Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

www.juridicas.unam.mx

La aplicación de tratados e instrumentos internacionales sobre derechos humanos y la protección jurisdiccional del derecho a la salud en la Argentina*

Christian Courtis**

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 en la Argentina. Este texto explora el papel que ha jugado en ese desarrollo jurisprudencial el empleo de los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por la Argentina. Para ello, privilegio 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.

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

*Ponencia presentada, en agosto de 2005, durante el Seminario Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, realizado en instalaciones de la SRE, en Tlatelolco, D.F.

**Profesor adjunto de Filosofía del Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Profesor visitante del ITAM (México).

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 enfermedades. 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.

Llevada a cabo la reforma constitucional de 1994, 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 Racial.[1]

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 derechos: 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 social[2] —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 delimitación.[3]

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

[1] Me limito aquí a los textos de jerarquía constitucional. Una enumeración completa de los textos de 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.

[2] Véase Víctor Abramovich y Christian Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 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*, México, Fontamara, 2003, pp. 55-78. Específicamente sobre el derecho a la salud, véase *id*., "El derecho a la atención sanitaria como derecho exigible", Rev. *La Ley*, T. 2001-D.

[3] Rodolfo Ariza Clerici, "El derecho a la salud en la Corte Suprema de Justicia de la Nación", http://www.juridice.com.ar/doctrina/salud.htm; Enrique González, "El derecho a la salud", en Víctor Abramovich, María José Añón y Christian Courtis (comps.), *Derechos sociales: instrucciones de uso*, *op. cit*., pp. 143-180.

pro homine, es decir, la interpretación más favorable a la persona humana.[4] 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 interpretativa de los aspectos más favorables a la persona humana contenidos en esos diversos textos.[5]

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 zde 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

[4] Véase 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, Del Puerto-CELS, 1997, pp. 163-171.

[5] 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*, Bogotá, Defensoría del Pueblo, 2003.

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 Racial.[6] En materia de derecho a la salud, resulta imprescindible la consulta de la Observación General núm. 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales,[7] las Observaciones Generales núms. 3 y 4 del Comité sobre los Derechos del Niño,[8] y los Comentarios Generales núms. 15 y 24 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer.[9] 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 medicamentos.[10]

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

[6] Esto, de acuerdo a la propia doctrina establecida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los precedentes "Giroldi" y "Bramajo". Véase, al respecto, Martín Abregú, "Introducción", y Guillermo Moncayo, "Criterios para la aplicación de las normas internacionales que resguardan los derechos humanos en el derecho argentino", en Martín Abregú y Christian Courtis, *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, *op. cit*., pp. 19-20 y 98-100, respectivamente. Sobre el carácter de fuente de las observaciones generales de los Comités, véase Víctor Abramovich y Christian Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, *op. cit*., 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*, *op. cit*., pp. 317-327. Veremos a continuación cuan extenso ha sido el alcance de la aplicación de esta doctrina referido al derecho a la salud.

[7] Véase Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General núm. 14, "El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud", (2000).

[8] Véase Comité sobre los Derechos del Niño, Observación General núm. 3 "El VIH/SIDA y los derechos del niño", (2003); Observación general núm. 4, "La salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño", (2003).

[9] Véase Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, Comentario General núm. 15, "Eliminación de la discriminación contra la mujer en las estrategias nacionales para la prevención y control del Síndrome de Inmunideficiencia Adquirida (SIDA)", (1990); y Comentario General núm. 24, "Artículo 12 de la Convención: Mujer y salud", (1999).

[10] Para un recuento de estos casos, véase 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*, México, Porrúa/ITAM, 2005, pp. 347-369.

desarrollado particularmente en sede internacional en los últimos quince años, y se ha plasmado en Observaciones Generales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales,[11] y en dos instrumentos interpretativos —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 Culturales.[12] 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 social.[13]

LA EXPERIENCIA JURISPRUDENCIAL ARGENTINA EN MATERIA DE DERECHO A LA SALUD E INVOCACIÓN DE INSTRUMENTOS INTERNACIONALES

Pasemos entonces a analizar aspectos relativos a la determinación del contenido del derecho, o bien —como veremos—, de las obligaciones estatales

[11] Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General núm. 3, "La índole de las obligaciones de los Estados parte —párrafo 1 del Art. 2 del Pacto" (1990), y Observación General núm. 9, "La aplicación interna del Pacto", (1998).

[12] 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. Véase 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. Véase, 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.

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

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 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.

Obligaciones del Estado en materia de derecho a la salud

Los precedentes donde la Corte[14] 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"[15] y "Monteserin".[16] 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.

[14] 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. Véase, 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.

[15] "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.

[16] "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",[17] 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 Contencioso administrativo 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".[18] 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".[19] La sentencia cuenta con dos votos concurrentes que agregan algún énfasis y mayor detalle al dictamen del Procurador.

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 que diseña el plan de distribución de medica-

[17] *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.

[18] "Asociación Benghalensis", *op. cit*., dictamen del Procurador, consid. X.

[19] "Asociación Benghalensis", *op. cit*., dictamen del Procurador, consid. X.

mentos, velar por su correcto cumplimiento, asegurando la continuidad y regularidad del tratamiento.[20]

El mismo día en que decidió "Asociación Benghalensis", la Corte resolvió el caso "A., C. B.",[21] 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 virus 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".[22]

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";[23]
> –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";[24]
> –que los pactos internacionales protegen específicamente la vida y la salud de los niños;[25]
> –que el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "reconoce el derecho de todas las personas a disfrutar del más alto nivel posible

[20] *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.

[21] "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 1 de junio de 2000.

[22] "A., C. B", *op. cit*., dictamen del Procurador, Consid. VIII.

[23] *Cfr*. "Campodónico de Beviacqua", *op. cit*., consid. 16.

[24] *Cfr*. "Campodónico de Beviacqua", *op. cit*., consid. 16.

[25] *Cfr*. "Campodónico de Beviacqua", *op. cit*., consid. 17.

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";[26]

–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";[27]

–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";[28]

–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";[29]

–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 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";[30]

–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".[31]

[26] *Cfr*. "Campodónico de Beviacqua", *op. cit*., consid. 18, con referencia explícita al Artículo 12 del PIDESC.

[27] *Cfr*. "Campodónico de Beviacqua", *op. cit*., consid. 19, con referencia explícita al Art. 2.1 del PIDESC.

[28] *Cfr*. "Campodónico de Beviacqua", *op. cit*., consider. 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.

[29] *Cfr*. "Campodónico de Beviacqua", *op. cit*., consid. 20, con referencia explícita a los Arts. 28 incs. 1° y 2° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

[30] *Cfr*. "Campodónico de Beviacqua", *op. cit*., consid. 20, con referencia explícita a los Arts. 23, 24 y 26 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

[31] *Cfr*. "Campodónico de Beviacqua", *op. cit*., consid. 33.

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.[32]

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 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

[32] *Cfr*. "Campodónico de Beviacqua", *op. cit*., consid. 21, con referencia explícita al Art. 3° de la Convención sobre los Derechos del Niño.

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.

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".[33]

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 Niño.[34]

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 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.[35]

[33] *Cfr.* "Monteserin", *op. cit.*, consid. 11.
[34] *Cfr.* "Monteserin", *op. cit.*, consid. 12.
[35] *Cfr.* "Monteserin", *op. cit.*, consid. 13.

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",[36] 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 tratando, la Corte confirma la sentencia de segunda instancia, adhiriendo a los fundamentos del 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. 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 colectiva.[37] Sobre la base de estas y otras consideraciones de índole constitucional, se inclina por la procedencia de la vía del amparo

[36] "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.

[37] "Asociación de Esclerosis Múltiple de Salta", *op. cit.*, dictamen del Procurador, consid. VII.

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".[38]

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 internacional[39] que tienden a una actitud de apoyo progresivo en el tratamiento de estas manifestaciones del aparato neurológico"— para rechazar los argumentos del Estado.[40] 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.

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",[41] la Corte respaldó el reclamo de un hospital privado que impugnaba una

[38] "Asociación de Esclerosis Múltiple de Salta", *op. cit.*, dictamen del Procurador, consid. VII.

[39] 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 núms. 5 y 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales hubieran podido aportarle alguna ayuda.

[40] "Asociación de Esclerosis Múltiple de Salta", *op. cit.*, dictamen del Procurador, consid. VIII.

[41] "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.

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 periodo 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 obligación 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 derecho".[42] 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.

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 tratamiento.[43]

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

[42] "Policlínica Privada", *op. cit.*, consid. 8.

[43] *Cfr.* "Policlínica Privada", *op. cit.*, consid. 9, con cita del Art. 20 *in fine* de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

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".[44] 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:

> [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..."(*cfr.*, 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 d; entre otras disposiciones del derecho internacional en la materia).[45]

[44] "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.

[45] *Cfr.* "Hospital Británico", *op. cit.*, dictamen del Procurador, consid. IV.

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 reforma.[46]

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 garantizarlo.[47]

[46] *Cfr.* "Hospital Británico", *op. cit.*, dictamen del Procurador, consid. IV.

[47] 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 núm. 5, "Personas con discapacidad", párr. 34 y Observación General núm. 14, "El derecho a la salud", parr. 26; Comité sobre los Derechos del Niño, Observación General núm. 3, "El VIH/SIDA y los derechos del niño", párrs. 17, 18, 25 y 36; Observación General núm. 4, "La salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño", párrs. 25, 26, 31, 35 y 38; y Observación General núm. 5, "Medidas generales de implementación de la Convención sobre los Derechos del Niño", párrs. 43 y 44; Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, Comentario General núm. 15, "Eliminación de la discriminación contra la mujer de las estrategias nacionales para la prevención y control del Síndrome de

La mayoría de la Corte y varios de sus miembros en votos particulares adhieren a la opinión del Procurador General.

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",[48] 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 virus VIH en el actor, la empresa de medicina prepaga 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).[49]

Inmunideficiencia Adquirida (SIDA)", puntos b) y d); Comentario General núm. 18, "Mujeres con discapacidad" y Comentario General núm. 24, "Mujer y salud", párrs. 17, 18, 25 y 31 b).

[48] "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.

[49] *Cfr*. "Etcheverry c/Omint", *op. cit*., dictamen del Procurador, consid. IV.

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 particulares[50] —es decir, la aplicación concreta de la doctrina de la *drittwirkung* al derecho a la 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.

En "N., L. M. y otra c/Swiss Medical Group S.A.",[51] 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

[50] 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. Véase "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*, véase nota 68 *infra*. Sobre la posibilidad de invocación de derechos derivados de normas internacionales de derechos humanos entre particulares, véase Christian Courtis, "La eficacia de los derechos humanos en las relaciones entre particulares", en *Revista Iberoamericana de Derechos Humanos*, N° 1, Universidad Iberoamericana, México (en prensa).

[51] "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.

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 ajenas 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 casos.[52]

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 protege.[53] El resultado, en todo caso,

[52] "N, L. M.", *op. cit.*, dictamen del Procurador, consid. III.

[53] 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*, 2a. ed., Coimbra Editora, Coimbra, 1993, pp. 144-148, y Jose Joaquim Gomes Canotilho, *Direito*

es 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",[54] 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.[55]

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

---

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.

[54] "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.

[55] *Cfr*. "Martín", *op. cit*., dictamen del Procurador, consid. III.

rango 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".[56] 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.[57]

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".[58]

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 tesitura, 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 Humanos.[59]

[56] *Cfr.* "Martín", *op. cit.*, dictamen del Procurador, consid. VIII.
[57] *Cfr.* "Martín", *op. cit.*, dictamen del Procurador, consid. VIII.
[58] *Cfr.* "Martín", *op. cit.*, dictamen del Procurador, consid. VIII.
[59] Cfr. "Martín", *op. cit.*, dictamen del Procurador, consid. VIII.

En autos "V., W. J. c/OSECAC",[60] 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. Detectada la infección con el virus 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 negocial…"[61] 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 actor,[62] 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 peticionario 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.",[63] en la que hizo enérgico uso de sus facultades para solicitar medidas para mejor proveer y

[60] "V., W. J. c/Obra Social de Empleados de Comercio y Actividades Civiles s/sumarísimo", 2 de diciembre de 2004.

[61] "V., W. J.", *op. cit.*, dictamen del Procurador, consid. V.

[62] "V., W. J.", *op. cit.*, dictamen del Procurador, consid. V.

[63] "Recurso de hecho deducido por la defensora oficial de S. A. M. en la causa M., S. A. s/materia: previsional s/recurso de amparo", del 23 de noviembre de 2004.

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 Werdning-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. 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 menor.[64]

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 extemporaneidad 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 (ff. 78/86; 300/301 vta. de los autos principales; Arts. 3°, 23, 24 y 26 de la Convención sobre los Derechos del Niño; Fallos: 323:3229; 324:3569 y sus citas).[65]

La Corte reitera que está en juego la evaluación del interés superior de la niña, encarecido por el Art. 3° de la Convención sobre los Derechos del Niño,[66] 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 te-

[64] "M., S. A", *op. cit.*, consid. 9.
[65] "M., S. A", *op. cit.*, consid. 10.
[66] "M., S. A", *op. cit.*, consids. 12 y 19.

rapias 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"[67] 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 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.

[67] "Chena, Patricia Susana y otros c/Buenos Aires, Provincia de y otros s/amparo", 13 de noviembre de 2001.

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 quirúrgicas.[68] 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 fungen como la fuente de identificación del derecho que se considera verosímil— y el contenido de las medidas cautelares concedidas.

[68] Véanse, 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, véase: "Diéguez, Verónica Sandra y otro c/Buenos Aires, Provincia de s/acción de amparo", 27 de diciembre de 2002; "Kastrup Phillips, Marta Nélida 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.

Los límites a la justiciabilidad del derecho a la salud o la impotencia de la justicia

El caso "Ramos"[69] 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.

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 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 concurran 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 peticionado, y que se declare la constitucionalidad del derecho que les asiste a que se les suministre una cuota alimentaria.

[69] "Ramos, Marta Roxana y otros c/Buenos Aires, Provincia de y otros s/amparo", 12 de marzo de 2002.

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".[70]

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".[71] 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 abstenciones.[72]

[70] *Cfr.* "Ramos", *op. cit.*, consid. 3.

[71] "Ramos", *op. cit.*, consid. 4.

[72] *Cfr.*, por ejemplo, lo dicho en "Campodónico de Beviacqua", *op. cit.*, consid. 16; "Monteserin", *op. cit.*, consid. 11; y "Asociación Benghalensis", dictamen del Procurador, consid. X.

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".[73]

A continuación, la Corte sostiene que no es a los tribunales donde debería haber acudido la actora, sino a la Administración.[74] 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 23.746.[75] Esta actitud contrasta con el temperamento adoptado en otros casos, de acuerdo con los cuales dada la situación de urgencia y el compromiso de los derechos fundamentales en juego, no puede exigirse de la actora la carga de reconducir la tramitación a otras esferas o reparticiones de gobierno.[76]

"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,

[73] "Ramos", *op. cit*., consid. 5.

[74] *Cfr*. "Ramos", *op. cit*., consid. 6.

[75] Véase "Ramos", *op. cit*., voto concurrente de los jueces Bossert y Petracchi, consid. 4; voto concurrente del juez Vázquez, consid. 4. Véase 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.

[76] *Cfr*. "Campodónico de Beviacqua", consids. 31 y 34; "Martín", *op. cit*., dictamen del Procurador, consid. VIII; "M., S. A.", consid. 10.

y la flexibilización del rigor procesal o formal ante lo que los magistrados perciben como una situación de urgencia o gravedad apremiante.

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",[77] es un caso relacionado con la detección del virus 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. 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 terceros.[78] 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 taxativa.[79] 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 intimidad.[80] La posición de la mayoría de la Corte adopta un tono de argumentación

[77] "Benítez, Ricardo Ernesto c. Policía Federal s/amparo", 17 de diciembre de 1996.

[78] "Benítez", *op. cit.*, consids. 9, 10 y 11.

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

[80] "Benítez", *op. cit.*, consid. 12.

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 Humanos.[81] Por ende, la Corte confirma la sentencia de segunda instancia que había hecho lugar al amparo del actor.

Pese a no tratarse de un caso de reclamo del derecho a la salud, la decisión de la mayoría de la 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",[82] 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

[81] "Benítez", *op. cit.*, consid. 14.

[82] "Aquino, Isacio c/Cargo Servicios Industriales S.A. s/accidentes ley 9688", 21 de septiembre de 2004.

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 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 tesitura 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).[83]

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

[83] *Cfr.* "Aquino", *op. cit.*, consid. 8. En sentido coincidente, ver votos de los jueces Belluscio y Maqueda, consid. 7, y Highton de Nolasco, consid. 9.

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. 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 en el trabajo, uno de los más cruciales aspectos sea la reparación a que tengan derecho los dañados".[84]

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 PIDESC.[85] 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.

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 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",[86] con apoyo en las Observaciones Generales núms. 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 actuacio-

[84] *Cfr.* "Aquino", *op. cit.*, consid. 8.

[85] 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.*, consid. 19. Véase nota 8, *supra*.

[86] *Cfr.* "Aquino", *op. cit.*, consid. 8.

nes de terceros particulares'".[87] 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 aquéllas y favorecer su plena realización e igualdad, invocando la Observación General núm. 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".[88]

Las referencias al derecho internacional de los derechos humanos no concluyen aquí. En el considerando siguiente, la mayoría de la Corte invoca, 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 vigente.[89] 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

[87] *Cfr.* "Aquino", *op. cit.*, consid. 8.
[88] *Cfr.* "Aquino", *op. cit.*, consid. 9.
[89] *Cfr.* "Aquino", *op. cit.*, consid. 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.* consid. 15.

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 retroactivo[90] 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 Culturales, Observación General núm 3, La índole de las obligaciones de los Estados Partes, párr. 1 del Art. 2 del Pacto, 1990, HRI/GEN/1/Rev.6, p. 18, párr. 9; asimismo: Observación General núm. 15, cit., p. 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, p. 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 núm. 14 y núm 15, cits., pp. 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*.

[90] Aunque la cita literal es correcta, el texto oficial en castellano de la Observación General núm. 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.

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",[91] 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 "Campodónico 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 Carta.[92] 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.

(BREVES) CONCLUSIONES

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

[91] *Cfr.* "Aquino", *op. cit.*, consid. 11.
[92] *Cfr.* "Aquino", *op. cit.*, consid. 12.

- 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 del órganos internacionales de derechos humanos, tales como las Observaciones Generales de los Comités previstos por los tratados del sistema universal de derechos humanos.