo reglamentario “que son

aquellos mediante los cuales se implementa la legislación aprobada por el Congreso, establecidos en Argentina por el artículo 99, inciso 2 de la Constitución Nacional” (Bonvecchi y Zelaznik, 2012). Este proceso llevado adelante por el Poder Ejecutivo tiene que ver específicamente con la ejecución real y formal de la norma, en introducir a la ley sancionada por el Congreso las modificaciones necesarias que la volverán factible de poder implementar. Por lo tanto, este poder tiene poco que ver con la creación de norma y, más importante aún, en el artículo mencionado anteriormente, la Constitución indica que al emitir estos tipos de decretos no debe alterarse el espíritu de la ley con excepciones reglamentarias. Pero a pesar de esta clara restricción, el presidente cuenta con una herramienta importante que, en palabras de Bonvecchi y Zelaznik, por un lado, le permiten al presidente abstenerse de reglamentar las leyes, o hacerlo de forma parcial y así “evitar cambios en el *status quo*”; o modificar la normativa específica que, supuestamente, “sólo estaría reglamentando para su ejecución”; o “interpretar de manera particular, favorable a su propia posición, disposiciones de la ley formuladas de manera vaga o ambigua”. Sobre este último punto se ha demostrado en estudios sobre delegación de poderes legislativos al Poder Ejecutivo en sistema presidenciales, que “el grado de intervención del Presidente en la creación normativa aumenta cuando la ley que debe reglamentar está formulada de manera muy amplia, pues ello deja en manos del poder reglamentador la determinación de las características más específicas de la norma, lo cual de hecho suele constituir una forma de delegación tácita por parte del Congreso” (Bonvecchi y Zelaznik, 2012).

Esta discreción con la que cuenta el Poder Ejecutivo al momento de reglamentar a la que hicimos referencia, se encuentra dispuesta dentro de lo que denominaremos "poderes informales". Y entendemos que los mismos son *informales* porque se encuentran por fuera de los canales oficiales, es decir, no cuentan con reglas formalmente escritas que condicionen su producción. Estos *poderes informales* se encuentran enmarcados dentro de las *instituciones informales* que son "reglas y procedimientos que son creados por fuera de los canales formales" (Helmke y Levitsky, 2006). En comparación, las *instituciones formales* son aquellas en las que existen "reglas y procedimientos que estructuran la interacción social, estableciendo lo que está permitido y lo que no en el comportamiento de los actores" (Helmke y Levitsky, 2006). Por lo tanto, el titular del Poder Ejecutivo al no tener dispuestas por escrito cuáles son las reglas específicas que debe seguir al momento de reglamentar una ley ni la obligación de llevarla a cabo de una forma particular, se le permite indirectamente llevar adelante esta labor de manera

discrecional. Esta situación, como veremos al analizar los distintos casos, puede afectar el objetivo final de la ley que busca con la reglamentación lograr su ejecución.

Los tipos

El objetivo del presente trabajo, como mencionamos anteriormente, es el de esbozar una tipología que se adecúe a tres casos diferentes de leyes que debían someterse a reglamentación por parte del Poder Ejecutivo y 1) se reglamentó de manera tardía, 2) no se reglamentó o 3) se reglamentó alternado el "espíritu de la ley".

Estos tres casos que presentaremos son los de la ley N° 26.396, la N° 26.364 (y su modificatoria) y la N° 26.862. La primera sancionada en el año 2009 y que aún no fue reglamentada, la segunda salió del Congreso en 2008 y recién fue reglamentada parcialmente en el verano de 2015 y la tercera sancionada en 2013, reglamentada pero inviable.

1) Reglamentada de manera tardía - Ley N° 26.364 y Ley N°28.842

La ley para la Prevención y Sanción de la Trata de Personas y Asistencia a sus víctimas se sancionó en 2008 pero tras haber resultado absueltos los enjuiciados por el secuestro y desaparición de Marita Verón¹, se modificó en 2012 en una sesión extraordinaria convocada por la Presidente de la Nación, Cristina Fernández.

En su objetivo, la ley 26.364 busca "implementar medidas destinadas a prevenir y sancionar la trata de personas, asistir y proteger a sus víctimas"². Hasta su modificatoria (Ley 28.842) sancionada en 2012, esta ley no había sido reglamentada. Esta modificación impulsada por el Ejecutivo y los bloques oficialistas pretendió brindarle más instrumentos al Poder Ejecutivo para hacer frente a este delito.

Su tratamiento fue expeditivo y contó con el aval de todo el bloque oficialista, a pesar de no haber permitido el tratamiento de este proyecto durante las sesiones ordinarias del Congreso Nacional.

Finalmente sancionada la modificación en Diciembre de 2012, ésta y la Ley 26.364 fueron reglamentadas (de forma parcial) en Enero de 2015. Durante esos dos años varias organizaciones

¹ <http://www.lanacion.com.ar/1535947-el-veredicto-en-el-caso-marita-veron>

² <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/140000-144999/140100/norma.htm>

civiles que luchan contra la trata de personas pidieron al Ejecutivo por su reglamentación y hasta se llevó a cabo la firma de un petitorio durante los años 2013 y 2014, recolectando más de 95.000 firmas.

El decreto reglamentario de ambas leyes (Decreto 111/2015³) se realizó de forma parcial. Y notamos que la reglamentación fue parcial ya que el decreto dejó una serie de artículos afuera, tal como fueron redactados en el proyecto original. El Ejecutivo hizo foco en los pasos que deben seguirse para resguardar los derechos de las víctimas de trata, dejando afuera la reglamentación de los artículos donde se incluyen las disposiciones penales y procesales. En palabras de Noor Jiménez Abraham, miembro del equipo técnico de la Red Internacional de Alto al Tráfico y a la Trata (Ratt) de Argentina "la reglamentación parcial pone énfasis en todas las garantías que se le deben dar a una persona rescatada para que verdaderamente pueda acceder a sus derechos, porque si no, quedábamos a mitad de camino y teníamos muchas posibilidades de que vuelvan a ser captadas porque, al no tener una contención social, seguían en vulnerabilidad permanente"⁴.

De un total de 27 artículos, sólo se reglamentaron 3: el artículo N° 1, el N°6 y el N°18. En primer lugar se estableció la obligatoriedad de la presencia de profesionales especializados en trata de personas en los rescates que se realizan durante los allanamientos por parte de las fuerzas policiales. De esta manera las víctimas recibirán orientación desde el primer momento y no se sentirán condicionadas por la presencia de la policía durante el procedimiento. Con la reglamentación de este artículo se buscó tanto resguardar los derechos básicos de la víctima como también asegurar un seguimiento de la misma, se incluyó la vivienda digna para la víctima, la posibilidad de obtener patrocinio legal gratuito por parte del Estado, la atención sobre el destino de la víctima luego de ser rescatada, sea que quiera volver a su lugar de origen o permanecer en uno diferente. Asimismo, se instauró un plazo de sesenta días para que la Jefatura de Gabinete de la Nación coordine el Consejo Federal de la Lucha contra la Trata y Explotación de las Víctimas. Dentro de los artículos que no fueron reglamentados, la Fundación Directorio Legislativo hizo especial hincapié en las siguientes cuestiones⁵:

- No se incluyó explícitamente que no puede ser tenida como única prueba la declaración de la víctima y que la misma no está obligada a declarar si no lo desea.

³ <http://www.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/240000-244999/241357/norma.htm>

⁴ <http://www.telam.com.ar/notas/201501/93303-trata-de-personas-derechos-genero-reglamento.html>

⁵ <http://www.directoriolegislativo.org/destacados/hoy-salio-el-decreto-reglamentario-de-la-ley-de-trata-de-personas/>

- Que las organizaciones de la sociedad civil que integrasen el Consejo Federal de la Lucha contra la Trata y Explotación de las Víctimas, debían ser idóneas y respetar el principio de incompatibilidad, es decir, no debían recibir fondos del Estado.

Además remarca que han quedado afuera de la reglamentación artículos referidos a la prevención del delito:

- En la modificatoria se pide la sustitución del artículo 9° que refiere lo siguiente: "Cuando la víctima del delito de trata o explotación de personas en el exterior del país tenga ciudadanía argentina, será obligación de los representantes diplomáticos del Estado nacional efectuar ante las autoridades locales las presentaciones necesarias para garantizar su seguridad y acompañarla en todas las gestiones que deba realizar ante las autoridades del país extranjero. Asimismo, dichos representantes arbitrarán los medios necesarios para posibilitar, de ser requerida por la víctima, su repatriación". Teniendo en cuenta que en los últimos años aumentaron la cantidad de secuestros de mujeres jóvenes, especialmente en el norte del país, que se supone hoy muchas de ellas están siendo explotadas sexualmente en países limítrofes, que el Ejecutivo imponga las instrucciones que deben llevar adelante las embajadas de Argentina en los distintos países reduciría notablemente este delito.
- Dentro de las Disposiciones Generales de la Ley 28.842 se pide la sustitución de varios artículos del Código Penal con el fin de modificar las penas concernientes a quien incurra en el delito de la trata o explotación de personas, a saber: en caso de condena impuesta por estos delitos, queda comprendido entre los bienes a decomisar la cosa mueble o inmueble donde se mantuviera a la víctima privada de su libertad u objeto de explotación; asimismo, se pena con prisión de cuatro a seis años al que promoviere o facilitare la prostitución de una persona, aunque mediare el consentimiento de la víctima; pena con cinco a diez años de prisión si la víctima fuera menos de 18 años; y así continúa desde el artículo 23° al 27° especificando las penas de los distintos delitos que tienen que ver con la trata o explotación.

Tampoco la reglamentación tuvo en cuenta la creación del Comité Ejecutivo para la Lucha contra la Trata y Explotación de Personas y para la Protección y Asistencia a las Víctimas que tiene a su cargo la ejecución del Programa Nacional para la Lucha contra la Trata y Explotación de Personas y para la Protección y Asistencia a las Víctimas que deberá llevar adelante tareas que

consisten en diseñar protocolos de actuación, generar actividades que coadyuven en la capacitación y asistencia en la búsqueda laboral para la víctima, coordinar las distintas instituciones en provincias en la prevención y detección del delito, entre otros asuntos.

Otro de los artículos que la reglamentación no consideró es el que crea en el ámbito del Ministerio Público Fiscal el Sistema Sincronizado de Denuncias sobre los Delitos de Trata y Explotación de Personas con el fin de contar con un número telefónico que reciba denuncias las 24 horas en todo el país.

Por último, el Artículo 28° de la presente ley enuncia que "será reglamentada en un plazo máximo de noventa (90) días contados a partir de su promulgación". El decreto que la promulga se publicó el 27 de Diciembre de 2012 y su reglamentación parcial fue exactamente luego de 749 días.

2) No reglamentada - Ley N° 26.396

La Declaración de Interés por la Prevención y Control de Trastornos Alimentarios (Ley 26.396), también conocida como "Ley de Obesidad", fue impulsada por el Dr. Alberto Cormillot, un reconocido médico especialista en obesidad. El resumen del proyecto pedía la declaración de interés nacional a "la prevención y control de los trastornos alimentarios, que comprenderá la investigación de sus agentes causales, el diagnóstico y tratamiento de las enfermedades vinculadas, asistencia integral y rehabilitación, incluyendo la de sus patologías derivadas, y las medidas tendientes a evitar su propagación". Además, reconoce la gravedad de la afección y dispone su cobertura en el Plan Médico Obligatorio (PMO) por obras sociales y prepagas.

El proyecto de ley tuvo algunos conflictos en su tratamiento en el Congreso, por lo que desde su primer aparición en el plan de labor tuvo varias modificaciones: primero contó con media sanción del Senado en Noviembre de 2007, pasó a Diputados donde se le realizaron varios cambios a la letra en Junio de 2008, en su vuelta a la Cámara Alta se aceptó sólo una de las modificaciones introducidas por la Cámara Baja y se insiste con el resto del texto original. Finalmente se sanciona en Agosto de 2008, con fuerte impacto en los medios gráficos, radiales y televisivos.

Un mes después el Poder Ejecutivo la promulga con "observación parcial" de algunos artículos (5,11,20 y 21). Posteriormente, bajo el Decreto 1415/08 se crea la Comisión Asesora para la Redacción de la Reglamentación de la Ley de Trastornos Alimentarios donde en unos de sus

artículos se especifica que la nombrada Comisión tiene un total de noventa (90) días para reglamentar la Ley⁶. Ya pasaron más de 2000 días y aún no está reglamentada.

¿Qué asuntos resuelve su reglamentación? El articulado de la Ley 26.396⁷ contiene especificidades que el Poder Ejecutivo debe tener en cuenta al momento de la reglamentación. A continuación enlistaremos los artículos que, al no haber sido reglamentados, generan un conflicto con la ejecución de la norma.

- "Artículo 4° - El Ministerio de Salud, como autoridad de aplicación de la presente ley, coordinará acciones en el ámbito del Consejo Federal de Salud con las demás jurisdicciones, a los fines de asegurar la implementación de la presente ley.

La autoridad de aplicación dispondrá las medidas necesarias para que en cada una de las jurisdicciones funcione al menos UN (1) centro especializado en trastornos alimentarios". En este sentido la ley obliga a los gobiernos de las distintas jurisdicciones a crear servicios y estructuras para atender la problemática de los trastornos alimentarios.

- "Artículo 15° - Quedan incorporadas en el Programa Médico Obligatorio, la cobertura del tratamiento integral de los trastornos alimentarios según las especificaciones que a tal efecto dicte la autoridad de aplicación". Entonces al incorporar los trastornos alimentarios al PMO estas se transforman en una enfermedad, lejos de ser un problema estético, obligando a todos los efectores de salud a tratarlos como tal.
- Artículo 16° - "La cobertura que deberán brindar todas las obras sociales y asociaciones de obras sociales del Sistema Nacional (...), las demás obras sociales y organismos que hagan sus veces creadas o regidas por leyes nacionales, y las empresas o entidades que prestan servicios de medicina prepaga (...), incluirá los tratamientos médicos necesarios, incluyendo los nutricionales, psicológicos, clínicos, quirúrgicos, farmacológicos y todas las prácticas médicas necesarias para una atención multidisciplinaria e integral de las enfermedades". Este artículo es quizás uno de los más importantes para la correcta ejecución de la norma ya que busca obligar a las obras sociales y prepagas a hacer frente a los costos de cualquier tratamiento médico necesario.
- Artículo 21° - "Facúltase al Poder Ejecutivo a dictar las disposiciones de carácter sancionatorio ante el incumplimiento de la presente ley, teniendo en cuenta la gravedad de

⁶ <http://www.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/140000-144999/144102/norma.htm>

⁷ <http://www.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/140000-144999/144033/norma.htm>

la falta y la reiteración de la misma. Dichas sanciones se aplicarán sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal que pudiere corresponder". Este artículo va en consonancia con el Artículo 16° ya que faculta al Poder Ejecutivo a sancionar ante el incumplimiento de la ley, es decir, especificar cuáles serán las sanciones que se aplicarán a cualquiera que no cumpla con esta norma. En el decreto de promulgación de la Ley 26.396⁸, el Poder Ejecutivo observa el presente artículo que luego declara válida esta observación la Cámara de Diputados de la Nación.

3) La reglamentación modifica el "espíritu de la ley" - Ley N° 26.862

Uno de los proyectos con más exposición mediática en el año 2013 fue aquel sobre *Reproducción Médica Asistida*. Esta iniciativa fue impulsada por las organizaciones no gubernamentales "Sumate a dar vida" y "Concebir" que juntaron más de 250.000 firmas reclamando por su tratamiento en el Congreso.

El proyecto obtuvo media sanción en la Cámara de Diputados con amplia mayoría, contando con 169 votos a favor, ninguno en contra y con tan solo 7 abstenciones. Varias de estas abstenciones fueron de diputados del Bloque PRO cuyas inquietudes sobre el proyecto tenían que ver con la viabilidad del mismo, con su regulación y con el presupuesto disponible para cubrirlo. Uno de los diputados del PRO buscaba impulsar un dictamen propio que abordaba los procedimientos con fines terapéuticos, acotando así el universo de destinatarios del procedimiento. Dentro de las justificaciones de aquellos que votaron a favor de esta media sanción encontramos la de la Diputada María del Carmen Bianchi (FPV) que señala que "lo más importante es reconocer el derecho a la prestación" y a la Diputada María Luisa Storani (UCR) quien admite que no se cubrió todo el espectro pero hace mención a que esta iniciativa significa un avance gracias a la inclusión de los procedimientos de fertilización en el Plan Médico Obligatorio (PMO)⁹.

Al salir de la Cámara de Diputados el proyecto garantizaba "el acceso integral de los tratamientos médico-asistenciales de Reproducción Medicamente Asistida", que son "técnicas de baja a alta complejidad¹⁰, que incluyan o no la donación de gametos y/o embriones", junto con

⁸ <http://www.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/140000-144999/144035/norma.htm>

⁹ <http://www.lanacion.com.ar/1485635-diputados-trata-el-proyecto-de-cobertura-por-infertilidad>

¹⁰ Los tratamientos de baja complejidad son más sencillos y económicos (cuestan alrededor de \$5.000) y para los cuales se suele indicar un máximo de tres (3) intentos cuando la mujer tiene hasta 39 años. Los de alta complejidad se recomiendan al no llegar a los resultados favorables con los de baja complejidad y tienen un valor que llega a superar los \$40.000.

"los de diagnósticos, medicamentos y terapias de apoyo" sin discriminación por orientación sexual o estado civil.

En la Cámara de Senadores el bloque oficialista le introdujo tres modificaciones al proyecto que lo obligó a retornar a la Cámara baja. Entre estas modificaciones se agregaron dos incisos al Artículo 6° para solicitar la publicación de la lista de los centros de referencia públicos y privados habilitados para realizar los tratamientos, como también se propicia la capacitación permanente de los especialistas en fertilidad. Otra de las modificaciones solicitadas tiene que ver con lo presupuestario, estableciendo que el Ministerio de Salud de la Nación debe incluir en su presupuesto anual una partida destinada al cumplimiento de la norma aduciendo que uno de los problemas principales de las leyes es su falta de financiamiento que no permiten su aplicación. El proyecto en la Cámara alta fue aprobado con 60 votos a favor y dos en contra; en tanto la votación parcial con los tres cambios que introdujo el FPV, los votos a favor fueron 37 y los votos en contra fueron 26.

Finalmente, el texto final con las modificaciones del Senado es aprobado por la Cámara de Diputados por 204 votos afirmativo y 10 abstenciones.

¿Qué dice la ley? La ley de *Reproducción Médicamente Asistida* tiene por objeto en su artículo 1° "garantizar el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida". Se entiende por *reproducción médicamente asistida* "a los procedimientos y técnicas realizados con asistencia médica para la consecución de un embarazo", quedando comprendidas en la misma "las técnicas de baja y alta complejidad, que incluyan o no la donación de gametos y/o embriones"¹¹.

Esta ley busca garantizar el acceso a toda persona mayor de edad a las técnicas de reproducción que estarán comprendidas en el Plan Médico Obligatorio (PMO). A diferencia de la ley que actualmente rige en la Provincia de Buenos Aires, ésta abarca tanto a los tratamientos con o sin donación de gametos y/o embriones y no restringe la edad de aplicación.

Asimismo la autoridad de aplicación, el Ministerio de Salud de la Nación deberá crear un registro único en el que deben estar inscriptos todos los establecimientos sanitarios que se encuentran habilitados para realizar dichos procedimientos, como también deberán publicar una lista de centros de referencia tanto públicos como privados.

¹¹ <http://www.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/215000-219999/216700/norma.htm>

En su artículo 8° la ley se establece la cobertura del tratamiento que debe proveerla tanto el sistema público de salud, las obras sociales sindicales y todas las empresas de medicina prepaga. Los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida quedan incluidos en el PMO, así como "los diagnósticos, medicamentos y terapias de apoyo, con los criterios y modalidades de cobertura que establezca la autoridad de aplicación, la cual no podrá introducir requisitos o limitaciones que impliquen la exclusión debido a la orientación sexual o el estado civil de los destinatarios". También quedan comprendidos en la cobertura "los servicios de guarda de gametos o tejidos reproductivos, según la mejor tecnología disponible y habilitada a tal fin por la autoridad de aplicación, para aquellas personas, incluso menores de dieciocho (18) años que, aun no queriendo llevar adelante la inmediata consecución de un embarazo, por problemas de salud o por tratamientos médicos o intervenciones quirúrgicas puedan ver comprometidas su capacidad de procrear en el futuro.

Finalmente, en su Artículo 10° se invita a las provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a adecuar esta ley a sus respectivas jurisdicciones.

La ley 26.862 fue promulgada por el Poder Ejecutivo de la Nación 20 días luego de su sanción en el Congreso y reglamentada luego de pasados 23 días, respetando el Artículo 11° de la misma que solicita la reglamentación dentro de los siguientes noventa (90) días desde su publicación.

La reglamentación en el caso de esta ley debería volver específica una letra redactada de forma muy amplia que no menciona ni cantidades de tratamientos ni edades límite para ser beneficiario del mismo. Además, debería aplicar sanciones a aquellos que se encuentran obligados a proveer la cobertura de los tratamientos pertinentes y no lo hacen.

¿Qué dice la reglamentación de la Ley N° 26.862 (Decreto 956/2013)¹²? En el Artículo 8° la reglamentación resuelve varios puntos de la ley:

- Amplia el universo asegurando que el "sistema de Salud Público cubrirá a todo argentino y a todo habitante que tenga residencia definitiva otorgada por autoridad competente, y que no posea otra cobertura de salud". De esta manera, no quedan dudas de que el sistema de salud pública debe prestar tratamiento a toda persona que resida en el país.
- Especifica la cantidad de tratamientos a los que las personas pueden acceder, a saber que "una persona podrá acceder a un máximo de cuatro (4) tratamientos anuales con técnicas de reproducción médicamente asistida de baja complejidad, y hasta tres (3) tratamientos

¹² <http://www.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/215000-219999/217628/norma.htm>

de reproducción médicamente asistida con técnicas de alta complejidad, con intervalos mínimos de tres (3) meses entre cada uno de ellos".

- Aclara cómo deben ser llevados adelante los procedimientos considerando que "se deberá comenzar con técnicas de baja complejidad como requisito previo al uso de las técnicas de mayor complejidad. A efectos de realizar las técnicas de mayor complejidad deberán cumplirse como mínimo tres (3) intentos previos con técnicas de baja complejidad, salvo que causas médicas debidamente documentadas justifiquen la utilización directa de técnicas de mayor complejidad".
- En cuanto a la autoridad de aplicación agrega a la Superintendencia de Servicios de Salud (además del Ministerio de Salud de la Nación).

Asimismo, en su artículo 4° el decreto reglamentario 956/2013 establece que "el registro único de establecimientos sanitarios habilitados para realizar procedimientos y técnicas de reproducción médicamente asistida y los bancos de gametos y/o embriones funcionará en el ámbito del Registro Federal de Establecimientos de Salud (ReFES) en la Dirección Nacional de Regulación Sanitaria y Calidad en Servicios de Salud, dependiente de la Subsecretaría de Políticas, Regulación y Fiscalización de la Secretaría de Políticas, Regulación e Institutos del Ministerio de Salud".

A pesar de los avances que la reglamentación permitió en lo que a la fertilización asistida refiere, todavía existen distintos puntos grises que complican la aplicación efectiva de la ley, afectando de forma directa a sus destinatarios:

- La reglamentación obliga a todos los sectores del sistema de salud público, las obras sociales nacionales y las empresas de medicina prepagas a brindar las prestaciones determinadas en la ley. Sin embargo varias entidades comenzaron a negar la cobertura, tanto de estudios como de tratamientos. Esta situación derivó en una gran cantidad de denuncias realizadas que giran en torno a la falta de cobertura integral de la medicación y la negativa ante el pedido de cobertura de tratamientos con donación de gametos.
- Esta ley precisa que todas las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires se adhieran a la misma para que aquellos ciudadanos que estén afiliados a las obras sociales provinciales o que carecen de cualquier cobertura de salud puedan beneficiarse del acceso integral a los tratamientos. Hasta ahora, son pocas las provincias que lo hicieron, en las cuales se encuentran Entre Ríos, Santa Fe, Chubut, La Rioja y San Luis. La provincia de

Buenos Aires que ya contaba con una ley provincial antes de ser sancionada la ley nacional, aún no votó la adecuación. Córdoba y Río Negro también contaban con legislación provincial al respecto.

- Todas las entidades del servicio de salud público deben prestar los tratamientos correspondientes pero hasta el día de hoy muchos de los establecimientos no están preparados para realizar los procedimientos.
- La reglamentación no resuelve la forma en que una persona puede acceder a los tratamientos. La ley otorga cobertura integral e interdisciplinaria en el tema, incluyendo diagnóstico, medicamentos, terapias de apoyo y procedimientos pero la reglamentación no especifica sobre cómo se hará efectivo, dejando "a la suerte" las formas de implementación.

Todas estas cuestiones aquí mencionadas se oponen al espíritu con el que la ley fue concebida: *garantizar el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción medicamente asistida*. Si la reglamentación no soluciona aspectos que obstaculizan que todas las personas puedan acceder a los tratamientos, entonces el objetivo de la ley queda trunco.

Una posible solución

En el año 2009 y luego en 2011, el entonces Senador Nacional Samuel Cabanchik presentó un proyecto que proponía accionar frente a la omisión reglamentaria¹³. En su Artículo 1° la iniciativa legislativa versaba: “Objeto. La acción por omisión reglamentaria tiene por objeto lograr un mandato judicial que ordene al organismo público competente subsanar la omisión dentro de un plazo razonable, el cual en ningún caso podrá afectar la eficacia del derecho en cuestión”. De esta manera, y tal como dice en sus fundamentos el proyecto, se busca crear “un remedio jurisdiccional, rápido y eficaz, contra la mora de la administración en dictar los reglamentos necesarios para asegurar la plena operatividad de las leyes sancionadas por el Congreso de la Nación”.

¹³ El proyecto del Senador Cabanchik se encuentra en la página del Senado de la Nación bajo el número de expediente 75/2011.

Este proyecto buscaba funcionar como una herramienta legal para todas aquellas personas físicas o jurídicas y asociaciones que se sintieran perjudicadas directamente por la falta de reglamentación de alguna norma. De ser así, se realiza la denuncia correspondiente ante un juez que solicitará un informe acerca de los motivos del incumplimiento y, en caso de existir, los trámites que fueron realizados por el Ejecutivo tendientes a cumplir con la reglamentación de la norma correspondiente al caso en cuestión.

El ex-Senador Cabanchik afirma en la fundamentación del proyecto que “la desidia reglamentaria no sólo cruza a todos los poderes administradores de 1983 a la fecha, sino que extiende sus fronteras mucho más allá en el tiempo”.

Este proyecto de ley, presentado dos veces, finalmente caduca en el año 2013 sin recibir tratamiento en la Comisión de Asuntos Constitucionales.

Algunas conclusiones preliminares

El proceso de formación de leyes es un acto complejo en el que intervienen dos de los tres poderes del Estado: el Poder Legislativo lo hace en dos etapas que se desarrollan en cada una de las Cámaras, y el Poder Ejecutivo interviene haciendo uso de sus facultados de vetar total o parcialmente una norma, promulgarla o publicarla. El ordenamiento jurídico establece que una vez finalizado el procedimiento legislativo de sanción de una ley, se inicia una nueva etapa regulada por el Artículo 99, inciso 2 de la Constitución Nacional: la reglamentación.

La reglamentación de las leyes que son sancionadas por el Congreso Nacional se vuelve un paso fundamental para lograr la real ejecución de aquellas que así lo precisan. Por lo tanto, después de cumplidos los procedimientos constitucionales requeridos para la creación y sanción de las leyes, muchas de ellas pueden convertirse en "letra muerta" al no reglamentarse y otras que si se reglamentan pueden desvirtuar la voluntad del legislador que la escribió, alterando de esa manera el "espíritu de la ley".

Esta discrecionalidad con la que cuenta el titular del Poder Ejecutivo afecta directa o indirectamente a distintos sectores de la sociedad. Quienes se ven perjudicados en primer lugar son aquellos destinatarios directos de la ley que tardó en reglamentarse, o no se reglamentó, o su reglamentación perturbó el objetivo final de la misma.

En este artículo hemos analizado tres leyes nacionales que reflejan los eventuales conflictos que surgen por su reglamentación tardía o parcial, su no reglamentación o cuando la reglamentación afecta el "espíritu de la ley" con la que fue pensada.

El primero de los casos presentados fue el de la "Ley de Trata" cuya reglamentación tardía, además de parcial, genera un problema de índole legal al no establecer específicamente las medidas que deben llevarse adelante para la prevención del delito de trata y explotación de personas. En este caso la ley es clara y contundente en su articulado acerca de las penas que deben proporcionarles a esos delitos, lejos de dejar esto a decisión del Poder Ejecutivo. Más allá de que hoy existen jueces que basándose en la letra de la ley pronuncian sus condenas en consonancia a la misma, la reglamentación permitirá no dejar dudas al respecto.

El otro caso presentado fue el de la "Ley de Obesidad" que aún no ha sido reglamentada. La reglamentación de esta ley permitiría que aquel sector de la sociedad que presenta alguna enfermedad que tiene que ver con los trastornos de la alimentación puedan recibir tratamiento gratuito. Actualmente la falta de reglamentación de la misma permite que los hospitales, obras sociales y prepagas nieguen la atención de esta afección.

Algo similar sucede en el último caso aquí presentado. La "Ley de Fertilización Asistida" tiene por objetivo asegurar el acceso total a los tratamientos de reproducción médicamente asistida pero su reglamentación no permite que todos tengan igual acceso al tratamiento.

Estos tres casos reflejan de qué manera la reglamentación, o la falta de la misma, afectan los derechos y garantías que el Poder Legislativo ordenó. Además, y como el título lo indica, la falta de reglamentación le concede al Poder Ejecutivo un "doble veto" sabiendo que el veto total o parcial permite la insistencia del Congreso, en cambio las herramientas aquí presentadas que forman parte de "los poderes informales del Ejecutivo", bloquea definitivamente la voluntad legislativa.

Esta investigación en curso abre distintos interrogantes que, en pos de continuar analizando otros casos, podremos ir contestando en el futuro.

Bibliografía consultada

Taylor-Robinson, M. M y Diaz C. (1999) "Who gets Legislation Passed in a Marginal Legislature and is the Label Marginal Legislature Still Appropriate? A Study of the Honduran Congress", en *Comparative Political Studies* 32, 589-625.

Bonvecchi, Alejandro y Zelaznik, Javier (2012) "El Impacto del Poder de Decreto Presidencial sobre el Comportamiento Legislativo", en Mustapic, Ana María, Alejandro Bonvecchi y Javier Zelaznik (eds.) *Los legisladores en el Congreso Argentino, Prácticas y Estrategias*, Buenos Aires, Instituto Torcuato Di Tella.

Helmke, Gretchen y Levitsky, Steven (2006) *Informal Institutions & Democracy. Lessons from Latin America*, The Johns Hopkins University Press, Baltimore.

Sitios de consulta

www.lanacion.com.ar

www.telam.com.ar

www.infoleg.gob.ar

www.senado.gov.ar

www.diputados.gov.ar