
SERIE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS

NEOCONSTITUCIONALISMO Y SOCIEDAD

La protección judicial de los derechos sociales

Christian Courtis y Ramiro Ávila Santamaría
Editores



Néstor Arbo Chica
Ministro de Justicia y Derechos Humanos

Ministerio de Justicia y Derechos Humanos

Av. Amazonas y Atahualpa
Edif. Anexo al Ex Banco Popular
Telf: (593) 2 2464 929, Fax: 2469914
www.minjustica-ddhh.gov.ec

José Manuel Hermida Viallet
Coordinador Residente del Sistema de Naciones Unidas en Ecuador
y Representante Residente del PNUD

Organización de las Naciones Unidas

Av. Amazonas N. 2889 y la Granja
Telf: (593) 2 2460 330, Fax: 2461 960
www.un.org.ec

Equipo de Apoyo

Ministerio de Justicia y Derechos Humanos

Ramiro Ávila Santamaría
Tatiana Hidalgo Rueda
Nicole Pérez Ruales

Naciones Unidas

Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos

Guillermo Fernández-Maldonado Castro
Esther Almeida Silva
Jacqueline Carrera Ojeda
Christel Drapier
Sergio Rubio

Corrector de estilo:

Miguel Romero Flores (09 010-3518)

ISBN: 978-9978-92-751-9

Derechos de autor: 031982

Christian Courtis y Ramiro Ávila Santamaría, *Editores*

Imprenta: V&M Gráficas (02 3201 171)

Quito, Ecuador

1ra. edición: octubre de 2009

Contenido

Presentación	vii
<i>Néstor Arbito Chica</i> , Ministro de Justicia y Derechos Humanos	
Presentación	ix
<i>José Manuel Hermida</i> , Coordinador Residente del sistema ONU en Ecuador	
Introducción	xiii
I. Conceptos generales	
Apuntes sobre la exigibilidad judicial	
de los derechos sociales	3
<i>Victor Abramovich y Christian Courtis</i>	
Los derechos sociales y sus garantías:	
notas para una mirada “desde abajo”	31
<i>Gerardo Pisarello</i>	
Eficacia de la Constitución y derechos sociales,	
esbozo de algunos problemas	55
<i>Miguel Carbonell</i>	
II. Derechos específicos	
El derecho a la alimentación como derecho justiciable	91
<i>Christian Courtis</i>	
La aplicación de tratados e instrumentos internacionales	
sobre derechos humanos y la protección jurisdiccional	
del derecho a la salud: apuntes críticos	117
<i>Christian Courtis</i>	
El derecho a la salud en el derecho internacional	
de los derechos humanos: las observaciones generales de la ONU	173
<i>Miguel Carbonell</i>	
Notas sobre la justiciabilidad del derecho a la vivienda	191
<i>Christian Courtis</i>	

III. Experiencias nacionales

La justiciabilidad de los derechos sociales en la Argentina: algunas tendencias.....	203
<i>Víctor Abramovich y Christian Courtis</i>	
Algunas consideraciones sobre el derecho fundamental a la protección y promoción de la salud a los 20 años de la Constitución Federal de de Brasil de 1988	241
<i>Ingo Wolfgang Sarlet y Mariana Filchtiner Figueiredo</i>	
La jurisdicción social de la tutela en Colombia.....	301
<i>Rodolfo Arango Rivadeneira</i>	
Un giro en los estudios sobre derechos sociales: el impacto de los fallos judiciales y el caso del desplazamiento forzado en Colombia	321
<i>César Rodríguez Garavito y Diana Rodríguez Franco</i>	
El derecho fundamental a la salud y el sistema de salud: los dilemas entre la jurisprudencia, la economía y la medicina.....	375
<i>Diego López Medina</i>	
Los derechos económicos, sociales y culturales en Costa Rica	417
<i>Carlos Rafael Urquilla Bonilla</i>	
Los derechos sociales en la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos	451
<i>Ramiro Ávila Santamaría</i>	
El experimento de Sudáfrica con los derechos socio económicos justiciables. ¿Cómo se está desarrollando?	479
<i>Danie Brand</i>	

IV. La protección judicial de los derechos sociales en Ecuador

Los retos de la exigibilidad de los derechos del buen vivir en el derecho ecuatoriano	543
<i>Ramiro Avila Santamaría</i>	
Los derechos sociales y el desafío de la acción de protección	577
<i>Carolina Silva Portero</i>	
La protección de los derechos sociales en la jurisprudencia constitucional ecuatoriana	617
<i>Pablo Alarcón Peña</i>	

Nota biográfica de los autores y autoras.....	679
---	-----

La aplicación de tratados e instrumentos internacionales sobre derechos humanos y la protección jurisdiccional del derecho a la salud: apuntes críticos

Christian Courtis

1. Los instrumentos internacionales y la incorporación del derecho a la salud como un derecho de raigambre constitucional. 2. La aplicación jurisprudencial de los instrumentos internacionales de derechos humanos para identificar el derecho a la salud y determinar su contenido: 2.1. Obligaciones del Estado en materia de derecho a la salud; 2.2. Las obligaciones de sujetos no estatales participantes del sistema sanitario; 2.3. Medidas cautelares; 2.4. Los límites a la justiciabilidad del derecho a la salud o la impotencia de la Justicia; 2.5. Casos conexos. 3. (Breves) conclusiones.

La década transcurrida desde la reforma constitucional de 1994 ha dado muestras de un sorprendente activismo judicial en materia de protección del derecho a la salud. La intención de este texto no es la de brindar un panorama completo de este fenómeno, sino la de explorar el papel que ha jugado en ese desarrollo jurisprudencial el empleo de los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por la Argentina. Para ello, privilegiaré el análisis del ya considerable cúmulo de decisiones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación al respecto, aunque mencionaré también algunos precedentes de otros tribunales. Pretendo de este modo subrayar cuál ha sido el sentido de la cita de instrumentos internacionales en la materia, qué aspectos de la

elaboración conceptual del derecho a la salud realizada en sede internacional han sido aprovechados por los tribunales locales, y cuáles han permanecido ausentes de la discusión judicial.

1. Los instrumentos internacionales y la incorporación del derecho a la salud como un derecho de raigambre constitucional

Hasta la reforma de 1994, el texto de la Constitución federal argentina carecía de una referencia clara relativa al reconocimiento del derecho a la salud como derecho subjetivo de jerarquía constitucional. El artículo 14 nuevo, incorporado por la reforma de 1957, menciona apenas el mandato dirigido al Estado de otorgar “los beneficios de la seguridad social, que tendrá carácter de integral e irrenunciable”, y el establecimiento de un “seguro social obligatorio”. Sin embargo, amén de no mencionar expresamente la protección de la salud, la norma responde a una noción contributiva de la seguridad social, entendida centralmente a partir de la inserción laboral del trabajador en el mercado formal, y limitada en general a la cobertura de “eventos” o “infortunios” interruptivos de la capacidad laborativa, en especial, la vejez y la incapacitación por accidentes y enfermedades¹. Frente a esta ausencia, sólo quedaba la poco fiable vía de postular la existencia de un derecho a la salud implícito en el artículo 33 de la Constitución. Como puede apreciarse, la base textual que ofrecía la Constitución estaba lejos de consagrar un derecho universal a la protección de la salud o a la asistencia sanitaria.

En las discusiones sobre la necesidad de introducir reformas a la Constitución llevadas a cabo por el Consejo para la Consolidación de la Democracia se formó un cierto consenso sobre la conveniencia de incluir un

1 Aunque también influida por un modelo centrado en las relaciones de trabajo, la Constitución de 1949 –derogada en 1956– era más explícita sobre la inclusión de la salud entre sus bienes tutelados. Así, el artículo 37.I.5, que consagraba los derechos del trabajador, se refería, bajo la rúbrica “Derecho a la preservación de la salud”, a la protección de la salud en el ámbito laboral; el artículo 37.I.6 hacía expresa la cobertura de eventos que significaran la disminución, suspensión o pérdida de la capacidad de trabajo en el régimen de la seguridad social; el artículo 37.III.5 mencionaba el “derecho al cuidado de la salud física” de los ancianos.

derecho a la protección de la salud en el texto constitucional. Sin embargo, aunque el Dictamen final elaborado por ese organismo tuvo fuerte influencia sobre la propuesta acercada por el radicalismo para cerrar el denominado Pacto de Olivos, lo cierto es que en el texto final de ese acuerdo –incluido en la Ley 24.309, de declarativa de la necesidad de reforma constitucional– la incorporación del derecho a la salud no figura ni en el llamado “Núcleo de Coincidencias Básicas”, ni entre los “temas habilitados para el debate por la Convención Constituyente”.

Llevada a cabo la reforma, la tutela de la salud como bien constitucionalmente protegido queda consolidada a partir de varias vías. Una primera mención puede encontrarse en el artículo 42 de la Constitución reformada, referido a la protección de los consumidores y usuarios. Allí se reconoce el derecho de los consumidores y usuarios de bienes y servicios a la “protección de la salud y seguridad” en la relación de consumo. Como se ve, tampoco se trata de la consagración de un derecho universal a la salud, en ese sentido, la limitación de la protección de la salud a las relaciones de consumo constituye un reflejo actualizado de la limitación de la protección de la salud a la relación de trabajo.

La consagración plena del derecho a la salud como un derecho de raigambre constitucional ha tenido lugar indirectamente, a través de la concesión de jerarquía constitucional a una serie de declaraciones y tratados internacionales de derechos humanos en el artículo 75 inciso 22. Varios de estos instrumentos incorporan expresamente el derecho a la salud y mencionan su alcance, mandatos para el Estado, objetivos o metas de política pública en la materia y recaudos específicos referidos a grupos que requieren especial protección.

Así, el derecho es consagrado o mencionado expresamente en los artículos 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, XVI de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 23 incisos 3 y 4, 24, 25, 26, 27, 32 y 39 de la Convención sobre los Derechos del Niño, 10 h), 11.1 e) y f), 11.2, 12, 14 b) y c), y 16 e) de la Convención Internacional para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, y 5 e.iv) de la Convención Internacional para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial².

2 Me limito aquí a los textos de jerarquía constitucional. Una enumeración completa de los textos de

2. La aplicación jurisprudencial de los instrumentos internacionales de derechos humanos para identificar el derecho a la salud y determinar su contenido

Veamos ahora cuál ha sido el empleo jurisprudencial de los tratados e instrumentos internacionales de derechos humanos para identificar y asignar alcance al derecho a la salud como derecho constitucionalmente tutelado. Se trata, sin mayor duda, de uno de los casos de utilización más fértil de los instrumentos internacionales de jerarquía constitucional que han llevado a cabo los tribunales federales argentinos. En este campo, desde la promulgación de la reforma constitucional, los tribunales han reconocido –utilizando, ciertamente, argumentos diversos– la existencia de un derecho a la asistencia sanitaria y de obligaciones estatales que dimanan de la ratificación de tratados internacionales de derechos humanos. Un breve recorrido por algunos de los precedentes más significativos dará una idea del empleo que han hecho los jueces de estos tratados en materia de salud. Me limitaré aquí a mencionar las líneas más importantes de empleo de los instrumentos internacionales en la jurisprudencia de la Corte Suprema, para analizar posteriormente con más detalle sus precedentes.

Entre los precedentes decididos por la Corte Suprema de Justicia –que en muchos casos remiten al dictamen del Procurador General de la Nación– pueden encontrarse referencias a los tratados internacionales de jerarquía constitucional en los siguientes contextos:

- como normas que establecen un derecho subjetivo a la vida y a la atención sanitaria: así, la Corte ha citado los artículos 4 y 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos para identificar los derechos a la vida y a la integridad personal como derechos constitucionalmente protegidos, y ha derivado de esos derechos un derecho a la protección de la salud. Simultáneamente, la Corte se ha referido al artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales

jerarquía supralegal incluiría además la consideración del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador) y de la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad.

y Culturales para fundar la tutela del derecho a la salud. En otros casos, la Corte ha traído a colación los arts. 23, 24 y 26 de la Convención sobre los Derechos del Niño como fuente para la protección constitucional del derecho;

- como normas que establecen un derecho colectivo a la protección de la salud, y correlativas obligaciones positivas al Estado;
- como normas que imponen al Estado obligaciones positivas en materia de organización de servicios de salud, y que –correlativamente– le impiden desentenderse de ese mandato;
- como normas que facultan al Estado a imponer obligaciones positivas sobre obras sociales y empresas de medicina prepaga;
- como normas que obligan al Estado a imponer legislativamente una indemnización plena en materia de responsabilidad por accidentes y enfermedades laborales;
- adicionalmente, y aunque no se trate estrictamente de casos que envuelvan el derecho a la salud, la Corte ha mencionado normas de tratados internacionales para hacer valer la prohibición de discriminación por razones de salud en materia laboral. Para ello, ha citado la necesidad de interpretar la leyes federales a la luz de los principios antidiscriminatorios establecidos en el art. 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

La identificación del derecho a la salud como un derecho de raigambre constitucional constituye un primer paso para asegurar su tutela jurisdiccional –habilitando así, por ejemplo, el empleo de la acción de amparo, y la jurisdicción extraordinaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Sin embargo, para la adecuada tutela del derecho no basta con identificarlo como un derecho: es necesario una tarea hermenéutica capaz de determinar su *contenido*, es decir: su titularidad, el deudor de las obligaciones negativas y positivas impuestas por el derecho, el alcance de esas obligaciones y sus restricciones o limitaciones.

En otros trabajos hemos explorado el problema de la determinación de la conducta debida u obligación de los llamados derechos económicos, sociales y culturales. Nuestra conclusión al respecto ha sido que no existe ninguna imposibilidad conceptual de definir el contenido de estos dere-

chos: es necesaria, sin embargo, una tarea concreta de especificación normativa y dogmática, similar a la efectuada tradicionalmente con los derechos civiles y políticos, y con algunos derechos sociales tales como los derechos laborales y los relacionados con la seguridad social³, tarea en gran medida pendiente en nuestro medio jurídico. Aunque el trabajo de especificación del contenido del derecho a la salud –en especial, de su contenido esencial, o contenido mínimo esencial, es decir, del contenido impuesto por la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos a los poderes políticos y, por ende, obligatorio y no disponible para éstos– excede el objeto de este trabajo, sugeriré algunos apuntes para efectuar su delimitación⁴.

Ya he señalado que el derecho a la salud es referido parcialmente por artículos del texto constitucional, y más extensamente por declaraciones y tratados internacionales de derechos humanos de jerarquía constitucional. Pues bien, los principios de interpretación comunes a los tratados internacionales sobre derechos humanos prescriben la interpretación integradora y pro homine, es decir, la interpretación más favorable a la persona humana⁵. Concretamente, en el caso de la Constitución argentina y de los tratados y declaraciones de jerarquía constitucional, esto supondría una operación interpretativa consistente en los siguientes pasos: a) la identificación del derecho de marras en el texto constitucional y en los distintos instrumentos internacionales de jerarquía constitucional; b) la comparación de los diversos textos que consagran el derecho; c) la integración interpre-

3 Ver, Víctor Abramovich y Christian Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, 2002, pp. 122-126; id., “Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales”, en Víctor Abramovich, María José Añón y Christian Courtis (comps.), *Derechos sociales: instrucciones de uso*, Fontamara, México, 2003, pp. 55-78. Específicamente sobre el derecho a la salud, ver id., “El derecho a la atención sanitaria como derecho exigible”, *Rev. La Ley*, T. 001-D, pp. 22-

4 Rodolfo Ariza Clerici, “El derecho a la salud en la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, <http://www.juridice.com.ar/doctrinalsalud.htm>; Enrique González, “El derecho a la salud”, en Víctor Abramovich, María José Añón y Christian Courtis (comps.), *Derechos sociales: instrucciones de uso*, pp. 143-180.

5 Ver Mónica Pinto, “El principio pro homine. Criterios hermenéuticos y pautas para la regulación de los derechos humanos”, en Martín Abregú y Christian Courtis (comps.), *La aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, Ed. Del Puerto-CELS, 1997, pp. 163-171.

tativa de los aspectos más favorables a la persona humana contenidos en esos diversos textos⁶.

Semejante ejercicio en materia de derecho a la salud impondría al intérprete considerar la extensión de ese derecho en los ya mencionados artículos 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, XVI de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 23 incisos 3 y 4, 24, 25, 26, 27, 32 y 39 de la Convención sobre los Derechos del Niño, 10 h), 11.1 e) y f), 11.2, 12, 14 b) y c), y 16 e) de la Convención Internacional para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, 5 e.iv) de la Convención Internacional para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial y 14 bis y 42 de la Constitución nacional. Considerada la extensión de estos textos, el intérprete debería integrar los aspectos más favorables a la persona humana, teniendo además en consideración las especificaciones realizadas por los instrumentos internacionales y por la Constitución en función de la situación de la persona –por ejemplo, del hecho de participar de relaciones de trabajo o de consumo– o de sus circunstancias subjetivas –por ejemplo, el ser mujer, niño o niña, pertenecer a un grupo racial o étnico, etcétera– o de una combinación de ambas: ser mujer y habitar en poblaciones rurales, ser niño o niña con discapacidad.

La interpretación de los textos de instrumentos internacionales requiere un ejercicio suplementario, que es la verificación de la existencia, en sede internacional, de interpretaciones generales o particulares del alcance del derecho, provenientes de órganos de supervisión o aplicación de los instrumentos mencionados, como la Comisión y Corte Interamericana de Derechos Humanos, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Comité sobre los Derechos del Niño, el Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y el Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial⁷. En materia de

6 Puede encontrarse un excelente ejemplo de aplicación de estos pasos hermenéuticos en Oscar Parra Vera, *El derecho a la salud en la Constitución, la jurisprudencia y los instrumentos internacionales*, Defensoría del Pueblo, Bogotá, 2003.

7 Esto, de acuerdo a la propia doctrina establecida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los precedentes “Giroldi” y “Bramajo”. Ver, al respecto, Martín Abregú, “Introducción”, y Guillermo Moncayo, “Criterios para la aplicación de las normas internacionales que resguardan los derechos

derecho a la salud, resulta imprescindible la consulta de la Observación General Nro. 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁸, las Observaciones Generales Nros. 3 y 4 del Comité sobre los Derechos del Niño⁹, y los Comentarios Generales Nros. 15 y 24 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer¹⁰. Aunque los casos individuales relativos a la materia en sede internacionales son aún escasos, la Comisión Interamericana ha producido algunos avances interesantes en materia de medidas cautelares relacionadas con la provisión de medicamentos¹¹.

Por último, también resulta relevante la determinación del alcance de las obligaciones generales establecidas por los instrumentos internacionales en materia de derechos económicos, sociales y culturales, obviamente aplicables en materia de derecho a la salud. El establecimiento de criterios y estándares propios de interpretación referidos a los derechos sociales se ha desarrollado particularmente en sede internacional en los últimos quince años, y se ha plasmado en Observaciones Generales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales¹², y en dos instrumentos interpre-

humanos en el derecho argentino”, en Martín Abregú y Christian Courtis, *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, cit., pp. 19-20 y 98-100, respectivamente. Sobre el carácter de fuente de las observaciones generales de los Comités, ver Víctor Abramovich y Christian Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, pp. 65-78; id., “Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales”, en Martín Abregú y Christian Courtis (comps.), *La aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos por los tribunales locales*, pp. 317-327. Veremos a continuación cuán extenso ha sido el alcance de la aplicación de esta doctrina referido al derecho a la salud.

- 8 Ver Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General Nro. 14, “El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud”, (2000).
- 9 Ver Comité sobre los Derechos del Niño, Observación General Nro. 3 “El VIH/SIDA y los derechos del niño”, (2003); Observación general Nro. 4, “La salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño”, (2003).
- 10 Ver Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, Comentario General Nro. 15, “Eliminación de la discriminación contra la mujer en las estrategias nacionales para la prevención y control del Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida (SIDA)”, (1990); y Comentario General Nro. 24, “Artículo 12 de la Convención: Mujer y salud”, (1999).
- 11 Para un recuento de estos casos, ver Ignacio J. Alvarez, “Suministro de medicamentos para personas con VIH/SIDA mediante medidas cautelares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, en Christian Courtis, Denise Hauser y Gabriela Rodríguez Huerta (comps.), *Nuevos desafíos en la protección internacional de derechos humanos*, Ed. Porrúa/ITAM, México, 2005.
- 12 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General Nro. 3, “La índole

tativos –instrumentos internacionales que corresponden al denominado *soft law*–, los Principios de Limburgo sobre Obligaciones en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y los Principios de Maastricht sobre Violaciones a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales¹³. Sin ánimo de exhaustividad, entre las obligaciones generales en materia de derechos económicos, sociales y culturales aplicables en particular al derecho a la salud se encuentran la prohibición de discriminación, la obligación de adoptar medidas inmediatas para hacer plenamente efectivo el derecho –que comprende las obligaciones de formulación de un plan y de provisión de recursos, incluidos los recursos judiciales–, la obligación de garantizar el nivel o contenido mínimo o esencial de los derechos, y la obligación de progresividad, que implica la prohibición de regresividad, o prohibición de retroceso social¹⁴.

Pasemos entonces a analizar aspectos relativos a la determinación del contenido del derecho o bien –como veremos– de las obligaciones estatales que imponen las normas internacionales en materia de salud a partir de la experiencia jurisprudencial argentina. En vista de la limitación de las decisiones judiciales a las particularidades de la situación fáctica sobre la que deben resolver, el relevamiento puede apenas inferir algunas líneas que permiten articular tendencias en la materia. Las conclusiones al respecto son, por ende, especulativas, dado el limitado número de casos que ha llegado a

de las obligaciones de los Estados Parte –párrafo 1 del art. 2 del Pacto” (1990), y Observación General Nro. 9, “La aplicación interna del Pacto”, (1998).

13 Los Principios de Limburgo fueron elaborados por un grupo de expertos reunidos en Maastricht, entre el 2 y el 6 de junio de 1986, y emitidos como un documento oficial de Naciones Unidas. Ver UN Document E/CN.4/1987/17. Los Principios de Maastricht fueron adoptados por un grupo de expertos en una reunión efectuada en Maastricht entre el 22 y el 26 de enero de 1997 y, pese a no haber sido adoptados formalmente por un órgano de Naciones Unidas, han sido empleados con frecuencia por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales para evaluar los informes estatales y para desarrollar las distintas observaciones generales al PIDESC. Ver, por ejemplo, Victor Dankwa, Cees Flinterman y Scott Leckie, “Commentary on the Maastricht Guidelines on the Violation of Economic, Social and Cultural Rights”, *Human Rights Quarterly*, 20 (1998), pp. 705-731.

14 Para un análisis más extenso, ver Víctor Abramovich y Christian Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, pp. 92-116; “Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales”, cit., pp. 334-350; Magdalena Sepúlveda, *The Nature of the Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, Intersentia, Amberes, 2003, pp. 323-332.

la Corte Suprema, y la ausencia de algún *leading case* que haya motivado una reflexión general del tribunal sobre el contenido del derecho. De todas maneras, el cúmulo actual de casos constituye una novedad si lo comparamos, por ejemplo, con las decisiones relativas al derecho a la salud previas a la reforma constitucional de 1994.

En todo caso, son necesarias algunas aclaraciones previas para poner en adecuado contexto las decisiones de la Corte Suprema. La vía procesal y el tipo de agravio planteado –o más bien, el tipo de agravio que la Corte decide considerar– han sido poco propicios para la consideración del contenido del derecho a la salud a la luz de su inclusión en tratados internacionales. En la gran mayoría de los casos resueltos, aunque afirme que el derecho a la salud está consagrado en instrumentos internacionales de derechos humanos y goza de jerarquía constitucional, el tribunal abre su jurisdicción por cuestionarse el alcance de una ley de contenido federal, de modo que la cuestión examinada se limita a una cuestión de interpretación legal, y no estrictamente de interpretación constitucional. Lo mismo sucede en casos en los que el tribunal decide abrir el recurso extraordinario ante un planteo de arbitrariedad. Adicionalmente, en un considerable número de casos en los que se demandan medidas cautelares, la Corte se ha considerado competente en forma originaria, por tratarse de demandas contra la Nación y contra una provincia, y ha concedido liminarmente las medidas peticionadas. Esto ha sucedido aún en casos en los que el tribunal se declara incompetente. En estos casos tampoco hay un planteo ceñido estrictamente al contenido constitucional del derecho a la salud.

Uno podría señalar, sin embargo, que la interpretación que la Corte efectúe de la ley federal, de las normas de derecho común o local en los casos de arbitrariedad o de la normativa invocada en los casos de jurisdicción originaria, será una interpretación conforme a la Constitución y a los instrumentos internacionales de jerarquía constitucional y, por ende, echará alguna luz sobre el contenido constitucional del derecho en juego. En todo caso, la limitación es importante.

Dada esta limitación, en la mayoría de los casos tratados por la Corte Suprema –con alguna excepción importante– la cuestión tratada involucra el incumplimiento por parte de la Administración de una disposición fijada en la ley. Pocos son los casos en los que se cuestione la vulneración por parte

del Poder Legislativo del contenido esencial del derecho, o el incumplimiento de mandatos, prohibiciones o principios constitucionales en la formulación de ley. Hará falta la acumulación de un mayor número de precedentes para evaluar cuánta deferencia concede la Corte Suprema al Congreso en la reglamentación del derecho a la salud, o bien, inversamente, cuán estricta es en la revisión del cumplimiento de estándares internacionales en la materia, a falta de estándares específicos que puedan extraerse del texto constitucional propiamente dicho.

2.1. Obligaciones del Estado en materia de derecho a la salud

Los precedentes donde la Corte¹⁵ aborda más enfáticamente el tenor de los compromisos internacionales asumidos por el Estado en materia de derecho a la salud son los casos “Campodónico de Beviacqua”¹⁶ y “Monteserin”¹⁷. Algunas de las reflexiones de la Corte tenían como antecedente el dictamen del Procurador General de la Nación en el caso “Asociación Benghalensis”, al que se remite el voto de la mayoría de la Corte, y cuya orientación también recogen algunos votos particulares.

15 Además de los casos que dieron origen a los precedentes tratados por la Corte Suprema, varios fallos importantes de segunda instancia federal y aún de tribunales provinciales han reflejado la tendencia de invocar instrumentos internacionales de derechos humanos para tutelar el derecho a la salud. Ver, por ejemplo, Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Bahía Blanca, sala II, “C. y otros c/ Ministerio de Salud y Acción Social de la Provincia de Buenos Aires”, 2 de septiembre de 1997; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contenciosoadministrativo Federal, sala IV, “Viceconte, Mariela c/ Estado nacional – Ministerio de Salud y Acción Social s/ amparo ley 16.986”, 2 de junio de 1998; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de Neuquén, sala II, “Menores Comunidad Paynemil s/ acción de amparo”, 19 de mayo de 1997; Cámara en lo Contenciosoadministrativo de Tucumán, Sala II, “González, Amanda Esther c/ Instituto de Previsión y Seguridad Social de Tucumán y otro s/ amparo”, 15 de julio de 2002. Pueden consultarse otros casos en la contribución de Ricardo Lorenzetti, “Derechos humanos y derecho privado”, en este mismo volumen.

16 “Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa Campodónico de Beviacqua, Ana Carina c/ Ministerio de Salud y Banco de Drogas Neoplásicas”, 24 de octubre de 2000.

17 “Recurso de hecho deducido por el Servicio Nacional de Rehabilitación y Promoción de la Persona con Discapacidad en la causa 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”, 16 de octubre de 2001.

En el caso “Asociación Benghalensis”¹⁸, una acción de amparo colectivo llevada a cabo por una serie de organizaciones no gubernamentales para obligar al Estado a cumplir con la provisión de medicamentos destinados a tratar el Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida mandada por la ley 23.798, el Estado interpone recurso extraordinario contra la sentencia de segunda instancia que hace lugar a la demanda. La Corte confirma la decisión de la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contenciosoadministrativo Federal, rechazando los argumentos del Estado.

En su dictamen, el Procurador General de la Nación afirma que “el derecho a la salud, desde el punto de vista normativo, está reconocido en tratados internacionales con rango constitucional (art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional), entre ellos, el art. 12 inc. c del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; inc. 1 arts. 4 y 5 de la Convención sobre Derechos Humanos [sic] –Pacto de San José de Costa Rica– e inc. 1 del art. 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, extensivo no sólo a la salud individual sino también a la salud colectiva”. En consecuencia, “(e)l Estado no sólo debe abstenerse de interferir en el ejercicio de los derechos individuales sino que tiene, además, el deber de realizar prestaciones positivas, de manera tal que el ejercicio de aquéllos no se torne ilusorio”¹⁹. Sobre esta base, el Procurador afirma, para el caso concreto, que “[d]ichos principios llevan a concluir que el Estado tiene la obligación de suministrar los reactivos y medicamentos necesarios para el diagnóstico y tratamiento de la enfermedad”²⁰.

La sentencia cuenta con dos votos concurrentes que agregan algún énfasis y mayor detalle al dictamen del Procurador. El voto concurrente de los jueces Moliné O’Connor y Boggiano afirma categóricamente que “a partir de la reforma constitucional de 1994, el derecho a la salud se encuentra expresamente reconocido con jerarquía constitucional en el art. 75 inc. 22”, enumerando y refiriendo el contenido de los arts. XI de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (derecho a que la salud de

18 Cfr. “Asociación Benghalensis y otros c/Ministerio de Salud y Acción Social –Estado Nacional s/amparo ley 16.688”, dictamen del Procurador General de la Nación de la Nación del 22 de febrero de 1999, decisión de la Corte del 1 de junio de 2000.

19 “Asociación Benghalensis”, *op. cit.*, dictamen del Procurador, consid. X.

20 “Asociación Benghalensis”, *op. cit.*, dictamen del Procurador, consid. X.

toda personas sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad), el art. 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la asistencia médica y los servicios sociales necesarios), y el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (señalando que, entre las medidas que los estados partes deben adoptar a fin de asegurar la plena efectividad del derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, figuran “la prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, la lucha contra ellas, y la creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad”²¹). En el mismo sentido, sostiene que “la protección del derecho a la salud (...) es una obligación impostergable del Estado Nacional de inversión prioritaria”²².

Por su parte, el voto concurrente del juez Vázquez afirma que “el derecho a la salud [es] contemplado en nuestra Carta Magna en virtud de la incorporación de los tratados internacionales mencionados en el art. 75 inc. 22”, repitiendo la enumeración y alusiones al contenido de las normas de los tratados hecha por los jueces Moliné O’Connor y Boggiano. Vázquez agrega que el virus VIH afecta también la calidad de vida de la población infectada, “dado que la falta de respeto del derecho a la salud (equilibrio físico, psíquico y emocional) acarrea inexorablemente esta consecuencia”²³.

Por último, el dictamen de Procurador General y los votos concurrentes esbozan –aunque argumentado sobre fundamentos legales y no constitucionales o internacionales– el criterio que se concretará más claramente en decisiones posteriores en materia de competencia del Estado federal en relación con las obligaciones emanadas del derecho a la salud: independientemente de la repartición de competencias que haga la ley entre los niveles federal y local, es responsabilidad del Estado federal, en su carácter de autoridad de aplicación

21 Cfr. “Asociación Benghalensis”, *op. cit.*, voto concurrente de los Dres. Boggiano y Moliné O’Connor, considerando 10.

22 *Ibidem*, considerando 11.

23 Cfr. “Asociación Benghalensis”, *op. cit.*, voto concurrente del Dr. Vázquez, considerando 7.

que diseña el plan de distribución de medicamentos, velar por su correcto cumplimiento, asegurando la continuidad y regularidad del tratamiento.²⁴

El mismo día en que decidió “Asociación Benghalensis”, la Corte resolvió el caso “A., C. B.”²⁵, con idéntica remisión al dictamen del Procurador General. A diferencia de “Asociación Benghalensis”, sin embargo, “A., C. B.” es un amparo individual, en el que la peticionaria reclama la entrega de un medicamento para su propio tratamiento relativo a la infección del VIH. El amparo fue acogido en primera y segunda instancia, y el Estado interpuso recurso extraordinario contra la sentencia de Cámara. El Procurador rechaza los argumentos del Estado, remitiéndose a lo dicho en su dictamen de “Asociación Benghalensis”²⁶.

En “Campodónico de Beviacqua”, en el que la Corte confirma la decisión de Cámara de obligar al Estado continuar el suministro de una medicación costosa a un niño, el tribunal dedica varios párrafos a las obligaciones internacionales del Estado en materia de salud. Centralmente, y en relación con los hechos del caso, la Corte afirma aquí:

- que el derecho a la preservación de la salud –comprendido en el derecho a la vida– tiene rango constitucional, “a partir de lo dispuesto en los tratados internacionales que tienen jerarquía constitucional”²⁷;
- 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 la llamada medicina prepaga”²⁸;

24 Cfr. “Asociación Benghalensis” *op. cit.*, dictamen del Procurador, considerando XI; voto de los jueces Moliné O’Connor y Boggiano, considerandos 16 y 17; voto del juez Vázquez, considerandos 15, 16, 17 y 18. En el considerando 20, el juez Vázquez afirma que el caso obligó a la Corte a esclarecer “la normativa en juego y determinar el papel del Estado Nacional para el logro de fines tales como el afianzamiento de la salubridad en consonancia con los más altos principios fijados en la Carta Magna y los tratados internacionales”, aunque en la resolución concreta de la cuestión de competencia no haya mayor mención a las exigencias de los tratados internacionales.

25 “A., C. B. c/Ministerio de Salud y Acción Social s/amparo ley 16.986”, dictamen del Procurador General de la Nación del 19 de marzo de 1999; decisión de la Corte del 1º de junio de 2000

26 “A., C. B”, *op. cit.*, dictamen del Procurador, considerando VIII.

27 Cfr. “Campodónico de Beviacqua”, *op. cit.*, considerando 16.

28 *Idem.*

- que los pactos internacionales protegen específicamente la vida y la salud de los niños²⁹;
- que el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “reconoce el derecho de todas las personas a disfrutar del más alto nivel posible de salud física y mental, así como el deber de los estados parte de procurar su satisfacción. Entre las medidas que deben ser adoptadas a fin de garantizar ese derecho se halla la de desarrollar un plan de acción para reducir la mortalidad infantil, lograr el sano desarrollo de los niños y facilitarles ayuda y servicios médicos en caso de enfermedad”³⁰;
- que “los estados partes se han obligado “hasta el máximo de los recursos” de que dispongan para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos reconocidos en dicho tratado”³¹;
- que, para los estados de estructura federal, del tratado se deriva que, sin perjuicio de las obligaciones establecidas para las entidades que formen la federación, “el gobierno federal tiene la responsabilidad legal de garantizar la aplicación del pacto”³²;
- que también la Convención Americana sobre Derechos Humanos “impone al gobierno nacional el cumplimiento de todas las obligaciones relaciones con las materias sobre las que ejerce jurisdicción legislativa y judicial, y el deber de tomar “de inmediato” las medidas pertinentes, conforme a su constitución y sus leyes, para que las autoridades competentes del Estado federal puedan cumplir con las disposiciones de ese tratado”³³;
- que “la Convención sobre los Derechos del Niño incluye, además, la obligación de los estados de alentar y garantizar a los menores con impedimentos físicos o mentales el acceso efectivo a los servicios sanitarios

29 Cfr. “Campodonico de Beviacqua”, *cop. cit.*, considerando 17.

30 *Íbidem*, considerando 18, con referencia explícita al artículo 12 del PIDESC.

31 *Íbidem*, considerando 19, con referencia explícita al art. 2.1 del PIDESC.

32 *Íbidem*, considerando 19, con referencia explícita a la doctrina establecida por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en sus Observaciones finales al Informe estatal suizo de 20 y 23 de noviembre de 1998.

33 *Íbidem*, considerando 20, con referencia explícita a los arts. 28 incs. 1° y 2° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

y de rehabilitación, de esforzarse para que no sean privados de esos servicios y de lograr cabal realización del derecho a beneficiarse de la seguridad social, para lo cual se debe tener en cuenta la legislación nacional, los recursos y la situación de cada infante y de las personas responsables de su mantenimiento”³⁴;

- que aunque la ley coloque responsabilidades específicas en cabeza de las obras sociales, “frente al énfasis puesto en los tratados internacionales para preservar la vida de los niños, el Estado no puede desentenderse de sus deberes haciendo recaer el mayor peso en la realización del servicio de salud en entidades que, como en el caso, no han dado siempre adecuada tutela asistencial, conclusión que lleva en el *sub examine* a dar preferente atención a las necesidades derivadas de la minusvalía del menor y revaloriza la labor que debe desarrollar con tal finalidad la autoridad de aplicación”³⁵.

La Corte sintetiza su doctrina del siguiente modo:

- “el Estado Nacional ha asumido, pues, compromisos internacionales explícitos encaminados a promover y facilitar las prestaciones de salud que requiera la minoridad y no puede desligarse válidamente de esos deberes, so pretexto de la inactividad de otras entidades públicas o privadas, máxime cuando ellas participan de un mismo sistema sanitario y lo que se halla en juego es el interés superior del niño, que debe ser tutelado por sobre otras consideraciones por todos los departamentos gubernamentales”³⁶.

Como puede verse, amén de identificar la fuente del derecho a la salud del niño en tratados internacionales, la Corte extrae y hace aplicables contenidos normativos de las distintas cláusulas citadas. Aunque los párrafos precedentes no están dirigidos propiamente a definir el contenido del derecho subjetivo

34 *Ibidem*, considerando 20, con referencia explícita a los arts. 23, 24 y 26 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

35 *Ibidem*, considerando 33.

36 *Ibidem*, considerando 21, con referencia explícita al art. 3º de la Convención sobre los Derechos del Niño.

a la protección de la salud, la Corte sin embargo delinea a partir de las normas internacionales citadas algunas obligaciones que pesan sobre el Estado en la materia. La primera a destacar es el mandato de llevar a cabo acciones positivas para garantizar el derecho, que incluye el acceso a servicios de salud. La segunda es la responsabilidad última del Estado como garante del cumplimiento de las obligaciones en materia de salud, sin perjuicio de la estructura federal o de la participación en el diseño del sistema de salud de actores privados o de otro tipo de entidades. La tercera, mencionada pero no desarrollada por la Corte, es la obligación de comprometer el máximo de los recursos disponibles para lograr la plena efectividad del derecho a la salud.

Adicionalmente, la Corte establece la existencia de algunas obligaciones específicas referidas al derecho a la salud de los niños y, en especial, de los niños con discapacidad, al menos, la garantía de acceso a los servicios sanitarios, a servicios de rehabilitación y al sistema de seguridad social, modulados por la consideración de la situación de los responsables de su mantenimiento.

Establecido el marco constitucional provisto por los tratados internacionales, la Corte continúa su análisis a partir de la consideración de que el marco legal aplicable constituye la especificación legislativa de estas exigencias constitucionales.

Las circunstancias fácticas de “Monteserin” son similares a las de “Campodónico de Beviacqua”: el padre de un niño con discapacidad promovió acción de amparo contra el Estado Nacional, a efectos de afiliarlo a una obra social y obtener así los beneficios sanitarios y de rehabilitación establecidos por la ley. El amparo fue acogido en primera y segunda instancia, y el Estado interpuso recurso extraordinario contra la sentencia que lo condenaba. La Corte rechaza los argumentos de la representación estatal y confirma la sentencia de segunda instancia.

En lo que aquí interesa, el Procurador General de la Nación resume las conclusiones que hizo suyas la Corte en “Campodónico de Beviacqua”:

- “que a partir de lo dispuesto en los tratados internacionales de jerarquía constitucional (...), se ha reafirmado el derecho a la preservación de la salud (...) y se ha destacado la obligación impostergable que tiene la autoridad pública de garantizar ese derecho con acciones positivas, sin per-

juicio de las obligaciones que deban asumir en su cumplimiento las jurisdicciones locales”³⁷;

- “que el Estado Nacional asumió compromisos internacionales explícitos encaminados a promover y facilitar las prestaciones de salud que requiera la minoridad y no puede desligarse válidamente de esos deberes so pretexto de la inactividad de otras entidades públicas o privadas, máxime cuando ellas participan de un mismo sistema sanitario y lo que se halla en juego es el interés superior del niño, que debe ser tutelado por sobre otras consideraciones por todos los departamentos gubernamentales”³⁸.

En la misma línea de ideas, la Corte reafirma lo sostenido en “Campodónico de Beviacqua”. Reconoce la vigencia del derecho a la preservación de la salud a partir de lo dispuesto en los tratados internacionales que tienen jerarquía constitucional, y “la obligación impostergable que tiene la autoridad pública de garantizar esos derechos con acciones positivas, sin perjuicio de las obligaciones que deban asumir en su cumplimiento las jurisdicciones locales, las obras sociales o las entidades de la llamada medicina prepaga”³⁹.

Seguidamente, la Corte efectúa un resumen de lo decidido en “Campodónico de Beviacqua”, recalcando la asunción de “compromisos explícitos tomados por el gobierno ante la comunidad internacional encaminados a promover y facilitar el acceso efectivo a los servicios médicos y de rehabilitación que requieran los infantes, en especial los que presenten impedimentos físicos o mentales; a esforzarse para que no sean privados de esos servicios y a procurar una cabal realización del derecho a beneficiarse de la seguridad social”, mencionando expresamente los artículos 23, 24 y 26 de la Convención sobre los Derechos del Niño⁴⁰.

Por último, la Corte señala que “el Estado Nacional no puede desentenderse de aquellas obligaciones so pretexto de la inactividad de otras entidades –públicas o privadas– pues es el encargado de velar por el fiel cumplimiento de los derechos

37 Cfr. “Monteserin”, cit., dictamen del Procurador General de la Nación del 30 de marzo de 2001, considerando VII.

38 Cfr. “Monteserin”, *op. cit.*, considerando VII.

39 *Ibidem*, considerando 11

40 *Ibidem*, considerando 12.

constitucionales que amparan la vida y la salud de los niños y de asegurar la continuidad de los tratamientos que necesiten, habida cuenta de la función rectora que también le atribuye la legislación nacional en ese campo y de las facultades que debe ejercer para coordinar e integrar sus acciones con las autoridades provinciales y los diferentes organismos que conforman el sistema sanitario en el país, en miras de lograr la plena realización del derecho a la salud”⁴¹.

Como se ve, se trata de una formulación que consolida las doctrina de “Asociación Benghalensis” y de “Campodónico de Beviacqua”, junto con la de casos anteriores referidos a las obligaciones en materia de salud de obras privadas y empresas de medicina prepaga, que analizaré a continuación. Así, a la fórmula de “Asociación Benghalensis” y “Campodónico de Beviacqua”, referida a las obligaciones del Estado federal sin perjuicio de las de otras jurisdicciones, se agrega la mención a las responsabilidades de obras sociales y de empresas de medicina prepaga en orden a la satisfacción del derecho a la salud. Analizaré esta cuestión en el próximo acápite.

Otro precedente relevante resuelto por la Corte Suprema en materia de obligaciones estatales derivadas del derecho a la salud es, como “Asociación Benghalensis”, un caso de amparo colectivo iniciado ante la justicia federal por una organización no gubernamental, cuyo objeto es la lucha contra la esclerosis múltiple. Se trata del caso “Asociación de Esclerosis Múltiple de Salta”⁴², en el que la organización actora impugnó judicialmente una resolución del Ministerio de Salud que modificaba el Programa Médico Obligatorio aplicable a las entidades participantes en el sistema del seguro de salud, reduciendo la cobertura correspondiente a esa enfermedad de baja incidencia y tratamientos de alto costo. La Cámara Federal de Apelaciones de Salta había hecho lugar al amparo, declarando la nulidad de la resolución cuestionada. La representación estatal interpuso entonces recurso extraordinario ante el máximo tribunal.

En lo que importa para la cuestión que estoy tratando⁴³, la Corte confirma la sentencia de segunda instancia, adhiriendo a los fundamentos del

41 *Ibidem*, considerando. 13.

42 “Asociación de Esclerosis Múltiple de Salta c/Ministerio de Salud –Estado Nacional s/acción de amparo-medida cautelar”, dictamen del Procurador General de la Nación del 4 de agosto de 2003; decisión de la Corte del 18 de diciembre de 2003.

43 El caso involucra también algunos planteos procesales, como la legitimación del Defensor del Pueblo de la Nación y la adhesión de asociaciones de esclerosis múltiple de otras provincias.

dictamen del Procurador General de la Nación. En relación con la invocación de normas internacionales de derechos humanos, el Procurador reitera que el derecho a la salud, desde el punto de vista normativo, está reconocido en tratados internacionales con rango constitucional, citando el art. 12 inc. c del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, los arts. 4 y 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el art. 6 inc. 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y recalcando que el derecho es extensivo no sólo a la salud individual sino también a la colectiva⁴⁴. Sobre la base de estas y otras consideraciones de índole constitucional, se inclina por la procedencia de la vía del amparo para impugnar la resolución bajo escrutinio judicial, citando a la Corte, subraya la “imprescindible necesidad de ejercer esa vía excepcional para la salvaguarda del derecho fundamental de la vida y de la salud”⁴⁵.

Más interesante es el alcance que el Procurador asigna al derecho a la salud —que afirma “está resguardad[o] no sólo por normas nacionales sino también de protección internacional⁴⁶ que tienden a una actitud de apoyo progresivo en el tratamiento de estas manifestaciones del aparato neurológico”— para rechazar los argumentos del Estado⁴⁷. El argumento central del Procurador parece ser la del carácter contradictorio de las razones argüidas por el Estado en sustento de la resolución ministerial impugnada: en efecto, la norma excluye la cobertura del tratamiento para personas que sufran de esclerosis múltiple pero no hayan padecido de brotes o exacerbaciones en los últimos dos años, pero la mantiene para los tratamientos en curso, bajo la excusa de protección del derecho a la salud al no autorizarse tratamientos innecesarios. Adicionalmente, el Procurador afirma que la norma establece una desigualdad de trato injustificada entre enfermos de la misma clase.

44 “Asociación de Esclerosis Múltiple de Salta”, *op. cit.*, dictamen del Procurador, considerando VII.

45 *Ibidem*.

46 Lamentablemente, el Procurador no cita norma ni estándar alguno para ilustrar sus dichos. Al respecto, el art. 2.1 del PIDESC y las Observaciones Generales Nros. 5 y 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales hubieran podido aportarle alguna ayuda.

47 “Asociación de Esclerosis Múltiple de Salta”, dictamen del Procurador, considerando VIII.

2.2. Las obligaciones de sujetos no estatales participantes del sistema sanitario

Veamos, pues, el juego de los casos referidos al alcance de las obligaciones de sujetos no estatales participantes del sistema sanitario en materia de derecho a la salud.

Un primer caso relevante, anterior a la doctrina de “Asociación Benghalensis”, “Campodónico de Beviacqua” y “Monteserin”, estableció límites a la posibilidad de que el Estado imponga obligaciones positivas a los particulares que forman parte del sistema de salud. En la causa “Policlínica Privada de Medicina y Cirugía S.A. c/Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires”⁴⁸, la Corte respaldó el reclamo de un hospital privado que impugnaba una decisión del Secretario de Salud de la entonces Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires que se negaba a aceptar el traslado de una niña internada en terapia intensiva en el establecimiento privado a un hospital público, bajo el argumento de que la paciente contaba con cobertura privada. La sentencia de segunda instancia acogió el pedido del establecimiento privado, y la representación del Gobierno municipal interpuso recurso extraordinario por considerar que la sentencia era arbitraria. Como puede notarse, se trata de un caso complejo, en el que entran en juego varios intereses: el interés de la niña y de sus padres de mantener la internación en el hospital privado, el interés del establecimiento privado de poner fin a la internación, y el interés del Estado de resistir el traslado. El alcance de la prestación debida por el establecimiento privado a la paciente era a su vez objeto de litigio.

La Corte confirmó la sentencia de segunda instancia y rechazó los argumentos del Gobierno municipal, señalando que la representación estatal no invocó norma alguna que impusiera a los servicios de medicina prepaga mantener a pacientes en terapia intensiva por un período superior al establecido en el contrato de adhesión que liga a paciente y prestadora privada. En lo que hace al tema que aquí interesa, la Corte –amén de citar normas de la Constitución local– funda su decisión en el art. 26 de la Convención sobre los Derechos del Niño, señalando que “impone a los estados partes la obli-

48 “Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa Policlínica Privada de Medicina y Cirugía S.A. c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires”, 11 de junio de 1998.

gación de reconocer a todos los niños el derecho a beneficiarse de la seguridad social y de adoptar las medidas necesarias para lograr la plena realización de ese derecho⁴⁹. Sobre esa base, la Corte considera que corresponde al Estado asumir la internación y tratamiento de la paciente, como garante del derecho a la salud.

Como puede apreciarse, el sentido del fallo es equívoco. La mención del derecho a la salud y a la seguridad social de la niña internada –cuyo interés no es considerado directamente por la Corte– se utilizan para descargar de responsabilidad a la prestadora privada y para hacer recaer la responsabilidad de la internación en el Estado. Es dudoso que semejante razonamiento haya tenido en consideración el derecho a la salud de la paciente: la interrupción de la internación y su traslado a un establecimiento público no indican una gran preocupación por la salud de la niña. Parece, más bien, que la Corte ha favorecido el interés comercial de la prestadora privada, dirimiendo indirectamente el conflicto de intereses entre paciente y empresa de medicina a favor de esta última y haciendo finalmente responsable al Estado de la internación y tratamiento. En todo caso, cabe señalar que –en sentido similar al de los precedentes ya comentados– la decisión de la Corte impone sobre el Estado obligaciones positivas a efectos cumplir sus obligaciones relativas al derecho a la salud no es clara, sin embargo, la justicia de la solución, en la medida en que para ello minimizó las obligaciones del prestador privado. Como veremos, esta tendencia fue modificada en decisiones posteriores.

Un último argumento –de orden constitucional local– empleado por la Corte se refiere a la posibilidad de que, en caso de determinarse en otro juicio que la prestación era debida por el establecimiento privado, el Estado repita contra aquel los costos de la internación y tratamiento⁵⁰. El argumento, sin embargo, podría revertirse: si en interés de la salud de la paciente hubiera correspondido el mantenimiento de la internación en el hospital privado, y finalmente se hubiese determinado judicialmente que la prolongación de la internación no resultaba cubierta por el plan médico de la paciente, al establecimiento privado le cabía la posibilidad de repetir los costos de la internación al Estado dado que, según la propia Corte, se trata del garante último

49 “Policlínica Privada”, *op. cit.*, considerando 8.

50 *Ibidem*, considerando 9, con cita del art. 20 *in fine* de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

del sistema sanitario. Con esta solución se resguardaban de mejor modo el interés de la paciente, el interés comercial del establecimiento privado, y la responsabilidad última del Estado.

Como he dicho, en decisiones posteriores la Corte ha variado su orientación y ha sido más enérgica en la imposición de obligaciones en materia de prestaciones de salud a prestadoras privadas. En relación con el tema, se perfilan centralmente dos tipos de casos: aquellos en los que la Corte decide dar cobertura constitucional a la imposición legal de obligaciones de prestación a sujetos privados –como obras sociales y empresas de medicina prepaga– y aquellas en las que respalda la demanda de un individuo contra una obra social o una empresa de medicina prepaga referida a su inclusión en un plan médico o a la cobertura de cierto tratamiento.

Un ejemplo notable de la primera orientación es la decisión adoptada en el caso “Hospital Británico”⁵¹. En la especie, un hospital privado impugnó la constitucionalidad de la norma que extendió a las empresas de servicios de medicina prepaga la cobertura de las prestaciones obligatorias dispuesta para las obras sociales en la ley 24.455 respecto de los riesgos derivados de la drogadicción y del contagio del virus VIH (ley 24.754). Se trata de una ley que impone obligatoriamente tratamientos a las empresas de medicina prepaga. La actora alegó violaciones al principio de igualdad, al derecho de propiedad, a la libertad contractual y al principio de razonabilidad.

La sentencia de segunda instancia acogió los argumentos de la empresa y declaró la inconstitucionalidad de la norma en cuestión. Ante esa situación, la representación del Gobierno interpuso recurso extraordinario, cuya denegación dio lugar a la queja examinada por la Corte.

La mayoría de la Corte afirmó que la sentencia de segunda instancia era arbitraria, ya que la impugnante no demostró concretamente el gravamen que la ley le causaría. En consecuencia, revirtió la sentencia y declaró la constitucionalidad de la ley impugnada. En lo que aquí importa, se remitió a los fundamentos del Procurador General de la Nación, cuyo dictamen sostuvo:

51 “Hospital Británico de Buenos Aires c/Estado Nacional-Ministerio de Salud y Acción Social s/amparo”, dictamen del Procurador General de la Nación del 29 de febrero de 2000, decisión de la Corte del 13 de marzo de 2001.

[D]ebe señalarse que, superada la etapa de considerar implícitos como garantías constitucionales los derechos a la vida y a la salud, el art. 75, inc. 22, de la Carta Magna —que confirió jerarquía constitucional a numerosos documentos internacionales en materia de derechos humanos— vino a introducir de manera explícita —vía, por ejemplo, el art. 12, punto 2, ítem c, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (v. ley 23.313)- la obligación estatal de adoptar las medidas necesarias para la “prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas...” (confr., además, los arts. 25, párrafo 1º, de la “Declaración Universal de los Derechos Humanos”; IX de la “Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre” y 10º del “Protocolo de San Salvador”, en especial, su ap. 2, ítems b, c y d⁵²; entre otras disposiciones del derecho internacional en la materia)⁵³.

El Procurador considera, entre otros argumentos, que la imposición de deberes a las empresas de medicina privada en materia de cobertura de tratamientos contra el SIDA se justifica como medida adoptada por el Estado para cumplir con sus obligaciones internacionales en la materia. Es decir, a efectos de cumplir con sus obligaciones positivas en el tema, el Estado puede regular la actividad de las empresas privadas dedicadas a prestar servicios de salud, imponiéndoles cargas específicas de cobertura. De acuerdo con el Procurador, este es el marco en el que hay que interpretar las leyes 24.455 y 24.754. En este sentido, el dictamen afirma que

Las precedentes disposiciones [es decir, las leyes 24.455 y 24.754], así como otras en materia de salud y asistencia sanitaria, entiendo que vienen a constituirse en la expresión legislativa de la asunción por el Estado Nacional de aquellos compromisos, respecto de materias que por su proximidad con los derechos a la vida y a la dignidad personal deben entenderse entre las señeras del ordenamiento, como, por otra parte -insisto- lo dejaron establecido, por medio del art. 75, inc. 22 de la Ley Fundamental, los constituyentes en ocasión de la última reforma⁵⁴.

52 El Procurador General peca aquí de un cierto apresuramiento: su dictamen es del 29 de febrero de 2000 y Argentina recién depositó el instrumento de ratificación del Protocolo de San Salvador el 23 octubre de 2003, es decir, no era parte aún del tratado.

53 Cfr. “Hospital Británico”, *op. cit.*, dictamen del Procurador, considerando IV.

54 *Íbidem*, considerando IV.

Amén de este argumento, el Procurador opina que las mencionadas leyes pueden ser entendidas como un ejercicio concreto de la facultad del Congreso de establecer medidas de acción positiva para el logro de la igualdad real de oportunidades y de trato y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos para las personas con discapacidad, establecidas en el art. 75 inc. 23 de la Constitución nacional, con este argumento se produce una nueva conexión entre el derecho a la salud, reconocido por tratados internacionales, y las medidas adoptadas por el Congreso para garantizarlo⁵⁵.

La mayoría de la Corte y varios de sus miembros en votos particulares adhieren a la opinión del Procurador General. Sin embargo, el juez Vázquez se extiende aquí en mayores consideraciones, algunas de las cuales tienen relevancia para el tema que tratamos. Así, Vázquez dedica algunos párrafos a discutir el argumento de la empresa, de acuerdo con el cual el Estado Nacional es el responsable exclusivo del debido resguardo del derecho a la salud de los habitantes de la nación.

Vázquez recuerda nuevamente que “con motivo de la última reforma constitucional, el Estado Nacional asumió numerosos compromisos en materia de derechos humanos al incorporar un importante grupo de tratados que enumeró en el art. 75 inc. 22”, mencionando las cláusulas respectivas de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Declaración Universal de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y transcribiendo los incisos c) y

55 El Procurador hubiera podido extender el argumento, señalando las obligaciones concretas relacionadas con la adopción de acción destinadas a garantizar el derecho a la salud a las personas con discapacidad y las personas infectadas por el virus VIH.. Cfr., por ejemplo, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General Nro. 5, “Personas con discapacidad”, párr. 34 y Observación General Nro. 14, “El derecho a la salud”, par. 26; Comité sobre los Derechos del Niño, Observación General Nro. 3, “El VIH/SIDA y los derechos del niño”, párr. 17, 18, 25 y 36; Observación General Nro. 4, “La salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño”, párr. 25, 26, 31, 35 y 38; y Observación General Nro. 5, “Medidas generales de implementación de la Convención sobre los Derechos del Niño”, párr. 43 y 44; Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, Comentario General Nro. 15, “Eliminación de la discriminación contra la mujer de las estrategias nacionales para la prevención y control del Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida (SIDA)”, puntos b) y d); Comentario General Nro. 18, “Mujeres con discapacidad” y Comentario General Nro.24, “Mujer y salud”, párr. 17, 18, 25 y 31 b).

d) del art. 12 de este tratado (“entre las medidas que los Estados Partes deberían adoptar a fin de asegurar la plena efectividad del derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental deberían figurar “...la prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas” (inc. c) y “la creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad”)⁵⁶.

A continuación, Vázquez efectúa una disquisición bastante dudosa:

Sentado lo anterior, corresponde diferenciar el interés simple del interés legítimo y el derecho subjetivo. Repárese, que para ejercer el derecho subjetivo a la salud es necesario realizar una actividad conducente a fin de completar y coadyuvar a que el Estado brinde las posibilidades reseñadas en las cláusulas expuestas⁵⁷.

Esta distinción no se desprende de ninguno de los tratados mencionados, y es contradictoria con la línea de argumentación sostenida en los casos que he analizado, en los cuales el derecho subjetivo a la protección de la salud – con todas las calificaciones que pudieran imponerse por vía reglamentaria – es un derecho de raigambre constitucional que surge no de “realizar una actividad conducente a fin de coadyuvar” al Estado, sino de la sola condición de ser humano sujeto a la jurisdicción del Estado.

Vázquez concluye con una observación que, sin embargo, no se deriva en absoluto de lo dicho antes:

En la situación planteada en esta causa, se pone en evidencia que la iniciativa personal del particular que se abona a un sistema de medicina prepaga o afilia a una obra social le otorga tal derecho, correspondiéndole al Estado no satisfacer la prestación en forma directa sino vigilar y controlar que las prestatarias cumplan su obligación⁵⁸.

56 Cfr. “Hospital Británico”, *op. cit.*, voto del juez Vázquez, considerando 9.

57 *Ibidem*, considerando 9.

58 *Ibidem*, considerando 9.

Uno puede coincidir con la conclusión –que el Estado, como garante del derecho a la salud, debe controlar la debida prestación del servicio médico en los casos en los que el prestatario sea privado– sin necesidad de aceptar que el derecho a la salud sólo deviene derecho subjetivo cuando uno “realiza una actividad conducente para coadyuvar al Estado”, que no es más que un eufemismo para decir “cuando uno paga el servicio”. Sin embargo, cuando –de acuerdo con su capacidad contributiva– uno hace aportes a la obra social o se abona a un servicio de medicina prepaga, el Estado, en cumplimiento de sus obligaciones internacionales, tiene facultades para regular y supervisar el servicio prestado, asegurándose, por ejemplo, de que las condiciones de contratación y prestación sean equitativas y no discriminatorias.

Vázquez reitera a renglón seguido la doctrina del tribunal en fallos anteriores (“este Tribunal reafirmó en recientes pronunciamientos el derecho a la preservación de la salud –comprendido dentro del derecho a la vida– y destacó la obligación impostergable que tiene la autoridad pública 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 la llamada medicina prepaga”⁵⁹). Finalmente, justifica el dictado de las leyes 23.798, 24.455 y 24.754 a la luz de la “necesidad de hacer efectivos los derechos contenidos en los aludidos pactos internacionales (concernientes principalmente a la vida, la salud y la dignidad personal)”⁶⁰.

La Corte ha decidido varios casos que representan la segunda vertiente mencionada –casos en los que respalda la demanda de un individuo contra una obra social o una empresa de medicina prepaga referida a su inclusión en un plan médico o a la cobertura de cierto tratamiento.

En “Etcheverry c/Omint”⁶¹, la mayoría de la Corte hizo lugar al recurso extraordinario del actor, afiliado a una empresa de medicina prepaga como anexo de su remuneración que, ante la pérdida del empleo en relación de dependencia, solicita a esa empresa el mantenimiento del vínculo contractual, ofreciendo hacerse cargo personalmente del abono de la cuota correspondiente. Ante la detección del VIH en el actor, la empresa de medicina pre-

59 *Ibidem*, considerando 10

60 *Ibidem*, considerando 11.

61 “Etcheverry, Roberto E. c/Omint Sociedad Anónima y Servicios”, dictamen del Procurador General de la Nación del 17 de diciembre de 1999, decisión de la Corte del 13 de marzo de 2001.

paga se rehúsa a aceptar la solicitud del mantenimiento de la relación contractual. Tanto el juez de primera instancia como la alzada rechazaron la acción de amparo, bajo el argumento de la libertad contractual de la empresa de medicina prepaga.

La Corte adhiere nuevamente a los argumentos del dictamen del Procurador General de la Nación. Analizando centralmente el caso a partir del reproche de arbitrariedad de la sentencia de rechazo del amparo, el Procurador —en lo que aquí interesa— invoca normas internacionales para encuadrar la relación contractual de las partes. Así, el Procurador afirma que

[N]o debe olvidarse que si bien la actividad que asumen las empresas de medicina prepaga atañe esa índole [la de un negocio comercial] (arts. 7 y 8, inc. 5° del Cód. de Com), en tanto ellas tienden a proteger las garantías constitucionales a la vida, salud, seguridad e integridad de las personas (v. arts. 3, “Declaración Universal de los Derechos Humanos”; 4 y 5 de la “Convención Americana sobre Derechos Humanos”, y 42 y 52 inc. 22, de la Ley Fundamental), también adquieren un compromiso social con sus usuarios que obsta a que, sin más, puedan desconocer un contrato, so consecuencia de contrariar su propio objeto, que debe efectivamente asegurar a los beneficiarios las coberturas tanto pactadas como legalmente establecidas (v. art. 1, ley 24.754)⁶².

Dicho de otro modo, el Procurador sugiere una interpretación del régimen de contratación de adhesión típico del negocio de la medicina prepaga conforme a las cláusulas constitucionales e internacionales que establecen el derecho a la salud. Esto importa un reconocimiento de eficacia horizontal del derecho constitucional a la salud en las relaciones entre particulares⁶³ —es decir, la aplicación concreta de la doctrina de la *drittwirkung* al derecho a la

62 Cfr. “Etcheverry c/Omint”, *op. cit.*, dictamen del Procurador, consid. IV.

63 A diferencia de otros países, en los que la discusión sobre la posibilidad de invocación de derechos constitucionales en relaciones entre privados presenta duras controversias, la Corte Suprema argentina ha aceptado el efecto horizontal de esos derechos desde finales de la década de los cincuenta. Ver “Kot, Samuel S.R.L. s/habeas corpus”, 5 de septiembre de 1958, en el que se discute explícitamente la cuestión —que constituye, a su vez, el motivo de la disidencia de dos jueces en esa sentencia. Sobre la doctrina de la *drittwirkung*, ver nota 68 *infra*. Sobre la posibilidad de invocación de derechos derivados de normas internacionales de derechos humanos entre particulares, ver Christian Courtis, “La eficacia de los derechos humanos en las relaciones entre particulares”, en Homenaje a Julio Maier, Editores del Puerto, Buenos Aires (en prensa).

salud— que obliga a considerar especialmente el objeto de la relación contractual —en este caso, una prestación privada destinada a satisfacer el derecho a la salud— para establecer el alcance de las respectivas obligaciones de las partes. La noción de “compromiso social con sus usuarios” supone la posibilidad de establecer cargas o modulaciones que tomen en consideración el carácter satisfactorio de un derecho humano que reviste la prestación, independientemente de que sea llevada a cabo por una empresa privada.

Amén de la remisión de la mayoría de la Corte a los fundamentos del dictamen del Procurador —y de las disidencias de los jueces Belluscio, Bossert y Petracchi, que se limitan declarar inadmisibles el recurso extraordinario—, el juez Vázquez emite también aquí un voto particular. Sin embargo, Vázquez no argumenta mayormente sobre la base de tratados internacionales⁶⁴, sino que abunda sobre el alcance de las obligaciones que emanan de los contratos de adhesión en materia de medicina prepagada.

En “N., L. M. y otra c/Swiss Medical Group S.A.”⁶⁵, la Corte, adhiriendo a los fundamentos expuestos en el dictamen del Procurador Fiscal de la Nación, revocó la decisión de segunda instancia que había dejado sin efecto una medida cautelar solicitada por los actores en contra de la empresa de servicios médicos demandada, consistente en asegurar los fondos suficientes para cubrir la totalidad de las prestaciones médicas destinadas a un niño, a partir de lo estipulado en un convenio homologado judicialmente. Dictada la medida cautelar en primera instancia, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil la revocó, por considerar que no se había determinado concretamente el tratamiento que correspondía al paciente. Entre los argumentos invocados por los demandantes se encuentra la violación de tratados internacionales con jerarquía constitucional, tales como el art. 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y los arts. 23 y 24 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

En lo que aquí resulta materia de análisis, el Procurador Fiscal opina que —pese a que en principio las decisiones relativas a medidas cautelares son aje-

64 Salvo, tal vez, para afirmar la existencia de garantías constitucionales violadas, que sin embargo no se identifican explícitamente. Cfr. “Etcheverry c/Omint”, *op. cit.*, voto del juez Vázquez, consid. 4.

65 “Recurso de hecho deducido por L. M. N. y Virginia M. Catenazzi por sí y en representación de su hijo menor F. M. N. en la causa N., L. M. y otra c/Swiss Medical Group S. A.”, dictamen del Procurador Fiscal de la Nación del 11 de junio de 2003, decisión de la Corte de 21 de agosto de 2003.

nas al recurso extraordinario—, cabe hacer excepción a ese principio cuando lo decidido ocasiona un perjuicio de tardía, insuficiente o imposible reparación ulterior. De acuerdo con el Procurador, esta circunstancia se da en el caso examinado. Para reforzar su argumento, el Procurador señala que

No puede escapar a este examen, que lo decidido —como lo acabo de expresar— compromete el interés superior de un menor, cuya tutela encarece, elevándolo al rango de principio, la Convención sobre los Derechos del Niño, de jerarquía constitucional con arreglo al artículo 75, inciso 22 de la Constitución Nacional. Esta Procuración ha recordado (...) que, como lo señalaron los jueces Fayt y Moliné O'Connor en Fallos: 318:1269 —a quienes se sumó el juez López en Fallos: 318:1676— los menores, máxime en circunstancia en que se encuentra comprometida su salud y normal desarrollo, a más de la especial atención que necesitan de quienes están directamente obligados a su cuidado, requieren también la de los jueces y de la sociedad toda; siendo que la consideración primordial del interés del niño que la Convención citada impone a toda autoridad nacional en los asuntos concernientes a ellos —según parecer de Fallos: 322:2701 y 324:122, y voto de los jueces Moliné O'Connor y López en Fallos: 324:975— viene a orientar tanto como a condicionar la decisión de los jueces llamados al juzgamiento en estos casos⁶⁶.

La línea de argumentación del Procurador recuerda la vertiente alemana y española de interpretación de la doctrina de la *drittwirkung*, es decir, el efecto “mediato o indirecto” de la eficacia de derechos fundamentales entre particulares: no se imputa violación de un derecho fundamental a la empresa privada, sino a la sentencia que no lo protege⁶⁷. El resultado, en todo caso, es

66 “N, L. M.”, *op. cit.*, dictamen del Procurador, consid. III.

67 Para una discusión de la doctrina de la *drittwirkung*, ver Juan María Bilbao Ubillos, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997; Jesús García Torres y Antonio Jiménez-Blanco, *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares*, Civitas, Madrid, 1986; Alexei Julio Estrada, *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2000; Tomás de la Quadra-Salcedo, *El recurso de amparo y los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*, Civitas, Madrid, 1981 y María Venegas Grau, *Derechos fundamentales y Derecho privado. Los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares y el principio de autonomía privada*, Marcial Pons, Madrid, 2004. Sintéticamente, Jose Joaquim Gomes Canotilho y Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa anotada*, 2º ed., Coimbra Editora, Coimbra,

idéntico al de la argumentación adelantada por el Procurador General en “Etcheverry c/Omint”: la empresa privada es condenada a cumplir la medida cautelar.

En la causa “Martín, Sergio Gustavo y otros c/Fuerza Aérea Argentina”⁶⁸, probablemente el precedente de mayor activismo judicial en esa materia, la Corte acoge una demanda de amparo promovida por los padres de una niña con discapacidad afiliada a la obra social de la Fuerza Aérea, destinada a obligar a la entidad a hacerse cargo de su tratamiento integral. La particularidad del caso es que esa obra social no adhirió al Sistema de Prestaciones Básicas de Atención Integral a favor de las Personas con Discapacidad (ley 24.901).

La mayoría de la Corte –con el voto de dos conjueces y la disidencia de los jueces Belluscio, Boggiano y Petracchi– se remite nuevamente a los fundamentos del Procurador General de la Nación.

El Procurador recuerda que “ha quedado en claro no sólo el plano constitucional en que [la Corte] sitúa el asunto sino, también, la índole de las obligaciones que conciernen al Estado Nacional en su condición de garante primario del sistema de salud –inclusive en el orden internacional– sin perjuicio de las que corresponden a las jurisdicciones locales, obras sociales y entidades de medicina prepaga”⁶⁹. Aunque considera que la obra social demandada reviste carácter de organismo estatal, acepta que no adhirió al sistema de las leyes 23.660, 23.661 ni 24.901, con lo cual, no existiría base legal para imponer la obligación a la demandada.

Sin embargo, el Procurador funda la decisión de acoger la demanda en deberes de solidaridad que emanarían de los compromisos internacionales asumidos por el Estado Nacional en materia de asistencia integral a la discapacidad, y del interés superior del niño, consagrado como principio de rango

1993, pp. 144-148, y Jose Joaquim Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 2° ed., Almedina, Coimbra, 1998, pp. 1150-1160; Ingo Wolfgang Sarlet, “Direito Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais”, en Ingo Wolfgang Sarlet (org.), *A Constituição concretizada. Construindo pontes como o público e o privado*, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2000, pp. 107-163.

68 “Martín, Sergio Gustavo y otros c/Fuerza Aérea Argentina - Dirección General Bienestar Pers. Fuerza Aérea s/amparo”, dictamen del Procurador General de la Nación del 31 de octubre de 2002, decisión de la Corte de 8 de junio de 2004.

69 Cfr. “Martín”, *op. cit.*, dictamen del Procurador, consid. III.

constitucional por la inclusión de la Convención sobre los Derechos del Niño en el art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional. Repitiendo el párrafo citado en la causa “N., M. L. y otra c/Swiss Medical Group”, el Procurador afirma que, si toda autoridad nacional e incluso los jueces están obligados a velar por el cuidado del interés superior del niño, “no es admisible pueda resultar notoriamente dejada de lado por un ente como la Dirección General de Bienestar para la Fuerza Aérea, situado, finalmente, en órbita del Ministerio de Defensa de la Nación; es decir, del Poder Ejecutivo Nacional”⁷⁰. Reitera así la “impostergable obligación de la autoridad pública de emprender, en este campo, acciones positivas, especialmente en todo lo que atañe a promover y facilitar el acceso efectivo a los servicios médicos y de rehabilitación que requieran los infantes, con particular énfasis a aquellos que presenten impedimentos físicos o mentales (...), cuyo interés superior debe ser tutelado, por sobre otras consideraciones, por todos los departamentos gubernamentales”⁷¹.

Sobre esa base, el Procurador considera que el comportamiento de la obra social es incompatible con las obligaciones impuestas por el cuidado del interés superior del niño, por no haber adoptado conducta alguna destinada a lograr “la realización plena de los derechos de la menor discapacitada a los beneficios de la seguridad social (...), con el alcance integral que en esta materia estatuye la normativa tutelar a que se hizo varias veces referencia”⁷².

La línea argumental expuesta por el Procurador parece sugerir la ruptura por parte de la obra social de obligaciones fiduciarias hacia la niña con discapacidad afiliada, impuestas por la Convención sobre los Derechos del Niño.

Finalmente, la solución propuesta por el Procurador se funda en razones de urgencia: se subraya el peligro de frustración de derechos que cuentan con tutela de orden constitucional si la niña debiera esperar el inicio de un nuevo trámite dirigido a una entidad diferente. Para respaldar esta tesis, el Procurador se refiere a la inadmisibilidad de la suspensión de la satisfacción de los intereses de la niña en juego, con cita indirecta de la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁷³.

70 Cfr. “Martín”, *op. cit.*, dictamen del Procurador, consid. VIII.

71 *Ibidem*.

72 *Ibidem*.

73 *Ibidem*.

Cabe señalar que la disidencia de los jueces Belluscio, Boggiano y Petracchi se funda en la ausencia de arbitrariedad de la conducta de la demandada, y en la inexistencia de analogía de la causa examinada con los precedentes que invoca el Procurador, es decir, “Campodónico de Beviacqua” y “Monteserin”.

En autos “V., W. J. c/OSECAC”⁷⁴, la Corte acogió la demanda del actor, destinada a obligar a la obra social de empleados de comercio a obtener cobertura médico-asistencial en condición de adherente voluntario. Los hechos son similares a los ya expuestos en “Etcheverry c/Omint”: un afiliado a la obra social en virtud de su condición de asalariado pierde el empleo, y solicita la continuación de la cobertura en carácter de beneficiario voluntario. Detectado la infección con el VIH, la obra social rechaza el pedido. El actor alega, entre otros argumentos, que la sentencia de segunda instancia que confirma el rechazo de la demanda viola los arts. 4 y 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Nuevamente, la Corte se remite a los fundamentos expuestos por el Procurador General de la Nación. El Procurador sostiene, como en casos anteriores, que “si bien la actividad que asumen las empresas de medicina prepaga presenta rasgos comerciales, en tanto ellas tienden a proteger las garantías a la vida, salud, seguridad e integridad de las personas, adquieren también un compromiso que excede o trasciende el mero plano comercial (...)”⁷⁵. El Procurador afirma que se encuentran en situación de riesgo los derechos fundamentales a la vida y a la salud del quejoso, que involucran también obligaciones de las obras sociales y de las entidades de medicina prepaga. Señala que la sentencia de segunda instancia no consideró los argumentos relativos a la falta de justificación de la obra social del rechazo de la solicitud de afiliación presentada por el actor⁷⁶, ni los relacionados con los derechos constitucionales a la vida y a la salud del peticionario, y por ende, debe ser considerada arbitraria.

Por último, aunque sin referir argumentos fundados en normas internacionales, señala que el rechazo de la obra social es irrazonable, condena al peticio-

74 “V., W. J. c/Obra Social de Empleados de Comercio y Actividades Civiles s/sumarísimo”, 2 de diciembre de 2004.

75 “V., W. J.”, *op. cit.*, dictamen del Procurador, consid. V.

76 *Ibidem*.

nario a una situación de difícil o imposible acceso a otra cobertura sanitaria similar, y vulnera el principio de buena fe en las relaciones contractuales, teniendo en cuenta la relación jurídica preexistente entre el actor y la demandada.

Finalmente, en una interesante causa, “M., S. A.”⁷⁷, en la que hizo enérgico uso de sus facultades para solicitar medidas para mejor proveer y diseñar el remedio procesal adecuado a la cuestión debatida, la Corte invocó nuevamente argumentos fundados en normas internacionales de derechos humanos para revocar por arbitraria una sentencia de segunda instancia y dar curso a una acción de amparo interpuesta por los padres de una niña afectada de atrofia muscular espinal (enfermedad de Werdnig-Hoffman), originariamente destinada a obligar a la obra social –Superintendencia de Bienestar de la Policía Federal Argentina– a cubrir la solicitud de ayuda económica para realizar en el exterior un tratamiento médico.

El amparo, acogido en primera instancia, fue rechazado por la Cámara Federal de Apelaciones de Bahía Blanca, bajo argumentos de incongruencia de lo decidido con respecto a lo originalmente peticionado y violación al derecho de defensa. La cuestión central para adoptar esa decisión fue el cambio de destino del tratamiento; originalmente se había solicitado el traslado a una institución rusa, y posteriormente se modificó el destino del pedido, reclamándose la cobertura del tratamiento en Cuba.

La Corte, por unanimidad, consideró arbitraria la sentencia de segunda instancia, pero modificó el alcance de la resolución, por considerar que no estaba demostrada la necesidad de un tratamiento en el exterior, sino la necesidad de un tratamiento continuo que podía realizarse en un hospital local.

En lo que hace a los argumentos fundados en normas internacionales, la Corte reitera la necesidad de respuestas judiciales expeditas y adecuadas, que eviten la frustración de derechos tutelados constitucionalmente, cuando se trata de resguardar el interés superior del menor⁷⁸.

Afirma, entonces:

Que la decisión del a quo ha soslayado dichas pautas. Con un razonamiento ritual, impropio de la materia que se debate, ha hecho hincapié en la extem-

77 “Recurso de hecho deducido por la defensora oficial de S. A. M. en la causa M., S. A. s/materia: previsual s/recurso de amparo”, del 23 de noviembre de 2004.

78 “M., S. A”, *op. cit.*, considerando 9.

poraneidad del cambio de destino solicitado para el tratamiento, sin atender al propósito sustancial de la acción de amparo, que ha sido, en definitiva, preservar la vida, la salud y la integridad física de la menor ante el grave riesgo en que se hallaba, lo que compromete derechos reconocidos con carácter prioritario en los tratados internacionales que vinculan a nuestro país (fs. 78/86; 300/301 vta. de los autos principales; arts. 3º, 23, 24 y 26 de la Convención sobre los Derechos del Niño; Fallos: 323:3229; 324:3569 y sus citas)⁷⁹.

La Corte reitera que está en juego la evaluación del interés superior de la niña, encarecido por el art. 3º de la Convención sobre los Derechos del Niño⁸⁰, y requiere informe al Cuerpo Médico Forense acerca de la existencia de tratamientos para la enfermedad y de instituciones que desarrollen en el ámbito nacional terapias eficaces dirigidas a mejorar la calidad de vida de la niña. En sentido similar, requiere al Hospital Garrahan una evaluación médica completa, con indicación del plan terapéutico sugerido para el alivio de la menor. A partir de esos informes, considera que la menor requiere terapias de rehabilitación continuadas en el tiempo, de intensidad progresiva y seguimiento profesional constante, exigencias que no fueron satisfechas por la obra social, ni podrían ser cubiertas con tratamientos contingentes fuera del país. La Corte afirma a partir de la prueba producida que existen en el país condiciones concretas para prestar la atención sanitaria requerida por la niña, y condena a la obra social a garantizar las prácticas que faciliten una mejor expectativa de vida, de acuerdo con los recursos científicos con que cuenta el país, declarando el derecho de la niña a obtener los cuidados que su estado requiere, en las condiciones indicadas por el Cuerpo Médico Forense y los especialistas del Hospital Garrahan.

Sin embargo, no todas las demandas han sido exitosas. El fallo “Chena”⁸¹ marca un límite negativo a estos casos: en esa actuación judicial, los actores plantearon por vía de amparo que tramitó originariamente ante la Corte un pedido de extensión de la cobertura de la obra social del personal de la sanidad que había cesado por la situación de desempleo del peticionante. La petición se dirige a obtener cobertura gratuita de la atención médica y

79 *Ibidem*, considerando 10.

80 *Ibidem*, considerandoss 12 y 19.

81 “Chena, Patricia Susana y otros c/Buenos Aires, Provincia de y otros s/amparo”, 13 de noviembre de 2001.

tratamiento terapéutico y asistencial de su hija con discapacidad auditiva. Los actores invocan el respeto del derecho a la salud y el art. 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La Corte evita abordar el planteo relativo al derecho a la salud, y –a partir de la aplicación del art. 10 de la Ley de Obras Sociales (ley. 23.660)– declara que el cese de la cobertura por parte de la obra social no es manifiestamente ilegal o arbitraria, sino ajustada a derecho, dada la extinción del contrato de trabajo y el transcurso de los tres meses de prórroga sin mediar aportes.

Subsidiariamente, los actores solicitan la asistencia del Estado nacional, de la Provincia y de la Municipalidad. La Corte considera que la conducta de los codemandados no canceló el derecho de los peticionantes a obtener asistencia y, en consecuencia, tampoco es manifiestamente ilegal o arbitraria. Por ello, el tribunal rechaza liminarmente el amparo.

El estilo legalista de resolución del caso contrasta con la mayor proclividad de casos posteriores a invocar el interés superior del niño, el respeto de su derecho a la salud y la urgencia de la situación como principios que gobiernan el caso y, en consecuencia, un menor rigor procedimental y formal. La Corte parece reprochar la estrategia procesal elegida: el intento de extensión *praeter legem* de la cobertura de la obra social a quien perdió el beneficio, y la ausencia de agotamiento del trámite de cobertura frente a los poderes públicos.

Contrastar este caso con la línea de casos posteriores en los que se enjuicia a una obra social o a una empresa de medicina prepaga abre un interrogante preocupante: los deberes de “solidaridad social” invocados en “Etcheverry”, “N., L. M.”, “Martín” y “V., W. J.” se limitan a los supuestos en los que el usuario paga el aporte u ofrece pagarlo. Producida la desafiliación –ligada, generalmente, a una situación de desempleo–, poco espacio queda para reclamar “solidaridad social” de la obra social. Queda sólo el recurso de dirigirse a las autoridades públicas. No obstante, cabe señalar que el sentido de los precedentes “Campodónico de Beviacqua”, “Monteserin” y “Alcalá” refuerza la posibilidad de exigir cobertura –al menos la estipulada por vía legislativa– a los poderes públicos.

2.3. Medidas cautelares

La Corte Suprema ha resuelto también un gran número de casos –generalmente acciones de amparo– en los que, ejerciendo su jurisdicción originaria –y aún considerándose incompetente– ha concedido medidas cautelares consistentes en la provisión de medicamentos, sillas de ruedas, elementos ortopédicos, dispositivos de asistencia, la realización de tratamientos médicos y de intervenciones quirúrgicas⁸². Se trata de casos resueltos brevemente, en los cuales la argumentación del tribunal se limita a considerar acreditada la verosimilitud del derecho y el peligro en la demora.

Aunque en ninguno de estos casos la Corte abunda en consideraciones referidas al derecho internacional, parece obvio que para efectuar el juicio de verosimilitud de un derecho, el juzgador debe aceptar la existencia del derecho invocado y la correlación entre ese derecho y la medida solicitada. No es arriesgado, entonces –aunque la Corte no lo haga explícito– postular la vinculación entre aquellos precedentes ya comentados en los que el tribunal reconoce la existencia del derecho a la preservación de la salud de acuerdo tratados internacionales de derechos humanos de jerarquía constitucional – que funcionan como la fuente de identificación del derecho que se considera verosímil– y el contenido de las medidas cautelares concedidas.

82 Ver, por ejemplo, entre los casos en los que la Corte se considera competente originariamente: “Alvarez, Oscar Juan c/Buenos Aires, Provincia de y otro s/acción de amparo”, 12 de julio de 2001; “Orlando, Susana Beatriz c/Buenos Aires, Provincia de y otros s/amparo”, 4 de abril de 2002; “Díaz, Brígida c/Buenos Aires, Provincia de y otro (Estado Nacional - Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación) s/amparo”, 25 de marzo de 2003; “Benítez, Victoria Lidia y otro c/Buenos Aires, Provincia de y otros s/acción de amparo”, 24 de abril de 2003; “Mendoza, Aníbal c/Estado Nacional s/amparo”, 8 de septiembre de 2003; “Rogers, Silvia Elena c/Buenos Aires, Provincia de y otros (Estado Nacional) s/acción de amparo”, 8 de septiembre de 2003; “Sánchez, Enzo Gabriel c/Buenos Aires, Provincia de y otro (Estado Nacional) s/acción de amparo”, 18 de diciembre de 2003; “Laudicina, Angela Francisca c/ Buenos Aires, Provincia de y otro s/acción de amparo”, 9 de marzo de 2004; “Sánchez, Norma Rosa c/Estado Nacional y otro s/acción de amparo”, 11 de mayo de 2004, e intimación y fijación de *astreintes* por incumplimiento de lo ordenado del 8 de junio de 2004. Entre los casos de declaración de incompetencia para entender en el amparo y, sin embargo, concesión de la medida cautelar dado el peligro en la demora, ver: “Diéguez, Verónica Sandra y otro c/Buenos Aires, Provincia de s/acción de amparo”, 27 de diciembre de 2002; “Kastrup Phillips, Marta Nélide c/Buenos Aires, Provincia de y otros s/acción de amparo”, 11 de noviembre de 2003; “Podestá, Leila Grisel c/Buenos Aires, Provincia de y otro s/acción de amparo”, 18 de diciembre de 2003.

2.4. Los límites a la justiciabilidad del derecho a la salud o la impotencia de la Justicia

El caso “Ramos”⁸³ aparece como una anomalía en la profusa línea de precedentes ya reseñados. En una causa correspondiente a su jurisdicción originaria, la Corte –desdiciéndose de gran parte de las afirmaciones normativas realizadas en casos anteriores y reafirmadas en casos posteriores– rechaza *in limine* la acción de amparo en la que la peticionante reclama, entre otros derechos sociales, la tutela del derecho a la salud de sus hijos menores de edad.

Analizaré el caso con algún detenimiento, ya que marca los límites a la justiciabilidad del derecho a la salud –y, por añadidura, de otros derechos sociales– que establece la propia Corte. Comparar este caso con los casos en los que el tribunal ofreció una respuesta favorable a los peticionantes puede arrojar luz al respecto de cuándo es conveniente emplear la vía judicial para reclamar derechos sociales, y cuándo la estrategia judicial se vuelve inviable.

El relato de la actora del caso “Ramos” es dramático, y sin embargo similar al de miles de argentinos, en especial a partir de la brutal crisis exteriorizada en diciembre de 2001. Dice habitar en una vivienda humilde con ocho hijos, varios de ellos enfermos, que está desempleada, que sus hijos en edad escolar no asisten a clase por falta de medios, que una de sus hijas requiere una intervención quirúrgica por padecer de una cardiopatía congénita, que no tiene familiares a quienes reclamar alimentos, que sólo dos de sus hijos fueron reconocidos por sus padres y que ninguno de éstos se encuentra en condiciones económicas de procurarse siquiera su propio sustento. Alega que la situación de pobreza estructural en la que se encuentra y sus carencias educativas le impiden una inserción laboral, lo que seguramente se repetirá con sus hijos, que no podrán completar sus estudios y sufren además de desnutrición. Afirma que no cuenta con bienes materiales que le permitan asegurar la supervivencia de sus hijos, y ni siquiera se encuentra en condiciones de mandarlos a estudiar.

Su demanda está encaminada a que las autoridades nacionales y provinciales respeten sus derechos y los de sus hijos a una alimentación sana, a la salud, a la educación y a una vivienda digna, y que por ende, les suministren de manera concreta, efectiva, continua y mensual una cuota alimentaria que

83 “Ramos, Marta Roxana y otros c/Buenos Aires, Provincia de y otros s/amparo”, 12 de marzo de 2002.

les permita satisfacer sus necesidades básicas y vivir dignamente; reclama además la cobertura de las prestaciones médicas requeridas por su hija enferma, las condiciones materiales para que sus hijos en edad escolar concurren a un establecimiento educacional, que se declare la invalidez constitucional de toda norma que impida lo anterior, que se declare la inconstitucionalidad del accionar de los demandados por omisión de cumplimiento de lo petitionado, y que se declare la constitucionalidad del derecho que les asiste a que se les suministre una cuota alimentaria.

La demanda invoca normas constitucionales, y los siguientes instrumentos internacionales: Declaración Universal de los Derechos Humanos, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Convención sobre los Derechos del Niño y Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

Puede imaginarse fácilmente la respuesta de la Corte ante semejante caudal de peticiones. Todos los votos —el de la mayoría, los concurrentes y los disidentes— adoptan un tono rígido y tradicional, que desdice gran parte de lo afirmado en los precedentes antes comentados. El tribunal elude completamente el tratamiento de los agravios relativos a violaciones a los instrumentos internacionales de derechos humanos mencionados en la demanda. Veamos entonces —más allá de los posibles defectos de planteamiento de la acción— qué argumentos emplea para desecharla.

En primer término, la Corte repite la fórmula restrictiva referida a la procedencia del amparo, a la que echa mano cuando prefiere eludir el tratamiento de una cuestión incómoda. Así, afirma que “el amparo es un proceso excepcional, utilizable en delicadas y extremas situaciones en las que, por carencia de otras vías aptas, peligra la salvaguarda de derechos fundamentales, y exige para su apertura circunstancias muy particulares caracterizadas por la presencia de arbitrariedad o ilegalidad manifiestas que ante la ineficacia de los procedimientos ordinarios, originan un daño concreto y grave, sólo eventualmente reparable por esta vía urgente y expeditiva”⁸⁴.

El argumento genera, claro está, varias observaciones. La primera es obvia: una mujer reclama tutela judicial ante la situación de desnutrición de

84 Cfr. “Ramos”, *op. cit.*, considerando 3.

sus hijos, su ausencia del sistema escolar, y la necesidad de asegurar una intervención quirúrgica de una hija que padece de una cardiopatía. Si estas no son “delicadas y extremas situaciones en las que (...) pelagra la salvaguarda de derechos fundamentales”, es difícil pensar a qué circunstancias fácticas puede aplicarse esa calificación. Además, el argumento es contradictorio con lo dicho por la propia Corte en un considerable número de precedentes ya comentados: que el derecho a la salud es un derecho fundamental que exige acciones positivas del Estado, que los jueces están obligados a considerar el interés superior del niño, que deben evitar rigorismos formales o cortapisas procesales cuando éste está en juego, y que el amparo es justamente procedente cuando pelagra el derecho a la salud, y cuando está comprometido el interés superior del niño⁸⁵.

Para justificar el rechazo del amparo, la Corte afirma que, de los términos de la demanda y de la documentación acompañada no surge que los accionados “hayan negado en forma directa el acceso a la educación o a las prestaciones médicas requeridas”⁸⁶. Así, afirman que no está acreditado que exista un impedimento para que los hijos de la presentante acudan a un establecimiento educacional, ni que se hubiera denegado a la niña que requiere una intervención quirúrgica ese tratamiento. Esta forma de encuadrar los hechos planteados aparece en tensión con la afirmación de que el Estado debe, en materia de derechos sociales, acciones positivas y no meras abstenciones⁸⁷. Considerar que la conducta del Estado no reviste visos de ilegalidad dada la ausencia de una negativa expresa del Estado para acceder a los servicios educativo y sanitario parece un prisma de lectura poco adecuado para entender la situación que se denuncia: la denunciante y sus hijos no pueden acceder de hecho a esos servicios por carencias estructurales. Las acciones positivas adecuadas, en este caso, son las que permiten a la persona en situación de carencia acceder a los servicios cuando,

85 Cabe confrontar esta afirmación, por ejemplo, con lo dicho en “Campodónico de Beviacqua”, *op. cit.*, considerandos 20 y 21; “Monteserin”, *op. cit.*, considerandos 12 y 13; “N., L. M.”, *op. cit.*, dictamen del Procurador, considerando III; “Martín”, *op. cit.*, dictamen del Procurador, considerando VIII; “M., S. A.”, *op. cit.*, considerandos 9, 10, 12 y 19.

86 “Ramos”, *op. cit.*, considerando 4.

87 Cfr., por ejemplo, lo dicho en “Campodónico de Beviacqua”, considerando 16; “Monteserin”, considerando 11; y “Asociación Benghalensis”, dictamen del Procurador, consid. X.

por dificultades fácticas, esto no ocurra. La paradoja de la lectura de la Corte es que, si el Estado ofrece el servicio pero no se preocupa de que quienes más lo requieran accedan a él, el resultado es una asignación regresiva del servicio: acceden a él sólo quienes están en situación material de hacerlo, y quedan excluidos quienes no pueden, que son, justamente, aquellos con mayores necesidades.

El tercer argumento, aplicado a la situación denunciada, es sorprendentemente artificioso, y nuevamente contradictorio con lo dicho por la Corte en otros casos: que la pretensión de recibir del Estado una prestación alimentaria para cubrir necesidades básicas “importa transferir a las autoridades públicas el cumplimiento de una obligación que tiene su origen en las relaciones de parentesco”⁸⁸. Huelga decir que el argumento, aplicado la situación de la actora, es inconducente: la propia demanda afirma la imposibilidad de la madre de cubrir las necesidades alimentarias, sanitarias y educativas de sus hijos, y la imposibilidad de reclamar esa cobertura a otros parientes. Devolverle la cuestión a la actora es casi como decirle que solucione el problema como pueda. Aplicada a casos como “Campodónico de Beviacqua” o “Monteserin”, esta afirmación hubiera conducido a hacer recaer en los padres y no en el Estado la cobertura del tratamiento médico reclamado⁸⁹.

A continuación, la Corte sostiene que no es a los tribunales donde debería haber acudido la actora, sino a la Administración⁹⁰. Los votos particulares dan un paso más allá, señalando a la actora la posible coincidencia de su situación con los requisitos sustanciales de concesión del beneficio de una pensión alimentaria instituida por la ley 23.746⁹¹. Esta actitud contrasta también con el temperamento adoptado en otros casos, de acuerdo con los cuales dada la situación de urgencia y el compromiso de los derechos fundamentales

88 “Ramos”, *op. cit.*, considerando 5.

89 Ver, por ejemplo, el argumento de la Corte en “Campodónico de Beviacqua”, *op. cit.*, considerando 33: aunque la ley establezca responsabilidades en materia de atención a niños con discapacidad, el Estado no puede desentenderse de ella, en especial cuando las obras sociales han demostrado fallas en la cobertura. No es difícil aplicar el mismo argumento cuando quienes fallan en la cobertura son los parientes obligados a brindar prestaciones alimentarias.

90 Cfr. “Ramos”, *op. cit.*, considerando 6.

91 Ver “Ramos”, *op. cit.*, voto concurrente de los jueces Bossert y Petracchi, consid. 4; voto concurrente del juez Vázquez, considerando 4. Ver también voto en disidencia de los jueces Boggiano y Fayt, consid. 4, aunque señalando que ello no constituye obstáculo para la procedencia de la acción de amparo.

en juego, no puede exigirse de la actora la carga de reconducir la tramitación a otras esferas o reparticiones de gobierno⁹².

El tribunal agrega otras dos consideraciones: que “el desamparo que expone la actora y en el que funda su presentación, si bien revelador de un dramático cuadro social, no puede ser resuelto por la Corte, toda vez que no es de su competencia valorar o emitir juicios generales de las situaciones cuyo gobierno no le está encomendado (...), ni asignar discrecionalmente los recursos presupuestarios disponibles, pues no es a ella a la que la Constitución le encomienda la satisfacción del bienestar general en los términos del art. 75 incs. 18 y 32”⁹³. Esta tesis se contradice directamente con lo afirmado en “Campodonico de Beviacqua” y fallos concordantes, en los que se dice que, estando en juego el interés superior del niño, corresponde a todos los departamentos del gobierno –incluso a los jueces– velar por ese interés⁹⁴. Si la Corte acepta la existencia de una situación de desamparo y un cuadro social dramático que aqueja a ocho niños, no se entiende por qué en este caso debería dejar de entender en la cuestión, mientras en los demás casos comentados consideró que sí le correspondía entender. Cuesta además entender en qué sentido estaría la demanda requiriendo que el tribunal “valore” o “emita” “juicios generales de las situaciones cuyo gobierno no le está encomendado”: el reclamo parece encaminado puntualmente a obtener de la Corte una solución a la situación de penuria de la actora, y no a un juicio general de la situación política o socio-económica. El párrafo deja entrever en realidad –como una suerte de acto fallido– los miedos de la Corte de hacerse cargo de este tipo de peticiones.

Finalmente, la Corte reitera otra típica fórmula autorrestrictiva, que evidentemente casa mal con el activismo demostrado en la generalidad de las causas comentadas en este trabajo. El tribunal afirma que “la acción de amparo no tiene por objeto obviar los trámites legales ni alterar las instituciones vigentes

92 Cfr. “Campodonico de Beviacqua”, consids. 31 y 34; “Martín”, *op. cit.*, dictamen del Procurador, considerando VIII; “M., S. A.”, consid. 10.

93 Cfr. “Ramos”, *op. cit.*, considerando 7.

94 “Campodónico de Beviacqua”, *op. cit.*, considerando 21; “Monteserin”, *op. cit.*, considerandos 12 y 13, “Policlínica Privada”, *op. cit.*, considerando 8, “N., L. M.”, *op. cit.*, dictamen del Procurador, considerando III; “Martín”, *op. cit.*, dictamen del Procurador, considerando VIII; “M., S. A.”, *op. cit.*, considerandos. 9, 10, 12 y 19.

(...), ni justifica la extensión de la jurisdicción legal y constitucional de los jueces (...), a quienes no les corresponde el control del acierto con que la administración desempeña las funciones que la ley le encomienda válidamente o la razonabilidad con que ejerce sus atribuciones propias”⁹⁵. Si este hubiese sido el temperamento de la Corte en “Campodónico de Beviacqua”, “Monteserin”, “A., C. B.”, “Asociación Benghalensis” o “Asociación de Esclerosis Múltiple”, el resultado hubiera sido la deferencia judicial frente a la actuación de la Administración, y por ende la convalidación de la actitud asumida por las autoridades sanitarias, exactamente la postura opuesta a la adoptada.

Además de los votos concurrentes –coincidentes en lo fundamental con el voto de la mayoría, con el agregado señalado supra–, los jueces Boggiano y Fayt elaboran una opinión disidente. Este voto, aunque parece guardar cierta prudencia antes de establecer principios generales demasiado contundentes⁹⁶, decide amparar a la actora, señalando que sólo se está reclamando en el caso medidas del gobierno para dar satisfacción a los “derechos más primarios”⁹⁷ de la peticionaria y de sus hijos, y que “debe propenderse a la efectiva operatividad de los derechos humanos constitucionalmente consagrados y no generar situaciones que sólo conducirían, eventualmente, a interpretarlas como extremos fundantes de responsabilidades patrimoniales del Estado”⁹⁸. La disidencia esboza aquí uno de los principios fundamentales en materia de derecho a la atención sanitaria: el remedio de una situación de violación de ese derecho exige primariamente la prestación del servicio, y no la concreción de un daño irreparable que genere un posterior reclamo indemniza-

95 Cfr. “Ramos”, *op. cit.*, considerando 8.

96 Dos ejemplos pueden fungir como muestra de esta afirmación. Por un lado, la coincidencia con la opinión de la mayoría de la Corte, en el sentido de que “[l]a situación de desamparo que expone la actora y en el que funda su presentación –en el que se encuentra una parte importante de la población del país–, revela un dramático cuadro social, que no puede ser resuelto por la Corte toda vez que no es de su competencia valorar o emitir juicios generales de las situaciones cuyo gobierno no le está encomendado”, “Ramos”, *op. cit.*, voto de los Jueces Boggiano y Fayt, consid. 6. Por otro, la negativa a pronunciarse, por prematuro, sobre “los alcances que en el caso quepa reconocer al derecho a la vida, la salud, la educación y la vivienda digna de los peticionarios y los deberes que en su caso, pesarían en este sentido sobre los estados nacional y provincial”, “Ramos”, *op. cit.*, voto de los Jueces Boggiano y Fayt, consid. 7. En todo caso, y a favor de los jueces disidentes, el considerando remata afirmando: “[p]ero, del mismo modo, no puede sin más negarse su existencia y operatividad”.

97 “Ramos”, *cit.*, voto de los Jueces Boggiano y Fayt, considerando 6.

98 *Íbidem*.

torio. Lo que se pretende aquí es atención sanitaria oportuna, no reparaciones monetarias tardías.

“Ramos” proyecta algunas consecuencias importantes para quienes pretendan litigar en causas ligadas a problemas de pobreza extrema en la Argentina. Es muy probable que la Corte se haya sentido inhibida de dar una solución judicial al cuadro planteado –al menos en términos de emplazar al gobierno a ofrecer una solución temporaria al problema mientras, por ejemplo, se tramitara la concesión de la pensión a la que se refieren los votos concurrentes– por temor a un “efecto cascada”, que dirigiera al tribunal un caudal importante de reclamos motivados en la emergencia social que atraviesa nuestro país. Al parecer, la extensión del cuadro de desesperación presentado por la actora y la multiplicidad de los pedidos efectuados han conspirado contra la posibilidad obtener una solución judicial. Esta auto-inhibición de la Corte contrasta con la respuesta ofrecida en casos en los que el pedido formulado es mucho más concreto y acotado: frente a esas hipótesis, el tribunal ha accedido con mayor facilidad a la petición de los demandantes –aunque ello significara revisar la forma en que la Administración ejerce facultades legales o constitucionales, la imposición de obligaciones positivas, y la flexibilización del rigor procesal o formal ante lo que los magistrados perciben como una situación de urgencia o gravedad apremiante.

2.5. Casos conexos

Por último, quisiera referirme a otros dos casos que, no obstante no tratar directamente el contenido del derecho a la salud, tienen conexiones importantes con el tema que nos atañe, y despliegan algunas consecuencias interesantes aplicables también a temas relativos a la atención sanitaria.

El primero, “Benítez *c*/Policía Federal”⁹⁹, es un caso relacionado con la detección del VIH en un miembro de la Policía Federal. En la causa se plantean centralmente se plantean dos cuestiones: la primera, si la Policía tiene facultades para practicar a sus miembros exámenes de VIH/SIDA en forma secreta y sin requerir el consentimiento de los interesados. La segunda, si la detección del virus es causa justificada de retiro obligatorio de la fuerza.

⁹⁹ “Benítez, Ricardo Ernesto *c*. Policía Federal *s/amparo*”, 17 de diciembre de 1996.

Ambas cuestiones requieren la interpretación de la ley 23.798; el actor plantea además violación del derecho constitucional a la privacidad y a la prohibición de discriminación.

Con respecto a la primera cuestión, con fundamentos dudosos y varias disidencias, la mayoría de la Corte se pronuncia a favor de la justificación de la facultades de realización de exámenes sin consentimiento por parte de la Policía Federal a sus miembros, sobre la base de argumentos relativos a la necesidad de verificación de su “buena salud” (requisito que sería a su vez indicio de su “idoneidad”) y de protección de la salud pública y del derecho a la salud de terceros¹⁰⁰. Para ello, la mayoría de la Corte debe interpretar que la enumeración de excepciones al requerimiento de consentimiento para efectuar exámenes relativos al virus VIH hecha por los artículos 5, 7 y 9 de ley 23.798 –donde no se prevé la hipótesis del caso– es meramente ejemplificativa y no taxativa¹⁰¹. Los miembros de la mayoría del tribunal rematan el razonamiento afirmando que el sometimiento voluntario del actor al régimen de la institución implica sacrificar el derecho a la intimidad¹⁰². La posición de la mayoría de la Corte adopta un tono de argumentación holista, en el que la persecución de la protección de la salud pública fulmina cualquier derecho individual que pueda oponérsele; no me extenderé en la cuestión, pero no es difícil imaginar las consecuencias fatídicas de extender este razonamiento a otros casos de persecución de un fin colectivo, como por ejemplo la seguridad nacional o la seguridad interior.

Sobre la segunda cuestión, la decisión de la Corte va en el sentido opuesto: afirma que el pase a retiro motivado por la detección del virus VIH implicó una violación del derecho al trabajo del actor, por no ponderarse debidamente los efectos reales de la infección sobre la aptitud laboral del agente. En consecuencia, la Corte considera que la conducta de la demandada es discriminatoria y viola los arts. 1 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos¹⁰³. Por ende, la Corte confirma la sentencia de segunda instancia que había hecho lugar al amparo del actor.

100 “Benítez”, *op. cit.*, considerandos 9, 10 y 11.

101 Este es, entre otros, el motivo de las disidencias parciales sobre el punto de los jueces Fayt y Petracchi.

102 “Benítez”, *op. cit.*, considerando 12.

103 *Ibidem*, considerando 14.

Pese a no tratarse de un caso de reclamo del derecho a la salud, la decisión de la mayoría Corte es importante porque proyecta consecuencias sobre las posibles justificaciones del empleo de razones sanitarias para restringir derechos individuales. Si bien en el caso de la realización de exámenes compulsivos o sin consentimiento la sentencia sienta un precedente negativo, es destacable que la Corte haya considerado que la invocación de razones sanitarias como motivo automático de separación de un puesto de trabajo es discriminatoria, y que haya invocado para ello la aplicación de normas internacionales de derechos humanos como la Convención Americana.

El segundo caso que traeré a colación ha tenido repercusiones en la opinión pública: se trata de la causa “Aquino”¹⁰⁴, en la que la Corte declaró la inconstitucionalidad de la restricción legal de la posibilidad de reclamar indemnización integral en caso de accidentes o enfermedades de trabajo. Aunque no se trate estrictamente del contenido del derecho a la atención sanitaria, la Corte efectúa importantes consideraciones relativas a las obligaciones internacionales del Estado en materia de protección de la salud laboral, en especial, sobre el contenido de las obligaciones del Estado en materia de legislación que regula las indemnizaciones cuando la salud del trabajador se ve afectada.

La cuestión central planteada en el caso fue la constitucionalidad de la norma del art. 39, párrafo 1° de la ley 24.557 (llamada Ley de Riesgos del Trabajo), que excluye la posibilidad de que el trabajador damnificado por un accidente o enfermedad de trabajo reclame a su empleador una indemnización plena, salvo caso de dolo. Nuevamente, me ceñiré a la invocación de normas internacionales de derechos humanos que hace la mayoría de la Corte y algunos votos concurrentes.

Como complemento de su análisis de base constitucional, centrado en los arts. 19 y 14 bis, la mayoría de la Corte aborda las implicaciones de la concesión de jerarquía constitucional a los tratados internacionales sobre derechos humanos frente al tema bajo análisis. La sentencia sorprende porque, frente a la relativa parquedad de las citas al derecho internacional en otros casos relativos a derechos sociales, la mayoría del tribunal se extiende profusamente, mencionando no sólo el texto de instrumentos internacionales, sino

104 “Aquino, Isacio c/Cargo Servicios Industriales S.A. s/accidentes ley 9688”, 21 de septiembre de 2004.

también sentencias de tribunales internacionales, observaciones generales de comités de supervisión de los pactos internacionales y hasta recomendaciones finales de esos comités frente a informes estatales. Si la tesis de la Corte se mantuviera, el potencial para argumentar sobre esta base en materia de derechos sociales se ampliaría enormemente.

Veamos cuáles son los argumentos empleados por la mayoría de la Corte. En primer lugar, el voto mayoritario subraya que la concesión de jerarquía constitucional vino a reforzar la protección ofrecida por el art. 14 *bis* en materia de derechos sociales:

[L]a manda constitucional del art. 14 *bis*, que tiene ya cumplidos 47 años, a su vez, se ha visto fortalecida y agigantada por la singular protección reconocida a toda persona trabajadora en textos internacionales de derechos humanos que, desde 1994, tienen jerarquía constitucional (Constitución Nacional, art. 75, inc. 22)¹⁰⁵.

El voto cita, así, para encuadrar la cuestión debatida, la aplicabilidad de los arts. 7 inc. a.ii, 7 inc. b y 12 inc. 2.b y 12 inc. 2.c del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), los arts. 11 inc. 1.f y 11 inc. 2.d de la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, el 32 de la Convención sobre los Derechos del Niño y el 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En particular, las citas del PIDESC están encaminadas a demostrar la correlación entre el derecho a condiciones dignas y equitativas de trabajo, condiciones dignas de existencia para los trabajadores y sus familias, seguridad e higiene en el trabajo, el derecho a la salud y la obligación debida por el Estado, para asegurar ese derecho, del mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo, y de la prevención y tratamiento de las enfermedades profesionales. Con cita de doctrinaria de Matthew Craven, se subraya que el art. 7 inc. b del PIDESC (referido a la seguridad e higiene en el trabajo) “implica que, una vez establecida por los estados la legislación apropiada en materia de seguridad e higiene

105 Cfr. “Aquino”, *op. cit.*, considerando 8. En sentido coincidente, ver votos de los jueces Belluscio y Maqueda, consid. 7, y Highton de Nolasco, consid. 9.

en el trabajo, uno de los más cruciales aspectos sea la reparación a que tengan derecho los dañados”¹⁰⁶.

A continuación, en el mismo considerando, el voto acude a la autoridad del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales para determinar el alcance de las obligaciones emanadas de las normas citadas del PIDESC¹⁰⁷. Así, se resalta la “gran importancia que el PIDESC reconoce a la protección del trabajador víctima de un accidente laboral”, citándose como respaldo las observaciones críticas del Comité a la ley de accidentes de trabajo neocelandesa que pone en cabeza del trabajador víctima parte del costo del tratamiento médico; se subraya además la preocupación del Comité, incorporada en las Directrices dirigidas a disciplinar la elaboración de los informes nacionales, por obtener información de los Estados parte relativas tanto a las disposiciones normativas como a estadísticas relativas a seguridad e higiene laborales, en especial sobre la incidencia de accidentes y enfermedades; se menciona también las advertencias del Comité referidas al incumplimiento de leyes de seguridad en el trabajo y a la consecuente tasa elevada de accidentes laborales, citándose las Observaciones finales al tercer informe periódico polaco.

Por último, en la misma enumeración, el voto de mayoría recalca las menciones críticas relativas a las condiciones de seguridad e higiene del trabajo incorporadas en las Observaciones finales a dos informes estatales presentados por nuestro país, respectivamente, el de 1994 y el de 1999. En el primer documento, el Comité expresó preocupación por el incumplimiento de las normas de higiene y seguridad del trabajo, e instó al Gobierno a analizar los motivos de la falta de eficacia de sus políticas en la materia y a que hiciera esfuerzos por mejorar todos los aspectos de la higiene y la seguridad medioambiental y laboral. En el segundo documento, el Comité mostró su inquietud por la privatización de las inspecciones laborales y por los resultados insatisfactorios de la aplicación de normas de seguridad e higiene en el

106 Cfr. “Aquino”, *op. cit.*, considerando 8.

107 Sin afirmarlo, parece confirmar la línea de argumentación de “Giroldi” y “Bramajo”, en el sentido de que para asignar sentido a las disposiciones de un tratado internacional debe acudirse como guía hermenéutica ineludible a la interpretación que hagan en sede internacional sus propios órganos de aplicación. La Corte había citado interpretaciones del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el caso “Campodónico de Beviacqua”, *op. cit.*, considerando 19. Ver nota 8, supra.

trabajo, y le encomendó mejorar la eficacia de las medidas en la esfera de la seguridad y la higiene en el trabajo, mejorar todos los aspectos de la higiene y la seguridad ambientales e industriales, y asegurar que la autoridad pública vigile e inspeccione las condiciones de higiene y seguridad industriales.

En tercer lugar, e invocando nuevamente la autoridad del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el voto afirma que el art. 14 *bis* coincide con uno de los tipos de obligaciones impuestas por el PIDESC al Estado: “la de “proteger”, por cuanto requiere que este último “adopte medidas para velar que las empresas o los particulares” no priven a las personas de los mentados derechos”¹⁰⁸, con apoyo en las Observaciones Generales Nros. 12, 13, 14 y 15 del Comité. El voto subraya además, con cita de la Opinión Consultiva 17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de su Informe Anual de 2002, las obligaciones positivas de los Estados, que le imponen “el deber de “garantizar el ejercicio y disfrute de los derechos de los individuos en relación con el poder, y también en relación con actuaciones de terceros particulares”¹⁰⁹. En sentido similar, haciendo aplicable a las víctimas de infortunios laborales las elaboraciones del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales referidas a las obligaciones estatales en materia de derechos de las personas con discapacidad, la mayoría recalca las obligaciones positivas del Estado destinadas a reducir las desventajas estructurales de aquellas y favorecer su plena realización e igualdad, invocando la Observación General Nro. 5.

A partir de estas premisas, la mayoría concluye que las reglamentaciones legales en el ámbito de protección de los trabajadores dañados por un infortunio laboral deben conferir a la reparación la mayor amplitud, y evitar la fijación de limitaciones. Ello –afirma el voto– en línea con los postulados de las jurisdicciones internacionales en materia de derechos humanos. Para ilustrar esa afirmación, cita la doctrina en materia de indemnización plena estipulada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Bámaca Velásquez”¹¹⁰.

Las referencias al derecho internacional de los derechos humanos no concluyen aquí. En el considerando siguiente, la mayoría de la Corte invoca,

108 Cfr. “Aquino”, *op. cit.*, considerando 8.

109 *Ibidem*, considerando 8.

110 *Ibidem*, considerando 9.

con citas del derecho internacional de los derechos humanos y derecho comparado, la *prohibición de regresividad o prohibición de retroceso social* en materia de derechos económicos, sociales y culturales, para censurar la disminución de la protección del trabajador en materia de indemnización de infortunios laborales operada por la norma impugnada con respecto al régimen anteriormente vigente¹¹¹. En este sentido, la mayoría de la Corte sostiene que:

[E]ste retroceso legislativo en el marco de protección, puesto que así cuadra evaluar a la LRT según lo que ha venido siendo expresado, pone a ésta en grave conflicto con un principio arquitectónico del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en general, y del PIDESC en particular. En efecto, este último está plenamente informado por el principio de progresividad, según el cual, todo Estado Parte se “compromete a adoptar medidas [...] para lograr progresivamente [...] la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos” (art. 2.1). La norma, por lo pronto, “debe interpretarse a la luz del objetivo general, en realidad la razón de ser, del Pacto, que es establecer claras obligaciones para los Estados Partes con respecto a la plena efectividad de los derechos de que se trata”. Luego, se siguen del citado art. 2.1 dos consecuencias: por un lado, los estados deben proceder lo “más explícita y eficazmente posible” a fin de alcanzar dicho objetivo; por el otro, y ello es particularmente decisivo en el *sub lite*, “todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo¹¹² a este respecto requerirán la consideración más cuidadosa, y deberán justificarse plenamente con referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga (Comité de Derechos Económicos, Sociales y

111 Cfr. “Aquino”, *op. cit.*, considerando 10. En el mismo sentido, aunque con una enunciación bastante más matizada, se expide la jueza Highton de Nolasco, con invocación del art. 23 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, cfr. considerando 15.

112 Aunque la cita literal es correcta, el texto oficial en castellano de la Observación General Nro. 3 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales contiene un error de traducción: donde dice “retroactivo”, debe entenderse “regresivo”. La traducción confundió el término “retrogressive”, que hace referencia al empeoramiento de la situación de goce de un derecho, es decir, alude al resultado de la evaluación del contenido sustantivo de una norma con respecto a una anterior, con el término “retroactivo”, que sólo se refiere al problema de la aplicación intertemporal de una norma, y por ende tiene significado meramente formal. El carácter “deliberadamente retroactivo” de una norma social más protectora no plantearía inconveniente alguno a la luz del principio de progresividad y la prohibición de regresividad. Las traducciones mejoran en Observaciones Generales posteriores.

Culturales, Observación General N° 3, La índole de las obligaciones de los Estados Partes, párr. 1 del art. 2 del Pacto, 1990, HRI/GEN/1/Rev.6, pág. 18, párr. 9; asimismo: Observación General N° 15, cit., pág. 122, párr. 19, y específicamente sobre cuestiones laborales: Proyecto de Observación General sobre el derecho al trabajo (art. 6°) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, presentado por Phillipe Texier, miembro del Comité, E/C12.2003/7, pág. 14, párr. 23).

Más todavía, existe una “fuerte presunción” contraria a que dichas medidas regresivas sean compatibles con el tratado (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General N° 14 y N° 15, cit., págs. 103 -párr. 32- y 122 -párr. 19-, respectivamente), sobre todo cuando la orientación del PIDESC no es otra que “la mejora continua de las condiciones de existencia”, según reza, preceptivamente, su art. 11.1.”

El considerando abunda en la recepción de la prohibición de regresividad en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 26) y en la jurisprudencia constitucional de diversos países, como Bélgica, Portugal y Francia. Recoge también aplicaciones concretas hechas por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales para censurar medidas legislativas en Observaciones finales dirigidas ante un informe presentado por Alemania. Cita por último las palabras del miembro informante de la Comisión Redactora de la Asamblea Constituyente de 1957, respecto del art. 14 *bis*.

El voto insiste aún sobre la vulneración por parte de la norma impugnada de dos principios fundamentales del derecho internacional de los derechos humanos: la *dignidad humana* y la *justicia social*.

Sobre el valor normativo de la dignidad humana, que considera “el fundamento definitivo de los derechos humanos”¹¹³, el voto invoca la Declaración Universal de Derechos Humanos, el PIDESC, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Insiste, además sobre la común calificación de la “dignidad humana” y las “condiciones dignas de trabajo”, citando como autoridad el Proyecto de Observación General sobre el Derecho al Trabajo del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Cita. Por último, lo dicho en “Campo-

113 Cfr. “Aquino”, *op. cit.*, considerando 11.

dónico de Beviacqua”, en el sentido de que “la dignidad de la persona humana constituye el centro sobre el que gira la organización de los derechos fundamentales del orden constitucional”, y el art. 22 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, de acuerdo con el cual “toda persona tiene derecho a la satisfacción de los derechos económicos y sociales *indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad*”.

Por último, respecto de la justicia social, el voto recuerda que es recogida como principio en el Preámbulo de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo, los Preámbulos de la Carta de la Organización de los Estados Americanos y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y en el art. 34 de aquella Carta¹¹⁴. Menciona además su reconocimiento en la Declaración Sociolaboral del MERCOSUR, en la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 4 de diciembre de 1986, en el caso “James” de la Corte Europea de Derechos Humanos, y en el voto concurrente del juez Cançado Trindade, en la decisión sobre medidas provisionales del caso de la “Comunidad de Paz de San José Apartado” de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Semejante profusión de citas resulta ciertamente intimidante, aunque la mayoría de la Corte tal vez haya considerado que eran necesarias para justificar la furibunda declaración de inconstitucionalidad de una norma que ya contaba con varios años de vigencia y que había generado jurisprudencia contradictoria. En todo caso, un examen crítico requiere ordenar la multiplicidad de fuentes a las que acude la Corte, y distinguir aquellas que cumplen en la sentencia un papel más bien retórico, de aquellas que pueden sentar las bases para la resolución de casos futuros.

En ese orden de ideas, también es útil recalcar el diferente peso y nivel de concreción que tienen las diversas orientaciones y principios sugeridos por la Corte con apoyo en normas internacionales de derechos humanos. Brevemente, y sin ánimo de exhaustividad, quisiera ofrecer mi punto de vista respecto de aquellos principios contenidos en la sentencia que pueden proyectar consecuencias normativas de cierta fertilidad en la invocación del derecho a la salud y, en general, de derechos sociales y, por en sentido opuesto,

114 Cfr. “Aquino”, *op. cit.*, considerando 12.

señalar cuáles creo tienen pocas probabilidades de prosperar de ser empleadas como base de una acción judicial.

Un primer punto importante a tener en cuenta es el reconocimiento de la Corte de la necesidad de complementar el examen del contenido de derechos y principios constitucionales con el proveniente de normas internacionales de derechos humanos. La jurisprudencia reseñada en este trabajo es buena muestra de la tendencia de la Corte de tomar en consideración los instrumentos internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional para identificar derechos y obligaciones estatales generales, y extraer algunos contenidos normativos más concretos a partir del texto de aquéllos.

La Corte se ha mostrado errática en la concesión de valor normativo claro a decisiones, documentos e instrumentos emanados de órganos internacionales de protección de los derechos humanos establecidos por los tratados de jerarquía constitucional. “Aquino” es el ejemplo extremo de invocación de fuentes de toda índole: la mezcla de fuentes es poco indicativa al respecto del peso que realmente concede la Corte a cada tipo de documento en particular. En todo caso, puede concederse un mayor peso a la cita de Observaciones Generales de los comités, destinadas a especificar el sentido de las disposiciones de los respectivos pactos, la cita de Observaciones Finales de los Comités a los Estados (en especial, al Estado argentino) y la cita de jurisprudencia de órganos tales como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la medida en que su autoridad está fincada justamente en el texto de los tratados internacionales que cuentan con jerarquía constitucional. Frente a ellos, la cita de otros documentos –informes, proyectos de observaciones generales, jurisprudencia extranjera– parece tener un valor meramente ejemplificativo.

Como tercer punto, la Corte parece adoptar claramente la prohibición de regresividad o prohibición de retroceso social como principio operativo en materia de derechos humanos, o al menos en materia de derechos económicos, sociales y culturales. El reconocimiento explícito del principio es bienvenido: resta saber en qué otros contextos aceptará la Corte su aplicación, y qué estándares empleará para compatibilizarlo con la libertad de configuración de los derechos y políticas del legislador democrático y, en especial, con las situaciones de emergencia económica. De acuerdo con lo que habíamos sugerido en un artículo escrito hace tiempo¹¹⁵, el principio requiere un aná-

lisis específico que implica una comparación temporal entre norma anterior y norma posterior para determinar si existió o no empeoramiento del nivel de goce de un derecho. La Corte parece haber efectuado un análisis de este tipo en “Aquino”¹¹⁶: la llegada de mayor cantidad de casos en los que se plantea el argumento de violación del principio de progresividad a los tribunales dará una pauta de cuán seriamente se asumen las consecuencias normativas de su plena adopción.

Por último, debo manifestar mi escepticismo sobre las posibilidades de invocación de los principios de dignidad humana y de justicia social como pauta normativa que permita decidir a los jueces. No quiero con ello decir que no sea posible señalar casos en los que estos principios resultan vulnerados, pero su gran indeterminación —en especial cuando se los trae a colación en una situación de cierta complejidad normativa— acarrea el serio riesgo de situar la discusión judicial en el campo de la pura especulación idiosincrática. La cita por parte de la Corte de estos dos principios para decidir “Aquino” parece más bien un ornamento retórico colocado *a posteriori* de haber decidido declarar la inconstitucionalidad de la norma impugnada, que una razón para concluir que la norma era inconstitucional. Es dudoso que, sobre esa única base, los jueces se vean movidos a romper la tendencia deferente con los actuación de los poderes políticos.

115 Ver, Víctor Abramovich y Christian Courtis, “Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales”, *op. cit.*, pp. 334-350; véase también de los mismos autores, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, pp. 92-116; Magdalena Sepúlveda, *The Nature of the Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, Intersentia, Amberes, 2003, pp. 323-332. Sobre la aplicación de la prohibición de regresividad en Aquino puede verse Cecilia Suárez Gallo y Andrea García Vior, “La Corte Suprema de Justicia y el principio de progresividad”, en *Jurisprudencia Argentina*, 2004-IV, Número Especial: “El derecho laboral en la nueva integración de la Corte”, 24/11/2004, pp. 30-37.

116 En casos anteriores, y sin aludir expresamente al principio, la Corte efectúa un análisis de tenor similar. Ver, por ejemplo, la consideración de la conducta previa del Estado en “Campodónico de Beviacqua”, y el razonamiento de Procurador General en “Asociación de Esclerosis Múltiple”, al que la Corte adhiere. Cfr. “Campodónico de Beviacqua”, *op. cit.*, considerandos 28, 29 y 30; “Asociación de Esclerosis Múltiple de Salta”, *op. cit.*, dictamen del Procurador, considerando VIII.

4. (Breves) conclusiones

Concluiré con algunas reflexiones sucintas sobre el panorama reseñado. De lo dicho, creo que ha quedado claro que:

- la Corte ha reconocido la raigambre constitucional del derecho a la salud a partir del otorgamiento de jerarquía constitucional a instrumentos internacionales de derechos humanos;
- el derecho a la salud genera para el Estado obligaciones positivas, y no meramente obligaciones de abstención;
- la legislación sanitaria sancionada por el Congreso de la Nación constituye una de las formas de llevar a cabo esas obligaciones internacionales. Por ende, la inobservancia por parte de la Administración de esas leyes faculta a los damnificados individual y colectivamente a reclamar judicialmente su cumplimiento;
- el Estado nacional es el garante último del sistema de salud, independientemente de las obligaciones que correspondan a otros actores públicos y privados;
- el Estado está facultado a imponer obligaciones en materia de cobertura de tratamientos de salud a actores no estatales, tales como obras sociales y empresas de medicina prepaga, en cumplimiento de sus obligaciones internacionales;
- los actores no estatales que forman parte del sistema de salud –como las obras sociales y las empresas de medicina prepaga– tienen con respecto a sus afiliados o potenciales afiliados obligaciones específicas que exceden el carácter meramente mercantil de la relación, dado que su actividad está destinada a resguardar un derecho fundamental;
- todos los actores involucrados –públicos, incluyendo todas las ramas del gobierno, y no públicos, incluyendo obras sociales y empresas de medicina prepaga– tienen obligaciones específicas referidas al resguardo del derecho a la salud de los niños y de las personas con discapacidad.

La jurisprudencia de la Corte ha dejado, sin embargo, varios temas abiertos, que aún requieren de mayor precisión conceptual. Entre ellos me permito apuntar:

- el contenido de las obligaciones constitutivas del derecho a la salud que emanan directamente de las normas internacionales de jerarquía constitucional y, por ende, se imponen y no son susceptibles de alteración o desconocimiento por parte del legislador;
- en el mismo sentido, el alcance de las obligaciones de asistencia médica del Estado –es decir, de parte de sus obligaciones positivas–, en especial para personas en situaciones de carencia extrema que no pueden pagar los servicios;
- el valor normativo de opiniones emanadas de los órganos internacionales de derechos humanos, tales como las Observaciones Generales de los Comités previstos por los tratados del sistema universal de derechos humanos.