

MAESTRÍA EN MAGISTRATURA Y DERECHO JUDICIAL

María Milagros Maqueda

Dirección: Dr. Alfonso Santiago

**EL DERECHO A LA SALUD COMO DERECHO SOCIAL Y SU TUTELA
EFECTIVA EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE
JUSTICIA DE LA NACIÓN (1990-2019)**

Agosto de 2020

ÍNDICE GENERAL

| | |
|--|----|
| PRESENTACIÓN | 4 |
| 2. CAPÍTULO I: EL ESTADO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL DE DERECHO | 5 |
| 2.A. BREVE REFERENCIA A LAS CARACTERÍSTICAS DEL MODELO | 5 |
| 2.A.1. LA GÉNESIS DEL ESTADO SOCIAL. UNA NUEVA ORIENTACIÓN POLÍTICO-SOCIAL | 8 |
| 2.A.2. LA EXPERIENCIA ARGENTINA | 9 |
| 2.A.3. EL CARÁCTER JUSTICIABLE DE LOS DERECHOS SOCIALES COMO ASPECTO DERIVADO DE SU EXIGIBILIDAD..... | 10 |
| 2.A.4. LA JUDICIALIZACIÓN DE LA POLÍTICA EN EL ESTADO SOCIAL Y CONSTITUCIONAL DE DERECHO. ¿REDUCCIÓN DE LAS <i>POLITICAL QUESTIONS</i> ?..... | 14 |
| 3. CAPITULO II: ALGUNAS APROXIMACIONES AL DERECHO A LA SALUD | 18 |
| 3.A. CONCEPTO DEL DERECHO A LA SALUD..... | 18 |
| 3.A.1. FUNDAMENTO E IMPORTANCIA DE ESTE DERECHO | 20 |
| 3.B. EL CONTENIDO DEL DERECHO A LA SALUD..... | 23 |
| 3.C. EL SUJETO PASIVO DEL DERECHO A LA SALUD | 25 |
| 3.C.1. EL MODELO DE ORGANIZACIÓN DEL SISTEMA DE SALUD ARGENTINO. LA GARANTÍA FEDERAL..... | 25 |
| 3.C.2. OBLIGACIONES DEL ESTADO COMO SUJETO PASIVO DEL DERECHO A LA SALUD..... | 27 |
| 3.D. RECEPCIÓN NORMATIVA Y JURISPRUDENCIAL DEL DERECHO A LA SALUD EN ARGENTINA..... | 30 |
| 3.D.1. LA REGULACIÓN INFRACONSTITUCIONAL DEL DERECHO A LA SALUD: EL CONTEXTO SOCIAL Y LA SANCIÓN DE LAS LEYES NACIONALES 23.660 Y 23.661. LA LEGISLACIÓN SANITARIA | 32 |
| 4. CAPITULO III: LA JUDICIALIZACIÓN DE LA POLÍTICA DE SALUD EN ARGENTINA. UN ANÁLISIS CRÍTICO DE LOS FALLOS DICTADOS EN LA | |

| | |
|--|-----|
| MATERIA POR NUESTRA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DURANTE EL PERÍODO COMPRENDIDO ENTRE LOS AÑOS 1990 A 2019..... | 36 |
| 4.A. LA JUDICIALIZACIÓN DE LA POLÍTICA: UN CAMINO IRREFRENABLE. LA SITUACIÓN DE LATINOAMÉRICA Y EL CASO ARGENTINO | 36 |
| 4.A.1. LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA Y SU ROL EN EL DISEÑO DE LA POLÍTICA PÚBLICA DE SALUD..... | 41 |
| 4.A.1.1. PRIMER ETAPA (1990 A 2003): DE LA CORTE MENEMISTA A LA PRESIDENCIA DE KIRCHNER. CONTEXTO INSTITUCIONAL Y POLÍTICO | 42 |
| 4.A.2. SEGUNDA ETAPA (2003 A 2019): LA CORTE EN LA ERA KIRCHNERISTA Y LOS REVESES JUDICIALES DURANTE LA PRESIDENCIA DE MAURICIO MACRI | 75 |
| 4.A.2.1. LA ACTUACIÓN DE LA CORTE EN MATERIA DE SALUD. EVALUACIÓN DE ALGUNOS DE LOS FALLOS DICTADOS DURANTE EL EJERCICIO DE DOS GOBIERNOS DIAMETRALMENTE DISTINTOS | 80 |
| CONCLUSIONES | 108 |

PRESENTACIÓN

Ha sido el propósito de la elaboración de esta tesis, profundizar mi conocimiento acerca del tratamiento judicial que ha recibido el derecho a la salud por parte de nuestro máximo tribunal, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el período comprendido entre los años 1990 a 2019¹. Para ello, me propuse partir de la realidad jurídica en la que se enmarca hoy el Estado argentino, que es la de un Estado Constitucional y Social de Derecho. Las siguientes páginas repasan algunas nociones acerca de este nuevo modelo que se ha conformado desde la finalización de la Segunda Guerra Mundial, y que trae consigo numerosos cambios en la teoría jurídica, entre los que se destacan la ampliación constitucional e internacional de categorías de derechos fundamentales y -en especial- derechos sociales que imponen nuevas formas de actuación judicial.

En una segunda parte, se realizarán ciertas aproximaciones al derecho a la salud como derecho social cuya operatividad forma parte de aquellas nuevas exigencias; se expondrán sus principales caracteres, fundamento, sujetos implicados, y su recepción normativa internacional, constitucional y legal en el orden jurídico argentino. Finalmente, se realizará un análisis crítico de la jurisprudencia de la Corte Suprema en la materia durante el período transcurrido entre 1990 hasta la actualidad, por tratarse de un período histórico en el que la Corte, en su rol de titular del Poder Judicial, ha desplegado un activismo notorio en virtud de la imperatividad que en el orden local ha adquirido la normativa internacional de derechos humanos, y su posterior incorporación al bloque constitucional argentino. Se enfatizará en la manera en que los principios contenidos en ese bloque y, sobretudo, en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, juegan un papel importantísimo a la hora del control judicial de constitucionalidad de los actos gubernamentales, en un marco en el que resulta inevitable hablar de la “judicialización de la política”, en tanto cuestiones de política pública que por definición han correspondido y corresponden al resorte exclusivo de los poderes electos -como la salud pública-, hoy se resuelven en los tribunales judiciales. Finalmente, se indicarán las ventajas y riesgos del nuevo paradigma jurídico y de la actividad que asume la magistratura en sus tiempos de protagonismo en el siglo XXI, como también las posibles soluciones a los excesos que puedan cometerse como consecuencia del activismo judicial.

¹ La razón por la que se han elegido estos dos últimos períodos de actuación de la Corte Suprema se debe a que en ellos encontramos una expansión en el tratamiento de casos judiciales relacionados con los derechos sociales en general, y con el derecho a la salud en particular.

2. CAPÍTULO I: EL ESTADO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL DE DERECHO

No pocos son los cambios que el derecho ha transitado a lo largo de la historia. Sin embargo, sería extraño -y hasta peligroso- que así no lo fuera, ya que justamente es su dinamismo el que permite que las transformaciones experimentadas por el hombre y la sociedad, estén acompañadas de un orden normativo² que las regule y prevea sus efectos y consecuencias jurídicas. Pero comprender las transformaciones del fenómeno jurídico a nivel global implicaría una larga tarea y, desde luego, no es el propósito que aquí se tiene. En relación al carácter evolutivo del derecho, Rodolfo Vigo³ propone, retomando la idea de autores como Ferrajoli, una buena metodología para exhibir cuales han sido los grandes cambios del fenómeno jurídico en el mundo occidental. El método consiste en distinguir tres paradigmas de la historia jurídica y política de occidente: el Estado de Derecho pre-moderno; el Estado de Derecho Legal y el Estado de Derecho Constitucional. Ellos reflejan las distintas concepciones que se han ido formulando no sólo acerca del derecho, sino también del Estado y la actividad de los poderes que conforman ese Estado como organización jurídico-política. En esta línea, el presente capítulo asume y da por sentadas las características principales de los dos primeros modelos (sin perjuicio de las eventuales y mínimas referencias comparativas que podrán efectuarse), para centrarse en el último de ellos: el Estado de Derecho Constitucional. Más precisamente, hablaremos de Estado Constitucional y Social de Derecho, que se caracteriza por un énfasis en la protección y tutela efectiva de los derechos sociales como la vivienda, salud pública, derechos del trabajador, la seguridad social, la libertad sindical y el derecho de asociación, sólo por mencionar algunos. Bajo este esquema, importará destacar el carácter justiciable de esos derechos sociales como aspecto derivado de su exigibilidad congénita, y la actividad del Poder Judicial como órgano que tiene a su cargo una importante tarea en lo que a su tutela respecta.

2.A. BREVE REFERENCIA A LAS CARACTERÍSTICAS DEL MODELO

Para evitar caer en confusiones, conviene recordar primeramente que hablar de Estado de Derecho Constitucional no es lo mismo que hablar de constitucionalismo. El constitucionalismo fue un movimiento político que tuvo su punto de partida en las grandes revoluciones francesa y norteamericana del s.XVIII, y que propició una nueva

² Cuando hablamos de orden normativo, nos referimos al sentido más genérico de la palabra, esto es, no limitado a un conjunto de leyes o a un código escrito que contemple cada situación particular de la vida cotidiana.

³ Cfr. VIGO, Rodolfo Luis, “Del Estado de Derecho Legal al Estado de Derecho Constitucional” , *La Ley* 2010-A,1165, *Sup. Const.* (febrero 2010).

forma de organización del Estado en base a la existencia de una ley suprema; a esa norma máxima (la Constitución) debían subordinarse el resto de las normas jurídicas para tener validez, y en ella se deslindaban y limitaban los poderes estatales, a la vez que se reconocían los derechos del pueblo soberano⁴. El modelo de Estado de Derecho Constitucional, en cambio, si bien es consecuencia de las construcciones forjadas gracias a la corriente del constitucionalismo, tuvo su aparición recién entrado el siglo XX como modelo sucedáneo del Estado legalista. Ese último, había nacido como primer figura con el constitucionalismo del s.XVIII⁵ y en clara oposición al absolutismo monárquico⁶ de los siglos XVI y XVII. De todo se extrae, que relacionar los términos “Estado de Derecho Constitucional” y “constitucionalismo” pero dejando fuera de órbita al Estado de Derecho Legal, sería caer en una grave ignorancia. Tanto el Estado legalista, como paradigma que va a imperar desde la Revolución Francesa hasta la Segunda Guerra Mundial, como el Estado de Derecho Constitucional, cuya génesis se reconoce en la actividad de los tribunales de Nüremberg y la posterior Ley Fundamental de Bonn en Alemania (1949), son fruto de las ideas inspiradoras del constitucionalismo.

Ahora bien, la clave jurídica que lleva a situarnos en uno u otro paradigma estatal, reside en el protagonismo que en cada esquema se le atribuya a la Constitución. Ciertamente es que el reconocimiento de derechos inalienables de la persona frente al Estado será fundamental, incluso en el Estado de Derecho Legal. Pero ese primer Estado fue un Estado de Derecho “Legal” y no “Constitucional” porque la garantía de los derechos del hombre estaba suficientemente reconocida en la ley. La Constitución era vista como un programa político estatal, donde lo que interesaba –principalmente- era su parte orgánica, que contenía la distribución de competencias estatales. La ley era el documento garante de los derechos fundamentales porque el legislador era un legislador racional, que racionalizaba la voluntad general sin necesidad de control alguno⁷. La confianza en este

⁴ El art.16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789), expresaba: “Una sociedad en la que la garantía de los derechos no está asegurada, ni la separación de poderes determinada, no tiene constitución.”

⁵ No es menor recordar que la proclamación definitiva del “Estado de Derecho” en los términos de una organización en la que toda acción humana queda sujeta a una norma previamente aprobada y conocida por todos, no aparece sino entre los propósitos de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789.

⁶ La aparición del Estado absoluto hacia el s.XVI implicó un avance en la racionalización del poder, al sustituir al anterior régimen de vasallaje. Los monarcas recuperaron el poder que habían cedido a los señores feudales durante la Edad Media, que entendían les era conferido por Dios. Luego, la paz de Westfalia (1648) traerá la concepción del “Estado-nación”, que ubicó a la soberanía nacional –el poder reside en el pueblo- en el centro del escenario político del s.XVII. Recién en la segunda mitad del s.XVIII, la sublevación de la clase burguesa durante la Revolución Francesa de 1789 sentaría las bases del sistema democrático.

⁷ García de Enterría grafica esa racionalización cuando, refiriéndose a la Revolución Francesa, dice que “la Revolución desencanta el poder, lo reduce a un mecanismo humano, común, ordinario, racional, lo hace

actor político será extrema en este modelo, al punto que de él no podía esperarse ningún ataque a los derechos del hombre⁸.

En el Estado de Derecho Constitucional, el enfoque será distinto. Las constituciones ocuparon el centro de la escena y dejaron de ser vistas como programas políticos, ya que el modelo de Estado legal había fracasado luego de las aberraciones cometidas durante las guerras mundiales por la irrestricta obediencia de la ley, sin importar su contenido de justicia. En el paradigma de Estado Constitucional, habrá una clara distinción entre derecho y ley, ya que se concibe al derecho como un conjunto de normas y principios, los cuales no necesariamente deben estar positivizados; la ley se interpreta desde la Constitución y esto, lógicamente, incide en la actividad de la magistratura, que deja de ser “la boca de la ley” para pasar a ser “la máxima intérprete de la Constitución”. Un giro bastante interesante.

Los logros alcanzados por el constitucionalismo en Francia y Estados Unidos luego de las experiencias revolucionarias, se expandieron rápidamente por los estados que decidieron imitar la forma de organización de aquellos países. Las ideas iluministas y liberales se reflejaron en los textos constitucionales de los s.XVIII y XIX, en especial la noción de igualdad política y limitación del poder en beneficio de las libertades individuales. La idea básica del constitucionalismo era la idea del primer liberalismo: concebir al hombre como portador de derechos que no podían ser conculcados por el Estado y ponerle límites al poder⁹. El derecho de igualdad formal ante la ley potenció la conquista de la libertad y sostuvo el ascenso histórico de la clase burguesa en Europa; del otro lado del charco, la lucha por la independencia de las trece colonias norteamericanas también estuvo signada por las ideologías de la época¹⁰. En lo relativo a la separación de poderes, en occidente había quedado cristalizada la teoría que concibe al poder del Estado como un único poder dividido en tres ramas, ya que el liberalismo exigía -en esencia- un gobierno representativo, pues al ser los hombres “libres e iguales”, no podía existir una autoridad que se impusiera sobre ellos y les exigiera obediencia¹¹. Queda en claro que el Estado de Derecho fue entonces, primeramente, un Estado de Derecho liberal.

descender a la ciudad.” (GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La lengua de los derechos. La formación del derecho público europeo tras la Revolución Francesa*, Real Academia Española, Madrid, 1994, p.117).

⁸ A nadie se le ocurría pensar que la propia ley pudiera conculcar el derecho de algún ciudadano, pues en todo caso ese ataque provenía del rey en el Antiguo Régimen, a quien sí debía controlarse de los abusos del poder. En ese propósito se justificaba la figura del legislador.

⁹ En el absolutismo el monarca no estaba atado a la ley, que él mismo promulgaba.

¹⁰ Especialmente los aportes de pensadores como Locke y Montesquieu.

¹¹ El poder reside en el pueblo y la única forma de ejercerlo es a través de su delegación a los elegidos para ese fin, gracias al pacto social previo que hacen los ciudadanos.

2.A.1. LA GÉNESIS DEL ESTADO SOCIAL. UNA NUEVA ORIENTACIÓN POLÍTICO-SOCIAL

La situación del constitucionalismo hacia la década de 1940 sería bien distinta a la de sus comienzos. La experiencia había demostrado que el Estado individualista, legal y liberal no resultaba suficiente para garantizar la efectividad de los derechos reconocidos hasta el momento¹². La finalización de la Segunda Guerra Mundial y las atrocidades que la época pasada dejó como consecuencia del apego al positivismo jurídico, abrieron paso a una fuerte corriente axiológica del Estado y el derecho, según la cual los órganos de poder debían proceder no sólo “racionalmente”, en el sentido de un accionar lógico, sino “justificadamente”, esto es, de acuerdo con las más altas exigencias de justicia¹³. Se advierte a partir de esta etapa un nuevo espíritu constitucional en el mundo occidental, caracterizado por la expansión de los derechos sociales y el desarrollo profundo de la justicia constitucional; se necesitaba un Estado más comprometido con las exigencias sociales, que eran cada vez mayores¹⁴.

Lo mencionado anteriormente no implica que de un momento para el otro las constituciones liberales se hayan visto reemplazadas completamente por otras nuevas que consagren de manera más amplia los derechos sociales. Se trató de un cambio paulatino, y que encuentra sus cimientos en épocas que lo preceden. Incluso algunos estados ya habían dictado constituciones de tipo social hacia comienzos del s.XX, como ocurrió con México y la Constitución de Querétaro en 1917, Alemania con la de Weimar en 1919, Austria en 1920, Yugoslavia en 1921 o España en 1931. Sin embargo, no es sino hasta la sanción de la Ley Fundamental de Bonn, en 1949, que el “Estado Social de Derecho” como lo conocemos hoy, tuvo finalmente su reconocimiento constitucional.

El nuevo paradigma de Estado Constitucional y Social de Derecho, exige mucho más que contemplar derechos a favor de ciertos grupos minoritarios (*v.gr.* trabajadores). Se trata del inicio de una nueva orientación político-social estatal en los textos supremos, que va a ir acompañada de un fuerte compromiso de los estados en la protección de derechos fundamentales.

¹² Las clases dominantes se habían aprovechado de la ideología liberal para aumentar sus privilegios, en desmedro de las clases más débiles.

¹³ Zamudio, al referirse a la expansión incontenible de los derechos sociales y la consolidación definitiva de la justicia constitucional como aspectos característicos de la etapa de la posguerra, describe la nueva orientación destacando el sentido social del derecho y la creación de instrumentos procesales para garantizar la eficacia de las normas fundamentales. (Cfr. FIX ZAMUDIO, Héctor, *Veinticinco años de evolución de la justicia constitucional 1940-1965*, Instituto de investigaciones jurídicas, Serie F. Publicaciones del XXV Aniversario. Número 3-A, UNAM, México, 1968, pp.10 -11).

¹⁴ Hasta el momento, la política económica dominante era la que propiciaba el liberalismo, regida por el principio de subsidiariedad planteado por Adam Smith, que limita la acción estatal únicamente a las actividades que individuos o asociaciones determinadas no puedan realizar por sí mismas.

2.A.2. LA EXPERIENCIA ARGENTINA

Sería incorrecto negar rotundamente que en nuestro país la Constitución de 1853/1860 no consideró a los derechos sociales. Sucede que, al igual que las constituciones liberales de la época, esa consideración era “vaga” en el sentido de que se confiaba al Congreso el dictado de leyes que protegieran a determinados sectores (ej. un código de seguridad social). También el preámbulo de nuestra Carta Magna habla de la promoción del “bienestar general”, con lo que existía una mínima referencia y pretensión de tener en cuenta este tipo de derechos.

Fue con la reforma de 1949, impulsada por el Presidente Juan D. Perón, que se hablará de una Constitución en la que el carácter social de los derechos estuvo acentuado. Con ella se amplió el catálogo de derechos sociales y se incorporaron más cláusulas referidas a ellos. Sin embargo, este primer avance se desvanecería en 1956 al declararse inconstitucional aquella reforma durante el régimen militar de la Revolución Libertadora, que consideró que no se había respetado el mecanismo previsto para la sanción de la ley de reforma que exigía el voto de las dos terceras partes de todos los miembros del Congreso y no únicamente de los miembros presentes. (art.30 CN). En 1957 se reformó nuevamente la Constitución, y si bien ello sucedió bajo un gobierno de facto que excedió sus facultades y atentó contra el orden constitucional vigente, el aporte fue importante en la materia ya que se incorporó el art.14bis, que detalla cuales serían algunos de estos derechos. Finalmente, en 1994 se ampliaron las disposiciones referidas a los derechos sociales, y se incorporaron al bloque de constitucionalidad una serie de tratados internacionales de derechos humanos que los receptan explícitamente.

Las reformas referidas tienen en común la tarea que al Estado se le encomienda de promover que existan unos mínimos vitales garantizados para el ejercicio de la titularidad de los derechos reconocidos. Esto no implica afirmar que todo su contenido sea prestacional, pues en algunos casos no se trata de un deber prestacional absoluto sino de lo estrictamente necesario para su vigencia¹⁵. Tampoco se olvida, en el nuevo esquema, la importancia de la libertad como conquista del siglo anterior. La idea no fue destruir logros pasados, sino conciliar el interés individual con el común de la sociedad, y limitar el ejercicio de algunos derechos cuidando que no se altere -con esa regulación- su contenido esencial. En definitiva, la normativa social buscó que se alcance un peldaño de

¹⁵ Por eso coincido con Martínez de Pisón en que sería inadecuado llamar en forma generalizada a los derechos sociales “derechos prestacionales”, en tanto algunos de ellos como el derecho a huelga, no implican un sistema de servicios estatales. (Cfr. MARTÍNEZ DE PISÓN CAVERO, José, *Políticas de bienestar. Un estudio sobre los derechos sociales*, Trota, Madrid, 1998, pp. 108-110).

bienestar, evidentemente antes no logrado, que como sostiene Carbonell es lo que va a legitimar al Estado Social de Derecho¹⁶. Se abandona la concepción anterior del Estado como “mal necesario” que debe estar reducido al mínimo, para dar lugar a que éste ocupe un papel protagónico. Es un Estado que se involucra en las necesidades sociales, y en el que “La legitimidad de los poderes públicos no depende ya solamente de que no *entorpezcan* o *limiten* el disfrute de los derechos, sino también de que los *promuevan* eficazmente”¹⁷.

2.A.3. EL CARÁCTER JUSTICIABLE DE LOS DERECHOS SOCIALES COMO ASPECTO DERIVADO DE SU EXIGIBILIDAD

La ampliación del reconocimiento de derechos y la proclamación de principios que obligan al Estado en todas sus esferas de gobierno, fue un aspecto central de las constituciones sociales. El reconocimiento de derechos sociales constituye la “plasmación subjetiva” de este modelo de Estado, lo que no significa que los estados que mayor cantidad de derechos sociales reconozcan en sus constituciones, gocen de un mayor bienestar¹⁸. En cuanto a lo segundo (proclamación de principios), la actividad promotora estatal que se espera de un Estado involucrado y con intervención justificada en el diseño de políticas públicas, debe corresponderse con una serie de principios orientativos que el ente estatal no puede dejar de considerar en su actuación¹⁹.

Otra característica esencial es la idea de igualdad sustancial. La igualdad formal, que había sido pilar del Estado liberal y equivale al reconocimiento de la titularidad de derechos a todos los ciudadanos y la abolición de todo título de privilegio o prerrogativa especial preexistente, ya no podía por sí misma garantizar el ejercicio de los nuevos derechos sociales. Predominaba la concepción de que los derechos incorporados quedarían como meras “promesas” o “anhelos” a concretarse en algún futuro, si no estaban acompañados de una teoría de justicia social que los respalde, y de herramientas

¹⁶ Cfr. CARBONELL, Miguel, “Eficacia de la Constitución y derechos sociales: esbozo de algunos problemas”, *Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca* 6, Nro.2, 2008, p.46

¹⁷ *Ibidem*, p.50

¹⁸ Dice Usera: “En contraste, los derechos sociales prestacionales, tan prolijamente reconocidos en Iberoamérica, se omiten con frecuencia en las constituciones europeas (...) lo anterior no implica menos bienestar en Europa; sucede lo contrario: aunque no suele existir un reconocimiento constitucional de derechos de prestación, en Europa a menudo el bienestar es mayor porque es producto de prestaciones sociales concretas ofrecidas por los poderes públicos de manera eficaz, mientras que en gran parte de Iberoamérica, a pesar de las proclamaciones constitucionales, ni hay suficiente desarrollo infraconstitucional de tales derechos, ni recursos financieros para costearlos...” (CANOSA USERA, Raúl, *Segundo cuaderno de Derecho Judicial Comparado: la tutela judicial efectiva de los derechos sociales en Europa y en América Latina*, 1ra ed., La Ley, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2010, p.3).

¹⁹ Pudiendo destacarse como uno de los más importantes en materia social, el principio de progresividad y no regresión.

que posibiliten su concreción efectiva para lograr esa igualdad material (igualdad en los hechos)²⁰.

Tampoco podemos pasar por alto que en el nuevo modelo existe la posibilidad de que el Estado pueda incurrir en la violación de derechos fundamentales no solo por actitudes comisivas, sino también por sus omisiones. Esta noción presupone que existe una expectativa social de comportamiento activo de su parte, que puede derivar en que, en determinadas situaciones, una omisión se traduzca inmediatamente en la violación de un derecho.

Por último, y para ingresar en un tema que se relaciona por completo con esta investigación, se mencionan la exigibilidad y el carácter justiciable de los derechos sociales²¹. Como se dijo anteriormente, la exigibilidad implica concebir que ellos no pueden constituir sólo una expresión de deseo o figurar como parte de un programa político y nada más. El Estado debe, en muchos casos, crear los mecanismos necesarios para hacerlos cumplir y garantizar su plena vigencia. Son derechos que crean obligaciones (de hacer/no hacer), y los poderes públicos son los titulares principales de las mismas. De su lado, la justiciabilidad aparece como derivación de esa exigibilidad y se traduce –en concreto- en la posibilidad de reclamar ante un tribunal de justicia el cumplimiento de las obligaciones que se derivan de esta clase de derechos. Allí el Estado resulta ser, comúnmente, el sujeto pasivo demandado.

Partiendo de la base de que en nuestro diseño constitucional los derechos sociales tienen la misma protección que los civiles y políticos, incluyendo la tutela judicial, la intención del constituyente argentino siempre ha sido dar participación a los jueces en lo que atiende a su protección. Primero, a través del art.116 CN que permite que los tribunales federales intervengan en las causas que versen sobre puntos regidos por la

²⁰ Lamentablemente, la articulación de estas herramientas ha llevado su tiempo y la lucha por su exigibilidad permanece hasta nuestros días, siendo más acentuada en algunos estados que en otros.

²¹ Exigibilidad y justiciabilidad resultan conceptos que no podrían pensarse hoy en día en forma disociada. Se dice comúnmente que un derecho es “justiciable” cuando resulta plenamente exigible ante un juez. En cuanto a la exigibilidad, ella involucra a todo el aparato estatal, en todos sus niveles y no solo al Poder Judicial. Así, por ejemplo, un problema laboral bien puede solucionarse en el Ministerio de Trabajo, a través de las vías administrativas previstas en la ley respectiva. La exigibilidad de los derechos sociales se fundamenta en la dignidad de la persona humana, concepción que echa por tierra las teorías que ubican a esta clase de derechos por debajo de los tradicionales civiles y políticos, y que deciden llamarlos derechos “de segunda generación” por la menor jerarquía que –supuestamente- presentarían con respecto a los primeros.

Constitución²²; luego, por el art.43 CN incorporado con la reforma de 1994²³ que, en el marco del amparo, contempla expresamente al control de constitucionalidad de las leyes. En el plano del derecho convencional, el art.25 de la CADH²⁴ garantiza el derecho de toda persona a un recurso efectivo ante los tribunales que la ampare contra los actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la Convención y establece el compromiso de los Estados Parte de garantizar el acceso y desarrollo de ese recurso²⁵. En igual sentido, la DUDH en su art.8 reconoce el derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales²⁶. La Observación General Nro.3 del Comité de DESC, órgano encargado de interpretar el PIDESC, destaca en su punto 5 que además de las medidas legislativas, los Estados deben ofrecer recursos judiciales para los derechos que de acuerdo con el sistema jurídico nacional, puedan considerarse justiciables. A ella la complementa la Observación General Nro.9, que en el punto 3, si

²² Ver *Constitución de la Nación Argentina*, art.116: “Corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación, el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución, y por las leyes de la Nación, con la reserva hecha en el inciso 12 del artículo 75; y por los tratados con las naciones extranjeras; de las causas concernientes a embajadores, ministros públicos y cónsules extranjeros; de las causas de almirantazgo y jurisdicción marítima; de los asuntos en que la Nación sea parte; de las causas que se susciten entre dos o más provincias; entre una provincia y los vecinos de otra; entre los vecinos de diferentes provincias; y entre una provincia o sus vecinos, contra un Estado o ciudadano extranjero.”

²³ *Idem*, art.43: “Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva. Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización. Toda persona podrá interponer esta acción para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos, o los privados destinados a proveer informes, y en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquellos. No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística. Cuando el derecho lesionado, restringido, alterado o amenazado fuera la libertad física, o en caso de agravamiento ilegítimo en la forma o condiciones de detención, o en el de desaparición forzada de personas, la acción de habeas corpus podrá ser interpuesta por el afectado o por cualquiera en su favor y el juez resolverá de inmediato, aun durante la vigencia del estado de sitio.”

²⁴ Receptado constitucionalmente en nuestro sistema por vía del art.75 inc.22 CN.

²⁵ Ver *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, art.25: Protección Judicial: 1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales. 2. Los Estados Partes se comprometen: a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso; b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

²⁶ Ver *Declaración Universal de Derechos Humanos*, art.8: "Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley".

bien reconoce que el PIDESC no contempla la obligación de desarrollar las posibilidades de un recurso judicial²⁷, sí contempla la de los adoptar todos los “medios apropiados” para lograr la plena efectividad de los derechos reconocidos, y que, por tanto, los Estados que pretendan justificar esa omisión deben demostrar que un recurso jurídico interno no sería un “medio apropiado” en los términos del art.2 del Pacto. Los puntos 9 y 10 también son interesantes, porque recalcan que los recursos administrativos pueden ser muy efectivos, pero siempre es recomendable que exista la posibilidad de una instancia judicial. Se habla de un “derecho último de apelación judicial” con respecto a los procedimientos administrativos, y se remarca la justiciabilidad de los derechos contemplados en el Pacto (punto 10).

Es un hecho que el carácter justiciable de los derechos sociales implica desafíos para la magistratura, cada vez mayores en nuestro tiempo. Desde su reconocimiento a nivel internacional y local, los derechos sociales y los principios que los rigen han estado en permanente desarrollo y su carácter justiciable ha permitido que su contenido se complete a través de las resoluciones judiciales que los tratan. El fenómeno ha despertado críticas desde distintos sectores, especialmente los que se oponen a la intervención judicial objetando la falta de legitimidad de los magistrados para decidir sobre asuntos que tocan a quienes no los han elegido a través de un proceso democrático; esto se conoce como objeción democrática, y los grupos que la defienden consideran que es la mayoría parlamentaria la que determina, en última instancia, en el alcance de los derechos, independientemente de que ese alcance pueda afectar los derechos de un grupo minoritario y/o vulnerable. ¿Pero qué sucede cuando las omisiones del poder administrador o del Parlamento obstruyen la vigencia de estos derechos y desatienden el mandato constitucional? Por mi parte, considero que la intervención judicial, en la medida en que busque reestablecer la decisión de las mayorías y a la vez proteja diferenciadamente a los sectores que se hayan visto afectados por la violación de derechos fundamentales como consecuencia del accionar (o la conducta omisiva) del poder político, puede considerarse justificada. No se trata con esto de promover un gobierno de los jueces, ni de caer en paradojas anti mayoritarias que postulen que cuantos más asuntos terminan en manos de los jueces, tendremos más Estado de Derecho²⁸; pero tampoco resulta acertado que en el marco de un Estado Constitucional y Social se niegue la capacidad de la judicatura para dotar de contenido a los derechos ya reconocidos o señalar pautas para su ejercicio. Máxime cuando el propio texto constitucional, como se ha visto,

²⁷ Como sí lo hace el Pacto de Derechos Civiles y Políticos en el apartado b), del párrafo 3, de su art.2.

²⁸ Cfr. LOZANO, Luis Francisco, “La función social del poder judicial”, en Luis Francisco LOZANO, *Cuestiones políticas no judiciales y autorrestricción del Poder Judicial*, 1ra ed., Cámara de Diputados de la Nación, Buenos Aires, 2007, p.29.”

garantiza esa intervención judicial²⁹. En definitiva, creo que hay un mandato primigenio de actualizar la Constitución a los casos concretos y de cumplimiento de la voluntad del constituyente, que no tiene porqué verse obstruida ante la falta de actividad de los poderes públicos.

En este razonamiento, la ausencia de disposiciones legislativas o actos necesarios del poder ejecutivo para concretizar los derechos fundamentales, no puede impedir la aplicación directa de las normas y principios constitucionales. El Poder Judicial muchas veces aparece como el órgano indicado para salvar esas omisiones, en gran parte por la técnica y conocimiento del mundo del derecho que se supone tienen los magistrados; el problema estará en la delgada línea que guíe esa actuación judicial sin comprometer el ámbito competencial de los demás poderes, y en la histórica discusión sobre si la Corte, como cabeza del Poder Judicial, es o no la intérprete final del texto supremo. Sobre estos cuestionamientos versarán algunas reflexiones de este trabajo, especialmente en la parte final cuando se analicen los casos jurisprudenciales seleccionados al efecto.

2.A.4. LA JUDICIALIZACIÓN DE LA POLÍTICA EN EL ESTADO SOCIAL Y CONSTITUCIONAL DE DERECHO. ¿REDUCCIÓN DE LAS *POLITICAL QUESTIONS*?

Como se ha mencionado al inicio de este trabajo, el Estado Constitucional de Derecho abandona la figura del juez mecánico del Estado legalista y lo coloca en papel protagónico de intérprete constitucional. Así, la función del juez del s.XXI adquiere inevitablemente un tinte político, ya que lo que ahora interpreta y aplica (la Constitución) es, precisamente, un documento político. En el Estado de Derecho Legal se confiaba a los jueces la aplicación de la ley tal y como había sido sancionada. No existía una mayor tarea interpretativa, lo que se explica si consideramos el auge del positivismo de la época, que descansaba en una pretendida “apoliticidad” de los magistrados, garantizada incluso en la propia ley. El juez era la boca de la ley³⁰, y su trabajo estaba limitado al proceso de

²⁹ Incluso antes de la incorporación de los tratados internacionales a nuestro bloque constitucional, la justicia ha mostrado cierta ventaja frente a los demás órganos del Estado en la tutela efectiva de los derechos. Si tomamos el emblemático caso “Siri” de la CSJN (Fallos: 239:459) veremos que ante la inexistencia de una garantía que protegiera a los particulares contra actos del Estado, el máximo tribunal creó jurisprudencialmente la acción de amparo, que luego en el caso “Kot”(CSJN, Fallos: 241:291) se ampliaría contra actos de particulares. Pasaron más de treinta años para que se receptara constitucionalmente de este instituto, cuyo grado de aceptación ha sido altísimo (hoy no existe tribunal que no cuente al menos con una acción de amparo iniciada).

³⁰ “«El poder de juzgar no debe ser dado a ningún senado permanente, sino ejercido por personas extraídas del conjunto del pueblo... de la manera prescrita por la Ley... De esta manera, el poder de juzgar, tan terrible para los hombres, no estando vinculado a ningún estamento [personal del juez] ni a una cierta profesión, se convierte, por decirlo así, en invisible y nulo... Los juicios deben ser fijos hasta el punto que no sean jamás más que el texto precisado de la Ley... Si el poder legislativo deja al ejecutivo el derecho de encarcelar a

subsunción del hecho en la norma; al abarcamiento de la premisa menor en la mayor a través del silogismo judicial. Como lo sostiene Martínez, “tal imagen del juez, creyendo ser apolítico y sin ideología, lo inmuniza de abordar los problemas de la sociedad de la que es parte, porque se sitúa como un simple aplicador de las reglas que le abastecen los poderes legislativo y ejecutivo.”³¹.

Retomando lo relativo a la dimensión política que adquiere hoy la actividad judicial, podemos decir que los órganos judiciales se enfrentan permanentemente a nuevos desafíos, generados -entre otras causas- por la expansión del reconocimiento de derechos sociales, los litigios estructurales, la internacionalización de los derechos humanos y el desarrollo de la justicia constitucional. Es en la disciplina del derecho constitucional donde se visibilizan los acontecimientos de la política, los cuales son sometidos a distintas reglas y procedimientos. Si el Poder Judicial es quien interpreta ese diagrama y se le exige en el nuevo modelo un alejamiento de la concepción judicial heredada de Montesquieu, su tarea se vuelve -a la vez- interesante y compleja cuando de respetar el reparto de las funciones estatales diseñadas en la Constitución se trata. Así, interpretar la ley “conforme a la Constitución”, en muchos casos ha conducido a resultados positivos³², más en otros ha creado riesgos de un desequilibrio en el reparto de competencias diseñado en su propio texto.

Hasta mediados del siglo XX los tribunales judiciales eran espacios en los que no se discutían cuestiones políticas. Por el contrario, la calificación de un asunto como “político” era causal suficiente para evadir su tratamiento en los estrados tribunalicios, y solía invocarse con frecuencia la doctrina de las “*political questions*” o “cuestiones políticas no justiciables”. Esta doctrina de autorrestricción judicial tuvo su origen en el paradigmático caso *Marbury vs. Madison* de la Corte estadounidense³³, en el que,

los ciudadanos...no habrá libertad, a menos que sean detenidos para responder a una acusación grave que la Ley ha hecho, en cuyo caso dichos ciudadanos son esencialmente libres, puesto que no están sometidos más que al poder de la Ley.» (GARCÍA DE ENTERRÍA, *op.cit.*, pp.128-129).

Bianchi se refiere también a esta concepción judicial que primaba en el esquema legalista: “Decir que los jueces crean derecho hubiera sido en nuestro país hace algunas décadas una cuestión objeto de controversia, pues hemos vivido sumamente influidos por la concepción judicial heredada de Montesquieu, para quien el juez era nada más que un ser inanimado que pronunciaba las palabras de la ley” (BIANCHI, Alberto B, “Una meditación acerca de la función institucional de la Corte Suprema”, *La Ley*, T. 1997-B. *Sec. Doctrina*, p.7).

³¹ FEOLI, Marco, “Las cortes súper poderosas: ¿activismo o visibilidad?”, *Pensamiento Jurídico*, Nro.41, ISSN 0122 – 1108, Enero – Junio, Bogotá, 2015, p.159.

³² Un caso típico, la citada incorporación jurisprudencial de la acción de amparo (1957), que muestra un Poder Judicial que se anticipó diez años al legislador y casi cuarenta al constituyente (Ver casos “Siri” y “Kot”).

³³ El caso data del año 1803 y trata sobre un aspirante a juez, electo como tal, que había demandado al Secretario de Estado para que emitiera el acto de gobierno necesario (*mandamus*) para perfeccionar su nombramiento. El máximo tribunal pudo sortear la resolución de fondo, alegando la incompatibilidad de la Corte estadounidense para entender en casos como éste, por tratarse de un asunto netamente político. Su herramienta fue declarar la inconstitucionalidad de la ley que exigía el acto de gobierno del *mandamus*, a

desarrollando la teoría de lo que hoy denominamos control judicial de constitucionalidad, el máximo tribunal de aquél país logró eludir el tratamiento de una cuestión eminentemente política. Resulta curioso igualmente, notar cómo la ampliación del espectro de lo justiciable y el ingreso de la política a la agenda judicial hoy ha encontrado su cauce a través del mismo instrumento por el cual antes los tribunales evitaban conocer de esos asuntos: el control de constitucionalidad³⁴.

En materia de derechos sociales concretamente, los tribunales han asumido a través del control judicial un nuevo rol en relación al Poder Legislativo o Administrador. Estos son los poderes encargados tradicionalmente de elaborar y ejecutar las políticas públicas³⁵ para garantizar aquellos derechos. Cuando en un Estado Social y Constitucional esas políticas no se elaboran adecuadamente, no se ejecutan o no se formulan los procedimientos que sirven a su diseño e implementación, el Poder Judicial encuentra justificada su intervención para controlar su validez y suficiencia conforme a la Constitución³⁶.

El papel protagónico lo despliegan sobretodo las Cortes, que al controlar los fallos de tribunales inferiores, muchas veces terminan produciendo decisiones que sintetizan la función judicial de gobierno. No pareciera algo irracional una intervención justificada, ya que es lo que el modelo exige. Ahora, lo que sí resulta necesario es que esa actividad no se confunda con la idea de que sean los jueces los encargados de diseñar políticas públicas, pues el Poder Judicial no cuenta con los medios necesarios para elaborarlas por sí mismo, ni el proceso judicial está pensado para ello. Su rol debe limitarse a encauzar aquellas políticas, tan necesarias en el campo de los derechos sociales.

En plena conciencia del nuevo entramado institucional y político que el Estado Social y Constitucional representa, los siguientes capítulos de este trabajo están dedicados a reflexionar acerca del derecho a la salud como derecho social fundamental, plenamente exigible, que comparte con los de su clase las características explicadas y es frecuente

través de un control de validez de la misma y observar que atentaba contra la cuarta enmienda de la Constitución federal. De lo acontecido en *Marbury*, se extraen dos puntos importantes: la doctrina de las cuestiones políticas no justiciables y el control de constitucionalidad de las leyes. El tema se encuentra ampliamente desarrollado en: AMAYA, Jorge A., *Marbury v. Madison: origen, argumentos y contraargumentos del control judicial de constitucionalidad*, Astrea, Buenos Aires, 2017.

³⁴ Así, casi como una suerte de “llave maestra”, el control de constitucionalidad ha servido como herramienta tanto para el activismo, como para la autorrestricción judicial.

³⁵ El concepto de política pública no pertenece al mundo jurídico, sino que es propio de las ciencias del gobierno. Implica que el Estado coordina su acción en pos de conseguir determinados bienes públicos.

³⁶ En ciertos casos, esa intervención se ha direccionado a definir directamente el contenido de algunos derechos sociales. Puede mencionarse, a modo de ejemplo, el caso “*Brown vs. Board of Education of Topeka*” de la Corte de U.S. (347 U.S. 483, 1954), en la que el Tribunal termina prácticamente definiendo qué es el derecho de igualdad. Se elabora un nuevo concepto en relación a los criterios de igualdad que se venían manteniendo desde la doctrina sentada en “*Plessy vs. Ferguson*” (163 U.S. 537, 1896).

objeto de políticas públicas en la mayoría de los Estados occidentales que se adscriben al modelo. Para ello, se expondrán en una primera parte algunas aproximaciones relativas al concepto del derecho a la salud, su importancia, fundamento, sujetos implicados, caracteres específicos, principios que lo rigen y su recepción a nivel internacional y local en Argentina. Se analizarán cuáles son los estándares internacionales en la materia, cómo ha sido su ingreso al bloque de constitucionalidad a partir de la reforma de 1994 y cuál es el papel que el Estado juega en la elaboración de las políticas públicas para garantizar su goce efectivo. Una vez definido el marco general para la comprensión de este derecho, el tercer capítulo se inscribe en la tutela judicial que el mismo ha recibido en nuestra Corte Suprema de la Nación, durante el período que va desde 1990 a 2019, con especial referencia al activismo judicial derivado del rol interpretativo del tribunal, que ha combinado los controles de constitucionalidad y convencionalidad de las leyes para direccionar la política sanitaria de los últimos años.

3. CAPITULO II: ALGUNAS APROXIMACIONES AL DERECHO A LA SALUD

3.A. CONCEPTO DEL DERECHO A LA SALUD

A lo largo del último siglo, los Estados han tenido en cuenta a la salud como una política estatal. Cuando hablamos de salud, nos situamos frente a un fenómeno del que no puede predicarse un concepto unívoco, ya que son varias las disciplinas que han decidido abordar su estudio, las que van desde la medicina y el derecho, hasta la psicología, bioética, economía o la sociología. La Organización Mundial de la Salud, en cuanto organismo especializado en el tema, ha elaborado una definición que puede servirnos como punto de partida para la construcción de un concepto de salud desde el punto de vista jurídico, es decir, como derecho social y fundamental de toda persona humana.

El Preámbulo de la OMS³⁷ define a la salud como “un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades”. La definición es amplia, ya que brinda la posibilidad de incluir un sinnúmero de factores vinculados al concepto, como las relaciones sociales de las personas, su relación con el medioambiente que las rodea, sus condiciones de trabajo, y en general todo aquello que les proporcione una alta sensación de bienestar. Sin embargo, la cuestión no es tan sencilla cuando al objeto “salud” se lo pretende redefinir como un derecho o interés jurídicamente protegido. Ello despierta la pregunta relativa a qué es lo que los sistemas jurídicos deben proteger, ya que ningún derecho es absoluto y la intervención del Estado debe ser cuidadosa de afectar el ejercicio de otros derechos humanos (*v.gr.* derecho a la intimidad). Suele ser un error común que se confunda el deber estatal de garantizar acceso a la salud, con el control directo de determinados factores de los que depende la buena salud de una persona y que naturalmente no están alcanzados por el Estado, tales como las estructuras biológicas o la situación económico-social de determinados individuos o grupos.

Vivimos en una sociedad globalizada en la que los avances de la medicina occidental han sido notables y progresivos, sobretudo desde el s.XIX, aportando cada vez más elementos que mejoran nuestro nivel de vida y la prolongan. El derecho no puede quedarse en una actitud regresiva y permanecer ajeno a estas transformaciones; tiene que

³⁷ La Constitución de la OMS fue adoptada por la Conferencia Sanitaria Internacional celebrada en Nueva York el 19 de junio al 22 de julio de 1946, fecha en que fue firmada por los representantes de 61 Estados. Entró en vigencia el 7 de abril de 1948 y hasta la actualidad no ha tenido modificaciones.

dar respuesta a los nuevos interrogantes y conflictos que se generan gracias a las tecnologías actuales y descubrimientos; bregar por la elaboración de políticas que acompañen las reformas medicinales y estas puedan expandirse hacia otros campos, ligados a propuestas educativas y de cambios de comportamientos de vida. Pero cabe resaltar que no es posible garantizar a los individuos un estado de salubridad plena. Aunque el anhelo de todo individuo sería no acudir en ningún momento de su vida a hospitales u otros establecimientos sanitarios, sería utópico pretender definir el derecho a la salud como una especie de derecho al “bienestar absoluto” (concepto que de por sí es relativo, ya que el bienestar de una persona puede tener estándares diferentes a los de otra, según lo que esta última entienda por “bienestar”), o a estar exento de cualquier afección o enfermedad, lo que equivaldría a decir que quien se enferma encuentra violado su derecho a la salud por el sólo hecho de padecer una enfermedad. Creerlo así, sólo nos conduciría a catalogar al derecho a la salud como un “derecho imposible” en los términos en que lo plantea Sagüés³⁸, ya que no se trata del derecho “a estar sano”, sino que involucra una gama de libertades y derechos de la persona.

La Obligación General Nro.14 elaborada por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC), precisa cuales serían las libertades y derechos que conforman al derecho a la salud: “(...) entre las libertades figura el derecho a controlar su salud y su cuerpo, con inclusión de la libertad sexual y genésica, y el derecho a no padecer injerencias, como el derecho a no ser sometido a torturas ni tratamientos y experimentos médicos no consensuales. Entre los derechos, figura el relativo a un sistema de protección de la salud que brinde a las personas oportunidades iguales para disfrutar del más alto nivel posible de salud”. En la misma línea, el art.10.1 del Protocolo de San Salvador en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (documento adicional de la CADH), alude a la salud como el más alto nivel de bienestar físico, mental y social³⁹.

Si la noción de salud se conceptualiza en los términos del disfrute de la persona de una situación de bienestar “en su más alto grado”, la conceptualización del derecho a la salud no debería entonces por qué escapar a esta concepción. Así lo ha entendido el propio texto del PIDESC en su art. 12.1., asumiendo una actitud bastante acertada y realista a la hora de definirlo. Allí se lo reconoce como derecho de la persona humana de acceder a determinados bienes, instalaciones y servicios que le posibiliten un estado de bienestar material y espiritual en su más alto grado. Es decir, no sólo deja en claro que su

³⁸ Cfr. SAGÜÉS, Néstor P., *La Constitución bajo tensión*, 1ra ed., Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, México, 2016, p. 323.

³⁹ Ver *Protocolo Adicional a la Convención Americana Sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador)*, art.10.1: Toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social.

reconocimiento no pasa por considerarlo como el derecho incondicional a estar sano, sino que delinea también los objetivos de las políticas públicas que los estados deben seguir en materia de derecho a la salud⁴⁰.

3.A.1. FUNDAMENTO E IMPORTANCIA DE ESTE DERECHO

Hemos visto que el derecho a la salud implica mucho más que la construcción de establecimientos médicos asequibles a la población o la disponibilidad y provisión de medicamentos necesarios para prevenir y combatir la enfermedad. Es el conglomerado de derechos y libertades sin las cuales su concreción y plena efectividad se tornan imposibles en la sociedad actual. Ahora, al preguntarnos por la importancia y fundamento de este derecho, surge la íntima vinculación que él presenta con el derecho a la vida y a la dignidad humana, que a la vez constituyen el basamento esencial para el goce y disfrute de todos los demás derechos⁴¹. Se habla comúnmente del derecho a la vida como el primero de toda persona⁴², y de la dignidad como fundamento de los derechos; la interdependencia con el derecho a la salud se extiende más allá del reconocimiento positivo que se haga de estos derechos, pues su naturaleza es la de ser derechos naturales cuya vigencia no depende de un reconocimiento normativo estricto. Si éste existe, sin duda que ello arrojará mayor claridad y contribuirá a que se direccionen mejor las políticas que posibiliten su ejercicio. Como bien señala Andruet, la “garantía del derecho a la salud no obedece únicamente a su positivización, sino a su naturaleza. Es un derecho natural cuya custodia está confiada al Estado. El derecho a la salud en definitiva no puede ser pensado disociadamente del derecho a la vida; la ausencia de salud es primero enfermedad y finalmente no vida”⁴³.

⁴⁰ Ver *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, art.12.1: “Los Estados partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del mas alto nivel posible de salud física y mental”.

⁴¹ Advertida esta suerte de trilogía vida-dignidad-salud, es de destacar la labor que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha realizado al vincular el derecho a una vida digna, receptado en el art.4 de la CADH, con los arts. 1.1. (Deber de garantía) y art.26 (Desarrollo progresivo) de aquél texto convencional; y los artículos 10 (Derecho a la Salud), 11 (Derecho a un Medio Ambiente Sano), 12 (Derecho a la Alimentación), 13 (Derecho a la Educación) y 14 (Derecho a los Beneficios de la Cultura) del Protocolo Adicional a la Convención Americana en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. (Cfr. CIDH, *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay. Fondo reparaciones y costas*, Sentencia 17 de junio de 2005, Serie C No.125, párs. 162-163).

⁴² Nuestra CSJN ha catalogado al derecho a la vida como primer derecho de la persona humana, reconocido y garantizado en la Constitución Nacional (Cfr. Fallos 323:3229; 330:4647).

⁴³ ANDRUET, Armando S., *Bioética, Derecho y Sociedad. Conflicto, ciencia y convivencia*, EDUCC Alveroni, Córdoba, 2004, p.107.

3.A.2. LA SALUD COMO DERECHO SOCIAL. SUS CARACTERES Y PRINCIPIOS

Pueden identificarse como caracteres del derecho a la salud, los siguientes:

A) INTERDEPENDENCIA: En materia de derechos sociales, en general, la tesis de la interdependencia aparece como reaccionaria a las tesis histórica y normativa que – respectivamente- ubican a los derechos sociales dentro de los llamados “derechos de segunda generación”, o bien exigen para ellos una normativa distinta a la de los derechos civiles y políticos para asegurar su cumplimiento. Lejos de esta concepción, la interdependencia aquí propuesta supone abolir cualquier tipo de jerarquía entre ellos y ahondar en su complementariedad; se trata de un concepto transversal a todos los derechos humanos sin distinción, por lo que el derecho a la salud queda incluido en él. El propio sistema interamericano ha extendido el carácter de la interdependencia a los derechos sociales, económicos y culturales a los que se refiere el Preámbulo del Protocolo de San Salvador y que hemos hecho referencia anteriormente; allí, se destaca que el compromiso asumido por los Estados ha sido garantizar la vigencia plena de los derechos “sin que pueda justificarse la violación de unos, en aras de la realización de otros”⁴⁴. Dentro de esa interdependencia, se comprenden el derecho a la alimentación, la vivienda, el trabajo, la educación, la no discriminación, el acceso a la información, entre otros⁴⁵, aunque resulta esencial la relación con el derecho a la vida.

B) INTERDEPENDENCIA CON EL DERECHO A LA VIDA: El derecho a la salud se encuentra íntimamente vinculado con el derecho a la vida, que ha sido considerado el primer derecho de todo ser humano. Reiteramos lo mencionado acerca de la necesidad de una buena salud para gozar de buenas condiciones de vida y, en consecuencia, poder ejercer otros derechos⁴⁶. Nuestra Corte ha destacado la importancia de la interdependencia y remarcado que la vida constituye un valor fundamental respecto del cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental⁴⁷.

⁴⁴ Ver preámbulo del *Protocolo Adicional a la Convención Americana Sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*.

⁴⁵ Sagüés hace referencia a la interconexión del derecho a la salud con el resto de los derechos, al referir a él como un “derecho constitucional fundante”. Sostiene que los derechos personalísimos se originan con el reconocimiento de ciertos derechos fundantes, básicos y necesarios para la realización de todos los demás. Incluye a los derechos a la vida, a la integridad corporal y psíquica, a la salud y dignidad, al nombre, nacionalidad, honor y a la propia imagen. (Cfr. SAGÜÉS, Néstor P., *Elementos de derecho constitucional*, Astrea, T.II, Buenos Aires, 1997)

⁴⁶ Cfr. DÍAZ, Ana Inés, “Conceptualización del derecho a la salud en Argentina”, *La Ley* 2019-E, Buenos Aires, 2019, pp. 1-4.

⁴⁷ Cfr. Fallos 323:3229 y 324:3569.

C) AUTONOMÍA: Este carácter se refiere, por un lado, al tratamiento autónomo que recibe el derecho a la salud como derecho social no subordinado a ningún otro derecho, y por otro a su relación con el principio de autonomía personal. La CIDH se ha pronunciado recientemente sobre el tema en el caso “Poblete Vilches” (2018), donde define al derecho a la salud como un derecho autónomo, protegido por el art.26 de la Convención Americana⁴⁸. Un año antes (2017), en el caso “Lagos del Campo”, ya había desarrollado por primera vez una condena en forma autónoma del art.26 de la CADH⁴⁹. En la órbita nacional, por ejemplo, el fallo “Asociación Benghalensis” de la Corte Suprema, describe al derecho a la salud como parte de la protección de la vida, fundamental para el ejercicio de la autonomía personal, defendida por el art. 19 CN y definida como posibilidad de "optar libremente por el propio plan de vida"⁵⁰.

D) IGUALDAD: Se trata de una igualdad real. El concepto constituye una idea básica del Estado Social, en el que se va más allá de la igualdad formal ante la ley, desde que se admiten distinciones basadas en desigualdades de hecho. Estas distinciones sirven a la protección de quienes se encuentran en una situación de debilidad o desventaja social, y solo serán discriminatorias si carecen de una justificación objetiva y razonable. En el campo de la salud, la igualdad real se traduce en la existencia de condiciones necesarias para que las personas puedan recibir un igual trato sanitario. Exige contemplar situaciones de vulnerabilidad (v.gr. personas mayores o con algún grado de discapacidad), teniendo en cuenta la especial condición de ciertos grupos para asegurar la concreción del servicio requerido⁵¹.

E) UNIVERSALIDAD: La universalidad del derecho a la salud en cuanto derecho humano, implica que su titularidad corresponde a toda persona humana por el solo hecho de tener esta naturaleza, y que, tal como lo ha reafirmado la Declaración y Programa de

⁴⁸ Cfr. CIDH, *Caso Poblete Vilches y Otros vs. Chile. Fondo reparaciones y costas*, Sentencia 8 de marzo de 2018, Serie C No.349, p. 174. En este caso se condenó al Estado chileno por la violación directa y autónoma del derecho a la salud, que tradicionalmente era tutelado sólo en la medida de su conexidad con otros derechos, principalmente el derecho a la vida o a la integridad personal.

⁴⁹ Cfr. CIDH, *Caso Lagos del Campo vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, Sentencia de 31 de agosto de 2017, Serie C No. 340.

⁵⁰ Cfr. CSJN, *Asociación Benghalensis y otros c/ Ministerio de Salud y Acción Social*, Fallos: 323:1339 (2000). Ver Dictamen del Procurador General de la Nación, p.IX-X.

⁵¹ Etchichury agrega un componente interesante al vincular la igualdad real con la autonomía de los derechos, diciendo que aquella se conecta con las condiciones del ejercicio de éstos “y con las acciones estatales que pongan a las personas en igual situación de autonomía, recibiendo un trato igual.” (Cfr. ETCHICHURY, Horacio, *Igualdad desatada: la exigibilidad de los derechos sociales en la Constitución Argentina*, 1ra ed., Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, 2013, p.57).

Acción de Viena de 1993⁵², su garantía debe ser independiente del sistema político, económico o cultural de los Estados. Esto que hoy pareciera una verdad de perogrullo no es tan reciente. La Declaración de la Independencia de Estados Unidos (1776) y la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789) habían hecho una referencia a la universalidad de los derechos, en el sentido de que éstos corresponden a todos los individuos, que son libres e iguales en ellos. Pero esas Cartas se instituyeron en beneficio de ciertas clases sociales determinadas, que encajaban en un arquetipo de persona: varón, adulto, ciudadano y propietario⁵³. Luego de la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) en la que se consagra la igualdad de derechos y libertades del género humano –hombres y mujeres-, el concepto de universalidad adquiere su verdadera significación. Es que, como sostiene Pérez Luño, sin el atributo de la universalidad “nos podemos encontrar con derechos de los grupos, de las etnias, de los estamentos, de entes colectivos más o menos numerosos, pero no con derechos humanos. Precisamente el gran avance de la modernidad reside en haber formulado la categoría de unos derechos del género humano, para evitar cualquier tipo de limitación o fragmentación en su titularidad”⁵⁴. Lamentablemente, la mentada universalidad no ha sido completamente lograda en la actualidad. Sabemos que existen grupos que no alcanzan a ingresar ni siquiera al nivel mínimo del sistema de salud, sea porque se les niegue la afiliación por parte de ciertos prestadores, o ya porque, cuando reclaman asistencia, no logran el servicio adecuado⁵⁵.

3.B. EL CONTENIDO DEL DERECHO A LA SALUD

La doctrina internacional, más concretamente el Comité de DESC, ha precisado el contenido del derecho a la salud a través de la Observación General Nro.14, en la que desarrolla el art.12 del PIDESC. De acuerdo con ello, los elementos que determinan ese

⁵² Ver *Declaración y Programa de Acción de Viena*, aprobada por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos el 25 de junio de 1993. Su art.5 establece que: “Todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso. Debe tenerse en cuenta la importancia de las particularidades nacionales y regionales, así como de los diversos patrimonios históricos, culturales y religiosos, pero los Estados tienen el deber, sean cuales fueren sus sistemas políticos, económicos y culturales, de promover y proteger todos los derechos humanos y las libertades fundamentales.”

⁵³ Cfr. GARAY, Oscar Ernesto, “Derecho a la salud I”, en *DELS*, Ministerio de Salud de la Nación, <http://www.salud.gob.ar/dels/entradas/derecho-la-salud-i> (acceso el 08/02/2020).

⁵⁴ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, “La universalidad de los derechos humanos”, *Anuario de Filosofía del Derecho* 15 (1998), p.108.

⁵⁵ Ha existido y sigue existiendo una amplia brecha entre quienes más pagan y los que menos lo hacen, o entre quienes tienen la posibilidad de acceder a la medicina privada o contar con una buena obra social, en relación a los grupos que solo cuentan con la opción de acudir a establecimientos sanitarios públicos. Esto genera situaciones de discriminación que, en su mayoría, resultan difíciles de paliar.

contenido esencial son: la disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad del derecho a la salud. En tanto la disponibilidad refiere a la cantidad de establecimientos y centros de atención de salud que deben existir en cada Estado Parte, como a las condiciones de su infraestructura y del cuerpo profesional que los integra, la accesibilidad apunta a que en esos espacios se garanticen aspectos como la no discriminación, la accesibilidad física –en el sentido de extender el alcance geográfico a los grupos más vulnerables, con especial atención las personas con discapacidad-, la accesibilidad económica, que debe ser equitativa tanto en el sector público como privado, y el acceso a la información, que supone la garantía en la difusión de cuestiones vinculadas a la salud, salvo supuestos de estricta confidencialidad. Por su parte, la aceptabilidad del derecho a la salud demanda el respeto de la ética médica y las condiciones culturales de las personas y grupos, incluyendo la perspectiva de género, y finalmente la calidad apunta a la capacitación profesional y las condiciones del equipo hospitalario, que debe estar científicamente aprobado⁵⁶.

Los elementos reseñados anteriormente nos permiten evaluar en forma integral el sistema de salud y las implicaciones que supone el efectivo ejercicio del derecho a la salud que, como ha quedado confirmado, no puede identificarse únicamente con el acceso a una adecuada atención sanitaria. Su plena realización demanda el correcto funcionamiento y la integración de factores socio-económicos, que van desde la provisión de agua potable y alimentos adecuados, hasta la preservación del ambiente⁵⁷. La cuestión ambiental no es menor; el reclamo por un medioambiente sano y las luchas contra el cambio climático y la preservación ambiental tienen su relación con la garantía del sistema de salud, desde que la conservación de los ecosistemas garantiza las posibilidades de un mejor desarrollo personal, que redundará en el bienestar físico y psíquico de las personas.

⁵⁶ Cfr. ONU, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESCR), Observación General Número 14, El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud, E/C.12/2000/4, 11 de agosto de 2000, párr.12.

También puede encontrarse un análisis relativo al contenido del derecho a la salud en base a estos criterios en los casos de la CIDH “*González Lluy vs. Ecuador*” y “*Poblete Vilches vs. Chile*”, párs 173 y 39 respectivamente. Asimismo, el Folleto Nro. 31 de la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas del año 2008 refleja las conceptualizaciones de la Obligación General Nro. 14 del Comité de DESC a la que hemos hecho referencia al comienzo de esta cita.

⁵⁷ La Asamblea General de la ONU ha remarcado la interdependencia entre bienes y servicios valiosos, diciendo que: “El derecho a la salud es un derecho incluyente, que comprende no solo la oportuna y adecuada atención médica, sino también los factores que resultan determinantes para la salud, como el acceso al agua potable, la disposición de apropiados servicios sanitarios y, en general, la existencia de condiciones laborales y ambientales saludables, así como el acceso a la información y educación relacionada con la salud, incluyendo la salud sexual y la salud reproductiva (ONU, 2008)” (Cfr. SALAZAR UGARTE, Pedro, “Derechos fundamentales, derechos sociales, ciudadanía y salud”, en: CORDERA, Rolando y MURAYAMA, Ciro (coordinadores), *Los determinantes de la salud en México*, Fondo de cultura económica, Programa Universitario de Estudios de Desarrollo, UNAM, México, 2012, p.497).

3.C. EL SUJETO PASIVO DEL DERECHO A LA SALUD

Cuando hablamos del sujeto pasivo de un derecho, nos referimos a aquél sujeto ante quien su titular -el sujeto activo- puede hacerlo valer, exigiendo de él una conducta positiva de dar o hacer, o negativa en sentido de abstención. Bidart Campos explica que los derechos constitucionales presentan un doble sujeto pasivo, representado por el Estado (tanto federal como provincial) y por los demás particulares, y que cuando ese sujeto pasivo es “cargado” de una determinada obligación, ello permite visualizar tanto el derecho del sujeto activo, como la prestación debida a éste por el primero⁵⁸. Siguiendo esta línea, nos detendremos principalmente en el rol del Estado como sujeto pasivo del derecho a la salud.

3.C.1. EL MODELO DE ORGANIZACIÓN DEL SISTEMA DE SALUD ARGENTINO. LA GARANTÍA FEDERAL.

El modelo de organización del sistema de salud argentino puede sintetizarse de la siguiente manera: en nuestro país existe un servicio de salud pública, de cobertura gratuita y dependiente del Estado –nacional, provincial y municipal-; luego un servicio o sector de la seguridad social, que se integra por las obras sociales de trabajadores formales y asalariados, y, por último, tenemos un sistema privado de salud integrado por distintas instituciones empresariales, clínicas y sistemas de medicina prepaga que celebran contratos de consumo con quienes deciden afiliarse a ellas. En todos estos casos, el Estado federal resulta el garante último de la prestación de salud a través del Ministerio de Salud, y debe coordinar su accionar con las obras sociales y provincias, independientemente de la organización federal y descentralizada que corresponda, para llevar a cabo tales servicios⁵⁹.

⁵⁸ Cfr. BIDART CAMPOS, Germán, *Manual de la Constitución Reformada*, 5ta Reimpresión, Ediar Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera, T.I, Buenos Aires, 2005, pp.499-500.

⁵⁹ Tal como expresa Laura Clérico: “El sistema de salud en Argentina fue objeto de un largo proceso de descentralización que implicó la provincialización de los hospitales públicos y otros centros de atención. La mayor parte de los estudios sobre política social coinciden en marcar que esta descentralización respondió a una lógica meramente fiscalista para disminuir el llamado “gasto público” nacional. La descentralización vino así acompañada del desfinanciamiento a ese sector, en especial, en el marco de transformación económica operado en la década de los noventa. El traspaso fue asimétrico, se traspasaron los hospitales y otros establecimientos públicos de desigualdad de armas (en términos de infraestructura, equipos de personal de la sanidad y técnicos, entre otros) con que cada una de las provincias recibían las transferencias. Así, los servicios transferidos encontraron a los estados provinciales con estructuras e institucionalidades dispares que no favorecieron a que esos estados pudieran hacerse cargo de las obligaciones de forma suficiente e igualitaria.” (CLÉRICO, Laura, “¿El argumento del federalismo vs. el argumento de igualdad?. El derecho a la salud de las personas con discapacidad”, *Revista jurídica de la Universidad de Palermo* 11 (2010), pp.93-118, https://www.palermo.edu/derecho/revista_juridica/pub-

La ley nacional 23.661 que creó el Sistema de Seguro Nacional de Salud, le otorga al Estado Nacional un rol de garante último o final de todo el sistema de salud. En igual dirección se ha pronunciado la Corte Suprema al reconocerle esa posición⁶⁰, aunque sin desconocer el rol pasivo que puedan tener, en sus respectivas órbitas de acción, los estados provinciales⁶¹ y otros organismos públicos o privados como las obras sociales o empresas de medicina prepaga. El mensaje del máximo tribunal ha sido claro al agregar que esa obligación nunca puede ser subsidiaria⁶².

Coincido con Abramovich y Pautassi⁶³ en que es una consecuencia inmediata de esta garantía federal que tiene el Estado con respecto al derecho fundamental a la salud, la de disponer las vías o recursos de reparación judiciales y administrativos frente a las potenciales afectaciones de ese derecho por las autoridades locales o los particulares. También la articulación de políticas sanitarias que funcionen anticipadamente para prevenir afectaciones de los contenidos mínimos de este derecho. Pero, aún cuando esos mecanismos existen, no se desconoce que el argumento federalista ha operado como una carta de doble filo, ya que las provincias suelen invocar la garantía federal para eximirse de las obligaciones que les competen en materia de salud y preservar así la autonomía garantizada por el art.5 de la CN, y que, a su vez, Nación la utiliza para alegar que, en virtud de la descentralización, la organización del sistema de salud es una competencia de las provincias, por lo que no le correspondería hacerse cargo de la obligación sanitaria sino sólo de manera subsidiaria⁶⁴.

11/11Juridica05.pdf (consultada el 01/02/2020). El proceso de descentralización al que refiere la autora fue iniciado en la primera década de los años '90, en el marco del ajuste estructural que llevó a la aplicación de una serie de reformas en las políticas públicas de nuestro país. Consistió básicamente en la transferencia por parte de Nación a las provincias, de ciertas competencias y responsabilidades en materia de salud, y estas hicieron lo propio hacia los municipios. Lo cierto es que el propósito derivó en un déficit financiero de los gobiernos provinciales que dependían de los recursos provenientes del Estado nacional en virtud de la coparticipación federal, lo que trajo como consecuencia ciertas dificultades a la hora de garantizar las prestaciones relacionadas al derecho a la salud.

⁶⁰ Cfr. CSJN, *Campodónico de Beviacqua, Ana Carina c/ Ministerio de Salud y Acción Social. Secretaría de Programas de Salud y Banco de Drogas Neoplásicas*, Fallos:323:3239 (2000). En este fallo, a través de una interpretación que realiza del art.28 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, la Corte Suprema de la Nación impuso al Estado federal la obligación de garantizar las prestaciones básicas de salud pública cuando existan fallas en su provisión por parte de los sectores privados y las propias provincias obligadas.

⁶¹ Cabe tener en cuenta también a los municipios, en virtud de la transferencia de competencias que las provincias les hacen a éstos.

⁶² Autores como Lorenzetti entienden que, incluso en los casos en que la prestación sea privada, el Estado nacional debe garantizar un piso mínimo para evitar las desigualdades en la prestación del servicio médico, considerado como derecho fundamental. (Cfr. ZALAZAR, Claudia y CARRANZA, Gonzalo, *Derecho y salud en perspectiva*, Estudios de derecho a la salud, Córdoba, 2019, pp.44-45)

⁶³ Cfr. ABRAMOVICH, Víctor y PAUTASSI, Laura, "El derecho a la salud en los tribunales. Algunos efectos del activismo judicial sobre el sistema de salud en Argentina", *Salud Colectiva*, Buenos Aires, 2008, p.267.

⁶⁴ Este fue el argumento que el Estado Nacional utilizó en el caso "Passero de Barrera, Graciela Noemí c/ Estado Nacional" (CSJN, Fallos:330:4160), aunque sin éxito.

A modo de síntesis, vale aclarar que el hecho de que el Estado federal sea el último garante en la provisión del sistema de salud, no implica borrar del mapa prestacional a los estados provinciales (y/o municipales). La Corte, nuevamente en ejercicio del control judicial, se ha pronunciado sobre el alcance de la garantía federal diciendo que la regla tiene una excepción cuando la provincia u obra social obligada pueda responder de forma inmediata y se garantice el piso fijado por las normas federales⁶⁵. Es cierto que la mayoría de las provincias garantizan el derecho a la salud en sus constituciones y han logrado organizar sus sistemas -en algunos casos hasta con resultados más satisfactorios que los de la órbita federal-. Pero no debe perderse de vista que ellas deben respetar el piso mínimo fijado por el Estado Nacional, para lograr un sistema de salud coordinado, integrado y eficiente entre Nación, provincias y municipios. Solo cuando la prestación – comprobadamente- no pueda ser prestada en forma inmediata, opera la garantía final del Estado federal.

3.C.2. OBLIGACIONES DEL ESTADO COMO SUJETO PASIVO DEL DERECHO A LA SALUD

Los deberes que competen al Estado en su calidad de garante del sistema de salud, surgen del contenido mismo del derecho a la salud precisado por la OG Nro. 14 del Comité de DESC (disponibilidad, aceptabilidad, accesibilidad y calidad), que ha agrupado y definido cuales son las obligaciones correlativas a dicho contenido. El documento menciona obligaciones estatales legales de carácter general y específico, de carácter internacional, y obligaciones básicas. Entre las primeras (legales generales), se apunta a la necesidad de que se adopten las medidas necesarias para lograr la plena realización del derecho a la salud contemplado en el art.12 del PIDESC. En esto, jugará un papel importantísimo el principio de progresividad y no regresión contenido en el art.2.1. de dicho pacto, que implica evitar aquellas medidas que que obstaculicen la realización del derecho social a la salud, a menos que el Estado Parte demuestre que están justificadas, luego de haber realizado un previo y exhaustivo análisis de todas las alternativas posibles, como de la utilización de los máximos recursos disponibles del Estado obligado⁶⁶. En lo que respecta a las obligaciones legales específicas, encontramos:

⁶⁵ Cfr. CSJN, *I., C. F. c/ provincia de Buenos Aires s/ amparo* (2008).

⁶⁶ Bien señalan sobre este punto Zalazar y Carranza, que: “El reconocimiento de los derechos humanos se ha ampliado progresivamente y que esa ampliación es irreversible (...) el número y el vigor de los medios de protección también ha crecido de manera progresiva e igualmente irreversible, porque en materia de derechos humanos, toda regresividad es ilegítima” (ZALAZAR y CARRANZA, p.25).

El principio de progresividad constituye el punto de partida en la comprensión de la efectividad de los derechos sociales. Implica un esfuerzo hasta el máximo de los recursos disponibles por los Estados para

1. Obligación de respetar: hace hincapié en el deber de abstención de los Estados Parte del Pacto. Ellos deben impedir que se deniegue o limite el acceso de las personas al sistema de salud, en especial si se trata de sectores minoritarios y/o vulnerables como los privados de su libertad, inmigrantes ilegales o mujeres. El principio de no discriminación es el que debe adoptarse como política de estado. También resulta interesante que el texto haga referencia al carácter de interdependencia que presenta el derecho a la salud con los demás derechos, cuando exige que los estados se abstengan de actividades que impliquen la contaminación ambiental (atmósfera, agua, tierra) o la limitación en el acceso a la información vinculada a cuestiones de salud, como la participación del pueblo en dichos asuntos. Esta obligación de respetar no debe confundirse con la obligación de orden procedimental que compete al Estado federal en su carácter de “garante final” del derecho a la salud que veíamos anteriormente y que sugiere arbitrar los mecanismos administrativos y judiciales necesarios para la solución de conflictos generados por las acciones u omisiones de las autoridades estatales en la prestación de salud.
2. Obligación de proteger: a diferencia de la anterior, esta obligación exige un accionar positivo de los Estados Parte, sobretodo cuando existen terceros que intermedian en la prestación de los servicios de salud⁶⁷. Se encomienda la adopción de medidas legislativas o de otro carácter que aseguren que la privatización del servicio no desnaturalice el contenido del derecho a la salud, para lo que se exige un mayor control en la comercialización de equipos y medicamentos, en las capacidades y aptitudes que reúnen los profesionales de la salud y en las prácticas que éstos realizan.
3. Obligación de cumplir: este deber está vinculado fundamentalmente reconocimiento por los Estados Parte de una política integral en materia de salud en sus ordenamientos jurídicos, que contemple acciones dirigidas a la construcción de infraestructura adecuada, la existencia de suficientes hospitales, clínicas y centros de salud distribuidos en forma

lograr progresivamente la realización de estos derechos, y está contemplado expresamente en el art.2.1. del PIDESC. Esta norma debe complementarse necesariamente con el art.26 de la CADH, que dispone la adopción de medidas económicas y técnicas para lograr esa progresividad con respecto a los derechos económicos, sociales y culturales contenidos en la Carta de la Organización de Estados Americanos (OEA), y con el Protocolo de San Salvador, que en su art.19 prevé el compromiso estatal de producir informes periódicos respecto de las medidas progresivas adoptadas en materia de de derechos económicos, sociales y culturales, de acuerdo con las normas de la OEA. La contracara de este principio es, justamente, la no regresividad o no regresión.

⁶⁷ A propósito de la responsabilidad internacional en la que pueden incurrir los Estados por hechos cometidos por prestadores privados de la salud, la CIDH en el caso “Ximenes Lopes vs. Brasil”, precisó que la salud es un bien público y su protección está a cargo de los Estados, independientemente de si la entidad que presta tales servicios es de carácter público o privado. El tribunal interamericano expresó también que surge de la propia Convención que la responsabilidad internacional comprende actos de entidades privadas que actúen con capacidad estatal, como de terceros cuando el Estado omite regularlos y fiscalizarlos (Cfr. CIDH, *Ximenes Lopes vs. Brasil. Fondo reparaciones y costas*, Sentencia 4 de julio de 2006, Serie C No.149, párs. 89-90).

equitativa para garantizar el acceso a todos los habitantes del país, incluyendo a quienes residen en zonas rurales. Se menciona el necesario fomento de campañas para la prevención y asesoramiento sobre enfermedades y servicios de salud, a la investigación y educación afines a la materia, y a la creación de un sistema de seguro de salud pública privado o mixto. Se reitera el importante compromiso de los Estados Parte en la protección del medioambiente cuando se adopten estas medidas, y se agrega el deber de reducción al mínimo de los riesgos que pudieran derivar de accidentes y enfermedades laborales, para lo que el Comité sugiere la formulación de una política adecuada en el área de la seguridad social⁶⁸.

En lo que hace a las obligaciones de carácter internacional, íntimamente ligadas a la cooperación internacional en materia de salud, el Comité indica que hay documentos internacionales que obligan y pueden generar responsabilidad internacional de los Estados Parte en la protección del derecho a la salud⁶⁹. También realiza una enumeración no taxativa de ciertos deberes que aquellos tienen que observar en el plano internacional⁷⁰.

Entre las obligaciones de este carácter, merece traerse a colación el art. 28 de la CADH, conocido como “cláusula federal”⁷¹. A saber, varios de los países que integran el bloque interamericano han optado por la forma de Estado federal. Esta norma, con mucha lógica, viene a plantear que el Estado Nacional es quien debe responder directamente en sede internacional cuando se produce la violación de obligaciones contraídas internacionalmente por su parte, con independencia del nivel de gobierno o administración en el que se hayan producido tales violaciones. Los Estados Parte, entonces, conservan amplia libertad para organizarse estatal y gubernamentalmente en la forma que lo deseen, pero cuando esa forma sea la federal, el sujeto de derecho

⁶⁸ Cabe agregar que la obligación de cumplir comprende las obligaciones de facilitar, proporcionar y promover los elementos necesarios para la realización plena del derecho a la salud, sobretodo a personas y grupos que no puedan hacerlo por razones ajenas a su voluntad. Se tiende a garantizar el suministro de información adecuada relativa a modos de vida y alimentación sana, la formación de personal que atienda las necesidades de grupos vulnerables y marginados, y el apoyo en la adopción -con conocimiento de causa- de decisiones que tengan que ver con la salud de los involucrados. (CESCR, OG Nro.14, pár.33).

⁶⁹ Algunos de ellos son el propio PIDESC, en sus arts. 12, 22 y 23, la OG Nro. 8 del CESCR, el art.56 de la Carta de las Naciones Unidas, el art.II de la Declaración de Alma-Ata o el art.28 de la CADH.

⁷⁰ Como por ejemplo el de respetar el disfrute del derecho a la salud en otros países, evitar que terceros impidan su goce, y actuar sobre esos terceros por medios legales o políticos de acuerdo al derecho internacional aplicable. Se obliga también a quienes sean miembros de instituciones financieras internacionales a que intervengan en políticas y acuerdos adoptados por dichas instituciones para la preservación del derecho a la salud. Por otro lado, se hace referencia a la obligación individual y solidaria que tienen en la cooperación en los casos de desastre y asistencia humanitaria, asistencia a refugiados y desplazados dentro del país, como a la solución del problema de las enfermedades transmisibles más allá de las fronteras de un Estado. Entre las obligaciones negativas, se mencionan la de abstenerse de imponer embargos o medidas restrictivas del suministro de medicamentos o equipos médicos a la población.

⁷¹ Ver *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, art.28.1. “Cuando se trate de un Estado parte constituido como Estado Federal, el gobierno nacional de dicho Estado parte cumplirá todas las disposiciones de la presente Convención relacionadas con las materias sobre las que ejerce jurisdicción legislativa y judicial”.

internacional será el propio Estado federal, que responderá internacionalmente por los actos de las provincias o estados que lo integran.

Dos conclusiones útiles a nuestro análisis pueden extraerse de esta cláusula. Una, que ella es una verdadera visibilización de la garantía federal de la que hablábamos anteriormente, pero ahora a nivel internacional. Darle ese alcance implica que el Estado Nacional eventualmente puede incurrir en responsabilidad internacional por incumplimientos no imputables directamente a las autoridades nacionales, sino a los gobiernos provinciales o municipales o a las autoridades públicas que dependan de ellos. Otra, es que aun cuando el gobierno central no adopte las medidas necesarias para que sus unidades federativas puedan dar efectividad a la Convención, ellas no están eximidas de su cumplimiento⁷². En otras palabras, lejos de minimizar el deber de las provincias y municipios en el cumplimiento de las obligaciones internacionales asumidas por el Estado Nacional, la cláusula refuerza esta obligación, y lo hace a pesar de que ninguno de ellos es considerado, en rigor, sujeto de derecho internacional⁷³.

Por último, en atención a las obligaciones estatales básicas que dimanaban del art.12 del PIDESC, el Comité señala como obligaciones básicas de los estados, la garantía de acceso a los centros de salud y su equitativa distribución, a una alimentación sana y adecuada, hogar, vivienda, agua potable y condiciones sanitarias básicas; a medicamentos que figuren en los programas de OMS, a la atención de salud genésica materna e infantil, a la inmunización contra enfermedades epidémicas y endémicas, a la información y a la atención por personal capacitado.

3.D. RECEPCIÓN NORMATIVA Y JURISPRUDENCIAL DEL DERECHO A LA SALUD EN ARGENTINA

Hasta la reforma de 1994, la Constitución Nacional ubicó al derecho a la salud en el marco de los llamados derechos implícitos, no enumerados, del art.33⁷⁴. Luego, una primera referencia indirecta a este derecho la encontramos en el texto de la reforma de 1957, a través del art.14 bis. La incorporación de este último artículo reflejó la opción de los constituyentes por un Estado Social de Derecho, lo que significó -como lo hemos analizado- un compromiso en el reconocimiento de una amplia gama de derechos

⁷² Cfr. STEINER, Christian y URIBE, Patricia, *Convención Interamericana sobre Derechos Humanos comentada*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2014, p.719.

⁷³ En el fallo “Campodónico de Beviacqua” (CSJN, Fallos:323:3229), la Corte condena al Estado argentino en base a este artículo (Ver p.20 del voto de la mayoría)

⁷⁴ Expresaba Sarmiento al fundar esta norma que “no pudiendo enumerarse en las declaraciones previas de una Constitución todos los derechos adquiridos por el hombre, se establecen los principales, consignando el hecho de que aquellos no enumerados quedan siempre vigentes y se reserva al pueblo” (Cfr. DÍAZ, *op.cit.*, p.2).

sociales. Así, la norma colocó deberes expresos en cabeza del Estado argentino, y en lo que tiene que ver con la salud específicamente, dispuso que: “el Estado otorgará los beneficios de la seguridad social, que tendrá carácter de integral e irrenunciable. En especial, la ley establecerá: el seguro social obligatorio”⁷⁵. De esta manera, se configuró un primer avance en el campo del reconocimiento del derecho a la salud como derecho fundamental, en vinculación a la cobertura de las contingencias sociales que pudieran resultar de la relación laboral asalariada.

Sin menospreciar el aporte legislativo, ya que el art.14 bis fue un gran logro del constitucionalismo social como movimiento que se conduce con valores que pretenden una protección más real y equitativa, no podemos decir que con él se haya conseguido establecer una garantía expresa de la salud como derecho en nuestro ordenamiento jurídico. Es recién en 1994 que ese anhelo se concreta. La reforma constitucional introdujo una triple vía de protección del derecho a la salud; una de ellas fue a través del art.41 y la protección del medioambiente⁷⁶; otra, con la incorporación del art.42 que lo reconoce en relación al derecho de los consumidores y usuarios de bienes y servicios⁷⁷, y luego, a través del art. 75 inc.22 que otorgó jerarquía constitucional a una serie de declaraciones y tratados internacionales de derechos humanos, entre los cuales se regula ampliamente este derecho⁷⁸.

De singular importancia resultan también otros instrumentos internacionales que, aunque no gocen de jerarquía constitucional, tratan vastamente el derecho a la salud y pueden ser invocados por nuestros tribunales en sus decisiones, o bien ser tenidos en cuenta por los poderes públicos en la elaboración de las políticas públicas sanitarias⁷⁹.

⁷⁵ Ver *Constitución de la Nación Argentina*, art.14 bis (el texto de 1957 fue convalidado por la reforma de 1994 y mantiene su vigencia a la fecha).

⁷⁶ Donde la idea subyacente es la de un derecho-deber de toda persona a gozar de un ambiente sano y una mejor calidad de vida, quedando ésta obligada a preservarlo para las generaciones presentes y futuras.

⁷⁷ Se reconoce la protección a la salud en las relaciones de consumo que dichos sujetos entablan.

⁷⁸ El resultado de haber incorporado tratados y declaraciones al bloque de constitucionalidad fue la inmediata constitucionalización de los estándares internacionales que esos documentos consagran (en este caso, en materia de derecho a la salud). Los instrumentos internacionales que reconocen el derecho a la salud y gozan de jerarquía constitucional, y por tanto forman parte del bloque de constitucionalidad argentino, son: el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art.12), la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (art. 5, iv), la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (arts. 10 h) y 11 f), la Convención sobre los Derechos del Niño (arts. 24 y 25), la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (arts.16.4, 22.2, 25 y 26), la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art.XI), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts.4, 12,13,15, 16 y 22) y su Protocolo Adicional en materia de derechos económicos, sociales y culturales –Protocolo de San Salvador– (art.10), y la Declaración Universal de Derechos Humanos (arts.1 y 25).

⁷⁹ Por ejemplo, la Constitución de la Organización Mundial de la Salud (1948) que es el organismo que se ocupa de delinear las políticas globales en torno al derecho a la salud; la Declaración Universal de Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO (2005); las Declaraciones de Alma-Ata (1978) y de Astaná (2018) en lo que tiene que ver con la atención primaria de la salud; los Objetivos del Milenio (2000); el Informe

3.D.1. LA REGULACIÓN INFRACONSTITUCIONAL DEL DERECHO A LA SALUD: EL CONTEXTO SOCIAL Y LA SANCIÓN DE LAS LEYES NACIONALES 23.660 Y 23.661. LA LEGISLACIÓN SANITARIA

Hemos visto que en el marco de la adopción del modelo de Estado Social y Constitucional de Derecho, la garantía de acceso a la salud aparece correlativa a las obligaciones impuestas al Estado a través de ciertos tratados de derechos humanos, como de la propia Constitución. Esas obligaciones se encaminan, en conjunto, a la efectivización del derecho a la salud en la realidad social, y el Estado nacional tiene amplia libertad de diseñar el esquema institucional y político que considere adecuado para ello. Es así que, además de los compromisos internacionales asumidos y las reformas constitucionales logradas, ha sido loable el esfuerzo del Estado argentino en la implementación de políticas públicas que propenden a un accionar integrado entre el sistema público y privado, para garantizar así el contenido del derecho a la salud en el ámbito del derecho interno.

Para entender mínimamente el contexto en el que comenzaron a elaborarse las políticas sanitarias que hasta hoy rigen en nuestro país, cabe mencionar que durante la década del noventa los países de América Latina experimentaron un ajuste estructural en sus políticas sociales (dentro de ellas, las elaboradas en el marco de la salud), debido a la ineficiencia e inequidad que esas políticas generaban al aplicarse en la práctica. El subsidio a la oferta y la financiación directa de los hospitales y centros de salud, no habían hecho más que profundizar las desigualdades y acentuar la brecha entre las clases más pudientes -altas y medias-, que tenían rápido acceso al sistema subsidiado de salud, con respecto a las capas más pobres de la sociedad. Con todo ello, se desdibujaba cada vez más el pretendido “universalismo” en la titularidad del derecho a la salud⁸⁰.

La influencia de algunas ideas neoliberales, fundamentalmente las planteadas por el Consenso de Washington⁸¹, condujeron a la adopción por parte de los gobiernos

Final de la Comisión de Determinantes Sociales de la Salud (OMS, 2008), que establece que esos determinantes sociales son “las circunstancias en que las personas nacen, crecen, viven, trabajan y envejecen, incluido el sistema de salud” y que tales circunstancias son “el resultado de la distribución del dinero, el poder y los recursos a nivel mundial, nacional y local, que depende a su vez de las políticas adoptadas”; los Objetivos de Desarrollo Sostenible (2015); la Declaración y Programa de Acción de Viena (1993), en especial su art.5; los Folletos informativos de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, particularmente el Nro.31, confeccionado junto con la OMS en el año 2008; las Observaciones Generales del Comité de DESC (CESCR), en particular las Nros.3 y 14, entre otros.

⁸⁰ Suele hablarse de universalismo ineficaz en el sentido en que la oferta es universal, pero carece de calidad. Este universalismo muchas veces asegura un acceso al sistema, pero puede quedarse en ese estadio sin garantizar otras prestaciones, también necesarias y comprendidas en el derecho a la salud.

⁸¹ Se define al Consenso de Washington como el conjunto de recomendaciones de política económica elaboradas por el economista John Williamson, que podían servir a los países en desarrollo para paliar ciertos períodos de crisis. Sobre el tema, puede verse: <https://economipedia.com/definiciones/consenso-de->

nacionales, de medidas que apuntaron a la descentralización del sistema de salud y la eliminación del monopolio estatal sobre determinados servicios sociales. La privatización del sistema era vista como la llave maestra para superar las inequidades existentes, y se consideró que los subsidios a la demanda ayudarían al Estado a costear parte del sistema⁸². Sin embargo, no se excluyó de la participación al Estado. Los creadores del nuevo modelo “eran consientes de que el mercado de la salud reviste una serie de complejidades y por lo mismo era necesaria una regulación fuerte, entendida como la intervención del estado allí donde el mercado falla.”⁸³; en otras palabras, se trató y se trata de un sistema de competencia regulada.

En Argentina se sancionaron en 1989 las leyes 23.660, de Obras Sociales, y 23.661, que establece el Sistema Nacional del Seguro de Salud⁸⁴. Ambas son centrales en la estructura del sistema de salud, están vigentes a la fecha y han sido objeto de diversas y sucesivas modificaciones. Hacia 1990 el por entonces llamado Instituto Nacional de Obras Sociales (INOS) dictó la Resolución Nro. 490/90-INOS, que permitió a las obras sociales incorporar beneficiarios en calidad de adherentes, identificados como aquellos que no se encuentran obligatoriamente integrados a un agente del seguro de salud (ASS) y optan por gozar de los servicios médico asistenciales de una obra social. La inclusión

washington.html), consultada 09/02/2020). Según Abramovich y Pautassi, estas políticas "instaban a lograr la estabilidad económica a través de la apertura comercial, liberalización de mercados, atracción de inversiones, reducción del sector público, expansión de los sectores privados, y en materia de políticas sociales, a partir de programas focalizados dirigidos a los sectores más pobres." (ABRAMOVICH y PAUTASSI, *op.cit.*, p.277).

⁸² Dicen Londoño y Frenk: "si las reformas se limitan a la descentralización de servicios sin modificar los mecanismos de financiamiento, los incentivos o los criterios para establecer prioridades, es muy probable que lo único que se consiga sea multiplicar los problemas del sistema previamente centralizado" (LONDOÑO, Juan Luis y FRENK, Julio, "Pluralismo Estructurado: Hacia un Modelo Innovador para la Reforma de los Sistemas de Salud en América Latina", *Banco Interamericano de Desarrollo* 353, 1996, p.3). Hay quienes consideran que este mecanismo de descentralización no hizo más que sembrar una línea de acción regresiva respecto de las condiciones de acceso a prestaciones básicas de salud. (Cfr. ABRAMOVICH y PAUTASSI, *ibidem*).

⁸³ Cfr. PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN, *El Derecho a la Salud en Perspectiva de Derechos Humanos y el Sistema de Inspección, Vigilancia y Control del Estado Colombiano en Materia de Quejas en Salud*, Centro de estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Bogotá, 2008, p.50.

⁸⁴ Ese sistema de seguro coloca como principales agentes prestadores del servicio a las obras sociales. El artículo 1º establece: "Créase el Sistema Nacional del Seguro de Salud, con los alcances de un seguro social, a efectos de procurar el pleno goce del derecho a la salud para todos los habitantes del país sin discriminación social, económica, cultural o geográfica". En concordancia con esa norma, el artículo 2º de la ley 23.661, prescribe: "El seguro tendrá como objetivo fundamental proveer el otorgamiento de prestaciones de salud igualitarias, integrales y humanizadas, tendientes a la promoción, protección, recuperación y rehabilitación de la salud, que respondan al mejor nivel de calidad disponible y garanticen a los beneficiarios la obtención del mismo tipo y nivel de prestaciones eliminando toda forma de discriminación en base a un criterio de justicia distributiva"). El seguro de salud mentado no halló la articulación deseada con las jurisdicciones que integran el país federal, a pesar que se estableció un mecanismo de adhesión en los artículos 48 a 50 de la ley 23.661.

duró hasta 2011, año en que se dictó la ley 26.682 de Medicina Prepaga⁸⁵ texto a través del cual se reguló la actividad de las empresas de medicina prepaga, que son definidas como aquellas personas físicas o jurídicas que presten servicios de salud a los usuarios, y los planes superadores o complementarios por mayores servicios que ofrezcan los Agentes del Seguro de Salud contemplados en las leyes 23.660 y 23.661 (art.1). También se incluye a las cooperativas, mutuales, asociaciones civiles, y fundaciones que presten el servicio, sea en efectores propios o a través de terceros vinculados o contratados al efecto, por contratación individual o corporativa⁸⁶. Su art.7, establece que todos estos sujetos deben cubrir como mínimo las prestaciones médicas establecidas en el Programa Médico Obligatorio (PMO) vigente y el Sistema de Prestaciones Básicas de Atención Integral para Personas con Discapacidad previsto en la ley 24.901⁸⁷. Además de esa cobertura mínima, pueden ofrecer coberturas parciales en determinados servicios⁸⁸.

En 1992, por Decreto Nro.1269 se aprobaron las llamadas Políticas Sustantivas e Instrumentales de Salud, a raíz de lo cual se dictaron una serie de resoluciones en el ámbito del Ministerio de Salud y Acción Social –hoy Ministerio de Salud-. Así, por Resolución Secretarial 432/1992 se creó el Programa Nacional de Garantía de Calidad de la Atención Médica (PNGCAM)⁸⁹, que se implementó por Resolución 149/1993 y dispuso la creación de un Consejo Permanente. El Programa fue refrendado cinco años más tarde por Decreto 1424/1997⁹⁰, y en la actualidad el Decreto 178/2017 establece expresamente su obligatoriedad. En cuanto al Programa Médico Obligatorio -canasta básica de prestaciones que deben suministrar los agentes del seguro a la salud y las

⁸⁵ Esta ley fue modificada por el DNU 1991/2011, que sustituyó el artículo 1, y reglamentada por Decreto 1993/2011. Su texto complementa la 24.754.

⁸⁶ El Decreto 1993/2011 las incluye (art.1).

⁸⁷ La atención y asistencia integral de la discapacidad constituye una política pública de nuestro país que, como tal, debe orientar la decisión de los jueces llamados al juzgamiento de los casos en que la salud de los sujetos que la padecen está en juego (Cfr. Dictamen del Procurador General de la Nación en la causa “Lifschitz, Graciela Beatriz y otros c/ Estado Nacional”, Fallos 324:122).

⁸⁸ Servicios odontológicos, servicios de emergencias médicas y traslados sanitarios de personas, y aquellos que desarrollen su actividad en una única y determinada localidad, con un padrón de usuarios inferior a cinco mil. Todos los planes de cobertura parciales deben sujetarse a lo establecido por el Ministerio de Salud y Acción Social, que es la Autoridad de Aplicación, la cual puede proponer nuevos planes a propuesta de la Comisión Permanente que la propia ley crea, integrada por tres representantes del Ministerio de Salud y tres del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas (arts.4 y 6 de la ley 26.682).

⁸⁹ En él se agrupan un conjunto de actividades que intervienen en el proceso global destinado a asegurar dicho nivel de calidad que hacen a la habilitación y categorización de los Establecimientos Asistenciales, al control del ejercicio profesional del personal que integra el equipo de salud, a la fiscalización y el control sanitario, la evaluación de calidad de la atención médica y la acreditación de los servicios de salud.

⁹⁰ Previo a ello, por Resolución 798/1993 del Ministerio de Salud y Acción Social se estableció a partir de cuando entrarían en vigencia los cuerpos normativos que se incorporan al Programa (90 días desde la fecha de su aprobación, y se podían proponer modificaciones durante los primeros 30 días).

empresas de medicina prepaga-, una primera versión data del año 1996⁹¹. Desde allí se asiste a un constante proceso de ampliación del mismo, no solo a través de sucesivas legislaciones sino también de decisiones judiciales. En octubre del 2000 se incluyó la obligatoriedad de un sistema de medicina familiar para el primer nivel de atención con el que se privilegia la atención primaria y las acciones de prevención⁹². En abril de 2002, se aprobó un “PMO de Emergencia” para afrontar la crisis del 2001⁹³, sobre el que luego se elevó a un 70% el descuento en medicamentos para patologías crónicas (como diabetes, hipertensión, insuficiencia cardíaca, hipercolesterolemia, enfermedad coronaria, epilepsia, asma y otras). Finalmente, en 2005, se incorporaron las previsiones del PMO de Emergencia, sus ampliatorias y se incluyeron nuevos anexos⁹⁴.

Resta mencionar sobre la regulación de la salud como derecho individual en el campo del derecho privado, que el Código Civil de Vélez Sarsfield (ley 340) contempló este derecho en vinculación con la capacidad civil de las personas, concretamente en la protección de aquellas que padecían una enfermedad física o mental para el ejercicio de esa capacidad. Hoy el nuevo Código Civil y Comercial (ley 26.994), al ser producto de la constitucionalización del derecho privado, recepta transversalmente y para todas sus normas los estándares internacionales establecidos en los tratados de derechos humanos ratificados por nuestro país y que forman parte del bloque de constitucionalidad. En varias de sus disposiciones se encuentra la protección de la salud en sentido amplio⁹⁵.

⁹¹ Fue aprobado por Resolución 247/1996 del Ministerio de Salud y Acción Social y regía para los beneficiarios de los Agentes del Sistema Nacional Del Seguro De Salud comprendidos en el artículo 1 de la Ley N. 23.660 (obras sociales). En noviembre de ese mismo año, la ley 24.754 obligó a todas las prepagas a cubrir “como mínimo” en sus planes de cobertura médico asistencial las mismas prestaciones obligatorias dispuestas para las obras sociales. Años más tarde, en reemplazo de la citada Resolución 247/1996, se dictó la Resolución 939/2000. En 2002, se aprobó por Resolución 201/2002 el Programa Médico Obligatorio de Emergencia (PMOE). Por último, la Resolución 1991/2005 aprobó como parte integrante del PMO, las previsiones de la Resolución 201/2002, sus ampliaciones, modificatorias y anexos, y derogó la Resolución 939/2000. Finalmente, en la actualidad se aplica la Resolución 1991/2005.

⁹² Cfr. Resolución 939/2000 del Ministerio de Salud y Acción Social.

⁹³ Cfr. Resolución 201/2002 del Ministerio de Salud y Ambiente.

⁹⁴ Cfr. Resolución 1991/2005 del Ministerio de Salud y Ambiente.

⁹⁵ Ver *Código Civil y Comercial de la Nación*, arts. 1,17, 55 a 60, 1768, 1092 a 1122. Por ejemplo, se prohíben los actos de disposición del propio cuerpo de la persona que le ocasionen una disminución permanente de su integridad o resulten contrarios a la ley, la moral o las buenas costumbres, excepto que sean requeridos por ella para el mejoramiento de su salud. Se prevé la obligación del consentimiento informado para realizar actos médicos o investigaciones en salud, el cual debe estar precedido de información clara, precisa y adecuada. La regulación de las directivas médicas anticipadas que puede dar la persona que es plenamente capaz a quienes hayan de expresar su consentimiento médico o ejercer su curatela constituye otro ejemplo.

CAPITULO III: LA JUDICIALIZACIÓN DE LA POLÍTICA DE SALUD EN ARGENTINA. UN ANÁLISIS CRÍTICO DE LOS FALLOS DICTADOS EN LA MATERIA POR NUESTRA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DURANTE EL PERÍODO COMPRENDIDO ENTRE LOS AÑOS 1990 A 2019

4.A. LA JUDICIALIZACIÓN DE LA POLÍTICA: UN CAMINO IRREFRENABLE. LA SITUACIÓN DE LATINOAMÉRICA Y EL CASO ARGENTINO

Es un fenómeno característico de los países occidentales, y en especial los de América Latina, donde el reconocimiento de los derechos sociales ha sido favorable en las cartas constitucionales de la mayoría de los estados que componen la región, el incremento de la participación del Poder Judicial para dirimir cuestiones vinculadas a las políticas públicas articuladas por los gobiernos para satisfacer derechos sociales⁹⁶. Merece especial atención la experiencia latinoamericana, en cuanto los regímenes totalitarios y de facto que el sector atravesó durante las décadas del '70 y '80 forzaron un cambio estructural en los estratos del poder estatal. En esa transformación, fue notable el creciente protagonismo de los jueces en la escena política y a ellos se les confiaría el restablecimiento de muchos de los escenarios que el autoritarismo anterior había dejado. De esta manera, el ejercicio del control de constitucionalidad⁹⁷, que escasamente había sido utilizado en épocas pasadas, se convirtió en una herramienta útil y necesaria para ampliar el campo de acción judicial y para que jueces “más proactivos” pudieran mostrarse cercanos a las nuevas realidades sociales. Por su lado, la ciudadanía, que venía de tener una profunda desconfianza en los poderes administrativos y parlamentarios,

⁹⁶ En realidad el fenómeno se ha producido con respecto a casi todos los derechos, tanto civiles y políticos, como sociales. Dado que nuestro enfoque se orienta a destacar el aspecto justiciable de estos últimos, nos referiremos principalmente a la creciente actividad de los tribunales en relación a los derechos sociales, y concretamente en relación al derecho a la salud.

⁹⁷ Explica Manuel Aragón que ese control no se efectúa desde una preñada posición de mayor jerarquía del Poder Judicial con respecto a los demás poderes. Es un control jurídico, que tiene un carácter objetivado por cuanto debe realizarse en base a una normativa preexistente (en el caso, la Constitución) y no es producto de la libre valoración del órgano controlante. O al menos esto es lo que debería ser. Está basado en razones jurídicas y su ejercicio se lleva a cabo por un órgano independiente e imparcial, competente desde lo técnico para resolver cuestiones de derecho. El autor explica que es un control “necesario” porque el órgano que lo ejerce, necesariamente ha de resolver siempre que se solicite libremente su intervención, y se diferencia del control político cuyo ejercicio es voluntario por parte de quien se encuentra en situación de supremacía o jerarquía con respecto al controlado (Cfr. ARAGÓN, Manuel, *Constitución y control del poder. Introducción a una teoría constitucional del control*, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1994, p.82).

comenzó a legitimar el poder de los jueces, en quienes veía la posibilidad de reestablecer los derechos que consideraba vulnerados⁹⁸. Es en el debate público donde logra verse cómo aumentaron las expectativas respecto a lo que esos jueces pudieran aportar a la consolidación del Estado democrático⁹⁹.

La situación descrita anteriormente resulta asimilable a la realidad europea de los tiempos de la posguerra, en tanto -en uno y otro caso- experiencias de clara afectación de derechos fundamentales han propiciado el desarrollo de un nuevo paradigma de control de constitucionalidad. Así, el fortalecimiento de una justicia constitucional estable, mientras en Europa tuvo su auge en los estados democráticos luego de la finalización de la Segunda Guerra Mundial, en América Latina es coincidente con el restablecimiento de las democracias electorales¹⁰⁰. Pero más allá de las épocas históricas y del continente en el que nos posicionemos, se rescata que la actividad del Poder Judicial es una actividad que incuestionablemente se ha reconfigurado; ha adoptado diversos matices vinculados a lo político y se ha visto involucrada en un camino que, en ese sentido, aparece como irrefrenable. La actividad judicial actual excede toda función mecanicista y/o sistemática que desde los inicios del Estado moderno la habían caracterizado, y ubica al poder que la

⁹⁸ La figura del juez aparece como último garante de los derechos fundamentales de los ciudadanos, y éstos derechos comienzan a ser pensados en función del sostenimiento del Estado Constitucional y Democrático.

⁹⁹ Cfr. ÁLVAREZ, Luciana, “Función judicial y prácticas de gobierno: apuntes para una genealogía de la judicialización de la política en Argentina”, *Revista en línea del Grupo de Investigación de Filosofía Práctica e Historia de las Ideas* 20, p.6.

¹⁰⁰ Decimos justicia constitucional “estable” porque su instauración precede a la época de la postguerra, pero su consolidación y desarrollo encuentran lugar hacia la segunda mitad del siglo XX. En Europa, por ejemplo, el federalismo suizo ya había instituido en la Constitución de 1848 un sistema político de garantía de los derechos reconocidos en el texto constitucional, que preveía la existencia de un Tribunal Federal no permanente, cuyas funciones se ampliaron luego en la Constitución de 1874. Este texto le otorgó a dicho Tribunal facultades de anulación de las leyes cantonales con efectos generales y previó en paralelo a ese control concentrado, un control difuso ejercido por todos los tribunales de justicia de la región, incluido el Tribunal Federal. En el caso de la República de Weimar, la Constitución de 1919 no establecía una jurisdicción constitucional que decida con carácter vinculante sobre la vigencia de derechos fundamentales; más instituyó una Corte que dirimía los litigios constitucionales entre los *Länder* y los de éstos y el *Reich* (art.108). Antecedentes de este control se encuentran en la Constitución alemana anterior de 1871, y las funciones del Consejo Federal. Como éstos, podríamos citar distintos casos de estados europeos que gradualmente fueron consolidando su sistema de control constitucional (el tema se encuentra desarrollado ampliamente en: CRUZ VILLALÓN, Pedro, *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*, Centro de estudios constitucionales, Madrid, 1987, pp.49 y ss.).

En lo que toca a Latinoamérica, los ejemplos se replican. Ecuador, por mencionar un caso, en su Constitución de 1830 ya establecía la necesaria garantía de los derechos al posibilitar que todo ciudadano reclame sus derechos ante la autoridad pública (art.66), aunque será recién en la Constitución de Montecristi (2008) que se redefine al Estado ecuatoriano como “Estado Constitucional de Derecho” y se organizan las garantías constitucionales en torno a la efectivización de los derechos fundamentales como objetivo primordial.

despliega, no como un “poder aislado”, sino como un poder cuyas funciones alcanzan en numerosas oportunidades, ámbitos propios de la actuación de otros poderes¹⁰¹.

La judicialización en el campo de los derechos sociales se condice con la esencia misma y el contenido de esta clase de derechos, que previamente hemos analizado. Su alto nivel prestacional exige un fuerte compromiso estatal, delimitado por los instrumentos internacionales y las constituciones de los países que los incorporan en su bloque de constitucionalidad; esos textos guían la actividad de los poderes públicos a fin de garantizar su ejercicio, y, cuando ello no sucede y el Estado no cumple con las responsabilidades asumidas, la situación desemboca -cada vez más- en los estrados de los tribunales.

La justicia del s.XXI aparece como el espacio elegido por los justiciables para canalizar demandas en busca de la tutela efectiva de los derechos. En general, los jueces constitucionales del nuevo milenio no han podido permanecer inmutables y reacios a la idea de tolerar el incumplimiento o deficiencia en el cumplimiento de obligaciones que reposan en cabeza de los poderes representativos, desde que tal actitud omisiva llevaría al propio Poder Judicial a contradecir las mandas constitucionales y convencionales que le encomiendan, ni más ni menos, que la defensa de los derechos fundamentales y sobretodo de los derechos sociales. De esta manera, en la actualidad es frecuente que muchos de los pronunciamientos judiciales aparezcan como una suerte de “mensajes” dirigidos a encaminar las políticas públicas elaboradas por los órganos democráticos, lo que por cierto ha generado algunas críticas que van desde la amenaza que ello supone para la clásica teoría de la división de poderes, hasta la dificultad contramayoritaria de los jueces para decidir sobre asuntos que no son de su estricta competencia.

Todo este proceso que en pocas palabras se ha intentado describir¹⁰² se conoce como judicialización de la política. Desde un punto de vista técnico, ésta se define como “aquél desplazamiento de poder desde instancias ejecutivas y legislativas hacia las judiciales, especialmente en la determinación de políticas públicas y la defensa de derechos humanos o fundamentales. Es un concepto profundamente ligado al de activismo judicial, esto es, la asunción por parte de los jueces, sobre todo aquellos pertenecientes a las cortes supremas de justicia y las cortes internacionales de derechos humanos, de un rol activo en la producción del derecho y en la resolución de conflictos de carácter netamente político, vía una interpretación amplia o novedosa de la constitución, especialmente.”¹⁰³.

¹⁰¹ Así, “...en detrimento de los poderes legislativo y ejecutivo, los judiciales estarían acrecentando su poder en lo que hace a los asuntos de gobierno pasando a ser actores decisivos en el juego político.” (ÁLVAREZ, *Ibidem*).

¹⁰² Y que comprende un sinnúmero de cuestiones cuyo tratamiento en extenso es inagotable y excede el propósito de esta tesis.

¹⁰³ ÁLVAREZ, Luciana, “Judicialización de la política y soberanía popular: Sobre el estatuto político de las resoluciones judiciales”, *Revista Crítica de Ciencias Sociales* [En línea] 108, 2015, p.3.

Existen dos cuestiones importantes que se extraen del final esta completa definición, y que son: el activismo judicial en la producción del derecho y la resolución de conflictos de carácter político, a través de una interpretación judicial amplia y novedosa de la Constitución. La cuestión aparece íntimamente vinculada al ejercicio del control judicial en la interpretación del texto constitucional¹⁰⁴, control que posibilita la función política del Poder Judicial, pero a la vez lo induce a la asunción de ciertos riesgos cuyas consecuencias no pueden preverse si los jueces no son cuidadosos al interpretar los ideales (políticos) positivizados por nuestros constituyentes, que han sido elegidos democráticamente. En esa tarea, no pueden procurar convertirse en “creadores constantes de derecho” como lo sostiene Bianchi, al punto de que el texto de la ley suprema pase a ser prácticamente reemplazado por las decisiones que los jueces adoptan¹⁰⁵.

Gran parte de los sistemas constitucionales de Latinoamérica receptan -al menos parcialmente- el modelo de control de constitucionalidad difuso, característico del sistema norteamericano. Varios países se inclinan hacia sistemas mixtos, que combinan aspectos de este tipo control con los propios del control concentrado que encontramos en la mayoría de constituciones europeas. En el caso de nuestro país, si bien nos hemos caracterizado por importar gran parte de los institutos jurídicos de la tradición continental europea, en materia de control judicial hemos optado por el sistema difuso¹⁰⁶.

Queda claro que las Cortes o Tribunales supremos, al ejercer el control en su rol de guardianes de la Constitución, se instituyen como verdaderos organismos políticos. Pero una cosa es que una Corte resuelva asuntos vinculados a una política pública porque el caso que le toca resolver exige la aplicación de esa política o la involucra, y otra es asumir directamente que la Corte sea un órgano político creador de políticas públicas. Creo que lo último implicaría sacrificar el principio de independencia judicial consagrado en la mayoría de las constituciones occidentales, y desmerecer la labor de los órganos políticos ejecutivos y legislativos, idea que no se condice con lo que se supone que sea una

¹⁰⁴ No faltan las expresiones de las Cortes en relación a que ellas constituyen los máximos intérpretes o intérpretes finales de la Constitución.

¹⁰⁵ Cfr. BIANCHI, Alberto B., *Control de constitucionalidad*, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, T.2, Buenos Aires, 2002, pp.291-292.

¹⁰⁶ A mediados del s.XIX se estableció en la Argentina este modelo de control que en nuestros días continúa vigente en la práctica judicial y permite la interpretación de la ley por cualquier juez federal o local -de allí el calificativo “difuso”-, en relación con la Constitución y para el caso concreto, con lo que, de declararse eventualmente una inconstitucionalidad de la norma, los efectos de tal decisión son *inter partes*. Fue a partir del caso “Sojo” (1887) que la Corte Suprema lo introdujo como fuente de su decisión, citando el paradigmático caso estadounidense “*Marbury vs. Madison*” (1803), que marcó el inicio de su aplicación por la Corte de Estados Unidos. El modelo no surge explícitamente de las normas fundamentales de ninguno de los dos países. En la Constitución argentina, luego de la reforma constitucional de 1994, se hace referencia al control judicial en el marco del amparo receptado por el art.43 CN (sobre esta afirmación, consultar: SABA, Roberto, *Más allá de la igualdad formal ante la ley: ¿Qué le debe el Estado a los grupos desaventajados?*, Siglo Veintiuno Editores, 1ra ed., Buenos Aires, 2016, pp.231-232).

democracia representativa en un Estado Constitucional de Derecho. Como sabemos, no se puede actuar respetando la Constitución y violándola al mismo tiempo. Robert Dahl, refiriéndose a la Corte de EEUU, sostiene que los casos que llegan a la Corte incluyen alternativas sobre las que existe un serio desacuerdo en la sociedad, por lo que ya la configuración del caso es “política” y eso hace que ella no pueda ser considerada una institución estrictamente jurídica¹⁰⁷. Para este autor, dentro de los límites de un sistema democrático en el que la soberanía popular y la igualdad política constituyen la base del mismo, la discrecionalidad de la Corte no es tan diferente a la de algún legislador poderoso; ni uno ni otro pueden anular políticas básicas sobre las que existe consenso mayoritario. Sin embargo, entiende que no habría inconveniente de que el pronunciamiento judicial verse sobre cuestiones como la efectividad y el manejo de esa política. Desde esta óptica, la extensión de asuntos políticos al sector judicial constituye un fenómeno que hasta incluso podría fortalecer el sistema democrático si pensáramos las decisiones de la corte como una suerte de impulso para que decisiones mayoritarias no queden en un *stand by*, sino que puedan hacerse efectivas en la práctica.

En suma, la fijación judicial de los límites de las políticas públicas puede permitir un mejor encauce de ellas. Disiento con la idea de que esto tenga que verse como un factor negativo, siempre que la decisión del tribunal esté orientada a propiciar el desarrollo de esas políticas por los órganos correspondientes y cuyo fin -en definitiva- sea el bienestar general de la sociedad a quien están dirigidas. En lo que respecta a su creación, ella corresponde a los órganos del gobierno, eso sin duda. La intervención de la Corte con este propósito deberá quedar reservada, en todo caso, sólo para los supuestos excepcionales en los que se vean atacados seriamente los derechos fundamentales en juego y no exista otro remedio posible que el judicial. Así, se concluye que la interpretación “amplia y novedosa” puede ser un arma peligrosa si no están bien delimitadas las esferas de actuación de cada poder.

La utilización del control difuso de constitucionalidad en la jurisprudencia argentina ha contribuido a la creciente judicialización de casos con incidencia política, lo que explicaría lo que ya expresaba Sagüés al referirse al modelo estadounidense cuando decía que el mismo “apunta a edificar un Poder Judicial con papeles “políticos”, en el sentido de que podrá controlar, mediante la revisión judicial de constitucionalidad de las leyes y de los actos del Poder Ejecutivo, casi toda la gestión del Congreso y del Presidente”¹⁰⁸.

¹⁰⁷ Cfr. DAHL, Robert, “La toma de decisiones en una democracia: la Corte Suprema como una institución que crea políticas públicas”, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo* 8, 1 (2007), pp.83-100.

¹⁰⁸ Salvo las que considere “cuestiones políticas no justiciables” (Cfr. SAGÜÉS, Néstor, “El Poder Judicial y el equilibrio institucional de los poderes del Estado”, p.5)

La época en la que más comienza a echarse mano a esta herramienta en nuestro país, fue la de finales de la década del '80. La transición de la dictadura a la democracia y las condenas a los comandantes de las juntas militares, transformaron las percepciones de los ciudadanos con respecto al sistema legal y judicial; fue notable el álgido reclamo social que encontró su piedra angular en la afectación de derechos humanos y se tradujo rápidamente en la apelación directa a la estructura judicial del Estado. Sumado a ello, puede destacarse una correlación entre la judicialización en Argentina y el desarrollo de las políticas económicas liberales propias de los '90, cuya implementación fomentó el acrecentamiento de los recursos judiciales por parte de diversos actores sociales¹⁰⁹. Luego, con la reforma constitucional de 1994 y el reconocimiento de la operatividad de los derechos sociales, económicos y culturales, el Poder Judicial comenzó a jugar un rol decisivo en las estrategias políticas de las organizaciones sociales.

4.A.1. LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA Y SU ROL EN EL DISEÑO DE LA POLÍTICA PÚBLICA DE SALUD

Trasladando lo expuesto en el apartado anterior al caso de nuestro máximo tribunal, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, y en plena conciencia de su rol institucional en el trazado de políticas públicas, en lo siguiente se analizará la manera en que la judicialización ha impactado en el campo del derecho a la salud en nuestro país y cuál ha sido la orientación que la Corte le ha dado a sus pronunciamientos en miras de tutelar efectivamente este derecho, reconociéndolo como un derecho social operativo. Tal como se adelantó, el período elegido para nuestro enfoque es aquél que se extiende desde los años 1990 a la actualidad (2019), época de mayor producción jurisprudencial en la materia. A los fines de un mejor análisis, se ha optado por fraccionar aquél período en dos etapas: una primera que abarca los años 1990 a 2003, y otra que se toma desde mediados de 2003, al año 2019.

Sin perder de vista que nuestro objetivo consiste en repasar los principales fallos dictados por nuestra Corte en relación con el derecho fundamental a la salud, es claro que no podemos avanzar en lo que fue la actividad del tribunal sin, al menos, referir al contexto político e institucional en el que se desarrolló tal actuación. En especial, porque en un lapso de casi treinta años el país ha tenido seis presidencias distintas, y la

¹⁰⁹ Ya organismos como el Foro de Estudios sobre la Administración de Justicia (FORES) venían implementado desde la segunda mitad de la década del '70 continuas reformas tendientes a promover una mayor eficacia y seguridad jurídica en el servicio de justicia. FORES surge hacia 1976, fecha coincidente con el comienzo de la dictadura militar, y continúa funcionando gracias al financiamiento público y privado, dentro del que se ubican los programas de la Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo (USAID) (Cfr. ÁLVAREZ, Luciana, "Función judicial y prácticas de gobierno"...pp.7-8)

integración del órgano judicial también ha variado. En esta línea, comenzaremos por proporcionar algunos datos relacionados con la situación institucional del país durante la que hemos definido como primer etapa (1990-2003), y la relación que tuvieron los poderes de turno que se sucedieron a lo largo de la misma, con la Corte del momento en que les tocó gobernar. Lo propio se hará luego con respecto a la segunda etapa (2003-2019). Seguidamente, se analizarán cuales fueron las principales sentencias dictadas en relación al derecho a la salud, examinando la actividad del tribunal en función del ejercicio del control de constitucionalidad y su impacto en la actuación de los demás poderes del gobierno nacional y los gobiernos provinciales. Por último, se extraerán algunas conclusiones finales.

4.A.1.1. PRIMER ETAPA (1990 A 2003): DE LA CORTE MENEMISTA A LA PRESIDENCIA DE KIRCHNER. CONTEXTO INSTITUCIONAL Y POLÍTICO

La década de los noventa inició a nivel mundial con una serie de cambios importantes desde lo político, lo económico, lo social y lo cultural. La caída del Muro de Berlín en 1989 y la disolución de la URSS marcarán el inicio de la hegemonía y el protagonismo norteamericano, en especial en lo que refiere a las propuestas de economía de mercado. Será la etapa de formación de los bloques económicos como la Unión Europea, el NAFTA o el Mercosur, que fortalecerán las relaciones comerciales entre los países del mundo, y también serán tiempos de reformas estructurales por parte de organismos internacionales dirigidas a los estados “en vías de desarrollo” para superar su situación social y reinsertar a los grupos más desfavorecidos a través del crecimiento económico¹¹⁰. En particular, la relación de Argentina con Estados Unidos era muy favorable en aquella época y el país se alineó con las políticas de la nueva potencia, a la vez que fortaleció sus lazos con Brasil y el Mercosur. Pero sucedió que el auge y las promesas del Estado Benefactor se vieron superadas rápidamente por el exceso de la demanda social, y la desigualdad y exclusión acabaron por ser inmensas¹¹¹. En este clima social asumió la presidencia, en 1989, el Dr. Carlos Menem¹¹².

¹¹⁰ Se destacan, entre otras, las reformas impulsadas por el Consenso de Washington. Ver nota 81.

¹¹¹ Marcelo Krikorian expresa: “Los argentinos, acostumbrados desde varios años atrás a la inflación alta, experimentaban por primera vez la *hiperinflación*. Este fenómeno se da cuando hay un proceso acelerado de aumento del nivel general de precios, en que los agentes económicos (consumidores, empresarios entre otros) pierden noción del valor real de las mercancías porque éste se eleva en tal magnitud y con tanta rapidez que no permite determinar una relación de equivalencia cierta con la moneda.” (KRIKORIAN, Marcelo A., “La hiperinflación de 1989/90. Aportes y reflexiones sobre un episodio que marcó la historia argentina”, *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de La Plata* 7, 40, p.539).

¹¹² El 8 de julio de 1989, cinco meses antes de lo previsto, Raúl Alfonsín renunció a su mandato y le entregó la presidencia a Carlos Menem cuya victoria había sido del 47% contra el candidato radical Eduardo

No se pretende realizar un análisis exhaustivo de los casi nueve años de gobierno del Dr. Menem; simplemente nos detendremos en lo que fue su relación con el Poder Judicial y, en concreto, con la Corte Suprema en cuanto titular de ese poder. El nuevo mandatario tuvo que adaptarse a la coyuntura internacional y nacional que atravesaba el país. Su objetivo fue asegurar el control de la Corte, de manera de posibilitar una actitud favorable del tribunal hacia los procesos de reforma estructural que el Ejecutivo pretendía realizar. Necesitaba una Corte cercana, por lo que se concentró en ampliar el número de sus miembros de cinco a nueve¹¹³. Será famoso el patrón “5 a 4” que se repitió en varios de sus fallos¹¹⁴, y se caracterizó por ser una Corte con claros signos de permisividad. El órgano prácticamente abandonó su posición de titular de uno de los poderes del Estado, y el manejo político que se hizo a través de la incorporación de ministros aliados al presidente constituye una de las principales causas de su desprestigio actual. Era frecuente la alusión a la actividad del tribunal, por lo general acompañada de varias críticas por el amiguismo de sus integrantes con el Poder Ejecutivo y la permisividad hacia las decisiones tomadas por éste. Hasta el momento, jamás se había hablado tanto de una Corte ni difundido sus fallos como ocurrió con la Corte menemista. Como bien lo señala Alfonso Santiago, “La Corte Suprema de este período estuvo presente en el escenario político y en los medios de comunicación de modo mucho más intenso que en los períodos anteriores.”¹¹⁵. Existieron una serie de cambios importantes en la órbita del Poder Judicial¹¹⁶, aunque la época no se caracterizó por el fortalecimiento de la calidad institucional de esta rama de poder del Estado.

Angeloz, que obtuvo el 37% de los votos. Menem gobernaría con una clara mayoría en Diputados, Senadores y en los gobiernos provinciales. Sus lemas fueron el “salariazó” y la “revolución productiva”. “El año 1989 cerró con la increíble cifra de 3.079% de inflación. Seis ministros habían desfilado por el Ministerio de Economía a lo largo de ese año ciertamente dramático” (Cfr. SAENZ QUESADA, María, *La Argentina, historia del país y de su gente*, 1ra ed., Debolsillo, V.2, Buenos Aires, 2006, p.699).

¹¹³ “Cuando el presidente Menem amplió la composición del cuerpo de cinco a nueve miembros, para incorporar a cuatro jueces adictos, abrió un período eminentemente político para el alto tribunal. Fue entonces que comenzó a hablarse de la Corte menemista, la que, prácticamente, no declaró inconstitucional ninguna ley o decreto que reglamentase temas políticos fundamentales. Sólo hubo disidencias notables” (Cfr. VENTURA, Adrián, “Menem politizó a la Corte y a la Justicia”, *La Nación*, diario del 15 de diciembre de 1996).

¹¹⁴ En otros la mayoría fue casi plena, como sucedió en el caso “Dromi” (CSJN, Fallos 313:863) o en la convalidación del Plan Bonex realizada en el caso “Peralta” (CSJN, Fallos 313:1513).

¹¹⁵ SANTIAGO, Alfonso (h), *Historia de la Corte Suprema argentina*, 1ra ed., Marcial Pons Argentina, T.III, Buenos Aires, 2014, p.1298.

¹¹⁶ Entre ellos se pueden mencionar la creación de juzgados federales y particularmente en lo contencioso administrativo; la reforma del Código de Procedimiento Penal de la Nación que incorporó los juicios orales y públicos; la creación de la Cámara de Casación Penal; la mediación obligatoria previa en el fuero civil; la creación -vía reforma constitucional- del Consejo de la Magistratura y el Jurado de Enjuiciamiento para la selección y remoción de magistrados; la independización del Ministerio de Justicia (que antes formaba parte de la Secretaría del Ministerio de Educación), y otros. Fue muy importante también la incorporación del derecho internacional en los análisis jurisprudenciales de la Corte y los tribunales del país, especialmente con posterioridad a la reforma constitucional de 1994.

Hacia 1993, Menem buscó dar curso a la reforma constitucional con el objeto de asegurar su reelección presidencial. Tras la firma del Pacto de Olivos (1994) con el expresidente Ricardo Alfonsín, se negociaron los temas a reformar y así consiguió su propósito de ser reelecto por el período de cuatro años. Cuando su mandato casi acababa, existieron intentos por lograr una segunda reelección, pero la oposición, la opinión pública e incluso la propia Corte que antes había avalado la mayoría de sus políticas, impidieron que ello se concrete en la práctica, y se produjo en 1999 la llegada al poder del Dr. Fernando de la Rúa¹¹⁷. Era la vuelta del radicalismo a la política argentina.

Los dos años de mandato de De la Rúa, no hicieron más que empeorar la situación económica y social del país. Con una deuda pública millonaria heredada del gobierno anterior¹¹⁸, las medidas económicas adoptadas por el presidente llevaron a una grave crisis institucional, política y financiera, que acabaron por motivar su renuncia el 20 de diciembre de 2001, cuando, al encontrarse en Casa Rosada rodeado de un fuerte enfrentamiento entre manifestantes y fuerzas policiales, decidió tomar un helicóptero que lo llevara a la quinta de Olivos y así abandonar el cargo. Buena parte de la sociedad argentina estaba sumida en niveles de pobreza jamás vistos¹¹⁹. En cuanto a la Corte de esta época, ella acompañó en general las decisiones del Ejecutivo, quien respetó la integración judicial anterior.

En 2002, el Congreso designaría a Eduardo Duhalde como presidente para que completara el mandato de su antecesor¹²⁰. Su período presidencial se inició en medio del caos social reinante, pero más tarde se proyectaría una reactivación económica con la sanción de la ley de emergencia económica y social 25.561 -que abandonó el régimen de la convertibilidad del peso-dólar fijada en 1991- y el dictado del Decreto de Necesidad y Urgencia 214/02 por el que se pesificaron los dólares depositados en el mercado bancario. Si hablamos de sus relaciones con la Corte Suprema, nos limitaremos a decir que estas no fueron las mejores. Tras el fracaso de los intentos de remoción de los nueve integrantes del cuerpo, el presidente tuvo que lidiar con una Corte hostil, que se mostró en general reticente a las medidas adoptadas durante su gobierno¹²¹. Como ejemplo de un triunfo

¹¹⁷ Su fórmula, con Carlos Álvarez como vicepresidente, obtuvo el 49,67% de los votos y se impuso a la del Partido Justicialista integrada por Eduardo Duhalde y Ramón Ortega, que sólo obtuvo el 36,43%.

¹¹⁸ Explica Sáenz Quesada que: “La herencia recibida del gobierno peronista consistía en una deuda externa de 130.000 millones de dólares, déficit fiscal de más de 10.000 millones, desorden en las cuentas provinciales, escasa intervención y alta desocupación (14%). Faltaban recursos propios para sostener la convertibilidad en un contexto internacional en el que las elevadas tasas de interés autorizadas en Estados Unidos afectaban a las economías de los países emergentes”. (SÁENZ QUESADA, *op.cit.*, p.729)

¹¹⁹ Se destaca como consecuencia de ello, los saqueos de alimentos en los supermercados y el crecimiento poblacional en las villas.

¹²⁰ En el ínterin, fueron presidentes provisorios los Dres. Ramón Puerta, Adolfo Rodríguez Saá y Eduardo Camaño.

¹²¹ Por ejemplo, en el caso “San Luis” (CSJN, 326:417) la Corte dictó una resolución en contradicción a la política impuesta por el gobierno nacional sobre el congelamiento y la pesificación de los depósitos,

atribuible al expresidente, puede señalarse el nombramiento en 2002 del ministro Juan Carlos Maqueda, quien ocupaba el cargo de presidente provisional del Senado y reemplazaría al Dr. Gustavo Bossert. Pero la designación de un nuevo integrante alineado con la voluntad gubernamental tampoco contribuyó a mejorar la relación con el órgano judicial.

4.A.1.2. EL DERECHO A LA SALUD: SU JUDICIALIZACIÓN Y TRATAMIENTO EN VINCULACIÓN CON EL DERECHO A LA VIDA. PRINCIPALES FALLOS DE ESTE PERÍODO

Como se ha visto, a lo largo de la década de 1990 fue muy importante la concepción relativa a la protección de los derechos humanos en el centro del sistema jurídico argentino. En lo que respecta al derecho a la salud, la reforma constitucional de 1994 lo incorporó expresamente al dar jerarquía constitucional a los tratados internacionales que establecen mecanismos de tutela referidos a este derecho, y en forma directa a través de la protección del consumidor y el medioambiente que prevén los arts. 41 y 42 CN, respectivamente. Aquellos instrumentos internacionales incidieron en la redefinición del rol estatal como garante último del sistema de salud y esto no tardó en reflejarse en las decisiones judiciales de nuestra Corte, que viraron hacia una protección más amplia de la salud y del derecho a la vida como derecho base para el goce de todos los derechos restantes. Otra de las causas de judicialización del derecho a la salud fue la descentralización del sistema de salud experimentada en la década, que generó bastantes inequidades en el sector y arrastró lógicamente la problemática a los tribunales, en busca de mayores garantías. Asimismo, la aplicación de teorías como las del incumplimiento eficiente (menor costo es no cumplir, que cumplir) también llevaron a este tipo de causas a los estrados de la justicia.

UN ANTECEDENTE JURISPRUDENCIAL IMPORTANTE. EL CASO SAGUIR Y DIB¹²²

El hecho de que la Corte haya ampliado en este período la protección al derecho a la salud, no implica que antes no se haya pronunciado sobre el tema. Es cierto que

declarando inconstitucional el decreto que así lo establecía (Decreto 214/02) y haciendo lugar al reclamo de la provincia de San Luis, que demandaba la devolución de un depósito en dólares. Algunos alegan que esa decisión estuvo motivada políticamente, al encubrir un mensaje dirigido al presidente Duhalde, vinculado con el rechazo a su intención de iniciar juicio político a los integrantes del máximo tribunal (Cfr. KAPISZEWSKI, Diana, “La Corte Suprema y la Política Constitucional en la Argentina Post-Menem”, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, 7, 1, 2006, p.5.

¹²² CSJN, *Saguir y Dib, Claudia Graciela s/ autorización*, Fallos:302:1284, 06/11/1980.

anteriormente fueron muy pocos los fallos los dictados en la materia, pero cabe distinguir el caso “Saguir y Dib” , que fue uno de los primeros en receptor el cambio de paradigma al cual nos hemos referido en las páginas anteriores, al tratar el derecho a la salud en profunda vinculación con el derecho a la vida. Aquí, el tribunal decidió apartarse de la rigidez de la ley de trasplante de órganos vigente en su momento, y permitir que una menor de edad pudiera oblar uno de sus riñones a su hermano, aunque la norma en realidad exigiera la mayoría de edad. La Corte hace hincapié en el espíritu que motivó la sanción de la ley referida, consistente en “...proteger la vida del paciente, permitiendo que, al no haber otra alternativa terapéutica para la recuperación de su salud, se recurra a la ablación de implantación de órganos...”¹²³. También puntualiza que el derecho a la vida es el “...primer derecho natural de la persona preexistente a toda legislación positiva que, obviamente, resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional y las leyes...”¹²⁴.

A partir de este precedente, comienza a tratarse en la jurisprudencia argentina el derecho a la salud como derecho comprensivo del derecho a la vida¹²⁵. La “Corte de los Nueve” , como suele denominarse a la Corte de Menem, se concentrará en profundizar esta conexión que presentan ambos derechos, y en sentar algunas pautas de actuación dirigidas a los demás poderes y partícipes del sistema sanitario. Para dar muestra de ello, se han seleccionado los siguientes fallos de este período: Brescia¹²⁶, Laboratorios Ricar S.A.¹²⁷, B.R.E.¹²⁸, Laboratorios Rontag¹²⁹, Policlínica Privada de Medicina y Cirugía S.A.¹³⁰, Nowinski¹³¹, Schauman de Scaiola¹³², Asociación Benghalensis y otros¹³³,

¹²³ *Ibidem*, cons.8.

¹²⁴ *Ibidem*.

¹²⁵ En el fallo “Cisilotto” (CSJN, Fallos: 310:112) lo dice expresamente (cons.4).

¹²⁶ CSJN, *Brescia, Noemí Luján c/ Buenos Aires, Provincia de y otros s/ daños y perjuicios*, Fallos: 317:1921, 22/12/1994.

¹²⁷ CSJN, *Laboratorios Ricar S.A. c/ Estado Nacional (Ministerio de Salud y Acción Social) s/ daños y perjuicios*, Fallos: 318:2311, 23/11/1995.

¹²⁸ CSJN, *B.R.E. c/ Policía Federal Argentina s/ amparo*, Fallos: 319:3040, 17/12/1996.

¹²⁹ CSJN, *Laboratorios Rontag s/ley 16.463*, Fallos: 321:1434, 12/05/1998.

¹³⁰ CSJN, *Policlínica Privada de Medicina y Cirugía S.A. c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires*, Fallos:321:1684, 11/06/1998.

¹³¹ CSJN, *Nowinski, Elsa Alicia s/ inconstitucionalidad art.16 de la ley 6982*, Fallos: 322:215, 23/02/1999.

¹³² CSJN, *Schauman de Scaiola, Martha Susana c/ Santa Cruz, Provincia de y otro s/ daños y perjuicios*, Fallos: 322:1393, 06/07/1999.

¹³³ CSJN, *Asociación Benghalensis y otros c/ Ministerio de Salud y Acción Social – Estado Nacional s/ amparo ley 16.986.*, Fallos: 323:1339, 01/06/2000.

Campodónico de Beviacqua¹³⁴, T.,S.¹³⁵, Etcheverry¹³⁶, Hospital Británico de Buenos Aires¹³⁷, Monteserin¹³⁸, Ramos¹³⁹, y Peña de Marqués de Iraola¹⁴⁰.

CASO BRESCIA¹⁴¹

Este fallo, dictado en diciembre de 1994 y en el que la Corte entendió en competencia originaria¹⁴², deja en claro que la obligación de prestar el servicio de asistencia de salud a la población, debe ser adecuada para el fin que ello supone, y que su incumplimiento o ejecución irregular acarrearán responsabilidad civil por daños y perjuicios. El caso trata de una mujer que demandó –entre otros- a la provincia de Buenos Aires por el fallecimiento de su padre. La actora planteó que el establecimiento hospitalario provincial que debía atender a su progenitor luego de que éste fuera atropellado por un automóvil y sufriera un traumatismo de tórax, era responsable por autorizar el retiro del paciente luego de la atención brindada en la guardia médica, alegando que por la envergadura de la lesión correspondía su internación inmediata. La sentencia del máximo tribunal hizo lugar parcialmente al reclamo, al entender que se encontraba acreditada la deficiente atención recibida por la víctima en el hospital provincial en el cual había sido atendida, y condenó solidariamente al conductor del automóvil, a su principal (dueño de la cosa) y a la provincia de Buenos Aires a indemnizar a la accionante, mientras que rechazó la acción intentada en contra de los profesionales médicos, en tanto consideró que no se logró probar que ellos fueran quienes habían atendido al padre de la actora.

El voto de la mayoría¹⁴³ señala concretamente que la actividad de los órganos del Estado que propenden a sus fines (el hospital provincial “Lucio Meléndez”), hace que

¹³⁴ CSJN, *Campodónico de Beviacqua, Ana Carina c/ Ministerio de Salud y Acción Social – Secretaría de Programas de Salud y Banco de Drogas Neoplásicas*, Fallos 323:3229, 24/10/2000.

¹³⁵ CSJN, *T., S. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo*, Fallos: 324:5, 11/01/2001.

¹³⁶ CSJN, *Etcheverry, Roberto Eduardo c/ Omint Sociedad Anónima y Servicios*, Fallos: 324:677, 13/03/2001.

¹³⁷ CSJN, *Hospital Británico de Buenos Aires c/ Estado Nacional (Ministerio de Salud y Acción Social)*, Fallos:324:754, 13/03/2001.

¹³⁸ CSJN, *Monteserin, Marcelino c/ Estado Nacional – Ministerio de Salud y Acción Social – Comisión Nacional Asesora para la Integración de Personas Discapacitadas – Servicio Nacional de Rehabilitación y Promoción de la Persona con Discapacidad*, Fallos:324:3569, 16/10/2001

¹³⁹ CSJN, *Ramos, Marta Roxana y otros c/ Buenos Aires, Provincia de y otros s/ amparo*, Fallos 325:396, 12/03/2002.

¹⁴⁰ CSJN, *Peña de Marqués de Iraola, Jacoba María c/ Asociación Civil Hospital Alemán*, Fallos: 325:677, 16/04/2002.

¹⁴¹ Cfr. CSJN, *Brescia, Noemí Luján c/ Buenos Aires, Provincia de y otros s/ daños y perjuicios*, Fallos: 317:1921, 22/12/1994.

¹⁴² En razón de lo que disponen los arts. 116 y 117 CN, ya que una de las demandadas era la provincia de Buenos Aires.

¹⁴³ La minoría está conformada por los los Dres. López, Bossert, Fayt, Levene y Nazareno, quienes únicamente disienten en lo relativo a la imposición de costas.

éste deba responder directa y principalmente por las consecuencias dañosas derivadas de tal actividad. Asimismo, refiere a que en el servicio público hospitalario han de verse reflejados los principios de la seguridad social que receipta el art.14 bis de la CN, y que un adecuado sistema asistencial no se cumple únicamente con la presencia pasiva de agentes y medios, sino que se hace necesaria una actividad organizada y con relación a cada paciente, de manera que si ello no ocurre se compromete la responsabilidad de quien está a cargo de la dirección y contralor del sistema (en el caso, el Estado provincial bonaerense)¹⁴⁴.

Del análisis de este pronunciamiento se observa que la intención del tribunal está direccionada a remarcar la responsabilidad extracontractual del Estado en la prestación del servicio público sanitario. Este aspecto no es menor, ya que se vemos como la Corte empieza a materializar en sus decisiones el rol que ocupa el Estado como garante de las obligaciones que contraen los órganos que actúan bajo su órbita. El núcleo argumentativo de la decisión pasa por afirmar que esa responsabilidad estatal se pone en juego ante la falta o cumplimiento irregular del servicio de salud, con lo que indirectamente su decisión encierra un mensaje dirigido a todos los gobiernos provinciales y no exclusivamente a la provincia de Buenos Aires, que resulta condenada en autos. A diferencia de lo que ocurre en otros pronunciamientos, no son recurrentes aquí las remisiones al derecho internacional o nacional en materia de salud (salvo al principio de seguridad social previsto en el art.14bis CN).

CASO LABORATORIOS RICAR S.A.¹⁴⁵

En este precedente, la actora demandó al Estado Nacional (Ministerio de Salud y Acción Social) por considerar que mediante el dictado de dos resoluciones administrativas que disponían el pase de la sustancia “Mazindol” de la lista IV a la lista II de la ley 19.303, y la exigencia de mayores recaudos a la comercialización de dicho medicamento, el Poder Ejecutivo se había excedido en los límites de su competencia.

El voto de la mayoría avaló el acto administrativo emanado de la autoridad pública, y entendió que el Estado tiene la facultad de intervenir en la reglamentación de la actividad ejercida por ciertas industrias, si la defensa, la moral, la salud y el orden público así lo exigen. Expresó que: “...la fiscalización estricta de la comercialización de productos medicinales constituye una potestad estatal indelegable, que tiende a evitar que esta

¹⁴⁴ Ver considerandos 18 a 20.

¹⁴⁵ Cfr. CSJN, *Laboratorios Ricar S.A. c/ Estado Nacional (Ministerio de Salud y Acción Social) s/ daños y perjuicios*, Fallos: 318:2311, 23/11/1995.

actividad derive en eventuales perjuicios para la salud pública”¹⁴⁶. También adujo que la decisión del Ejecutivo tuvo en miras la salud de la población, al fiscalizar la comercialización de medicamentos de expendio masivo como lo es el Mazindol. El voto del Dr. Boggiano disiente con el voto mayoritario, al expresar que tal interpretación no se condice con los fines del Convenio de Viena sobre Sustancias Sicotrópicas (1971), ya que si bien este instrumento internacional autoriza a los Estados Parte a imponer controles más estrictos en la fiscalización, ello no incluye la posibilidad de transferir discrecionalmente medicamentos de una lista a otra.

Como puede apreciarse, la decisión de la Corte se involucra en la dirección de la política sanitaria llevada a cabo por el Ministerio de Salud y Acción Social. Así lo hace para puntualizar, más allá de la resolución del caso concreto, cuál es la obligación que atañe al Estado Nacional en su rol fiscalizador, en particular cuando existen terceros intermediarios (en el caso, Laboratorios Ricar S.A.) en la prestación del servicio de salud. Creo que es acertada la postura que asume la mayoría del tribunal, ya que delimita el necesario control estatal en la comercialización de medicamentos por parte de empresas privadas. En el fondo, también fue una forma de convalidar las políticas de descentralización de la década del 90, que no eran absolutas sino que suponían un cierto control estatal de la actividad mercantil en el área sanitaria. Asimismo, podría considerarse que esta decisión refleja lo que años más tarde la OG Nro. 14 del Comité de DESC describirá como la “obligación de proteger” a cargo de los Estados Parte del Pacto, a la que se ha hecho referencia en el Capítulo II, apartado 3.c.2 de este trabajo.

CASO B.R.E.¹⁴⁷

El caso trata sobre un subcomisario de la Policía Federal Argentina, que demandó a dicha institución por ordenar su retiro obligatorio tras comprobarse, luego de un análisis para el cual no había prestado su consentimiento, que era portador del virus de inmunodeficiencia humana (VIH). El actor interpuso una acción de amparo para dejar sin efecto el acto administrativo que disponía el inicio del trámite de retiro, y solicitó se lo reincorpore de inmediato al “servicio efectivo” de la Policía, en los términos del art.47 y ss. de la ley 21.965. En primera instancia se hizo lugar a la pretensión y se ordenó a la Junta Médica de la Policía Federal a que emitiera un nuevo dictamen acerca de la aptitud psicofísica del accionante, para determinar si éste podía ser ascendido de grado. La Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal confirmó ese pronunciamiento, y la demandada interpuso recurso extraordinario que fue admitido por

¹⁴⁶ Considerando 11.

¹⁴⁷ Cfr. CSJN, *B.R.E. c/ Policía Federal Argentina s/ amparo*, Fallos: 319:3040, 17/12/1996.

la Corte. Finalmente, el máximo tribunal confirmó parcialmente la sentencia y dejó sin efecto la convocatoria a una nueva junta médica.

El voto mayoritario sustenta básicamente su postura en que la protección de la salud pública ha sido el principal propósito que inspiró la sanción de la ley 23.798 de lucha contra el Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida (SIDA)¹⁴⁸. De esta manera, refiere a que dicha ley prevé la obligación en ciertos supuestos -que también señala- de detectar el virus del SIDA, prescindiendo del consentimiento individual del examinado. Que si bien el caso analizado no encuadra dentro de esos supuestos legales, no puede interpretarse tal enumeración como una de carácter taxativo. Advirtió que la práctica realizada al subcomisario no configura una intromisión al ámbito de su intimidad, ya que está motivada por un interés superior al individual, que es la protección de los terceros. En disidencia, el juez Fayt señaló los límites del Estado frente al derecho a intimidad de las personas previsto en el art.19 CN, y sostuvo que era imprescindible el consentimiento del afectado para que se le realice la práctica médica. El juez Petracchi también disintió con la mayoría, al valorar el requisito del consentimiento previo y entender que, para el caso en que el trabajador se negara a la práctica o *test*, correspondía su retiro obligatorio, ya que de lo contrario existirían riesgos para terceros.

De la lectura del fallo se evidencia que, si bien la Corte es consciente de que los exámenes clínicos que la Policía Federal debe realizar al personal a su cargo forman parte de una actividad discrecional que no admite -en principio- la revisión judicial¹⁴⁹, igualmente decide adentrarse en la cuestión debatida para hacer eco su mensaje institucional. Así, introduce el argumento de “protección de la salud pública” y lo sobrepone al de la intimidad de las personas, consagrado en el art.19 CN. A través de un claro ejercicio del control de constitucionalidad¹⁵⁰, el tribunal no sólo amplía el campo de discrecionalidad de la Policía a la hora de analizar las aptitudes e idoneidad laboral de sus dependientes, sino que incorpora -jurisprudencialmente- a la ley 23.798, un nuevo supuesto a la lista de quienes estarían exceptuados de prestar su consentimiento al examen del virus de VIH: los empleados de la Policía Federal. Esta actitud asumida por la Corte resulta cuestionable si se mira que, con tal ampliación, se invade parte de la esfera de actuación del Poder Legislativo. En mi opinión, creo que la intención del tribunal ha sido una clara protección del interés estatal de extender las facultades discrecionales en materia de evaluación del estado de salud de las personas. Si bien la decisión fue favorable al actor, poco tratamiento es el que se hace acerca de su situación personal; por el

¹⁴⁸ Cfr. Considerando 10.

¹⁴⁹ Cfr. Considerando 9.

¹⁵⁰ En el que se valoran cuestiones como el derecho a la intimidad, la salud pública, la estabilidad del empleo público, el principio de no discriminación, entre otros.

contrario, la decisión enfatiza más bien en destacar el interés público en la lucha contra el SIDA, para lo que la Corte se valió de un caso en el que ni siquiera existió un reclamo directo acerca del alcance del derecho a la salud, sino que su tratamiento se dio en el marco del análisis de otros derechos constitucionales, que quedan finalmente “limitados” por la “necesaria” protección de la salud pública.

CASO LABORATORIOS RONTAG¹⁵¹

Se trata de un caso que surge tras la imposición de multas a la actora (Laboratorios Rontag) y a su director técnico por parte de la Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología Médica (ANMAT), en razón de haberse publicado en diarios de difusión general un nuevo producto que estaba autorizado bajo la modalidad de venta “bajo receta”. El juez de primera instancia en lo penal económico revocó la disposición que imponía tales multas -disposición nro. 3992/94-, al considerar que la difusión del laboratorio sancionado estaba dirigida -en realidad- al cuerpo médico y no a la población general, lo que motivó que el organismo estatal deduzca el recurso extraordinario, cuya denegación dio lugar a la queja. La Corte, por mayoría, hizo lugar al recurso de queja, revocó la sentencia, y consideró que la simple difusión del medicamento ponía en peligro la salud pública, independientemente de que el anuncio publicado indujera o no al consumo del producto sin previo control médico¹⁵².

En lo que interesa del voto mayoritario, nos encontramos con una Corte que, una vez más, aparece colocando el acento de su decisión en la importancia del bien jurídico protegido por la norma: la salud pública. El tribunal entiende que el legislador, al sancionar la ley 16.463, ha tenido en miras la protección de este bien al prohibir toda forma de anuncio al público de los medicamentos autorizados “bajo receta”¹⁵³. La decisión adoptada deja entrever la defensa que se hace de la política nacional asumida en materia de salud, y de la obligación que pesa sobre el Estado de controlar la difusión de medicamentos que se venden bajo la modalidad aludida. A su vez, podemos agregar que esta es una obligación que encuadra perfectamente entre las obligaciones legales específicas previstas en la OG Nro. 14 del Comité DESC, especialmente en la de “proteger”, que abarca el control que deben realizar las autoridades estatales de la comercialización que terceros realicen de equipos médicos y medicamentos¹⁵⁴.

¹⁵¹ Cfr. CSJN, *Laboratorios Rontag s/ley 16.463*, Fallos: 321:1434, 12/05/1998.

¹⁵² Cfr. Considerando 8 del voto del Dr. Petracchi.

¹⁵³ Cfr. Considerando 7.

¹⁵⁴ Cfr. ONU, (CESCR), Observación General Número 14...pár.35.

CASO POLICLÍNICA PRIVADA DE MEDICINA Y CIRUGÍA S.A.¹⁵⁵

Nos encontramos frente a un caso en el cual, si bien el máximo tribunal optó por desestimar el recurso extraordinario interpuesto por la la entidad estatal demandada – Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires-, en su sentencia destaca la obligación impostergable que tiene el Estado en la protección del derecho a la salud, especialmente cuando la atención sanitaria está dirigida a un grupo social determinado y vulnerable: la minoridad. La Corte hace extensiva esa obligación, incluso para aquellos casos en que el servicio no pueda ser prestado por una empresa de medicina prepaga.

En cuanto a los hechos, la Policlínica Privada de Medicina y Cirugía S.A. había interpuesto un amparo contra una resolución del secretario de salud de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CABA), que impedía trasladar a un nosocomio público a una menor que estaba internada en la terapia intensiva de un establecimiento de propiedad de la empresa, por considerar que ella y su padre contaban con una cobertura de tipo privada. La amparista solicitó judicialmente el traslado de la paciente, pedido que fue rechazado en primera instancia. Ello motivó la apelación –de su parte- de la sentencia dictada, y la Cámara Nacional Civil y Comercial revocó la resolución, ordenando a la CABA que cese en la negativa del traslado y exigiendo la solicitud previa y expresa de los progenitores de la menor para que éste se lleve a cabo. Finalmente, la demandada dedujo el recurso extraordinario que fue desestimado por la Corte, al entender que no quedaba demostrada la arbitrariedad de la sentencia anterior ni la existencia de una cuestión federal.

Se desprende del argumento del fallo una conjugación de lo establecido en la ley nacional 24.754 de Medicina Prepaga, que obliga a las empresas prepagas a la cobertura mínima de las mismas prestaciones dispuestas para las obras sociales, con el art.26 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que garantiza a los menores el beneficio de la seguridad social. A su vez, estas normas son relacionadas con el art.20 de la Constitución de la CABA, que reconoce el derecho a la salud integral y prevé que el gasto público en salud constituye una inversión social prioritaria. Respecto a esto último, resulta destacable la interpretación del texto constitucional local, que no hace más que revelar la operatividad que el derecho a la salud tiene en cuanto derecho social exigible. Con base en este estándar, a través de un adecuado control de constitucionalidad y convencionalidad, la Corte pone de relieve una vez más la armonía legislativa que debe existir entre los niveles federal y local, sumada al compromiso del Estado argentino en el plano internacional, de garantizar el derecho fundamental a la salud.

¹⁵⁵ Cfr. CSJN, *Policlínica Privada de Medicina y Cirugía S.A. c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires*, Fallos:321:1684, 11/06/1998.

Otro de los puntos interesantes es que la Corte admite la legitimación activa de la empresa amparista, cuando en realidad la afectada en el caso era la menor. De este modo, el tribunal se muestra predispuesto a viabilizar el tratamiento de la acción, dejando de lado todo tipo de cortapisas procesales, y en plena conciencia de que lo que está en juego (v.gr. la salud de la niña) exige una respuesta inmediata, que va más allá de todo ritualismo o exigencia formal¹⁵⁶.

Finalmente, se esboza un primer reconocimiento jurisprudencial del carácter que asumen los contratos que celebran las empresas prepagas con sus usuarios¹⁵⁷, ya que la sentencia remarca que al otorgar un servicio médico, no pueden extender su prestación más allá de los plazos fijados en los contratos de adhesión celebrados con los pacientes, pero que aún en tales casos (finalización del convenio) el Estado debe prestar la atención requerida, máxime si ella lo es para impedir la privación de cobertura asistencial de una niña. Todo, claro, sin perjuicio de que luego procedan los correspondientes mecanismos de compensación entre el sector privado y el sector público.

CASO NOWINSKI¹⁵⁸

En esta causa, el tribunal confirmó por mayoría una decisión de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, que había avalado la constitucionalidad de una ley local (ley nro. 6982) que disponía la afiliación obligatoria de jubilados y pensionados del Instituto de Previsión Social, al Instituto de Obra Médico Asistencial (IOMA). El juez Vázquez, en disidencia, se pronunció por la inconstitucionalidad de la norma, en cuanto consideró que ésta privaba a la accionante de la libertad de optar por el servicio de salud que considerara más adecuado.

De la lectura de los argumentos del voto mayoritario, interesa destacar que pareciera que el tribunal opta por realizar un *test* de razonabilidad¹⁵⁹ entre dos bienes

¹⁵⁶ Esta postura será revertida posteriormente en el caso “Ramos” (CSJN, Fallos 325:396).

¹⁵⁷ Doctrina que será ampliada luego en los casos “Etcheverry” (CSJN, Fallos: 324:677) y “Peña de Marqués” (CSJN, Fallos: 325:677).

¹⁵⁸ Cfr. CSJN, *Nowinski, Elsa Alicia s/ inconstitucionalidad art.16 de la ley 6982*, Fallos: 322:215, 23/02/1999.

¹⁵⁹ El control de razonabilidad, apunta a extender el análisis de validez de las normas a su sustancia, es decir, al contenido esencial del derecho que estas regulan, procurando que ese contenido sea conforme a la Constitución y guarde relación y proporcionalidad con los fines perseguidos, más allá de su adecuación a las reglas formales. Sobre el tema, pueden consultarse los siguientes textos: SERNA, Pedro y TOLLER, Fernando M., *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Una alternativa a los conflictos de derechos*, La Ley, Buenos Aires, 2001, pp.64-74; TOLLER, Fernando M. “La resolución de los conflictos entre derechos fundamentales. Una metodología de interpretación constitucional alternativa a la jerarquización y el *balancing test*”, en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coord.), *Interpretación constitucional*, Porrúa, V.II, México, 2005, pp.1258-1259; TOLLER, Fernando M., “La doctrina de los conflictos de derechos frente al principio de no contradicción”, en ALEXY, Robert, *Argumentación, derechos humanos y justicia*, Astrea, Buenos Aires – Bogotá – Porto Alegre, 2017, pp. 346-403; entre otros.

constitucionales que aparecen en escena, esto es, la libertad de la actora de elegir la obra a la que deseara afiliarse, y el interés de la población en recibir los beneficios de la seguridad social. El primero, constituye un derecho subjetivo resguardado por el art.19CN; el segundo, un interés general que encuentra protección en el art.14bis CN. En esta línea, y sin que la decisión implique la supresión o jerarquización del derecho invocado por la accionante, el pronunciamiento redundaría en que “lo justo” del caso es la protección de la seguridad social, cuyo contenido esencial se hace necesario tutelar de manera efectiva, en la medida en que se considera razonable que ciertos grupos (para el supuesto, los jubilados) contribuyan al sistema de seguridad social, incluso a costa de resignar un beneficio directo por tal aporte. Según la Corte, el sacrificio que ello implica permite garantizar el bien común, que es entendido como el bienestar general de la población. Para concluir aquello, se vale de la importancia de preservar principios como el de “justicia social”, “solidaridad social” y “bienestar general”, estrechamente vinculados a la estructura del Estado Social de Derecho¹⁶⁰, y que encuentran su recepción en el art.14bis como expresión de esa idea de organización política. Lo conveniente quizás, a mi modo de ver, hubiese sido un análisis más profundo respecto a por qué la ley local -cuya constitucionalidad el tribunal confirma- luciría razonable a la luz del art.28CN, que es el que contempla expresamente la garantía de razonabilidad en nuestro sistema constitucional¹⁶¹. Esto permitiría justificar la necesidad de que se arbitren los medios proporcionales y necesarios para lograr el fin perseguido, que sería el de satisfacer la importante función social que cumple en nuestro Estado el sistema de seguridad social. Para ello, resulta conveniente demostrar que esos medios no suprimen sino que garantizan la coordinada actuación de los restantes bienes en juego, en la medida en que ellos no comprometan el contenido esencial del derecho o interés que busca protegerse.

CASO SCHAUMAN DE SCAIOLA¹⁶²

Nos encontramos aquí con un caso similar al caso Brescia, anteriormente comentado, en lo que respecta a la responsabilidad extracontractual del Estado. Ambos fallos tienen en común que curiosamente la Corte no efectúa remisiones a disposiciones de derecho convencional, pero deja un fuerte mensaje en torno a la obligación primaria que compete al Estado de velar por el correcto funcionamiento de los establecimientos que brindan el servicio de salud.

¹⁶⁰ Cfr. Considerando 5. La Corte realiza una diferenciación entre lo que entiende por justicia social y justicia conmutativa.

¹⁶¹ Únicamente se hace una mera remisión sobre relatividad de los derechos en el considerando 8.

¹⁶² Cfr. CSJN, *Schauman de Scaiola, Martha Susana c/ Santa Cruz, Provincia de y otro s/ daños y perjuicios*, Fallos: 322:1393, 06/07/1999.

La situación versa sobre el reclamo de daños y perjuicios realizado a causa del fallecimiento del hijo de la actora, que se produjo tras la falta de cuidado y atención recibida en un hospital público de la provincia de Santa Cruz, al que la víctima (su hijo) acudió tras sufrir un accidente mientras practicaba andinismo en aquella región del país. El alto tribunal, en competencia originaria, entendió que quedaba demostrada la conducta omisiva en la producción del daño por parte del profesional de la salud que atendió al paciente, y que ello fue lo que finalmente llevó a este último al deceso. Consideró que el médico incumplió con la tarea de aplicar el “mayor celo profesional en la atención del enfermo”¹⁶³, por lo que decidió condenarlo a la indemnización de los perjuicios ocasionados. Asimismo, condenó conjuntamente a la provincia de Santa Cruz, realizando una interpretación mediante la cual el tribunal completa la teoría de la responsabilidad civil estatal, esta vez con referencia a las obligaciones del Estado en materia de salud.

Si bien el Código Civil Argentino contemplaba la atribución de responsabilidad al Estado por actividad ilícita de sus dependientes “en general” (aplicación subsidiaria del art.1112 del CC), la Corte se concentra en dar contenido a esa responsabilidad, avanzando en un largo camino jurisprudencial que ya había iniciado con el caso “Tomás Devoto”¹⁶⁴. A partir de este fallo, esa teoría se integra y la responsabilidad estatal pasa a tener mayores exigencias cuando se trata de casos vinculados a la salud de las personas. Así, el tribunal interpreta en su sentencia que en estos supuestos tal responsabilidad no queda garantizada sólo por contar con personal médico capacitado y los medios necesarios para satisfacer las demandas de salud, sino que debe existir una “articulación activa” de estos factores, en cada momento y con relación a cada paciente¹⁶⁵.

CASO ASOCIACIÓN BENGHALENSIS¹⁶⁶

Estamos ante un caso a partir del cual se va perfilar la orientación jurisprudencial de la Corte hacia una amplia protección del derecho fundamental a la salud, de la mano del señalamiento, por parte del tribunal, de las obligaciones estatales de fuente legal e internacional, a las que interpreta a la luz de la normativa de los derechos humanos. Se trata de un amparo colectivo iniciado por la asociación civil “Benghalensis”, y otras

¹⁶³ Considerando 8.

¹⁶⁴ Cfr. CSJN, *Tomás Devoto y Cía. c/ Estado Nacional*, Fallos:169:111, 22/09/1933. En este precedente, la CSJN admitió por primera vez la responsabilidad del Estado Nacional por los daños generados por su actividad, condenándolo a responder en base a lo dispuesto por los arts.1109 y 1113 del Código Civil Argentino. Actualmente, la materia se encuentra regulada a través de la ley 26.944, sancionada en el año 2014.

¹⁶⁵ Cfr. Considerando 9.

¹⁶⁶ Cfr. CSJN, *Asociación Benghalensis y otros c/ Ministerio de Salud y Acción Social – Estado Nacional s/ amparo ley 16.986*, Fallos: 323:1339, 01/06/2000.

asociaciones civiles cuya actividad básicamente consistía en la lucha contra el Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida (SIDA). Las accionantes habían demandado al entonces Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación (MSyAS) por incumplimiento de la ley nacional 23.798 y su decr.regl.1244/91, y la consecuente violación de los arts.14, 20, 43 y 75 inc.22 CN. En especial, reclamaron al ente nacional la falta de suministro de los medicamentos necesarios para hacer frente a la enfermedad del SIDA, e interpusieron una medida cautelar para que se garantice la entrega de la medicación solicitada por cualquier persona física, o por los programas provinciales y municipales creados para tal fin.

Sobre la base de que la interrupción de aquellos medicamentos hacía que disminuyera la efectividad de la droga requerida para tratar el SIDA, la medida fue concedida en primera instancia, decisión contra la que el Estado Nacional dedujo recurso de apelación. La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo confirmó el fallo, lo que generó que la demandada (Nación) interponga el recurso extraordinario ante la Corte Suprema. El máximo tribunal hizo lugar finalmente al recurso, y confirmó la sentencia recurrida. El fallo adhiere al completo dictamen del Procurador General de la Nación, en el que se precisan algunos aspectos importantes sobre los que cabe realizar ciertas consideraciones:

Una legitimación activa amplia: la Corte entendió que existía legitimación activa de las demandantes para interponer la acción de amparo, en tanto ello estaba permitido por el art.43 de la CN, que protege a través de este remedio procesal los derechos de incidencia colectiva “en general” y amplía la legitimación al defensor del pueblo y a las asociaciones que propendan a la protección de tales derechos. El punto es novedoso, ya que el órgano, en uso de su función interpretadora -y también política-, cataloga directamente al derecho a la salud como un derecho de incidencia colectiva¹⁶⁷, sin que esta clasificación surja expresamente de la Constitución Nacional. Hasta el momento, el derecho a la salud únicamente venía recibiendo un trato legislativo y jurisprudencial como derecho individual; más a partir de este pronunciamiento pasa a concebirse como un bien indivisible, que es compartido por toda la comunidad (difuso)¹⁶⁸. El cambio de perspectiva en la materia, guiará el accionar público y los pronunciamientos posteriores de la propia Corte a la hora de atender los reclamos de salud provenientes de las asociaciones civiles que los defiendan, cuestión no menor, y desde ya impensada si nos

¹⁶⁷ Más allá de la confusión que pueda generar el hecho de que, líneas más abajo, se lo mencione como “derecho individual” (Ver Dictamen del Procurador General de la Nación, párrafo 3 del punto X), el argumento está dirigido a tratarlo como derecho colectivo, de acuerdo con las singularidades que presenta este caso puntual.

¹⁶⁸ Cfr. Dictamen del Procurador General de la Nación, párrafos 1 y 4 del punto VIII.

remontamos a épocas anteriores del tribunal. Como consecuencia de estas consideraciones, los alcances generales del fallo se extendieron a todos los que padecían la infección provocada por el VIH y no únicamente al caso particular iniciado por las asociaciones implicadas. Así, el efecto “erga omnes” de la sentencia, la convierte en una decisión original y a la vez polémica, desde que condiciona también la actividad de los restantes poderes, y reafirma a su vez la justiciabilidad ínsita del derecho a la salud, incluso como derecho colectivo.

La vinculación con el principio de autonomía personal: el fallo recalca la interconexión del derecho a la salud con el principio la autonomía personal contemplado en el art.19 CN, que se traduce en la posibilidad de las personas de “optar libremente por el propio plan de vida”¹⁶⁹. Deja en claro que esa autonomía se ve restringida cuando no existe un adecuado nivel de salud, ya que no exige mayor esfuerzo lógico comprender que alguien que padece afecciones en su salud, no puede elegir libremente. Esta orientación del derecho a la salud como un derecho que asegura la autonomía de la persona humana, resulta sumamente interesante y no se había visto hasta el momento en los pronunciamientos de la Corte al tratar derechos sociales. En efecto, si bien el tribunal venía afirmando desde sus comienzos que la vida es el primer derecho de toda persona humana, al subrayar aquí la conexión entre autonomía y preservación de la salud, no sólo refuerza aquella idea primigenia, sino que también apunta a desterrar la anclada posición de cierta parte de la doctrina que considera que los derechos civiles y políticos se hallan jerárquicamente por encima de los derechos sociales, a medida que resalta la conexión y armonía que debe existir entre unos y otros.

Invocación de derecho convencional y nacional: el pronunciamiento evoca los instrumentos internacionales con rango constitucional que reconocen el derecho a la salud, tanto en su faz individual como colectiva, y utilizando una excelente metodología, se concentra luego en la normativa nacional (en concreto, en la ley 23.798 y su decreto reglamentario). Así, de la conjunción de normas nacionales e internacionales, el órgano logra elaborar un primer mensaje: el Estado Nacional es el responsable de la atención de las personas afectadas por el VIH y que necesitan la asistencia adecuada para su tratamiento. En otras palabras, se reconoce la vinculación directa entre derecho nacional y convencional, a favor de un grupo al que se reconoce como grupo vulnerable: los enfermos de SIDA.

¹⁶⁹ *Ibidem*, párrafo 1 del punto X.

¿Obligación exclusiva, conjunta o subsidiaria del Estado Nacional?: el tribunal concluye que existen dos niveles de ejecución de la norma discutida: el correspondiente al Estado Nacional como primer obligado, en tanto la ley declara de interés nacional la lucha contra el SIDA (art.1), y designa al Ministerio de Salud de la Nación como autoridad de aplicación (art.3); en este plano el Estado debe procurar que el ejercicio de los derechos individuales no se torne ilusorio, realizando para ello las prestaciones positivas necesarias (es decir, suministrando los reactivos y medicamentos aptos para combatir la enfermedad)¹⁷⁰. En un segundo nivel, actúan los gobiernos locales, cuya actividad debe ser coordinada con la del Estado Nacional¹⁷¹, junto a quien soportan los gastos que demande el cumplimiento de la ley (art.21). El voto conjunto de los Dres. Moliné O' Connor y Boggiano insiste en remarcar esta idea de la garantía federal en materia de salud, al agregar que la protección del derecho a la salud constituye una obligación impostergable a cargo del Estado Nacional, y de inversión prioritaria¹⁷². Por el contrario, el Ministro Vázquez sostuvo que la obligación de aquél es sólo subsidiaria ante el incumplimiento comprobado de las jurisdicciones locales¹⁷³.

Control judicial del presupuesto: la Corte entiende que con la decisión no se configuró una afectación al presupuesto nacional, ni se infringió el principio de división de poderes, ya que lo que se exige es el debido cumplimiento de algo que el Poder Legislativo ya había previsto en la ley analizada. Esta cuestión no obsta a que puedan reconocerse en el pronunciamiento algunos rasgos de sentencia “manipulativa”, en la medida en que condena a una determinada interpretación de la ley vigente¹⁷⁴. Sin embargo, el activismo judicial que entraña la decisión no está dado tanto por la iniciativa de los propios jueces que resuelven el caso, sino más bien por la de las asociaciones civiles demandantes. A través de la herramienta procesal del amparo, su recurso se legitima a la luz del art.43 de la CN y les permite encauzar judicialmente un reclamo que logra revertir la conducta estatal omisiva. De esta manera, la decisión lleva a que el Poder Judicial exija al Poder Administrador la entrega efectiva y oportuna de los medicamentos para todo el sector de la población afectado de SIDA, cuando bien podría haber reconocido sólo el derecho de las accionantes. Hay, claramente, una decidida pretensión de expandir el efecto de lo resuelto en sede judicial, y de remarcar la importancia de lo que constituye una política pública.

¹⁷⁰ Cfr. Dictamen del Procurador General de la Nación, punto X.

¹⁷¹ Tal como se ha indicado en el punto 3.c.1. de este trabajo (“El modelo de organización del sistema de salud argentino. La garantía federal”).

¹⁷² Cfr. Considerando 11 de su voto conjunto.

¹⁷³ Cfr. Considerandos 11, 18, 19, 20 de su voto.

¹⁷⁴ Cfr. SAGÜÉS, Néstor P., “Las sentencias exhortativas (“apelativas” o “con aviso”), y su recepción en Argentina”, *La Ley* 2005-F, 1461, Buenos Aires, 2005, pp.1-7.

Como bien decíamos al comienzo, la sentencia recaída en “Asociación Benghalensis” alcanza a todos los casos futuros que presenten iguales condiciones, y es eso lo que la convierte en novedosa. Vemos a un Poder Judicial que remarca que el deber del Estado Nacional no se concreta únicamente con “cumplir” con la entrega de los fármacos, sino que esa actividad debe estar ligada a la continuidad y regularidad en el tratamiento médico. Así, es hasta el día de hoy que los efectores públicos del país deben proveer obligatoriamente la medicación a quienes sufren la afección del mal contraído por el virus de inmunodeficiencia humana (VIH). Un verdadero logro judicial.

CASO CAMPODÓNICO DE BEVIACQUA¹⁷⁵

Este es un caso en el que la madre de un menor, demanda al Estado Nacional (Ministerio de Salud y Acción Social) para que cese en la negativa de entregar las dosis necesarias de un medicamento imprescindible para enfrentar la enfermedad de su hijo. La afección consistía en una disminución de las defensas inmunológicas del niño –conocida como enfermedad de Kostmann-, cuyo tratamiento se combatía mediante el fármaco “Neutromax 300”, que hasta el momento le era suministrado por el Banco Nacional de Drogas Antineoplásicas. Cuando el referido banco comunicó a la actora que interrumpiría la entrega, ésta dedujo acción de amparo con el fin de evitar tal comportamiento por parte de la entidad nacional. El reclamo fue atendido por el Juzgado Federal de primera instancia de la ciudad de Río Cuarto, que ordenó que se cumpliera con lo peticionado. Ante la apelación intentada por el Estado, la Cámara Federal de Córdoba confirmó el fallo anterior, y el vencido se alzó en recurso extraordinario ante la Corte, el que, denegado, motivó el recurso de queja. Admitida la queja, el alto tribunal optó por confirmar la sentencia de primera instancia.

El precedente cuenta con varias aristas. De un lado, se inscribe en la línea del comentado caso “Policlínica Privada”¹⁷⁶, en cuanto contempla la situación de los menores como grupo social vulnerable. Vemos que la atención e interés en el niño se anteponen a la de cualquier otro reclamo, principalmente al invocado por el Estado Nacional respecto de la obligación subsidiaria que –según alega- le competía en la atención médica de aquél. Si bien también está presente la variable de la discapacidad del niño, la Convención sobre los Derechos del Niño es citada como fuente principal de este fallo –lo mismo ocurre en “Policlínica”-, y con ella una serie de tratados internacionales que resguardan los

¹⁷⁵ Cfr. CSJN, *Campodónico de Beviacqua, Ana Carina c/ Ministerio de Salud y Acción Social – Secretaría de Programas de Salud y Banco de Drogas Neoplásicas*, Fallos 323:3229, 24/10/2000.

¹⁷⁶ (CSJN, Fallos:321:1684).

derechos a la vida y salud de los menores¹⁷⁷. De esta manera, resulta interesante ver cómo a raíz de un caso particular, el órgano aprovecha para delimitar cuál es el alcance internacional de esa protección, y extrema la exigibilidad del derecho social a la salud con relación a los niños.

En segundo lugar, la Corte profundiza lo que ya venía sentando en “Asociación Benghalensis”¹⁷⁸ acerca de la obligación impostergable que el Estado Nacional tiene de garantizar el derecho a la salud mediante la implementación de “acciones positivas”, entre las que se encuentra la de garantizar el acceso al servicio sanitario¹⁷⁹. Una diferencia con aquél fallo, es que aquí, en vez de fundamentar la responsabilidad estatal en base a una ley¹⁸⁰, la Corte considera también la normativa internacional, que obliga a la Nación a responder directamente, sin perjuicio de la coordinación que deba existir con las jurisdicciones locales y las entidades privadas que presten servicios de salud, y junto a las que integra un mismo y único sistema sanitario¹⁸¹. El análisis convencional no obsta sin embargo a que se tomen en cuenta también las normas nacionales en juego, para lo cual el tribunal refiere a las leyes que regulan la actividad de las obras sociales y la creación del Sistema Nacional del Seguro de Salud¹⁸², como las que resguardan los derechos de las personas con discapacidad¹⁸³. De esta manera, enfatiza en que la obra social de la actora forma parte de un seguro social único, lo que hace que en el marco legal citado, la autoridad de aplicación sea el Ministerio de Salud, que debe garantizar la continuidad en la prestación a cargo de la misma y el efectivo cumplimiento del Programa Médico Obligatorio, máxime si se tiene en cuenta que se trata de la situación de un menor discapacitado.

De lo anterior se extrae que la decisión involucra -en parte- cuestiones propias de las competencias de los otros poderes. Ello porque refuerza la posibilidad de exigir la cobertura (ya prevista por vía legislativa) a los poderes públicos, y al mismo tiempo sobre esa base ordena a la autoridad administrativa a que continúe con la entrega de la medicación, en tanto la provisión previa otorgada a través del Banco Nacional de Drogas nunca pudo haber respondido solo a “razones humanitarias”, sino al claro reconocimiento

¹⁷⁷ Cfr. Considerando 17.

¹⁷⁸ (CSJN, Fallos: 323:1339).

¹⁷⁹ Cfr. Considerando 16.

¹⁸⁰ En “Asociación Benghalensis” lo hace partiendo de que la ley nacional 23.798 declara de interés nacional la lucha contra el SIDA e instituye como autoridad de aplicación al Ministerio de Salud, y que, por lo tanto, el responsable en proveer la medicación era el Estado Nacional.

¹⁸¹ Cfr. Considerando 21. Al igual que en “Asociación Benghalensis”, la Corte vuelve a citar el art.12 del PIDESC, que define a la salud como derecho al más alto nivel de protección de la salud física y mental. Esto signará lo que de ahora en más el tribunal entenderá como concepto del derecho a la salud.

¹⁸² Leyes 23.660 y 23.661 respectivamente (Cfr. Considerandos 22 a 25).

¹⁸³ Leyes 23.431 y 24.901 (Cfr. Considerandos 32 y 33). La Corte partió de la minusvalía que sufría el niño para justificar la preferente atención que el Estado Nacional debía brindarle.

de obligaciones internas e internacionales, perfectamente exigibles, a cargo del Estado Nacional.

Otra de las diferencias que presenta con “Asociación Benghalensis” es que aquél es un fallo que termina resolviendo una petición con alcances colectivos, mientras que en este caso se resuelve una pretensión individual. Hay quienes podrán decir que en este sentido tuvo mayor logro la decisión anterior, en cuanto comprendió la situación de otros sujetos que se encontraban en las mismas condiciones fácticas a las tratadas judicialmente, lo que posibilitó beneficiar a un mayor número de personas, evitándoles el trámite de tener que presentar uno por uno sus reclamos individuales. Del otro costado, hay quienes válidamente también podrán alegar que convalidar fallos de la Corte con efectos de aquél tipo (*erga omnes*) no sería sino pretender transformar un control judicial difuso, en uno concentrado, cuando no es ello lo que el constituyente nacional ha querido.

Por último, aspectos que quedan esbozados aunque no concluidos, son la mención que hace la Corte de la clausula federal del art. 28 de la CADH, y del principio de progresividad receptado en el art.2 inc.1 del PIDESC¹⁸⁴.

CASO T.S.¹⁸⁵

Por medio de este fallo, la Corte Suprema confirmó la sentencia del Superior Tribunal de la Ciudad de Buenos Aires, que a diferencia de lo que se había decidido en las dos instancias anteriores, autorizó la inducción de un parto de ocho meses de gestación, a una mujer embarazada que había solicitado dicha intervención a través de una acción de amparo. La acción fue interpuesta por la actora tras haber sido informada que el niño que llevaba en su vientre padecía de una anencefalia que complicaría su supervivencia extrauterina una vez producido el alumbramiento. El caso llegó a la Corte Suprema en razón del recurso extraordinario interpuesto por el Asesor de Incapaces de la CABA, en representación del nasciturus.

Más allá de la opinión personal que pueda suscitar la decisión tomada, lo cierto es que aquí el tribunal incorpora aspectos interesantes referidos a la protección de la vida de las personas por nacer, y a la salud física y psicológica de la mujer embarazada que se encuentra en una situación como la descrita anteriormente. En cuanto a lo primero (situación de las personas por nacer), el voto mayoritario parte de la base de que no se está frente a un supuesto de aborto, ya que éste implica la muerte del feto por causa de la expulsión, cuando aquí el deceso se produciría por la propia anencefalia, y no por la

¹⁸⁴ Ambos son mencionados, pero no desarrollados. Respecto al principio de progresividad, éste es analizado por el tribunal en el caso “Ramos” (CSJN, Fallos: 325:396).

¹⁸⁵ Cfr. CSJN, *T., S. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo*, Fallos: 324:5, 11/01/2001.

inducción del parto¹⁸⁶. Reconoce, y en esto acuerdan todos sus miembros, que hay vida humana desde la concepción, y que esa vida es sujeto de la más amplia protección en cuanto así lo establecen tratados internacionales con jerarquía constitucional conforme el art.75 inc.22 CN¹⁸⁷. Siguiendo la línea jurisprudencial en la que venía trabajando, el órgano cita la Convención sobre los Derechos del Niño y la ley nacional que adopta dicho instrumento, en la que Argentina efectuó una reserva tras indicar que para el Estado argentino niño es todo ser humano desde la concepción y hasta los 18 años de edad¹⁸⁸. La remisión a estas normas, se hace para dejar en claro que, para nuestro ordenamiento jurídico, el nasciturus es una persona humana, cuya vida merece ser tutelada desde la concepción.

En este razonamiento, la Corte entiende que en el caso bajo examen la vida ha sido respetada, porque ha transcurrido sin intervenciones el plazo suficiente de gestación (8 meses o 32 semanas) que tendría cualquier niño con posibilidades certeras de sobrevivir, y porque ha quedado demostrado que aún esperando a que ese tiempo transcurra por completo, el fallecimiento sería una consecuencia indefectible. En suma, reconoce la existencia diferenciada de la vida embrionaria, y que se han llevado a cabo los máximos esfuerzos para asegurar su protección, pero advierte que ellos no alcanzarían para evitar el fatal desenlace del niño. Se contempla que, frente al probado hecho de que adelantar el parto no beneficiaría ni empeoraría la situación de aquél, dilatar el tiempo sólo sería prolongar el daño psicológico de la gestante y de su familia entera¹⁸⁹, al saber que en su vientre seguirá llevando un feto que no podrá subsistir en forma autónoma fuera del seno materno.

En cuanto al estado de la gestante, el voto del Dr. Bossert profundiza en la situación de vulnerabilidad de la mujer, que es analizada desde la perspectiva del derecho a la salud y sus dimensiones “física” y “psíquica”¹⁹⁰, invocando la especial protección que recibe la mujer embarazada a través de pactos internacionales de jerarquía constitucional, como lo son la Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales¹⁹¹.

¹⁸⁶ Cfr. Considerandos 9 y 13.

¹⁸⁷ Cfr. Considerandos 11 del voto de la mayoría, 14 del voto del Ministro Bossert, 8 y 9 del voto disidente del Dr. Nazareno, 11 del voto del Dr. Petracchi, y 2 y 5 del voto disidente del Dr. Boggiano.

¹⁸⁸ Cfr. Ley 23.849, art.2.

¹⁸⁹ Cfr. Considerando 10. La intención ha sido preservar el núcleo familiar y contribuir a su unidad y prolongación en el tiempo. Esta visión se condice bastante con la corriente del constitucionalismo social, que se ha mostrado proclive a preservar la familia desde una perspectiva integral, esto es, en sus dimensiones material y moral.

¹⁹⁰ Cfr. Considerando 14 de su voto.

¹⁹¹ *Ibidem*.

CASO ETCHEVERRY¹⁹²

Esta sentencia aborda, esencialmente, las limitaciones que deben observar las empresas de medicina prepaga, al llevar a cabo la actividad contractual en su carácter de agentes del seguro de la salud. Le tocó decidir a la Corte sobre la situación de un trabajador (Etcheverry) que gozaba de la cobertura médica prestada por la empresa Omint S.A, a la que Etcheverry estaba vinculado en razón del contrato que mantenía su empleadora con la prepaga mencionada. Cuando el vínculo laboral finalizó, aquél quiso continuar con las prestaciones a título particular, a lo que Omint S.A. se negó. El trabajador interpuso un amparo para solicitar su reincorporación a la empresa de salud, que fue rechazado en primera y segunda instancia, y motivó la interposición del recurso extraordinario, que denegado, dio lugar a la queja. La Corte optó por revocar la sentencia y hacer lugar a la pretensión del amparista, e invocó ciertos argumentos que van a seguir proyectando la política nacional sanitaria, esta vez, a través de la imposición de límites a la actividad de las prepagas.

El voto de la mayoría reproduce los fundamentos del dictamen del Procurador General, que no agrega nada nuevo a lo que ya se encontraba legislado. En efecto, valoró que ya había sido sancionada la ley 24.754 de Medicina Prepaga, que establece que las entidades que presten servicios de medicina prepaga deben cubrir como mínimo las prestaciones obligatorias dispuestas por las obras sociales (art.1). Lo que hace la decisión entonces, es darle una ubicación contractual a esa actividad. Veamos.

En primer término, se indica que la relación de los particulares con estas empresas se enmarca en el ámbito de los negocios comerciales a través de “contratos innominados o atípicos”¹⁹³, con un objeto definido, que comprende -entre otros- la preservación de la salud. Menciona que las prestadoras contrarían este objeto cuando pretenden anteponer el principio de autonomía personal para negar la inscripción a los usuarios, dado que en este tipo de contratos ellas asumen un compromiso social con ellos¹⁹⁴. En esto, el órgano deja en claro que la solución aplica para los casos en que alguien queda desempleado y ofrece abonar voluntariamente la cobertura de la que resultaba ser beneficiario; es decir, la decisión no pretende involucrarse en la actividad privada con el propósito de alterar la finalidad económica de los contratos, pero sí pone un coto a la libertad de decisión de las empresas de salud respecto a las afiliaciones, anteponiendo la importancia y particularidad del derecho/objeto contractual en juego.

¹⁹² Cfr. CSJN, *Etcheverry, Roberto Eduardo c/ Omint Sociedad Anónima y Servicios*, Fallos: 324:677, 13/03/2001.

¹⁹³ Cfr. Dictamen del Procurador General de la Nación, punto V.

¹⁹⁴ *Ibidem*, punto IV.

En segundo término, agrega que se trata de contratos “de adhesión”, porque hay una aceptación de cláusulas preestablecidas, y “de consumo”, en tanto el usuario es un destinatario final del servicio médico, es decir, un consumidor, y por tanto la parte más débil de la relación, a favor de quien deben interpretarse los convenios según la normativa de la ley 24.240 de Defensa del Consumidor. Creo que en este punto podría haberse profundizado el análisis respecto a la protección de la salud desde la perspectiva constitucional del derecho del consumidor, ya que, si estamos de acuerdo en que se trata de una relación de consumo, el art.42 CN prescribe claramente que los consumidores y usuarios tienen derecho a la protección de su salud. En su voto, el juez Vázquez realiza el control de constitucionalidad tomando el art.43 CN en relación con la conducta arbitraria que habría asumido Omint S.A. al negar la afiliación del actor¹⁹⁵, pero no menciona el art.42CN.

No menos importante es que este fallo refiere también a la enfermedad del SIDA que la Corte ha tratado en otras oportunidades, y a la importante función social que cumplen las entidades de medicina prepaga al proveer la cobertura de los tratamientos necesarios para quienes la padecen, como ocurría en el caso de Etcheverry. El juez Vázquez señala que esa función social libera a las empresas del pago de ciertos tributos, por lo que se exige de ellas que procuren el goce del derecho a la salud evitando todo tipo de discriminación, máxime cuando se evidencia que resultaría sumamente difícil para el actor contratar otro servicio en razón de su enfermedad.

Como veíamos en capítulos anteriores, la descentralización del servicio de salud ha sido uno de los factores que ha contribuido a la justiciabilidad del derecho a la salud. La judicialización de un caso como éste, no solo demuestra tal circunstancia, sino que arroja –en mi opinión– un mensaje institucional alusivo a que, aún cuando sea prestado por entidades privadas, el servicio de salud no es simplemente parte de una directriz política, sino un derecho directamente justiciable, que cuando se convierte en objeto de contratos celebrados entre agentes prepagos y particulares, debe prevalecer por sobre el principio de autonomía personal que rige comúnmente la actividad contractual. La Corte es consciente de la tensión que se produce en estos casos entre la medicina y la economía, pero logra satisfactoriamente armonizar la política de salud, haciéndolo esta vez en relación al rol que deben cumplir los entes privados que prestan el servicio.

¹⁹⁵ Cfr. Considerando 11 de su voto.

CASO HOSPITAL BRITÁNICO¹⁹⁶

Al igual que su precedente “Etcheverry”, este fallo fue dictado en la misma fecha y con el mismo tratamiento diferenciado de la problemática del SIDA y de la actividad que deben cumplir las entidades prepagas dentro del sistema de salud. El examen versa sobre la queja articulada por el Estado Nacional frente a la denegación del recurso extraordinario contra una sentencia de Cámara, la cual había declarado inconstitucional la ley 24.754 de Medicina Prepaga. Para así decidir, la Cámara consideró que la mentada ley -que extiende a las empresas de medicina prepaga las prestaciones mínimas impuestas legalmente a las obras sociales-, atentaba contra los derechos de propiedad, igualdad y libertad de contratación del Hospital accionante. Finalmente, la Corte hizo lugar a la queja del Estado y revocó la sentencia.

Además de reiterar que la actividad privada en cuestión excede el mero trato comercial, por estar dirigida a preservar -entre otros- el derecho a la salud, y que ello constituye un compromiso social de parte de los prestadores de la medicina prepaga¹⁹⁷, la Corte pone especial énfasis en la necesidad de que cuando éstos prestadores invocan altos costos y riesgo empresario de cubrir tratamientos y cuidados a personas contagiadas del virus VIH, deben demostrar el perjuicio concreto si lo que pretenden es la declaración de inconstitucionalidad de la legislación vigente. Como aspectos destacables de esta sentencia, puede señalarse, por ejemplo, que todos los ministros votan en igual sentido, lo que revela que existe a esta altura un consenso y una política clara de la Corte en lo que respecta a la protección de la enfermedad del SIDA. Por otra parte, se señalan los alcances del Estado Nacional a través del ejercicio del poder de policía, en virtud del cual éste puede reglamentar la actividad de ciertas industrias si lo es en beneficio del interés y bienestar general señalados en el preámbulo, siempre teniendo en cuenta lo dispuesto por el art.28CN¹⁹⁸. También quedan diferenciados perfectamente cuáles serían los tres subsectores del sistema de salud, esto es, el privado -libre fijación de tarifas-, el correspondiente a las obras sociales -las tarifas son porcentajes fijos de las remuneraciones de los afiliados y reciben subsidios del estado-, y el sector público -para quien no goce de cobertura alguna-¹⁹⁹. Asimismo, al efectuar el control de constitucionalidad, se destaca que la ley 24.754 es una expresión de los compromisos internacionales asumidos por el Estado en materia de salud (que a lo largo del fallo se

¹⁹⁶ Cfr. CSJN, *Hospital Británico de Buenos Aires c/ Estado Nacional (Ministerio de Salud y Acción Social*, Fallos:324:754, 13/03/2001.

¹⁹⁷ Cfr. Dictamen del Procurador General de la Nación, punto VI (aplica doctrina “Etcheverry”).

¹⁹⁸ Ver Dictamen del Procurador General de la Nación, puntos VI y VII.

¹⁹⁹ *Ibidem*, punto VII.

encuentran citados y que forman parte del orden constitucional por su inclusión a través del bloque de constitucionalidad)²⁰⁰.

Por último, y a mi modo de ver la parte más interesante del fallo, se afirma que el derecho a la salud no es un derecho teórico, sino un producto de la realidad social que penetra en las relaciones públicas y privadas²⁰¹. Merece atención el voto concurrente del juez Vázquez, que hace alusión al derecho a la salud como un “derecho natural”²⁰², lo que confirma que su reconocimiento no depende de la positivización que de él se haga, sino que es de carácter previo. El magistrado también revaloriza la labor legislativa, al recordar que el objeto de la ley ha sido paliar la desigualdad existente entre quienes accedían al servicio de las obras sociales y quienes optaban por el sector privado²⁰³, con lo que pone de manifiesto su “visto bueno” a la política sanitaria del gobierno nacional.

CASO MONTESERIN²⁰⁴

La cuestión discutida en este caso consolida las doctrinas sentadas principalmente en los precedentes “Campodónico” y “Asociación Benghalensis”. El mismo llega a la Corte luego de que Estado Nacional interpusiera el recurso extraordinario contra una sentencia de Cámara que confirmaba la decisión de hacer lugar a la acción de amparo promovida por el padre de un menor discapacitado, para que su hijo recibiera los beneficios que le otorgaba la ley 24.901 de cobertura integral para personas con discapacidad. Asimismo, se condenaba a la autoridad nacional a afrontar el tratamiento requerido. Luego de que el recurso extraordinario fuera rechazado por la Corte, la demandada se alzó en queja, y el máximo tribunal hizo lugar a la misma, confirmando la anterior sentencia de Cámara.

La decisión es importante porque contempla especialmente las situaciones de minoridad y discapacidad del niño, que padecía una parálisis cerebral. Estos aspectos son analizados por la Corte desde la normativa internacional con jerarquía constitucional que protege el derecho a la salud, al que nuevamente entiende comprendido dentro del derecho a la vida²⁰⁵. Así, en sintonía con los precedentes mencionados, el fallo aborda la obligación de los sujetos estatales dependientes del Estado Nacional²⁰⁶, de preservar este

²⁰⁰ *Ibidem*, punto VI.

²⁰¹ *Ibidem*.

²⁰² Cfr. Considerando 9 de su voto.

²⁰³ Cfr. Considerando 12 de su voto.

²⁰⁴ Cfr. CSJN, *Monteserin, Marcelino c/ Estado Nacional – Ministerio de Salud y Acción Social – Comisión Nacional Asesora para la Integración de Personas Discapacitadas – Servicio Nacional de Rehabilitación y Promoción de la Persona con Discapacidad*, Fallos:324:3569, 16/10/2001.

²⁰⁵ Cfr. Considerandos 11 y 12.

²⁰⁶ En el caso el demandado es el Servicio Nacional de Rehabilitación y Promoción de la Persona con Discapacidad, dependiente del Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación. Luego de una serie de fallos en los que se venía decidiendo sobre el accionar de sujetos no estatales –en concreto, empresas de

derecho mediante “acciones positivas”, sin perjuicio de la responsabilidad que atañe a los gobiernos locales, las obras sociales y las empresas de medicina prepaga. Mediante el análisis de la ley 24.901, la Corte reconoce que la legislación nacional ha sido sancionada en respeto a lo establecido en los instrumentos internacionales que cita en el fallo, pero advierte que la Administración no estaba haciendo lo suficiente para dar plena efectividad a los derechos contemplados en aquellos instrumentos. Esto denota un claro activismo por parte del tribunal, que tras comprobar la insuficiente actuación del poder político de turno, asume la tutela del derecho social a la salud y le exige la cobertura del tratamiento requerido por los accionantes.

Otro aspecto que creo de interés y que marca una diferencia con “Campodónico”, es que lo que aquí se reclama no es la entrega de un medicamento en particular, sino de un tratamiento que asegure al niño discapacitado una mejor calidad de vida. Esto conduce inmediatamente a repensar cuestiones vinculadas al contenido del derecho a la salud, desde que podríamos preguntarnos si también aquellos mecanismos de rehabilitación destinados a *mejorar* la situación actual de los enfermos, pueden, a pesar de no ser urgentes, considerarse en el mismo pedestal de importancia que aquellos que apuntan a *preservar* su salud²⁰⁷. Frente a esto, entiendo que lo conveniente es interpretar que tanto la preservación de la vida y la salud, como la mejora en la calidad de vida de las personas en general -incluso las que no sufren ninguna afección-, apuntan a lograr ese “alto nivel de salud física y mental” que se propone el art.12 del PIDESC²⁰⁸. Como se ha indicado al tratar su contenido²⁰⁹, la plena realización del derecho a la salud no se limita a la atención médica, sino que demanda la integración de una serie de factores socio-económicos que incluyen hasta cuestiones como la protección del medioambiente, por mencionar algún ejemplo. En esta línea, no aceptar que la mejora de las condiciones de vida sean parte de este derecho sería una incoherencia con lo que la propia doctrina y la jurisprudencia de la Corte han ido construyendo alrededor de esta temática.

En último punto, cabe destacar que, si bien se menciona, no se profundiza demasiado en lo relativo a la cuestión presupuestaria, que es la defensa alegada por la demandada (Estado Nacional) para eximirse de responsabilidad. La Corte hasta el momento sólo se ha limitado a señalar que cada organismo nacional debe contar con las partidas destinadas a sostener el sistema de salud; tal vez así lo ha hecho porque ahondar en esta cuestión, bien podría implicar una invasión de las competencias del Poder Administrador en lo que

medicina privada-, se vuelve a tratar la responsabilidad del Estado Nacional por la actividad de entidades que actúan bajo su órbita.

²⁰⁷ En “Campodónico”, la falta de suministro del medicamento atentaba contra el sistema inmunológico del niño.

²⁰⁸ Como hemos visto, el art.12.1 del PIDESC señala que el contenido del derecho a la salud es el disfrute del “más alto nivel posible” de salud física y mental.

²⁰⁹ Cfr. punto 3.b. de este trabajo (“El contenido del derecho a la salud”).

hace al diseño del presupuesto general, facultad que corresponde únicamente a este poder. Quizás, no era el momento todavía para hacerlo.

CASO RAMOS²¹⁰

Ramos es un caso en el que –desafortunadamente- todo lo que la Corte había construido a nivel jurisprudencial durante la década anterior en materia de derechos sociales, y en particular en referencia al derecho a la salud, prácticamente se destruirá por completo en las pocas líneas que conforman esta sentencia. Resulta imposible entrar en el fondo del asunto debatido, sin recordar que al momento en que al máximo tribunal le tocó intervenir, nuestro país atravesaba una de las peores crisis de su historia²¹¹. Tampoco podemos pasar por alto que este fallo fue uno de los primeros en los que la Corte trató judicialmente derechos sociales con posterioridad a la declaración de la emergencia económico-financiera²¹², que se extendería gradualmente a casi todos los sectores de la política argentina, incluido el sanitario²¹³.

Se trata de una causa en la que una mujer (Ramos), por derecho propio y en representación de sus ocho hijos, promovió acción de amparo contra el Ministerio de Desarrollo Social y Medio Ambiente de la Nación, la Provincia de Buenos Aires y el Hospital Garrahan. En su demanda, la Sra. Ramos alegó la violación de los derechos sociales a una alimentación sana, a la salud, a la educación y a una vivienda digna. Solicitó, en base a las normas constitucionales e internacionales que resguardan tales derechos, el otorgamiento de una cuota alimentaria mensual para poder paliar sus necesidades, las condiciones materiales para que seis de sus hijos asistieran a un

²¹⁰ Cfr. CSJN, *Ramos, Marta Roxana y otros c/ Buenos Aires, Provincia de y otros s/ amparo*, Fallos 325:396, 12/03/2002.

²¹¹ María Sáenz Quesada describe la gran crisis de comienzos del milenio, al expresar que la herencia recibida del gobierno anterior consistía “en una deuda externa de 130.000 millones de dólares, déficit fiscal de más de 10.000 millones, desorden en las cuentas provinciales, escasa inversión y alta desocupación (14%). Faltaban recursos propios para sostener la convertibilidad en un contexto internacional en el que las elevadas tasas de interés autorizadas en Estados Unidos afectaban a las economías de países emergentes.” (SÁENZ QUESADA, *op. cit.*, p.729). En igual sentido, Roberto Saba opina que “Los traumáticos días de finales de 2001 y comienzos de 2002 dejaron en evidencia que esa Argentina que se había distinguido del resto de América latina durante el siglo XX por su numerosa y predominante clase media había quedado en el pasado. Muchos cayeron en la cuenta de que, sobre todo a raíz de las políticas neoliberales de los años noventa, más de la mitad del país había quedado por debajo de la línea de pobreza. La población de las villas –asentamientos precarios ubicados en los grandes centros urbanos- había crecido hasta alcanzar proporciones nunca vistas (...) generaciones enteras de argentinos estaban imposibilitadas de desarrollar sus planes de vida al encontrarse atrapados en condiciones estructurales que no pudieron ni pueden ni podrían alterar por sus propios medios: era un hecho que contradecía incluso nuestros ideales constitucionales básicos.” (SABA, Roberto, *Más allá de la igualdad formal ante la ley. ¿Qué les debe el Estado a los grupos desaventajados?*, 1ra ed., Siglo Veintiuno Editores, 2016, p.22)

²¹² Por ley 25.344 del año 2000 se declaró en el país la emergencia económica financiera.

²¹³ Por Decreto 486/2002 se declaró la emergencia sanitaria nacional.

establecimiento escolar, y las prestaciones médicas indispensables para cubrir la intervención quirúrgica de una de sus hijas, que padecía una cardiopatía congénita. Finalmente, el máximo tribunal, que intervino en competencia originaria, rechazó *in limine* y por mayoría la acción, alegando cuestiones netamente formales²¹⁴ orientadas básicamente a negar que el amparo fuera la vía procesal idónea para encauzar un reclamo de este tipo, al no quedar demostrada la “arbitrariedad” o “ilegalidad” manifiesta en el ejercicio de los derechos comprometidos. El análisis que a continuación se propone, se centra específicamente en la negativa a los servicios de salud exigidos por la actora.

Si nos detenemos en el relato, el cuadro que la Sra. Ramos presenta ante los jueces es dramático. Afirma encontrarse sumida en una pobreza estructural que impide su inserción social; que está a cargo de menores que sufren desnutrición y que es la única responsable de ellos, ya que los parientes cercanos carecen de recursos hasta para procurarse su propio sustento. Ante esta realidad, uno podría pensar inmediatamente que la situación de desamparo que aqueja a los menores en un caso como éste, llamaría mínimamente la atención del tribunal. Por el contrario, la Corte ni siquiera invoca la Convención sobre los Derechos del Niño²¹⁵, que tanto había citado en precedentes anteriores. Varios instrumentos que contemplan derechos sociales son mencionados en la demanda²¹⁶, más ninguno de ellos es tratado por los juzgadores, ni en el voto mayoritario, ni en la disidencia de los jueces Fayt y Boggiano. No se explica por qué, ante un escenario que revela un estado de extrema vulnerabilidad, que incluye a chicos desnutridos y excluidos del sistema, el órgano decide eludir su tratamiento judicial alegando la falta de prueba de los requisitos impuestos para la viabilidad de la acción de amparo. La postura evidencia un retroceso en la actitud activista que venía caracterizando a la Corte, sobretodo en lo que hace a la idea de evitar la denegación de justicia por razones puramente procesales.

En cuanto a la intervención quirúrgica que precisaba la niña, la decisión muestra que se encontraba probado que la actora pudo conseguir un turno para realizarla en el hospital demandado, pero que no había podido asistir al mismo por no contar con los recursos necesarios para trasladarse al establecimiento, a lo que se sumaba el no tener con quien dejar a sus restantes hijos. Ante ello, el órgano parece entender que las razones dadas no

²¹⁴ Cfr. Voto de los jueces Moliné O'Connor, Belluscio, López, Petracchi, Bossert y Vázquez (con votos concurrentes de los últimos tres). Los jueces Fayt y Boggiano votaron en disidencia.

²¹⁵ En causas como “Campodónico” el tribunal ya se había pronunciado sobre la importancia de la protección de la vida y salud de los niños. Allí entendió que esa protección se encontraba receptada en varios tratados internacionales sobre derechos humanos, junto al correlativo deber de los estados de garantizar a la minoridad los servicios sanitarios y de rehabilitación necesarios. Reconoció que la responsabilidad en materia de salud es del Estado Nacional, y que, cuando lo que se halla en juego es el interés del niño, éste no puede desligarse de sus deberes so pretexto de la inactividad de otras entidades públicas o privadas, ya que tal interés debe ser tutelado por sobre otras consideraciones, por todos los departamentos gubernamentales (Cfr. CSJN, Fallos 323:3229, considerandos 17, 18, 20 y 21)

²¹⁶ Cfr. Considerando 1.

revelan una negación directa por parte del Estado en el acceso a la salud. Frente a esto, mi pregunta es: de acuerdo a la doctrina de la Corte, ¿no son también “acciones positivas” estatales aquellas que permitan a la mujer acceder al servicio médico cuando su imposibilidad deviene de situaciones ajenas a su persona?²¹⁷. Más que acciones positivas dirigidas a preservar la salud de la niña, pareciera haber una regresión en la protección de este derecho, ya que ni la Administración pública, ni el Poder Judicial pudieron enmendar la situación de la actora. Es que, de nada sirve otorgar gratuitamente un servicio si no puede ser concretado a quienes sufren las mayores necesidades en un contexto de extrema pobreza.

Pero no solo nos topamos con un tribunal que convalida la omisión de los entes demandados en el caso, sino que, como adelantamos, también contradice sus propias proyecciones sobre el derecho a la salud al pretender responsabilizar de la falta de recursos a quienes tienen relaciones de parentesco con la actora. La contradicción aparece porque el tribunal venía remarcando que la obligación de permitir el acceso “al más alto nivel posible de salud física y mental”, como lo indica el art.12 del PIDESC, compete al Estado Nacional en su calidad de garante último del sistema, e incluye todo lo que posibilite la concreción de tal derecho, esto es, alimentación adecuada, condiciones de agua potable, vestimenta, un ambiente sano, acceso a la educación, etc²¹⁸. De otro costado, la Corte pretende resguardarse en sus competencias, diciendo que no es a ella a quien se le ha encargado la satisfacción del bienestar general²¹⁹. La deferencia judicial hacia el accionar de la Administración es clara; hay un *self-restraint* que se condice más con actitudes tradicionalistas asumidas por el tribunal en épocas pasadas, que no presentan relación alguna con el modelo de Estado y Constitución adoptados en la última reforma constitucional (1994). Esta actitud, completada por los votos concurrentes de los Dres. Petracchi, Bossert y Vázquez, quienes sugieren que la actora tiene a su disposición la pensión que ofrece la ley 23.746²²⁰, minimizan y hasta desmerecen su reclamo, ya que lejos de considerar que la Sra. Ramos acudió a los tribunales precisamente como último remedio para hacer efectivos sus derechos ante la inacción de los demás poderes, la

²¹⁷ En las causas “Campodónico” (CSJN, Fallos: 323:3229, cons.16), “Asociación Benghalensis” (CSJN, Fallos:323:1339, Dictamen del Procurador General, punto X), “Hospital Británico” (CSJN, Fallos: 324:754, cons.10) y “Monteserin” (CSJN, Fallos :324:3569, cons.11), la Corte había destacado la obligación de la autoridad pública de garantizar el derecho a la salud mediante “acciones positivas”, sin perjuicio de las obligaciones que deban asumir en su cumplimiento las jurisdicciones locales, las obras sociales o entidades de medicina prepaga.

²¹⁸ Además, pensemos que si el criterio adoptado aquí por la Corte fuese el que se hubiese tomado, por ejemplo, en “Campodónico”, donde la madre de un menor reclamó al Estado Nacional la provisión de la medicación necesaria para su hijo, la obligación hubiera recaído en la progenitora accionante y no en el ente estatal. El giro jurisprudencial es notable.

²¹⁹ Cfr. Considerando 7.

²²⁰ Dicha ley prevé una pensión mensual, inembargable y vitalicia para madres que tuviesen siete o más hijos, cualquiera fuese la edad y estado civil.

sentencia le devuelve a la peticionante aquello de lo que justamente viene huyendo: más burocracia²²¹.

Por último, cabe mencionar lo relativo a la cuestión presupuestaria. En línea con lo comentado en el párrafo anterior, el tribunal entiende que no es de su competencia asignar discrecionalmente los recursos presupuestarios disponibles, ya que su misión no es la de satisfacer el interés general²²². La realidad es que no se le ha pedido a la Corte aquí que emita “juicios generales de las situaciones cuyo gobierno no le está encomendado”²²³; simplemente la actora acudió a la instancia judicial en busca del restablecimiento de los derechos que estimó vulnerados. Además, es cierto que la satisfacción del interés general aparece mencionada mayormente como objetivo entre las atribuciones del Congreso²²⁴, pero también lo es que se trata de una aspiración que debe guiar la actividad de todos los poderes estatales, de acuerdo a la fórmula expresada en nuestro Preámbulo²²⁵. De otro costado, la objeción de los costos no resulta ser un argumento sólido. En un contexto político y social en el que las desigualdades son alarmantes, la Corte no puede desempeñar un papel neutral; tiene que, por el contrario, tratar de recomponer el equilibrio que se ha roto por una omisión atribuible a la autoridad pública. Con esta visión, queda claro entonces que olvida el principio de progresividad en materia de derechos sociales.

El principio de progresividad y no regresividad de los derechos está receptado en los arts. 2.1 del PIDESC, art.1 del Protocolo de San Salvador y art.26 de la CADH, y se vincula estrechamente con la asignación del “máximo” de los recursos disponibles en un Estado, en pos de la progresión de los derechos sociales²²⁶. En efecto, si bien esa

²²¹ Esto no guarda relación alguna con la idea de una Corte que frecuentemente se autoproclama como guardiana de la Constitución Nacional y última intérprete de los derechos consagrados en ella.

²²² Cfr. Considerando 7.

²²³ Así lo expresa textualmente el órgano, también en el considerando 7.

²²⁴ Ver *Constitución de la Nación Argentina*, art.75: “Corresponde al Congreso (...) inc.18. Proveer lo conducente a la prosperidad del país, al adelanto y bienestar de todas las provincias (...)”

²²⁵ Habla de “promover el bienestar general”.

²²⁶ Este principio tiene sustento en el derecho internacional de los derechos humanos, que impone a los estados el deber de lograr el desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales, asignando los recursos estatales de la mejor manera posible para el logro de ese fin. El art.2.1 del PIDESC establece que: “Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.”; el art.1 del Protocolo de San Salvador, expresa: “ Los Estados partes en el presente Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos se comprometen a adoptar las medidas necesarias tanto de orden interno como mediante la cooperación entre los Estados, especialmente económica y técnica, hasta el máximo de los recursos disponibles y tomando en cuenta su grado de desarrollo, a fin de lograr progresivamente, y de conformidad con la legislación interna, la plena efectividad de los derechos que se reconocen en el presente Protocolo.”; y el art.26 de la CADH dice: “Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los

progresión está dirigida -por lo general- a las medidas que deben observar los Poderes Legislativo y Ejecutivo, también debe ser una pauta rectora en el control judicial de constitucionalidad²²⁷. Así como la sanción de una ley o decreto que reprima o recorte el contenido mínimo esencial de derechos sociales se considera un acto regresivo²²⁸, también lo será una decisión jurisdiccional que omita pronunciarse sobre la necesaria inversión de fondos públicos para lograr la completa realización de aquéllos. En cuanto a la doctrina elaborada sobre el derecho a la salud y el tema presupuestario, la Corte se aleja aquí del criterio que mantuvo en el caso “Policlínica”, por ejemplo, donde consideró que el gasto en salud debía ser una inversión social prioritaria del Estado²²⁹, con lo cual no se entiende que haya dado marcha atrás algunos años después. Tampoco la disidencia logra reivindicar el rol del tribunal en la tutela de los derechos fundamentales implicados; si bien incorpora elementos importantes como el reconocimiento de su operatividad, no dice más que eso. Indudablemente se trataba de una cuestión incómoda de juzgar, en circunstancias en las que la caja estatal probablemente se veía desbordada y condicionada al contexto de crisis general. Su rol político sugirió que no era el mejor momento para abrir el juego a una decisión que, en caso de dar solución a un supuesto concreto, generaría quizás un “efecto dominó” de situaciones análogas, en períodos muy cortos de tiempo.

En suma, el caso Ramos importa una verdadera regresividad del derecho a la salud. El propio principio de progresividad es el que obliga a que la cuestión presupuestaria no pueda ser un valladar a la hora de hablar sobre la exigibilidad de derechos sociales. La

derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.”

²²⁷ Al respecto, Carbonell expresa: “Abramovich y Curtis han señalado que la obligación de progresividad constituye un parámetro para enjuiciar las medidas adoptadas por los poderes legislativo y ejecutivo en relación a los derechos sociales, es decir, se trata de una forma de carácter sustantivo a través de la cual los tribunales pueden llegar a determinar la inconstitucionalidad de ciertas medidas (o al menos su ilegitimidad a la luz del pacto)” (CARBONELL, Miguel, “Eficacia de la Constitución y derechos sociales: esbozo de algunos problemas”, en COURTIS, Christian y ÁVILA SANTAMARÍA, Ramiro, *La protección judicial de los derechos sociales*, Serie justicia y derechos humanos, Neoconstitucionalismo y sociedad, Quito, 2009, p.83).

²²⁸ Salvo que se justifique que las razones por las cuales se los restringe, reditúen un beneficio mayor al que se sacrifica. La Observación General Nro.3 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales interpreta el art.2 del PIDESC y señala que las medidas de carácter deliberadamente retroactivo requieren una consideración más cuidadosa y deben justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos que se disponga (párr.9). En consonancia con ello, la Observación General Nro.14 del mismo Comité, refiriéndose al derecho a la salud contemplado en el art.12 del Pacto, destaca que existe una fuerte presunción de que no son permisibles las medidas regresivas adoptadas en relación con el derecho a la salud, y que en el caso que ellas se adopten, el Estado Parte debe demostrar que ello ha sido luego de un examen exhaustivo de todas las alternativas posibles y en relación con la totalidad de derechos enunciados en el Pacto y la plena utilización de los recursos máximos disponibles de ese Estado (párr.33).

²²⁹ Cfr. CSJN, Fallos: 321:1684, considerando 7.

salud en un derecho progresivo y esto implica que su realización debe procurarse en forma gradual, hasta lograr su satisfacción plena. No se quiere decir con esto que la Corte deba crear la política pública más conveniente y entrometerse en la asignación de las partidas presupuestarias del Estado -esa es una misión propia del Poder Administrador-; pero creo que sí debe demostrar que hay veces que las circunstancias fácticas no admiten dilaciones, y que el órgano estatal competente para reconocer la validez de un derecho fundamental en el marco de un Estado Social y Constitucional de Derecho, es, en última instancia, el Poder Judicial.

CASO PEÑA DE MARQUÉS DE IRAOLA²³⁰

La materia discutida en este caso se relaciona con el servicio privado de salud ofrecido por las empresas de medicina prepaga. En el supuesto, se había demandado al Hospital Alemán por haberse negado a cubrir a la actora (Sra. Peña) una operación de trasplante hepático, que finalmente tuvo que realizarse en un hospital de Estados Unidos por tratarse de la única alternativa médica posible para salvar su vida y no existir en el país la práctica de dicha intervención. Peña estaba afiliada al momento de la intervención al Plan Médico ofrecido por la entidad demandada, aunque el contrato que las vinculaba no contenía cláusulas expresas que contemplaran específicamente la cobertura de dicho trasplante. No obstante, luego de regresar al país, el Hospital cubrió en un 50% y durante más de dos años los medicamentos que necesitó para su tratamiento post-operatorio, y fue sometida a estudios de control por médicos pertenecientes a la institución. Transcurrido ese lapso, el reglamento del Hospital fue modificado y excluyó –ahora sí- expresamente las operaciones de trasplante y los medicamentos que debían suministrarse en consecuencia. La nueva reglamentación fue comunicada a la actora, quien luego de efectuar los reclamos correspondientes, dejó de abonar la cuota de la prepaga, razón por la que se le dio de baja el servicio. Frente a ello, entabló una demanda contra el Hospital Alemán persiguiendo la resolución del contrato por culpa de la demandada, en la que requirió el reembolso de los gastos del trasplante, el de los descuentos en la compra de medicamentos y el resarcimiento del daño moral ocasionado. En primera instancia se rechazó la pretensión, salvo en lo relativo al reembolso del pago de los descuentos de los fármacos. Apelada la sentencia, la Cámara interviniente confirmó en lo principal el resolutorio del juez anterior. Peña interpuso entonces un recurso extraordinario ante la Corte, que denegado dio lugar a la queja, que luego fue admitida por el tribunal. Se resolvió hacer lugar a la demanda y se ordenó el dictado de un nuevo fallo que se ajustara a lo decidido en la sentencia dictada.

²³⁰ Cfr. CSJN, *Peña de Marqués de Iraola, Jacoba María c/ Asociación Civil Hospital Alemán*, Fallos: 325:677, 16/04/2002.

El eje del razonamiento que realiza la Corte pasa esencialmente por: a) considerar lo relativo a la interpretación de los contratos de prestación médica, caracterizados por contener cláusulas predisuestas, y b) remarcar la importancia del derecho a la asistencia sanitaria. En cuanto a lo primero (interpretación del contrato en juego), pone en evidencia que la relación es de consumo. Como hemos visto²³¹, si hay un campo en el que nuestra Constitución protege de manera expresa el derecho de salud, es precisamente en el de la relación entre usuarios y consumidores, a través del art.42CN. Por ello, en miras de hacer efectiva dicha disposición constitucional y enaltecer la protección de este derecho, la Corte aquí sostuvo que la interpretación de las cláusulas debe hacerse a favor de la parte débil²³², lo que impide que pueda convalidarse la modificación unilateral de las mismas como lo hizo el Hospital demandado luego de celebrar el contrato, especialmente si se observa que tal actitud no se condice con la de haber otorgado en su momento a la actora los medicamentos que necesitó para su tratamiento, con lo cual constituye una actividad regresiva en lo que atiene a la protección del derecho de la Sra. Peña. Lo segundo (énfasis en el derecho a la asistencia sanitaria) refuerza la anterior tesis, al agregar que la pauta interpretativa se acentúa cuando lo que está en juego (objeto del contrato) es el derecho a “obtener conveniente y oportuna asistencia sanitaria”²³³. De esta manera, el órgano reafirma la doctrina sentada en “Etcheverry”²³⁴ respecto al carácter que adquieren los convenios que se celebran en torno a valores fundamentales como la salud y la vida, que desplazan al principio de autonomía y las reglas clásicas de interpretación de los contratos. En otras palabras, se reconoce la eficacia horizontal del derecho humano a la salud, en los contratos entre particulares²³⁵.

²³¹ Cfr. Capítulo 3, punto “d” de este trabajo (Recepción normativa y jurisprudencial del derecho a la salud en Argentina).

²³² Cfr. Considerandos 9 y 12.

²³³ Considerando 10.

²³⁴ Cfr. CSJN, Fallos: 324:677, Dictamen del Procurador General, punto V. Allí el órgano ya había calificado a los contratos en cuestión como contratos de adhesión y consumo.

²³⁵ Se conoce como *Drittwirkung* la doctrina que sostiene que los derechos fundamentales despliegan plenamente sus efectos en las relaciones privadas. Juan María Bilbao Ubillos trata ampliamente esta elaboración del Tribunal Federal Alemán, a la que concibe como la máxima expresión de la eficacia normativa de la Constitución. Si bien su enfoque está dirigido a analizar la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español, resulta interesante ver cómo concibe a la norma fundamental como norma de comportamiento, más que como pauta hermenéutica (doctrina de la eficacia inmediata). Según Bilbao Ubillos, en el contexto de un Estado Social de Derecho, la intervención del legislador en relaciones entre particulares no es indispensable para determinar la validez y el alcance de un derecho, así como tampoco lo es en el campo de las relaciones individuo-Estado. (Cfr. BILBAO UBILLOS, Juan María, “La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Centro de Estudios Políticos y Constitucionales* Madrid, 1997. Reseña bibliográfica de ANZURES GURRÍA, José Juan para la revista mexicana de derecho constitucional *Cuestiones constitucionales* 22, enero-junio 2010).

4.A.2. SEGUNDA ETAPA (2003 A 2019): LA CORTE EN LA ERA KIRCHNERISTA Y LOS REVESES JUDICIALES DURANTE LA PRESIDENCIA DE MAURICIO MACRI

Siguiendo la metodología utilizada para referirme a la primer etapa analizada, comenzaré este acápite con una breve introducción acerca de cuál fue el escenario económico, político y social en el que le tocó a la Corte desplegar su actividad durante dos períodos bien diferentes, que en este trabajo se han acoplado en uno solo: el gobierno del matrimonio Kirchner y la presidencia de Mauricio Macri. Luego, se analizarán los principales fallos dictados por el máximo tribunal en el área del derecho a la salud.

Tras el llamado anticipado a elecciones decidido por el presidente interino Eduardo Duhalde²³⁶ para elegir al presidente que gobernaría la Argentina durante el período 2003-2007, el 25 de mayo de 2003 asumió el poder el Dr. Néstor Kirchner. Su gobierno comenzó a desarrollarse en un escenario en el que el fin de la convertibilidad²³⁷ y la devaluación del peso argentino prepararon las bases para la instauración de un nuevo modelo económico y social. Así, el mandatario se preocuparía centralmente por incentivar la industria manufacturera²³⁸, recuperar el empleo asalariado²³⁹ y sostener el mercado cambiario; medidas que resultaron -en general- beneficiosas para la economía del país, sin perjuicio de que en el plano económico su mayor logro fue la reestructuración

²³⁶ El hecho policial conocido públicamente como la “Masacre de Avellaneda”, en el que ciertos movimientos sociales se enfrentaron con la policía bonaerense durante el mes de junio de 2002 en la ciudad homónima, dejó como resultado la muerte de los activistas Maximiliano Kosteki y Darío Santillán. Este fue uno de los detonantes para que el expresidente pusiera fin anticipado a su gobierno y pasara a concentrarse en la búsqueda de un sucesor. Con una desocupación que alcanzaba a casi el 22% de la población económicamente activa del país hacia mayo del 2002, la masacre no fue sino una expresión del malestar generalizado, que se concretó a través del accionar de los grupos piqueteros que salieron a la cruzada de la fuerza policial. El reclamo de aumentos salariales, subsidios y alimentos para comedores era moneda corriente en aquella época y Duhalde sabía que su imagen pública había disminuido significativamente. Como relata Quesada: “El presidente -que se jactaba de que a pesar de la crisis era posible mantener la paz social-, consideró difícil sostener esta promesa.” (SÁENZ QUESADA, *op.cit.*, p.739).

²³⁷ El 06/01/2002 se sancionó la ley 25.561, con la que se puso fin al régimen de convertibilidad instalado en la década anterior. Con ella se declaró la emergencia pública social, económica, administrativa, financiera y cambiaria. Su texto ha sido objeto de numerosas modificaciones, que prorrogarían la emergencia en diez oportunidades, hasta el 31/12/2017.

²³⁸ “Mientras la industria y el agro se beneficiaron con la devaluación, la pesificación y el congelamiento de las tarifas dispuestas en la Ley de Emergencia Pública de 2002, estas medidas alteraron de manera fundamental la situación financiera de las empresas privatizadas.” (BONVECCHI, Alejandro “Del gobierno de la emergencia al capitalismo selectivo: las relaciones Estado-empresarios durante el kirchnerismo”, en MALAMUD, Andrés y DE LUCA, Miguel (coordinadores), *La política en tiempos de los Kirchner*, 1ra ed., Editorial Universitaria de Buenos Aires, Buenos Aires, 2011, p.146).

²³⁹ La tasa de desempleo y de subempleo disminuyeron aproximadamente entre 10 y 11 puntos porcentuales entre 2003 y 2007. Hacia 2009, los niveles de empleo alcanzarían su pico más alto en relación a los últimos 33 años (Cfr. SANTARCÁNGELO, Juan E. y PINAZO, Germán, “Sustentar el crecimiento”, *Revista Realidad Económica* 243, Instituto Argentino para el Desarrollo Económico (IADE), Buenos Aires, 2009, pp.11-12).

de la deuda externa²⁴⁰. Entre otras cosas, la política kirchnerista estuvo signada desde un comienzo por la incesante lucha a favor de los derechos humanos²⁴¹, lo que mejoró notablemente la imagen presidencial y la condujo hacia altos niveles de popularidad. El apoyo a los jóvenes también fue uno de los pilares del nuevo gobierno, que se consolidó con la creación de la agrupación juvenil conocida bajo el nombre de “La Cámpora”²⁴². Es claro que las limitaciones de forma impiden que nos adentremos en los aspectos que caracterizaron al gobierno del nuevo milenio, pero interesa destacar que el discurso oficialista no logró empañar lo que, en sustancia, describe al escenario político de aquellos tiempos: “una concentración inaudita de poder en el vértice de una pirámide de gobierno, ya de por sí empinada”²⁴³. El presidente tenía en claro que debía demostrar capacidad gubernativa, y la centralización de poder fue una de las maneras de lograrlo. Cuando se presentó la posibilidad de su reelección, Néstor Kirchner cedió la oportunidad a su esposa, Cristina Fernández, quien encabezaría el mandato durante los cuatro años siguientes²⁴⁴ (2007-2011), y por cuatro años más (2011-2015), luego de la muerte de su

²⁴⁰ De acuerdo a los términos de una segunda propuesta de canje presentada por el gobierno a los acreedores, el monto de la deuda a reestructurar era de U\$S 81.800 millones. A cambio, se ofrecía la emisión de títulos por diferentes montos según el grado de adhesión (igual o inferior al 70%), y una quita del 75% sobre el valor nominal de la deuda. Un buen análisis de las causas que motivaron la reestructuración y su instrumentación, puede encontrarse en: DAMILL, Mario, FRENKEL, Roberto y RAPETTI, Mario, “La deuda argentina: Historia, default y reestructuración”, *Revista de Ciencias Sociales del Instituto de Desarrollo Económico y social* 178, Vol.45, Buenos Aires, 2005, pp.187-223.

²⁴¹ Bianchi explica que a pesar de los intentos de los gobiernos anteriores de llevar calma a la dura realidad que había dejado la dictadura militar (v.gr. Alfonsín a través de los juicios contra los responsables de la represión ilegal; Menem mediante los indultos a personajes de ambos bandos), Néstor Kirchner se dispuso a “anular todo olvido y perdón para empezar de nuevo (...) se dictó la ley 25.779, por medio de la cual se declaró la nulidad insanable de las leyes de Punto Final y de Obediencia Debida, dando pie a la revisión integral de un proceso histórico (...) el Congreso decidió corregirse a sí mismo y declaró que las leyes de 1986 y 1987 eran insanablemente nulas.” (BIANCHI, Alberto B., “La Corte en la era de los Kirchner (2003-2011)”, en SANTIAGO (h), Alfonso, *Historia de la Corte Suprema argentina*, 1ra ed., Marcial Pons Argentina, T.III, Buenos Aires, 2014, p.1684). Bianchi critica esta actitud asumida por el Congreso de la Nación y posteriormente avalada por la Corte Suprema en la causa “Simón” (CSJN, Fallos:328:2056), ya que, en realidad, el órgano legislativo ejerció una actividad propiamente judicial.

²⁴² Hay sectores que cuestionan a esta agrupación por el poder que –sostienen– ha ido acumulando durante estos últimos años. Al respecto, la escritora y periodista Laura Di Marco expresa que “Cuando asumió, en 2003, Kirchner le había pedido a su hijo que sumara jóvenes. Luego de haber accedido al poder con apenas el 22 por ciento de los votos, necesitaba abreviar en todos los frentes posibles. Asumió como un presidente débil. Necesitaba fortalecerse. La agrupación juvenil, sin embargo, tardó en formarse. Se fue forjando al calor de las grandes confrontaciones alimentadas por el gobierno, en las que los jóvenes se fueron fogueando y transformando en defensores acérrimos del proyecto K. Se formaron como soldados, escudos, grupos de choque, y finalmente lograron institucionalizarse como una enorme masa de militancia rentada dentro del Estado K.” (DI MARCO, Laura, *La Cámpora, Historia secreta de los herederos de Néstor y Cristina Kirchner*, Penguin Random House Grupo Editorial Argentina, Buenos Aires, 2012, p. 40 del cap.1 (consultado online el 25/04/2020 en <https://books.google.es>).

²⁴³ Así lo describe el politólogo Luis Tonelli en MALAMUD y DE LUCA, *op.cit.*, p.10.

²⁴⁴ Tal como lo señala Bianchi, sería en vano intentar comprender estos dos períodos en forma disociada, ya que en los hechos se ha tratado del gobierno personal de un sólo matrimonio. El autor explica que mientras Cristina se hacía cargo de lo institucional, Néstor conducía los hilos del poder real. (Cfr. BIANCHI, Alberto B., “La Corte en la era de los Kirchner”...p.1682).

cónyuge²⁴⁵. Acontecimientos como la crisis financiera internacional de 2008 –y sus repercusiones en la economía argentina-, los enfrentamientos entre el gobierno nacional y el agro a raíz de la polémica “Resolución Nro. 125”, y los conflictos con el Grupo Clarín por la “Ley de Medios” fueron algunos de los obstáculos que le tocaron sortear a la mandataria durante su presidencia. Tras doce años en el poder, los esfuerzos por continuar en el mando no fueron suficientes. La voluntad popular dejaba entrever la necesidad de un cambio en la línea presidencial, y el partido encabezado por Fernández (Frente para la Victoria) ya no medía lo que en tiempos pasados. Fue así que el candidato por la alianza, Daniel Scioli, no logró vencer en el ballotage de 2015 a la oposición liderada por el Ing. Mauricio Macri.

Durante su gestión, Macri articuló una política económica, social y exterior totalmente distinta a la del gobierno kirchnerista. Se concentró en la liberalización del mercado de cambios y la reinserción de Argentina “en el mundo” a través del fortalecimiento de las relaciones internacionales e interregionales²⁴⁶. Entre sus medidas para la economía, se destacan la devaluación de los primeros meses, que llegó a ser del 40%²⁴⁷, la disminución del gasto público²⁴⁸, el aumento de las tarifas de servicios públicos, la eliminación de las retenciones impositivas al agro y las mineras, y el acuerdo con los “fondos buitres”²⁴⁹. Estas medidas no tuvieron el efecto esperado, sino que redundaron en un incontrolable aumento de los precios y una fuerte caída de los ingresos reales de sectores bajos y medios²⁵⁰, por no mencionar el impacto negativo que generó la negociación con los *holdouts*, que condujo a un gran endeudamiento externo. A raíz de estos motivos, el

²⁴⁵ El deceso del ex mandatario se produjo el 27/09/2010, tras sufrir un infarto agudo de miocardio en su casa de El Calafate. Su muerte contribuyó al éxito que obtuvo Cristina en los comicios de octubre de 2011, donde resultó electa con más del 54% de los votos frente al candidato del Frente Amplio Progresista, Hermes Binner, que sólo obtuvo sólo el 16,81%.

²⁴⁶ Como ejemplos pueden citarse la participación del Estado en el foro de inversión organizado en Davos a pocos meses la asunción del presidente, la buena relación y el acercamiento con los Estados Unidos de América, la incorporación de Argentina como Estado observador en la Alianza del Pacífico, la presidencia rotativa anual del G20 durante 2018 que posibilitó que se organizara en nuestro país (y por primera vez en Sudamérica) la decimotercera cumbre de aquél foro internacional, el avance en el acuerdo Mercosur-UE, entre otros. El escenario internacional ya no sería concebido como un ámbito de hostilidad para el desarrollo del país.

²⁴⁷ Cfr. *Infobae*, diario del 9 de diciembre de 2019.

²⁴⁸ Principalmente a través de la reducción de subsidios a servicios públicos, la baja de contratos y la eliminación de Ministerios.

²⁴⁹ Este fue el calificativo que el gobierno de los Kirchner le asignó a los fondos de cobertura. Varios de estos fondos aceptaron el acuerdo propuesto por el gobierno argentino, que en abril de 2016 pagó el total de US\$ 9.300 millones para terminar con una batalla judicial que llevaba poco más de una década; “El Gobierno les pagó US\$ 9300 millones a los fondos buitres y dejó atrás el default” (*La Nación*, diario del 23 de abril de 2016; en igual sentido: *The New York Times*, diario del 27 de abril de 2016).

²⁵⁰ Se achicó la brecha entre la clase baja y media, mientras que se acrecentó entre este último sector y el de mayor poder adquisitivo, lo que revela que la gran perdedora fue, entonces, la clase media.

presidente tuvo que solicitar en 2018 un préstamo al FMI para evitar el default²⁵¹. En lo que toca a las políticas públicas del área social, si bien el objetivo inicial fue mantener y ampliar la inversión destinada a varios programas preexistentes, a los que se agregaron otros nuevos, ello no alcanzó para paliar el déficit derivado de la caída del crecimiento económico²⁵², y lo que parecía ser una de las principales promesas de campaña bajo el lema “pobreza cero”, terminó siendo uno de los resultados por los que más se juzga negativamente la gestión de Mauricio Macri²⁵³.

El breve marco que se acaba de reseñar, apenas nos permite avanzar en la delicada relación entre el kirchnerismo y el macrismo con la justicia²⁵⁴. En el caso del presidente Kirchner, pueden señalarse como significativos los cambios en la composición del supremo tribunal, y la modificación introducida al Consejo de la Magistratura. Luego de la crisis de 2001, la legitimidad de la Corte se encontraba duramente cuestionada y los reclamos de la ciudadanía por una mayor transparencia en el Poder Judicial eran moneda corriente²⁵⁵. Frente a ello, a menos de un mes de haber asumido el cargo, Kirchner renovó

²⁵¹ El organismo internacional aprobó una línea de crédito *stand-by* por U\$S 50.000 millones que fueron llegando a nuestro país en distintos tramos. Como contraprestación, el gobierno nacional se comprometía a bajar el déficit fiscal y dejar de intervenir en los movimientos de la moneda estadounidense (Cfr. *Clarín*, diario del 7 de junio de 2018).

²⁵² Entre los programas que se mantuvieron, pueden mencionarse: la Asignación universal por Hijo (se amplió el número de sus beneficiarios), el plan Conectar Igualdad, Procrear, las becas Progresar y la Televisión Digital Abierta (Cfr. *La Nación*, diario del 5 de noviembre de 2018). En 2016 se creó el Plan Nacional de Primera Infancia para el financiamiento de espacios para la atención nutricional de niños y niñas de entre 45 días y 4 años. También el Plan Nacional Creer y Crear, consistente en una asistencia económica de la Nación a las provincias para promover la instalación de maquinarias, ferias y mercados, y la Pensión Universal por Adulto Mayor, equivalente a un ingreso del 80% de la jubilación mínima de las personas mayores de 65 años que no contaren con los años de aporte necesarios para jubilarse (Cfr. Información publicada por el sitio web www.chegueado.com el día 4 de octubre de 2016, acceso el 07/05/2020).

²⁵³ Según un informe elaborado por la Universidad Católica Argentina, la pobreza alcanzó el 40,8% al cierre de la administración del presidente Macri (Diario *La Nación* del 5 de diciembre de 2019).

²⁵⁴ Gustavo Arballo, en un vasto estudio sobre el rol de la Corte y sus pronunciamientos en los casos que el autor denomina “casos políticamente perfilados” (CPP, aquellos que tienen algún tipo de relación explícita o implícita con temas de agenda pública), analiza las decisiones favorables y adversas al Poder Ejecutivo dictadas por la Corte en el período comprendido entre los años 1984 a 2014. El autor evidencia un crecimiento en el número de este tipo de casos, y a la vez un declive de la afinidad Corte/Gobierno durante el mandato kirchnerista. De su análisis se extrae que en el período comprendido entre los años 2004-2008, el 62,50% de casos políticamente perfilados tuvo respuesta relativamente favorable al gobierno, mientras que las decisiones fueron menos favorables durante los años 2009-2013, alcanzando sólo un porcentaje de 43,75% (Cfr. ARBALLO, Gustavo, “La Corte Suprema frente al gobierno. Cuantificando datos sobre casos políticamente perfilados en el período 1984-2014”, *Ponencia preparada para el XII Congreso Nacional de Ciencia Política organizado por la Sociedad Argentina de Análisis Político y la Universidad Nacional de Cuyo*, Mendoza, 12 al 15 de agosto de 2015). Si bien hay muchos casos importantes que no encuadran en la categoría señalada por Arballo (CPP), todo parece indicar que la tendencia viene siguiendo el mismo camino: por un lado se sigue ampliando el espectro de los casos justiciables, muchos de los cuales a su vez se van perfilando como CCP, y por otro la afinidad que podemos ver entre la Corte de los últimos tiempos y los gobiernos de turno se encuentra muy lejos de las relaciones que caracterizaron a Cortes como las alfonsinista o menemista, de altos niveles de adhesión a las políticas públicas gubernamentales.

²⁵⁵ “Al respecto, cabe recordar que poco tiempo atrás, la Corte se había visto casi diariamente acosada por insólitas, inéditas manifestaciones en la puerta de los tribunales (sino en la puerta misma de los domicilios

la integración del tribunal, a la par que promovió el juicio político de cinco de sus jueces y designó a los Dres. Eugenio Zaffaroni, Ricardo Lorenzetti, Elena Highton de Nolasco y Carmen Argibay como nuevos ministros²⁵⁶. La modificación al Consejo llegaría después, a través de la ley 26.080, cuyo texto reemplazó la norma anterior y redujo de veinte a trece sus miembros, fijando que cinco de ellos debían representar al partido oficialista. A contramano de lo deseado –el logro de un “equilibrio institucional” dentro del Poder Judicial-, la última reforma ha sido fuertemente criticada por algunos sectores, que la tildan como un triunfo del poder de turno para controlar las designaciones de jueces nacionales²⁵⁷. Por el lado de Mauricio Macri, el mandatario también apuntó a la designación de nuevos ministros de Corte para ocupar los cargos vacantes existentes a ese momento²⁵⁸. Se trató, esta vez, de los Dres. Carlos Rosenkrantz y Horacio Rosatti. Más allá de las polémicas en torno al modo en que se pretendió su nombramiento (en comisión), se considera que esta fue “la” jugada judicial del presidente en términos políticos²⁵⁹. El éxito -sin embargo- fue relativo, en tanto la maniobra no alcanzó para evitar los reveses judiciales que el tribunal daría a muchas de sus políticas de gobierno. En el apartado siguiente, se analizará el rol de ambas Cortes en la protección específica del derecho a la salud.

de sus integrantes), en razón del descomunal desprestigio que rodeaba a muchos de sus miembros (acusados de corrupción, sometimiento al poder político, impericia, indecencia, etc.)” (GARGARELLA, Roberto, “Notas sobre kirchnerismo y justicia”, en MALAMUD y DE LUCA, *op.cit.*, p.63).

²⁵⁶ Se promovió juicio político a los Dres. Antonio Boggiano, Eduardo Moliné O’Connor, Julio S. Nazareno, Adolfo Vázquez y Guillermo A. López. Solo los primeros dos fueron destituidos por esta vía, mientras que el resto presentó su renuncia al cargo. El nombramiento de los nuevos jueces se realizó mediante decreto 222/03, y “se procuró satisfacer criterios de idoneidad, equilibrio de género, diversidad en el origen regional, y compromiso con los valores democráticos y los derechos humanos. Esta era una demanda fuerte de la sociedad para lograr mayor independencia en el Máximo Tribunal” (Asociación por los Derechos Civiles, “La Corte en números”, en Asociación por los Derechos Civiles (ADC), *La Corte y los derechos. Un informe sobre el contexto y el impacto de sus decisiones durante el período 2003-2004*, 1ra ed., Siglo XXI Editores, Buenos Aires, 2005, p.26). Cabe mencionar también que en 2006 se sancionó la ley 26.183, que dispuso la reducción del número integrantes de la Corte a su número original: cinco miembros. La reducción sería transitoria; hasta el momento el tribunal contaba con siete integrantes, de manera que cuando se generara una vacante el número se reduciría a seis, y, luego de otra baja, finalmente, a cinco. Quedaba descartada entonces toda posibilidad de efectuar futuros nombramientos que superaran dicha composición.

²⁵⁷ Sobretudo por el modo en que se aprobó la norma, sin debate en el Congreso, ya que el presidente había dado la orden de sancionar el proyecto sin la modificación de “ni una coma” del mismo.

²⁵⁸ Eugenio Zaffaroni había renunciado al cargo en 2014, y Carlos Fayt presentado su renuncia meses antes de la asunción de Mauricio Macri.

²⁵⁹ Existen una serie de reformas e innovaciones importantes a la justicia durante su ejercicio, entre las que se destacan la ley de acceso a la justicia, de ética pública, ley del arrepentido, el programa “Justicia 2020” y el nuevo Código Procesal Penal Federal que implementa el sistema acusatorio para la justicia federal, entre otras.

4.A.2.1. LA ACTUACIÓN DE LA CORTE EN MATERIA DE SALUD. EVALUACIÓN DE ALGUNOS DE LOS FALLOS DICTADOS DURANTE EL EJERCICIO DE DOS GOBIERNOS DIAMETRALMENTE DISTINTOS

El nuevo milenio comenzó en el marco de una realidad bastante diferente a la de principios de los noventa. Más allá de la situación de crisis comentada, el avance en el reconocimiento constitucional de derechos sociales como derechos subjetivos alejó cada vez más las posibilidades de discusión acerca de su exigibilidad. En ese conjunto de derechos se encuadra la salud, uno de los que mayor tratamiento ha recibido por la Corte en los últimos casi veinte años.

Las variaciones en la integración del supremo tribunal no afectaron los estándares de protección a la salud cimentados en la etapa anterior. Mas bien podría decirse que los nuevos jueces han comprendido la importancia de lo construido en torno a la justiciabilidad del derecho “al disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social”²⁶⁰, y del esfuerzo que ello ha supuesto en orden al *aggiornamento* a las nuevas disposiciones convencionales y constitucionales²⁶¹. El nuevo ciclo evidencia una actividad de la Corte dirigida a reforzar aquellos estándares e introducir novedosas cuestiones, entre las que se destacan la ampliación del PMO, la tutela del derecho de las personas con discapacidad, el reconocimiento de nuevos sujetos pasivos de la prestación de salud, la atención prioritaria de enfermedades graves, y hasta la posibilidad de sancionar económicamente al Estado en casos de incumplimiento de sus decisiones judiciales. Ello no nos exceptúa de encontrar ocasiones en las que, sin fundamento razonable alguno, la Corte también ha negado el derecho a la salud, mediante actitudes llamativamente regresivas y desfavorables para la protección de este derecho. Al efecto de demostrar estas proyecciones, se han seleccionado los siguientes fallos: Díaz²⁶²,

²⁶⁰ Como lo define el Protocolo de San Salvador en su art.10.

²⁶¹ En especial, “el tribunal no ha dejado mayor duda acerca de: la titularidad individual del derecho a la salud, la existencia de obligaciones con un deudor definido –público o privado, dependiendo del caso- y la posibilidad de reivindicación judicial del derecho cuando el obligado incumple con esa obligación. Salvo contadas excepciones, la jurisprudencia en la materia se ha alineado decididamente en la dirección de conceder tutela judicial a los titulares del derecho afectado, condenando a su deudor a cubrir las prestaciones médicas, la provisión de medicamentos o de implementos médicos.” (Asociación por los Derechos Civiles, “Derechos económicos, sociales y culturales”, en Asociación por los Derechos Civiles (ADC), *op.cit.*, p.330).

²⁶² CSJN, Díaz, *Brígida c/ Provincia de Buenos Aires y Estado Nacional s/ amparo*, Fallos 326:970, 25/03/2003.

Asociación Esclerosis Múltiple de Salta²⁶³, Martín²⁶⁴, Sánchez²⁶⁵, Floreacing²⁶⁶, Chamorro²⁶⁷, Q.C., S.Y.²⁶⁸, Asociación Civil para la Defensa en el Ámbito Federal e Internacional de Derechos²⁶⁹, P.,A.²⁷⁰, S.D.²⁷¹, e Institutos Médicos Antártida²⁷².

CASO DÍAZ²⁷³

Se trata de un caso que, si bien fue decidido antes de la asunción del nuevo gobierno (Kirchner) y de la nueva integración de la Corte, resulta interesante en cuanto marcará una línea a seguir en la aplicación de medidas cautelares “innovativas” como forma de garantizar la tutela anticipada del derecho a la salud.

En competencia originaria, el tribunal resolvió a favor de la pretensión de la Sra. Díaz de obtener el reemplazo de un marcapasos, cuya colocación le había sido diagnosticada con carácter de urgencia, debido a la enfermedad de Mal de Chagas que padecía. El profesional de la salud que la había atendido, le había indicado que su situación cardíaca podría agravarse si la provisión del marcapasos se retrasaba, y la ausencia de una obra social y de recursos para costear el tratamiento llevaron a la actora a dirigir su reclamo al Ministerio de la provincia de Buenos Aires, organismo del que no obtuvo respuesta. Decidió, entonces, demandar conjuntamente a la provincia y al Estado Nacional (Ministerio de Salud) para que alguna de estas entidades se hiciera cargo de la prestación reclamada. La Corte finalmente ordenó a la provincia el recambio del insumo exigido, en una clara intención de preponderar el derecho a la salud de la afectada, por sobre toda cuestión de competencia que pudieran alegar los organismos estatales demandados.

²⁶³ CSJN, *Asociación de Esclerosis Múltiple de Salta c/ Ministerio de Salud – Estado Nacional s/ acción de amparo – medida cautelar*, Fallos: 326:4931, 18/12/2003.

²⁶⁴ CSJN, *Martín, Sergio Gustavo y otros c/ Fuerza Aérea Arg. – Direc. Gral. de Bienestar Pers. Fuerza Aérea s/ amparo*, Fallos 327:2127, 08/06/2004.

²⁶⁵ CSJN, *Sánchez, Norma Rosa c/ Estado Nacional y otro s/ acción de amparo*, Fallos: 328:4640, 20/12/2005.

²⁶⁶ CSJN, *Floreacing, Andrea C. y otro por sí y en representación de su hijo menor H.L.E. c/ Estado Nacional*, Fallos:329:2552, 11/07/2006.

²⁶⁷ CSJN, *Chamorro, Carlos c/ Sociedad Argentina de Autores y Compositores de Música s/ amparo*, Fallos: 331:453, 01/04/2008.

²⁶⁸ CSJN, *Q.C., S.Y c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo*, Fallos:335:452, 24/04/2012.

²⁶⁹ CSJN, *Asociación Civil para la Defensa en el Ámbito Federal e Internacional de Derechos c/ Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados s/ amparo*, Fallos: 338:29, 10/02/2015.

²⁷⁰ CSJN, *P.,A. c/ Comisión Nacional Asesora para la Integración de las Personas Discapacitadas y otro s/ Amparo*, Fallos: 338:488, 16/06/2015.

²⁷¹ CSJN, *S.D. c/ Centro de Educación Médica e Investigaciones Clínicas Norberto Quirno S/ Sumarísimo*, Fallos: 339:290, 15/03/2016.

²⁷² CSJN, *Institutos Médicos Antártida s/ quiebra s/ inc. de verificación (R.A.F. y L.R.H. de F.)*, Fallos: 342:459, 26/03/2019.

²⁷³ Cfr. CSJN, *Díaz, Brígida c/ Provincia de Buenos Aires y Estado Nacional s/ amparo*, Fallos 326:970, 25/03/2003.

Dado que lo que subyace aquí es el tratamiento de una enfermedad de tipo endémica como es la del Mal de Chagas, llama la atención que el tribunal no invoque en ningún momento el PIDESC, que en su art.12.2 obliga específicamente a que los Estados Parte adopten medidas para prevenir y tratar este tipo de afecciones (endémicas)²⁷⁴. Sin embargo, el hecho de que la Corte haya optado por abordar el asunto únicamente desde lo procesal, a través del encauzamiento de la acción inicial en una medida cautelar innovativa, encierra una suerte de activismo “bueno”²⁷⁵, que logra su cometido en la protección del derecho a la salud frente a situaciones de urgencia, y advierte a su vez la utilidad de las medidas autosatisfactivas para encontrar solución a este tipo de casos. Así, una práctica que hasta el momento era poco común en el campo de la salud, pasa a convertirse luego de esta decisión en una especie de guía respecto a cómo deben comportarse los tribunales cuando las circunstancias de hecho ameritan evitar judicialmente la prolongación de una situación que, de no ser atendida con la debida inmediatez, podría convertirse en un supuesto de insuficiente o imposible reparación ulterior. Ello, claro, sin perjuicio de que en la sentencia que pone fin al proceso, puedan conciliarse los intereses de las partes involucradas.

CASO ASOCIACIÓN ESCLEROSIS MÚLTIPLE DE SALTA²⁷⁶

La asociación civil “Asociación Esclerosis Múltiple de Salta” interpuso un amparo en contra de la resolución 1/01 del Ministerio de Salud de la Nación, que limitaba la cobertura establecida por el PMO²⁷⁷ para los pacientes de aquella provincia que tuvieran determinados síntomas relacionados a la enfermedad de esclerosis múltiple. Al reclamo adhirieron el Defensor del Pueblo de la Nación, la Asociación de Esclerosis Múltiple Argentina, y otras asociaciones que con igual objeto se encontraban radicadas en otras provincias (La Pampa, Mendoza y Corrientes). Concretamente, la resolución excluía del Plan a las personas que no tuvieran brotes o exacerbaciones en los dos últimos años, o que padecieran síndrome desmielinizante aislado y alto riesgo de conversión a esclerosis múltiple definida. La pretensión, que perseguía la nulidad del acto, fue acogida en primera instancia y luego confirmada por la Cámara Federal de Apelaciones de Salta, excepto en

²⁷⁴ Ver *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, art.12: “(...) 2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para: (...) inc. c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas”.

²⁷⁵ En los términos en que lo plantea Manili (Cfr. MANILI, Pablo, “El activismo en la jurisprudencia de la Corte Suprema”, *La Ley* 2006-D-1285, 2006, pp.1-8).

²⁷⁶ Cfr. CSJN, *Asociación de Esclerosis Múltiple de Salta c/ Ministerio de Salud – Estado Nacional s/ acción de amparo – medida cautelar*, Fallos: 326:4931, 18/12/2003.

²⁷⁷ Cfr. Resolución 939/00 del Ministerio de Salud y Acción Social (Programa Médico Obligatorio).

lo atinente a la intervención de las asociaciones provinciales indicadas. Frente a ello, interpusieron recurso extraordinario el Estado Nacional (Ministerio de Salud) y el Defensor del Pueblo de la Nación, al que adhirieron las asociaciones nombradas. La Corte adhirió al dictamen del Procurador General, admitió el recurso del Estado, declaró mal concedido el del resto de los recurrentes y confirmó la sentencia en lo principal, mientras que la revocó en lo relativo a la legitimación del Defensor del Pueblo²⁷⁸.

En lo que interesa a nuestro análisis, cabe destacar que la decisión del tribunal implica un avance en la protección del derecho a la salud en un doble sentido: mediante la inclusión de aquellos que habían sido excluidos por la disposición modificatoria del PMO, y a través del énfasis que pone en la necesidad de una política sanitaria coordinada entre Nación y provincias, y entre los propios poderes que se encargan de la ejecución de tal política pública. En este sentido, vemos una Corte que invalida un acto de la Administración que aparece manifiestamente contrario a la Constitución y a los tratados internacionales de jerarquía constitucional, los cuales tutelan ampliamente el disfrute “al más alto nivel posible” de salud. Así lo hace en la clara convicción de que la protección de la salud de las personas que en toda la provincia de Salta presentaran los síntomas indicados en la resolución ministerial, se había visto directamente obstruida por la nueva norma.

El órgano funda su decisión indicando primero cuál es el contenido normativo del derecho en juego, y cita las disposiciones que reconocen su ejercicio²⁷⁹. Tal como lo había hecho en la causa “Asociación Benghalensis”, resalta la doble dimensión del derecho a la salud en su faz individual (en cuanto garantiza la autonomía de la persona y posibilita el ejercicio de sus restantes derechos), y colectiva (desde que exige una protección que a veces no se limita únicamente al derecho subjetivo individual, sino al compartido por la comunidad toda o por una parte de ella). El reconocimiento que hace de la salud como derecho de incidencia colectiva, le permite al tribunal adoptar una solución en el marco del proceso de amparo colectivo (art.43CN)²⁸⁰, cuyos efectos alcanzan a todas las personas de la provincia de Salta afectadas por la decisión del Ministerio, independientemente de que hubieren tomado parte en esta acción. En otras palabras, el

²⁷⁸ Respecto de quien consideró que la apelación había sido mal concedida.

²⁷⁹ Ver Dictamen del Procurador General de la Nación, párrafo 2 del punto VII.

²⁸⁰ Incluso hasta podría calificarse como un proceso o litigio estructural, en el que el Poder Judicial, tal como lo señala Martín Oyhanarte, asume el gerenciamiento de un determinado conflicto social. (Cfr. OYHANARTE, Martín, “Litigio estructural y derechos fundamentales. Necesidad de un régimen procesal adecuado”, *Revista de Derecho Constitucional* 4, Buenos Aires, 2014, p.1. También puede consultarse: PUGA, Mariela, “El litigio estructural”, *Revista de Teoría del Derecho de la Universidad de Palermo* 2, Año I, Buenos Aires, 2014, pp. 41-82).

efecto inmediato de la declaración de nulidad de la resolución 1/01, abarca a todo el colectivo salteño que ahora pueda verse beneficiado por la decisión judicial de la Corte²⁸¹.

Por último, no menos importante son los alcances políticos del fallo, ya que con él, la Corte demuestra nuevamente la facultad que tiene el Poder Judicial a la hora del control de las medidas adoptadas por los otros poderes en el marco de las políticas públicas (en este caso, la vinculada al tratamiento de la enfermedad de esclerosis). La situación de emergencia que se vivía al tiempo de la modificación ministerial introducida²⁸² no fue óbice para que los jueces hicieran “volver sobre sus pasos” a una Administración que estaba incumpliendo con lo que la propia ley garantizaba, esto es, la cobertura del 100% del tratamiento. Tampoco lo fue el argumento esgrimido por la Nación al señalar que la limitación de cobertura fue tomada en interés de proteger a ciertos grupos²⁸³ de las contraindicaciones derivadas del consumo de medicamentos “cuando no existiere un diagnóstico comprobado”. Al rechazar esta tesis, pienso que el tribunal logra equilibrar perfectamente el derecho de los accionantes y de quienes quedaban correlativamente privados del tratamiento, con respecto a quienes ya lo habían iniciado y lo recibían en un 100%, lo que evidencia el intento de evitar discriminaciones en este campo²⁸⁴. Creo que el mensaje institucional es, en definitiva, el de reestablecer la coordinación en la implementación de las medidas políticas, como herramienta más para asegurar la igualdad real en el acceso al servicio de salud y la progresividad de la salud como derecho social²⁸⁵.

²⁸¹ Esto en base a que se reconoce que quien demandó fue una asociación que representa los intereses de las personas que sufren la enfermedad en todo el territorio de la provincia de Salta.

²⁸² La historia de nuestro país demuestra que en estos escenarios de crisis suelen ser amplios los poderes delegados al poder central.

²⁸³ Esto es, las personas que no tuvieron brotes o exacerbaciones en los dos últimos años, o padecieron síndrome desmielinizante aislado y alto riesgo de conversión a esclerosis múltiple definida.

²⁸⁴ Es interesante el argumento que aquí utiliza el Procurador en su dictamen, cuando dice que: “O se “protege la salud” en todos los supuestos en iguales condiciones, en cuyo caso el ministerio debería limitar todos esos tratamientos en lugar de asegurarles cobertura, aún los que están en curso de ejecución, o el argumento es netamente falaz” (Ver Dictamen del Procurador General de la Nación, párrafo 3 del punto VIII).

²⁸⁵ Todo parece indicar que en realidad lo que se escondía detrás de la la resolución cuestionada era la decisión estatal de recortar el gasto público en el tratamiento de una enfermedad de baja incidencia. Esto implica una regresividad en el derecho a la salud por acción de la Administración, que contradice incluso la normativa nacional vigente, ya que el Poder Legislativo había garantizado su protección mediante el reconocimiento a los afectados de una cobertura integral del 100%. La Corte intenta alivianar la tensión política existente; es consciente de que a pesar de la baja incidencia, el riesgo de quienes sufren la enfermedad es alto, y que la fase de la misma en que se encuentren no puede justificar una dosificación en la tutela del derecho a la salud.

CASO MARTÍN²⁸⁶

En esta oportunidad, nos encontramos ante un caso que llega a la Corte en virtud del recurso extraordinario de los padres de una menor discapacitada, en su representación, contra la sentencia de Cámara que revocó la decisión por la que se hacía lugar al amparo interpuesto por aquéllos, dirigido a que la obra social de la Dirección General de Bienestar para Personal de la Fuerza Aérea cubriera un tratamiento integral y de urgencia para su hija. En un fallo que denota el activismo judicial de la Corte en la materia y su preocupación por el acceso al servicio de salud de las personas con discapacidad, el tribunal hizo lugar al recurso y revocó la sentencia, ordenando a la obra social a cubrir el tratamiento reclamado.

El voto de la mayoría adhiere al dictamen del Procurador General, que se vale de dos parámetros de vulnerabilidad para tutelar el derecho de la niña: el interés superior de la menor y su situación de discapacidad, cuya defensa reconoce como “objeto de la política pública de nuestro país”²⁸⁷. El meollo de la cuestión estaba en que la obra social a la que los reclamantes estaban afiliados pertenecía a un organismo nacional –la Fuerza Aérea Argentina- que, pese a la opción que tenía de hacerlo, no había adherido todavía al sistema del seguro de salud de las leyes 23.660 y 23.661, ni a las prestaciones básicas de atención integral para las personas con discapacidad comprendidas en la ley nacional 24.901.

No es la primera vez que le tocaba a la Corte decidir sobre casos en los que los factores minoridad y discapacidad se encontraban simultáneamente involucrados²⁸⁸; lo novedoso aquí es que se amplía el estándar sentado en sus precedentes, ya que el tribunal imprime carácter de obligatoriedad a lo que, hasta el momento, aparecía como una facultad del organismo demandado. Así, incorpora directamente a la obra social como sujeto obligado a la prestación de salud, con lo que, en este sentido, hay un acompañamiento al diseño político existente, y a la vez un avance en la protección judicial de aquellos grupos vulnerables.

Creo que la decisión es significativa, por cuanto viene a poner sobre el tablero la misión que tienen los jueces de superar las desigualdades de hecho de las personas que se encuentran en una clara desventaja estructural respecto al resto, como ocurría con la niña afectada (menor, discapacitada, con padres sin recursos y una obra que pretendía resguardarse en la facultativa adhesión al régimen legal vigente). La privación inicial de su acceso al tratamiento integral, marca que la situación de la menor comenzó siendo ya

²⁸⁶ Cfr. CSJN, *Martín, Sergio Gustavo y otros c/ Fuerza Aérea Arg. – Direc. Gral. de Bienestar Pers. Fuerza Aérea s/ amparo*, Fallos 327:2127, 08/06/2004.

²⁸⁷ Ver Dictamen del Procurador General, punto VIII.

²⁸⁸ La temática es tratada en los casos comentados “Campodónico” (CSJN, Fallos:323:3239) y “Monteserin” (CSJN, Fallos:324:3569).

desigual, y que esa desigualdad no es producto de la interrupción de un tratamiento que estaba en curso, ni de la falta de medicamentos o la exclusión de su enfermedad de algún plan de prestaciones obligatorias, sino que es un desequilibrio producido por la actitud omisiva de un organismo que, en definitiva, desarrolla su actividad en la órbita de quien se proclama como el garante último del derecho a la salud: el Estado Nacional. Esa desigualdad fáctica es corregida por la Corte a través de las “acciones positivas” que exigen los estándares internacionales (que cita), nuestra Constitución a través de su art.75 inc.23²⁸⁹, e incluso la propia jurisprudencia del tribunal²⁹⁰, y que deben ser observadas por todos los poderes y organismos que dependan de esos poderes, para garantizar el acceso al derecho a la salud. El mensaje institucional se sintetiza básicamente, en que si se reconoce normativamente una tutela específica, no puede luego un derecho quedar trunco en su ejercicio por el comportamiento omisivo de un sujeto que, a priori, no aparece como obligado. Así, la interpretación judicial realizada hecha por tierra lo que en tantos otros casos la Corte suele proclamar al decir que “donde la ley distingue, los jueces no deben distinguir”. El avance que este fallo implica, está en el reconocimiento expreso del propio Poder Judicial como un actor clave en la tutela efectiva del derecho a la salud.

CASO SÁNCHEZ²⁹¹

Hasta el momento hemos analizado pronunciamientos de la Corte que han versado sobre la determinación del contenido del derecho a la salud, la importancia de la aplicación del principio de progresividad para lograr su efectividad, la operatividad de este derecho como derecho social, e incluso hasta quiénes y en qué medida son los sujetos obligados al cumplimiento de ciertas prestaciones sanitarias (tratamientos, intervenciones quirúrgicas, medicamentos, etc). La causa “Sánchez” agrega un componente más al desarrollo jurisprudencial en la materia, en tanto es la primera vez que el tribunal va a ordenar al Estado a que cumpla con las obligaciones que están a su cargo. Dicha sanción es aplicada en el marco de una medida cautelar que la propia Corte dicta en este proceso, en miras de proteger el derecho a la salud de una mujer que necesitaba ser intervenida con carácter de urgencia.

²⁸⁹ Ver *Constitución de la Nación Argentina*, art.75: “Corresponde al Congreso (...) inc.23: Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad.”

²⁹⁰ Cfr. CSJN, Fallos: 321:1684; 323:3229, entre otros.

²⁹¹ Cfr. CSJN, *Sánchez, Norma Rosa c/ Estado Nacional y otro s/ acción de amparo*, Fallos: 328:4640, 20/12/2005.

La actora precisaba de una prótesis en su columna vertebral para evitar la pérdida de movilidad en su cuerpo, y no contaba con trabajo formal que le proveyera una obra social ni con un servicio de medicina prepaga. Sánchez reclamó la prestación al Ministerio de la provincia de Buenos Aires, que se negó a practicarle la intervención, por lo que interpuso acción de amparo contra la provincia, solicitando una medida cautelar para el cumplimiento inmediato de lo exigido. Más tarde, la demanda fue ampliada contra el Estado Nacional, de quien tampoco obtuvo una respuesta. En competencia originaria, la Corte hizo lugar a la medida y obligó al Estado en sus dos niveles -nacional y provincial- a proveer lo necesario para la operación de la actora. Ante el incumplimiento de las condenadas, las intimó a realizar la cirugía en un plazo de cuarenta y ocho horas, e impuso una multa de cien pesos (\$100) por cada día de demora. La provincia cumplió con lo ordenado, y el reclamo continuó sólo por los tratamientos psiquiátricos que la Sra. Sánchez había solicitado para superar su estado depresivo causado por la falta de respuesta del Estado. Finalmente, el máximo tribunal hizo lugar al amparo y ordenó que tales tratamientos fueran suministrados en un plazo de cinco días.

Tres aspectos son, a mi modo de ver, destacables en esta decisión. Uno de ellos, la extrema urgencia en la tutela del derecho afectado, por tratarse de una enfermedad grave, que es lo que mueve a la Corte a dictar la medida cautelar anticipada y seguir la línea de lo ya resuelto en “Díaz”²⁹². Los otros dos, son la sanción económica impuesta al Estado por incumplimiento de la cautelar y la imposición de un plazo para el cumplimiento de la sentencia (cinco días para entregar los medicamentos requeridos). Esta última actitud exhortativa y exigente del tribunal para con las autoridades públicas, busca facilitar el camino a la actora y ahorrarle cualquier trámite administrativo que implique –justamente– una mayor dilación en el acceso a la prestación de salud.

La impresión es la de un Poder Judicial comprometido con la situación del justiciable, que se concentra en la inmediata ejecución de la prestación reconocida a su favor, más que en el reconocimiento de su derecho en sí. Y es que de nada sirve reconocer judicialmente un derecho si las obligaciones creadas para darle efectividad no se ejecutan de manera eficiente y rápida. Con ello, la sentencia remarca esta idea de que los casos de enfermedades graves que ponen en riesgo los derechos fundamentales a la vida y la salud, necesitan de respuestas urgentes que eviten la irreversibilidad de la situación de peligro que alcanza a los titulares de esos derechos.

²⁹² Cfr. CSJN, Fallos 326:970.

CASO FLOREACING²⁹³

Este caso versa sobre la situación de un niño que padecía fibrosis quística, al que urgía la prestación de los servicios médicos necesarios para tratar la enfermedad. La obra a la que estaba afiliado se encontraba en concurso preventivo y no podía brindarle la cobertura requerida, por lo que sus progenitores –impedidos de afrontarla económicamente– plantearon un amparo contra el Estado Nacional, para que éste asegure al menor discapacitado un tratamiento integral de acuerdo con la ley nacional 24.901 de protección integral de personas con discapacidad. En primera instancia se rechazó el planteo, decisión que fue revocada por la Cámara Federal de Paraná, que hizo lugar a lo solicitado por los padres del menor. La Corte confirmó lo resuelto tras el recurso extraordinario interpuesto por el demandado, que pretendía desligarse de su deber invocando la responsabilidad de las autoridades locales. Así, el tribunal condenó finalmente a la Nación a cubrir la prestación, sin perjuicio de dejar a salvo su posibilidad de repetir los costos de los obligados directos.

El escenario es bastante similar al de los ya comentados “Campodónico”, “Monteserin” y “Martín”, en cuanto a que lo que está en juego es la salud y la vida de un menor con discapacidad. De estos precedentes se toman gran parte de los argumentos del fallo²⁹⁴, que a su vez recoge la tesis central de “Sánchez” en lo que hace a la urgencia y gravedad de la enfermedad como pauta decisiva de tutela inmediata del derecho a la salud.

La Corte, en esta nueva integración, insiste en la práctica de tomar casos institucionales en los que las condiciones de vulnerabilidad se presentan como oportunidades para asegurar la igualdad real en el acceso al servicio de salud. Llama la atención que no haga referencia al art.75 inc.23CN²⁹⁵, norma directriz para regular la situación de grupos desaventajados como son los niños y las personas con discapacidad, aunque de todas maneras reconoce que el Congreso ha ejercido correctamente esa manda constitucional al sancionar la ley de discapacidad 24.901 y las normas que resguardan el interés superior del niño, y así protegido diferencialmente a estos sectores. En ese sentido, hay un acompañamiento a la política integral vigente, en la que el Estado Nacional resulta el garante último del derecho a la salud y el encargado de fijar el cuál es el piso mínimo de

²⁹³ Cfr. CSJN, *Floreacing, Andrea C. y otro por sí y en representación de su hijo menor H.L.E. c/ Estado Nacional*, Fallos:329:2552, 11/07/2006.

²⁹⁴ En especial, que el derecho a la salud integra el derecho a la vida, respecto del cual los restantes derechos sólo tienen carácter instrumental; que la salud constituye un bien fundamental para el ejercicio de la autonomía personal; que la autoridad pública tiene la obligación impostergable de garantizar ese derecho con acciones positivas, sin perjuicio de las obligaciones que deban asumir en su cumplimiento las jurisdicciones locales, las obras sociales o las entidades de medicina prepaga; el deber de coordinación que debe existir entre Nación y provincias, y los relativos al amplio contenido normativo que protege el derecho a la salud.

²⁹⁵ Ver *Constitución de la Nación Argentina*, art.75 inc.23.

protección que deben recibir estos grupos minoritarios. El pronunciamiento da a entender que el conflicto se produciría por la falta de coordinación en la ejecución de esa política, entre la Nación y los distintos agentes de salud que integran el sistema, lo que termina redundando en la afectación del derecho del menor.

En el entendimiento de que el accionar del Estado debe reflejarse en medidas concretas, implementadas en forma continua y sistemática²⁹⁶, lo concluyente del fallo pasa por remarcar la responsabilidad estatal ante la insolvencia de la mutual concursada, imposibilitada de costear el tratamiento, para lo que rechaza el argumento federalista alegado por el Estado Nacional, cuando afirma que la prestación en realidad estaba a cargo de las autoridades locales. En efecto, la Corte obliga al Estado Nacional a responder en su rol de garante, aunque le da la posibilidad de recuperar lo pagado de quien en realidad estaba obligado a pagar el tratamiento.

Se observa que la línea jurisprudencial seguida en el campo de las obligaciones nacionales vinculadas al derecho a salud, invita a cambiar nuestra mirada tradicional del reparto de competencias existente previo a la reforma de 1994. En consecuencia, si el piso mínimo exige medidas de acción positiva para asegurar la protección de sectores vulnerables, no puede librarse la ejecución de ese piso a la discrecionalidad de las provincias²⁹⁷, ni postergarse en razón de que la atención sanitaria correspondería prioritariamente a otros agentes de la salud, como son las obras sociales, mutuales, o empresas de medicina prepaga.

CASO CHAMORRO²⁹⁸

En este caso, un afiliado de la mutual SADAIC interpuso acción de amparo a fin de que dicha entidad cubriera integralmente el tratamiento de la enfermedad “Linfoma no Hodgkin” (cáncer) de la que el actor padecía. En primera instancia se rechazó su pretensión, mientras que la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal revocó tal decisión, y condenó a la demandada a cubrir la asistencia integral reclamada. Contra aquél pronunciamiento, la mutual vencida planteó recurso extraordinario, y, una vez admitido, la Corte confirmó la sentencia recurrida.

Varias cuestiones encontramos en este fallo, aunque lo medular es la extensión de las prestaciones del PMO a nuevos organismos que la Corte incorpora como sujetos pasivos

²⁹⁶ Cfr. ALDAO, Martín, CLÉRICO, Laura y DE FAZIO, Federico, “La protección del derecho constitucional a la salud en Argentina”, *Gaceta Laboral* 23, Vol.21, Universidad de Zulia, Maracaibo, 2015, p.27.

²⁹⁷ Lo que no impide que ellas puedan dictar, concurrentemente, medidas en igual sentido, o incluso que superen ese umbral mínimo. En cuanto a la inconveniencia de retroceder a la concepción de la salud como cuestión de política pública discrecional, puede consultarse más en: CLÉRICO, Laura, *op.cit.*, pp.99-117.

²⁹⁸ Cfr. CSJN, *Chamorro, Carlos c/ Sociedad Argentina de Autores y Compositores de Música s/ amparo*, Fallos: 331:453, 01/04/2008.

del derecho a la salud: las asociaciones mutuales. El tribunal considera que ellas constituyen agentes del sistema nacional del seguro de salud, en base a las semejanzas que su actividad presentaría con la desarrollada por las empresas de medicina prepaga, que están incluidas dentro de aquél régimen previsto en las leyes 23.660 y 23.661. A pesar de que la ley 24.754 sólo extendía a las prepagas las prestaciones médicas obligatorias impuestas para las obras sociales y no incluía expresamente a las mutuales²⁹⁹, la Corte afirma que éstas son entidades que también prestan el servicio médico por sí o por terceros, cobran una cuota anticipada, y están obligadas a una prestación sujeta a la condición suspensiva de que en el futuro sus usuarios afiliados puedan presentar algún tipo de enfermedad.

La argumentación desarrollada se asimila en algún punto a lo decidido en el caso “Martín”³⁰⁰, por cuanto la accionada técnicamente no era un agente del seguro en los términos de la ley 23.661, sino que tenía la posibilidad de serlo si adhería al régimen respectivo (caso en el cual, quedaba obligada a las mismas prestaciones que las entidades prepagas)³⁰¹. Por otro lado, revela la incuestionable intención de la Corte de proteger el derecho a la salud, sobretodo cuando se trata de enfermedades graves, en una línea que viene siguiendo desde el caso “Díaz”³⁰².

Me parece interesante realizar una distinción entre lo que implica la extensión de las obligaciones contenidas en el PMO a organismos que, a pesar de no haber adherido al sistema nacional del seguro de salud, funcionan bajo la órbita del Estado Nacional³⁰³, que es el garante último del derecho a la salud, y lo que implica intervenir una facultad privativa de la organización demandada, como lo hace la Corte en este caso. Lo decidido por el máximo tribunal puede traer ciertos cuestionamientos a la hora de precisar cuales son los límites de la actuación del Poder Judicial en temas que conciernen exclusivamente al Poder Legislativo, o -en todo caso- al Ejecutivo en el ejercicio de su potestad reglamentaria. Interpretar que “quien se asocia a una mutual, lo hace con la legítima expectativa de que cubra las mismas prestaciones del PMO”³⁰⁴, sugiere ampliar el diseño normativo ya existente, y constituye una extralimitación de las competencias de la Corte.

²⁹⁹ Cfr. Ley 24.754 (1996), art. 1: “A partir del plazo de 90 días de promulgada la presente ley las empresas o entidades que presten servicios de medicina prepaga deberán cubrir, como mínimo, en sus planes de cobertura médico asistencial las mismas “prestaciones obligatorias” dispuestas por obras sociales, conforme lo establecido por las leyes 23.660, 23.661 y 24.455, y sus respectivas reglamentaciones”.

³⁰⁰ Cfr. CSJN, Fallos 327:2127.

³⁰¹ El art.2 de la resolución 2584/2001 del INAES, organismo que controla la acción mutual, establecía que las mutuales “pueden” ser agentes del seguro si así lo deciden. Igual facultad está prevista por los arts.16 y 17 de la ley 23.661.

³⁰² Cfr. CSJN, Fallos 326:970.

³⁰³ Tal lo que ocurre en “Martín” (CSJN, Fallos 327:2127), ya que la demandada era la obra social de la Fuera Aérea Argentina, organismo que ejerce sus funciones en el campo del Ministerio de Defensa del Poder Ejecutivo de la Nación.

³⁰⁴ Ver Dictamen de la Procuradora General de la Nación, punto IV.

Lo descripto anteriormente constituye un supuesto muy distinto al caso de las entidades de medicina prepaga, que sí forman parte –por ley 24.754- del régimen señalado, y cuyo giro comercial no se asemeja al de cualquier empresa, por la importancia y exclusividad de su objeto y los beneficios fiscales que dichas entidades reciben³⁰⁵. Entiendo que por más loable que sea el fin de la decisión, la extensión del PMO perjudica en este caso la autonomía de la empresa demandada y su libertad de actuación, y en todo caso su inclusión al Plan obligatorio debería ser dispuesto por las autoridades públicas competentes para ello, pero no por el Poder Judicial. Desde ya esta percepción personal no implica oponerse a la protección integral del derecho a la salud, sino la intención de que se piensen otros caminos por los cuales preservar el más alto nivel de acceso a la salud que garantiza nuestra Constitución, que eviten el avasallamiento de competencias de otros poderes.

CASO Q.C., S.Y. Y LA PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA SALUD³⁰⁶

Dado que se trata de una decisión que contiene diversos argumentos relacionados con la protección de los DESC en general, y en especial del derecho a la vivienda, el siguiente análisis sólo se concentrará en la tutela judicial que la Corte reconoce al derecho a la salud de la actora y su hijo menor discapacitado. El caso inicia con un amparo contra el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, interpuesto por una mujer en situación de calle y madre de un niño que padecía encefalopatía crónica no evolutiva. El reclamo principal de la actora apunta a revertir la negativa estatal de su inclusión en programas gubernamentales en materia de vivienda para superar la situación en la que se encontraba junto al menor, a lo que agrega la violación de los derechos fundamentales a la dignidad y la salud. En primera y segunda instancia se hizo lugar a la acción entablada, pero el Superior Tribunal de Justicia de la CABA revocó la sentencia, y contra ello la accionante dedujo recurso extraordinario, que denegado dio lugar a la queja. Admitida ésta, la Corte revocó la decisión y confirmó lo resuelto en primera instancia.

El proceso que se siguió en Q.C. fue muy interesante ya que el máximo tribunal fijó una audiencia pública informativa, en la que pudo interrogar a los representantes de las partes, demostrando con ello un activismo jurisdiccional impensado en tiempos pasados en los que el Poder Judicial aparecía como ese “poder aislado” y diferenciado de los demás poderes representativos, y de la sociedad en general³⁰⁷. Esta actitud no es sino una muestra más de su intención de fortalecer su actividad política, al intentar participar y dar

³⁰⁵ Así lo remarca la Corte en “Etcheverry” (CSJN, Fallos: 324:677).

³⁰⁶ Cfr. CSJN, *Q.C., S.Y c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo*, Fallos:335:452, 24/04/2012.

³⁰⁷ Cfr. SAGÜÉS, Néstor P., “El Poder Judicial y el equilibrio institucional de los poderes del Estado”.

participación a otros actores³⁰⁸ en la búsqueda de una respuesta que permita hacer valer los derechos constitucionales en juego³⁰⁹.

En los considerandos del fallo, la Corte toma en cuenta que la actora y su hijo menor de edad se encontraban en una extrema situación de vulnerabilidad por la situación de calle que los atravesaba, y que carecían de los medios necesarios para acceder a condiciones mínimas de salubridad, higiene y seguridad que les permitieran preservar su integridad física, psíquica y moral. La decisión enfatiza en que se trata de habitantes y residentes de la CABA, lo que muestra una visión del derecho a la salud ya no como una cuestión de política pública discrecional o contributiva, sino como “cuestión de derechos”. En este sentido, en términos en que lo propone Laura Clérico, podríamos decir que el pronunciamiento deja en claro que la política social sanitaria se reconstruye desde el principio de ciudadanía, esto es, desde el reconocimiento de que existe una obligación estatal y universal de asegurar el acceso al sistema para todos los habitantes mediante políticas sociales integrales³¹⁰.

Es muy interesante también el análisis que el órgano hace de las fuentes que aplica, ya que tiene en cuenta la protección internacional que reciben los derechos reclamados, pasando por su recepción constitucional (nacional y local), hasta llegar a la protección conferida en las leyes y decretos dictados por el Gobierno de la CABA³¹¹. Además, determina el alcance de esas normas jurídicas sentando que ellas no constituyen “meras declaraciones”, sino que gozan de carácter operativo y vocación de efectividad³¹². En este

³⁰⁸ Las audiencias informativas son públicas y abiertas. Permiten que el tribunal escuche a las partes y les haga preguntas vinculadas al caso. Han sido una herramienta muy útil para promover un modelo dialógico de justicia, en el que exista cercanía entre las partes y los jueces, y donde pueda haber un control público de la administración judicial.

³⁰⁹ Como indica Sofía Sagüés, la Corte se muestra “como un tribunal potente, vigorizado por su propio criterio, y a su vez preocupado por poseer las herramientas necesarias que le permitan, de manera eficiente, ejercer su carácter de máximo intérprete de la Constitución y contribuir, desde esa posición y en coordinación con los restantes representantes de las instancias de la judicatura y de los órganos de gobierno, al desarrollo de importantes mutaciones en la dinámica del poder judicial y la efectiva implementación de las prescripciones constitucionales.” (SAGÜÉS, María Sofía, “El diálogo institucional en el activismo jurisdiccional de la Corte Suprema de Justicia de la Nación” *Revista El Dial* 06-04-09, p.1).

³¹⁰ Cfr. CLÉRICO, *Ibidem*.

³¹¹ Cfr. Considerando 8. En punto a la tutela al derecho a la salud, se citan los arts.14 bis y 75.inc.23CN, el art.25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el art.11.1 del PIDESC (en cuanto a que un nivel de vida adecuado involucra un adecuado nivel de salud), el art. XI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, los arts.3, 24, 27.1 y 27.3 de la Convención Sobre los Derechos del Niño, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (aprobada en 2008 por ley 26.378) y la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad. También se hace alusión a la OG Nro.5 del Comité de DESC (considerando 10) y la interpretación que realiza el organismo acerca de la expresión “garantizar” derechos. A propósito, refiere a que ella es mucho más que abstenerse de adoptar medidas que puedan tener repercusiones negativas. Dentro de la normativa local se citan el art. 17 de la Constitución de la CABA, y el art.4 de la ley 3706, que refieren a la necesidad de que el Estado formule e implemente políticas públicas en materia de salud.

³¹² Cfr. Considerando 10.

argumento hay algo que no queda del todo claro, ya que advierte que esa operatividad es “derivada” al ser necesaria una ley o decisión del Ejecutivo para poder lograr la realización de los derechos, análisis que –creo- contrasta no sólo con el amplio desarrollo que luego hace del caso y la conclusión a la que finalmente llega, sino también con los estándares que venía manteniendo hasta el momento en materia de DESC. Esta suerte de dependencia que la Corte señala, pareciera defender un carácter programático de los derechos sociales, bajo otro ropaje (el de la operatividad derivada).

Otro de los puntos a destacar es la distinción que el tribunal efectúa entre sujeto pasivo directo e indirecto de la obligación reclamada, a los que identifica con el Estado y la comunidad respectivamente, que es quien soporta la carga y reclama, a su vez, la protección de otros derechos. Uno podría pensar que es innecesario que la Corte tenga que estar aclarando que en el ejercicio de derechos sociales –e incluso el de los individuales- hay deberes que el Estado debe cumplir (de dar, hacer, no hacer) y un deber general de abstención que alcanza a toda la sociedad. No obstante, la aclaración es útil y novedosa, ya que en la mayoría de los fallos analizados ha referido principalmente a los deberes estatales, y no tanto al sujeto pasivo colectivo.

El control judicial de razonabilidad de las políticas públicas implementadas por el gobierno constituye uno de los puntos centrales de la decisión. La Corte advierte el necesario ensamble y la tarea conjunta de todos los poderes en la efectiva protección de los derechos sociales, y busca compatibilizar la discrecionalidad política del Congreso y el Ejecutivo, con la protección que demandan las personas al judicializar sus derechos cuando sienten que éstos no han sido respetados. Así, refiere expresamente a la existencia de un “núcleo mínimo del derecho” que los demás poderes deben respetar, ya que opera como frontera a la actividad discrecional de cada uno de ellos. Ese núcleo es definido por el propio tribunal³¹³, que entiende que la discrecionalidad política termina cuando existe “una amenaza grave para la existencia misma de la persona”³¹⁴, que en el caso identifica con la situación de la madre y su niño.

A diferencia de los casos que hasta ahora hemos analizado, este es un supuesto en el que el Poder Judicial disiente con las políticas públicas llevadas a cabo el Estado para garantizar los DESC, al advertir su insuficiencia e incompatibilidad con el marco normativo constitucional e internacional adoptado. Hasta ahora, la metodología seguida por el tribunal había sido, en general, la de un órgano que -en más o en menos- estaba de acuerdo con la política adoptada por las autoridades públicas, y se limitaba a exigir su

³¹³ Cfr. Considerando 12, párrafo 4. La Corte expresa que: “La razonabilidad significa entonces que, sin perjuicio de las decisiones políticas discrecionales, los poderes deben atender a las garantías mínimas indispensables para que una persona sea considerada como tal en situaciones de vulnerabilidad”

³¹⁴ Considerando 12, párrafo 3.

cumplimiento. Aquí, hay una combinación de dos cosas: la pretensión de modificar las políticas ya existentes, y la de obligar a los poderes a actuar; exigencias que se canalizan a través de una sentencia de tipo exhortativa³¹⁵.

Por último, la Corte trata lo relativo al principio de progresividad. Aunque la inelasticidad del presupuesto de la CABA es un argumento que recién se introduce al momento de la audiencia pública, el órgano igualmente decide tratar el punto, lo que revela que el mensaje que quiere dar es institucional y político, pues decide indagar en un agravio que ingresa al proceso de manera extemporánea. En los casos en los que el tribunal ha tratado el tema de la progresividad, ha interpretado –conforme al PIDESC y normas concordantes- que ella supone esfuerzos continuados y la utilización del máximo de los recursos estatales para mejorar las condiciones de ejercicio de los derechos sociales. Asimismo, ha dicho que las medidas regresivas no son admisibles, salvo que luego de un análisis profundo de todas las alternativas posibles, se justifique que su adopción reditúa un beneficio mayor al que se sacrifica³¹⁶. Ahora, agrega a esas consideraciones un enfoque cualitativo que a mi modo de ver resulta muy valioso para la teoría de la progresividad de los derechos, ya que supone encontrar nuevas alternativas para evitar su desprotección, aún cuando las opciones viables sean de bajo costo³¹⁷. Es decir, frente a soluciones más económicas o el abandono total de uno o más derechos fundamentales, la Corte se inclina decididamente por lo primero. Conforme a esta interpretación, termina ordenando al Estado que intervenga con los equipos de asistencia social y de salud con los que ya cuenta (es decir, no le exige adquirir unos nuevos o contratar mayor personal asistencial), dado que la enfermedad del menor demanda una especial atención, impracticable en lugares habitacionales que no cuentan con los

³¹⁵ Es evidente el activismo de la Corte, que se inclina a “potenciar su poder como órgano supremo de un Departamento de Gobierno del Estado en miras a consolidar la operatividad de la norma suprema” (SAGÜÉS, María Sofía, “La jurisprudencia nomogenética en la reciente jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional* 9, 2008, p.1); para ello, se vale del dictado de sentencias exhortativas, de gran implicancia para motivar cambios en el ordenamiento jurídico y en el sustrato político y social de las situaciones que juzga. Sobre sentencias exhortativas, puede consultarse: SAGÜÉS, María Sofía, *Ibidem*, pp.6-15 y SAGÜÉS, Néstor P., “Las sentencias exhortativas (“apelativas” o “con aviso”) y su recepción en Argentina”...pp.1-7).

³¹⁶ La Observación General Nro.3 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales interpreta el art.2 del PIDESC y señala que las medidas de carácter deliberadamente retroactivo requieren una consideración más cuidadosa y deben justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos que se disponga (Cfr. ONU (CESCR), Observación General Número 3, pár.9). En consonancia con ello, la Observación General Nro.14 del mismo Comité, refiriéndose al derecho a la salud contemplado en el art.12 del Pacto, destaca que existe una fuerte presunción de que no son permisibles las medidas regresivas adoptadas en relación con el derecho a la salud, y que en el caso que ellas se adopten, el Estado Parte debe demostrar que ello ha sido luego de un examen exhaustivo de todas las alternativas posibles y en relación con la totalidad de derechos enunciados en el Pacto y la plena utilización de los recursos máximos disponibles de ese Estado (Cfr. ONU (CESCR), Observación General Número 14, pár.33).

³¹⁷ Cfr. Considerando 14, en el que cita y reinterpreta una Declaración del Comité de DESC realizada en este sentido (ONU, E.C. 12/2007/1).

elementos mínimos para garantizar su higiene o correcta alimentación. Esta mirada cualitativa y la invitación a evaluar soluciones idóneas pero con los recursos disponibles, permite repensar la protección de los derechos siempre como un punto de partida, de modo que la regresión nunca sea una alternativa posible.

CASO ASOCIACIÓN CIVIL PARA LA DEFENSA EN EL ÁMBITO FEDERAL E INTERNACIONAL DE DERECHOS³¹⁸.

En esta ocasión haremos referencia a otro fallo en el que se pone en evidencia la dimensión colectiva del derecho a la salud. Dos asociaciones civiles³¹⁹ iniciaron una acción de amparo en contra del INSSJP para que se reconociera el derecho a la cobertura integral de las personas con discapacidad beneficiarias de pensiones no contributivas, de acuerdo a lo establecido en las leyes 22.431 y 24.901 (sistema de protección integral de las personas con discapacidad). Tanto en primera como segunda instancia se rechazó *in limine* la acción por falta de legitimación procesal de las actoras, lo que llevó a que aquellas interpusieran el recurso extraordinario ante la Corte, que, denegado, dio lugar a la queja. Admitida la queja, el máximo tribunal revocó por mayoría la sentencia recurrida.

Mediante un fuerte control de constitucionalidad que sigue la línea de la doctrina sentada en fallos como “Asociación Benghalensis”³²⁰ y “Asociación de Esclerosis Múltiple”³²¹, en los que la Corte había puesto de resalto el aspecto colectivo del derecho a la salud, el órgano incorpora aquí la interpretación realizada en el caso “Halabi”³²², para pronunciarse a favor de la legitimación de las asociaciones demandantes. Si bien en aquél precedente no trató específicamente el derecho a la salud, creó jurisprudencialmente la “acción de clase”, que comparte ciertas características con el amparo colectivo del art.43CN, pero requiere de una especial formulación del concepto de “derechos de incidencia colectiva”³²³. Así, entendió que existe una especie dentro de este universo de derechos, que es la de aquellos que tienen por objeto “intereses individuales homogéneos”, los que se constatan cuando se verifican tres requisitos: una causa fáctica común, una pretensión procesal dirigida a obtener efectos colectivos, e intereses

³¹⁸ Cfr. CSJN, *Asociación Civil para la Defensa en el Ámbito Federal e Internacional de Derechos c/ Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados s/ amparo*, Fallos: 338:29, 10/02/2015.

³¹⁹ Asociación Civil para la Defensa en el Ámbito Federal e Internacional de Derechos, y Asociación Civil “Pequeña Obra de la Divina Providencia”.

³²⁰ Cfr. CSJN, Fallos: 323:1339.

³²¹ Cfr. CSJN, Fallos: 326:4931.

³²² Cfr. CSJN, Fallos: 332:111.

³²³ El art.43CN menciona los derechos que el legislador calificó como colectivos, y luego refiere a la categoría de “derechos de incidencia colectiva en general”, lo que, hasta este fallo, suscitaba dudas en la doctrina acerca del alcance de dicha expresión.

individuales cuyo ejercicio individual no parecería justificado, y respecto de los cuales existe un fuerte interés estatal en su protección, sea por su trascendencia o bien por las particularidades de los sectores afectados. Esos intereses –según el voto mayoritario de la Corte en Halabi- pueden ser protegidos a través de procesos colectivos, por más de que tales procesos no estén diseñados legislativamente para su defensa.

De acuerdo con lo anterior, la Corte reconoce en este caso la presencia de intereses homogéneos. Pone acento en el compromiso del Estado en protegerlos³²⁴, y advierte que, en este tipo de reclamos, el derecho discutido (aquí, la salud) protege un interés individual y divisible³²⁵, pero justifica un pronunciamiento único que resuelva colectivamente el problema y expanda los efectos de la cosa juzgada. Así lo entiende por el insoslayable contenido social del derecho a la salud, especialmente cuando los afectados son grupos vulnerables por tratarse de personas con discapacidad, entre las cuales se encuentran niños, ancianos y mujeres, lo que agrava su situación de vulnerabilidad³²⁶.

No caben dudas de que la legitimación procesal admitida está respaldada en una interpretación constitucional que -por lo menos- resulta discutible, ya que pone en la mira al principio de división de poderes y roza lo que entendemos tradicionalmente por legitimidad democrática. Halabi fue una sentencia manipulativa³²⁷ ya que introdujo un remedio no previsto por la norma, para evitar la obstaculización en el acceso a la justicia de ciertos grupos afectados por el resultado injusto que arrojó la medida administrativa adoptada³²⁸. Sin embargo, ¿Cómo no ver con buenos ojos la creación de una herramienta que pueda dar operatividad a un derecho protegido en la Constitución, cuando no existe una acción específica prevista por ley para encauzarlo procesalmente?; la cuestión puede examinarse desde la óptica de la tutela judicial efectiva³²⁹. Como bien lo indica Ylarri, “resulta trascendente (...) que los tribunales no sean especialmente rigurosos en los aspectos formales de las acciones que se inicien, a fin de que las normas constitucionales

³²⁴ Cfr. Considerando 9, segundo párrafo.

³²⁵ En el sentido en que se diferencia de los intereses tradicionalmente considerados intereses colectivos o difusos, que atañen a toda la comunidad o bien a un grupo diferenciado (ej. salud pública o medioambiente para el primer caso; derecho de los trabajadores para el segundo).

³²⁶ Cfr. Considerandos 9 primer párrafo y 10, en el que utiliza la expresión “colectivo altamente vulnerable”, en referencia a la delicada situación económica que aqueja a estos grupos. Este reconocimiento y consecuente protección es una perfecta aplicación del art.75 inc.23CN, norma que también cita en el considerando 9.

³²⁷ Los pronunciamientos de este tipo son, según Sagüés, una especie dentro de las llamadas “sentencias atípicas”. Indica el autor que “el operador judicial no encuentra una solución ya preexistente en las normas que hace funcionar, sino que elabora una respuesta nueva, agregándole, quitándole o sustituyendo algo al precepto en juego, fundamentalmente para hacer cumplir a la constitución o para conciliarlo con ella” (SAGÜÉS, Néstor P., “Efectos de las sentencias constitucionales en el derecho argentino”, *Anuario Interamericano de Justicia Constitucional* 12, Madrid, 2008, pp.333-355).

³²⁸ *V.gr.* La demora en el otorgamiento y pago de prestaciones por parte del INSSPJ.

³²⁹ Principio que encontramos receptado en el art. 18 de la Constitución Nacional Argentina, y en los arts. 1.1, 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que goza de jerarquía constitucional cfr. el art.75 inc.22CN.

mantengan su fuerza normativa y sus cláusulas no resulten letra muerta³³⁰. De ello se extrae que la incorporación por vía jurisprudencial de la acción de clase para proteger lo que la Corte designa como intereses individuales homogéneos, persigue en definitiva la realización de un derecho reconocido en la propia Constitución³³¹, que es legítima en cuanto ha atravesado un proceso de aprobación y consiguiente estado parlamentario. Trasladando esto a nuestro supuesto, la misión del juez constitucional es hacer efectivo el derecho fundamental a la salud, que fue lo querido por el legislador constitucional al reconocerlo y garantizar su ejercicio³³². Para que lo que está escrito se cumpla en la práctica, la ausencia de las formas adecuadas no puede ser una excusa que arrastre consigo la desprotección a grupos que son merecedores -como todos, pero más especialmente por su condición vulnerable-, del acceso al más alto nivel posible de salud. Así, el activismo judicial del tribunal frente a la inexistencia de normas reglamentarias del amparo, termina evitando que se frustre la efectiva realización del derecho a la salud³³³.

Por último, si bien es cierto que la objeción contramayoritaria hacia este tipo de intervención judicial puede ser alegada por algunos sectores³³⁴, la cuestión debe repensarse cuando la respuesta que pueda brindar el Poder Judicial en estos casos urgentes, reporta mayores beneficios que desventajas. En este caso, el beneficio está en la ampliación de los efectos de la sentencia y el achicamiento de los costos que supone para sectores de bajos ingresos tramitar un proceso judicial individual, que no siempre contará con resultados asegurados, lo que a su vez desmotiva a otros grupos que están en similares condiciones, de tomar en la práctica tal iniciativa. Asimismo, nada garantiza que la sanción de una ley que aborde el problema de fondo pueda concretarse en un período de tiempo relativamente corto y razonable; debería ponerse en marcha el proceso legislativo, que probablemente dilate más el conflicto y no atienda a la situación de urgencia que el caso demanda. La idea es evitar que vayan quedando postergados derechos que la judicatura también está llamada a tutelar con su actividad, ya que, como

³³⁰ YLARRI, Juan Santiago, “Derecho a la salud, personas con discapacidad y acceso a la justicia”, *Revista derecho y salud* 1, Año 1, Universidad Blas Pascal, Córdoba, 2017, p. 22.

³³¹ El Dictamen de la Procuración remite al considerando 21 del caso “Halabi”, al indicar que la Corte sentó doctrina en cuanto a que “el estándar jurídico de la acción colectiva encuentra su fuente primaria en el propio texto constitucional”.

³³² Especialmente con la reforma constitucional de 1994.

³³³ En el considerando 10, el tribunal refiere a la necesidad de “garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva”.

³³⁴ En el sentido de que no es dable, para quienes defienden esta posición, que una mayoría simple judicial pueda dejar sin efecto o modificar decisiones aprobadas por una mayoría parlamentaria, que representa a todos los sectores de la sociedad. Sobre este tema, puede consultarse: GARGARELLA, Roberto, *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, Ariel, Barcelona, 1996, pp. 67-98.

hemos visto, es lo que se espera de este poder en un Estado Social y Constitucional de Derecho.

CASO P.,A. C/ COMISIÓN NACIONAL ASESORA PARA LA INTEGRACIÓN DE LAS PERSONAS DISCAPACITADAS Y OTRO³³⁵

Esta es una causa interesante, ya que suscita más dudas que afirmaciones en torno a la postura de la Corte frente a la tutela efectiva del derecho a la salud. En ella puede verse a un tribunal que, a contramano de lo decidido en fallos anteriores, desarrolla argumentos incompatibles con el bloque de constitucionalidad federal en el marco de una rígida formalidad, apego a la ley y deferencia al Poder Legislativo. Su postura autorrestrictiva se manifiesta a través del culto a procedimientos tradicionales de interpretación legal, que terminan negando el derecho fundamental a la salud y apartándose de los compromisos asumidos por el Estado Nacional en materia de derechos humanos, entre los cuales se incluye la adopción de medidas necesarias para evitar la obstaculización de las personas en el acceso a la justicia.

El caso inicia con una acción de amparo dirigida contra dos organismos nacionales³³⁶, en reclamo de la cobertura total de las prestaciones integrales para personas con discapacidad previstas en la ley 24.901. En primera instancia el planteo fue rechazado, pero posteriormente la Cámara Nacional Federal revirtió tal decisión y condenó a las entidades demandadas a otorgar la cobertura solicitada. Ello motivó a que una de las representantes de los organismos accionados interpusiera el recurso extraordinario ante la Corte, que rechazado, dio lugar a la queja. Admitida la última, la Corte dejó sin efecto lo resuelto por la Cámara, dictando un pronunciamiento cuya tesis principal fue la de que no se hallaban constatados dos de los requisitos exigidos por la ley discutida (24.901, sobre protección integral de las personas con discapacidad), esto es: la falta de afiliación de la reclamante a una obra social y la imposibilidad de afrontar por sí las prestaciones médicas requeridas.

Desde mi punto de vista, lo controversial de la decisión está en la falta de interpretación conforme a la Constitución y a los tratados internacionales, que debiera haber realizado el máximo tribunal al analizar la ley nacional 24.901³³⁷. En efecto, si el derecho a la salud

³³⁵ Cfr. CSJN, *P.,A. c/ Comisión Nacional Asesora para la Integración de las Personas Discapacitadas y otro s/ Amparo*, Fallos: 338:488, 16/06/2015.

³³⁶ La Comisión Nacional Asesora para la Integración de las Personas Discapacitadas y el Servicio Nacional de Rehabilitación.

³³⁷ Sobre interpretación constitucional pueden consultarse: ARAGÓN, Manuel, "La interpretación de la constitución y el carácter objetivado del control jurisdiccional", *Revista Española de Derecho Constitucional* 17, Año 6, Mayo-Agosto 1986, pp.106-110 y PEREZ LUÑO, Antonio Enrique, "La interpretación constitucional" en *Revista de las Cortes Generales* 1, 1984, pp. 82-132.

es un derecho fundamental, ampliamente reconocido y garantizado en nuestra Constitución, la metodología aquí seguida pareciera olvidar esto. Pareciera olvidar que aquel tipo de interpretación (constitucional) tiene el mérito de superar e integrar los métodos de interpretación clásicos del s.XIX³³⁸ para brindar respuestas más justas y acordes a nuestro sistema de derechos, en los casos en que la letra de la ley no recompone las desigualdades, sino, lo que es peor, las profundiza.

No es que se proponga imponerle al tribunal el método interpretativo que debe seguir; máxime cuando el método literal o exegético sigue siendo válido y ampliamente utilizado en los tribunales de nuestro país. Lo cierto es, que a esta altura de evolución legislativa y jurisprudencial, decisiones en las que se hallan comprometidos derechos fundamentales como la salud no pueden ignorar el modelo de Estado Social y Constitucional que hemos adoptado. Ese ideal político plasmado en la Constitución debe tener sus proyecciones en las decisiones de la Corte, que como expresión de un poder del Estado que co-gobierna con los restantes poderes³³⁹, no puede –como ningún otro- soslayar el principio de supremacía de la Constitución³⁴⁰, sino que debe intentar “concretizar” la norma constitucional del mejor modo posible.

De acuerdo con lo señalado, no queda más opción que entender que el trasfondo de la decisión esconde algún tipo de intención de favorecer al Estado Nacional, al desligarlo de su misión trascendental de ser el garante último del servicio de salud. La realidad es que existe muy poco margen para intentar justificar -si quisiéramos- la conducta de la Corte en este caso, ya que el argumento que utiliza es insuficiente y descuida preceptos constitucionales del más alto rango, como la protección conferida al derecho a la salud por los tratados incorporados a la Constitución por el art.75 inc.22CN. El fallo ni siquiera advierte que las prestaciones integrales cuestionadas, recaen sobre entidades que forman parte de la órbita de actividad del Estado, quien se ha comprometido a garantizar a través de medidas positivas el acceso al más alto nivel de salud³⁴¹. Tampoco considera que esas

³³⁸ Sergio Díaz Ricci valora positivamente la implementación del método tópico como uno de los más adecuados para la interpretación constitucional, desde que el mismo busca armonizar el “programa normativo” con el “ámbito normativo” para brindar respuestas superadoras, racionalmente explicables y sobretodo controlables (Cfr. DÍAZ RICCI, Sergio, “Interpretación constitucional como un problema de concretización”, *Revista del Poder Judicial*, Corte Suprema de Justicia, Lima, [en prensa]).

³³⁹ Como sostiene Bianchi, “la Corte, a través de sus fallos, no sólo *decide* en el sentido judicial del término, sino que además *gobierna*, entendiéndose por ello la fijación de políticas que emanan de la interpretación, aplicación o invalidación de los múltiples actos de gobierno (leyes, reglamentos, etc.) que le son sometidos a su escrutinio constitucional” (BIANCHI, Alberto B., *Control de constitucionalidad*, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, T.1, Buenos Aires, 2002, pp.236-237).

³⁴⁰ Si bien este principio está ligado al principio de legalidad, no deben confundirse uno con el otro (Cfr. *Ibidem*, pp.36-37).

³⁴¹ Cfr. CSJN, Fallos: 323:3229, 324:754, 331:453, entre otros, y arts.12 del PIDESC, 10.1 del Protocolo de San Salvador anexo a la CADH, 25 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

entidades han adherido al sistema de prestaciones integrales de la ley 24.901, lo que despeja cualquier duda en torno a la obligación que pesa sobre aquél por incumplimiento de sus dependientes. Por el contrario, el tribunal opta por hacer recaer la obligación sobre la eventual obra social a la que estaría afiliada la actora, o bien directamente sobre su persona, al no estar demostrado que efectivamente carece de recursos para soportarla. Librar a la suerte de sus posibilidades una obligación que el Estado Nacional de una forma u otra debe afrontar, “barre” casi por completo la doctrina judicial sustentada en aquellos tratados, y por la que la Corte ha afirmado que la autoridad pública nacional tiene la obligación impostergable de garantizar el derecho a la salud con acciones positivas, sin perjuicio de las obligaciones que deben asumir los demás agentes del sistema de salud (jurisdicciones locales, obras sociales y entidades de medicina prepaga), con los que debe actuar coordinadamente³⁴². ¿Cómo es que, si en recientes pronunciamientos se ha obligado al Estado a responder, incluso imponiéndole sanciones³⁴³, permitiéndole repetir la obligación de los verdaderos responsables³⁴⁴, o reconduciendo acciones procesales mal planteadas para evitar las rigideces formales³⁴⁵, ahora la Corte niega el acceso al servicio de salud únicamente en base a criterios legalistas?

Por otra parte, nada dice el fallo sobre la condición de vulnerabilidad que aqueja a la actora. De acuerdo con el art.75 inc.23CN, la igualdad real de oportunidades y de trato debe garantizarse “en particular” respecto de las personas con discapacidad. Esto quiere decir que si la medida positiva adoptada por el Congreso (en este caso, la ley 24.901) no ha logrado por sí misma remediar la desigualdad de tipo estructural en el acceso a la prestación sanitaria, el tribunal debería esforzarse por encontrar una solución justa al caso, que derive de una interpretación adecuada de la Constitución, que sí ha tenido en cuenta la más amplia y diferenciada protección a estos sectores³⁴⁶. También llama la atención que no se haya hecho siquiera mención de pautas interpretativas o documentos de relevancia que protegen a estos grupos, como las Reglas de Brasilia sobre Acceso a Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad (2008)³⁴⁷.

³⁴² Cfr. Casos “Campodónico de Beviacqua” (Fallos:323:3229), considerando 16; “Hospital Británico de Buenos Aires” (Fallos: 324:754), considerando 10 del voto del Mtro. Vázquez; “Chamorro” (Fallos: 331:453), punto VI del Dictamen de la Procuradora General al que la Corte remite, entre otros.

³⁴³ Cfr. CSJN, Fallos: 328:4640.

³⁴⁴ Cfr. CSJN, Fallos:329:2552.

³⁴⁵ Cfr. CSJN, Fallos:330:4647. Se admitió la procedencia del amparo aún cuando existía una vía administrativa al alcance de la parte reclamante, ya que la urgencia del caso y la necesidad de preservar la salud y la integridad física de la actora eran incompatibles con el tipo de soluciones previstas en la norma.

³⁴⁶ No sólo en el art.75 inc.23CN mencionado, sino también a través de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, de rango constitucional conforme al art.75 inc.22CN.

³⁴⁷ Se trata de cien reglas que fueron adoptadas en la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana que se llevó a cabo en la ciudad de Brasilia durante los días 4 a 6 de marzo de 2008. La Corte Suprema adhirió a esta Declaración, mediante Acordada 5/2009, de fecha 24/2/2009. Allí estableció que las reglas “deberán ser seguidas -en cuanto resulte procedente- como guía en los asuntos que se refieren”. La decisión afirma el

De todo ello obtenemos que la solución judicial brindada ha sido regresiva en un caso cuyas particularidades exigían una respuesta inmediata. Admitiendo quejas como la de las condenadas, podríamos pasar años discutiendo a quien correspondería la obligación de cubrir el tratamiento; sin embargo eso no es lo que se espera de una Corte que tiene el deber de aplicar la Constitución. Es desconcertante no solo para el justiciable, sino para todos como sociedad, que en ciertos casos se prefiera obviar una mejor alternativa –para este supuesto, la de obligar al Estado Nacional a responder-, generando una dilación irrazonable. Quizás la deferencia al órgano legislativo solo encuentra su explicación en ser la perfecta excusa para evitar ahondar en otras cuestiones más profundas como es la presupuestaria, propia de períodos de profunda crisis que con frecuencia suele atravesar nuestro país.

CASO S.D., C/ C.E.M.I.C.³⁴⁸

En un sentido convergente al fallo anterior, y contrariamente a lo dictaminado por la Procuración General, la Corte volvió a negar el acceso a un tratamiento integral para una persona con discapacidad, en este caso, a una menor que sufría de autismo y epilepsia. La demanda había sido interpuesta por el padre y curador de la niña, en contra del C.E.M.I.C., organismo al cual ambos se encontraban afiliados. La primera instancia y la Cámara Federal en lo Civil hicieron lugar al planteo y ordenaron a la entidad a cubrir las prestaciones, que incluían una serie de terapias y medicaciones, entre las cuales se encontraban la asistencia a un centro educativo especial y el transporte exclusivo a dicho establecimiento. Contra ello, el centro demandado interpuso recurso extraordinario, que denegado motivó la queja. Admitida la queja, la Corte hizo lugar al planteo del organismo accionado y revocó la sentencia recurrida.

Lejos de analizar el derecho a la salud a la luz de las normas constitucionales y tratados internacionales que garantizan su ejercicio, el tribunal decide priorizar el contrato celebrado entre las partes, al que coloca por encima de aquellas, así como el derecho de defensa en juicio de la demandada³⁴⁹. La cuestión se complejiza por el giro jurisprudencial que se observa, especialmente en torno a la interpretación de los contratos que tienen por objeto la prestación del servicio de salud. Luego de que el máximo órgano

compromiso “con un modelo de justicia integrador, abierto a todos los sectores de la sociedad, y especialmente sensible con aquellos más desfavorecidos o vulnerables”. La Regla Nro.26, establece que: “Se promoverán actuaciones destinadas a proporcionar (...) los procedimientos y requisitos para garantizar un efectivo acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad”, entre las que, claramente, se encuentran las personas con discapacidad.

³⁴⁸ Cfr. CSJN, S.D. c/ Centro de Educación Médica e Investigaciones Clínicas Norberto Quirno S/ Sumarísimo, Fallos: 339:290, 15/03/2016.

³⁴⁹ Cfr. Considerando 8. Lo hace fundando su postura en la doctrina de arbitrariedad de las sentencias.

sostuviera la necesidad de analizar desde la óptica constitucional las disposiciones contractuales que ligan a los usuarios con las empresas prepagas³⁵⁰, y advertir la importancia del derecho en juego -más allá de toda finalidad lucrativa-, por el compromiso social que asumen las prestatarias en su protección, esta decisión ahora revierte tal pensamiento. El argumento formalista de la Corte acerca del “plan cerrado de afiliación” , por el que para recibir la cobertura integral la paciente debía tratarse sólo con profesionales y en los centros indicados en su cartilla³⁵¹, no hace más que encorsetar las reales posibilidades de acceso y disfrute máximo de un derecho fundamental. No hace falta aclarar que la situación puntual ameritaba, además, una tutela especial por tratarse de una persona que no sólo sufría discapacidad, sino que también era menor. Ni la Convención sobre los Derechos del Niño –tantas veces citada por la Corte, independientemente de sus integración en estos últimos años-, ni la Convención Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, como tampoco el art.75 inc.23CN o la ley 24.901, son considerados por el tribunal, que, en su aguerrida pretensión de respetar la voluntad de los contratantes, fortalece únicamente a la parte menos débil y frustra los derechos a la vida, salud e integridad de la actora, que se vio obligada a judicializar su derecho como último remedio para ver satisfecha su pretensión. Lamentablemente, esta actitud se repetirá en otros casos posteriores al comentado, lo que evidencia nuevamente una regresión en la protección judicial del derecho social a la salud, en especial de las personas con discapacidad³⁵².

CASO INSTITUTOS MÉDICOS ANTÁRTIDA³⁵³

En este caso, la Corte se pronuncia a favor del derecho a la salud de un menor con discapacidad, cuya situación particular es analizada a la luz del principio de razonabilidad y la protección que recibe tal derecho en los estándares constitucionales y convencionales que integran nuestro bloque de constitucionalidad. Antes de ingresar a su breve examen, cabe advertir que lo llamativo de la decisión es el cambio radical que se verifica con respecto a lo decidido por la propia Corte, unos meses antes, en un precedente sustancialmente similar³⁵⁴.

³⁵⁰ Cfr. CSJN, Fallos: 324:677 y Fallos: 325:677.

³⁵¹ Cfr. Considerando 5.

³⁵² Algunos de ellos son los recientes fallos: CSJN, *P.E.G. y otra c/ Centro de Educación Médica e Investigaciones Clínicas Norberto Quirno s/ Amparo*, Fallos: 339:423, 12/04/2016; CSJN, *T.,M.C. y otro c/ Centro de Educación Médica e Investigaciones Clínicas Norberto Quirno s/ Sumarísimo*, Fallos: 339:389, 05/04/2016; y CSJN, *G., C. A. c/ Swiss Medical s/ ley de discapacidad*, 17/12/2019.

³⁵³ Cfr. CSJN, *Institutos Médicos Antártida s/ quiebra s/ inc. de verificación (R.A.F. y L.R.H. de F.)*, Fallos: 342:459, 26/03/2019.

³⁵⁴ Cuestión sobre la que volveré al final de este análisis.

En el marco de la quiebra de “*Institutos Médicos Antártida*”, los padres de un niño (B.M.F.) verificaron un crédito que tenía origen en una indemnización por mala praxis médica ocurrida durante su nacimiento, que le ocasionó desde entonces (1990) una parálisis cerebral y cuadriplejia irreversible, pérdida de la visión y el habla, alimentación mediante sonda y otras complicaciones derivadas, como trombosis y anemia. El juez hizo lugar al incidente de verificación y le asignó a dicho crédito un privilegio especial, tras declarar de oficio la inconstitucionalidad del régimen de privilegios previsto en la ley concursal 24.522. De la interpretación literal de la norma no surgía que aquél crédito tuviera tal carácter, sino el de un crédito “quirografario”; fue entonces que, sobre la base de la protección constitucional que recibe el derecho a la salud, el magistrado estableció jurisprudencialmente una preferencia de cobro por sobre los restantes créditos verificados en el proceso. En segunda instancia, la Cámara revocó la sentencia y consideró que lo que estaba en juego no era el derecho a la vida, salud o dignidad del menor, sino un derecho patrimonial, transmisible y renunciabile, al que el legislador no había otorgado la preferencia indicada. Consideró, asimismo, que el Estado es el responsable de velar por el derecho a la salud, y que tal obligación no puede trasladarse a los restantes acreedores, que tienen un derecho adquirido de prioridad de cobro de sus créditos. Los padres del niño y la defensora pública de menores e incapaces plantearon recurso extraordinario, que fue admitido por la Corte, quien, por mayoría, revocó el fallo y confirmó lo resuelto en primera instancia.

La sentencia implica un gran avance en el reconocimiento y protección del derecho a la salud de las personas vulnerables, y sigue una técnica metodológica a mi modo de ver muy buena. Primero reafirma lo que ha sido doctrina inalterable del tribunal durante los últimos años en cuanto a la concepción de la vida como “primer derecho de la persona humana”, reconocido y protegido por la Constitución, inviolable, respecto del que los demás derechos sólo tienen carácter instrumental. Luego, puntualiza que a partir de la reforma constitucional de 1994³⁵⁵, no hay dudas de que existe una obligación estatal impostergable de garantizar el derecho a la salud, a través de acciones positivas que las autoridades públicas deben llevar a cabo en tal sentido. Para reforzar este argumento, el voto mayoritario refiere y cita los instrumentos internacionales de jerarquía constitucional que tutelan el derecho a la salud y establecen las obligaciones a cargo de los Estados Parte, con especial referencia a la protección reconocida a las personas menores y/o con discapacidad³⁵⁶.

³⁵⁵ En particular, a raíz de la incorporación de los arts.42 y 75 inc.22CN, que eleva a rango constitucional los tratados internacionales que determinan las obligaciones a cargo de los Estados Parte en materia de salud.

³⁵⁶ Considerando 10. Los instrumentos que cita son: la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención Americana de

Si bien no desarrolla ni se detiene en el otro derecho comprometido, esto es, el derecho de propiedad de los acreedores del concurso, podemos notar que el tribunal intenta establecer una respuesta “razonablemente justa” en un terreno en el que dos bienes constitucionales -salud y propiedad- parecen colisionar. Así, el argumento de la mayoría puede sintetizarse en lo siguiente: si el ejercicio del derecho a la salud está siendo obstaculizado por una ley formal que prevé un sistema cerrado de privilegios, que no otorga preferencia de cobro al crédito originado en la afección de un menor que hace veintiocho años convive con una incapacidad sobreviniente, y no ha logrado ni logrará percibir siquiera parte de la acreencia, entonces no existe un ejercicio razonable del derecho de los acreedores del concurso, frente al derecho ese menor.

El principio de razonabilidad, al que nuestra Constitución recepta en sus arts. 14 y 28³⁵⁷, no es desarrollado en el voto de la mayoría, aunque de la remisión que a él hacen los votos de la conjueza Medina y el Dr. Rosatti se extrae que su aplicación ha tenido lugar en el caso comentado³⁵⁸. Teniendo en cuenta el ejercicio razonable de los derechos que propone nuestro art.28CN, ningún derecho fundamental “vale” o “pesa” más que otro, ni puede colocarse “por encima” de otro como siguiendo una jerarquía objetiva³⁵⁹, sino que los derechos pueden ser regulados de manera en que lo esencial a cada uno no se vea alterado por el ejercicio de otros³⁶⁰. En esta línea, creo que la inconstitucionalidad de oficio declarada por la Corte, viene a constatar la incoherencia normativa que afecta la esencia del derecho a la salud del menor, y a indicarle al legislador que la omisión en prever una prelación de cobro a los créditos originados en incapacidades de este tipo, en el marco de un proceso especial como el concursal, no puede ser tolerada por una sociedad que acepta regirse bajo una Constitución en la que se asegura el acceso al más alto nivel de salud, y donde se lo protege en sus más amplias dimensiones. No resulta, otra vez, razonablemente justo.

Por otra parte, la Corte (el Poder Judicial) aparecería actuando casi como un sujeto pasivo de la prestación reclamada. Queda claro que el hecho de que las autoridades publicas tengan la obligación impostergable de garantizar el derecho a la salud, no debe

Derechos Humanos, la Convención de los Derechos del Niño y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

³⁵⁷ Ver *Constitución de la Nación Argentina*, arts.14 y 28.

³⁵⁸ Cfr. Considerando 18 del voto de la Dra. Graciela Medina y considerando 17 del voto del Ministro Rosatti.

³⁵⁹ “Es casualmente esta igualdad de su valor objetivo lo que hace de cada derecho humano un derecho absoluto, en el sentido de que no puede ser excepcionado, por la objetividad absoluta del bien que es su contenido. Derechos que resguardan bienes igual y objetivamente valiosos no pueden no ser igual y objetivamente exigibles.” (MASSINI CORREAS, Carlos, *Filosofía del Derecho. El Derecho, los Derechos Humanos y el Derecho Natural*, 2ra ed., LexisNexis, Abeledo-Perrot, T.I, Buenos Aires, 2005, p.175).

³⁶⁰ Lo que explica en gran parte la conocida frase “el derecho de uno termina donde empieza el derecho de otro”.

reducirse únicamente a la tarea que compete al Poder Ejecutivo o Legislativo. Hemos visto que la Corte Suprema, como representante de un tercer poder estatal, tiene el deber de intervenir, siempre que exista caso judicial, cuando en anteriores instancias administrativas o judiciales no se han logrado materializar o concretizar nuestros ideales constitucionales. En este sentido, es representante de una de las “autoridades públicas” a la que los instrumentos internacionales han confiado la adopción de medidas que garanticen el acceso a la justicia y, para el caso, la tutela efectiva del derecho a la salud³⁶¹. En su tarea de control, debe procurar una interpretación “conforme” la Constitución, y razonable del ejercicio de los derechos.

Si miramos desde todas estas consideraciones el régimen de privilegios aquí tratado, vemos que el derecho de principios vuelve a aparecer en escena como la opción más justa para tornar operativos los derechos que el legislador no ha podido prever para situaciones específicas y urgentes. También ellas llaman a reflexionar sobre la visión de democracia que debe primar en nuestros días y la que queremos para nuestro Estado de Derecho. En este punto, es interesante recordar la visión de Gargarella cuando sostiene que los jueces ya no son actores que imponen “su” parecer al resto, sino que aparecen como colaboradores de la sociedad y de sus representantes en la construcción de decisiones que sean compatibles con la Constitución³⁶². La norma fundamental es fruto de una deliberación más amplia que la realizada al sancionar la ley de quiebras, y encierra concepciones de moralidad y justicia que caracterizan el modelo de Estado Social que queremos tener, las cuales a veces no logran replicarse en las leyes que en consecuencia se dictan. Reiteramos, el derecho no puede prever todos los casos posibles, pero es en esas situaciones en las que el Poder Judicial puede -y debe- brindar soluciones satisfactorias y acordes al sistema internacional de derechos humanos. Teniendo en cuenta estos disparadores, creo que la decisión tomada por la mayoría del tribunal ha sido razonable y ajustada al pacto constitucional.

Para finalizar, retomando lo que se planteó al comienzo, creo que algo polémico de esta sentencia es que se verifica un cambio de precedente en la Corte, luego de un intervalo de tiempo muy breve entre una y otra decisión del tribunal. La preocupación está en la inseguridad jurídica que genera el repentino cambio de criterio, y el no poder

³⁶¹ Aquí la tutela judicial efectiva, en general, no debe ser entendida únicamente como el derecho de acceso al proceso, sino como derecho al ejercicio de un derecho humano. Como lo indica Fernando Toller, “este derecho, de raigambre constitucional y con tutela en diversos tratados internacionales de derechos humanos, debe ser el norte de las personas que vivifican el proceso, y en especial de jueces y abogados.” (TOLLER, Fernando, “Fundamentos Filosóficos y Procesales del Derecho a la Tutela Judicial Efectiva” en VIGO, Rodolfo L. y GATTINONI DE MUJÍA, María (Dirs.), *Tratado de Derecho Judicial*, Abeledo Perrot, T.1, – Parte General, cap. XIV, Buenos Aires, 2013, pp.485-512).

³⁶² Cfr. GARGARELLA, Roberto, “Sagüés, N. vs. Verbitsky H., sobre las sentencias exhortativas” (en: www.cels.org.ar).

prever mínimamente qué es lo que el órgano decidirá en futuros casos análogos. Esta es una inquietud que, seguramente, alcanza tanto a quienes simpatizamos con la solución brindada en este caso (y la creemos justa), como para quienes descartan la intervención del Poder Judicial en tareas que estarían confiadas esencialmente al poder político³⁶³.

La cuestión fundamental se plantea sobre la posición en que se encuentra el tribunal respecto de sus decisiones anteriores, es decir, respecto del “autoprecedente”³⁶⁴, cuando éstas tienen relevancia para el caso a decidir. La Corte da revés aquí a la postura mantenida en un caso sustancialmente similar, “*Asociación Francesa Filantrópica y de Beneficencia*”³⁶⁵, en el que había negado el derecho a la salud de una niña con discapacidad por considerar que el régimen de privilegios concursales no otorgaba prioridad de cobro a dicho crédito. Con un intervalo de tan sólo cinco meses, y donde lo único que varía es la integración de uno de sus miembros, vemos que ahora la decisión tomada es diametralmente la opuesta. A su vez, esta última se apoya en fundamentos de una causa anterior, “*Pinturas y Revestimientos aplicados S.A.*”³⁶⁶, en la que ya se había expresado a favor de la interpretación armónica e integral entre el régimen de privilegios concursales y los instrumentos internacionales de derechos humanos que gozan de rango superior a las leyes, al igual que lo hace en este caso.

Los vaivenes argumentativos de los tres fallos citados hacen que se cuestione no sólo la autoridad de la Corte, sino también nuestra credibilidad hacia sus decisiones, y, en especial, su compromiso en la protección del derecho fundamental a la salud. Cuesta aceptar que la tutela judicial de un derecho tan importante como éste parezca pender del hilo de quién compone el tribunal al momento de fallar, situación que nos conduce a pensar que en realidad quien decide no es el Poder Judicial, en tanto poder del Estado, sino la subjetividad de sus miembros. Como resulta inaceptable que su efectiva defensa esté librada a tal suerte, se hace imperiosa la necesidad de asegurar cierta previsibilidad de los precedentes del tribunal, al menos en esta materia. Así, si aceptamos que los

³⁶³ Al respecto: MARTÍNEZ, Verónica Francisca, “El concurso entre la ley y el derecho judicial”, en *Derecho Concursal Iberoamericano. Realidad y perspectivas*, Obra conmemorativa al XV aniversario del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal, Colombia, 2019, pp.171-195.

³⁶⁴ Según Victoria Iturralde, el hecho de “(...) que una sentencia constituya un precedente implica algún tipo de vinculatoriedad de esta con casos futuros. En un sentido estricto, un precedente sólo es aquél que tiene eficacia jurídicamente vinculante para las decisiones sucesivas de casos análogos, y desde este punto de vista opera de modo semejante a una norma de origen parlamentario o gubernamental.” (ITURRALDE, Victoria, “Precedente Judicial”, *Revista Cultura de la Legalidad* 4, Eunomía, marzo-agosto 2013, p.195).

Eduardo Sodero explica que “hablar de que existe un apartamiento del precedente supone que se ha determinado la sustancial similitud de casos, extremo que no se presenta cuando –más allá de la obvia dificultad que existe para tal determinación- se ha verificado un cambio de circunstancias o de “contexto” (SODERO, Eduardo, “Sobre el cambio de los precedentes”, *Revista de teoría y filosofía del derecho* 21, 2004, p.227)

³⁶⁵ CSJN, Fallos: 341:1511.

³⁶⁶ CSJN, Fallos:337:315.

precedentes son, al igual que la ley, una fuente formal de nuestro sistema jurídico, su creación debe estar ligada al más profundo sentido de justicia³⁶⁷, y su apartamiento sólo podría darse si existen suficientes razones que así lo justifiquen³⁶⁸. En este caso, la Corte toma parte de la doctrina sentada en el precedente “*Pinturerías...*” para crear un precedente de tipo “interpretativo”³⁶⁹ que, fundado en criterios de rango constitucional, desplaza al orden concursal y se aparta de su precedente anterior inmediato, “*Asociación Francesa Filantrópica...*”, para pasar a integrar el derecho vigente; ello no significa que antes de la decisión actual el tribunal no haya aplicado normas vigentes, sino que el resultado de esa aplicación devino en un derecho notoriamente injusto³⁷⁰, excluyente de la consideración de sectores vulnerables cuya participación requería una especial flexibilización de las circunstancias existentes.

La conclusión de esto es que si pregonamos que hemos abandonado la figura del Juez Legal Decimonónico para pasar a la del Juez Constitucional, hace ruido que decisiones como la tomada por la Corte en “*Asociación Francesa Filantrópica...*” revelen exactamente lo contrario, esto es, una respuesta atada a la rigidez de la ley. Cuando la aplicación de la ley, en este supuesto el régimen de privilegios concursales, deviene injusta, no podemos -en términos radbruchianos- reconocer que allí exista “derecho. Al entrar en juego el derecho fundamental a la salud, al que se ha protegido constitucionalmente y dotado de garantías para hacerlo valer ante los tribunales como derecho que, junto a la vida, posibilita el ejercicio de los demás derechos, la falta de previsibilidad en las decisiones de la Corte no puede ser una práctica tolerable. Para evitar el temor de seguir cayendo en esos errores, el desafío de la magistratura estará en procurar, sobre la base del texto constitucional y la amplia protección reconocida al derecho a la salud, soluciones que logren conciliar dos pilares fundamentales de nuestro sistema: seguridad jurídica y equidad, entendida como la máxima expresión de justicia; como “lo justo en el caso concreto. Esta parece ser, en mi opinión, la manera más conveniente para fortalecer el sistema democrático y la confianza de la sociedad en las decisiones judiciales.

³⁶⁷ En pensadores como Benjamín Cardozo esta idea está ligada a los efectos prácticos que debe tener la sentencia judicial como expresión del ideal de justicia. Para el autor, “(...) una regla de conducta establecida para justificar una predicción con una certitud razonable que será reforzada por los juzgados si tiene autoridad y peso, es en fin, un principio o regla de derecho, por lo que tendría su fuente en la costumbre y en la convicción de equidad y justicia.” (Cfr. VILLAMOR MORGAN-EVANS, Elisenda “Una aproximación al pensamiento interpretativo de Benjamín Nathan Cardozo”, *Dialnet*, p. 442).

³⁶⁸ SODERO, Eduardo, *ob. cit.*, p.230.

³⁶⁹ *Ibidem*, p.233.

³⁷⁰ “De ese modo, el control de validez jurídica incorpora la dimensión moral, de donde puede concluirse que si el Derecho incurre en una “injusticia extrema”, no es ni ha nacido al Derecho.” (VIGO, Rodolfo L., “De la interpretación de la ley a la argumentación desde la Constitución: realidad, teorías y valoración”, *Revista Dikaion de la Universidad de La Sabana* 1, Vol.21, 2012, p.202).

CONCLUSIONES

En orden a realizar un balance final acerca del comportamiento que ha tenido la Corte Suprema al tratar el derecho a la salud durante estos últimos casi treinta años, quisiera cerrar el presente trabajo mencionando algunos aspectos constatados a lo largo del mismo, que dan cuenta del esfuerzo del tribunal por resaltar el carácter fundamental y la efectiva tutela que merece la salud un Estado Social y Constitucional de Derecho como el nuestro.

1) El creciente protagonismo del Poder Judicial en la tutela de los derechos sociales

Como ha podido comprobarse, el período elegido para evaluar la actuación de la Corte argentina se corresponde con un período de nuestro país en el cual los acontecimientos más importantes del mundo jurídico-político no se reducen únicamente a la reforma constitucional de 1994 o a la transición al nuevo milenio. Para el Poder Judicial, dichos eventos, sumados a los acaecidos en el orden mundial, han significado la puesta en marcha de un nuevo modelo de actuación judicial, que de la mano de la internacionalización de los derechos humanos lo erige como el poder protagonista del s.XXI. En esa estructura, la experiencia jurisdiccional revela que la magistratura se ha preocupado notablemente por incidir en el control de las políticas públicas, antes que evitarlo, y que muchas de esas políticas instrumentan derechos sociales que hasta comienzos de los noventa eran prácticamente relegados del campo judicial. La reticencia de los jueces a involucrarse en asuntos vinculados a esta clase de derechos y la remisión a argumentos doctrinarios como el de la inexigibilidad de los derechos sociales o la teoría de su carácter programático, hacían que estas cuestiones quedasen diferidas generalmente hacia los espacios políticos (*doctrina del self-restraint*). Hoy, la protección de los derechos sociales resulta clave en el plano político y el papel de los jueces no es menor en esa tarea; si bien es cierto que la Constitución y los tratados internacionales a los que hemos reconocido jerarquía constitucional imponen obligaciones a los Estados Parte sin indicar específicamente a qué poder le incumben tales deberes -lo que haría pensar que son el Poder Legislativo (principalmente) y el Ejecutivo los responsables de garantizar derechos sociales-, en el modelo estatal al que adscribimos, la intervención judicial aparece como una de las formas de acentuar la exigibilidad de aquellos. Esta tesis demuestra que la Corte Suprema ha sido consciente de esta misión, y dentro de los derechos sociales se ha preocupado específicamente por el derecho a la salud en esta etapa (1990-2019).

2) *La judicialización del derecho a la salud en la Corte Suprema argentina*

En línea con lo comentado, se ha constatado la progresiva judicialización de la política de salud en Argentina, fenómeno que ha permitido que el máximo tribunal elabore algunos estándares que completan el sistema integral de protección que la Constitución reconoce a este derecho fundamental. Entre ellos se destacan:

- a) la afirmación del derecho a la salud como derecho subjetivo, comprendido dentro del derecho a la vida, que es el primer derecho natural de la persona y preexistente a toda legislación positiva;
- b) la intervención razonable (art.28 CN) que debe tener el Estado en la industria de la medicina cuando lo que está en juego es la defensa de la salud pública;
- c) la posibilidad de que el Estado adopte medidas que resultan restrictivas del ejercicio de otros derechos (v.gr. intimidad), siempre que ello se encuentre justificado en principios como el de “solidaridad social” , “interés general” o “bien común” y la medida respete parámetros de razonabilidad y proporcionalidad.
- d) la consideración del derecho a la salud como derecho de incidencia colectiva;
- e) el gasto público en salud como inversión prioritaria del Estado;
- f) la determinación de los contratos de medicina prepaga como contratos “de adhesión” y “de consumo” , en los que el rol que asumen las empresas prestatarias es más exigente y trasciende el de cualquier negocio comercial, en razón de la proyección social de su objeto;
- g) el deber de la autoridad pública nacional de garantizar el derecho a la salud con acciones positivas, sin perjuicio de las obligaciones que competen a las provincias, obras sociales y empresas de medicina prepaga, junto a quienes debe actuar de manera coordinada en la preservación de aquél derecho;
- h) la atención prioritaria que deben recibir las enfermedades graves y tratamientos urgentes;
- i) la incorporación de nuevos sujetos pasivos de la prestación de salud;
- j) el acceso prioritario a la salud de los menores, discapacitados, personas sin recursos y enfermos de SIDA;
- k) la interpretación previsor de la Constitución, mediante la exhortación a los poderes públicos a que adopten medidas preventivas en el campo de la salud;

En lo personal, creo que la construcción de estos estándares lejos está de ser un factor negativo. En efecto, la postura judicial asumida se muestra respaldada por preceptos constitucionales frente a los que existe un amplio consenso social que involucra a la

opinión pública, a los medios de comunicación e incluso al gobierno mismo. Esto no implica defender la idea de que la creación de la política sanitaria deba originarse en el seno del Poder Judicial, o que tenga que existir una deferencia hacia los jueces en la materia. Estos están llamados a controlar la validez de las normas de acuerdo al texto constitucional, con lo que su intervención tiene que limitarse a fiscalizar las políticas públicas ya creadas, y comprobar si la actividad de los poderes estatales se adecúa al sistema de protección vigente.

De la lectura de los fallos comentados se evidencia que a pesar de que existe una amplia protección legal y constitucional del derecho a la salud, acompañada incluso de buenas políticas articuladas al respecto, la Corte ha desplegado una defensa activa de este derecho humano, advirtiendo en algunos casos la insuficiencia de aquellas. Así lo ha hecho, de acuerdo a la función de control político que le compete como tribunal constitucional, que aparece encauzada esencialmente a través del control de constitucionalidad. De esta manera, en ciertas oportunidades, ese control ha derivado en la imposición de mayores exigencias a los gobiernos de turno para garantizar una mayor eficacia en el logro del bien común y, sobretodo, que lo prometido en la Constitución no quede en letra muerta.

3) La repercusión de las decisiones del tribunal en la política sanitaria

Puede apreciarse que la Corte ha reconocido desde sus comienzos una protección especial al derecho a la salud, sobretodo por su vinculación con el derecho a la vida. Sin embargo, la proliferación de sentencias dictadas en esta etapa marca un impacto decisivo, en particular en cuestiones relativas a la extensión del Programa Médico Obligatorio, la ampliación de la legitimación activa en el amparo a sujetos diferentes de los afectados directos, la convalidación y adopción -por el propio tribunal- de medidas cautelares que garanticen la salud en situaciones de urgencia, el reconocimiento de nuevos sujetos obligados, y en general la reivindicación de la fuerza normativa del derecho constitucional a la salud, haciéndola valer aún a costa del apartamiento a esquemas legales rígidos como es el régimen de privilegios. De una valoración global de sus decisiones, podemos decir que ellas aparecen encauzadas a consolidar la protección de la salud entendida desde las más variadas perspectivas, donde se combinan derechos y principios como el de autonomía, bienestar general, solidaridad social o dignidad humana, solo por mencionar algunos. Esta nueva mirada constituye un piso mínimo sobre la que los próximos gobiernos difícilmente puedan volver atrás.

Son pocos los fallos en los que ha declarado la inconstitucionalidad de normas, en comparación con aquellos en los que ha remarcado la importancia del derecho a la salud como base del ejercicio de los restantes derechos. La mayoría de los pronunciamientos

examinados se dan en el marco de incumplimientos atribuibles al Estado Nacional, ya sea por su acción u omisión, como responsable directo o en virtud del incumplimiento de otros agentes del sistema de salud, como las obras sociales y empresas de medicina prepaga. Esto revela la compleja estructura prestacional que subyace al correcto funcionamiento de la política de salud, y pienso que debería servir como disparador para una revisión integral de la cuestión presupuestaria por parte del Congreso, cada año, para que el Estado pueda brindar un mejor servicio a la población y satisfacer las exigencias del principio de progresividad. Por otro lado, los sucesivos incumplimientos invitan a pensar si la descentralización del sistema sanitario resulta realmente efectiva, o si sería conveniente volver a esquemas de subsidio a la oferta. En mi opinión, creo que la descentralización aparece como una de las mejores formas de posibilitar el acceso a la salud, sobretodo de los sectores más vulnerables, pero que esta política debe ir acompañada de un compromiso activo por parte de todos los agentes que integran el sistema, cadena en la que el Estado resulta siempre el garante último del correcto ejercicio del derecho a la salud.

Es mínimo el porcentaje de decisiones en las que la Corte ha negado lisa y llanamente el derecho a la salud, pero no por ello resultan menos importantes. Allí el órgano ha mostrado una actitud endeble en lo que hace a la responsabilidad institucional que debe guardar ante la comunidad, y ha eludido ejercer la función de control con ciertos rasgos de permisividad y falta de independencia, refugiándose en métodos de interpretación variados, muchas veces inadecuados y rigurosos, que dificultan el curso y dinamismo del proceso político. Especialmente en la segunda sub-etapa analizada (2003-2019), el tema del cambio de precedente aparece como uno de los principales conflictos a resolver, desde que luce inaceptable que la protección a la salud -como la de cualquier derecho- penda de la integración del tribunal o del momento histórico en el que le toque decidir asuntos que comprometen su ejercicio. Dicha práctica no es sana ni asegura la imparcialidad que debe tener la Corte Suprema en un Estado de Derecho, ya que sus miembros deben hacer lo posible para garantizar la consistencia de sus decisiones y el igual trato a los justiciables. Son sus precedentes los que deben ir definiendo y operativizando el contenido de los derechos en juego.

4) La protección de los más vulnerables

La actividad de la Corte, sobretodo a partir de la reforma constitucional, se dirige a una clara protección de la salud desde el plano internacional y con especial enfoque hacia sectores que presentan desventajas estructurales como los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad. Existe respecto de estos grupos un trato jurisprudencial

que incorpora al vector de la igualdad real como principio que va más allá de la idea de evitar la mera discriminación arbitraria (igualdad formal). Ello da cuenta de una Corte que es consciente de que hay circunstancias en las que el trato neutral también puede ser discriminatorio si no se adoptan las medidas positivas tendientes a recomponer la situación que aqueja a ciertos colectivos sociales, para impedir que ella se perpetúe en el tiempo. Particularmente, se percibe una fuerte tutela a los menores y las personas con discapacidad, acompañada de la apelación a convenciones internacionales que garantizan su ejercicio del derecho a la salud e indican las facilidades con las que deben contar estos grupos a la hora de acceder al servicio. En el plano local, el art.75 inc.23 de nuestra Constitución es invocado en numerosas oportunidades para recalcar esta necesaria reformulación de la igualdad formal, hacia una de tipo real.

5) *El rol de la Corte no es indiferente*

Fuera de lo comentado, e incluso cuando se ha tildado a la Corte de los noventa como una Corte de tipo “permisiva”, cabe indicar que en el área de salud el modelo que ha seguido nuestro tribunal en ambas etapas es el de una Corte moderadora, en general acompañante de la acción gubernamental. Esto quiere decir que ha ejercido su función de control dentro de los límites impuestos por la propia Constitución, y aunque en algunos casos se cuela una dosis de activismo, ella no alcanza para afirmar que el tribunal haya querido asumir la iniciativa política en esta materia. El acompañamiento se observa al advertir que si bien el Estado Nacional ha sido el vencido en la mayoría de los casos comentados, la determinación responde al incumplimiento o la insuficiencia de políticas ya arbitradas por los poderes encargados. Sería incorrecto, más allá de los errores resaltados a lo largo de la investigación, de las marchas y contramarchas en sus sentencias, decir que ha primado una actividad discrecional por parte de la Corte Suprema; en efecto, el órgano ha revisado y realizado los ajustes necesarios para que las medidas adoptadas en el marco de un proyecto político preestablecido, posibiliten la tutela efectiva del derecho a la salud conforme a los pactos internacionales, y en especial al Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Incluso cuando ha tenido que declarar la inconstitucionalidad de una norma, la actitud ha sido la de exhortar a las autoridades correspondientes a remover inmediatamente los obstáculos que impiden el goce de este derecho, pero sin extremar su función de control.

Concluyo este trabajo diciendo que si hay algo que ha guiado esta investigación es la idea de que la Corte, como cabeza del Poder Judicial argentino, cogobierna y controla a los restantes poderes sobre la base de una legitimidad indirecta. Esto sugiere que el control de constitucionalidad deba llevarse a cabo sin sobrepasar las barreras que le

impone el proyecto constitucional, diseñado en base a las necesidades de la sociedad, que es en definitiva la titular del poder político. La vigencia de los derechos sociales y sus proyecciones económicas generan problemas en la judicatura, donde el juez ya no es un ser inanimado ni “la boca de la ley” , pero tampoco un libre pensador. En los jueces los ciudadanos depositamos la confianza de ver tutelados nuestros derechos cuando éstos no son respetados (principalmente por las decisiones mayoritarias), y la instancia judicial aparece como una luz de esperanza al final del túnel, o el último bastión al que acudir para hacer valer la Constitución.

Es hora de asumir que se ha confiado a los tribunales constitucionales un rol político, desde que no sólo es político el poder de elaborar la ley, sino también el de controlar su compatibilidad con el ordenamiento constitucional. La Corte ha sido un actor fundamental en la tutela efectiva del derecho a la salud en las tres décadas que nos precedieron; sin embargo, el interesante y vasto material jurisprudencial que nos ha brindado no debe agotarse en sus decisiones, sino servir como punta pie para que se articulen políticas públicas que caminen en un mismo sentido. Todavía es mucho lo que queda por hacer.

BIBLIOGRAFÍA

ABRAMOVICH, Víctor y PAUTASSI, Laura, “El derecho a la salud en los tribunales. Algunos efectos del activismo judicial sobre el sistema de salud en Argentina”, *Salud Colectiva*, Buenos Aires, 2008, pp.267 y 277.

ALDAO, Martín, CLÉRICO, Laura y DE FAZIO, Federico, “La protección del derecho constitucional a la salud en Argentina”, *Gaceta Laboral* 23, Vol.21, Universidad de Zulia, Maracaibo, 2015, p.27.

ÁLVAREZ, Luciana, “Función judicial y prácticas de gobierno: apuntes para una genealogía de la judicialización de la política en Argentina”, *Revista en línea del Grupo de Investigación de Filosofía Práctica e Historia de las Ideas* 20, pp.6-8.

ÁLVAREZ, Luciana, “Judicialización de la política y soberanía popular: Sobre el estatuto político de las resoluciones judiciales”, *Revista Crítica de Ciencias Sociales* [En línea] 108, 2015, p.3.

ALEXY, Robert, *Argumentación, derechos humanos y justicia*, Astrea, Buenos Aires – Bogotá – Porto Alegre, 2017, pp. 346-403.

AMAYA, Jorge A., *Marbury v. Madison: origen, argumentos y contraargumentos del control judicial de constitucionalidad*, Astrea, Buenos Aires, 2017.

ANDRUET, Armando S., *Bioética, Derecho y Sociedad. Conflicto, ciencia y convivencia*, EDUCC Alveroni, Córdoba, 2004, p.107.

ARAGÓN, Manuel, *Constitución y control del poder. Introducción a una teoría constitucional del control*, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1994, p.82.

ARAGÓN, Manuel, “La interpretación de la constitución y el carácter objetivado del control jurisdiccional”, *Revista Española de Derecho Constitucional* 17, Año 6, Mayo-Agosto 1986, pp.106-110.

ARBALLO, Gustavo, “La Corte Suprema frente al gobierno. Cuantificando datos sobre casos políticamente perfilados en el período 1984-2014”, *XII Congreso Nacional de Ciencia Política organizado por la Sociedad Argentina de Análisis Político y la Universidad Nacional de Cuyo*, Mendoza, 12 al 15 de agosto de 2015.

Asociación por los Derechos Civiles (ADC), *La Corte y los derechos. Un informe sobre el contexto y el impacto de sus decisiones durante el período 2003-2004*, 1ra ed., Siglo XXI Editores, Buenos Aires, 2005, pp.26, 330.

BIANCHI, Alberto B., *Control de constitucionalidad*, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, T.1, Buenos Aires, 2002, pp.36-37, 236-237.

BIANCHI, Alberto B., *Control de constitucionalidad*, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, T.2, Buenos Aires, 2002, pp.291-292.

BIANCHI, Alberto B. Una meditación acerca de la función institucional de la Corte Suprema, *La Ley*, T. 1997-B. *Sec. Doctrina*, p.7.

BIDART CAMPOS, Germán, *Manual de la Constitución Reformada*, 5ta Reimpresión, Ediar Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera, T.I, Buenos Aires, 2005, pp.499-500.

BILBAO UBILLOS, Juan María, “La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Centro de Estudios Políticos y Constitucionales Madrid*, 1997. Reseña bibliográfica de ANZURES GURRÍA, José Juan para la revista mexicana de derecho constitucional *Cuestiones constitucionales* 22, enero-junio 2010.

CANOSA USERA, Raúl, *Segundo cuaderno de Derecho Judicial Comparado: la tutela judicial efectiva de los derechos sociales en Europa y en América Latina*, 1ra ed., La Ley, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2010, p.3.

CARBONELL, Miguel, “Eficacia de la Constitución y derechos sociales: esbozo de algunos problemas”, *Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca* 6, Nro.2, 2008, pp.46 y 50.

CLÉRICO, Laura “¿El argumento del federalismo vs. el argumento de igualdad?, El derecho a la salud de las personas con discapacidad”. *Revista jurídica de la Universidad de Palermo* 11, 1, 2010, pp. 93-118 (https://www.palermo.edu/derecho/revista_juridica/pub-11/11Juridica05.pdf, acceso el 01/02/2020).

CORDERA, Rolando y MURAYAMA, Ciro (coordinadores), *Los determinantes de la salud en México*, Fondo de cultura económica, Programa Universitario de Estudios de Desarrollo, UNAM, México, 2012, p.497.

COURTIS, Christian y ÁVILA SANTAMARÍA, Ramiro, *La protección judicial de los derechos sociales*, Serie justicia y derechos humanos, Neoconstitucionalismo y sociedad, Quito, 2009, p.83.

CRUZ VILLALÓN, Pedro, *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*, Centro de estudios constitucionales, Madrid, 1987, pp.49 y ss.

DAHL, Robert, “La toma de decisiones en una democracia: la Corte Suprema como una institución que crea políticas públicas”, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo* 8, 1, 2007, pp.83-100.

DAMILL, Mario, FRENKEL, Roberto y RAPETTI, Mario, “La deuda argentina: Historia, default y reestructuración”, *Revista de Ciencias Sociales del Instituto de Desarrollo Económico y social* 178, Vol.45, Buenos Aires, 2005, pp.187-223.

DÍAZ, Ana Inés, “Conceptualización del derecho a la salud en Argentina”, *La Ley* 2019-E, Buenos Aires, 2019, pp. 1-4.

DI MARCO, Laura, *La Cámpora, Historia secreta de los herederos de Néstor y Cristina Kirchner*, Penguin Random House Grupo Editorial Argentina, Buenos Aires, 2012, pár. 40 del cap.1 (consultado online el 25/04/2020 en <https://books.google.es>).

DÍAZ RICCI, Sergio, “Interpretación constitucional como un problema de concretización”, *Revista del Poder Judicial*, Corte Suprema de Justicia, Lima, [en prensa].

ETCHICHURY, Horacio, *Igualdad desatada: la exigibilidad de los derechos sociales en la Constitución Argentina*, 1ra ed., Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, 2013, p.57.

FEOLI, Marco “Las cortes súper poderosas: ¿activismo o visibilidad?”, *Pensamiento Jurídico*, Nro.41, ISSN 0122 – 1108, Enero – Junio, Bogotá, 2015, p.159.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, *Interpretación constitucional*, Porrúa, V.II, México, 2005, pp.1258-1259.

FIX ZAMUDIO, Héctor, *Veinticinco años de evolución de la justicia constitucional 1940-1965*, Instituto de investigaciones jurídicas, Serie F. Publicaciones del XXV Aniversario. Número 3-A, UNAM, México, 1968, pp.10 y 11.

GARAY, Oscar Ernesto, “Derecho a la salud I”, en *DELS, Ministerio de Salud de la Nación*, <http://www.salud.gob.ar/dels/entradas/derecho-la-salud-i> (acceso el 08/02/2020).

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La lengua de los derechos. La formación del derecho público europeo tras la Revolución Francesa*, Real Academia Española, Madrid, 1994, pp.117, 128 y 129.

GARGARELLA, Roberto, *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, Ariel, Barcelona, 1996, pp. 67-98.

GARGARELLA, Roberto, “Sagüés, N. vs. Verbitsky H., sobre las sentencias exhortativas” (en: www.cels.org.ar)

GUASTINI, Riccardo, “A propósito del neoconstitucionalismo”, *Gaceta Constitucional* 67, Perú, 2013, pp.231-240.

ITURRALDE, Victoria, “Precedente Judicial”, *Revista Cultura de la Legalidad* 4, Eunomía, marzo-agosto 2013, p.195.

KAPISZEWSKI, Diana, “La Corte Suprema y la Política Constitucional en la Argentina Post-Menem”, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, 7, 1, 2006, p.5.

KRIKORIAN, Marcelo A., “La hiperinflación de 1989/90. Aportes y reflexiones sobre un episodio que marcó la historia argentina”, *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de La Plata* 7, 40, p.539).

LONDOÑO, Juan Luis y FRENK, Julio, “Pluralismo Estructurado: Hacia un Modelo Innovador para la Reforma de los Sistemas de Salud en América Latina”, *Banco Interamericano de Desarrollo* 353, 1996, p.3.

LOZANO, Luis Francisco, “La función social del poder judicial”, en Luis Francisco LOZANO, *Cuestiones políticas no judiciales y autorrestricción del Poder Judicial*, 1ra ed., Cámara de Diputados de la Nación, Buenos Aires, 2007, p.29.

MALAMUD, Andrés y DE LUCA, Miguel (coordinadores), *La política en tiempos de los Kirchner*, 1ra ed., Editorial Universitaria de Buenos Aires, Buenos Aires, 2011, pp.10, 63, 146.

MANILI, Pablo, “El activismo en la jurisprudencia de la Corte Suprema”, *La Ley* 2006-D-1285, 2006, pp.1-8.

MARTÍNEZ DE PISÓN CAVERO, José, *Políticas de bienestar. Un estudio sobre los derechos sociales*, Trota, Madrid, 1998, pp.108-110.

MARTÍNEZ, Verónica Francisca, “El concurso entre la ley y el derecho judicial”, en *Derecho Concursal Iberoamericano. Realidad y perspectivas*, Obra conmemorativa al XV aniversario del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal, Colombia, 2019, pp.171-195.

MASSINI CORREAS, Carlos, *Filosofía del Derecho. El Derecho, los Derechos Humanos y el Derecho Natural*, 2ra ed., LexisNexis, Abeledo-Perrot, T.I, Buenos Aires, 2005, p.175.

OYHANARTE, Martín, “Litigio estructural y derechos fundamentales. Necesidad de un régimen procesal adecuado”, *Revista de Derecho Constitucional* 4, Buenos Aires, 2014, p.1.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, "La interpretación constitucional" en *Revista de las Cortes Generales* 1, 1984, pp. 82-132.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, “La universalidad de los derechos humanos”, *Anuario de Filosofía del Derecho* 15 (1998), p.108.

PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN, *El Derecho a la Salud en Perspectiva de Derechos Humanos y el Sistema de Inspección, Vigilancia y Control del Estado Colombiano en Materia de Quejas en Salud*, Centro de estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Bogotá, 2008, p.50.

PUGA, Mariela, “El litigio estructural”, *Revista de Teoría del Derecho de la Universidad de Palermo* 2, Año I, Buenos Aires, 2014, pp. 41-82.

ROLLA, Giancarlo, “La evolución del constitucionalismo en América Latina y la originalidad de las experiencias de la justicia constitucional”, *Anuario Interamericano de Justicia Constitucional* 16, Madrid, 2012, pp.329-351.

SABA, Roberto, *Más allá de la igualdad formal ante la ley: ¿Qué le debe el Estado a los grupos desaventajados?*, 1ra ed., Siglo Veintiuno Editores, Buenos Aires, 2016, pp.22, 231-232.

SÁENZ QUESADA, María, *La Argentina, historia del país y de su gente*, 1ra ed., Debolsillo, V.2, Buenos Aires, 2006, pp.699, 729, 739.

SAGÜÉS, Néstor P., “Efectos de las sentencias constitucionales en el derecho argentino”, *Anuario Interamericano de Justicia Constitucional* 12, Madrid, 2008, pp.333-355.

SAGÜÉS, Néstor P., *Elementos de derecho constitucional*, Astrea, T.II, Buenos Aires, 1997.

SAGÜÉS, Néstor, “El Poder Judicial y el equilibrio institucional de los poderes del Estado”, p.5.

SAGÜÉS, Néstor P., *La Constitución bajo tensión*, 1ra ed., Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, México, 2016, p. 323

SAGÜÉS, Néstor P., “Las sentencias exhortativas (“apelativas” o “con aviso”), y su recepción en Argentina”, *La Ley* 2005-F, 1461, Buenos Aires, 2005, pp.1-7.

SAGÜÉS, María Sofía, “La jurisprudencia nomogenética en la reciente jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional* 9, 2008, pp.1, 6-15.

SAGÜÉS, María Sofía, “El diálogo institucional en el activismo jurisdiccional de la Corte Suprema de Justicia de la Nación” *Revista El Dial* 06-04-09, p.1.

santarcángelo, Juan E. y PINAZO, Germán, “Sustentar el crecimiento”, *Revista Realidad Económica* 243, Instituto Argentino para el Desarrollo Económico (IADE), Buenos Aires, 2009, pp.11-12.

SANTIAGO, Alfonso (h), “El creciente protagonismo de los jueces”, *Perfil*, diario del 17 de septiembre de 2016.

SANTIAGO, Alfonso (h), *Historia de la Corte Suprema argentina*, 1ra ed., Marcial Pons Argentina, T.III, Buenos Aires, 2014, pp.1298, 1682 y 1684.

SANTIAGO, Alfonso (h), *La Corte Suprema y el Poder Político*, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma S.R.L., Buenos Aires, 1999, pp.247-444.

SANTIAGO, Alfonso (h), “Neoconstitucionalismo”, *Sesión privada del Instituto de Política Constitucional del 3 de abril de 2008*, pp.3-26 (<https://ancmyp.org.ar/user/files/02neoconstitucionalismo.pdf>, acceso el 01/12/2019).

SANTIAGO, Alfonso (h), “Una nueva era del derecho, 1945-2017”, *El Derecho. Diario de Doctrina y Jurisprudencia* 14.223, Año LV, Universidad Católica Argentina, Buenos Aires, 2017, pp.1-7).

SERNA, Pedro y TOLLER, Fernando M., *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Una alternativa a los conflictos de derechos*, La Ley, Buenos Aires, 2001, pp.64-74.

SODERO, Eduardo, “Sobre el cambio de los precedentes”, *Revista de teoría y filosofía del derecho* 21, 2004, pp.227, 230, 233.

STEINER, Christian y URIBE, Patricia, *Convención Interamericana sobre Derechos Humanos comentada*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2014, p.719.

VIGO, Rodolfo L., “De la interpretación de la ley a la argumentación desde la Constitución: realidad, teorías y valoración”, *Revista Dikaion de la Universidad de La Sabana* 1, Vol.21, 2012, p.202.

VIGO, Rodolfo Luis, “Del Estado de Derecho Legal al Estado de Derecho Constitucional”, *La Ley* 2010-A, 1165, *Sup. Const.* (febrero 2010).

VIGO, Rodolfo L. y GATTINONI DE MUJÍA, María (Dir.), *Tratado de Derecho Judicial*, Abeledo Perrot, T.1, Buenos Aires, 2013, pp.485-512.

VENTURA, Adrián, “Menem politizó a la Corte y a la Justicia”, *La Nación*, diario del 15 de diciembre de 1996.

VILLAMOR MORGAN-EVANS, Elisenda “Una aproximación al pensamiento interpretativo de Benjamín Nathan Cardozo”, *Dialnet*, p. 442.

YLARRI, Juan Santiago, “Derecho a la salud, personas con discapacidad y acceso a la justicia”, *Revista derecho y salud* 1, Año 1, Universidad Blas Pascal, Córdoba, 2017, p. 22.

ZALAZAR, Claudia y CARRANZA, Gonzalo, *Derecho y salud en perspectiva*, Estudios de derecho a la salud, Córdoba, 2019, pp.44-45 y 25.