

# LA CONSTRUCCIÓN DEL DERECHO A LA SALUD EN ARGENTINA A PARTIR DE LA INTERNACIONALIZACIÓN DE LOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS

Isaac Augusto DAMSKY

La investigación de las enfermedades ha avanzado tanto que cada vez es más difícil encontrar a alguien que esté completamente sano.

Aldous HUXLEY

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Aproximación a las nociones implicadas en el derecho a la protección de la salud.* III. *La reforma constitucional argentina de 1994. El impacto de la internacionalización del ordenamiento jurídico argentino sobre el derecho a la salud.* IV. *Las bases constitucionales del derecho a la salud en Argentina.* V. *Breve caracterización de las bases normativas del sistema argentino.* VI. *La construcción del derecho a la salud en la jurisprudencia de la Corte Suprema argentina.* VII. *A modo de epílogo.*

## I. INTRODUCCIÓN

En mi opinión, la pregunta por el grado de desarrollo del derecho a la salud en la Argentina de principios del siglo XXI, requiere de la previa consideración del proceso de construcción de la nueva jerarquía de fuentes del ordenamiento jurídico argentino, el cual —reconociendo su hito funda-

mental en la reforma constitucional de 1994— se caracteriza por el progresivo desarrollo de una fuerza expansiva del orden público supranacional sobre los ordenamientos internos, y encuentra en los fenómenos de internacionalización de los ordenamientos y universalización de los derechos, dos de sus pilares fundamentales.

Desde este contexto fenomenológico, pensar, entonces, esta nueva jerarquía de fuentes, conducirá a la pregunta por la crisis y transformación de la noción tradicional de Estado, las causas endógenas y exógenas a las que ésta responda, y el consecuente análisis de un nuevo modelo de Estado o un nuevo Estado de derecho, *vis a vis* un neoconstitucionalismo,<sup>1</sup> dentro del cual se inscriba una alternativa de construcción del sistema de los derechos fundamentales —en general— y del derecho a la salud —en particular— para el presente siglo.

Lo expuesto evidencia una complejidad, que podríamos denominar “externa”, del derecho a la salud, determinada por la estructuración de este derecho fundamental dentro del nuevo espectro jurídico desde y para el cual opera.

De la misma manera posee una complejidad “interna” proveniente, precisamente, de la estructuración de los servicios de salud y de la significación de la salud como un bien jurídico complejo en sí, que requiere para su preservación, de la concurrencia de componentes técnicos y socioeconómicos vinculados a la intervención del Estado en la eco-

<sup>1</sup> Al respecto se sugiere ampliar en Gil Domínguez, Andrés, *Neoconstitucionalismo y derechos colectivos*, Buenos Aires, Ediar, 2005, pp. 18-20. Dicho autor sostiene: “El neoconstitucionalismo o constitucionalismo contemporáneo alude a una nueva cultura jurídica caracterizada por cuatro acepciones principales. La primera de ellas se refiere a un cierto modelo de Estado de derecho que define institucionalmente una determinada forma de organización política. Una segunda acepción configura una teoría del derecho apta para describir o explicar las características del modelo. El Estado constitucional reclama una nueva teoría del derecho, que puede resumirse en las siguientes líneas de evolución: a) más principios que reglas; b) más ponderación que subsunción; c) omnipresencia de la Constitución en todas las áreas jurídicas y en todos los conflictos mínimamente relevantes en lugar de espacios exentos a favor de la opción legislativa o reglamentaria; d) omnipotencia judicial en lugar de autonomía del legislador ordinario; e) coexistencia de una constelación plural de valores en lugar de homogeneidad ideológica. La tercera acepción establece una ideología o filosofía política que justifica o defiende el paradigma propuesto y donde subyace un alto grado de tensión entre democracia y Constitución. Una última acepción se refiere a la dimensión que podríamos denominar filosófico-jurídica, y que tiene por objeto revisar categorías tradicionales instituidas por la teoría general del derecho”.

nomía.<sup>2</sup> De allí que la comprensión de los contenidos, límites y alcances del derecho a la salud en Argentina precise de una discusión aun mayor, de contexto, en la que se integren algunas de las cuestiones planteadas, y muy probablemente otras que no se estén considerando, y que permitan dimensionar, de manera contextualizada, temporal y espacialmente situadas, la realidad de las cuestiones que se discuten cuando se tematiza el derecho a la salud en mi país y muy probablemente en Iberoamérica toda.

En consecuencia, este trabajo cumplirá su finalidad si logra aportarle al lector algunos elementos —siquiera indiciarios— a partir de los cuales pueda advertir de qué manera el fenómeno de la internacionalización ha impactado nuestros ordenamientos internos, reconfigurándolos y resignificando, no sólo al ámbito de actuación del poder, sino principalmente la actuación a los derechos fundamentales, de los cuales el que aquí nos ocupa resulta ser un caso paradigmático en la jurisprudencia argentina.

De allí la necesidad de intentar aportarle al lector, en primer término, algunas breves y fragmentarias consideraciones sobre cuestiones conceptuales —y hasta semánticas— del marco teórico en el que se comprende la salud, para luego, en segundo término, abordar sus bases constitucionales —y supraconstitucionales— vinculadas a la internacionalización y, en tercer lugar, efectuar un somero relevamiento de las principales normas que integran el marco legal del sistema de salud argentino, para finalmente, en cuarto término, pasar a revisar la jurisprudencia en la materia, para intentar una relectura de contexto, actual, de cara a las nuevas fuentes de nuestros ordenamientos.

## II. APROXIMACIÓN A LAS NOCIONES IMPLICADAS EN EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD

En la salud, el derecho a la salud o el derecho a la protección de la salud, se encuentran involucradas las siguientes cuestiones:

<sup>2</sup> Sobre las intersecciones entre el derecho a la salud y las intervenciones del Estado en la economía, en Argentina, se sugiere ampliar en Bidart Campos, Germán, *El orden socioeconómico en la Constitución*, Buenos Aires, Ediar, 1999, especialmente el capítulo XXXIV y, en materia específica de cómo se gestó y desarrolló la intervención estatal en la economía local, en Salomoni, Jorge Luis, *Teoría general de los servicios públicos*, Buenos Aires, Ad Hoc, 1997.

- a) Una concepción de la persona, en tanto destinatario del accionar de los poderes públicos, vinculada a una concepción de los derechos fundamentales y por tanto involucra una técnica de garantía de los derechos humanos traducida en una técnica de igualdad en el disfrute de los bienes, y también en una integración social.
- b) Una estructura social dentro de la cual se reconozcan las peculiaridades que permiten identificar la problemática de salud y, dentro de ellas las peculiaridades que entraña la estructuración de un sistema de derechos y poder, propios de un contexto determinado.<sup>3</sup>
- c) Una consecuente estructura económica a partir de la cual puedan discutirse las racionalidades del gasto público, de la participación privada en la gestión de la salud pública y de los mercados de servicios de salud.<sup>4</sup>

<sup>3</sup> Respecto de la importancia de referir el estudio del derecho fundamental que nos ocupa al contexto dentro —y sobre— el cual opera, en aras de comprender la problemática que entraña, creemos oportuno citar las palabras de David Cienfuegos Salgado, quien en su obra: *Historia de los derechos humanos*, expresa: “De entrada, debe señalarse que los derechos humanos pueden estudiarse en conjunto, como una construcción global en la cual encontraremos una sucesión lineal de logros, de conquistas sucesivas del género humano. Pero también puede estudiarse en una visión parcializada, limitando su evolución en el marco histórico de una sociedad particular establecida en un territorio determinado, constituyéndose entonces los derechos humanos en conquistas, ya no del género humano, sino en exclusiva de un grupo social determinado. Consideramos importante precisar cómo evolucionan los derechos humanos en el contexto nacional, pues creemos necesario que el lector pueda distinguir claramente la forma en que se construye, poco a poco, el sistema de derechos humanos y el modelo de garantías del mismo, dentro del sistema jurídico”. Cienfuegos Salgado, David, *Historia de los derechos humanos, apuntes y textos históricos*, Chilpancingo, Comisión de Defensa de los Derechos Humanos del Estado de Guerrero, 2005, p. 15.

<sup>4</sup> Debe tenerse muy especialmente en cuenta que resulta vital, y hasta indispensable, discutir la dimensión económica del derecho a la salud, en concreto, en tanto derecho social, si bien su análisis nos excede en mucho los fines de este trabajo, baste con traer a colación una reflexión de Juan Ramón Capella, quien sostiene: “El mantenimiento de los derechos sociales exige, esencialmente, una actividad meta-estatal. Afectan a la economía, y precisan por tanto del concurso de la esfera privada. Sólo se pueden mantener en determinadas circunstancias, pues como mínimo precisan una recaudación fiscal suficiente para financiar las prestaciones que les dan contenido. El Estado no puede garantizarlo por sí solo en cualesquiera circunstancia. A la postre la satisfacción de las necesidades garantizadas en forma de derechos sociales puede resultar incompatible con la lógica capitalista básica de la sociedad en que surgen”. Capella, Juan Ramón, *Fruta prohibida. Una aproximación histórico-teórica al estudio del derecho y del Estado*, Madrid, Trotta, 2001, p. 205.

- d) Una estructura política inscrita dentro de un modelo de Estado dentro del cual tome lugar el haz de relaciones de salud,<sup>5</sup> Estado por cierto, inscrito en un contexto témporo-espacial determinado y estructurado a partir de un orden público constitucional o supraconstitucional, que, como en el caso argentino, viene a reconfigurar el sistema de poder y el sistema de derechos —modulando de manera compleja la dinámica de los intereses públicos y privados, desdibujando con ello las esferas de actuación público-privadas— y dentro del cual encontramos al derecho a la salud —o a su protección— como uno de los derechos sociales por antonomasia.<sup>6</sup> A lo que se agrega la complejidad proveniente del mayor o menor grado de internacionalización del ordenamiento.

En el caso argentino se advierte que, a la hora de operar el sistema jurídico vinculado a la salud, en mi país, ya no basta con el relevamiento del conjunto de normas internas del Estado destinadas a la organización de los servicios de salud. Dado el proceso de internacionalización del ordena-

<sup>5</sup> No debe soslayarse la dimensión política del derecho a la salud, como un derecho social equilibrador de fuerzas desiguales que concurre a neutralizar tensiones sociales. En palabras de Juan Ramón Capella: “El programa político que da satisfacción a determinadas necesidades e intereses de las clases trabajadoras articulándolas precisamente como derechos tiene consecuencias sociales neutralizadoras, desactivantes de la tensión social. Tómese cualquiera de los derechos sociales, por ejemplo el derecho a la salud. En la historia, antes de que eso fuera un derecho, cuando la protección de la salud era sólo una aspiración y una necesidad de grandes colectividades o grupos sanitariamente amparados, como tales generaron organización, lucha social y movimiento sociopolítico que consiguió dotarse de poder para materializar esa aspiración y otras análogas.

Ahora bien: que la necesidad de atención sanitaria se satisfaga en la forma del reconocimiento estatal de un derecho tiene el significado siguiente: a) en primer lugar la aspiración queda consagrada como legítima oficialmente, públicamente, ante todos; b) en lo sucesivo el recurso al Estado es el único medio legítimo de defensa del derecho, pues queda bajo la custodia exclusiva del Estado (o sea, el derecho se entrega a la custodia de funcionarios públicos); c) el poder social generado para obtener ese reconocimiento jurídico —el movimiento, la lucha social—, ha de dispersarse, desaparecer; esto es: ha de eclipsarse la articulación social que impuso el reconocimiento del derecho. Por eso la conversión de las aspiraciones y necesidades generales de los trabajadores en derechos tutelados exclusivamente por el Estado es un medio de neutralización y desactivación del conflicto social. Un conflicto que puede reaparecer por desfallecimiento de la capacidad de defensa estatal de algunos de los derechos sociales o de todos cuando se ha desvanecido, a su vez, el poder generado para imponer su reconocimiento”. Capella, Juan Ramón, *idem*.

<sup>6</sup> Carbonell, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, México, Porrúa, 2005, p. 813.

miento jurídico argentino —y consecuente crisis y transformación de los poderes de intervención estatal— las categorías desde las cuales fueron teorizados y tematizados los subsistemas jurídicos nacionales, requieren de una consecuente revisión ajustada a la nueva realidad y a los nuevos paradigmas que comienzan a avizorarse, ya que todo ello impacta sobre el derecho a la salud originando una nueva construcción de este derecho fundamental, como veremos al revisar la jurisprudencia de la Corte Suprema argentina.

Se precisa de un análisis más amplio susceptible de abarcar una realidad compleja, aquella a partir de la cual las realidades internas resultan moduladas desde el contexto externo, internacional o supranacional.

A lo dicho cabe agregar la complejidad técnica específica de la salud, lo cual determina que sobre esta materia confluyan una miríada de nociones y relaciones técnicas, sociales, económicas y, finalmente, jurídicas, que tensan una problemática que —si bien nos excede en mucho— requiere, para su comprensión, del relevamiento de algunas nociones básicas. A modo de ejemplo baste con indicar una, de entre tantas, discusiones terminológicas existente entre los doctrinarios especializados para quienes no es lo mismo el derecho a la salud que el derecho a la “protección” de la salud, siendo que —para un sector de la doctrina— el primero de ellos es más amplio, mientras que el segundo parece dar cuenta, más bien, de la obligación que tiene el Estado de desarrollar acciones positivas tendientes justamente a proteger la salud o repararla cuando ha sido afectada.<sup>7</sup>

De allí que resulte necesario, para delimitar el campo de estudio, relevar algunas de las nociones básicas en esta materia.

La Organización Mundial de la Salud (OMS) define a la salud como “un estado de bienestar físico, psíquico y social tanto del individuo como de la colectividad”.<sup>8</sup> De allí que este derecho fundamental revista un carácter complejo. Como señala Carbonell, se trata de un derecho complejo que se

<sup>7</sup> Cfr. Carbonell, Miguel, “Los derechos fundamentales en México”, p. 813, citando a Leary, Virginia, “Justiciabilidad y más allá: procedimientos de quejas y el derecho a la salud”, *Revista de la Comisión Internacional de Juristas*, Ginebra, diciembre de 1995, núm. 55, pp. 91 y ss.

<sup>8</sup> “Constitución de la Organización Mundial de la Salud”, p. 23, Documentos Básicos, Documento Oficial núm. 240, Washington, 1991 y cfr. Carbonell, Miguel, “Los derechos fundamentales...”, p. 814, citando a Freire, José Manuel, “Política sanitaria”, en varios autores, *Políticas sociales y Estado de bienestar en España, Memoria de 1999*, Madrid, Trotta, 1999, p. 433.

despliega en una amplia serie de posiciones jurídicas fundamentales para los particulares y para el Estado,<sup>9</sup> el cual tiene un componente individual y un componente colectivo o social. En consecuencia, siendo la salud un bien social, solamente puede preservarse mediante un esfuerzo colectivo, que debiera exteriorizarse en un adecuado —y agregaría eficaz y eficiente— sistema de atención sanitaria, o como se denomina en Argentina: sistema de servicios de salud.<sup>10</sup>

Respecto de este último elemento considerado, cabe destacar que la Organización Panamericana de la Salud (OPS) define al sistema de salud como el conjunto de mecanismos a través de los cuales la capacidad instalada y los recursos humanos y financieros se organizan, mediante un proceso administrativo y una tecnología médica, para ofrecer prestaciones médicas integradas en cantidad, calidad y oportunidad adecuadas para cubrir la demanda de la población.<sup>11</sup> Siendo ello así, claramente se advierte que la protección de la salud y el desarrollo de los correspondientes sistemas sanitarios asistenciales es una de las tareas fundamentales de los Estados democráticos contemporáneos.<sup>12</sup>

Lo anterior determina que la “salud” se configure, por un lado, como un objetivo de “política pública”<sup>13</sup> —entrañando con ello potestades y cometidos estatales comprometido con el desarrollo de medidas de acción positiva— y, por el otro, como un derecho fundamental (tutelado asimismo por el orden público supranacional conformado por el sistema de derechos humanos) el cual dependiendo de los umbrales de afectación

<sup>9</sup> Carbonell, Miguel, *op. cit.*, nota 6, p. 813.

<sup>10</sup> *Cfr.* Carbonell, Miguel, *op. cit.*, nota 6, p. 814, con cita a Abramovich, Victor y Courtis, Christian, *El derecho a la atención sanitaria como derecho exigible*, p. 17.

<sup>11</sup> Chartzman Birenbaum, Alberto, “El derecho a la salud y su protección. Obras sociales y seguros de salud”, *Lexis Nexis*, núm. 0003/400734, [www.lexisnexis.com.ar](http://www.lexisnexis.com.ar).

<sup>12</sup> *Cfr.* Carbonell, Miguel, *op. cit.*, nota 6, p. 815, quien agrega: “...durante el siglo XX se produjeron impresionantes avances científicos en el campo de la salud, como resultado de lo que se ha calificado como “la revolución terapéutica”. Sobre todo a partir de los años cincuenta del siglo pasado, hemos asistido a una constante aceleración a la puesta a punto de terapias farmacológicas y quirúrgicas, el desarrollo de instrumentos médicos y de investigaciones genéticas que han permitido enfrentar y derrotar a una serie de enfermedades que en el pasado habían causado graves pérdidas humanas”.

<sup>13</sup> Si bien para Carbonell los desarrollos en la ciencia médica han resignificado a la salud de manera que ya no pueda ser vista como un simple objetivo de política pública sino más bien como un derecho del que todos pueden disfrutar porque las condiciones técnicas y tecnológicas lo permiten. Carbonell, Miguel, *op. cit.*, nota 6, p. 815.

podrá configurarse bien como derecho subjetivo, bien como derecho de incidencia colectiva.

Se evidencia su carácter de derecho fundamental “prestacional”. Ello, en la medida en que principalmente implica y conlleva una serie de obligaciones positivas (de hacer) por parte de los poderes públicos, lo que determinará que a partir de la estructuración de este derecho y sus consecuentes garantías instrumentales, corresponderá al Estado asegurar la asistencia médica una vez que la salud, por la causa que sea, ha sido afectada; o como lo llama Carbonell: “el derecho a la atención o asistencia sanitaria”.<sup>14</sup>

Asimismo se deja entrever la profunda conexión que existe entre el derecho a la salud y el derecho a la vida, todo lo cual implica que ella [la salud] sea tematizada como un bien, un valor y, consecuentemente, como un derecho fundamental adscrito tradicionalmente a la primera generación de derechos, el cual ya no se abatece con la mera omisión de daño, sino que se integra, además, con políticas activas, con medidas de acción positiva, y con prestaciones de dar y de hacer”.<sup>15</sup>

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha destacado, en diversos fallos,<sup>16</sup> la obligación impostergable que tiene la autoridad pública de garantizar el derecho a la salud con acciones positivas, sin perjuicio de las obligaciones que deban asumir en su cumplimiento las jurisdicciones locales, las obras sociales o las entidades de la llamada medicina prepaga.

Así las cosas, se advierte la construcción de un derecho fundamental y de consecuentes obligaciones estatales tendientes a la promoción de la salud, a la implementación de políticas públicas adecuadas y suficientes. La pregunta será entonces por las formas que asume esta protección en el sistema argentino.

De esta manera, para comprender cómo opera este derecho fundamental en nuestro país, cuáles son sus fundamentos, cómo se estructuran sus bases jurídicas y cuáles resultan el contenido de las obligaciones estatales, debemos detenernos en la previa consideración de cómo se operó en Argentina la internacionalización del ordenamiento nacional, como proceso inscrito

<sup>14</sup> Carbonell, Miguel, *op. cit.*, nota 6, p. 813, con cita a Abramovich, Victor y Courtis, Christian, *El derecho a la atención sanitaria como derecho exigible*.

<sup>15</sup> Bidart Campos, Germán José, “La salud: “derecho —bien jurídico— valor”, en *Bioética: entre utopías y desarraigos, Libro homenaje a la doctora Gladys Machinson*, Buenos Aires, Ad Hoc, 2002, pp. 69-76.

<sup>16</sup> Fallos: 321:1684, 323:1339, 3229, 324:3569 y 326:4931.

en el marco de la crisis del Estado (en su acepción decimonónica) y de sus paradigmas y categorías, que reconoce en la reforma constitucional de 1994 a uno de sus hitos. De ello me ocuparé a continuación.

### III. LA REFORMA CONSTITUCIONAL ARGENTINA DE 1994.

#### EL IMPACTO DE LA INTERNACIONALIZACIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO ARGENTINO SOBRE EL DERECHO A LA SALUD

El aguijón crítico tiene que haber penetrado muy hondo en la carne normativa, para que no nos limitemos de nuevo a aterrizar en una simple invocación de majestuosos principios democráticos.

Jürgen HABERMAS

En nuestra realidad latinoamericana, la crisis del Estado tiene como uno de sus puntos de inicio el desplazamiento del ámbito interno al internacional, tanto de la definición de los derechos fundamentales, cuanto del control del Estado por parte de organismos internacionales.

Así, se verifica en nuestras realidades la existencia de una fuerza expansiva del derecho internacional y supranacional sobre los ordenamientos nacionales, determinando la crisis de la facultad exclusiva de producir y aplicar el derecho, que hasta ahora detentaba el Estado-nación. Y, en este sentido, lo anterior nos muestra el progresivo desarrollo de ordenamientos y espacios jurídicos globales, que a más de poner en crisis el “sistema cerrado de legalidad y sus fuentes”,<sup>17</sup> transforman los mecanismos de creación y aplicación del derecho, reduciendo al Estado-nación a un sujeto más entre los varios operadores jurídicos de ese ordenamiento sobre el cual inexorablemente va perdiendo su poder de conformación exclusiva.<sup>18</sup>

<sup>17</sup> Al respecto, creo útil recrear las enseñanzas de Diego Valadés, quien al considerar el proceso de ensanchamiento de las funciones del Estado de bienestar percibe el fenómeno de la crisis del Estado, señalando: “la reducción indiscriminada de las funciones del poder estatal está también abatiendo, con velocidad creciente, uno de los pilares de sustentación del propio poder. Por eso se pone creciente énfasis en los procesos democráticos de legitimación del poder; porque se intuye que se está perdiendo el Estado de bienestar como una forma de legitimación que resultó muy funcional en muchos sistemas, durante largos lustros. Valadés, Diego, *El control del poder*, México, Porrúa-UNAM, 2000, p. 2.

<sup>18</sup> Cfr. Cassese, Sabino, *La crisis del Estado*, pp. 42 y ss.

Sin embargo, la percepción de este fenómeno en nuestra cultura jurídica no es inmediata y requiere de un progresivo desarrollo de canales de discusión sobre sus caracteres generales y sus manifestaciones sectoriales. Por ello se cree útil realizar una breve aproximación a esta problemática.

Siguiendo la línea doctrinaria en la cual se inscribe este trabajo, vemos que hasta no hace mucho tiempo, la estructuración del Estado y sus relaciones presentaban, entre otras, las siguientes notas distintivas.

1. *Exclusividad del ordenamiento*. Los sujetos formaban parte de un ordenamiento que presenta carácter de exclusividad.<sup>19</sup>

2. *Estadocentrismo*. En el centro se encontraba el Estado, perfilando ello un poder público de estructura compacta y en posición de superioridad institucional.<sup>20</sup>

3. *Predeterminación legal*. La ley es la medida y el control del poder público. Predetermina su actuación, prefija sus deberes y por lo tanto es previsible-medible-controlable.<sup>21</sup> Veremos que la transformación que los procesos de crisis del Estado operen sobre este aspecto impactan sobre la estructuración del control público. Ello es así por cuanto ésta se montó a partir de encontrarse la acción estatal normativa y rígidamente planificada por un ordenamiento preexistente que perfila los fines, reglas y deberes de actuación del poder público. Éste es el modelo del poder legal racional, previsible, medible y, por ende, controlable, dentro de la estructura tradicional, tal como lo explica Cassese.

4. *Estabilidad de la esfera pública*. Las relaciones entre lo público y lo privado son determinadas y permanecen estables: entre los organismos puestos en posición superior y los otros sujetos no hay convergencia, sino contraposición.<sup>22</sup>

<sup>19</sup> Señala el profesor Cassese: “Ante todo, los sujetos forman necesariamente parte de un ordenamiento jurídico que presenta carácter de exclusividad. Los sujetos no pueden elegir. El ordenamiento es un dato”, *ibidem*, p. 151.

<sup>20</sup> Agrega el autor citado, “En segundo lugar, en el centro se encuentra el Estado, poder público con estructura compacta. El Estado está en posición de superioridad institucional. En algunos casos, admite ponerse a la par de otros sujetos, con los cuales negocia. Aunque, también en tales casos, puede retomar su posición de superioridad”, *idem*.

<sup>21</sup> Continúa el autor citado: “En tercer lugar, la ley asegura la medida y el control del poder público y, entonces, circunscribe exactamente sus competencias. Por el contrario, los particulares reaccionan según sus propios intereses y fines, en tanto, la ley define sólo aquello que a ellos es prohibido”, *ibidem*, p. 152.

<sup>22</sup> *Idem*.

Sin embargo, la fuerte internacionalización de los ordenamientos internos y el paulatino desarrollo de un *global governance*,<sup>23</sup> verifica este proceso de crisis del Estado, dado su carácter compuesto, en el que se encuentran, yuxtapuestos, interdependientes, integrados, según los casos, elementos jurídicos diversos, estatales, internacionales y supranacionales.<sup>24</sup> Si bien de manera más intensa en algunas realidades, menos intensa en otras y con las peculiaridades y modulaciones propias del contexto temporal-geográfico en los que se verifica el fenómeno.

Argentina tuvo, entre otros, como hito histórico principal, su reforma constitucional de 1994, que facilitó el desarrollo de ámbitos de internacionalización de nuestro ordenamiento conformados por el sistema interamericano de derechos humanos, el proveniente de la integración comunitaria y el determinado por los tratados bilaterales de protección recíproca de inversiones. Sobre el particular, cabe aclarar que la internacionalización del ordenamiento argentino se produjo de manera especial y sin precedentes, entre otras razones, debido a la recepción de determinados tratados internacionales sin reserva de reciprocidad.<sup>25</sup>

Este fenómeno ha operado transformaciones que resultan necesarias presentar para comprender a la nueva arena pública, en la cual se inscribe el neoconstitucionalismo del siglo XXI y se estructura el derecho fundamental a la salud.

<sup>23</sup> En los términos de Cassese quien sostiene: “el *global governance* se presenta como un agregado de organizaciones generales, sectoriales y de acuerdos. No sólo no hay una supremacía y un soberano, sino que ni siquiera existe una estructura definida. Por este motivo no se habla de *global government*: aspectos funcionales, reglas, procedimientos, comportamientos, prevalecen por sobre organizaciones o estructuras. Éstos existen pero su papel no es predominante como en los Estados aparatos, ni su estructura jerárquica sino más bien reticular. Esta estructura presenta una compleja mezcla de componentes internacionales y de componentes nacionales y una gran cantidad de acuerdos sectoriales...”, *ibidem*, p. 44.

<sup>24</sup> *Ibidem*, p. 45.

<sup>25</sup> Al respecto se ha dicho: “Resultará difícil al observador encontrar, en el derecho comparado, otro país que indiscriminadamente haya realizado ese fenómeno de internacionalización de su sistema jurídico, sin exigencia de reciprocidad hacia los otros Estados, y sin evaluar el verdadero impacto que tal fenómeno podría producir en el sistema de relaciones jurídicas nacidas al amparo del ordenamiento nacional, como lo hizo modélicamente la República Argentina”. Salomoni, Jorge, *La defensa del Estado en los conflictos derivados de la aplicación de los tratados bilaterales de protección recíproca de inversiones: el caso de las prestadoras privadas de servicios públicos*, p. 2.

Así, siguiendo la corriente doctrinaria expuesta, vemos que se pasará de una estructura ordenada a un esquema de autoordenación; el ordenamiento jurídico que antes era un dato, se transformará en una elección.<sup>26</sup> Luego, al monismo estatal y a su organización compacta se sustituye un conglomerado de derechos también incompatibles, pero provistos de normas de conflicto y, por ende, de reglas que deciden qué normas aplicar al caso concreto.<sup>27</sup> Entonces, advertimos que se registran las siguientes transformaciones, condicionadas por el grado de avance de los ordenamientos: del “Modelo Estadocéntrico” se pasará a un “modelo ultraestatal”, el cual mientras en la realidad del hemisferio norte tendrá sustancia mercadocéntrica —dato no extrapolable a nuestras empobrecidas naciones americanas— en el hemisferio sur lo encontraremos modulado a través de un nuevo orden público supranacional en progresivo desarrollo a partir del sistema interamericano de derechos humanos y los paulatinos avances en la integración latinoamericana, que permiten verificar un embrionario mercado de derechos fundamentales.

Este modelo ultraestatal opera de manera distinta respecto de los Estados, porque el nuevo modelo no es monopólico: no existirá una sustitución del Estado nacional por un Estado supranacional, y consecuentemente no encontraremos un *global government*, aunque exista un *global governance*. De allí que se verificará la ruptura del paradigma *the State as unit*. Luego, lo anterior provocará un aumento del número de productores de derecho [*soft law*] el cual dejará de imponerse bajo fórmulas rígidas, determinando la pérdida de completitud, sistematicidad y unidad de los organismos jurídicos, en favor de la informalidad, para finalmente, desagregar a los Estados, en los cuales sus órganos internos especializados establecerán relaciones con los órganos similares de otros Estados.<sup>28</sup>

Vinculado a los derechos humanos, su proceso de consolidación y consecuente internacionalización de los ordenamientos —si bien con sus modulaciones y particularidades de los contextos espaciales en los cuales han tomado lugar y los ámbitos constitucionales en los cuales se han desa-

<sup>26</sup> En los términos de Cassese, lo expuesto permite apreciar un paradigma, el de la mercantilización de las instituciones, que desmiente el paradigma tradicional por el cual las instituciones se imponen a los particulares, constituyendo un prerrequisito al cual estos últimos deben necesariamente adaptarse. Cassese, Sabino, *op. cit.*, nota 18, p. 153.

<sup>27</sup> *Idem.*

<sup>28</sup> *Ibidem*, p. 76.

rollado— ha sido, recientemente, caracterizado de manera elocuente en un pronunciamiento de la Corte Suprema argentina, por intermedio del voto del juez Lorenzetti, el cual creo importante citar por reflejar el estado de evolución actual en mi país. Lo efectuó en los siguientes términos:

La consagración de los derechos humanos se obtuvo primero en las Constituciones nacionales y luego se globalizó, en una evolución que llevó siglos. Los padres liberales del derecho penal de los siglos XVIII y XIX necesitaron poner límites al poder estatal desde lo supra legal, pues carecían de Constituciones. Por ello, Feuerbach consideraba que la filosofía era fuente del derecho penal y Carrara derivaba su sistema de la razón. La incorporación de derechos en las Constituciones sirvió para positivizar en el plano nacional estas normas antes supra legales, pero luego las Constituciones fallaron, los Estados de derecho constitucionales se derrumbaron y tampoco tuvieron éxito los intentos internacionalistas de la Liga de las Naciones. Los totalitarismos de entreguerras barrieron con todos esos obstáculos y muchos años después, pasada la catástrofe y superadas etapas de congelamiento posteriores, los derechos humanos se internacionalizaron y globalizaron. En efecto, a partir de las declaraciones de derechos realizadas en las revoluciones estadounidense y francesa, y en los dos siglos posteriores, se producen los dos procesos que Treves llamó de “positivización” de los derechos y principios contenidos en ellas —al primero de ellos— y, luego de la Declaración Universal de los Derechos Humanos en 1948, de “internacionalización” de los mismos derechos positivizados. Treves, Renato, “Diritti umani e sociología del diritto”, en Renato Treves y Vincenzo Ferrari (coords.), *Sociología dei Diritti Umani*, Milán, Franco Angelo, 1989. Este último fenómeno de positivización de los derechos humanos en el derecho internacional, como reaseguro de sus positivizaciones nacionales, es lo que hizo perder buena parte del sentido práctico al clásico debate entre positivismo y jusnaturalismo, sin que, por supuesto, pierda importancia teórica y tampoco cancele sus consecuencias prácticas, porque nada garantiza que el proceso de positivización no se revierta en el futuro. Ello es consecuencia del ambiente cultural y político del cual nacen la Carta de la ONU de 1945, la Declaración Universal de 1948 y por lo tanto, como afirma Ferrajoli, el antifascismo es el rasgo de la democracia contemporánea nacida de las ruinas de la Segunda Guerra Mundial. Tras comprobar que las mayorías requieren de límites que están en las propias Constituciones estatales, y que los mismos Estados requieren de límites supranacionales, surge un nuevo enfoque basado en la democracia constitucional. Ferrajoli, Luigi, “El Tribunal Penal Internacional: una decisión histórica para la

cual nosotros también hemos trabajado”, *Nueva Doctrina Penal*, Buenos Aires, t. 2002/B.<sup>29</sup>

Es que, como lo explica David Cienfuegos Salgado:

Hasta mediados del siglo XX los derechos humanos eran una cuestión doméstica, por lo cual su tutela era competencia exclusiva de los Estados. Sin embargo, a partir de entonces se advierte una internacionalización, que será el germen del sistema conocido como derecho internacional de los derechos humanos. La internacionalización es un proceso llevado a cabo por los Estados, con la pretensión de que algunos aspectos relacionados con la protección de los derechos humanos, se realice desde fuera de los Estados. Este proceso, que puede ser considerado el de culminación en la historia de los derechos humanos, en el inicio del siglo XXI se encuentra en pleno desarrollo. Es claro que con estas acciones se advierte la aceptación de que la formulación jurídico-positiva de los derechos humanos ha dejado de ser cuestión de derecho interno y se plantea como un supuesto inobjetable del derecho internacional.<sup>30</sup>

En Argentina, dicho proceso reconoció un hito histórico: la reforma constitucional de 1994, que facilitó el desarrollo de ámbitos de internacionalización de nuestro ordenamiento conformados por el sistema interamericano de derechos humanos, el proveniente de la integración comunitaria y el determinado por los tratados bilaterales de protección recíproca de inversiones. Sobre el particular, cabe aclarar que la internacionalización del ordenamiento argentino se produjo de manera especial y sin precedentes, entre otras razones, debido a la recepción de determinados tratados internacionales sin reserva de reciprocidad.<sup>31</sup>

<sup>29</sup> Cfr. CSJN, “Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad —causa núm. 17.768—”, Sentencia del 14 de junio de 2005, considerando 19), última parte del voto del juez Lorenzetti.

<sup>30</sup> Cfr. Cienfuegos Salgado, David, *Historia de los derechos humanos, apuntes y textos históricos*, op. cit., nota 3, pp. 57 y 58.

<sup>31</sup> Al respecto se ha dicho: “Resultará difícil al observador encontrar, en el derecho comparado, otro país que indiscriminadamente haya realizado ese fenómeno de internacionalización de su sistema jurídico, sin exigencia de reciprocidad hacia los otros Estados, y sin evaluar el verdadero impacto que tal fenómeno podría producir en el sistema de relaciones jurídicas nacidas al amparo del ordenamiento nacional, como lo hizo modélicamente la República Argentina”. Salomoni, Jorge, op. cit., nota 25, p. 2.

En materia de derechos humanos, de manera expresa el artículo 75, inciso 22, de la Constitución nacional, establece:

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional.

Lo anterior determinará que, a partir de la reforma constitucional de 1994, la protección constitucional del derecho a la salud será la proveniente de los tratados internacionales de derechos humanos, conforme la cláusula constitucional citada.

A fin de comprender la dimensión que posee, en nuestro país, la protección de los tratados internacionales de derechos humanos, y principalmente la Convención Americana sobre Derechos Humanos, debe considerarse un dato de especial importancia respecto de su cualidad sistémica: posee operatividad directa y plena en nuestro país, desde que rige en las condiciones de su vigencia, esto es:

Tal como la Convención citada efectivamente rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación, de ahí que la aludida jurisprudencia deba servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que el Esta-

do argentino reconoció la competencia de la Corte Interamericana para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana.<sup>32</sup>

Posteriormente, nuestro máximo tribunal, intensificando el reconocimiento de la internacionalización del ordenamiento y de la existencia de un “orden público americano”, tuvo oportunidad de decir:

Así, la progresiva evolución del derecho internacional de los derechos humanos —con el rango establecido por el artículo 75, inciso 22, de la Constitución nacional— ya no autoriza al Estado a tomar decisiones sobre la base de ponderaciones de esas características, 15) Que, en efecto, a partir de la modificación de la Constitución nacional en 1994, el Estado argentino ha asumido frente al derecho internacional y en especial, frente al orden jurídico interamericano, una serie de deberes, de jerarquía constitucional, que se han ido consolidando y precisando en cuanto a sus alcances y contenido en una evolución claramente limitativa de las potestades del derecho interno.<sup>33</sup>

<sup>32</sup> Cfr. CSJN, “Giroldi, Horacio David y otros. Recurso de casación”, Sentencia del 07/04/1995, y en similar sentido en: “Monges, Analía M. c/U.B.A.”, Sentencia del 26/12/1996. Al respecto se sugiere ampliar en: González Moras, Juan Martín, “Los tratados de derechos humanos y su incidencia en el derecho administrativo argentino”, *Documentación Administrativa*, núm. 267-268, Madrid, Ministerio de Administraciones Públicas, INAP, 2004, pp. 55 y ss.

<sup>33</sup> Al respecto, resulta elocuente lo expresado en el acápite VIII-B del Dictamen del procurador general de la nación de la causa bajo análisis: “Corresponde efectuar una reseña de la evolución que ha experimentado nuestro ordenamiento jurídico en cuanto al orden de prelación de las normas que lo integran. Al respecto, lo que queda claro —y en ningún momento se ha visto alterado— es la supremacía de la Constitución sobre las demás normas del derecho positivo nacional, incluidas las normas de derecho internacional vigentes para el Estado argentino (cfr. artículos 27 y 31 del texto constitucional y Fallos: 208:84; 211:162). En cambio, en lo atinente a las relaciones de jerarquía entre las leyes nacionales y las normas del derecho internacional vigentes para el Estado argentino, la interpretación de nuestra Constitución ha transitado varias etapas. Así, luego de una primera etapa en la cual se entendió que las normas internacionales poseían rango superior a las leyes nacionales (Fallos: 35:207), sobrevino un extenso periodo en el cual se consideró que éstas se hallaban en un mismo plano jerárquico, por lo que debían regir entre ellas los principios de ley posterior y de ley especial (Fallos: 257:99 y 271:7). A partir del precedente que se registra en Fallos: 315:1492 se retornó a la doctrina Fallos: 35:207 y, con ello, a la interpretación del artículo 31 del texto constitucional según la cual los tratados internacionales poseen jerarquía superior a las leyes nacionales y cualquier otra norma interna de jerarquía inferior a la Constitución nacional. Esta línea interpretativa

Y agrega:

17) Que, tal como ha sido reconocido por esta Corte en diferentes oportunidades, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como las directivas de la Comisión Interamericana, constituyen una imprescindible pauta de interpretación de los deberes y obligaciones derivados de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Fallos: 326:2805, voto del juez Petracchi, y sus citas).<sup>34</sup>

A lo que cabe destacar el enfático reconocimiento de nuestra Corte Suprema, a la jurisprudencia de la Corte interamericana respecto del deber del Estado de: "...articular el aparato gubernamental en todas sus estructuras del ejercicio del poder público de tal manera que sean capaces de asegurar la vigencia de los derechos humanos", unido al reconocimiento de la fuerza expansiva del orden público americano que determinan el progresivo desarrollo de las obligaciones de los Estados, al decir:

Las derivaciones concretas de dicho deber se han ido determinando en forma paulatina a lo largo del desarrollo de la evolución jurisprudencial del tribunal internacional mencionado, hasta llegar, en el momento actual, a una proscripción severa de todos aquellos institutos jurídicos de derecho interno que puedan tener por efecto que el Estado incumpla su deber internacional de perseguir, juzgar y sancionar las violaciones graves a los derechos humanos.<sup>35</sup>

Por otra parte, vinculado al tema que me ocupa, cabe resaltar del voto del juez Lorenzetti —el cual mereciera el comentario de Jorge Salomoni— el siguiente razonamiento:

se consolidó durante la primera mitad de los años noventa (Fallos: 316:1669 y 317:3176) y fue un importante antecedente para la reforma constitucional de 1994 que dejó sentada expresamente la supremacía de los tratados por sobre las leyes nacionales y confirió rango constitucional a los pactos en materia de derechos humanos (artículo 75, inciso 22, de la Constitución). Con posterioridad a la reforma constitucional la Corte Suprema sostuvo que el artículo 75, inciso 22, al asignar dicha prioridad de rango, sólo vino a establecer en forma expresa lo que ya surgía en forma implícita de una correcta interpretación del artículo 31 de la Constitución nacional en su redacción originaria (Fallos: 317:1282 y, posteriormente, 318:2645; 319:1464 y 321:1030)".

<sup>34</sup> *Cfr.* considerando 17.

<sup>35</sup> *Cfr.* considerando 19.

16) Que la fuente del derecho a la que debe recurrirse para calificar a los mencionados delitos, es la Constitución nacional (artículo 31, Constitución nacional) en tanto norma fundamental de reconocimiento del Estado de derecho. Para estos fines, aquélla debe ser entendida como un sistema jurídico que está integrado por las reglas que componen su articulado y los tratados que “en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la Primera Parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos” (artículo 75, inciso 22, Constitución nacional).

17) Que para comprender el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico argentino no cabe reeditar discusiones doctrinarias acerca del dualismo o monismo. La idea de que existe un doble derecho integrado por las normas internacionales que deben ser adoptadas o incorporadas a nuestro derecho interno, o de que configuran normas constitucionales de segundo rango, no se compadece con la clara disposición de la Constitución argentina ya citada en materia de derechos humanos. Esta Corte ha definido esta cuestión en precedentes que establecieron la operatividad de los tratados sobre derechos humanos, y el carácter de fuente de interpretación que tienen las opiniones dadas por los órganos del sistema interamericano de protección de derechos humanos en casos análogos (Fallos: 315:1492; 318:514). La incorporación de los tratados sobre derechos humanos especificados en el artículo 75, inciso 22, de la Constitución nacional es una decisión de los constituyentes, que los poderes constituidos no pueden discutir. La función de los jueces es claramente interpretativa, basada en un juicio de ponderación, con sustento en los principios de armonización, complementariedad, y pleno significado de todas las disposiciones.

18) Que estas fuentes revelan la existencia de un derecho humanitario constitucionalizado (artículo 75, inciso 22, Constitución nacional) que debe ser interpretado conforme al principio de legalidad (artículo 18, Constitución nacional), para proveer de la suficiente seguridad jurídica que reclama el Estado de derecho”.

Como vemos, en mi país el peso del sistema interamericano de los derechos humanos es de tal entidad, que ha determinado que la más calificada doctrina *Ius Publicista* argentina concluya que se verifica la presencia de un “Orden Público Americano”.<sup>36</sup>

<sup>36</sup> Quien por primera vez advirtió sobre dicho fenómeno, vinculando los tratados de derechos humanos al derecho administrativo, ha sido Jorge Luis Salomoni, en su obra: *Teoría general de los servicios públicos*, Buenos Aires, Ad Hoc, 1999, pp. 439 y ss. Y más

De esta manera, para la comprensión de los alcances de dicha protección, debe tenerse presente que en el sistema constitucional argentino la protección supranacional del sistema interamericano de derechos humanos viene a integrarse al articulado de la Constitución nacional.

Esta integración normativa opera de manera complementaria y ampliando los confines de la protección. De allí que se sostenga que el constituyente argentino de 1994 se ha inscrito en la corriente de especificación de los derechos fundamentales.<sup>37</sup>

Es entonces que a partir de ese orden público corresponde analizar el moldeado de los límites y contenidos del derecho a la salud que el Estado argentino se encuentra obligado a resguardar.

A lo expuesto cabe agregar lo siguiente: La protección de dicho derecho fundamental resulta complementada, y asegurada, en el plexo constitucional, mediante la estructuración de las garantías instrumentales que, operativizando la protección de los derechos sociales, establecen la obligación estatal de desarrollar medidas de acción positiva. Es lo dispuesto en el artículo 75, inciso 23, al encomendar al Congreso nacional:

Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad.

recientemente señaló: “El reconocimiento, y la aceptación de los países miembros, que los derechos humanos son superiores y anteriores a los Estados nacionales, y que no se obtienen por la pertenencia de la persona humana a un determinado Estado; estableciéndose a su vez, una subordinación de esos Estados, al sistema de protección de los derechos humanos previstos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Esto es, la conformación de un orden público americano. La Corte Suprema argentina ha reconocido expresamente este principio fundante del ordenamiento jurídico en la sentencia en análisis”. Salomoni, Jorge Luis, “Acerca del Fallo Simón de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, *La Ley*, Buenos Aires, 4 de agosto de 2005, p. 2.

<sup>37</sup> Coincido con quienes sostienen que nuestra reforma constitucional se inscribe en la tendencia de especificación de los derechos fundamentales, por la gradual determinación de los sujetos titulares de esos derechos, en los términos descritos por Norberto Bobbio en su obra *El tiempo de los derechos*, Madrid, Editorial Sistema, 1991. Sobre las vinculaciones entre el proceso mencionado y los derechos públicos locales sugiero ampliar en Salomoni, Jorge Luis, “Sistema jurídico, emergencia, conflicto de derechos y revisión de las tarifas de los servicios públicos”, varios autores, “Emergencia pública y reforma del régimen monetario”, *La Ley*, Buenos Aires, 2002, pp. 93 y ss.

Dictar un régimen de seguridad social especial e integral en protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del periodo de enseñanza elemental, y de la madre durante el embarazo y el tiempo de lactancia.

#### IV. LAS BASES CONSTITUCIONALES DEL DERECHO A LA SALUD EN LA REPÚBLICA ARGENTINA

Sin perjuicio de lo dicho hasta aquí respecto de las bases supraconstitucionales a partir de las cuales se construye el sistema de protección de los derechos fundamentales, en general, y del derecho a la salud en particular, y desde las cuales se vertebra el consecuente sistema de garantías instrumentales que posibilitan la operativización de este derecho, puede afirmarse que ya en el texto constitucional argentino originario (1853-1860) el derecho a la salud constituía un derecho constitucional implícito o no enumerado en los términos de su artículo 33 —cláusula que se mantiene vigente— el que dice así: “Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados, pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno”.<sup>38</sup>

Si bien no se encontraba expresamente enunciado en la Constitución nacional de 1853-1860, los doctrinarios del derecho público argentino han

<sup>38</sup> Cfr. Sagüés, Néstor P., *Elementos de derecho constitucional*, Astrea, 2001, t. 2, pp. 330 y ss. Respecto de los derechos implícitos, en el constitucionalismo argentino, se sugiere ampliar en Gil Domínguez, Andrés, *Neoconstitucionalismo y derechos colectivos*, Buenos Aires, Ediar, 2005, pp. 159 y ss. Sostiene el autor: “Es extremadamente difícil que un sistema jurídico abarque de manera expresa la totalidad de las normas necesarias para poder regular la convivencia social. Partiendo del principio de que los derechos enumerados o enunciados o declarados no significan ni deben entenderse como negación de otros, los derechos que no cuentan con una nominación expresa han recibido múltiples designaciones: derechos no enumerados, derechos implícitos, derechos no enunciados, derechos innominados. Sin atender a las exactitudes lingüísticas, lo cierto es que todas las denominaciones conducen por vía de la equivalencia o de la sinonimia a un concepto común que remite a la existencia de normas más allá de las expresamente formuladas. Se trata de un ámbito residual que acompaña el catálogo declarado normativamente como una suerte de principio cardinal y básico de no exclusión: los derechos que cuentan con una norma que les otorga existencia positiva expresa no niegan la existencia de otros derechos que, a partir de una fuente determinada, subsisten desde un ámbito positivo implícito”. Y específicamente en materia de derechos implícitos conviene ampliar en: Carpio Marcos, Edgar, “El significado de la cláusula de los derechos no enumerados”, *Cuestiones Constitucionales*, México, UNAM, 2000, núm. 3.

acordado en que a través de una interpretación finalista, sistemática y dinámica de los preceptos constitucionales, resulta claro que este atributo integra el concepto del hombre objeto de la regulación constitucional, con la consecuente obligación para el Estado y los particulares de velar por ella,<sup>39</sup> todo lo cual mereció el reconocimiento de que en el preámbulo de la Constitución nacional se encuentran expresiones referidas al bienestar general, objetivo preeminente en el que ha de computarse la preservación de la salud.<sup>40</sup>

A partir de lo antedicho, la construcción de la protección al derecho a la salud continuó a partir de su vinculación con el derecho a la vida.

Al respecto, nuestro máximo tribunal tuvo oportunidad en reiteradas ocasiones de definir su contenido en los siguientes términos:

El reconocimiento constitucional del derecho a la vida no está sujeto a condiciones. Las situaciones dramáticas a que da lugar la aceptación de este principio y las alegaciones de sesgo ideológico o sentimental no deben desviar la mira del juez cuando disposiciones de rango constitucional le imponen la preservación del primer derecho de la persona humana.<sup>41</sup>

Asimismo, en otras oportunidades sostuvo la Corte: “es el primer derecho natural de la persona humana preexistente a toda legislación positiva que, obviamente, resulta conocido y garantizado por la Constitución nacional”.<sup>42</sup>

Con la reforma constitucional de 1994, vinculado a los derechos de consumidores y usuarios de servicios públicos, el artículo 42 en su primer párrafo viene a explicitar el derecho a la salud dentro de las relaciones prestacionales, en estos términos: “Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno”.

La protección constitucional, hasta aquí explicitada, se complementa por la integración de la protección proveniente del orden público americano. En razón de ello, cabe destacar la explicitación del derecho a la promo-

<sup>39</sup> Cfr. Badeni, Gregorio, *Instituciones del derecho constitucional*, Ad Hoc, 1997.

<sup>40</sup> Fallos: 278:313, considerando 15.

<sup>41</sup> CSJN. Sentencia de 11 de enero de 2001, *El Derecho*, t. 191, p. 429.

<sup>42</sup> Fallos 302:1284; 310:112.

ción y protección de la salud que algunos de los tratados internacionales de derechos humanos —con jerarquía constitucional— efectúan. Señalo los siguientes.

El artículo XI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre,<sup>43</sup> el artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos,<sup>44</sup> el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales,<sup>45</sup> el artículo 5o. de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial,<sup>46</sup> el artículo 10 de la Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer,<sup>47</sup> el artículo 17 de la Convención Sobre los Derechos del Niño.<sup>48</sup> Finalmente, resulta interesante mencionar que

<sup>43</sup> Norma que establece: “Toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad”.

<sup>44</sup> Norma que establece: “1. Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios...”.

<sup>45</sup> Norma que establece: “1. Los Estados Partes en el presente pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. 2. Entre las medidas que los Estados Partes en el pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para: 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 médicos en caso de enfermedad”.

<sup>46</sup> Norma que establece: “En conformidad con las obligaciones fundamentales estipuladas en el artículo 2 de la presente Convención, los Estados partes se comprometen a prohibir y eliminar la discriminación racial en todas sus formas y a garantizar el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley, sin distinción de raza, color u origen nacional o étnico, particularmente en el goce de los derechos siguientes: e. Los derechos económicos, sociales y culturales, en particular: iv. El derecho a la salud pública, la asistencia médica, la seguridad social y los servicios sociales”.

<sup>47</sup> Norma que establece: “Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer, con el fin de asegurarle la igualdad de derechos con el hombre en la esfera de la educación y en particular para asegurar condiciones de igualdad entre hombres y mujeres: h) Acceso al material informativo específico que contribuya a asegurar la salud y el bienestar de la familia, incluida la información y el asesoramiento sobre la planificación de la misma”.

<sup>48</sup> Norma que establece: “Los Estados Partes reconocen la importante función que desempeñan los medios de comunicación y velarán porque el niño tenga acceso a información y material procedentes de diversas fuentes nacionales e internacionales, en especial a la información y el material que tenga por finalidad promover su bienestar social, espiritual y moral y su salud física y mental.

dentro del sistema de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la protección brindada al derecho a la salud se estructura como finalidad y límite de la restricción de otros derechos fundamentales como el de “Libertad de conciencia y de religión” (artículo 12), “Libertad de pensamiento y de expresión” (artículo 13), “Derecho de reunión” (artículo 15), “Libertad de asociación” (artículo 16) y el “Derecho de circulación y de residencia” (artículo 22).

### *1. La dimensión constitucional local: el caso de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*

El artículo 20 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, garantiza el derecho de los ciudadanos a la salud integral y establece que el gasto público en materia de salud constituye una inversión prioritaria. A su turno, asegura, a través del área estatal de salud, las acciones colectivas e individuales de promoción, prevención, atención y rehabilitación, gratuitas, con criterio de accesibilidad, equidad, integridad, solidaridad, universalidad y oportunidad.

Por su parte, en el artículo 21 se estipula que la legislatura de la ciudad debe sancionar una Ley Básica de Salud, y establecer los lineamientos a los cuales deberá ajustarse dicha ley.

En su artículo 22 indica que la ciudad ejerce su función indelegable de autoridad sanitaria, por tal motivo es competente para regular, fiscalizar y controlar todo el circuito de producción, comercialización y consumo de, entre otros, los medicamentos.

La ciudad garantiza la defensa de los consumidores y usuarios de bienes y servicios, protegiendo, entre otros derechos, la salud, de conformidad con lo prescrito en el artículo 46 de la Constitución de la ciudad.

## V. BREVE CARACTERIZACIÓN DE LAS BASES NORMATIVAS DEL SISTEMA ARGENTINO

Sentado lo anterior, y dentro del alcance del presente trabajo, cabe efectuar una breve presentación de las normas legales vigentes, en la materia. Para ello me limitaré a comentar el andamiaje normativo vigente en el nivel federal y el establecido para la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, ya que por su extensión no es posible adentrarnos en los sistemas provinciales de Argentina.

La Ley núm. 23.660 establece el régimen legal de las obras sociales. Los artículos 8o. y 9o. de la ley mencionada establecen los sujetos que se encuentran incluidos en calidad de beneficiarios de las respectivas prestaciones. Estas prestaciones están a cargo de organismos especiales llamados “Obras Sociales”, que constituyen “entes públicos no estatales” administrados por el sindicato que ejerce la representación de los trabajadores del sector. Éstos deben brindar las prestaciones de carácter médico y de internación. La obligación se mantiene en vigencia desde el inicio de la relación (no existe periodo de carencia) y, hasta tres meses posteriores a la cesación de la misma. El mantenimiento de la calidad de beneficiario trabajador en relación de dependencia se extiende a su respectivo grupo familiar primario.

La norma establece un régimen de administración para las distintas obras sociales: sindicales, de administración mixta, de la administración central, de empresas y sociedades del Estado, del personal de dirección y de las asociaciones de profesionales, constituidas por convenio con empresas privadas o públicas. El ordenamiento establece un régimen especial de financiación a cargo de los beneficiarios (a través de aportes que se descuentan de sus sueldos) y de contribuciones de los respectivos empleadores. A éstos se les asigna la función de actuar como agentes de retención y de efectuar el depósito de esos fondos que le corresponden a la respectiva obra social, lo que se efectúa en forma simultánea con las de carácter previsional y otros. El organismo público que administra este último —Administración Federal de Ingresos Públicos—, es el encargado de distribuir los fondos recaudados entre los diversos titulares.<sup>49</sup>

Por su parte, la Ley núm. 23.661 crea el Sistema Nacional del Seguro de Salud, con los alcances de un seguro social a efectos de procurar el pleno goce del derecho a la salud para todos los habitantes del país sin discriminación social, económica, cultural o geográfica. La norma mencionada establece que el seguro tendrá como objetivo fundamental proveer el otorgamiento de prestaciones de salud igualitarias, integrales y humanizadas, tendientes a la promoción, protección, recuperación y rehabilitación de la salud, que respondan al mejor nivel de calidad disponible y garanticen a los beneficiarios la obtención del mismo tipo y nivel de prestaciones elimi-

<sup>49</sup> Vázquez Vialard, Antonio, “La obligación de la obra social de brindar las prestaciones, aunque el empleador no hubiera hecho efectiva su contribución”, *La Ley*, 2005-B, 767.

nando toda forma de discriminación con base en un criterio de justicia distributiva.

Establece que los agentes de salud serán las obras sociales, cualquiera sea su naturaleza, las obras sociales de otras jurisdicciones y demás entidades que se adhieran al sistema.

El seguro adecuará sus acciones a las políticas que se dicten e instrumenten a través del Ministerio de Salud y Acción Social (hoy Ministerio de Salud y Medio Ambiente de la Nación). Dichas políticas estarán encaminadas a articular y coordinar los servicios de salud de las obras sociales, de los establecimientos públicos y de los prestadores privados en un sistema de cobertura universal, estructura pluralista y participativa y administración descentralizada que responda a la organización federal de nuestro país. Se orientarán a asegurar un adecuado control y fiscalización por parte de la comunidad y afianzar los lazos y mecanismos de solidaridad nacional que dan fundamento al desarrollo de un seguro de salud, artículo 3o.

La ley establece que son beneficiarios del seguro: los beneficiarios comprendidos en la Ley de Obras Sociales, los trabajadores autónomos comprendidos en el régimen de jubilaciones y pensiones y, las personas que, con residencia permanente en el país, se encuentran sin cobertura médico-asistencial por carecer de tareas remuneradas o beneficios provisionales.

Asimismo estipula como autoridad de aplicación del seguro a la Secretaría de Salud de la Nación y, en su ámbito funcionará la Administración Nacional del Seguro de Salud (ANSS), como entidad estatal de derecho público con personalidad jurídica y autarquía individual, financiera y administrativa.

Las prestaciones del seguro serán otorgadas de acuerdo con las políticas de salud, las que asegurarán la plena utilización de los servicios y capacidad instalada existente y estarán basadas en la estrategia de la atención primaria de la salud y descentralización operativa, promoviendo la libre elección de los prestadores por parte de los beneficiarios.

El Programa Médico Obligatorio de Emergencia, establecido en el Decreto núm. 486/PEN/2002, que tuvo entre sus objetivos garantizar el acceso a los bienes y servicios básicos para la conservación de la salud, garantizando el acceso a las prestaciones médicas esenciales, considerándose las mismas las que resulten necesarias e imprescindibles para la preservación de la vida y la atención de las enfermedades, por lo tanto, la norma en comentario tiende a proteger la salud y las prestaciones médicas imprescindibles para la preservación de la vida y atención de las enferme-

dades, derecho constitucionalmente consagrado, aun en momentos de emergencia económica.<sup>50</sup>

El Plan Médico Obligatorio estableció las prestaciones básicas que las obras sociales y los agentes de seguro deben cubrir en forma obligatoria a todos los beneficiarios.

Otra norma que resulta pertinente mencionar es la Ley de Migraciones, núm. 25.871, la cual estipula en su artículo 8o.: “No podrá negársele o restringírsele en ningún caso, el acceso al derecho a la salud, la asistencia social o atención sanitaria a todos los extranjeros que lo requieran, cualquiera que sea su situación migratoria”, de la redacción de la norma mencionada surge la obligación que tiene el Estado de garantizar el acceso a la salud y en ningún caso privar de ese acceso a los habitantes en razón de la condición migratoria que revistan.<sup>51</sup>

Cabe mencionar a la Superintendencia de Servicios de Salud, que es el ente de regulación y control de los actores del sector, con el objeto de asegurar el cumplimiento de las políticas del área, que tiene entre sus funciones dictar normas que regulen y reglamenten los servicios. Dicho ente es competente en la aprobación del Programa Médico Obligatorio (PMO).<sup>52</sup>

Por su parte, en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, la Ley Básica de Salud de la Ciudad de Buenos Aires, núm. 153, garantiza el derecho a la salud integral, mediante la regulación y ordenamiento de todas las acciones conducentes a tal fin.

En su artículo 3o. establece los principios en los cuales se sustenta la garantía del derecho a la salud, y menciona, entre otros, la cobertura universal de la población (inciso e); la gratuidad de las acciones de salud, como exención de cualquier forma de pago (inciso g); el acceso y utilización equitativos de los servicios, que evite y compense desigualdades sociales y zonales dentro de su territorio, adecuando la respuesta sanitaria a las diversas necesidades (inciso h).

La norma comentada reconoce los derechos de todas las personas en su relación con el sistema de salud y los servicios de salud; y enumera, entre

<sup>50</sup> Gallo Quintián, Federico y Pérez Catella (h.), Héctor R., “La protección constitucional del derecho a la salud; vías idóneas para su tutela”, *LL Suplemento Actualidad* 2005, [www.laleyonline.com.ar](http://www.laleyonline.com.ar).

<sup>51</sup> Palacios, Carmen, “Derechos humanos y el acceso a la salud para todos los habitantes en la República Argentina. Inmigrantes en condición irregular. Información y difusión de sus derechos”. *LL Suplemento Administrativo*, noviembre de 2005.

<sup>52</sup> Chartzman Birenbaum, Alberto, *op. cit.*, nota 11.

otros derechos, la inexistencia de discriminación de cualquier tipo; la simplicidad y rapidez en turnos y trámites y respeto de turnos y prácticas, etcétera.

Por su parte, la Ley núm. 472 crea la Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires (Ob.S.B.A.) como continuadora del Instituto Municipal de Obra Social (IMOS). Se le reconoce a la misma el carácter de ente público no estatal, organizada como instituto de administración misma con capacidad de derecho público y privado, contando con individualidad jurídica y autarquía económico-financiera.

La obra social mencionada tiene por objeto la prestación de servicios de salud que contengan acciones colectivas e individuales de promoción, prevención, atención, recuperación y rehabilitación.

En forma supletoria y en aquello que resulta pertinente, la Ob.S.B.A. se regirá por las estipulaciones de orden nacional contenidas en las leyes núm. 23.660 y 23.661.

Asimismo, estipula que la administración estará a cargo de un directorio, y establece los deberes y las atribuciones del mismo.

A su turno, la Ley núm. 752 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires llamada Ley de protección de derechos y atención de la salud frente a la crisis económica y social, tuvo por objeto garantizar la continuidad de la atención de la salud de la población frente a la crisis económica y social. Estableció, para su cumplimiento, diversas medidas, entre ellas: arbitrar los medios para garantizar las prestaciones del primero, segundo y tercer nivel en los efectores de salud del subsector estatal de 8 a 20 horas de lunes a viernes para la atención programada, garantizar la continuidad y terminación de las obras en construcción, garantizar la continuidad de los servicios sin reducción de personal, etcétera.

## VI. LA CONSTRUCCIÓN DEL DERECHO A LA SALUD EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA ARGENTINA

Presentadas las bases constitucionales y normativas del derecho a la salud en argentina, cabe ahora ingresar en la consideración de su recepción jurisprudencial.

En los pronunciamientos que seguidamente comentaré, la Corte Suprema de Justicia argentina, con sustento en las normas provenientes del orden público americano, ha reafirmado el derecho a la salud, reconociéndolo como un derecho comprendido dentro del derecho a la vida y

cuya garantía instrumental radica en la obligación estatal de desarrollar las medidas de acción positivas, adecuadas para el cumplimiento de la manda constitucional.

Es así que en dos de los casos más relevantes, ha resaltado “la obligación impostergerable que tiene la autoridad pública de garantizar ese derecho con acciones positivas, sin perjuicio de las obligaciones que deban asumir en su cumplimiento las jurisdicciones locales, las obras sociales o las entidades de la llamada medicina prepaga”. Tal la doctrina sentada en “Asociación Benghalensis” y “Campodónico”.

Merece destacarse la doctrina sentada por el alto tribunal, de manera categórica, frente a los casos en que se encuentra en juego la salud de los niños, niñas y adolescentes, en los siguientes términos:

Los aludidos pactos internacionales contienen cláusulas específicas que resguardan la vida y la salud de los niños, según surge del artículo VII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, del artículo 25, inciso 2, de la Declaración Universal de Derechos Humanos, de los artículos 4, inciso 1, y 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos —Pacto de San José de Costa Rica—, del artículo 24, inciso 1, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y del artículo 10, inciso 3, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, vinculados con la asistencia y cuidados especiales que se les deben asegurar.<sup>53</sup>

### 1. *Asociación Benghalensis*

En el caso, el Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación, a través de la Secretaría de Salud, interpuso recurso extraordinario contra la sentencia de la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal que confirmó la sentencia de primera instancia, que al hacer lugar a la acción de amparo interpuesta por la Asociación Benghalensis y otras entidades no gubernamentales que desarrollan actividades contra el virus del SIDA, condenó al Estado nacional a dar acabado cumplimiento a su obligación de asistencia, tratamiento y suministro de medicamentos —en forma regular, oportuna y continua— a los

<sup>53</sup> CSJN, Fallos 321:1684.

enfermos de ese mal registrados en los hospitales públicos y efectores sanitarios del país.

El apelante expresó los siguientes agravios: a) existe gravedad institucional, toda vez que la decisión favorable a la actora tendrá incidencia en la economía nacional; b) acusa arbitrariedad; c) el presupuesto es un acto institucional no justiciable, por ende deslinda su responsabilidad alegando la falta de colaboración de los Estados provinciales.

La Corte, en mayoría, declaró admisible el recurso en relación con la interpretación de la Ley 23.798 y consideró 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, posición que pacíficamente resulta sostenida por nuestro máximo tribunal.<sup>54</sup>

Pero especialmente resulta de interés extractar un pasaje de la Sentencia de la Corte en el cual se reconoce su carácter de derecho implícito, desde los orígenes del constitucionalismo argentino. Así, en términos categóricos nuestro máximo tribunal señaló: “Que esta Corte desde sus inicios entendió que el Estado nacional está obligado a proteger la salud pública (Fallos: 31:273) pues el derecho a la salud está comprendido dentro del derecho a la vida que es el primer derecho natural de la persona humana preexistente a toda legislación positiva que, obviamente, resulta reconocido y garantizado por la Constitución nacional” (Fallos 302:1284; 310:112).<sup>55</sup>

De esta manera, nuestra Corte continúa su línea jurisprudencial por intermedio de la cual venía sosteniendo: “que en el preámbulo de nuestra Constitución nacional ya se encuentran expresiones referidas al bienestar general, objetivo preeminente en el que, por cierto, ha de computarse con prioridad indiscutible, la preservación de la salud”.<sup>56</sup>

Al respecto, no está demás traer a colación lo sostenido por la más calificada doctrina argentina al considerar que si bien su protección conforma un

<sup>54</sup> Sobre la protección del derecho a la vida, vinculado a la salud, ya tuvo oportunidad de pronunciarse nuestra Corte en varias oportunidades, entre las que se destaca la siguiente: “El reconocimiento constitucional del derecho a la vida no está sujeto a condiciones. Las situaciones dramáticas a que da lugar la aceptación de este principio y las alegaciones de sesgo ideológico o sentimental no deben desviar la mira del juez cuando disposiciones de rango constitucional le imponen la preservación del primer derecho de la persona humana”. CSJN, 11 de enero de 2001. ED, 191-429.

<sup>55</sup> Voto de mayoría, considerando 9o.

<sup>56</sup> CSJN, Fallos: 278:313, considerando 15.

...derecho implícito dentro de los clásicos derechos civiles, hoy con el curso progresivo de los derechos humanos en el constitucionalismo social, aquel enfoque peca de exigüedad. El derecho a la salud exige, además de la abstención de daño, muchísimas prestaciones favorables que irrogan en determinados sujetos pasivos el deber de dar y de hacer. Piénsese en las prestaciones estatales que para la atención de la salud tienen a su cargo los establecimientos del Estado, más las propias de la seguridad social. Todo ello para dispensar tratamientos de prevención, de asistencia durante la enfermedad, de seguimiento en el periodo de recuperación y rehabilitación, más la provisión de terapias y medicamentos.<sup>57</sup>

Respecto de esta última observación, cabe destacar un dato de singular interés: si bien el principio de progresividad en la protección de los derechos, se incorporó al sistema jurídico argentino por intermedio del artículo 33 de la Constitución argentina originaria, conceptualmente, este precepto se repite en las Constituciones de: Brasil, artículo 5, LXXVII, párrafo 2; Paraguay, artículo 80; Uruguay, artículo 72, lo cual autoriza a sostener que, al menos en nuestra región, constituye “un principio general de derecho” en los términos del artículo 38, párrafo 1o. c, del Estatuto del Tribunal Internacional de Justicia o, como lo sostuvo la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su informe 30/93, “una cláusula constitucional consuetudinaria de firme tradición en el hemisferio” (CIDH, *Informe anual*, 1993, p. 289).<sup>58</sup>

Por lo cual, no resultaría extraño inferir, que el derecho fundamental a la salud, y con ello el constitucionalismo social, acaso resulte una formulación originaria y auténtica del constitucionalismo latinoamericano.<sup>59</sup>

<sup>57</sup> Bidart Campos, Germán, *Manual de la Constitución reformada*, t. II, p. 107.

<sup>58</sup> Salomoni, Jorge Luis, Interés público y emergencia, Texto de la conferencia dictada en el Congreso, “La emergencia hoy”, Fundación de Derecho Administrativo, agosto de 2003, p. 10, con cita a Fappiano, Óscar L., *El derecho de los derechos humanos*, Buenos Aires, Ábaco, 1997, p. 48.

<sup>59</sup> Respecto de este punto y vinculado a la idea de Constitución como instrumento equilibrador de asimetrías y desigualdades sociales —como idea superadora del constitucionalismo liberal decimonónico de sesgo universalista— es oportuno recrear las palabras de David Cienfuegos Salgado, quien al analizar el texto constitucional de 1857, deja en evidencia el carácter implícito de los derechos sociales que más adelante caracterizarían a la Constitución mexicana de 1917. Sostiene el autor, con base en las investigaciones del profesor González Oropeza: “Con la Constitución de 1857 se definió el marco de los derechos de los habitantes del Estado mexicano. En la discusión de este documento

La línea doctrinaria citada se conjuga con el razonamiento del Tribunal, el cual analiza el marco normativo vigente y señala que 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 tratamiento.

Tanto el Estado federal como provincial son responsables en forma concurrente, con la salvedad que la Secretaría de Salud 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).

Cabe destacar que el precedente 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 SIDA. Además, en el aspecto procesal, ha reconocido la legitimación activa de organizaciones cuyo objeto social tiende a la protección del derecho a la salud.<sup>60</sup>

De allí que, por el razonamiento desarrollado a lo largo del fallo, la Corte Suprema argentina concluya categóricamente afirmando: “En tales condiciones, se infiere que la protección del derecho a la salud, según esta

constitucional participaron las mentes más lúcidas del siglo XIX, muchos de ellos acendrados defensores de la libertad, quienes han legado un ejemplo a las nuevas generaciones acerca de la forma de concebir la sociedad y su organización, así como la dignidad del hombre. Ahora bien, es necesario decir que en el ámbito de la concepción de los derechos sociales, la importancia que tiene el periodo previo al constituyente de 1857 ha sido destacada por González Oropeza, al señalar que las ideas de contenido social no comienzan con nuestra Constitución de 1917, sino que por lo menos, provienen desde el liberal Congreso Constituyente mexicano de 1856-1857, el cual tendría como referencia necesaria las obras y las ideas de las generaciones de mexicanos que desde 1824 habían venido enfrentándose en la consecución de un país más justo y en la elaboración de un sistema constitucional que sirviera por igual a todas las causas. Los desposeídos, los indígenas, las mujeres, los obreros y los ciudadanos sometidos a prisión, deberían ser defendidos con mecanismos establecidos en la Constitución, en lugar de prometerles derechos abstractos y anunciarles teorías impracticables”. Cienfuegos Salgado, David, *Historia de los derechos humanos, apuntes y textos históricos*, pp. 102, 103 y 104.

<sup>60</sup> Ariza Clerici, Rodolfo, “El derecho a la salud en la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, [www.juridice.com.ar](http://www.juridice.com.ar).

Corte, es una obligación impostergable del Estado nacional de inversión prioritaria”.<sup>61</sup>

## 2. “Campodónico”<sup>62</sup>

El actor inició acción de amparo contra el Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación para el que el Banco Nacional de Drogas Antineoplásicas prosiguiera suministrando, a un menor afectado por un padecimiento grave en la médula ósea, un producto farmacológico especial indispensable para el tratamiento médico de esa patología.<sup>63</sup>

El fundamento de hecho de la pretensión radicó en el peligro inminente de interrupción del tratamiento, con el objeto de hacer cesar el acto lesivo que privó de la prestación necesaria para el niño, razón por la cual se invocó la protección judicial a fin de evitar el menoscabo de los derechos a la vida y a la salud garantizados por la Constitución nacional y los tratados internacionales sobre derechos humanos, en los términos de la pretensión.<sup>64</sup>

Como era de prever, en atención a la alta sensibilidad del caso, el caso fue favorablemente acogido en primera instancia y luego confirmado por la Cámara de Apelaciones, en una enjundiosa sentencia en la cual se exployó sobre las bases constitucionales de la protección invocada y que, por tal motivo, mereció la expresa mención del alto tribunal. Así sostuvo:

a) Los derechos a la vida y a la preservación de la salud reconocidos por los artículos 14, 14 bis, 18, 19 y 33 de la ley fundamental y los tratados internacionales de jerarquía constitucional, conllevan deberes correlativos que el Estado debe asumir en la organización del servicio sanitario.

<sup>61</sup> Voto de mayoría, considerando 11.

<sup>62</sup> CSJN, Sentencia del 24 de octubre de 2000: “Campodónico de Beviacqua, Ana Carina c/ Ministerio de Salud y Acción Social. Secretaría de Programas de Salud y Banco de Drogas Neoplásicas. Recurso de Hecho”.

<sup>63</sup> Los hechos del caso dan cuenta de un menor que nació con un padecimiento grave en su médula ósea que disminuye sus defensas inmunológicas —enfermedad de Kostman o neutropenia severa congénita—, cuyo tratamiento dependía de una medicación especial que le fue suministrada sin cargo por el Banco Nacional de Drogas Antineoplásicas, dependiente del Ministerio de Salud y Acción Social, hasta el 2 de diciembre de 1998, fecha en que ese organismo puso de manifiesto a sus padres que entregaba el fármaco “por última vez” (*cfr.* considerando 1o. del fallo de Corte).

<sup>64</sup> *Cfr.* considerando 2o. del voto de mayoría.

b) El principio de actuación subsidiaria que rige en esta materia se articula con la regla de solidaridad social, pues el Estado debe garantizar una cobertura asistencial a todos los ciudadanos, sin discriminación social, económica, cultural o geográfica (artículo 1, ley 23.661), y ello impone su intervención cuando se encuentra superada la capacidad de previsión de los individuos o pequeñas comunidades.<sup>65</sup>

La Corte, al resolver el recurso extraordinario interpuesto por el representante del Estado, confirmó la sentencia de las instancias inferiores mediante un razonamiento impecable en el cual se deja en claro la nueva jerarquía de fuentes de nuestro ordenamiento interno, que comienza a construirse a partir de la reforma constitucional de 1994. Ello, por cuanto construirá la solución del caso a partir de una hermenéutica que, inscrita dentro del proceso de universalización de los derechos, le permite determinar las omisiones estatales lesivas, a partir de la constatación de los incumplimientos de parte del poder público con las obligaciones provenientes del orden público americano, el que reconoce en su vértice al sistema interamericano de derechos humanos. Será entonces a partir de allí que procederá a dotar de contenido a los mandatos constitucionales omitidos y que informan el derecho a la salud en nuestro país.

Para ello parte de la constatación de que: “el Tribunal ha considerado que el derecho a la vida es el primer derecho de la persona humana que resulta reconocido y garantizado por la Constitución nacional” (Fallos: 302:1284; 310:112)” y que su fundamento radica en que “el hombre es eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo —más allá de su naturaleza trascendente— su persona es inviolable y constituye valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental (Fallos: 316:479, votos concurrentes)”.<sup>66</sup>

Cabe destacar que tal valoración viene a reafirmar el fundamento de la protección de los derechos humanos consagrado en el preámbulo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, al reconocer que: “...los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección

<sup>65</sup> *Cfr.* considerando 60. del voto de mayoría.

<sup>66</sup> *Cfr.* considerando 15 del voto de mayoría.

internacional”. Allí finca una pauta hermenéutica que conduce la resolución del caso.<sup>67</sup>

Así es como luego continúa, reafirmando la doctrina sentada en el precedente Asociación Benghalensis:

Que a partir de lo dispuesto en los tratados internacionales que tienen jerarquía constitucional (artículo 75, inciso 22, de la ley suprema), ha reafirmado en recientes pronunciamientos el derecho a la preservación de la salud —comprendido dentro del derecho a la vida— y ha destacado la obligación impostergable que tiene la autoridad pública de garantizar ese derecho con acciones positivas, sin perjuicio de las obligaciones que deban asumir en su cumplimiento las jurisdicciones locales, las obras sociales o las entidades de la llamada medicina prepaga.<sup>68</sup>

Luego, en el considerando siguiente, revisa las normas, del sistema interamericano de derechos humanos, que expresamente protegen el derecho a la salud,<sup>69</sup> para establecer —desde el orden público supranacional— el contenido de las obligaciones estatales exigibles en materia de salud y que fueron omitidas en el caso. Así reconocerá:

- El derecho a disfrutar del más alto nivel posible de salud física y mental y el correlativo deber de los Estados de procurar su satisfacción mediante la implementación de acciones positivas adecuadas.<sup>70</sup>
- La determinación de los alcances de la obligación estatal, en el compromiso del “máximo de los recursos disponibles”.<sup>71</sup>

<sup>67</sup> Al respecto, me remito al trabajo del Profesor argentino Jorge Luis Salomoni, “Acerca del Fallo ‘Simón’ de la Corte Suprema de Justicia de la Nación” (*La Ley*, 4 de agosto de 2005) y el texto citado en la nota 29 del presente.

<sup>68</sup> *Cfr.* considerando 16 del voto de mayoría.

<sup>69</sup> El considerando 17 del voto de mayoría dice así: “17) Que los aludidos pactos internacionales contienen cláusulas específicas que resguardan la vida y la salud de los niños, según surge del artículo VII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, del artículo 25, inciso 2, de la Declaración Universal de Derechos Humanos, de los artículos 4, inciso 1 y 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos —Pacto de San José de Costa Rica—, del artículo 24, inciso 1, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y del artículo 10, inciso 3, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, vinculados con la asistencia y cuidados especiales que se les deben asegurar.

<sup>70</sup> *Cfr.* considerando 18 del voto de mayoría.

<sup>71</sup> Vinculada a la protección del derecho a la salud de los niños esta obligación comprende: “La consecuente obligación de los Estados de alentar y garantizar a los menores

- La jerarquización de los deberes y obligaciones estatal al rango de obligación internacional del Estado.<sup>72</sup>
- De esta manera, sentadas las bases constitucionales y supraconstitucionales del sistema, evaluará luego la racionalidad de la organización interna del sistema de servicios de salud respecto de los parámetros supranacionales,<sup>73</sup> para luego determinar el contenido concreto de las

con impedimentos físicos o mentales el acceso efectivo a los servicios sanitarios y de rehabilitación, de esforzarse para que no sean privados de esos servicios y de lograr cabal realización del derecho a beneficiarse de la seguridad social, para lo cual se debe tener en cuenta la legislación nacional, los recursos y la situación de cada infante y de las personas responsables de su mantenimiento” (considerando 20 del voto de mayoría). Sentado ello, el alto tribunal verificará la consecuente adecuación de la legislación interna al orden internacional, en estos términos: “24) Que la misma ley establece que las prestaciones serán otorgadas de acuerdo con los planes nacionales de salud, los que deben asegurar la plena utilización de los servicios y capacidad instalada existente. El Fondo Solidario de Redistribución es el instrumento destinado a dar apoyo a los agentes y jurisdicciones adheridas, equiparar niveles de cobertura obligatoria y asegurar la financiación de programas en favor de sus beneficiarios” (*cfr.* considerando 24).

<sup>72</sup> En el considerando 21 del voto de mayoría, se reconoce: “Que el Estado nacional ha asumido, pues, compromisos internacionales explícitos encaminados a promover y facilitar las prestaciones de salud que requiera la minoridad y no puede desligarse válidamente de esos deberes so pretexto de la inactividad de otras entidades públicas o privadas, máxime cuando ellas participan de un mismo sistema sanitario y lo que se halla en juego es el interés superior del niño, que debe ser tutelado por sobre otras consideraciones por todos los departamentos gubernamentales (artículo 3, Convención sobre los Derechos del Niño, ya citada)”.

<sup>73</sup> Señaló el alto tribunal: “Que, al respecto, 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 discriminación social, económica, cultural o geográfica. Con tal finalidad, dicho seguro ha sido organizado dentro del marco de una concepción ‘integradora’ del sector sanitario, en el que la autoridad pública reafirme su papel de conducción general del sistema y las sociedades intermedias consoliden su participación en la gestión directa de las acciones” (artículo 1). Su objetivo fundamental es “proveer al otorgamiento de prestaciones de salud igualitarias, integrales y humanizadas, tendientes a la promoción, protección, recuperación y rehabilitación de la salud, que respondan al mejor nivel de calidad disponible y garanticen a los beneficiarios la obtención del mismo tipo y nivel de prestaciones eliminando toda forma de discriminación” (*Cfr.* considerando 22). Y agrega: “Que el Ministerio de Salud y Acción Social, mediante la Secretaría de Salud, es la autoridad de aplicación que fija las políticas sanitarias del seguro y es también el organismo designado en la Ley 23.661 para llevar a cabo la política de medicamentos. En tal carácter, le corresponde articular y coordinar los servicios asistenciales que prestan las obras sociales comprendidas en la Ley 23.660, los establecimientos públicos y los prestadores privados en un sistema de cobertura universal, estructura pluralista y participativa y administración descentralizada que responda a la organización federal de nuestro país” (*cfr.* considerando 23).

funciones estatales en materia de salud<sup>74</sup> y su conformidad con las bases supraconstitucionales del sistema. En ese momento nuestro máximo tribunal determinará las conductas lesivas que habilitaron la tutela amparista.<sup>75</sup>

### 3. “Asociación Portal de Belén”<sup>76</sup>

En este caso, por cierto muy resonado en los medios locales de Argentina, por el que se discutió en torno a la anticoncepción y la llamada “píldora del día después”, una asociación civil promovió acción de amparo contra el Ministerio de Salud y Acción Social, a fin de que se le ordene revocar la autorización y se prohíba la fabricación, distribución y comercialización del fármaco “Imediat”. Si bien el objeto de discusión residió en los alcances de la protección del derecho a la vida, creo útil abordarlo, dada la vinculación que nuestro máximo tribunal establece entre el derecho a la salud y el derecho a la vida, por el cual el primero encuentra protección en éste, razón por la cual los pronunciamientos posteriores del alto tribunal —sobre derecho a la salud— continuaron la construcción desarrollada en este fallo.

<sup>74</sup> Señala el alto tribunal: “27) Que lo expresado pone en evidencia la función rectora que ejerce el Estado nacional en este campo y la labor que compete al Ministerio de Salud y Acción Social, como 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 tales servicios...” (*cf.* considerando 27).

<sup>75</sup> Así entiende que: “28) la decisión de prestar asistencia al menor, adoptada oportunamente por la autoridad nacional hasta que resolvió interrumpir la entrega de la medicación (fs. 11), había atendido a la situación de urgencia y extrema necesidad que tenía el tratamiento prescrito para salvaguardar la vida y la salud del niño, lo que se ajustaba a los principios constitucionales que rigen en esta materia y a las leyes dictadas en su consecuencia” (*cf.* considerando 28). Por lo cual: “30) Que la prolongación de ese estado —puesto de manifiesto en las actuaciones que llevaron a concluir que la afiliada no había recibido tratamiento sanitario efectivo por aquella entidad— priva de sustento a los planteos de la parte que pretenden negar una obligación de ayuda al menor en defecto de la obra social, toda vez que subsisten al presente las razones exclusivamente humanitarias que dieron lugar a la entrega del remedio, las cuales, por otra parte, no pueden ser entendidas sino como reconocimiento de la responsabilidad de la demandada de resguardar la vida del niño”. (*Cfr.* considerando 30).

<sup>76</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación, Sentencia de 5 de marzo de 2002, *in re*: “Portal de Belén-Asociación Civil sin Fines de Lucro c./ Ministerio de Salud y Acción Social”.

La actora sostuvo que la píldora poseía efectos abortivos, si bien encubiertos bajo la denominación eufemística de “anticoncepción de emergencia”. De allí que entienda que el acto administrativo autorizador vulnera el derecho a la vida humana, el cual, sostuvo, desde la concepción tiene raigambre constitucional, en forma expresa a partir de 1994, por la incorporación de diversos tratados internacionales.

Para acoger favorablemente la acción la Corte Suprema argentina entendió que el comienzo de la vida humana tiene lugar con la unión de los dos gametos, es decir con la fecundación; en ese momento, existe un ser humano en estado embrionario,<sup>77</sup> todo lo cual llevó a concluir de manera categórica: “es un hecho científico que la ‘construcción genética’ de la persona está allí preparada y lista para ser dirigida biológicamente pues el ADN del huevo contiene la descripción anticipada de toda la ontogénesis en sus más pequeños detalles”.<sup>78</sup> Y asimismo:

Que el último de los efectos señalados ante el carácter plausible de la opinión científica según la cual la vida comienza con la fecundación constituye una amenaza efectiva e inminente al bien jurídico primordial de la vida que no es susceptible de reparación ulterior. En efecto, todo método que impida el anidamiento debería ser considerado como abortivo. Se configura así una situación que revela la imprescindible necesidad de ejercer la vía excepcional del amparo para la salvaguarda del derecho fundamental en juego (Fallos: 280:238; 303:422; 306:1253, entre otros).<sup>79</sup>

Es entonces que la Corte Suprema, una vez determinada la afectación de la vida humana, continuará con la doctrina de los fallos anteriores, construirá la solución del caso a partir del principio proveniente del orden público supranacional de los derechos humanos: *in dubio pro homine*,<sup>80</sup>

<sup>77</sup> Cfr. considerando 4o. El alto tribunal, para así decidir, sostuvo, con apoyatura en estudios de bioética: “tan pronto como los veintitrés cromosomas paternos se encuentran con los veintitrés cromosomas maternos está reunida toda la información genética necesaria y suficiente para determinar cada una de las cualidades innatas del nuevo individuo... Que el niño deba después desarrollarse durante nueve meses en el vientre de la madre no cambia estos hechos, la fecundación extracorpórea demuestra que el ser humano comienza con la fecundación”. Cfr. Basso, Domingo M., *Nacer y morir con dignidad. Estudios de bioética contemporánea*, Buenos Aires, C.M.C., 1989, pp. 83, 84 y sus citas.

<sup>78</sup> Cfr. considerando 7o.

<sup>79</sup> Cfr. considerando 10.

<sup>80</sup> El alto tribunal sostuvo: “Que esta solución contradice con el principio *pro homine*, que informa todo el derecho de los derechos humanos”. En tal sentido cabe recordar que

reconocerá la jerarquización de la protección vida humana como el primer derecho humano fundamental,<sup>81</sup> de cuyo respeto el Estado está obligado directamente para con la persona humana en función de los tratados internacionales de derechos humanos.<sup>82</sup> Con ello, mantendrá incólume la construcción de la nueva jerarquía de fuentes de nuestro ordenamiento interno.<sup>83</sup>

las garantías emanadas de los tratados sobre derechos humanos deben entenderse en función de la protección de los derechos esenciales del ser humano. Sobre el particular la Corte Interamericana, cuya jurisprudencia debe seguir como guía para la interpretación del Pacto de San José de Costa Rica, en la medida en que el Estado argentino reconoció la competencia de dicho tribunal para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de los preceptos convencionales (*cf.* artículos 41, 62 y 64 de la Convención y 2o. de la Ley 23.054), dispuso: “Los Estados asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados sino hacia los individuos bajo su jurisdicción” (O.C.-2/82, 24 de septiembre de 1982, parágrafo 29, Fallos: 320:2145, *La Ley*, 1997-F, 697; DJ, 1998-1-404; IMP, 1998-A, 637)” (*cf.* considerando 11).

<sup>81</sup> CS, considerando 12): “Que esta Corte ha declarado que el derecho a la vida es el primer derecho natural de la persona humana preexistente a toda legislación positiva que resulta garantizado por la Constitución nacional (Fallos: 302:1284; 310:112, *La Ley*, 1981-A, 401; 1987-B, 311-; 323: 1339)”. Y luego añade: “Que a partir de lo dispuesto en los tratados internacionales que tienen jerarquía constitucional (artículo 75, inciso 22, de la ley suprema), este Tribunal ha reafirmado el derecho a la vida (Fallos: 323:3229 y causa “T., S.”, ya citada)” (CS, considerando 13).

<sup>82</sup> *Cfr.* considerando 14: “Que los aludidos pactos internacionales contienen cláusulas específicas que resguardan la vida de la persona humana desde el momento de la concepción. En efecto el artículo 4.1. del Pacto de San José de Costa Rica establece: “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción”. Además todo ser humano a partir de la concepción es considerado niño y tiene el derecho intrínseco a la vida (artículos 6.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, 2 de la Ley 23.849 y 75, inciso 22 de la Constitución nacional)”.

<sup>83</sup> Al respecto cabe destacar lo señalado por el alto tribunal: “Que cabe señalar que la Convención Americana (artículos 1.1 y 2) impone el deber para los Estados partes de tomar todas las medidas necesarias para remover los obstáculos que puedan existir para que los individuos puedan disfrutar de los derechos que la convención reconoce. En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos consideró que es “deber de los Estados parte de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos” (O.C. 11/90, parágrafo 23). Asimismo, debe tenerse presente que cuando la nación ratifica un tratado que firmó con otro Estado, se obliga internacionalmente a que sus órganos administrativos, jurisdiccionales y legislativos lo apliquen a los supuestos que ese tratado contemple, a fin de no comprometer su responsabilidad internacional (Fallos: 319:2411, 3148, *La Ley*, 1997-A, 227; DJ, 1997-1-506; *La Ley*, 1997-C, 150 y 323:4130)” (considerando 15).

#### 4. “*Sánchez*”<sup>84</sup>

En este pronunciamiento de nuestro máximo tribunal, dictado el 20 de diciembre de 2005, se reafirmó una vez más los alcances de la protección al derecho a la salud, su configuración como derecho humano fundamental tutelado por el orden público internacional y su resguardo jurisdiccional por intermedio de la acción de amparo, como garantía instrumental de los derechos fundamentales de esta jerarquía. En lo que interesa, los hechos del caso son los siguientes.

La actora, vecina de la Provincia de Buenos Aires, ante la imposibilidad de reunir los recursos necesarios para afrontar una intervención quirúrgica de alta complejidad, efectuó, el 29 de enero de 2004 —luego del rechazo de su petición ante la municipalidad de Morón—, la correspondiente presentación administrativa, a fin de que se le brinde asistencia adecuada, ante el Ministerio de Salud y Acción Social de la Provincia de Buenos Aires.

A cambio, no obtuvo otra cosa más que el silencio y la indiferencia administrativa ritual, moneda con la cual las administraciones —de tanto en cuanto— suelen retribuir en gratitud a sus contribuyentes. Es entonces que interpuso acción de amparo, peticionando medida cautelar, a fin de que cese la omisión en que incurrieron los demandados, le brinden protección a su derecho a la salud y se les ordene proveer los medios, elementos y fondos necesarios para realizar la operación e internación dispuesta por los profesionales de un Hospital General de Agudos.

Resulta de interés comentar que la demandante fundó su pretensión no sólo en los derechos y garantías de la Constitución argentina,<sup>85</sup> sino también invocó la protección del orden público supranacional de los derechos humanos, proveniente de las siguientes normas: la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 25) y, el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales. Este dato no es menor por cuanto, en simetría, nuestro máximo

<sup>84</sup> CSJN, S. 730. XL., *in re*: “*Sánchez*, Norma Rosa c/ Estado nacional y otro s/ acción de amparo”. Sentencia del 20 de diciembre de 2005.

<sup>85</sup> Artículos 14 bis, 16, 17, 28, 31, 33, 75 (incisos 12, 19, 22, 23, 24 y 32), 86 y 99 (incisos 1, 2 y 6) de la Constitución argentina reformada en 1994.

tribunal una vez más sostuvo la preeminencia y operatividad de las normas provenientes del orden público supranacional, para la resolución del caso.

Es así que la Corte Suprema argentina acogió favorablemente la pretensión amparista de manera categórica, manteniendo la línea argumental ya explicitada:

El derecho a la salud, máxime cuando se trata de enfermedades graves, se encuentra íntimamente relacionado con el derecho a la vida que está reconocido por la Constitución y por los tratados internacionales que tienen jerarquía constitucional (artículo 75, inciso 22 de la ley suprema). Así, el Tribunal ha destacado la obligación impostergable que tiene la autoridad pública de garantizar ese derecho con acciones positivas, sin perjuicio de las obligaciones que deban asumir en su cumplimiento las jurisdicciones locales, las obras sociales o las entidades de la llamada medicina prepaga (Fallos: 321:1684; 323:1339, 3229; 324:3578; y causa O.59, ya citada).<sup>86</sup>

Y ello así, en virtud de la preeminencia y operatividad plena del sistema interamericano de derechos humanos sobre el ordenamiento interno, como se explicitó, sosteniendo el Tribunal: “El Estado nacional ha asumido compromisos internacionales explícitos orientados a promover y facilitar las prestaciones de salud y que dicha obligación se extiende a sus subdivisiones políticas y otras entidades públicas que participan de un mismo sistema sanitario”,<sup>87</sup> Todo lo cual lo llevará a concluir, párrafos más abajo:

Que resulta evidente que las obligaciones emergentes del marco normativo examinado imponen a las autoridades locales el deber de articular un mecanismo eficaz para encauzar la entrega de los medicamentos que le fueran recetados a la actora como consecuencia de su enfermedad psiquiátrica, sin que ello implique desconocer el deber de coordinación con el Estado nacional —mediante el Ministerio de Salud— el que debe acudir en forma subsidiaria, de manera de no frustrar los derechos de la amparista. De no ser así, las leyes sancionadas en la materia no dejarían de ser sino enfáticas enumeraciones programáticas vacías de operatividad.<sup>88</sup>

<sup>86</sup> Considerando 4o. del voto de mayoría.

<sup>87</sup> Considerando 5o. del voto de mayoría.

<sup>88</sup> Considerando 7o. del voto de mayoría.

Sentado lo expuesto y en relación con la tutela constitucional provincial —ámbito local— el Tribunal concluyó: “La Constitución de la Provincia de Buenos Aires garantiza para todos los habitantes el derecho a la vida, desde la concepción hasta la muerte natural (artículo 12, inciso 1o.) y reconoce el derecho a la salud, sosteniendo: “La provincia garantiza a todos sus habitantes el acceso a la salud en los aspectos preventivos, asistenciales y terapéuticos” y, asimismo, declara: “El medicamento por su condición de bien social integra el derecho a la salud” (artículo 36, inciso 8o.).<sup>89</sup>

Y vinculado al desarrollo de las garantías instrumentales de este derecho fundamental, en el ordenamiento interno del Estado argentino, reiteró las consideraciones desarrolladas en el precedente Campodónico, expidiéndose respecto de la estructuración del “sistema nacional de salud” en el marco de una concepción “integradora” del sector sanitario y merituando los objetivos del sistema desarrollado en el ámbito interno.<sup>90</sup>

##### 5. “F.S.C.” *Sobre la protección cautelar*

En este reciente pronunciamiento —caratulado: “F. S. C. c/ Obra Soc. de la Act. de Seguros Reaseguros Capit. Ahorro s/ incidente de apelación”— del 20 de diciembre de 2005, respecto de la continuidad de la afiliación a una obra social, nuestro máximo tribunal tuvo oportunidad de adentrarse en los alcances de la protección del derecho a la salud relativo a la extensión del periodo de asistencia previsto en el artículo 10 de la Ley núm. 23.660, dado que se controvertía el derecho del accionante a reclamar —aun con carácter cautelar— la continuidad de una afiliación que, en principio, aparece como facultativa tanto para quien la solicita como para la obra social que debe aceptarla.

Revocando el pronunciamiento de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, la Corte ordenó a la demandada arbitrar las medidas pertinentes a fin de permitir la continuidad de toda la cobertura médico asistencial. Para fundar su decisión, la Corte se apoyó en tres ejes:

- La gravedad del caso, determinada por la presencia de una enfermedad grave que requiere de medidas urgentes.

<sup>89</sup> Considerando 6o. del voto de mayoría.

<sup>90</sup> Considerando 5o. del voto de mayoría.

- La desprotección del amparista.
- La jerarquización de la protección de la salud como derecho íntimamente vinculado al derecho fundamental a la vida, bajo la protección del sistema interamericano de derechos humanos, lo cual determina la obligación de las autoridades públicas de garantizar ese derecho mediante acciones positivas y medidas concretas.<sup>91</sup>

Respecto de este último, resulta ilustrativo —en cuanto a los alcances de la tutela cautelar— lo señalado, en su voto, por la ministra Carmen Argibay:

En un caso similar al presente, esta Corte ha resuelto que la interrupción unilateral de afiliaciones prolongadas a obras sociales o prepagas, cuando se trata de personas que sufren dolencias crónicas y que, a su vez, ofrecen mantener en el mismo nivel los pagos que venía recibiendo la prestadora constituyen actos lesivos del derecho a la salud (V.1389.XXXVIII. “V. W. J. c/ Obra Social de Empleados de Comercio y Actividades Civiles s/ sumarísimo”, sentencia del 2 diciembre de 2004).<sup>92</sup>

Es la asimilación de los hechos de este caso como conductas lesivas al derecho a la salud, lo que explicita la tutela otorgada por la Corte.

Verificados en el caso tales extremos, la Corte aplicó la doctrina sentada en la causa “V. W. J. c/ Obra Social de Empleados de Comercio y Actividades Civiles s/ sumarísimo” —sentencia del 2 de diciembre de 2004—, por lo cual entendió configurados los presupuestos establecidos en el artículo 230 del Código Procesal Civil y Comercial de la nación para conceder la tutela cautelar,<sup>93</sup> sosteniendo consecuentemente que la medida dispuesta procura: “evitar eventuales perjuicios a la actora, que podrían derivar de la falta de atención, o del incumplimiento de prestaciones de servicios médicos, lo que colocaría en riesgo la salud e, incluso, su propia vida, máxime tenien-

<sup>91</sup> Cabe destacar que en reiteradas ocasiones (Fallos: 321:1684; 323:1339, 3229; 324:3578, entre otras) la Corte Suprema argentina ha enseñado que el derecho a la salud se encuentra íntimamente relacionado con el derecho a la vida, reconocido por la Constitución argentina y los tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional (artículo 75, inciso 22 de la ley suprema).

<sup>92</sup> *Cfr.* Considerando 6o. del voto de la ministra Carmen Argibay.

<sup>93</sup> *Cfr.* considerando 6o. del voto de mayoría.

do en consideración que la recurrente padece una patología que impone un tratamiento oncológico regular y sin dilaciones”.<sup>94</sup>

## VII. A MODO DE EPÍLOGO

Acaso sea la problemática del derecho a la salud un ámbito sobre el cual con alguna claridad pueda percibirse la cuestión de la internacionalización de los ordenamientos y, consecuentemente, la transformación de las fuentes de nuestro ordenamiento interno, todo lo cual constituye una aportación para discutir los confines de la crisis de las categorías tradicionales que dieron fundamento a nuestros Estados y a nuestros sistemas de derecho. Me refiero a sus bases de legitimidad.

En la construcción jurisprudencial de la Corte Suprema argentina en materia de derecho a la salud, se advierte dicho fenómeno: al revelar la preeminencia del orden público supranacional de los derechos humanos sobre el ordenamiento interno, se determina la alteración del sistema tradicional de fuentes del ordenamiento que encontraba su vértice en el texto constitucional nacional.

Es entonces que se advierte la presencia de una fuente supranacional de nuestro ordenamiento por cuanto ésta concurre a modularlo, reconfigurar sus bases de sustentación y estructurar, no sólo los componentes de dicho derecho fundamental a la salud, sino también los consecuentes deberes y obligaciones que deben desarrollar los Estados para su aseguramiento en plenitud.

Vinculado a los deberes estatales, la jurisprudencia revisada —remitiendo al sistema interamericano de derechos humanos— da cuenta de la estructuración de los siguientes:

1. Preservar la salud mediante medidas sanitarias y sociales relativas a la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos. Ello, con base en las premisas sentadas en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

2. Asegurar el disfrute del más alto nivel posible de salud, con arreglo al ordenamiento jurídico. Aquí, con fundamento en los contenidos del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

<sup>94</sup> Considerando 5o. del voto de mayoría.

Ello determinará la obligación del Estado argentino no sólo de prestar, de manera directa, servicios médicos asistenciales por sí o por intermedio de terceros a los beneficiarios del sistema de salud, sino también desarrollar los medios necesarios para la prevención y tratamiento de las enfermedades, mediante acciones positivas de protección y recuperación de la salud, al tiempo que creando las condiciones que posibiliten adecuada cobertura, a todos los beneficiarios de los servicios públicos de salud.

Las evidencias presentadas permiten inferir que a partir del estudio del grado de desarrollo del derecho a la salud en mi país pueda advertirse una transformación al ámbito de la soberanía estatal, determinada por un ámbito de indisponibilidad para el legislador y el administrador nacional, quienes encuentran prefijados sus límites de actuación internos, precisamente, a partir de un sistema jurídico externo.

De allí que al polemizar sobre el derecho a la salud, estemos de alguna manera descubriendo una novedad, redefiniendo las bases de un nuevo derecho público el cual encuentra que el tradicional andamiaje burocrático estatal ha dejado de ser el vicario de los intereses generales y centro de atracción, para pasar a ser otro entre varios operadores jurídicos, dentro de un nuevo contexto que pareciera tener como eje, más que a los Estados soberanos, a las tensiones entre los intereses, públicos, privados, sectoriales, sociales, etcétera, de suerte que las relaciones que se tensen bajo este derecho público tengan por objeto la modulación de la dinámica de esos intereses.

Es que, como analizaba tiempo atrás Jürgen Habermas, acaso a modo de profecía, respecto del contexto de transformación de Alemania y los Estados europeos de finales del siglo XX: “No puede excluirse una capitulación de los principios del Estado de derecho frente a la abrumadora complejidad social. Pero si esto se produjese, cambiarían nuestros conceptos de derecho y democracia, experimentaría también un cambio radical la autocomprensión normativa de los ciudadanos, tal como se da hoy todavía en nuestras latitudes. Y porque tales contextos conceptuales fundan también hechos sociales, merece la pena una reconstrucción de las ramificadas implicancias de un sistema de derecho, el cual no puede extraer su legitimidad de otro sitio que de la idea de autolegislación”.<sup>95</sup>

<sup>95</sup> Habermas, Jürgen, *Más allá del Estado nacional*, México, Fondo de Cultura Económica, 1999, pp. 150 y 151, para quien: “En cuanto se evapora la sustancia normativa, en cuanto, por ejemplo, quienes recurren a los tribunales ya no tuviesen la sensación de que

Creo, siguiendo ese pensamiento, que los operadores jurídicos de los inicios del siglo XXI tenemos ante nosotros el proceso de reconstrucción de las fuentes de nuestros ordenamientos y la vertebración de un sistema jurídico, coherente, adecuado al nuevo contexto.

Comprender la realidad, pensar la complejidad, he ahí un desafío.

cuentan con la posibilidad de recibir justicia de ellos, en cuanto los electores ya no creyesen poder influir con sus votos sobre la política del gobierno, el derecho se habría convertido en un instrumento de control del comportamiento y la decisión democrática mayoritaria se habría convertido en un espectáculo de engaños y de autoengaños, carente de consecuencias”.