

Comentario a la ley 6439 de la Ciudad de Buenos Aires de prescripción electrónica y digital en formato papel, electrónico y digital

Sofía María Parra Senfet (*)

Martín Zambrano (h.) (**)

Sumario: I. Introducción.— II. Sobre el federalismo y el ejercicio del poder de policía sanitario.— III. Status jurídico de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y sus facultades constitucionales.— IV. Análisis de la ley 6439 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.— V. Conclusiones.

I. Introducción

Se ha publicado recientemente en el Boletín Oficial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, la ley 6439, en fecha 26 de agosto de 2021, la cual legisla la prescripción y dispensa de medicamentos y toda otra prescripción con suscripción de los profesionales de la medicina, odontología y de las actividades de colaboración de la Medicina u Odontología (si bien esto no se indica expresamente, otra tesis resulta imposible que no sea atenerse a la Ley 17.132 sobre el Arte de Curar), ya sea con: a) firmas manuscritas, b) electrónicas o c) digitales. Siendo que estas se inserten en recetas en formato papel, electrónicas o digitales en el territorio de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, según lo regulado en la

parte pertinente de la ley nacional 27.553 y sus modificatorias.

La sanción de la presente ley introduce una serie de inquietudes que de forma criteriosa procederemos a exponer en los siguientes apartados. Ellos versan, a título enunciativo: sobre las facultades de las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, así como del Estado Nacional para legislar y reglamentar en asuntos atinentes a la salud y al ejercicio de la medicina; el status jurídico de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires; el análisis de la ley en particular, para terminar arribando a la conclusión de si su sanción resulta de técnica legislativa y jurídica aconsejable. O sí, en todo caso, la jurisdicción de la Ciudad debe abstenerse de legislar sobre asuntos que se encuentran reglados por leyes de otras órbitas.

II. Sobre el federalismo y el ejercicio del poder de policía sanitario

La doctrina clásica en materia de distribución de las funciones y de las competencias del poder estatal en el régimen federal argentino, entre los gobiernos provinciales y el federal, se basa en la regla de que las provincias conservan todo el poder no expresamente delegado por la Constitución Nacional al gobierno nacional.

(*) Abogada (UCA). Especialista en Derecho de Familia (UCA). Investigadora y docente adscripta de grado en Derecho Internacional Público (Facultad de Derecho, UCA). Miembro del Comité de Redacción de la Revista Iberoamericana de Derecho Internacional y de la Integración (RIDII). Autora de diversos artículos. Actualmente se desempeña laboralmente en el Estudio jurídico Cassagne Abogados.

(**) Abogado (UCA). Coordinador y docente del Curso de Posgrado de Instituciones de Derecho de la Salud de dicha Universidad. Miembro del Instituto de Derecho Sanitario del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal. Ejerce libremente la profesión. Autor de diversos artículos referido al derecho de la salud.

Ello toca profundamente al ejercicio de poder depolicía en materia de salud, es decir, la facultad de las provincias y del Estado Nacional para reglamentar, regular, el derecho a la salud de la población.

Dice nuestro más Alto Tribunal en este sentido: “[L]a determinación de qué poderes se han conferido a la Nación y, sobre todo, del carácter en que lo han sido, debe siempre ceñirse a la lectura más estricta. Tal mandato interpretativo emana de la premisa que ensayó Alberdi y se recita en la jurisprudencia históricamente, esto es, que los poderes de las provincias son originarios e indefinidos, en tanto que los correspondientes a la Nación son delegados y definidos (arts. 75 y 121 de la CN; Juan Bautista Alberdi, “Derecho Público Provincial Argentino”, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1998, p. 146. Asimismo, causa “Blanco”, Fallos: 1:170, entre muchas otras hasta la más reciente “Cablevisión S.A.”, Fallos: 329:976)” (ver Fallos 344:809 “Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c/ Estado Nacional (Poder Ejecutivo Nacional) s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”).

Esto tiene como consecuencia, que, desde la redacción del año 1853 hasta la actualidad -sin perjuicio de que la Constitución de 1949, en su art. 68, inc. 11, facultaba al Congreso Nacional a legislar un Código Sanitario, el Estado Nacional tiene una norma expresa que le permite legislar y reglamentar en materia de salud. Por lo cual, las provincias mantendrían esta facultad.

Ahora bien, resulta oportuno nuevamente citar, como estos autores lo han realizado en otras obras (1), las palabras del Dr. Bidegain sobre la vetustez y lo obsoleto de dicha noción en ciertas materias, ya que “[d]e las facultades 'delegadas expresamente' se han derivado para el gobierno federal una masa tan importante de actividades sobre asuntos que con seguridad no estuvieron presentes en la mente de los constituyentes, que su mención poco nos dice sobre la real extensión del poder central, si no tenemos en cuenta

su contenido flexible, y en definitiva, favorable para el creciente despliegue de su autoridad en todo el país, para hacer frente a problemas que tienden a convertirse en nacionales 'por su área y dimensión' (2). En una organización federal, una misma actividad o incluso relación jurídica puede estar regulada por múltiples autoridades de la federación y alcanzada por diferentes jurisdicciones.

Actualmente, así lo tiene reconocido a jurisprudencia de la Corte Suprema Justicia de la Nación (en adelante, CS): “Si bien no caben dudas de que el Estado Nacional posee potestades concurrentes en materia sanitaria, que hallan cabida en el art. 75, inc. 18 de la CN (Fallos: 315:1013; entre otros), estas ‘no son exclusivas, ni excluyentes de las que competen a sus unidades políticas en sus esferas de actuación, sino que, en estados de estructura federal, pesan sobre ellas responsabilidades semejantes que también se proyectan sobre entidades públicas y privadas que se desenvuelven en este ámbito’ (Fallos: 331:2135, considerando 8° y sus citas).” (ver *op. cit.*, párrafo segundo del Considerando 12 del voto del Dr. Carlos Fernando Rosenkrantz).

Que específicamente respecto de la regulación de la salud, la CS reconoció desde antaño la convivencia de atribuciones de la nación y las provincias. Ya en los primigenios precedentes “Plaza de Toros” (Fallos: 7:150) y “Saladeristas” (fallos: 31:2734), se convalidaron restricciones locales, luego de declarar que el poder de policía tiene por propósito “... proveer lo concerniente a la seguridad, salubridad y moralidad de sus vecinos fue reservado por las provincias...”, como así también se corroboró la validez de una ley provincial que obligaba a retirar a los saladeros establecidos en Barracas ya que “... por exigirlo así la salud pública, no es contraria a la ley constitucional, ni ataca el derecho de propiedad...”

Asimismo: “[L]as normas adoptadas por las autoridades nacionales no solo no deben contradecir a la Constitución ni a los tratados internacionales sino tampoco invadir el ámbito competencial de las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (...). Las nociones de

(1) Entre otros, ver CIRES ETCHEVERRY, Julia y ZAMBRANO, Martín (h.), El Derecho, [266]-(15/03/2016, nro 13.915) [2016] “La justa distribución de los recursos estatales en la salud argentina frente al impacto de nuevas prestaciones médicas y tecnologías sanitarias”, entre otros.

(2) BIDEGAIN, Carlos M., “Curso de derecho constitucional”, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995, t. III, p. 72.

concertación federal, y los actos de la legislación de las provincias no pueden ser invalidadas sino en los casos en que la Constitución concede al Congreso Nacional en términos explícitos, un poder exclusivo, o en los supuestos en los que el ejercicio de idénticos poderes ha sido expresamente prohibido a las provincias, o bien cuando existe una absoluta y directa incompatibilidad o repugnancia efectiva en el ejercicio de facultades concurrentes por estas últimas (Fallos: 3:131; 7:373; 51:349; 105:273; 114:282; 137:212; 150:419; 174:358; 235:571; 243:98; 302:1181; 320:619; 331:1412, entre otros).” (op. cit.).

Así también: “[L]a jurisprudencia de esta Corte también le reconoció al Estado Nacional atribuciones concurrentes para regular ciertas cuestiones de la salud en tanto atañen a la ‘prosperidad del país, al adelanto y bienestar de todas las provincias’ (anterior art. 67, inc. 16, actual art. 75, inc. 18), mandato que luego de la reforma de 1994 fue complementado por la atribución para proveer lo conducente al ‘desarrollo humano’ (art. 75, inc. 19). Así, este Tribunal convalidó el ejercicio de esas atribuciones federales para regular sobre la actividad farmacéutica en ‘Belcastro’ y en ‘Diócesis de San Martín’ (Fallos: 308:943 y 333:1279, voto del juez Maqueda), sobre actividades relacionadas con la sangre humana en ‘Leiva’ (Fallos: 315:1013) y sobre los seguros de salud y obras sociales en ‘Boto’ (Fallos: 320:786), entre otros” (op. cit.).

Atento lo expuesto, las provincias y el Estado Nacional pueden, de forma concurrente, regular el poder de policía sanitario. Así encontramos leyes provinciales, tales como la 14.208 de la provincia de Buenos Aires, que legisló en el año 2011 la práctica médica de la fertilización asistida, cuando dos años después el Congreso Nacional dictó y reglamentó la ley 26.862, sobre las mismas técnicas. O también, el caso de la Ley de Empresas de Medicina Prepaga, que hacía varios años que la provincia de Chaco había dictado la ley 4606, el 14 de julio de 1999, estableciendo un régimen para las entidades de medicina prepaga, y creando un registro de estas. Asimismo, la CABA había establecido un registro de las empresas de medicina prepaga (ley 1517, BO 15/12/2004), y años después, el 5 de mayo de 2011, el Congreso Nacional dictó la ley 26.682, sobre Régimen de Empresas de Medicina Prepaga.

III. Status jurídico de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y sus facultades constitucionales

En orden a lo concluido en el apartado anterior, y en miras a su actual situación de Ciudad Autónoma establecido por nuestra Carta Magna (art. 129), debemos interrogarnos si la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que no es denominada “provincia”, cuenta con la facultad de legislar en materia sanitaria.

La reforma constitucional del año 1994, por medio del art. 129 de la CN modificó el status de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, al disponer que esta tendría un régimen de gobierno autónomo y concediéndole facultades legislativas y jurisdiccionales propias.

Desde ese entonces, la doctrina se ha pronunciado sobre la naturaleza que ostenta la Ciudad de Buenos Aires, tales como: ciudad autónoma, ciudad-Estado, ciudad-Estado de nivel provincial/con autonomía plena de gobierno, ciudad con estatus jurídico excepcional, ciudad de naturaleza equivalente a provincia, cuarto nivel de gobierno, ente autárquico, ente estatal de rai-gambre constitucional con régimen de gobierno autónomo, entidad *sui generis*, distrito autónomo con situación intermedia entre municipio y provincia, municipio, municipio federado, provincia número veinticuatro, provincia urbana, semiprovincia, entre otras.

En ese orden, la CS, mediante el fallo de fecha 4 de mayo de 2021 ya citados asignó otra calificación a la Ciudad de Buenos Aires: “ciudad constitucional federada”. Recordemos que la causa se originó en la acción meramente declarativa interpuesta por la Ciudad Autónoma por ante la CS, a fin de que se declarase la inconstitucionalidad del art. 2º del dec. 241/2021, el cual suspendía por quince días la presencialidad de las clases en la región del Área Metropolitana de Buenos Aires (AMBA).

En dicho sentido, nuestro la CS ha dicho: “En atención al ya referido mandato de autonomía plena que la Convención Constituyente de 1994 plasmó en el art. 129 de la CN, tales atribuciones legislativas sanitarias le corresponden asimismo a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en su carácter de “ciudad constitucional federada”

(“Bazán” Fallos: 342:509), en los términos del considerando 9º” (op. cit.).

La CS ha dicho que el sistema federal argentino se compone con sujetos jurídicos “necesarios” o “inexorables”, mencionados explícitamente en la Constitución, como los son el Estado Nacional, las provincias, los municipios y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, y un sujeto jurídico “posible” o “eventual” como es el caso de la región (“Bazán”, Fallos: 342:509, considerando 3º, y “Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c/ Córdoba”, Fallos: 342:533, considerando 12). “La Ciudad Autónoma de Buenos Aires tiene un puesto equiparable al de las provincias en el sistema normativo que rige la jurisdicción de los tribunales federales y, por lo tanto, el mismo derecho a la competencia originaria de esta Corte establecida en el art. 117 de la CN (“Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”, Fallos: 342:533, considerando 17).- ... 9º) Que los términos de la jurisprudencia señalada resultan ilustrativos de la paulatina aunque evidente consolidación de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires como sujeto del federalismo argentino en tanto “ciudad constitucional federada” Es ciudad, por sus características demográficas. Es ciudad constitucional, porque es la única designada expresamente por su nombre y con atributos específicos de derecho público en la Constitución Nacional, a diferencia de las otras ciudades que son aludidas genéricamente al tratar los municipios. Y es ciudad constitucional federada, porque integra de modo directo el sistema federal argentino conjuntamente con los restantes sujetos políticos que lo componen (“Bazán”, Fallos: 342:509, considerando 3º y “Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”, Fallos: 342:533 considerando 12, ambos referidos con anterioridad).- 10º) Que la vigencia del art. 129 de la CN imposibilita que la Ciudad de Buenos Aires reciba el mismo trato que antes de la reforma de 1994, es decir como un “territorio federalizado”, propio de una época en la que esta carecía de autonomía en tanto el Congreso de la Nación actuaba como su legislador “exclusivo” (ex art. 67, inc. 27), el Presidente de la Nación como su “jefe inmediato y local” (ex art. 86, inc. 3º) y la justicia nacional como justicia local”.

Las competencias de la Ciudad de Buenos Aires y del Estado nacional en materia de educa-

ción y de salud, como señala el Dr. Lorenzetti, son derechos humanos (considerandos 3º y 4º) y, por lo tanto, “[...] debe realizarse un juicio de ponderación entre la máxima satisfacción posible del derecho a la educación y la protección de la salud en un contexto de emergencia sanitaria y dentro de un sistema reglado por el Estado de Derecho” (considerando 6º, primer párrafo).

En esta oportunidad nos referiremos al segundo, objeto de nuestro análisis en el presente comentario. La CS afirmó con respecto a la salud “...la Ciudad de Buenos Aires cuenta con todas las facultades propias de legislación interna similares a las que gozan las provincias argentinas (con la exclusiva salvedad de las atribuciones que la ley 24.588 reconoce al gobierno nacional para garantizar los intereses del estado nacional en la Ciudad). En particular, conserva su poder de policía sobre las cuestiones de salud y salubridad públicas y sobre la organización y funcionamiento de sus instituciones educativas.” Asimismo, señaló que la CS reconoció la convivencia de atribuciones de la Nación y las provincias en los antecedentes ya citados “Plaza de Toros” (Fallos: 7:150) y “Saladeristas” (Fallos: 31:2734), y en “Nobleza Piccardo” (Fallos: 338:1110). Por su parte el juez Lorenzetti señaló que es deber impostergable de la autoridad pública garantizar el derecho a la salud con acciones positivas.

Conforme los lineamientos pretorianos, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires cuenta con facultad de legislar y reglamentar el derecho sanitario.

IV. Análisis de la ley 6439 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

El armónico desenvolvimiento del sistema federal de gobierno depende de la “buena fe”, “coordinación” y “concertación” recíproca entre los distintos estamentos de gobierno (nación, provincias, Ciudad de Buenos Aires y municipios), pues esos principios constituyen el modo razonable para conjugar los diferentes intereses en juego, y encauzarlos hacia la satisfacción del bien común.

De acuerdo con estos preceptos, procedemos a comentar la ley 6.439.

Debemos tener en cuenta que la misma replica en su tenor y alcances a la Ley 27.553 de Recetas Electrónicas o Digitales, sancionada por el Congreso Nacional en el año 2020, ley que denominaremos “Ley Hermana”.

Esta norma trata la prescripción y dispensa de: a) medicamentos; y b) todo otra prescripción que puedan ser firmadas a través de firmas manuscritas, electrónicas o digitales, en formato papel, electrónico o digital. No obstante ello, cabe destacar no trata la “telemedicina” como la Ley Hermana.

La ley introduce una novedad respecto a su antecedente nacional: la firma manuscrita, electrónica o digital de la receta puede verse en un instrumento en “formato” papel.

El ámbito de aplicación de la ley 5439 se relaciona con los instrumentos públicos o privados (de acuerdo con el carácter del galeno u hospital que la expide) consistentes en “...toda *receta o prescripción médica, odontológica o de otros profesionales de la salud legalmente facultados a prescribir*, en los respectivos ámbitos de asistencia sanitaria y atención farmacéutica pública o privada, que ejerzan su actividad dentro del territorio de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.” En esto replica la tipología del ámbito de regulación de la ley 17.132 del Arte de Curar, referida *ab initio*.

A renglón seguido, se declara válida la prescripción manuscrita, electrónica y digital. Por lo cual, logra el mismo efecto jurídico que su ley par: extender los efectos del tenor de la res. 696/2020 del Ministerio de Salud de la Nación, y otras similares, que había establecido motivo de la pandemia de público y notorio conocimiento, la extensión de ordenes médicas en formato electrónico o digital, para morigerar la propagación del virus COVID-19.

Los documentos que se emanan de forma digital y electrónica, conforme el art. 4º, respon-

de a los lineamientos de la Ley de Firma Digital, 25.506 (3).

Los requerimientos del art. 5º resultan redundantes respecto a lo establecido por la ley 17.132 en su art. 19, inc. 7º (modificado por la Ley Hermana), y la Ley de Protección de Datos Personales 25.326.

El art. 6º establece cuáles son las funciones de la Autoridad de Aplicación.

Por último, deja de lado el tratamiento de los estupefacientes y psicotrópicos, en orden a que su régimen jurídico responde a *lex specialis* (ver ley 19.303, complementarias y modificatorias).

V. Conclusiones

Siendo que la Ley Hermana es una ley del Congreso Nacional, sancionada conforme el art. 75, inc. 12, de la Carta Magna, y que invita en su art. 14 a adherir a las provincia de Buenos Aires y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, nos preguntamos si resultó conveniente la sanción de la norma objeto en estudio. ¿No hubiese bastado adherir con una simple norma, y realizar alguna observación unilateral, conforme la voluntad del electorado porteño? De esa forma se evitaría contradicciones, tales como pudimos observar en lo que se refiere a la firma digital o electrónica que puede plasmarse en soporte papel, o redundancias como replicar los mismos requisitos técnico-legales que ya establecía la ley nacional.

(3) En este sentido, ver PAPILLÚ, Juan M. y TANZI, Silvia Y., “La receta electrónica. Comentario a la ley 27.553” ADLA 2020-10, 35. Dice: “La diferencia entre la receta electrónica y la digital se vincularía con las directivas que surgen de la ley 25.506; por lo que la receta electrónica sería la que no posee necesariamente la firma digital del profesional y que únicamente cuenta con firma electrónica. En efecto, la referida ley 25.506 distingue entre la firma electrónica y la firma digital, confiriendo mayor valor probatorio a la firma digital pues se presume que esta es igual de válida que la manuscrita (art. 3º) y prueba la autoría e integridad de un instrumento en forma indubitable (arts. 7º y 8º).