

EL DERECHO A LA SALUD EN LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

RICHARDO ARIZA CURIO

I. PLANTEO

El presente trabajo está orientado al estudio del derecho a la preservación de la salud en el derecho argentino, desde la perspectiva de los derechos humanos. El enfoque se constituirá sobre la recepción de los tratados internacionales de derechos humanos en los precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a partir de la reforma del año 1994.

La exposición se dividirá en dos apartados; en el primer apartado, se esbozará el derecho a la salud como derecho social exigible, en el ordenamiento jurídico internacional y local; en el segundo apartado, se comentarán fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que han versado sobre esta materia.

La serie de interrogantes que motivan este trabajo son: ¿cuáles son los contenidos del derecho a la salud?, ¿cuáles son sus fuentes?, ¿cuál de todas ellas contiene un mayor alcance y especificidad?, ¿cuáles son los contenidos reconocidos por la Corte?, ¿cuáles no son reconocidos? y ¿por qué?

¿Cuál es el principal obstáculo a la plena vigencia y efectividad del derecho?, ¿cómo ha sido tratado por la jurisprudencia?, ¿la Corte ha adoptado un comportamiento diferente para su protección?, ¿cuál será su motivo?, ¿en qué medida han incidido las fuentes internacionales en lo relativo al principio de progresividad?, ¿cuál es el rol asumido por el Estado, a partir de la reforma 1994?, ¿el régimen de responsabilidad del Estado ha sufrido alguna modificación?

La hipótesis que se adoptará como premisa de partida es que los contenidos del derecho a la salud reconocidos y protegidos con preferencia por la Corte han versado sobre dos de sus perfiles; el interés superior del niño y la lucha contra el HIV/SIDA.

II. GENERALIDADES

1. Salud y derecho a la salud. Notión

El término salud, dentro de la expresión "derecho a la salud" propia del discurso jurídico, adolece del mismo inconveniente que caracteriza al lenguaje natural, su vaguedad¹. La Organización Mundial de la Salud ha definido como tal "un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de enfermedad"².

Si bien, el derecho a la salud no puede concebirse como el mantenimiento a toda costa del estado referido por la OMS, tal afirmación obedece a razones de estricta racionalidad fáctica, puesto que ninguna norma jurídica puede torcer el rumbo inexorable del acontecer natural. No obstante ello, cabe señalar que la calidad de vida es uno de los elementos esenciales del derecho a la salud.

2. Origen del derecho a la salud y sus características

La generación de los derechos económicos, sociales y culturales surge recién a partir del siglo XX acuñados por el constitucionalismo social, a diferencia de la generación de derechos civiles y políticos que fueron perfeccionados por el iluminismo clásico del constitucionalismo liberal en el siglo XVIII. El temprano origen de la segunda generación permite explicar históricamente el estado prematuro de efectividad de estos derechos³.

El derecho a la salud, comprendido como uno de las especies del género de los derechos sociales, resulta predeterminable a partir de sus contenidos mas no de sus límites, característica que lo diferencia del género co-

¹ En este sentido, HART, H. L., *El concepto de derecho*, cap. VII, Abolado-Porras, Buenos Aires, 1963; CARRA, G., *Algunos sobre derecho e lenguaje*, Abolado-Porras, Buenos Aires, pp. 45 y ss.

² Organización Panamericana de la Salud, "Constitución de la Organización Mundial de la Salud", en *Discursos*, Buenos, Documento Oficial nro. 246, Washington, 1991, p. 23.

³ CARRA, G. la opinión de Luigi Ferrajoli "Hay que reconocer que para la mayor parte de tales derechos [sociales] nuestra tradición jurídica no ha elaborado teorías de garantía tan eficaces como las concebidas para los derechos de libertad. Pero esta depende sobre todo de un retraso de las ciencias jurídicas y políticas, que hasta la fecha no han logrado ni diseñado un Estado social de derecho equiparable al viejo Estado de derecho liberal, y han permitido que el Estado social se desvirtuase de hecho a través de una simple ampliación de los espacios de discrecionalidad de los órganos administrativos, el juego no reglado de los grupos de presión y las élites, la proliferación de las discriminaciones y los privilegios y el desarrollo del *café leuitaire*", incluso por el cual, la tarea encomendada a los peritos consistía en "descubrir las intenciones y lagunas existentes y proponer desde dentro las correcciones próximas por las normas garantistas de que dispone el ordenamiento, o bien de elaborar y sugerir desde fuera nuevas formas de garantía aptas para reforzar los mecanismos de autocorrección". Ver PUMARIN, L., *Derechos y Garantías, la ley del más débil*, Tróca, Madrid, pp. 28 a 30.

respondiente a los derechos civiles y políticos ⁴. Por ende, el conjunto de obligaciones positivas asumidas por el Estado atribuirá su sentido y significado, estableciendo su alcance y aplicación.

En principio, el derecho a la salud presenta dos perfiles delimitables. El primero, integrado por algunas obligaciones tendientes a evitar que la salud sea dañada, ya sea por la conducta de terceros —ya sea el Estado u otros particulares— (obligaciones negativas), o por otros factores controlables —tales como epidemias, prevenir enfermedades evitables, a través de campañas de vacunación— (obligaciones positivas). El segundo perfil está integrado por otras obligaciones tendientes a asegurar la asistencia médica sea vez producida la afectación a la salud, denominadas habitualmente como “derecho a la atención o asistencia sanitaria”, cuyo contenido implica, entre algunas prestaciones, la complejísima tarea de planificación y provisión de recursos presupuestarios necesarios para llevar a cabo la satisfacción de los requerimientos de salud correspondientes a toda la población ⁵.

En síntesis, nos incumbe someter bajo examen el derecho a la salud, entendido como aquel que, integrado por el conjunto de obligaciones tendientes a asegurar el acceso a una asistencia sanitaria, constituye al Estado a dar cumplimiento a través de la ejecución de una conducta debida, garantizada a toda la población.

3. El derecho a la salud, desde la perspectiva del derecho internacional de los derechos humanos ⁶. Elementos esenciales. Niveles

a. Elementos esenciales

El derecho a la salud en todas sus formas y todos sus niveles abarca los siguientes elementos esenciales:

1. *Disponibilidad*: contar con un número suficiente de establecimientos, bienes y servicios públicos de salud, así como también, de programas sanitarios.
2. *Accesibilidad*: presenta las siguientes dimensiones:

⁴ En este sentido, “[...] entre derechos de libertad o ‘derechos de’ y derechos sociales o ‘derechos a’ [...] muchos de que los primeros (son) correspondientes a prohibiciones y prestaciones negativas, y los segundos, a obligaciones y prestaciones positivas del Estado”. Véase PARRON, L., *Derecho y Salud*, 2ª ed., Trilce, Madrid, 1997, pp. 915 y ss.

⁵ Véase el artículo Arriazu-Ariza-Clerici, “El derecho a la asistencia sanitaria como derecho original”, LL, 1988(3)-39.

⁶ Véase el artículo Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General no. 14, “El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (2000)”.

- a. *No discriminación*: los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser accesibles a los sectores más vulnerables y marginados.
 - b. *Accesibilidad física*: se refiere a la distribución geográfica de los establecimientos sanitarios, en relación con los sectores de población más vulnerables.
 - c. *Accesibilidad económica (asequibilidad)*: exige un principio de equidad, vinculado al poder adquisitivo de cada individuo. En este sentido, la carga de los gastos de salud no deben recaer desproporcionadamente sobre los hogares más pobres, en comparación con los hogares más ricos.
 - d. *Acceso a la información*: comprende el derecho a solicitar, recibir y difundir información.
3. *Aceptabilidad*: los establecimientos deben ser respetuosos de la cultura de las minorías, comunidades y pueblos.
 4. *Cuidado*: se refiere a la capacitación del personal (adecuadamente remunerado), al equipamiento hospitalario, medicamentos y suministro de agua potable.

b. Niveles de obligaciones

El derecho a la salud, al igual que todos los derechos humanos, impone tres niveles de obligaciones a los Estados parte: la obligación de respetar¹, proteger² y cumplir³.

Las obligaciones básicas⁴ asumidas por los Estados parte, según el Comité, son las siguientes:

- a. Garantizar el derecho de acceso en relación a los grupos vulnerables.
- b. Asegurar el acceso a una alimentación esencial mínima.
- c. Garantizar el acceso a un hogar y condiciones sanitarias básicas, tales como el suministro de agua limpia y potable.

¹ La obligación de respetar exige que los Estados se abstengan de intervenir directa o indirectamente en el disfrute del derecho a la salud.

² La obligación de proteger requiere que los Estados adopten medidas para impedir que terceros interfieran en la aplicación de las garantías del art. 1) del PIDESC.

³ La obligación de cumplir requiere que los Estados adopten medidas apropiadas de carácter legislativo, administrativo, presupuestario, judicial o de otra índole para dar plena efectividad al derecho a la salud.

⁴ Ver, en este sentido, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General no. 14, párrafo 43.

- d. Facilitar medicamentos esenciales.
- e. Velar por una distribución equitativa de las instalaciones, bienes y servicios de salud.
- f. Adoptar y aplicar un plan de acción nacional de salud pública contra epidemias.

4. Pautas de interpretación del derecho a la salud, desde la perspectiva del derecho internacional de los derechos humanos

a. Principio de progresividad¹¹

La realización progresiva significa que los Estados parte tienen la obligación concreta y constante de avanzar lo más expedita y eficazmente posible hacia la plena realización del derecho a la salud. En efecto, existe una fuerte presunción de que no son permisibles las medidas regresivas adoptadas en relación con el derecho a la salud, en este sentido no puede verse progresividad como un mecanismo para despojar de contenido cierto a las obligaciones de los Estados en materia de derechos humanos. Se trata, por el contrario, de un concepto destinado a hacer cada vez más rigurosos los estándares de exigibilidad¹².

Si se adoptan medidas deliberadamente regresivas, corresponde al Estado parte demostrar que se han aplicado tras el examen más exhaustivo de todas las alternativas posibles y que esas medidas están debidamente justificadas por referencia a la totalidad de los derechos enunciados en el Pacto en relación con la plena utilización de los recursos máximos disponibles del Estado.

Empero, aunque se demuestre que los recursos son insuficientes, sigue en pie la obligación de que el Estado parte se empele en asegurar el disfrute más amplio posible de los derechos, ya sea en tiempos de limitaciones graves de recursos, causadas por el proceso de ajuste, de recesión económica o por otros factores.

¹¹ Ver al respecto OGE nro. 3 (1993), "La índole de las obligaciones de los Estados parte —plena o total— art. 2º del PIDESC—", puntos 9 a 12.

¹² Ver, Nájera, Pedro, *La progresión internacional de los derechos humanos. La dimensión progresiva*, IDH, Civitas, Madrid, 1987, p. 127.

b. La doctrina de la indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos ¹³

Al cumplirse veinte años de la aprobación de la Declaración Universal, las Naciones Unidas organizó una Conferencia Internacional de Derechos Humanos en Teherán, en el año 1968, en ocasión de la cual surge la Proclamación de que "los derechos humanos son indivisibles, la relación de los derechos civiles y políticos sin el goce de los derechos económicos, sociales y culturales resulta imposible".

En este sentido, la Asamblea General de las Naciones Unidas ha reafirmado la Proclamación de Teherán a través de sucesivas resoluciones, sentando que todos los derechos humanos y libertades fundamentales son indivisibles e interdependientes, sosteniendo además que deberá prestarse la misma atención y urgente consideración tanto a la aplicación, promoción y protección de los derechos civiles y políticos como a los derechos económicos, sociales y culturales ¹⁴. En sentido análogo, otra resolución destacó que la "promoción y la protección de una categoría de derechos no debería jamás eximir o dispensar a los Estados de la promoción y protección de los otros" ¹⁵.

El Preámbulo de la CADH considera "la estrecha relación que existe entre la vigencia de los derechos económicos, sociales y culturales y la de los derechos civiles y políticos, por cuanto las diferentes categorías de derechos constituyen un todo indisoluble que encuentra su base en el reconocimiento de la dignidad de la persona humana, por lo cual exigen una tutela y promoción permanente con el objeto de lograr su vigencia plena, sin que jamás pueda justificarse la violación de unos en aras de la realización de otros".

Por otra parte, tanto el PIDESC como el PIDCYP sostienen en sus Preámbulos que "no puede realizarse el ideal del ser humano libre, liberado del temor de la miseria [...] a menos que se creen condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos".

En este mismo sentido, el Comité ha sentado la doctrina de la indivisibilidad e interdependencia de todos los derechos sosteniendo que la

¹³ Véase, para un desarrollo más profuso, AUSTRIA, S., "Indivisibilidad e interdependencia de los derechos", *Revista de los DA* [1991]2002.

¹⁴ Resolución 32/131, AG 16/131971.

¹⁵ Resolución 39/143, AG. 44/21984, y sostenido en 49/13, 49/14 y 49/15, diciembre 1988.

incorporación directa de las disposiciones del Pacto permite a los interesados invocar directamente los derechos reconocidos ante los tribunales nacionales ¹⁸.

5. El derecho a la salud en el derecho argentino, a partir de la reforma de 1994

Hasta la reforma de 1994, no existía texto alguno de jerarquía constitucional que consagrara explícitamente el derecho a la salud ¹⁹. El nuevo art. 42 de la CN dispone la protección de la salud, aunque en el contexto particular de la "relación de consumo". El art. 75, inc. 22 de la CN establece la jerarquía constitucional del PIDESC ²⁰, el cual estipula el derecho a la salud con un contenido y alcance más específico, refiriendo las obligaciones asumidas por el Estado ²¹.

Cabe destacar que el Pacto no obliga a que el Estado se haga cargo de toda cobertura, basta para cumplir la obligación que *toda persona puede acceder a servicios de salud, teniendo en cuenta si fuera necesario, su capacidad contributiva*, dada la finalidad de equidad que caracteriza el paradigma del derecho social ²².

¹⁸ CG 400, 9 y 1998, "La aplicación interna del Pacto".

¹⁹ No implica dejar la cobertura implícita en el texto constitucional antes de la reforma de 1994.

²⁰ Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, abierto a la firma en la ciudad de Nueva York, Estados Unidos de América, el 19 de diciembre 1966. Aprobado por la República Argentina según ley 23.311 (modificada el 17/01/1988), promulgada el 05/11/1986, publicada en BOJ el 13/11/1986, juntamente con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y su Protocolo Facultativo. A partir de la reforma en el año 1994, el nuevo art. 75, inc. 22, CN, reconoce su jerarquía constitucional.

²¹ El art. 12 del PIDESC dispone que:

"1. Los Estados Partes reconocen en el presente Pacto el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.

"2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las siguientes (para:

"a) La reducción de la mortalidad infantil, y el cuidado desarrollo de los niños;

"b) El mejoramiento en todas sus etapas de la higiene del trabajo y del medio ambiente;

"c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas;

"d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios en caso de enfermedad."

²² Conf. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General, no. 14:

"14. Los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán estar al alcance de todos. Los países por servicios de atención de la salud y servicios relacionados con los factores determinantes básicos de la salud deberán basarse en el principio de la equidad, a fin de asegurar que tales servicios, sean públicos o privados, estén al alcance de todos, incluidos los grupos socialmente desfavorecidos. La equidad exige que sobre los hogares más pobres se imponga una carga desproporcionada, en lo que se refiere a los gastos de salud, en comparación con los hogares más ricos" (punto 12).

En efecto, el nivel de cobertura quedó librado a la determinación política y a la discrecionalidad de cada Estado para la formulación y ejecución de sus políticas públicas en la materia. El Pacto fija los objetivos que deben ser alcanzados por los Estados, mientras la discrecionalidad de éstos radica en la selección de los medios ²¹ con los cuales cumplirá esas metas ²².

Por otra parte, en el orden internacional, cabe mencionar al Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ²³ como aquel órgano al cual los Estados deben remitir sus informes periódicos ²⁴, dando cuenta del cumplimiento de sus obligaciones bajo el PIDESC.

Además de esta función, el Comité emite Observaciones Generales ²⁵, que constituyen la interpretación autorizada de las cláusulas del Pacto, por parte del propio órgano de control.

²¹ En el orden local, el sistema sanitario público está integrado por el conjunto de obligaciones positivas consagradas por las leyes 23.680 y 23.661, decretos 492/1993 y 1615/1996 —Acta LVII-A, 141—, Resolución Ministerial del MSA/S 247/1996 y modificatorias (545/1998, 1370/1998, 939/2000) y 1/2001), entre las más esenciales.

²² El objetivo propuesto por el Pacto se refiere al disfrute "del más alto nivel posible de salud física y mental", acción compatible con la obligación de progresividad reglada en su art. 2.1. Ver en este sentido, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General no. 14, punto 43, donde se detallan las obligaciones básicas correspondientes, ver apartado 2º, punto 6º de esta parte 1.

²³ El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales fue establecido en 1993 a través de una resolución del Consejo Económico y Social, se reunió por primera vez en 1997 y está integrado por doce miembros expertos que no representan a los gobiernos.

²⁴ En las décadas de 1990, el Comité insistió en el "contenido mínimo" de esos derechos afectados por los problemas de desarrollo de los países económicamente generalizados. El Informe del Comité en su sexta reunión específica, entre sus conclusiones remitidas sobre los informes presentados por los Estados, la necesidad de que los mismos contengan informaciones sobre *evaluaciones económicas y sociales e intervenciones sobre el estándar de vida en todo de la sociedad como un todo, con énfasis en determinados grupos, particularmente los más vulnerables, y sobre determinadas áreas —vivienda, salud física y mental, educación—*. Sobre la base de un estudio comparado de la practicabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales ver *Acuerdo*, S., *Indicadores*... (c) 1.

²⁵ El Comité ha pronunciado las siguientes observaciones generales: OG no. 1 (1986), "Funciones de informe de los Estados parte"; OG no. 2 (1990), "Medidas de contenido mínimo interno"; OG, nos. 3 (1991) "La índole de las obligaciones de los Estados parte —punto 1 del art. 2º del PIDESC—"; OG no. 4 (1991), "El derecho a la vivienda adecuada —punto 1 del art. 11 del PIDESC—"; OG no. 5 (1994), "Personas con discapacidad"; OG no. 6 (1995), "Los derechos económicos, sociales y culturales de las personas de edad"; OG no. 7 (1997), "El derecho a una vivienda adecuada (párr. 1º del art. 11 del PIDESC); los desafíos futuros"; OG no. 8 (1997), "Relación entre las obligaciones económicas y el acceso a los derechos económicos, sociales y culturales"; OG no. 9 (1998), "La aplicación interna del Pacto"; OG no. 10 (1999), "La función de las instituciones nacionales de derechos humanos en la protección de los derechos económicos, sociales y culturales"; OG no. 11 (1999), "Plan de acción para la enseñanza primaria (art. 14)"; OG no. 12 (1999), "El derecho a una alimentación adecuada (art. 11)"; OG no. 13 (1999), "El derecho a la educación"; OG no. 14, "El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (2000)".

6. Relación entre el derecho a la salud y la política económica. El principal obstáculo a la vigencia y efectividad del derecho

El rasgo fundamental que diferencia los derechos sociales de los derechos civiles es la estrecha conexión que mantienen con la política económica, con esto no se afirma que este último grupo de derechos no dependa de aquélla, sino que derechos tales como la preservación de la salud poseen una mayor dependencia de las erogaciones públicas del Estado para asegurar su efectividad.

El derecho a la salud, en el sentido de una obligación positiva estatal, supone la articulación de una política sanitaria pública, que depende para su existencia de la asignación de partidas presupuestarias suficientes.

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que la ley de presupuesto es un acto político de gobierno interpretado por la doctrina y jurisprudencia como una cuestión no justiciable ²⁶, lo que instaura un ineludible obstáculo para los justiciables, quienes en ejercicio de una prerrogativa jurídica exigen el reconocimiento y protección de su salud.

El Poder Judicial cotidianamente se enfrenta ante la denominada oposición de "restricción de partidas presupuestarias", deducida generalmente, por otro órgano integrante del propio Estado, lo cual conduce al deber de dirimir el conflicto sin violentar el principio de división de poderes, resolviendo en algunos casos, lamentablemente, la autorrestricción por aquello de la irrevisibilidad de los actos de gobierno, o en su caso, de resultar posible ²⁷, asignar plena vigencia y efectividad al derecho social.

²⁶ Ver al respecto Batta, Rodolfo, "Aspectos jurídicos del presupuesto", *Argumentos de la Administración Pública* no. 58, p. 324, quien sostiene que "Los actos institucionales son actos de colaboración política, pero caracterizados por elementos básicos más esenciales para la subsistencia misma de la institución. Fundamentales de la organización constitucional y carecen de efectos jurídicos inmediatos y forzosa inmediatidad. Estos característicos confieren al acto institucional una importante consecuencia jurídica, no puede ser revisado por las tribunales [...] mismo por el cual la ley de presupuesto "Desde la perspectiva analizada hasta ahora obra de pleno derecho la afirmación de Mayor de que, en sus términos, "No hallamos en presencia de una relación entre el gobierno y la representación nacional", es decir una relación institucional que hace a la subsistencia misma del Estado, pero determina, nada menos la posibilidad de desvirtuamiento de la Administración Pública... se trata entonces de un otro acto institucional que coincide plenamente con los elementos identificados por la doctrina... como tal no justiciable...". En ese mismo sentido se pronuncia Maza (Cruz Domínguez, en Maza-Cruz, R., y otros. *Manual de finanzas públicas*, caps. III y IV, "Cuentas públicas" y "El presupuesto del Estado", A.Z. Buenos Aires, 1988), sostiene que el presupuesto es un "acto institucional" o instrumento de Gobierno.

²⁷ Tal como se tratare más adelante el reconocimiento y protección dependiente de la mayor oportunidad que le da que la regularizada parlamentaria, de modo tal que el control judicial no limitará o exija el cumplimiento estricto de la ley. Es decir, no es el Poder Judicial el órgano que le ordena al Poder Ejecutivo que es, lo que tiene que hacer, sino la propia ley soberana.

Si bien, en principio, el derecho presupuestario como las finanzas públicas revelan una complejidad técnica específica que amerita un tratamiento público-económico reservado a los poderes políticos del Estado, ello no implica necesariamente que el derecho constitucional no tenga ámbito de aplicación sobre esta materia.

Desde la perspectiva del derecho constitucional, la actividad financiera del Estado debe ajustarse a un seruido sistemático y unitario que vincule el derecho tributario al derecho presupuestario (tributos y gasto público) de tal modo que la actividad financiera no es más que un medio para la autorrealización del Estado de Derecho para convertir la Constitución nominal en Constitución efectiva, este enfoque prescribe la máxima "recaudar para gastar"²⁸.

En efecto, las decisiones tributarias como las presupuestarias se encuentran sometidas tanto al principio de reserva de ley como al de razonabilidad —adecuadas para el cumplimiento de sus fines—, por lo cual cabe considerarlos genuinos principios constitucionales financieros, es por ello que, adherimos a la tesis²⁹ por la cual la ley de presupuesto es pasible de control

²⁸ Ver Carr, Norcia, "Principios constitucionales financieros", LL Impuestos, LVA-665. La autora del estudio observa, que el Tercer artículo debe partir de la Constitución; lo El seruido constitucional se sostiene sobre dos pilares: derechos fundamentales e instituciones democráticas, en La estructura financiera constitucional se sostiene en un sistema armónico de principios tres niveles. Los principios primarios son positivos e formales, mientras que los secundarios o calificativos son sustanciales, de Los principios primarios financieros son los de cobertura de la actividad financiera en jurisdicción unitaria e independiente, tanto en la faz tributaria como en la faz receptora y redistributiva; la actividad financiera está subordinada a los derechos fundamentales e instituciones democráticas; a Los principios secundarios se dividen en dogmáticos, de origen y procedimentales. Los principios dogmáticos son los de igualdad no discriminación, generalidad, proporción-proporcionalidad, equidad no confesionalidad y solidaridad (auto-proporcionalidad). El principio de equidad no es otro que el de razonabilidad entre los fines y medios, mientras que el procedimental es el principio de legalidad.

²⁹ A este respecto, cabe señalar que la doctrina mayoritaria en derecho tributario y financiero concibe al gasto público como simple manifestación del poder de los gobernantes, pasible de análisis deontológico —político y económico— pero no jurídico, constituyéndose en una postura libre, R. Aguirre, ... en: *Manuales-Derecho en México*, R. y otros, México, ... c. l., entre los más destacados. Sin embargo, la doctrina minoritaria sostiene que el Estado a través de la actividad económica —al tributar se constituye como un medio— financia el gasto público —presupuestario— para alcanzar los metas de un Estado de Derecho. En este sentido, sostiene que los actos financieros son susceptibles de impugnación judicial por inconstitucionalidad, en dos supuestos: a) "que una norma jurídica contenida en la ley de presupuesto anule o perjudique un derecho subjetivo preexistente de un particular; lo que la ley de presupuesto no consigue el estado de gastos, los créditos necesarios para atender a los pagos de determinadas obligaciones del Estado preexistentes", como lo Resolutor Buenos Aires, *El presupuesto del Estado: fundamentos de derecho presupuestario*, Buenos, Madrid, 1931, p. 376 y vé. infra Carr, R., "La actividad financiera desde la Constitución", LL, 1995-B-662.

judicial, en la medida que se vean conculcados los derechos fundamentales del hombre, tal como el derecho a la salud. De tal modo que los derechos constitucionalmente reconocidos y garantizados no pueden ser anulados o perjudicados por la ley de presupuesto¹⁸. Los derechos e instituciones incorporadas en la reforma constitucional de 1994 son en lo sustancial, en palabras de Masnata¹⁹, "mecanismos en orden a fines de transformación, no de pura gestión del orden otrora existente", por ello "el imperio del derecho sobre los hechos".

Los casos que se comentarán en el próximo apartado ilustran los comportamientos adoptados con frecuencia por el Estado argentino, cuando se enfrenta a un reclamo judicial por el cual se pretende satisfacer una obligación positiva contemplada legalmente.

En síntesis, desde una perspectiva estrictamente normativa, a partir de la reforma de 1994, se ha observado la constitucionalización del derecho a la salud, así como un interés en la reglamentación parlamentaria del sistema sanitario integral, a la luz de los compromisos internacionales asumidos por el Estado al incorporar tratados internacionales con jerarquía constitucional al ordenamiento jurídico local (v.gr., PIDESC).

Sin embargo, cabe formular las siguientes preguntas: ¿se puede sostener que el Estado argentino haya mantenido el criterio de progresividad exigido, en materia de derecho a la salud, por la vía exclusiva de reglamentación parlamentaria?, por otra parte, ¿se puede sostener que con garantizar efectivamente el acceso a un sistema sanitario a toda la población, basta para dar por satisfecha la exigencia del *derecho al más alto nivel de disfrute posible*?

No cabe posibilidad alguna de responder estos interrogantes, sin prestar examen al tratamiento que le ha dado la jurisprudencia a esta temática. El siguiente apartado esbozará un comentario sobre los criterios que ha mantenido la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en materia de derecho a la salud, respecto de su aplicación, contenido y alcance.

¹⁸ Ver Ciano, W., "La Ley de Presupuesto ante la Constitución", *Leyes y Decretos*, no. 37, Departamento de Publicaciones, Facultad de Derecho (UBA) Buenos Aires, 2002, pp. 15 y ss.

¹⁹ Ver Masnata, Hector, "Interpretación de la Constitución", LL 1994-D-1113, quien sostiene la *tesis de transformación de la Constitución sobre la estructura financiera del Estado*.

III. PRECEDENTES DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

I. La tendencia de la jurisprudencia nacional

Los fallos de la Corte que se comentarán a continuación han sido precedidos por una tendencia jurisprudencial elaborada por algunos tribunales inferiores¹², cuya postura ha sido fuertemente enervada la jerarquía constitucional del derecho a la salud, a partir de la reforma constitucional de 1994.

El derecho a la salud no es un derecho meramente teórico de base programática, sino que se encuentra en permanente contacto con la realidad, a través de esta vinculación, sus perfiles van cobrando formas que delimitan su alcance y campo de aplicación.

El ojo de la tormenta se ha centrado en torno a la exigibilidad de estos derechos, toda vez que el estrecho vínculo existente entre salud y restricción de partidas presupuestarias ha sido el eje de controversias tanto en doctrina como en jurisprudencia. La efectividad de los derechos sociales ha sido supeditado a la suerte de las decisiones político-económicas de carácter regresivo adoptadas a lo largo de las últimas tres décadas en nuestro país.

En consideración de lo sentado, el mérito que cobra la plataforma normativa de los derechos humanos es encomiable en vistas de haber establecido límites jurídico-formales al campo de las decisiones políticas, toda vez que ha impuesto la carga de probar las medidas regresivas que sean adoptadas en el campo de los derechos sociales, por imperativo del principio de progresividad. El Estado ya no resulta responsable exclusivamente ante sus propios ciudadanos, sino que responde ante el plano internacional.

Sumado a esto, cabe destacar que la progresiva reglamentación local en la materia se ha visto enriquecida por una serie de precedentes jurisprudenciales pronunciados por la Corte, en los que sometió a examen diferentes perfiles del derecho a la salud.

A continuación se comentará una serie de fallos pronunciados, directa e indirectamente sobre la materia salud, señalándose los vínculos existentes desarrollados por la jurisprudencia local elaborada en la última década.

¹² En este sentido, *CMA Comercio Social, Federal*, sala I, 3/9/1998; *"Asociación Hemofílicos v. Estado Nacional - MSyAS"* s/ amparo 16/98; *CCiv. y Com. Bahía Blanca*, sala II, 29/1/99; *"C"* y otros v. *Ministerio de Salud y Acción Social de la Provincia de Buenos Aires"*, CNConstitucional, *Tolant*, sala IV, 23/1/98; *"Visceralis, M. v. Estado Nacional - MSyAS"* s/ amparo ley 18/98; *CPACiv.*, *Neuquén*, sala II, 19/3/97; *"Moseris, Comandante Paysonel v. acción de amparo"*.

2. Caso "B. R. E."¹³: reglamentación razonable del derecho a la salud. Limitación de otro derecho de raigambre constitucional

Si bien el precedente configura un caso aislado, dado que no ha realizado un examen, en forma directa, de los alcances del derecho a la salud como derecho subjetivo, la cuestión planteada ha sido tratada como tema referido al ejercicio del poder de policía del Estado en el contexto específico de un caso de HIV, lo cual ha ameritado un tratamiento diferencial por el Alto Tribunal, ante la circunstancia especial de tratarse de un dependiente sometido al régimen de la Administración Pública.

La Corte ha resuelto que la Policía Federal Argentina posee una facultad discrecional amplia sobre sus agentes en materia de exámenes de salud, a fin de valorar la idoneidad de sus dependientes, incluyéndose dentro de estos exámenes rutinarios la detección del virus HIV/SIDA.

El Tribunal entiende que el personal policial posee un ámbito más restringido de privacidad que los particulares por el simple hecho de pertenecer a la institución. Asimismo, señala que la ley 23.798 faculta a la Policía Federal a incluir dentro de sus exámenes de salud la detección obligatoria del virus HIV, aun con prescindencia del consentimiento individual, puesto que el fin propuesto por el legislador es la "protección de la salud pública" mas no el resguardo del derecho a la intimidad de las personas, es decir, de sus agentes, dado que la incorporación a la carrera policial supone el sometimiento voluntario a las normas¹⁴.

Si bien la Corte ha entendido que el riesgo para la salud de terceros configuraba una afirmación dogmática, toda vez que el subcomisario se ha desempeñado en su cargo de manera regular, manteniendo el criterio de idoneidad con el cual ha ingresado a la institución policial; el Alto Tribunal ha sentado, en principio, que un agente de policía puede no resultar idóneo para ejercer su función si se encuentra infectado del virus de HIV, en tanto y en cuanto, el padecimiento de aquel mal lo imposibilite concretamente para cumplir las obligaciones propias de su cargo, es decir que debe acreditarse un vínculo entre la enfermedad y la falta de idoneidad para ejercer la función asignada.

El sentido asignado a la expresión "protección de la salud pública" se refiere exclusivamente a la protección de terceros por el riesgo de contagio,

¹³ Fallos 319:6461, 17/12/1998. "B. R. E." - Policía Federal y s/amparo.

¹⁴ Véase artículo 9º y 12 del texto de la ley citada, integrado por los Sres. Ministros Julio Nazareno, Eduardo Molero O'Connell, Augusto C. Belluscio, Antonio Bagnasco, Guillermo López, Gustavo Bossert y Adolfo Vázquez.

soslayando toda consideración con respecto a un posible trato discriminatorio ante la revelación no consentida de información vinculada al estado de salud de un agente infectado por el virus de HIV ²⁶.

Cabe observar que, en rigor, la Corte ha sopesado el argumento de "protección de la salud pública" sobre la autonomía de la voluntad y de la intimidad, reconociendo mayor discreción a la Policía Federal para el ejercicio del control de idoneidad sobre sus dependientes. De modo tal que realizando una interpretación extensiva de las excepciones legales previstas en los arts. 5°, 7° y 9° de la ley 23.798 —que determinan específicamente en qué casos rige la detección obligatoria del virus de HIV— ha incorporado un nuevo supuesto de excepción que faculta de manera amplia la evaluación de aptitud laboral ²⁶.

La Corte, en el presente caso, ha interpretado teleológicamente la ley 23.798, declarando el interés público de la lucha contra el SIDA, considerando que la misma ha sido creada en el ejercicio razonable del poder de policía a los fines de prestar un marco de mayor protección al bien jurídico salud pública, cuya consecuencia tenida en miras por el legislador ha incidido en una razonable limitación, aunque opinable, de otros derechos de ramiambre constitucional.

Si bien el derecho a la salud no ha sido considerado en relación directa a la cuestión federal planteada, se lo ha tratado colateralmente como base de justificación para operar la limitación de los derechos a la intimidad, privacidad, e inclusive, el derecho a trabajar. Es decir, que se advierte la permisividad de una mayor injerencia estatal frente a una cuestión de un declarado interés público, tal como resulta la salud del resto de la comunidad.

Cabe observar que si bien se ha observado la irrazonabilidad de la medida adoptada por el Estado, la protección de la salud del funcionario policial no ha sido resguardada del modo más satisfactorio, toda vez que no se ha tenido consideración particular alguna sobre el estado de salud de aquél, no adoptándose medida de preservación alguna, independientemente de que la cuestión no haya sido planteada. El interés legítimo protegido ha sido propio del Estado, reconociéndole sus atribuciones discrecionales en materia de exámenes de salud.

²⁶ Ver censal. III.

²⁷ Ver censal. III.

3. Los casos "Pelicónica", "Campodónico", "Monteserrín".

La protección preferencial de la salud frente al interés superior del niño. Imposibilidad de argumentos de incompetencia y/o restricción presupuestaria

a. La doctrina de la Corte. Similitudes y diferencias

La Corte ha prestado tratamiento similar a los precedentes por vía analógica, extendiendo el alcance de protección del derecho a la salud entendido como un derecho subjetivo exigible frente al Estado federal, observando el mérito de circunstancias especiales que ameritan su tratamiento preferencial.

La doctrina constituida por estos fallos abre un surco en la jurisprudencia de la Corte, cuyo valor se constituye a partir de la asignación de contenidos claros y delimitables del derecho a la salud, a la hora de prestar un resguardo preferencial en orden al interés de la salud y calidad de vida de la minoridad.

Los casos presentan las siguientes similitudes y diferencias, entre las cuales cabe señalar:

a. Similitudes:

1. El ámbito de aplicación personal del derecho sobre sujetos determinados: los niños.
2. La demandada (Estado Nacional, dependencia o local) ha deducido oposiciones de incompetencia y de restricción presupuestaria.
3. El reconocimiento de la responsabilidad internacional del Estado por el incumplimiento de obligaciones asumidas ante la comunidad internacional.
4. El grado de adhesión mayoritaria en los fundamentos de los fallos.

b. Diferencias:

1. El factor de inminencia ante el grave peligro para la salud.
2. La calidad de vida como uno de los perfiles del derecho a la salud.
3. La legitimación activa de entidades asistenciales para exigir el cumplimiento de prestaciones de salud al Estado.
4. La interpretación operativa de una cláusula constitucional que prescribe el gasto en salud como inversión prioritaria.

b. Caso "Politécnica" ³⁹

La Corte resolvió este caso rechazando el recurso extraordinario deducido por el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, considerando que las cuestiones planteadas se referían a materias ajenas a su competencia por apelación extraordinaria.

Sin embargo, el Alto Tribunal dijo más de lo que resolvió, desestimó el recurso para no expedirse sobre el fondo de la cuestión apoyando su decisión en defectos de forma, aunque previnó a resolver aquel rechazo, a modo de *obiter dictum* ⁴⁰, dejó en claro su postura, reprochando el comportamiento del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires.

La Corte consideró que al no existir norma que obligue a las entidades de medicina prepağa a mantener la internación en terapia intensiva de un enfermo más allá de los períodos fijados en los contratos de adhesión, la Municipalidad no puede denegar el traslado a un nosocomio público, de modo tal que aquella oposición implique la privación de cobertura asistencial a la niña ⁴¹. Lo sostenido adopta como fundamento lo dispuesto por el art. 26 ⁴² de la Convención sobre los Derechos del Niño y

³⁹ Fallos 321:1664, 110/1998, "Politécnica Privada v. Municipalidad de Buenos Aires", Hurler.

El propósito de una menor internada en terapia intensiva delujo en el libro consensual una medida cautelar de no renovar contra la Politécnica Privada de Medicina y Cirugía SA, cuya entidad se dispuso al traslado de la misma a centro asistencial dependiente del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires. La medida fue concedida hasta tanto se resuelva el abito del plan asistencial.

Así en esta circunstancia la entidad prepağa promovió demanda de amparo contra la resolución del secretario de salud de la entonces Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires que había denegado el traslado de una menor —internada en terapia intensiva en un sanatorio de su propiedad— a un hospital público con su consentimiento y su padre conlucos con cobertura prepağa. La concesión de primera instancia rechazó el amparo. La sentencia de segunda instancia revocó la decisión del *a quo* haciendo lugar al traslado del amparado, adoptando el *opos* de la postura adoptada por la demandada. Así la resolución *in remota*. La Municipalidad dedujo recurso extraordinario.

⁴⁰ El *obiter dictum* se entendió como aquella doctrina que constituye el conjunto de principios o reglas que vinculan al presidente en forma perniciosa al *holding* o doctrina judicial. El *obiter dictum* no es estrictamente necesario para sostener el resultado, a diferencia del *holding* que se ajusta al conjunto de principios y reglas, en los cuales el resultado no podría haber sido diferente en la forma controlada en que fue resuelto. No tiene el mismo valor la *ratio* que lo constituye un precedente.

⁴¹ Ver consider. 4^o del voto de la mayoría, integrados por los Sres. Ministros, Eduardo Moliné (Ex-Correo), Augusto C. Belluscio, Antonio Boggiano, Guillermo López, Gustavo Bazzoni, Carlos Fayt y Enrique Petrucci, y votos concurrentes de los Sres. Ministros Julio Narvarena y Adolfo Vignolo.

⁴² El texto completo del art. 26 de la Convención sobre los Derechos del Niño dispone que:

"1. Los Estados Partes de ese tratado reconocen a todos los niños el derecho a beneficiarse de la seguridad social, en caso de seguro social, y adoptarán las medidas necesarias para lograr la plena realización de ese derecho de conformidad con su legislación nacional.

2. Las prestaciones de dicho carácter, cuando correspondan, tendrán en cuenta los recursos y la situación del niño y de las personas que sean responsables del mantenimiento del niño, así como cualquier otra consideración pertinente a una solicitud de prestaciones hecha por el niño o en su nombre".

el art. 20⁴¹ in fine de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires⁴².

Cabe observar que el demandante, es decir la empresa de medicina prepaga⁴³ —no el progenitor de la niña—, interpone acción de amparo contra la conducta denegatoria de la Municipalidad, a favor de la preservación de la salud de la niña, ante el eventual cese de cobertura privada.

Esto motiva que la Corte haya tratado el derecho a la salud de la niña colateralmente al planteo, sin reconocerlo como un derecho subjetivo en juego. La exigibilidad de la obligación de prestar asistencia médica es requerida por un tercero en favor de la salud de la niña.

El planteo del caso gira en torno a la obligación del Estado local de asumir el gasto de salud como una inversión prioritaria⁴⁴, en resguardo del interés superior de la salud de la niña, sin que aquél logre desentenderse de la obligación asumida en el plano internacional.

El precedente demuestra el interés que la Corte ha prestado a la protección de la salud y vida de una niña ante un peligro inminente pero evitable, exigiendo la adopción de una medida concreta al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, reprochando el comportamiento desinteresado y burocrático que exhibió el Estado local.

Las consecuencias que se desprenden de las consideraciones expuestas son: en primer lugar, el Estado, en este caso particular el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, no puede desentenderse de las obligaciones médico-asistenciales frente a los particulares, máxime cuando el interés en juego es la salud de un niño, alegando que la obligación debe ser satisfecha por otro agente sanitario; en segundo lugar, no es esencial que el requerimiento de asistencia sea planteado directamente por el interesado tal como resulta en la especie, la empresa prepaga ante el eventual cese de cobertura está legitimada activamente para ocurrir ante los tribunales y exigir al Estado su asistencia, responsabilidad subsidiaria; en tercer lugar, la protección del

⁴¹ El art. 20 in fine de la CCABA dispone que: "Se entiende por gravedad en el área social que las personas que son víctimas de cualquier forma de paga directa. Hago la comprensión sustancial de los servicios prestados a personas con cobertura social o privada, por sus respectivas comunidades. De igual modo se procede con otras jurisdicciones".

⁴² Ver arts. 7°, 8° y 9°. A este respecto, la Corte aplica en forma directa y operativa las cláusulas de la Constitución porteña y de la Convención sobre los Derechos del Niño.

⁴³ La entidad Policlínica Privada es una empresa de medicina prepaga, cuyo objeto social es la prestación de servicios asistenciales y sanitarios con fines de lucro. El giro comercial propio de la empresa depende de estas obligaciones para mantener la cobertura ya sea en forma privada o individual, o ya sea en forma colectiva a través de la celebración de convenios con otras sociales.

⁴⁴ Ver art. 7° in fine.

derecho a la salud es una obligación impostergable del Estado Nacional de inversión prioritaria.

c. Los casos "Beringara" y "Monteserrín"

Ambos fallos consolidan la tendencia de asignar pleno sentido jurídico a los derechos contenidos en instrumentos internacionales de derechos humanos, cristalizando el interés exhibido por la Corte en el *caso de Polidina*, referido a la protección de la salud de los niños, sentando con un criterio casi unánime, ciertos principios que rigen la materia, tales como el principio de solidaridad entre el Estado federal y local, inoponibilidad de planteos de restricción presupuestaria o de incompetencia, el peso de los compromisos asumidos ante la comunidad internacional relativos a la protección del interés superior de la salud de los niños y la correlativa responsabilidad del Estado por su incumplimiento, y el principio de progresividad en materia de derechos sociales.

Si bien los hechos del caso "Bevíaquca"⁴⁵ son relativamente análogos al caso "Monteserrín"⁴⁶ en lo que respecta al tratamiento dado por el Alto

⁴⁵ Fallos 324:3213, 24/10/2006, "Compendio de Bevíaquca, Ana v. Min. Salud - Sec. Programa de Salud y Bien de Droga Neoplásica".

Hechos: el día 2 de diciembre de 1998 el Banco de Droga Neoplásica, dependiente del MByAS, puso de manifiesto que entregaba "por última vez" protestando el *farmaco Neorinosa 300*, a los padres del menor A. S. B., quien sufrió de un padecimiento grave en su infancia dueo que disminuye sus defensas inmunológicas —Enfermedad de Kórnica o Neomangio—. Frente al peligro inminente de interrumpir dicho tratamiento, la madre del menor con el patrocinio del defensor público oficial debió recurrir de amparo contra el MByAS, la Secretaría de Programación de Salud y el entonces Banco de Droga Neoplásica, con el fin de hacer cesar el acto lesivo que perió de la prestación sucesiva para el niño, con incumplimiento de los derechos a la vida y a la salud garantizados por la Constitución Nacional y los tratados internacionales sobre derechos humanos con jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, Ley Suprema).

Tanto en primera como en segunda instancia se consideró al Estado Nacional a intervenir subsidiariamente para dar adecuada tutela a los derechos del niño, sin perjuicio de que efectúe los trámites necesarios para lograr que sea otorgado un medicamento de modo regular y oportuno por los organismos que corresponden.

⁴⁶ Fallos 324:3571, 16/02/2006, "Monteserrín, Marcelina v. Estado Nacional - MByAS".

Hechos: el padre allegado de un menor afectado por parálisis cerebral, sin cobertura de otro social y de recursos económicos suficientes, solicita al Poder Ejecutivo Nacional y a sus organismos dependientes a prestar los servicios básicos de rehabilitación a fin de mejorar la vida del niño. La petición transite por vía de amparo, cobijándose inicialmente con un funcionario público, el que efectuó los trámites del IAFMI para asistir al niño, tal propuesta fue acogida gubernamentalmente ante la desautorización del representante del Estado Nacional. El magistrado de primera instancia ordena que el Servicio Nacional de Rehabilitación y Promoción de la Persona con Discapacidad atienda las peticiones de salud, dispensando, a tal efecto, que se declare la existencia de incapacidad prevista por la ley 24.901 y el art. 10 del decreto reglamentario 1193/1998.

El magistrado consideró que las leyes 22.401, 23.661, 24.451, 24.901 y el decreto 1193/1998

Tribunal, los estados de salud que presentaban los menores no eran similares. En el primer caso, la enfermedad padecida ameritaba un tratamiento dependiente del suministro de un medicamento, sin el cual se produciría indudablemente un menoscabo sustancial del sistema inmunológico. En el segundo caso, el menor afectado de una parálisis cerebral requería un tratamiento de rehabilitación orientado a mejorar su calidad de vida. Si bien su estado de salud era frágil, la urgencia para su asistencia no era exactamente la misma. No obstante lo senado, no cabe formular distingo entre *prevenir* y *mejorar* la salud ante el interés superior del niño, ambos aspectos integran el derecho a la salud.

La doctrina de los precedentes ha puesto de relieve los perfiles del derecho a la salud a la luz de las obligaciones internacionales asumidas por el Estado, a través de las prestaciones positivas configuradas en el pliego normativo de las leyes 23.431, 23.660 y 23.661, y sus decretos y resoluciones reglamentarias. En este sentido, la Corte ha considerado que:

1. El derecho a la vida es el primer derecho de la persona humana que resulta reconocido y garantizado por la CN (Fallos 302:1284-310:112). El hombre es eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo, su persona es inviolable y constituye valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental⁴⁷.
2. A partir de lo dispuesto en los tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22 CN), en recientes pronunciamientos se ha reconocido el derecho a la preservación de la salud, además de haberse destacado el carácter impostergable de la obligación asumida por la autoridad pública de garantizar ese derecho mediante acciones positivas, sin el per-

tegraban al organismo mencionando la representabilidad y los recursos e insumos para hacer operativos, en todo el ámbito nacional, los servicios médicos y de rehabilitación reconocidos a personas discapacitadas, independientemente de la situación económica de las jurisdicciones provinciales.

Las pruebas documentales la minoraría del niño, por lo cual, lo repite de la entidad pública a prestar los servicios necesarios para asegurar la vida del menor, por su manifestación su abstracción, toda vez que alegaba en su defensa ausencia de partidas fiscales para evaluar el cumplimiento de las prestaciones sanitarias debidas.

La Sala II de la Cámara Federal de Apelaciones de Rosario confirmó la sentencia de primera instancia reprochando la postura asumida por los organismos dependientes del MSyAS, señalando además que la formulación específica de los fondos estaba signada en el presupuesto del Servicio Nacional de Rehabilitación y Promoción de la Persona con Discapacidad, dispuesto en el art. 41, decreto 3430/99.

⁴⁷ Ver coneed. 10 del Fallo "Mazzetta", con cita de Fallos 316:479, notas concuerdas.

juicio de las obligaciones que deban ser asumidas por las jurisdicciones locales, las obras sociales o entidades de medicina prepaga⁴⁸.

3. Los tratados internacionales contienen cláusulas específicas que resguardan la vida y la salud de los niños, v. gr., art. VII, DADyDH, art. 25 DUDH, arts. 4 inc. 1 y 19 CADH, art. 24 inc.1 PIDCyP, art. 10 inc. 3 PIDESyC, vinculados con la asistencia y cuidados especiales que se le deben asegurar⁴⁹.
4. El art. 12 PIDESyC reconoce el derecho de todas las personas a disfrutar del *más alto nivel posible de salud física y mental*, así como el deber de los Estados parte de procurar su satisfacción. Entre las medidas que deben ser adoptadas a fin de garantizar ese derecho se halla desarrollar un plan de acción para reducir la mortalidad infantil, lograr el sano desarrollo de los niños y facilitarles ayuda y servicio médico en caso de enfermedad⁵⁰.
5. Los Estados parte se han obligado *“hasta un máximo de sus recursos”* de que dispongan para *lograr progresivamente la plena efectividad* de los derechos reconocidos en dicho tratado (art. 2º, inc. 1)⁵¹.
6. Frente a los compromisos asumidos por el Estado Nacional ante la comunidad internacional (arts. 23, 24 y 26 de la Convención sobre los Derechos del Niño), la Corte recaló que el Estado Nacional no puede desentendarse de aquellas obligaciones so pretexto de la inactividad de otras entidades públicas o privadas (provincia, municipio u obra social), dado que es el encargado de velar por el fiel cumplimiento de los derechos constitucionales que amparan la vida y la salud de los niños, asegurando la continuidad de los tratamientos necesarios, y ejerciendo la coordinación e integración con las autoridades provinciales que conforman el sistema sanitario en el país⁵².
7. La ley 23.661 instituyó el Sistema Nacional de Salud, con los alcances de un seguro social “a efectos de procurar el pleno goce del derecho a la salud para todos los habitantes del país sin dis-

⁴⁸ Ver consad. 11 del fallo “Montecerrín”, con cita de Fallos 321:1684, en re “Asociación Beneficente”, con mapera y citas concordantes y remisión al dictamen del Sr. Procurador General de la Nación.

⁴⁹ Ver consad. 17 del fallo “Berruogal”.

⁵⁰ Ver consad. 18 del fallo “Berruogal”.

⁵¹ Ver consad. 19 del fallo “Berruogal”.

⁵² Ver consad. 21 del fallo “Berruogal” y consad. 15 del fallo “Montecerrín”.

criminación social, económica, cultural o geográfica". La finalidad de la ley ha sido organizar un marco de asistencia sanitaria desde una concepción *integradora*, en el cual la autoridad pública reafirme su papel de *consolidación general del sistema*, cuyo objetivo fundamental es... *mejorar el nivel de calidad disponible garantizando la eliminación de toda forma de discriminación* (art. 2º) ⁵¹.

8. La Secretaría de Salud, dependiente del MSyAS, es la autoridad de aplicación que fija las políticas sanitarias del seguro, designado por la ley 23.661 como el organismo para llevar a cabo la política de medicamentos. Motivo por el cual, le corresponde articular y coordinar los servicios asistenciales que prestan las obras sociales comprendidas en la ley 23.660, alcanzando tanto a los establecimientos públicos como prestadores privados, en un sistema de cobertura *universal, estructura pluralista y participativa y administración descentralizada que responde a la organización federal de nuestro país* (arts. 3, 4, 7, 13, 28 y 36) ⁵².
9. El Fondo de Redistribución es el instrumento destinado a dar apoyo a los agentes y jurisdicciones adheridas a favor de sus beneficiarios (arts. 24 y 25) ⁵³.
10. El MSyAS es la autoridad de aplicación para garantizar la regularidad de los tratamientos sanitarios coordinando sus acciones con las obras sociales y los estados provinciales, sin mengua de la organización federal y descentralizada que corresponda para llevar a cabo las políticas sustantivas e instrumentales de la Secretaría de Salud (dec. 1269/1992) ⁵⁴.
11. La sentencia no ha liberado al gobierno provincial o la obra social de sus obligaciones legales ⁵⁵.

En síntesis, cabe observar en primer lugar que, si bien el Estado debe garantizar una cobertura asistencial a todas las ciudadanas, sin discriminación social, económica cultural o geográfica (art. 1. ley 23.661), pareciera ser que la exigibilidad de la protección de los niños demanda un tratamiento prioritario, ante el cual no resultan oponibles razones de restric-

⁵¹ Ver consid. 22 del fallo "Berissoqut".

⁵² Ver consid. 22 y 23 del fallo "Berissoqut" y consid. 15 del fallo "Montecorri".

⁵³ Ver consid. 24 del fallo "Berissoqut" y consid. 13 del fallo "Montecorri".

⁵⁴ Ver consid. 27 del fallo "Berissoqut".

⁵⁵ Ver consid. 34 del fallo "Berissoqut".

ción presupuestaria o de incompetencia, dado que el Estado federal es siempre responsable porque está obligado tanto en el plano nacional como internacional.

La regla que rige en esta materia es el principio de solidaridad entre los Estados provinciales y federal, estrechando el ámbito de exigibilidad del derecho social a la salud, cuando se encuentre en juego el interés superior del niño.

Por ende, todo planteo por el cual el Estado federal pretenda descargar su responsabilidad en los estados provinciales, alegando el principio de actuación subsidiaria, resulta improcedente, sin perjuicio de que ulteriormente ejerza acción de regreso contra aquéllos.

En segundo lugar, la base normativa del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, sobre la cual se apoyan los fundamentos de los fallos para la protección específica de la salud de la minoridad, está integrado por el art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño; art. VII, DADyDH, art. 25 DUDH, arts. 4, inc. 1, y 19 CADH, art. 24, inc.1, PIDCyP, arts. 10, inc. 3, y 12 PIDESyC.

En tercer lugar, no cabe formular distingo entre preservar²⁸ y mejorar²⁹ la calidad de vida, cuando se encuentra en juego el interés superior del niño.

Por último, la Corte acude de modo improvisado a la cita de fuentes³⁰ de interpretación auténtica de los pactos internacionales, con el fin de ilustrar el alcance de la obligación internacional de adoptar medidas "hasta el máximo de los recursos" de que dispongan progresivamente la plena efectividad de los derechos reconocidos en el PIDESC (art. 2, inc. 1). A este respecto, la Corte ha considerado que los Estados no sólo son responsables frente a los justiciables, sino que además soportan la responsabilidad legal de garantizar la aplicación del Pacto ante la comunidad internacional, recalando en particular la doble responsabilidad de los Estados, tanto en el plano local como en el internacional.

Cabe señalar que, la mala técnica empleada opta por acudir al informe específico de un país —Suiza—, resultando consecuentemente aplicable al Estado argentino sólo por vía de analogía, antes que acudir a las Observa-

²⁸ En el caso "Breviacqua", el autor constata con la cobertura de una obra social, la que no está impedida de suministrar el medicamento dado la insuficiencia de sus recursos.

²⁹ En el caso "Mercuriano", el autor sostiene de recursos económicos como de cobertura médica asistencia privada o social cubre al Estado a la provisión de un tratamiento de rehabilitación.

³⁰ Ver comid. 19 del fallo "Breviacqua".

ciones Generales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁶¹, directamente vinculantes para nuestro país⁶².

4. Los casos *Asociación Benghalensis, Etcheverry* y *Hospital Británico*.

La ley 23.798: una obligación positiva directamente vinculante. El compromiso social de la actividad médico-asistencial asumido por las entidades de medicina prepaga. Reglamentación razonable de la ley 24.754: principio de solidaridad social y no discriminación frente al virus del HIV/SIDA.

Los fallos *Asociación Benghalensis, Etcheverry* y *Hospital Británico* prestan un tratamiento deferencial a la problemática del virus del SIDA, presentando diversos perfiles del derecho a la salud, entre los cuales pueden señalarse:

1. El carácter vinculante de los tratados internacionales sobre derechos humanos, referidos a la protección de la salud.
2. A través de la ley 23.798, que declara de interés público la lucha contra el SIDA, el Estado asume la obligación positiva frente a toda la sociedad y ante la comunidad internacional de prestar especial protección a la salud de las personas infectadas de HIV, debiendo suministrar los medicamentos y los tratamientos que sean necesarios para establecer una campaña nacional de lucha contra aquel mal.
3. El Estado en materia de salud, específicamente HIV/SIDA, posee amplia discrecionalidad para ejercer el poder de policía sobre una base objetiva, sin discriminación, adoptando medidas que tiendan a promover el principio de solidaridad social.
4. La cobertura privada o social se ha sido privada ya sea por el individuo —a través del sistema sanitario integral y de las obras sociales— o por entidades de medicina prepaga, adopta análogamente la figura contractual del seguro, encuadrándose en el contexto de los contratos de “adhesión” regidos por la ley 24.240 de protección al consumidor.
5. La actividad que asumen las entidades de medicina prepaga, si bien presentan rasgos mercantiles, ellas tienden a proteger las garantías

⁶¹ Ver O.G. n.º 1 (1998). “La índole de las obligaciones de los Estados Partes —párrafo 1 del art. 2º del PIDESC—”, párrafo 9a. (2. agosto, 192) en: 14, “El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (2000)”.

⁶² Ver al respecto *Asociación Correo*, “El derecho a la atención sanitaria como derecho constitucional”, LL 2000-01-29.

a la vida, salud, seguridad e integridad de las personas, por lo que adquieren un carácter de compromisos que exceden o trascienden el mero plano regencial, asumiendo un compromiso social.

a. *El caso "Asociación Benghalensis"*⁶³

La apelante —MSyAS, a través de la Secretaría de Salud— dedujo recurso extraordinario contra la confirmación de segunda instancia, por el cual hace lugar al reclamo de la imparista, expresando los siguientes agravios: 1) existe gravedad institucional toda vez que la decisión favorable a la actora tendrá incidencia en la economía nacional; 2) acusa arbitrariedad; 3) el presupuesto es un acto institucional no justiciable, por ende deslinda su responsabilidad alegando la falta de colaboración de los Estados provinciales.

La Corte declaró admisible el recurso en relación a la interpretación de la ley 23.798 y consideró, en primer lugar, que la vida es un bien en sí mismo, y es el presupuesto para el ejercicio de cualquier otro derecho de raigambre constitucional. A su vez, el derecho a la salud, ante enfermedades graves, está íntimamente vinculado a él. Además, el derecho a la salud está reconocido por los tratados internacionales con rango constitucional, por aplicación del art. 75, inc. 22, CN, v. gr. art. 12, inc. e), PIDESC, art. 4º, inc. 1, y 5º CADH, y los arts. 5º y 6º PIDCP, referido a la salud individual y extensivo a la salud colectiva.

En segundo lugar, la ley 23.798 es la prestación positiva adoptada por el legislador para asegurar que los derechos individuales no se tornen ilusorios, imponiendo al Estado la obligación de suministrar los medicamentos necesarios para el diagnóstico de la enfermedad y su tratamiento⁶⁴.

En tercer lugar, tanto el Estado federal como provincial son responsables en forma concurrente, con la salvedad de que la Secretaría de Salud del

⁶³ Fallos 325:1336, 1862000. "Asociación Benghalensis v. Estado Nacional - MSyAS s/ recurso extraordinario".

⁶⁴ Véase: Diversas entidades no gubernamentales, "Asociación Benghalensis", "Fundación Decidida", "Fundación Red", "Fundación CEDOSIX", "FEMT", y otras, alegando desarrollar su actividad en tanto al efectivo trabajo en la comunidad en la lucha contra el SIDA, promuevieron acción de amparo contra el Estado Nacional, MSyAS, encaminada a que se obligue a la demandada a cumplir en forma total y permanente con la creación, tratamiento y rehabilitación y su especial el suministro de medicamentos a las personas que padecen del síndrome del virus VIH/SIDA, en todos los hospitales y centros sanitarios del país.

⁶⁴ Ver los votos de la mayoría y concurrentes y emisión al apartado X, párrafo 7º del Decretum del Procurador General de la Nación.

M5yAS es la autoridad de aplicación de la ley 23.798, cargando con la obligación de procurar la colaboración de las autoridades sanitarias provinciales. Por ende, el Estado Nacional es el responsable de velar por el cumplimiento de la ley ante terceros, sin perjuicio de la responsabilidad que le cabe a las jurisdicciones provinciales o privadas (obras sociales o entidades de medicina prepaga) ⁶⁵.

En cuarto lugar, con relación al control judicial del presupuesto del Ministerio, no hay violación del principio de la división de poderes, toda vez que lo que se exige es el cumplimiento de las obligaciones dispuestas por la ley 23.798 ⁶⁶.

Cabe destacar que el precedente ha consolidado la tendencia jurisprudencial de la Corte, por la cual asigna plena vigencia y efectividad a la ley 23.798 en la medida que configura una obligación positiva asumida por el Estado, a la luz de los compromisos internacionales de derechos humanos, en materia de protección a los derechos a la salud, la cual se concreta a través del suministro de medicamentos para el diagnóstico y tratamiento del virus HIV. El fallo ha reconocido la vinculación directa entre el derecho internacional de los derechos humanos y la ley 23.798, como una medida adoptada por el Estado en el ejercicio discrecional del poder de policía a favor de uno de los grupos más vulnerables, los enfermos de HIV. Además, en el aspecto procesal, ha reconocido la legitimación activa de organizaciones cuyo objeto social tiende a la protección del derecho a la salud.

b. El caso "Echeverry" ⁶⁷

El caso bajo examen pone en evidencia la tendencia de la Corte orientada progresivamente a la protección preferencial del derecho a la salud de

⁶⁵ Ver apartado XI, párrafo 4º del Dictamen del Procurador General de la Nación.

⁶⁶ Ver apartado XII, párrafo 4º del Dictamen del Procurador General de la Nación.

⁶⁷ Fallos 324:477, 13032001, "Echeverry, Roberto v. Omeis SA y Servicios".

Hechos: El Sr. Roberto Echeverry trabajó en relación de dependencia para ISC Banker Pano entre octubre de 1992 y junio de 1993, período en el cual gozó de los beneficios del sistema de medicina preventiva proveído Omeis SA, en virtud de un acuerdo entre las dos empresas. Posteriormente, Echeverry prestó servicios a través de la firma Data Software SRL, no obstante lo cual nunca empleador como tal abonó a Omeis SA la cobertura médica contratada. Pese a no estar consolidado vinculo laboral alguno entre el actor y ISC Banker Pano, esta última siguió pagando la cobertura del actor hasta que éste comunicó el cese de su relación laboral en agosto de 1997.

El actor pretendió hacer efectivo el abono correspondiente al mes de septiembre, en cuya ocasión Data: le informó que la falta brindada sus prestaciones a través de ISC Banker Pano Argentina, resolve por el cual esa vez que finalizó su vinculo con esa empresa hasta cuando su derecho a la cobertura sanitaria.

En el mes de enero de 1997 el actor se enteró de que era portador asintomático del virus de HIV,

un individuo que padece SIDA, valorando el carácter impostergable de la prestación de asistencia médica. Asimismo, extiende el marco de protección a la salud, incluyendo dentro de los agentes obligados a proveer tratamiento para enfermos de HIV, a una entidad de medicina prepaga, la cual se ha rehusado a mantener una cobertura individual, so pretexto del ejercicio de la autonomía negocial garantizada en el art. 19, CN.

En efecto, a pesar de los errores cometidos por la amparista en el marco del proceso de amparo y los sucesivos recursos de apelación interpuestos, el Alto Tribunal en uso de su libre convicción ha replanteado el caso en especie, administrando la solución que ha considerado más adecuada, pasando por alto las cuestiones relativas a las indeterminaciones fícticas y jurídicas como de derecho común y adjetivo, ponderando el serio riesgo que corre la salud del justiciable ⁶⁸.

En tal sentido, desplazó la cuestión planteada por la recurrente a una cuestión enmarcada en el contexto del derecho a la salud (regulado en las leyes 23.660, 23.661 y 24.754), considerando aplicables los principios de la ley 24.240 de protección al consumidor.

A este respecto, consideró que *la actividad que unen las entidades de medicina prepaga, si bien presentan rasgos mercantiles, ellas tienden a proteger las garantías a la vida, salud, seguridad e integridad de las personas, por lo que adquieren un carácter de compromisos que exceden o trascienden el mero plano negocial, amountando un compromiso social* ⁶⁹.

De modo tal, la cobertura de salud es análoga al contrato de seguro, con cláusulas predisuestas, ya que por el simple hecho de la "adhesión" toma aplicable los principios de la ley de protección al consumidor ⁷⁰.

por lo que se realizó una serie de exámenes entre enero y junio de ese año, los cuales fueron cubiertos en su totalidad por la prestadora médica.

Debido a la falta de cobertura médica, el Sr. Roberto Echeverry interpuso acción de amparo a fin de que la prestadora médica prepaga, Omnia SA, le restableciera la atención personal, preventiva y medicamentosa para el tratamiento del virus HIV que padece.

El Tribunal a quo (tanto en primera como en segunda instancia) sostuvo que al estar el vínculo laboral entre Roberto Echeverry y la empresa ISC Banker Banco Argentino, correlativamente, había concluido la asistencia médica así contratada, siendo facultad privativa de la prestadora ocupar o contratar con ella o no hacerlo. El actor debió recurrir a otros recursos contra este decreto.

⁶⁸ Ver apartado IV y V del Dictamen del Procurador General de la Nación, al cual se ha remitido el caso mayor citativo, interpuesto por los Sres. Ministros Julio Nazareno, Eduardo Moliné O'Connor, Antonio Bagnato, Carlos Fayt, Guillermo López, y el voto concurrente de Adolfo Vázquez, con los votos en disidencia de los Sres. Ministros Augusto C. Molinario, Gustavo Bossa y Enrique Petrucchi, quienes han rechazado el recurso interpuesto con arreglo al art. 280, CPCC.

⁶⁹ Ver apart. IV, párr. 3º del Dictamen del Procurador General de la Nación.

⁷⁰ Ver apart. VI, párr. 7º del Dictamen del Procurador General de la Nación.

En este orden de ideas, el demandante reclama la protección de su derecho humano a la salud, el cual se encuentra subordinado a la decisión negocial de la empresa prepaga. Por ello, ante el ofrecimiento de resguardo patrimonial en la contratación, y su consecuente denegación a mantener la cobertura asistencial, este argumento, escuchado en el ejercicio de una libertad contractual, resulta a todas luces irrazonable, por ende reprochable.

Por lo expuesto, se revocó la sentencia del *a quo* consintiendo a Ominit⁷¹ a prestar cobertura privada al Sr. Echeverry, obligándose éste al pago de una cuota periódica por el servicio asistencial.

c. El caso "Hospital Británico"⁷²

El precedente consolida la tendencia de la Corte proyectada hasta ese punto, en la medida en que explica el alcance de la ley 24.754⁷³ como el ejercicio razonable del poder de policía estatal para la reglamentación del derecho a la salud. La medida adaptada configura una prestación positiva tendiente a ampliar la protección a la salud, en el marco de la lucha contra el SIDA y la drogadicción.

La Corte resolvió el caso en la misma fecha que dictó sentencia en el caso Echeverry. El Alto Tribunal defendió la constitucionalidad de la ley 24.754, en cuanto dispone la equiparación de las prestaciones que deben cubrir las empresas de medicina prepaga a las "prestaciones obligatorias" dispuestas para las obras sociales.

El Hospital Británico⁷⁴ interpuso acción de amparo contra el MSyAS, a fin de que se declarara la inconstitucionalidad de la ley, argumentando la

⁷¹ La entidad Ominit SA es una empresa de medicina prepaga cuyo objeto social es la prestación de servicios asistenciales y sanitarios con fines de lucro. El giro comercial propio de la empresa depende de estas operaciones para mantener las coberturas ya sea en forma privada o individual, o mismo sea en forma asociada a través de la celebración de convenios con obras sociales. Cabe señalar que el art. 1° de la ley 24.754 asigna la obligación a la empresa de prepaga en sus coberturas las mismas "prestaciones obligatorias" dispuestas para las obras sociales, equiparadas a estas últimas, con fundamento en el principio de solidaridad social.

⁷² Fallos 324 754, (1992)801, "Hospital Británico de Buenos Aires v. Estado Nacional - MSyAS".

⁷³ El art. 1° de la ley 24.754 —ADN, A LVII-A, R, B, C, 21/1991— dispone la siguiente: "a partir del plazo de 90 días de promulgada la presente ley, las empresas o entidades que presten servicios de medicina prepaga deberán cubrir, como mínimo, en sus planes de cobertura médico-asistencial las mismas "prestaciones obligatorias" dispuestas para las obras sociales, conforma lo establecido por las leyes 23.668, 23.661 y 24.455 y sus respectivas reglamentaciones".

⁷⁴ La entidad Hospital Británico es una empresa de medicina prepaga cuyo objeto social es la prestación de servicios asistenciales y sanitarios con fines de lucro. El giro comercial propio de la empresa depende de estas operaciones para mantener las coberturas ya sea en forma privada o individual, o mismo sea en forma asociada a través de la celebración de convenios con obras sociales. Cabe señalar

violación de los derechos de propiedad, igualdad, la libertad de contratar y ejercer una actividad lícita. El magistrado de primera instancia no hizo lugar a la pretensión deducida, mientras que en segunda instancia se declaró la inconstitucionalidad de la ley por lesionar los derechos invocados por la amparista.

Ante la resolución en contrario, el Estado deduce recurso extraordinario defendiendo la constitucionalidad de la ley 24.754, toda vez que el a quo ha interpretado erróneamente la norma federal puesta en crisis. Asimismo, acusa arbitrariedad, toda vez que la sentencia no constituye una derivación razonada del derecho vigente apartándose de las constancias de la causa, puesto que la amparista no ha acreditado, al menos en forma aproximada, el gravísimo perjuicio económico que le irroga la norma.

La Corte ha resuelto el precedente esbozando las siguientes consideraciones:

El Estado está obligado a 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..." (art. 12, punto 2, ítem c, del PIDESC, dispositivo incorporado con jerarquía constitucional a partir de la reforma del año 1994, a través del art. 75, inc. 22, CN). En este marco pueden ubicarse las leyes 24.455 y 24.754 —la cual es objetada en la especie—, así como también, la ley 23.798 de lucha contra el SIDA, declarada de "interés nacional"⁷⁵.

Las precedentes disposiciones, así como otras en materia de salud y asistencia sanitaria, 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 lo dejaron establecido los constituyentes en ocasión de la última reforma. Asimismo, el trámite legislativo hizo hincapié en los principios de responsabilidad y solidaridad social como una contribución vital contra la discriminación que padecen personas infectadas con algunos retrovirus humanos. Es este sentido, el Congreso de la Nación mediante acciones positivas tiende a asegurar

que el art. 1° de la ley 24.754 asigne la obligación a la empresa de proveer en sus coberturas los mismos "prevenciones obligatorias" dispuestas para los otros sociales, equi parandolos a estas últimas, con fundamento en el parágrafo de solidaridad social.

⁷⁵ Ver Dictamen del Procurador General de la Nación, apud. VI, párr. 37, allí se ha reseñado el voto de la mayoría integrada por los Sres. Ministros Julio Martínez, Eduardo Moliné O'Connor, Antonio Huggareo, Guillermo López, más los votos concurrentes de los Sres. Ministros Augusto C. Belluscio, Carlos Fast, Enrique Petrucci y Adolfo Vázquez, con cita de Fallos 319:3040, de la Asociación Beneficente.

la igualdad real de oportunidades y de trato y pleno goce de los derechos reconocidos por la Constitución y tratados internacionales de derechos humanos, situando a las leyes referidas en el marco del problema de la "discriminación inversa"⁷⁶.

Por otra parte, en principio, la actividad que asumen las empresas de medicina prepaga presentan rasgos mercantiles (arts. 7 y 8, inc. 3, CCCom.), ellas tienden a proteger las garantías a la vida, salud, seguridad e integridad de las personas, por lo que adquieren un cúmulo de compromisos que exceden o trascienden el mero plano comercial⁷⁷.

A este respecto, nuestra Ley Suprema no ha reconocido derechos absolutos de propiedad ni de libertad, sino limitados por las leyes reglamentarias de los mismos, en la forma y extensión que el Congreso, en uso de su atribución legislativa, lo estime conveniente a fin de asegurar el bienestar de la Nación. Además, el Estado tiene facultades para intervenir por vía de reglamentación en el ejercicio de ciertas industrias y actividades a efecto de restringirlo o encauzarlo en función del interés general y permanente de la comunidad sin otra valla que el art. 28, CN.

Y es que el derecho a la salud —que no es un derecho teórico, sino uno que debe ser examinado en estrecho contacto con los problemas que emergen de la realidad social, para lograr así contornear su genuino perfil— penetra inevitablemente tanto en las relaciones privadas como en las semi-públicas, correlato de lo cual revultan normas como la analizada, que pretenden, en el ejercicio de potestades reglamentarias (arts. 14, 38 y 75, incs. 18 y 32, CN), asentar a una novedosa realidad que reconoce en este campo a nuevos actores institucionales —las entidades de medicina prepaga— y a recientes o potenciadas patologías [...]. La intervención por vía de reglamentación puede contemplar que una actividad se inicie como mayormente privada y se transforme en el curso de su evolución en una que afecte a intereses dignos de regulación previsorá [...]. En este marco, la ley 24.754 ha sido dictada en ejercicio del poder de policía del Estado, que "se justifica por la necesidad de la defensa y afianzamiento de la moral, la salud y la conveniencia colectiva o el interés económico de la comunidad"⁷⁸.

Con respecto al agravio a la igualdad planteado por el amparista, relativo a la equiparación con las obras sociales, a luz de las previsiones de las leyes 24.435 y 24.754, las distinciones normativas son valederas mientras

⁷⁶ Ver Dictamen del Procurador General de la Nación, apartado VI, 4°, 5° y 7° párrafos.

⁷⁷ Ver apartado VI, 8° párrafo, con cita del Dictamen del Procurador General de la Nación en Fallos 324:27, 13/32011, "Bilacors, Roberto v. Dent SA y Servicios".

⁷⁸ Ver apartado VI, 10°, 11° y 12° párrafos del Dictamen del Procurador General de la Nación.

no obedezca a un propósito de injusta persecución o indebido beneficio, sino a una causa objetiva para discriminar, aunque su fundamento sea epigonal. Por tal motivo, no parece irrazonable que la ley 24.754, al extender las obligaciones impuestas a las obras sociales a las empresas de medicina prepaga, no incluya los subsidios, ya que las obras sociales no pueden fijar libremente sus tarifas.²⁴

En síntesis, la Corte al defender la constitucionalidad de la ley 24.754, consolidó el razonable marco reglamentario del derecho a la salud, reconociendo la preeminencia jerárquica de los valores de solidaridad social por sobre las libertades negociales propias del paradigma liberal clásico.

IV. CONSIDERACIONES

1. Generalidades

La Corte ha construido una suerte de doctrina, formulando una serie de principios en materia de derecho a la salud, entre los cuales, pueden enunciarse:

- El derecho a la salud no es un derecho meramente teórico de carácter programático.²⁵
- A partir de lo dispuesto en los tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, CN), en recientes pronunciamientos se ha reconocido el derecho a la preservación de la salud, además de haberse destacado el carácter impostergable de la obligación asumida por la autoridad pública de garantizar ese derecho mediante acciones positivas.²⁶
- El art. 12 PIDESC reconoce el derecho de todas las personas a disfrutar del más alto nivel posible de salud física y mental, así como el deber de los Estados parte de procurar su satisfacción.²⁷
- Los Estados parte se han obligado “hasta un máximo de los recursos” de que dispongan para lograr progresivamente la plena

²⁴ Ver apartado VIII, 1º, 2º y 3º párrafo del Dictamen del Procurador General de la Nación.

²⁵ Ver Fallos 324.754, LVIII/2001, in re “Hospital Británico de Buenos Aires v. Estado Nacional - MSyAS”.

²⁶ Ver Fallos 321.6684, in re “Asociación Benéficoas”, con mayoría y votos concurrentes y remisión al dictamen del Sr. Procurador General de la Nación.

²⁷ Ver Fallos 323.3235, 24/10/2000, in re “Compañía de Biotecnología Atea v. Min. Salud” - (Sv. Programa de Salud y Bien de Diagnóstico Neurológico”, susidos, 18º y 19º) y 324.3521, 16/09/2001, in re “Montecorín, Marcelo v. Estado Nacional - MSyAS”.

efectividad de los derechos reconocidos en dicho tratado (art. 2º, inc. 1) ⁸³.

- La protección del derecho a la salud es una obligación impostergable del Estado nacional de inversión prioritaria ⁸⁴.

2. El principio de progresividad, en el derecho a la salud referido particularmente al interés superior del niño y personas infectadas de HIV

La Corte ha resguardado preferencialmente el derecho a la salud en dos aspectos, ante el interés superior del niño y en el marco de lucha contra el SIDA. A lo largo de esta última década puede sostenerse que a la par del reconocimiento progresivo del derecho subjetivo, el Estado ha ampliado su discrecionalidad en materia de reglamentación parlamentaria. La plataforma normativa sobre la cual se ha expedido el Supremo Tribunal, es la siguiente:

- La ley 23.798 de lucha contra el SIDA.
 1. La declaración es de interés público ⁸⁵.
 2. El resguardo del derecho a la salud es impostergable ⁸⁶.
 3. El gasto de inversión en salud es prioritaria ⁸⁷.
 4. La legitimación activa comprende las asociaciones señaladas por el art. 42, CN, a los efectos de resguardar los derechos de incidencia colectiva.
 5. El MSyAS a través de la Secretaría de Salud, es responsable del suministro de los medicamentos para el diagnóstico y tratamiento de la enfermedad ⁸⁸.

⁸³ *Ibidem*.

⁸⁴ Ver causal 7º in fine en Fallos 311:1684, 11/6/1988, "Política Privada s. Municipalidad de Buenos Aires".

⁸⁵ Ver Fallos 310:3041, 17/12/1986, "R. K. E. s. Policía Federal s/ argente", consider. 9º y 12 del voto de la mayoría, integrado por los Sres. Ministros Julio Nazareno, Eduardo Molise, D'Amico, Augusto C. Belluscio, Antonio Bagnato, Guillermo López, Gustavo Basso y Adolfo Viorato.

⁸⁶ Ver causal 7º in fine en Fallos 321:2654, 11/6/1988, "Política Privada s. Municipalidad de Buenos Aires".

⁸⁷ *Ibidem*.

⁸⁸ Ver Fallos 321:1684 in re "Asociación Beneficentista", con mayoría y voto concorde y remite al dictamen del Sr. Procurador General de la Nación.

- Las leyes 23.660, 23.661, 24.455 y 24.754.
 1. Responsabilidad concurrente de los Estados federal y provinciales, rige el principio de Solidaridad Social. No obstante ello, el Estado federal es el principal responsable⁹⁹.
 2. Las entidades de medicina prepaga deben prestar las mismas "prestaciones obligatorias" que brindan las obras sociales, dado su carácter mixto: mercantil (obedece al giro patrimonial de la empresa) y social (la actividad que desarrollan garantiza la vida y la salud)¹⁰⁰.
 3. El MSyAS a través de la Secretaría de Salud es la autoridad de aplicación del régimen sanitario. Sus funciones son:
 - a. Articular y coordinar las políticas sanitarias de los servicios asistenciales prestados por las obras sociales, y las empresas de medicina prepaga, y la política de medicamentos¹⁰¹.
 - b. Vigilar y controlar que las prestatarias cumplan su obligación¹⁰².

En síntesis, cabe formular las siguientes aclaraciones respecto de la recepción local del derecho internacional de los derechos humanos:

En primer lugar, las fuentes del derecho internacional de los derechos humanos, reseñados en el apart. II, parte 3^a, prescriben contenidos más amplios y específicos que las fuentes de orden local.

En segundo lugar, la Corte sólo ha reconocido dos de los perfiles del derecho a la salud, el interés superior del niño y la lucha contra la enfermedad del HIV/SIDA.

Hasta el momento, el Tribunal no ha tenido oportunidad de resolver planteos que versen sobre el resto de los contenidos del derecho reconocidos en los instrumentos internacionales, lo cual no implica en principio su desestimación como tales.

En cuarto lugar, la reglamentación parlamentaria, si bien ha emprendido progresivamente el tratamiento diferencial de la lucha contra el SIDA

⁹⁹ Ver Fallos 323:3235, 24/10/2000, "Campesinista de Berissoque, Ana v. Min. Salud - Soc. Programa de Salud y Bco. de Ingreso Nocturnos", com. 37.

¹⁰⁰ Ver Fallos 324:71, 13/12/01, "Elcheverry, Roberto v. Unión SA y Servicios", apartado IV, 3^o párrafo del Dictamen del Procurador General de la Nación, con remisión del voto disidente de la Corte.

¹⁰¹ Ver com. 22^a y 23 del fallo "Berissoque" y com. 13^a del fallo "Montesomb".

¹⁰² Ver Fallos 324:754, 13/12/01, *in re* "Hospital Británico de Buenos Aires v. Estado Nacional - MSyAS".

y la protección de la salud de la minoridad, aún no ha tomado en serio el resto de los contenidos esenciales, tales como asegurar una alimentación esencial mínima y velar por una distribución equitativa de las instalaciones, bienes y servicios de salud, así como los insumos necesarios.

Por otra parte, cabe destacar que la Corte ha interpretado que las leyes 23.660, 23.661 y 24.754 integran un sistema normativo, reglamentado por el parlamento en el ejercicio del poder de policía, acorde al paradigma de los derechos sociales, solidaridad social y equidad, morigerando razonablemente los alcances y límites de los derechos denominados de "primera generación".

En quinto lugar, el obstáculo de la restricción de partidas presupuestarias ha sido dirimido por la Corte en los precedentes comentados, sin conculcar el principio de división de poderes, exigiendo el fiel cumplimiento de las obligaciones positivas prescriptas por las leyes federales y decretos reglamentarios que regulan el sistema sanitario público.

En efecto, el perfil del derecho subjetivo a la salud implica como corolario la exigibilidad de la conducta positiva del Estado prescripta explícitamente por el ordenamiento local, cuanto mayor es el andamiaje reglamentario su valor cobra plena operatividad.

En tal sentido, el argumento de la no justiciabilidad de las cuestiones presupuestarias se ve privado de sustento válido, puesto que si bien no es revisable judicialmente el acto político si lo resulta el estricto cumplimiento de las obligaciones legales prescriptas.

En sexto lugar, el régimen de doble responsabilidad del Estado, tanto en el plano local como en el plano internacional, ha sido el motivo principal que justifica el activismo de la Corte como órgano de Estado responsable por el incumplimiento objetivo de las obligaciones internacionales asumidas en la materia.

En efecto, la Corte ha receptado las directivas internacionales que prescriben "el disfrute más amplio posible" de la salud dentro de un marco de progresiva vigencia y efectividad de los derechos reconocidos en los Pactos, aunque siendo renuente a la aplicación directa de las interpretaciones auténticas de los órganos internacionales autorizados, sin reconocer su fuerza vinculante.

V. LA SITUACIÓN ACTUAL DEL DERECHO A LA SALUD EN EL ESTADO ARGENTINO, EN EL CONTEXTO DE LA AGUDA CRISIS ECONÓMICA

1. La situación económica del Estado argentino

Si bien como se ha demostrado *in supra* tanto el Congreso como la Judicatura han mantenido un activismo tendiente a la progresiva reglamentación y vigencia de los diferentes perfiles que presenta el derecho a la salud, en particular frente a los aspectos de la minoridad y el HIV/SIDA; la crisis social y económica que atraviesa el Estado argentino confronta aquella tendencia progresiva frustrando de plano el cumplimiento de las obligaciones internacionales asumidas, puesto que el nuevo obstáculo que surge como correlato de la crisis económica y financiera es la imposibilidad de ejecutar las sentencias judiciales contra el Estado, ante la carencia de recursos económicos para afrontar las necesidades mínimas y esenciales.

La situación de emergencia ha sido reconocida por el Estado nacional, quien ha declarado la emergencia sanitaria en todo el país a través del decreto de necesidad y urgencia 486/2002. Si bien este decreto alude al objetivo de preservar la salud, en ningún momento se habla de la salud pública como un bien general que debe garantizar el Estado.

A partir de las sucesivas crisis económicas que ha sufrido la Argentina, se ha observado un marcado retroceso del sistema de salud. Las políticas sanitarias son poco claras, numerosos recortes presupuestarios, sucesivas administraciones ineficientes y por sobre todas las cosas la progresiva retirada del Estado de sus funciones tradicionales, han tenido como resultado el colapso del sistema de salud.

El estado actual de los hospitales públicos ha sufrido un profundo deterioro a raíz de los sucesivos procesos de ajuste que ha sufrido el sector sanitario, cabe señalar que entre los problemas más graves denunciados a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos⁹⁴ pueden observarse:

- * Aumento notable de la demanda, producto del incremento de los índices de pobreza e indigencia, que no fue correspondida con la adopción de las medidas necesarias para hacerle frente.

⁹⁴ Ver al respecto la Denuncia ante la CIDH sobre la violación sistemática y manifiesta del derecho a la salud por parte del Gobierno argentino en el marco de la crisis social por la que atraviesa el país, elevada el 18 de octubre 2002 por la cual solicita la realización de una visita in loco a la Argentina para constatar el estado de la salud en el país, consultar <http://www.cidh.org/procedimientos/denuncias/denunciaSalud.html>.

- La reducción o suspensión de ciertas prácticas básicas como el uso de radiografías, las prácticas de laboratorio, tomografías computadas, estudios radiológicos contrastados, etc.
- Falta de disponibilidad de insumos básicos, como jeringas, guantes, gases, etc. Se mencionan casos en los que los familiares han debido proveer de insumos a su exclusiva costa.
- Falta de disponibilidad de drogas básicas. En el curso de algunas drogas, su falta es absoluta (antituberculosas, antiretrovirales, etc.).
- Retrasos o suspensión de cirugías de mediana complejidad que en algunos casos ha provocado la muerte de los pacientes.
- Cierre de áreas por falta de insumos, como neonatología, sector de quirófanos o terapia intensiva.
- Derivación de pacientes que usualmente se hubieran tratado en su ámbito por carencia de insumos o imposibilidad de realizar prácticas de diagnóstico o cirugía que antes llevaban a cabo, con el consecuente riesgo para la vida.
- Disminución de la alimentación brindada a los pacientes internados en cantidad o calidad. Se mencionan casos en los que los familiares han debido proveer alimentos a su exclusiva costa.
- Condiciones de higiene y salubridad deplorables.
- Falta de mantenimiento de las instalaciones hospitalarias.
- Falta de reparación y/o renovación de insumos de equipamiento que en consecuencia ha quedado en desuso.
- Precarización de las condiciones laborales del personal. En la mayoría de los hospitales no se abonan regularmente los sueldos del personal y los recursos humanos son insuficientes para hacer frente a la demanda.

2. La jurisprudencia de la Corte en el contexto de la crisis económica financiera. El caso “Ramos” ¿importa regresividad del derecho a la salud?

Si bien, como se ha demostrado en los apartados III y IV, la jurisprudencia de la Corte ha reconocido efectividad al derecho a la salud, atribuyendo un sentido y significado acordes con las prescripciones del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, pareciera ser que en el contexto actual de la aguda crisis económica —referenciada en el apartado V.I.— la Corte ha dado un retroceso en materia de exigibilidad del derecho a la salud.

El caso *Ramos*⁹⁴ ha sido uno de los primeros fallos de la Corte, posteriores a la declaración emergencia económico-financiera del sistema sanitario, a través del cual se alcanza a visualizar con mayor precisión la articulación existente entre política presupuestaria y efectividad del derecho a la salud, y la retirada de las funciones positivas asumidas por el Estado para dar goce efectivo al derecho a la salud.

La Corte rechazó la acción de amparo deducida por la Sra. Marta R. Ramos⁹⁵, por sí y en representación de sus siete hijos, sosteniendo que la

⁹⁴ Fallos 323:3873 y 323:396, in re "Ramos, Marta v. Ministerio de Desarrollo Social y Medio Ambiente de la Nación, Para de los As. y el Hspg. Garrahan".

⁹⁵ La Corte ha planteado el mismo hecho en el orden siguiente: "La demanda postula: a) que el Ministerio y la provincia mencionados respeten los derechos que los niños en ella y a sus hijos a una alimentación sana, a la salud, a la educación y a una vivienda digna; y que, como consecuencia de ello, los demandados "de manera conjunta, eléctrica, continua y efectiva" aseguren "que los papeles correspondientes que acreditan la filiación y el nivel de ingresos; b) que los tres demandados interpongan a su hijo, Mariana S. Ramos, los pedidos que implican el otorgamiento de acciones con su estado de salud y se resarcen por ello los condicionamientos que han impedido hasta ahora la plena y efectiva goce de su derecho; c) que el Ministerio nacional y el Estado provincial provean a sus seis hijos en edad escolar de los condonamientos escolares (ropa, material, Hornos y útiles escolares y partes de transporte) necesarios para concurrir a un establecimiento educacional; d) que subsidiariamente se declare la invalidez económica de toda norma que impidiera la concreción de la medida solicitada en el punto anterior, como así también la inconstitucionalidad del "acotamiento de los demandados por omisión por el no cumplimiento de su deber con los que perciben" (sic); e) que se declare la constitucionalidad del derecho que según estimamos les asiste —al igual que al resto de los niños y de las personas sin recursos económicos— a que se les suministre una cuota alimentaria con los recursos indicados en el punto a".

"Dice que habita en una humilde vivienda —que le ha sido prestada gratuitamente— junto con los niños que dependen de ella, entre los nueve meses y quince años. Relata que presenta serios problemas a la provincia y al Ministerio de Desarrollo Social, indicando que se encuentra sin trabajo y con ocho hijos, de los cuales uno —Mariana S. Ramos— debió ser intervenido quirúrgicamente por padecer de cardiopatía congénita. En las últimas veces agregó que su hijo "la cuida de noche, con . . . y sin el permiso no lo puede ser separado, ya que al momento de tener turno en el Hospital Garrahan se le pedían material para atender de médicos economistas . . . ni luego donde duera a sus otros hijos, ya que vive sin pareja ni familiares". Asimismo, puntualizó en las costas que Mariana S. tenía serios problemas de segundo grado y que sus seis hijos en edad escolar no asistían a clase ya que por falta de medios, con lo cual podría haberse la posibilidad de alimentarse en el comedor escolar, por ello solicitó a las autoridades mencionadas que en su lugar de vacaciones fueran asignados los montos para que los niños pudieran asistir a clase y para que su hija enferma pudiera ser intervenida en el Hospital Garrahan, donde es atendida por una cardiopata congénita. También dice haber presentado una nota en dicho centro de salud en procura de un último objetivo. Sin embargo, basó el momento de iniciar la demanda a los a cinco días del pago de la recepción de las costas no habiéndose obtenido respuesta.

"Afirma que no concierne "un ser grado extremo de pobreza" y que tanto recurrente ostenta demanda de alimentos contra los familiares obligados a su pago, ya que —entre otros de que solo dos de sus hijos han sido recibidos por sus padres— ninguno de ellos se encuentra en condiciones económicas de procurarse siquiera su propio sustento.

"Agrega que a su precarísima condición económica se le suman sus carenciales educacionales, de manera que ella y sus hijos se encuentran inmersos en una pobreza estructural de la que no pueden salir a igualdad estatal. Añade que la falta de formación impide su inserción laboral, lo que seguramente se rege-

via procesal incoada es manifiestamente inadmisibile para la obtención de una cuota alimentaria, efectiva y mensual, como también para obtener una cobertura asistencial médica.

La decisión mayoritaria ³⁶ del Tribunal se fundó en los siguientes argumentos:

i) la amparista no acreditó en la causa denegación de acceso a la educación pública y gratuita;

ii) tampoco acreditó la frustración del derecho a la salud de su hija María Solomé Ramos —quien es menor de edad y adolece de una enfermedad que requiere intervención quirúrgica— sosteniendo que la accionante desaprovechó la oportunidad para que aquella fuera intervenida quirúrgicamente en un nosocomio público en forma gratuita —Hospital de Pediatría Garrahan— alegando un impedimento que no resulta insuperable;

iii) respecto de la obtención de una cuota alimentaria, sostuvo que importa transferir a las autoridades públicas el cumplimiento de una obligación cuyo origen tiene lugar en las relaciones de parentesco;

iv) respecto de la posibilidad de obtener algún beneficio de la Seguridad Social, sostiene que la Corte no está facultada para subsanar la omisión de los particulares —ya que en el caso no se ha acreditado la denegación de ningún beneficio como tampoco su inicio en sede Administrativa—, puesto que el Tribunal no atume una defensa tutelar, función que está a cargo de otro órgano específico del Estado nacional;

v) por último, sostiene que si bien el cuadro de desamparo es "dramático", la Corte no tiene competencia para expedir juicios de valor genéricos, dado que la satisfacción del bienestar general está a cargo de los poderes

terá con sus hijos, que en alguna podrá completar sus estudios y sufrir de desnutrición — y en algunas casos, falta de medicamentos— por carencia de alimentación en cantidad y calidad adecuadas. Deseo que no cuente con bienes materiales que le permitan asegurar la supervivencia de sus hijos, a quienes se requiere su encuentro en condiciones de bienestar y estudio".

³⁶ El voto mayoritario fue integrado por tres posturas autógrafas: la por su lado, el voto del Dr. Eduardo Moliné O'Connor y del Dr. Augusto Belluscio; la por otro, los votos de los Dres. Enrique Ferrerini y Gustavo Bessoni; la el Dr. Adolfo Vázquez, según se voto.

Las dos primeras posturas se diferenciaban en que la segunda agregó a lo decidido en el caso a ciertos aspectos a través del cual, a modo de recomendación ratificó a la amparista que se encuentra amparada dentro de las previsiones de la ley 24.724 y su dec. regl. 7932/94, por lo que accedería automáticamente al beneficio de cobertura médica, por tratarse una madre de familia numerosa —vide a más luego—.

Mientras que el voto del Dr. Adolfo Vázquez sostiene argumentos análogos a la segunda, sosteniendo que la madre con sus hijos reúnen los requisitos formales exigidos por la ley 23.744, reglamentado por el dec. 2360/1990 para beneficiarse de una pensión mensual, intransferible y vitalicia.

políticos, advirtiendo finalmente, que en el caso en concreto no media acto u omisión arbitrario o manifiestamente ilegal que amenace los derechos que se invocan.

La disidencia ⁹⁷ ha sostenido que:

i) Si bien la amparista encuadra dentro de las previsiones de la ley 23.746 y su decreto reglamentario que ha instituido "una pensión mensual, inembargable y vitalicia" para "las madres que tuviesen siete o más hijos, cualquiera fuese la edad y estado civil", ello no obsta para que se dé curso al amparo en estudio. La sola existencia de ese remedio legal no es suficiente para dar satisfacción a los derechos constitucionales en que funda el reclamo —derecho a la vida, preservación de la salud de los niños, a la vivienda digna y al beneficio de una cuota mensual— lo cual impone la necesidad de dar curso al amparo incoado.

ii) Si bien reconoce que la justicia no tiene competencia para valorar o emitir juicios generales de las situaciones que están reservadas a la esfera privativa de otros órganos políticos del Estado, esta doctrina no puede emplearse para denegar "la posibilidad de solicitar judicialmente y frente a un caso concreto, el efectivo reconocimiento de los derechos humanos en cuestión" (ver consid. 6º del voto disidente).

iii) Asimismo, reconoce la vía de amparo, estrictamente en los términos que el caso concreto ha sido planteado, como el remedio más idóneo para dar efectividad a los derechos invocados.

iv) Reconoce, además, la eventual responsabilidad patrimonial del Estado ante el no reconocimiento de la efectiva operatividad de los derechos humanos, citando el precedente "Felicetti, Roberto y otros", Fallos 323: 4130 (disidencia del juez Fayt).

Cabe considerar que, salvo la disidencia, el precedente pone de manifiesto la regresividad de la medida adoptada por el Poder Judicial —órgano de Estado, cuya función atribuida redundaría supuestamente en servir de "guardián de la Constitución" y de los derechos fundamentales del hombre—. Desde la perspectiva del Derecho Internacional de los Derechos Humanos —tal como se ha señalado a lo largo del apartado I—, tanto una decisión jurisdiccional, como el resto de las decisiones políticas del Estado, resultan "medidas" que deben ajustarse inmediatamente a la pauta de "progresividad".

⁹⁷ La disidencia ha sido integrada por los Dres. Carlos Fayt y Antonio Boggiano.

La decisión evidencia el abandono de la doctrina *Escheverry*⁹⁵, *Polidónico*⁹⁶, *Compedónico de Bevisopos y Montecerrín*⁹⁷, toda vez que entre los aspectos más relevantes del caso puede destacarse que:

1) El derecho que estaba en juego era el derecho a la salud de una niña que requería de una intervención quirúrgica inmediata —lo significa sin dilaciones— a través de una medida judicial concreta.

2) La Corte podría haber aplicado la doctrina *Escheverry* dejando de lado el escrito examen realizado sobre la procedencia formal del remedio procesal escogido, dado que el Estado no puede denegar el acceso a la justicia por defectos de forma, en la medida en que tal decisión implica un grave peligro para la vida de un niño. Ello importa una omisión de reconocimiento del derecho a la vida y a la preservación de la salud de un niño, a través de una prestación positiva razonable como resultaría proveer una medida de innovar por la cual se ordene la intervención sanitaria inmediata de la niña.

3) Si bien, como sostiene la Corte, la obligación alimentaria tiene origen en la relación de parentesco, transferir la carga a la autoridad pública

⁹⁵ Es la medida que: 1) la propia Corte se mira a realizar una interpretación restrictiva de la vía de amparo como medio idóneo para abrir la posibilidad; 2) el Tribunal sucesivamente ha competido para conocer sobre una cuestión que, en principio, según misma, es privativa de las instancias penales; 3) la aplicación de los derechos en juego no debería habilitar un conocimiento amplio del Tribunal sobre los sucesos de hecho y derecho. Recordemos que, a través de un hecho el mismo Tribunal, en forma sucesiva, debería formalmente la interposición de un recurso extraordinario, en el cual, a pesar de los errores cometidos, la demandante en el curso del proceso de amparo y los sucesivos recursos de apelación interpuso, el Alto Tribunal en uso de su libre convicción ha explicado el caso en especie, administrando la solución que ha considerado más adecuada, pasando por alto los cuestionamientos a la indeterminación fáctica y jurídica como de derecho común y adjetivo, pesando el serio riesgo que corre la salud del paciente. Ver el comentario a Fallos 324.677, 19/9/2001, "*Escheverry, Roberto s. Clínica SA y Servicios*", en el apartado III.4.2.

⁹⁶ Es la medida que desconoce lo dicho antes: 1) el Estado debe asumir el gasto de salud como una inversión prioritaria; 2) la prestación de salud es una obligación intransferible que no admite dilaciones.

Ver comentario a Fallos 321.0684, 16/9/1998, "*Polidónico Privada s. Municipalidad de Buenos Aires*", en el apartado III.4.

⁹⁷ Es la medida que desconoce la doctrina sentada reflexiva: 1) el reconocimiento de la tutela preferencial del derecho a la salud, acorde "al interés superior de los niños"; 2) la integralidad del derecho a la salud, ya sea para preservar como para mejorar la calidad de vida no admite dilaciones; 3) el Estado se obliga hasta el máximo de los recursos disponibles —principio de progresividad— a asegurar el más alto nivel posible de salud física y mental, a través de obligaciones positivas; 4) el derecho a la defensa de incuestionable sujeta por cualquier dejano de Estado capaz de ser visto válido para desconocer la obligación positiva asumida ante la comunidad internacional; 5) el desempeño del derecho a la salud genera responsabilidad del Estado tanto en el plano Nacional como Internacional.

Ver comentario a Fallos 323/3238, 24/10/2000, "*Compedónico de Bevisopos, Ana y Mía, Salud s. Sec. Programa de Salud y Bien de Drogas Neoplásicas*"; y 324.3531, 16/10/2001, "*Montecerrín, Marcelino s. Estado Nacional - MSyAS*" en el apartado III.3.

no necesariamente implica una medida irrazonable, puesto que el grado extremo de pobreza ha jugado una suerte de obstáculo para el acceso a la prestación médico-asistencial de la niña. Por otra parte, no puede soslayarse que la alimentación mantiene un vínculo indivisible con el derecho a la preservación de la salud de un niño ante un comprobado caso de desnutrición. Si, además, consideramos aquello de que "el gasto público" en asistencia sanitaria es una "inversión prioritaria" de carácter "impostergable", no parecería descabellado sostener que lo decidido por el juez de sustento válido, en la medida en que estos argumentos sucumben ante los propios principios sentados por el mismo Tribunal hace no menos de un lustro.

4) Como acertadamente ha sostenido la Corte el derecho a la salud, no es un mero "derecho teórico" de base programática, sino que presenta diversas aristas cuyos perfiles mantienen un estrecho contacto con la realidad, y es por ello que la realidad del caso importa un peligro concreto para la salud de una niña, el cual es a todas luces evitable a través de una prestación positiva concreta y debida por el Estado, además recordemos que el Hospital Gurrutian no denegó la prestación del servicio, es decir que tampoco se trataría de un supuesto de restricción presupuestaria, por lo que el objeto de la obligación estatal tampoco resulta imposible.

5) El dictamen de los votos concurrentes, a modo de recomendación, se limita a "informar" el *status* jurídico de la amparista frente a la seguridad social. Dicha insinuación es pasible de una severa crítica ética, moral y jurídica, toda vez que la urgencia del caso ameritaba una intervención quirúrgica inmediata tendiente a preservar una vida, y no a obtener el reconocimiento de un derecho patrimonial. En otras palabras, las circunstancias fácticas no admitían dilaciones, motivo por el cual, sugerir el inicio de un trámite burocratizado en sede administrativa destinado a obtener una pensión y eventualmente una cobertura médico-asistencial resulta a todas luces improcedente, toda vez que por imperio de las formas republicanas de gobierno de un Estado de Derecho, democrático y social, el órgano estatal competente para reconocer la validez de un derecho fundamental en *ultimo ratio* es el Poder Judicial, motivo por el cual es inconcebible que deslinde su responsabilidad en otro órgano, admitiendo su incapacidad funcional para dar operatividad a un derecho fundamental.

6) Por último, cabe destacar que no resulta muy descabellado vincular el repentino giro jurisprudencial con la declaración de emergencia del sistema sanitario público a raíz de la profundización de la crisis financiera del Estado, de modo tal que acorde con los programas políticos de emergencia amalgamados a lo largo de la tradición política de nuestro país, salud y educación resultan las válvulas receptoras de los planes de ajuste presupues-

riario, que instauran un marco regresivo en materia de derechos fundamentales comprometiendo la responsabilidad del Estado ante la comunidad internacional.

V. Conclusiones

Si bien, cabe criticar al presente trabajo como innecesariamente reiterativo tomando su lectura algo tediosa por momentos, a lo largo de su desarrollo lo que se ha intentado destacar es la trascendencia que ha cobrado la reforma constitucional de 1994, a través de la cual se ha modificado sustancialmente el criterio jerárquico de fuentes de nuestro derecho, supeditando los *derechos fundamentales por sobre las razones de Estado*.

Este trabajo ha pretendido analizar las pautas internacionales a las cuales el Estado argentino debe ajustarse, a fin de afianzar y promover un Estado de Derecho, tan democrático como social, realizando una fuente de comprobación empírica. Es por ello que la exposición se limitó a un desarrollo crítico de confrontación entre doctrina y jurisprudencia. A continuación, se exponen las conclusiones a las cuales se ha arribado:

1. La noción del derecho a la salud como especie del género derechos sociales se caracteriza por su contenido, es decir por el conjunto de obligaciones positivas asumidas por el Estado que atribuyen sentido y significado, estableciendo su alcance y aplicación.

Presenta dos perfiles delimitables: el primero, integrado por algunas *obligaciones tendientes a evitar que la salud sea dañada*, ya sea por terceros—ya sea el Estado u otros particulares— (obligaciones negativas), o por otros *factores controlables*—tales como epidemias, prevenir enfermedades evitables, a través de campañas de vacunación— (obligaciones positivas).

El segundo perfil está integrado por otras obligaciones tendientes a *asegurar la asistencia médica una vez producida la afrentación a la salud*, es decir el "derecho a la atención o asistencia sanitaria", cuyo contenido implica, entre algunas prestaciones, la complejísima tarea de planificación y previsión de recursos presupuestarios necesarios para llevar a cabo su satisfacción.

2. En nuestro sistema jurídico, el derecho está consagrado en el art. 42, CN y en los arts. 12, inc. c), PIDESC; 4º incs. 1º y 5º CADH; 5º y 6º PIDCP por aplicación del art. 75, inc. 22, CN. El plexo normativo que lo reglamenta está integrado por las leyes 23.660, 23.661, 24.455 y 24.734 con sus decretos reglamentarios y resoluciones del Ministerio de Salud de la Nación.

3. La interpretación del derecho a la salud, desde la perspectiva del derecho internacional de los derechos humanos, atribuye un sentido más

amplio al alcance y significado, de modo tal que se complementa con la reglamentación legal local. Por otra parte, cabe destacar que se encuentra regido por una pauta rectora de hermenéutica específica, el principio de progresividad.

El Comité de DESyC es el órgano autorizado para interpretar al derecho reconocido en los instrumentos internacionales, efectuando las observaciones generales. En efecto, el Estado debe ajustar su ordenamiento jurídico a lo prescrito en la OG 3 "La índole de las Obligaciones de los Estados Partes —párrafo 1 del art. 2º del PIDESC—" (párr. 9 a 12) y 14 "El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud" (pto. 43), so pena de incurrir en responsabilidad internacional por el incumplimiento del PIDESC.

4. A partir de la reforma constitucional de 1994, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha reconocido un tratamiento preferencial al derecho a la salud sobre dos aspectos: a) la protección de la salud con relación al interés superior del niño; b) la protección de la salud con relación a los enfermos de HIV. El derecho a la salud no es un derecho meramente teórico de base programática, sino que se encuentra en permanente contacto con la realidad, a través de esta vinculación, sus perfiles van cobrando diversas formas.

4.a. La doctrina de los fallos "Policlínica Privada", "Camposdeico de Beviacqua" y "Monteserrín", han delineado los siguientes principios rectores: i) la salud de los niños merece tutela jurisdiccional preferencial; ii) la protección de la salud implica preservar la vida ya sea prestando un tratamiento médico-asistencial o suministrando los medicamentos necesarios, como también, mejorar la calidad de vida; iii) se reconoció legitimación activa amplia a un nosocomio para ocurrir ante un tribunal y peticionar la tutela del derecho a la salud de un niño; iv) el gasto en salud es una inversión prioritaria; v) ante la exigibilidad del derecho no resultan oponibles razones de restricción presupuestaria o de incompetencia, dado que el Estado federal está obligado tanto en el plano nacional como internacional; vi) no se ha aplicado, en forma directa, ningún instrumento de interpretación internacional específico referente a las observaciones generales emitidas por el Comité DESyC.

4.b. La doctrina de los fallos "Asociación Benghalensis", "Elcheverry" y "Hospital Británico", han delineado los siguientes principios rectores: i) la lucha contra el sida es de interés público; ii) el Estado en materia de salud, específicamente HIV, posee amplia discrecionalidad para ejercer el poder de policía, sobre una base objetiva tendiente a promover el principio de solidaridad social; iii) el Estado asumió las obligaciones positivas frente a la sociedad nacional e internacional de suministrar los medicamentos y tra-

tamientos necesarios contra el HIV; iv) la cobertura privada o social de salud adopta la figura, en forma análoga, del contrato de adhesión, por ende regido por la ley de protección al consumidor 24.240; v) las entidades privadas de medicina prepaga si bien presentan rasgos mercantiles, asumen un compromiso social que trasciende del mero plano negocial en razón de la actividad que despliegan; vi) ante la exigibilidad del derecho no resultan oponibles razones de restricción presupuestaria o de incompetencia, dado que el Estado federal está obligado tanto en el plano nacional como internacional; vii) la partida presupuestaria, si bien es un acto político, el estricto cumplimiento de las obligaciones jurídicas positivas son exigibles judicialmente; viii) en la medida en que se complementa el derecho internacional de los derechos humanos, la reglamentación local del derecho a la salud cobra mayor operatividad; ix) el Poder Judicial como órgano es el último recurso del Estado responsable del cumplimiento de las obligaciones positivas internacionales, en la medida en que asegure la plena vigencia y efectividad del "disfrute más amplio posible" en forma "progresiva".

5. La declaración de emergencia económica y financiera en el sistema sanitario integral incide en forma directa en la restricción presupuestaria, factor condicionante en la operatividad del derecho a la salud. En efecto, la doctrina del fallo "Ramos" pone en evidencia que ante la crisis económica financiera del Estado, el derecho a la salud se ve restringido, de tal modo que se viola el principio de progresividad, puesto que el Estado no ha fundado una justificación adecuada para la adopción de esta medida regresiva.

Por último, sin pretender agotar el objeto de estudio, a modo de conclusión, debemos afirmar que, si bien a lo largo de la última década se ha percibido un especial interés del Estado en la materia, respecto de la salud de los niños y la lucha contra el HIV, los avasares de la política económica deficientemente administrada por los últimos gobiernos de turno desvirtúan los avances proyectados sobre los planos parlamentario y judicial. Al declararse la emergencia económica y financiera del Estado sobre el sistema sanitario público, se ha desplegado un programa regresivo que vacía de contenido los derechos subjetivos reconocidos por el Estado.

En este sentido, la plena vigencia y efectividad declarada por las leyes federales y reconocidas por el Poder Judicial devienen exérriles ante el infructuoso plan sanitario de emergencia programado desde el último lustro a raíz del agravamiento de las crisis social y económica, padecidas por el Estado argentino.