

LA PROTECCIÓN CAUTELAR DEL DERECHO A LA SALUD EN ARGENTINA. SU CONSTRUCCIÓN A PARTIR DE LA INTERNACIONALIZACIÓN DE LOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS

Isaac AUGUSTO DAMSKY*

Al doctor Jesús Damsky Barbosa,
por su empeño en salvar vidas.

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. La construcción del derecho a la salud en la jurisprudencia de la Corte Suprema argentina. VI. La protección cautelar como integrante del derecho a la jurisdicción. VII. Tutela cautelar efectiva de los derechos de salud. Las denominadas medidas “autosatisfactivas”. VIII. La construcción de la tutela autosatisfactiva de los derechos de salud en la jurisprudencia argentina. IX. A modo de epílogo.

* Abogado, magíster en derecho administrativo (Universidad Austral, Buenos Aires), docente de la cátedra de derecho administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y doctorando en la misma especialidad en dicha facultad. Miembro titular de la Asociación Argentina de Derecho Administrativo, del Instituto de Derecho Administrativo de la Universidad Notarial Argentina y vocal de la Comisión de Derecho Administrativo del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires. Ex asesor legal de la Subsecretaría de Servicios de Salud del Gobierno de la ciudad autónoma de Buenos Aires.

El autor agradece la valiosa intervención del doctor Juan Martín Vocos Conesa en la discusión de los borradores de este trabajo.

I. INTRODUCCIÓN

En nuestra opinión, la pregunta por el grado de desarrollo de la protección cautelar del derecho a la salud en la Argentina de principios del siglo XXI requiere de la previa consideración del proceso de construcción de una nueva jerarquía de fuentes de ordenamiento jurídico argentino, el cual —reconociendo su hito fundamental en la reforma constitucional de 1994— se caracteriza por el progresivo desarrollo de una fuerza expansiva de orden público supranacional sobre los ordenamientos internos, y encuentra en los fenómenos de internacionalización de los ordenamientos y universalización de los derechos, sus pilares fundamentales.

De la misma manera, consecuentemente, recaba, de la previa comprensión de los términos, a partir de los cuales se construyó jurisprudencialmente la protección del derecho fundamental a la salud en Argentina; junto con las categorías y nociones técnicas específicas, a partir de las cuales se encaró la vertebración del sistema que aquí ocupa.

Desde este contexto fenomenológico, pensar entonces en esta nueva jerarquía de fuentes conducirá a la pregunta por la crisis y la transformación de la noción tradicional de Estado, las causas endógenas y exógenas a las que esta responda, y el consecuente análisis de un nuevo modelo de Estado o un nuevo Estado de derecho, *vis à vis* un neoconstitucionalismo,¹ dentro del cual se inscriba una alternativa de construcción del sistema de protección judicial efectiva de los derechos fundamentales en general; sus consecuentes garantías instrumentales de protección cautelar, y cómo todo ello impacta en la vertebración de la tutela judicial efectiva del derecho a la salud, en la actualidad.

¹ 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; y *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”.

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; y de la misma manera posee una complejidad “interna”, proveniente precisamente de la estructuración de los servicios y la significación de la salud, como un bien jurídico complejo en sí mismo, y que requiere para su preservación, de la concurrencia de componentes técnicos y socioeconómicos vinculados a la intervención del Estado en la economía.² De ahí que la comprensión de los contenidos, límites y alcances del derecho a la salud, y sus herramientas de aseguramiento en Argentina, precisen de una discusión aún mayor, con un contexto en el 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 nuestro país, y muy probablemente en toda Iberoamérica.

En consecuencia, este trabajo cumplirá su finalidad si logra aportar 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, reconfigurando y resignificándolos no solo el ámbito de actuación del poder, sino, principalmente, en la actuación de los derechos fundamentales, los cuales, el que nos ocupa, resulta ser un caso paradigmático en la jurisprudencia argentina.

De ahí 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; luego, en segundo término, abordar sus bases constitucionales —y supraconstitucionales— vinculadas a la internacionalización; y en tercer lugar, adentrarnos en los términos de construcción de la tutela cautelar efectiva del derecho a la salud. Todo ello, para intentar una relectura de contexto actual, de cara a las nuevas fuentes de nuestros ordenamientos.

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

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:

- a) Una concepción de la persona, como destinataria del accionar de los poderes públicos, vinculada a la noción de los derechos fundamentales, y que involucre una técnica de garantía de los derechos humanos, traducida en una técnica de igualación 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 permitan 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.³
- 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 sin duda, de los mercados de servicios de salud.⁴

³ 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 del profesor mexicano David Cienfuegos Salgado, quien en su obra 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 como 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. 16.

⁴ 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 del catedrático español 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 cualquier circunstancia. A la postre la satisfacción de las necesidades garantizadas en forma de derechos sociales puede resultar incompatible con la lógica capitalista básica

d) Una estructura política inscrita en un modelo de Estado, dentro del cual tome lugar el haz de relaciones de salud;⁵ Estado, por cierto, inscrito en un contexto de tiempo y espacio 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 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 el derecho a la salud —o a su protección—, como uno de los derechos sociales por antonomasia.⁶ 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 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 ordenamiento jurídico argentino —y consecuente crisis y transformación de los poderes de intervención estatal—, las categorías desde las que fueron teorizados y tematizados los subsis-

de la sociedad en que surgen”. Véase Capella, Juan Ramón, *Fruta prohibida. Una aproximación histórico-teórica al estudio del derecho y del Estado*, Madrid, Trotta, 2001, p. 205.

⁵ 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 la clase trabajadora, 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 socio-político 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, 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 de este (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—, se ha de dispersar, 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, *op. cit.*, p. 205.

⁶ Carbonell, Miguel, *op. cit.*, México, Porrúa, 2005, p. 813.

temas jurídicos nacionales requieren de una consecuente revisión ajustada a la nueva realidad y a los 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 construcción jurisprudencial realizada en la materia, y específicamente los términos en los que se acuerda la protección cautelar.

Lo anterior es la razón por la que bregamos en orden a 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 comentado en líneas pasadas 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. Como ejemplo, baste indicar una de entre tantas discusiones terminológicas existentes; 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.⁷

Por ello, es 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”.⁸

Por lo anterior, es que este derecho fundamental revista un carácter complejo; como señala Carbonell, se trata de un derecho complejo, que se despliega en una amplia serie de posiciones jurídicas fundamentales para los particulares y para el Estado,⁹ el cual tiene un componente individual y uno colectivo o social. En consecuencia, siendo la salud un bien social, solamen-

⁷ Carbonell, Miguel, *op. cit.*, 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*, núm. 55, diciembre de 1995, pp. 91 y ss.

⁸ “Constitución de la Organización Mundial de la Salud”, *Documentos Básicos*, núm. 240, 1991; *cf.*: Carbonell, Miguel, *op. cit.*, p. 814, citando a Freire, José Manuel, “Política Sanitaria”, *Políticas sociales y Estado de bienestar en España. Memoria de 1999*, Madrid, Trotta, 1999, p. 433.

⁹ Carbonell, Miguel, *op. cit.*, p. 813.

te puede preservarse, mediante un esfuerzo colectivo, que se debe exteriorizar en un adecuado —eficaz y eficiente— sistema de atención sanitario, o como se denomina en Argentina, sistema de servicios de salud.¹⁰

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 tecnología médica, para ofrecer prestaciones médicas integradas en cantidad, calidad y oportunidad adecuadas para cubrir la demanda de la población;¹¹ siendo 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.¹²

Lo anterior determina que la salud se configure, por un lado, como un objetivo de “política pública”¹³ —entrañando con ello potestades y cometidos estatales comprometidos al desarrollo de medidas de acción positiva—, y por el otro, como un derecho fundamental (tutelado asimismo por el orden público supranacional conformado por un sistema de derechos humanos) el cual, dependiendo de los umbrales de afectación, podrá configurarse como derecho subjetivo, o bien como derecho de incidencia colectiva.

Se evidencia el carácter de derecho fundamental “prestacional”; ello, en la medida en que implica y conlleva principalmente 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.

¹⁰ *Ibidem*, p. 814, con cita a Abramovich, Víctor y Curtis, Christian, *El derecho a la atención sanitaria como derecho exigible*, p. 17.

¹¹ Chartzman Birenbaum, Alberto, *El derecho a la salud y su protección. Obras sociales y seguros de salud*, *Lexis-Nexis*, núm. 3/400734, www.lexisnexis.com.ar.

¹² Carbonell, Miguel, *op. cit.*, p. 815, que 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”.

¹³ 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.

tada; o como lo llama Carbonell, “el derecho a la atención o asistencia sanitaria”.¹⁴

Asimismo se deja entrever la profunda conexión que existe entre el derecho a la salud y el derecho a la vida, lo cual implica que 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 abastece con la mera omisión de daño, sino que se integra además con políticas activas, medidas de acción positiva, y “prestaciones de dar y de hacer”.¹⁵

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha destacado en diversos fallos¹⁶ 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 de prepago.

Asimismo, como derivación razonada de lo anterior, en materia de protección cautelar del derecho a la salud, el máximo tribunal argentino ha dicho: “el derecho a la preservación de la salud y aún a la vida tiene pleno reconocimiento constitucional”;¹⁷ de lo anterior, es que los tribunales inferiores, a la hora de conceder una tutela cautelar no dudan en utilizar expresiones tales como: “una decisión judicial rápida y eficaz ha de contribuir y facilitar a continuar con la protección de quien se ve menoscabado por una salud deficiente” (conf. CNCCFed, sala II, causas 17.050 del 5 de mayo de 1995).

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

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

¹⁴ Carbonell, Miguel, *op. cit.*, p. 813, citando a Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, “El derecho a la atención”.

¹⁵ Bidart Campos, Germán José, “La salud: derecho —bien jurídico— valor”, en Sorokin, Patricia (coord.), *Bioética: entre utopías y desarraigos. Homenaje a la doctora Gladys Machinson*, Buenos Aires, Ad Hoc, noviembre de 2002, pp. 69-76.

¹⁶ *Cfr. Corte Suprema de Justicia de la Nación*, (en adelante CSJN), Fallos: 321:1684, 323:1339, 3229, 324:3569 y 326:4931.

¹⁷ *Cfr. CSJN*, Fallos: 302:1284 y 310:112.

—como proceso inscrito 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 esto nos ocuparemos 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 agujijón 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 entre otros, como punto de inicio, el desplazamiento del ámbito interno al internacional; tanto de la definición de los derechos fundamentales como 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; 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”,¹⁸ transforma 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.¹⁹

¹⁸ Al respecto, consideramos útil recrear las enseñanzas del profesor mexicano 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.

¹⁹ Cassese, Sabino, *La crisis del Estado*, pp. 42 y ss.

Sin embargo, la percepción de este fenómeno en nuestra cultura jurídica no es inmediato, 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 atrás 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.²⁰
2. Estadocentrismo. En el centro se encontraba el Estado, perfilando ello un poder público de estructura compacta y en posición de superioridad institucional.²¹
3. Predeterminación legal. La ley es la medida y el control del poder público; predetermina su actuación, fija sus deberes y, por lo tanto, es previsible —medible—, controlable.²² Veremos que la transformación que los procesos de crisis del Estado operen sobre este aspecto impactan sobre la estructuración del control público. Por ello, esta 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; este 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 privado son determinadas y permanecen estables entre los organismos puestos en posición superior, y no hay convergencia con los otros sujetos, sino contraposición.²³

²⁰ *Ibidem*, p. 151; 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”.

²¹ *Idem*, agrega, además: “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”.

²² *Ibidem*, p. 152; y continúa diciendo: “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”.

²³ *Idem*.

Sin embargo, la fuerte internacionalización de los ordenamientos internos, y el paulatino desarrollo de un *global governance*,²⁴ 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.²⁵ 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 en 1994, que facilitó el desarrollo de ámbitos de internacionalización de nuestro ordenamiento, y 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.²⁶

Este fenómeno ha operado transformaciones que resulta necesario presentar para comprender la nueva arena pública, en la cual se inscribe el neoconstitucionalismo del siglo XXI, y se estructura la tutela cautelar efectiva sobre el derecho fundamental a la salud.

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,²⁷ luego

²⁴ *Ibidem*. p. 44; 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. Estos existen pero su rol no es predominante como en los Estados aparatos, ni su estructura jerárquica sino mas bien reticular. Esta estructura presenta una compleja mezcla de componentes internacionales y de componentes nacionales y una gran cantidad de acuerdos sectoriales...”.

²⁵ *Ibidem*, p. 45.

²⁶ 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 modelicamente 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.

²⁷ 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 ins-

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;²⁸ entonces, advertimos que se registran las siguientes transformaciones, condicionadas por el grado de avance de los ordenamientos: del modelo “Estadocéntrico” se pasará a uno “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 monopolístico; no existirá una sustitución del Estado nacional por uno supranacional, y consecuentemente no encontraremos un *global government*, aunque exista un *global governance*; de ahí que se verificará la ruptura del paradigma *the state as unit*. 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.²⁹

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 desarrollado— ha sido recientemente caracterizado, de manera elocuente, en un pronunciamiento de la Corte Suprema argentina, por inter del voto del juez Lorenzetti, el cual creemos importante citar, por reflejar el estado de evolución actual en el país, y lo efectúo 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

tituciones se imponen a los particulares, constituyendo un prerrequisito al cual estos últimos deben adaptarse necesariamente. Cassese, Sabino, *op. cit.*, p. 153.

²⁸ *Idem.*

²⁹ *Ibidem*, p. 76.

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 Treves, Renato y Ferrari, Vincenzo (coords.), *Sociologia dei Diritti Umani*, Milano, 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 (Ferrajoli, Luigi, “El Tribunal Penal Internacional: una decisión histórica para la cual nosotros también hemos trabajado”, *Revista Nueva Doctrina Penal*, 2002/B) surge un nuevo enfoque basado en la democracia constitucional.³⁰

Y es que, como lo explica el profesor mexicano 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 hu-

³⁰ Cfr. CSJN, “Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad, etcétera” —causa núm. 17.768—, sentencia del 14 de junio de 2005, considerando 19, última parte; del voto del juez Lorenzetti.

manos. 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.³¹

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;³² 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.³³

³¹ Cienfuegos Salgado, David, *op. cit.*, pp. 57 y 58.

³² 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 Crueles, 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”.

³³ 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 modelicamente 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.

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; es decir, 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 Estado Argentino reconoció la competencia de la Corte Interamericana para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana.³⁴

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.³⁵

³⁴ *Cfr.* CSJN, “Giroldi, Horacio David y otro s/Recurso de casación”, sentencia del 7 de abril de 1995; y en similar sentido en “Monges, Analía M. c/U.B.A.”, sentencia del 26 de diciembre de 1996. Al respecto, se sugiere ampliar en González Moras, Juan Martín, “Los tratados de derechos humanos y su incidencia en el derecho administrativo argentino”, *Revista Documentación Administrativa*, núm. 267 y 268, 2004, pp. 55 y ss.

³⁵ 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 mo-

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 (*cf.* Fallos 326:2805, voto del juez Petracchi, y sus citas).³⁶

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

mento 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 (*cf.* artículos 27 y 31 del texto constitucional, y fallos 208:84 y 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 período en el cual se consideró que estas 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 fallo 315:1492 se retornó a la doctrina fallo 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 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)”.

³⁶ *Cf.* considerando 17.

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.³⁷

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

16) ...la Constitución Nacional (artículo 31), 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, de la Constitución Nacional).

17) Que para comprender el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico argentino..., 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 y 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 de la Constitución Nacional).

Como vemos, en nuestro país, el peso del sistema interamericano de los derechos humanos es de tal entidad, que ha determinado que la más calificada doctrina *iuspublicista* argentina concluya que se verifique la presencia de un “orden público americano”.³⁸

³⁷ *Cfr.* considerando 19.

³⁸ Quien por primera vez advirtió sobre dicho fenómeno, vinculando los tratados de derechos humanos al derecho administrativo, ha sido el profesor argentino Jorge Luis Salomoni, en su obra *Teoría general de los servicios públicos*, Buenos Aires, Ad Hoc, 1999, pp. 439 y ss.; y más 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

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, no está demás señalarlo, opera de manera complementaria y ampliando los confines de la protección; de ahí que se sostenga que el constituyente argentino de 1994 se haya inscrito en la corriente de especificación de los derechos fundamentales.³⁹

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 que 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.

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

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*, del 4 de agosto de 2005, p. 2.

³⁹ 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, Sistema, 1991; sobre las vinculaciones entre el proceso mencionado y los derechos públicos locales véase Salomoni, Jorge Luis, "Sistema jurídico, emergencia, conflicto de derechos y revisión de las tarifas de los servicios públicos", en Lorenzetti, Ricardo Luis (dir.), *Emergencia pública y reforma del régimen monetario*", *La Ley*, 2002, pp. 93 y ss.

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

Sin perjuicio de lo dicho hasta ahora sobre 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 del artículo 33 —cláusula que se mantiene vigente— y dice: “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”.⁴⁰

Si bien no se encontraba expresamente enunciado en la Constitución Nacional de 1853-1860, los doctrinarios del derecho público argentino acordaron que a través de una interpretación finalista, sistemática y dinámica de los preceptos constitucionales, este atributo integrará el concepto del hombre, objeto de la regulación constitucional, con la consecuente obligación para el Estado y los particulares de velar por ella,⁴¹ lo cual mereció el reconocimiento de que en el preámbulo de la Constitución Nacional se

⁴⁰ Sagués, Néstor P., *Elementos de derecho constitucional*, Astrea, 2001, t. 2, pp. 330 y ss.; respecto de los derechos implícitos en el constitucionalismo argentino, véase 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 regularla 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”, p. 159; 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. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 3, 2000.

⁴¹ Badcin, Gregorio, *Instituciones del derecho constitucional*, Ad Hoc, 1997.

encontraran expresiones referidas al bienestar general, objetivo preeminente en el que se contempla la preservación de la salud.⁴²

A partir de lo antes comentado, 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.⁴³

Asimismo, en otras oportunidades la Corte sostuvo: “es el primer derecho natural de la persona humana preexistente a toda legislación positiva que, obviamente, resulta conocido y garantizado por la Constitución Nacional”.⁴⁴

Con la reforma constitucional de 1994, vinculado a los derechos de consumidores y usuarios de servicios públicos, el artículo 42, primer párrafo, viene a explicitar el derecho a la salud dentro de las relaciones prestacionales, en los siguientes 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, explicada hasta aquí, se complementa por la integración de la protección proveniente del orden público americano, como dijimos; en razón de ello, cabe destacar la explicitación del derecho a la promoción y protección de la salud que algunos de los tratados internacionales de derechos humanos —con jerarquía constitucional— efectúan, y señalo los siguientes:

El artículo XI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre,⁴⁵ artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humana-

⁴² *Fallos* 278:313, considerando 15.

⁴³ “Sentencia de la CSJN”, *El Derecho*, t. 191, p. 429, del 11 de enero de 2001.

⁴⁴ *Fallos* 302:1284 y 310:112.

⁴⁵ “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”.

nos,⁴⁶ artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales,⁴⁷ artículo 5o. de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial,⁴⁸ artículo 10 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer,⁴⁹ artículo 17 de la Convención Sobre los Derechos del Niño.⁵⁰

Finalmente, resulta interesante mencionar que 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).

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

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

⁴⁶ “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...”.

⁴⁷ “1. Los Estados parte 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”.

⁴⁸ “En conformidad con las obligaciones fundamentales estipuladas en el artículo 2o. de la presente Convención, los Estados parte 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 social”.

⁴⁹ “Los Estados parte 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 en 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”.

⁵⁰ “Los Estados parte 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 materias que tenga por finalidad promover su bienestar social, espiritual y moral y su salud física y mental...”.

En los dos pronunciamientos —verdaderos *leading cases* en materia de derecho a la salud— que en seguida comentaremos: 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.

Y así, en dos de los casos más relevantes ha resaltado “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 prepa”.

Tal doctrina, sentada en la “Asociación Benghalensis” y “Campodónico”, son los dos pronunciamientos principales en la materia, sobre los cuales trataremos.

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, artículo. 25, inciso 2, de la Declaración Universal de Derechos Humanos, artículos 4o., inciso 1 y 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos —Pacto de San José de Costa Rica—, artículo 24, inciso 1, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y 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.⁵¹

1. *Asociación Benghalensis*

El Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación, a través de la Secretaría de Salud, interpuso un 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 —

⁵¹ CSJN, *Fallos* 321:1684.

en forma regular, oportuna y continua— a los 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 la decisión favorable a la actora tendrá incidencia en la economía nacional; *b)* acusa arbitrariedad, y *c)* el presupuesto es un acto institucional no justiciable; por ende, deslinda su responsabilidad alegando la falta de colaboración de los estados provinciales.

La mayoría en la Corte declaró admisible el recurso, con relación a 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.⁵²

Pero resulta de especial 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 (fallo 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 y 310:112).⁵³

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”.⁵⁴

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

⁵² 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 lo 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.

⁵³ Voto de mayoría, considerando 9.

⁵⁴ 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 período de recuperación y rehabilitación, con más la provisión de terapias y medicamentos.⁵⁵

Respecto de esta última observación, cabe observar un dato de singular interés: si bien el principio de progresividad en la protección de los derechos, se incorporó al sistema jurídico argentino por medio del artículo 33 de la Constitución argentina originaria, conceptualmente, este precepto se repite en las Constituciones de Brasil (artículo 5o., LXXVII, párrafo 2); Paraguay (artículo 80); Uruguay (artículo 72), la cual autoriza a sostener que, al menos en nuestra región, constituye “un principio general de derecho” en los términos del artículo 38, párrafo 1c, 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).⁵⁶

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.⁵⁷

⁵⁵ Bidart Campos, Germán, *Manual de la Constitución reformada*, t. II, p. 107.

⁵⁶ Salomoni, Jorge Luis, “Interés público y emergencia”, conferencia dictada en el congreso “La emergencia hoy”, Fundación de Derecho Administrativo, agosto de 2003, p. 10: Fappiano, Óscar L., *El derecho de los derechos humanos*, Buenos Aires, Abaco de Rodolfo Depalma, 1997, p. 48.

⁵⁷ 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 del profesor mexicano 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 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

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 de 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 de prepago).

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 VIH. Además, en el aspecto procesal ha reconocido la legitimación activa de organizaciones cuyo objeto social tiende a la protección del derecho a la salud.⁵⁸

Por ello, el razonamiento desarrollado a lo largo del fallo, la Corte Suprema argentina concluya categóricamente afirmando que “En tales condiciones, se infiere que la protección del derecho a la salud, según esta Corte, es una obligación impostergable del Estado nacional de inversión prioritaria”.⁵⁹

que tiene el periodo previo al Constituyente del 57, 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, ...quien tendría como referencia necesaria, las obras y las ideas de las generaciones de mexicanos, que desde 1824 habían venido confrontándose 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, *op. cit.*, pp. 102-104.

⁵⁸ Ariza Clerici, Rodolfo, “El derecho a la salud en la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, en *www.juridice.com.ar*

⁵⁹ Voto de mayoría, considerando 11.

2. “Campodónico”⁶⁰

El actor inició una acción de amparo contra el Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación, para el que el Banco Nacional de Drogas Antineoplásticas 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.⁶¹

El fundamento de hecho de la pretensión radicó en el peligro inminente de interrupción del tratamiento, con 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.⁶²

Como era de prever, en atención a la alta sensibilidad del caso, este 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, mereciendo 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.

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 1o., Ley 23.661), y ello impone su intervención cuando se encuentra superada la capacidad de previsión de los individuos o pequeñas comunidades.⁶³

⁶⁰ CSJN, sentencia del 24 de octubre de 2000: “Campodónico de Beviacqua, Ana Carolina c/ Ministerio de Salud y Acción Social-Secretaría de Programas de Salud y Banco de Drogas Neoplásticas s/ Recurso de Hecho”.

⁶¹ 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 Antineoplásticas, 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” (*cfi.* considerando 1o. del fallo de la Corte).

⁶² *Cfi.* considerando 2o. del voto de mayoría.

⁶³ *Cfi.* considerando 6o. del voto de mayoría.

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, que procederá a dotar de contenido a los mandatos constitucionales omitidos, y que informan el derecho a la salud en nuestro país; y 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 y 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).⁶⁴

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 un protección internacional...”. Aquí, finca una pauta hermenéutica que conduce la resolución del caso.⁶⁵

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

⁶⁴ *Cfr.* considerando 15 del voto de mayoría.

⁶⁵ Al respecto, nos remitimos al trabajo del profesor argentino Jorge Luis Salomoni, “Acercas del fallo «Simón», de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, *La Ley*, 4 de agosto de 2005; además del texto citado en la nota 29 del presente trabajo.

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.⁶⁶

Luego, en el considerando siguiente, revisa las normas del sistema interamericano de derechos humanos, que expresamente protegen el derecho a la salud,⁶⁷ 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.⁶⁸
- La determinación de los alcances de la obligación estatal, en el compromiso del “máximo de los recursos disponibles”.⁶⁹
- La jerarquización de los deberes y obligaciones estatal al rango de obligaciones internacional del Estado.⁷⁰

⁶⁶ *Cfr.* considerando 16 del voto de mayoría.

⁶⁷ El considerando 17 del voto de mayoría dice: “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; artículo 25, inciso 2, de la Declaración Universal de Derechos Humanos; artículos 4o., inciso 1, y 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos —Pacto de San José de Costa Rica—, artículo 24, inciso 1, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y, 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”.

⁶⁸ *Cfr.* considerando 18 del voto de mayoría.

⁶⁹ Vinculado 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 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 esto, 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” (*cf.* considerando 24).

⁷⁰ 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

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,⁷¹ para luego determinar el contenido concreto de las funciones estatales en materia de salud,⁷² y su conformidad con las bases supraconstitucionales del sistema. Recién entonces, nuestro máximo tribunal determinará las conductas lesivas que habilitaron la tutela amparista.⁷³

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 participen 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 3o, Convención sobre los Derechos del Niño)”.

⁷¹ 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 1o.). 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...» (cf: 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” (cf: considerando 23).

⁷² 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).

⁷³ Así, se 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 al *a quo*,—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

VI. LA PROTECCIÓN CAUTELAR COMO INTEGRANTE DEL DERECHO A LA JURISDICCIÓN

El análisis realizado hasta aquí respecto del impacto de la supranacionalidad e internacionalización, sobre los términos en que se construyó y se tensó la discusión en torno a los alcances de la protección debida a la salud como derecho fundamental, también impacta sobre la actualidad del sistema de medidas cautelares en general, y en materia de salud, en especial.

Por poco que se repare en la vertebración del actual sistema cautelar argentino se advertirá lo expuesto.

Así, actualmente la categoría jurídica básica sobre la que se construye en la materia la encontramos en la denominada “tutela cautelar efectiva”.⁷⁴ Cabe señalar que precisamente se da en ella uno de los atributos de la internacionalización, que es el de autordenación, dada la similitud de términos con que se encuentra progresivamente reconociéndosela en un ámbito significativo de los sistemas jurídicos iberoamericanos, de suerte que casi uniformemente encontramos a dicha categoría siendo receptada en los sistemas internos.⁷⁵

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).

⁷⁴ Ciertamente, lo expuesto se vincula con el denominado “derecho a la jurisdicción” en Argentina, cuyos contornos han sido establecidos en un pasaje de un fallo trascendente de nuestro más alto tribunal, relativo entre otras cuestiones, al derecho a la jurisdicción: “Se ha dicho con razón que «en nuestra Constitución hay un verdadero derecho a la jurisdicción, o sea, a demandar la prestación del amparo jurisdiccional» y que «una de las mejores garantías para la seguridad jurídica es la de poder acudir a los órganos jurisdiccionales para obtener, mediante adecuado proceso, el pronunciamiento que en justicia corresponda”. Bidart Campos, Germán J., *Derecho constitucional*, t. II, p. 472. “Ese derecho, que integra el de la defensa en juicio, consiste pues, en la posibilidad efectiva (la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 dice al respecto en su artículo 8o.: «un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes», lo que cumplimentó el artículo 10, al reconocer a toda persona el derecho a «ser oída públicamente con las debidas garantías y con justicia por un tribunal independiente e imparcial para la determinación de los derechos y obligaciones») de ocurrir ante algún órgano competente que permita ejercer todos los actos razonablemente encaminados a una cabal defensa de la persona o de sus derechos. Decididamente, no puede hablarse de derecho de defensa o de «debido proceso», como garantía adjetiva, sin la presencia de un tribunal que, de acuerdo con un procedimiento legal, de cauce a las acciones enderezadas a hacer valer eficazmente los derechos individuales”. CSJN, “Washington Julio Efraín Cabrera c. Comisión Técnica Mixta de Salto Grande”, *Fallos* 305:2150, del 5 de diciembre de 1983.

⁷⁵ Tanto en la Constitución argentina como en la totalidad de los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos recogen normas en las que se consagra el derecho a la tutela judicial efectiva, así como al debido proceso legal; se señalan los

Dicha categoría en nuestro sistema erigida a la jerarquía de principio constitucional y supraconstitucional se la encuentra reconocida principalmente en los artículos 18 de la Constitución nacional y 8.1 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Ahora bien, ¿por qué hablamos de tutela “efectiva”?; siguiendo a Morello y Arazi, en la actualidad, cuando se hace referencia al debido proceso se habla de la tutela “efectiva” de los jueces y tribunales para la protección de los derechos de las personas (por ejemplo, el artículo 24 de la Constitución española; artículo 15 de la Constitución de la provincia de Buenos Aires); o bien del recurso “efectivo” (artículo 25, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos —Pacto de San José de Costa Rica— [LA 1990-B-1615]); según el *Diccionario de la Real Academia Española*, “efectivo” significa “real y verdadero, en oposición a lo quimérico, dudoso o nominal”,⁷⁶ y agregan, los citados juristas:

Es por todos conocido el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en autos “Camacho Acosta, M. v. Grafi Graf S.R.L. y otros”, del 7/8/1997 (JA 1998-I-465) donde se impuso a los demandados en un proceso de indemnización de daños y perjuicios, en trámite, el pago de una prótesis en reemplazo de su antebrazo izquierdo que había sido amputado por una máquina de propiedad de aquéllos. Valoró el tribunal que la tardanza en la colocación de la prótesis hasta el momento de la sentencia definitiva le provocaría al actor un perjuicio irreversible en la posibilidad de su recuperación física y psíquica, como también que la permanencia en su situación actual —hasta el momento en que concluya el proceso— le causaría un menoscabo evidente que le impediría desarrollar cualquier relación laboral.⁷⁷

Lo expuesto nos da cuenta de la justificación del proceso cautelar en aras de recuperar la efectividad perdida por el proceso judicial tradicional, precisamente por la lentitud extrema que experimentan las denominadas “aquietadas aguas del proceso ordinario”; es por eso que la prestigiosa doctrina señalara que las medidas cautelares —en palabras de Chinchilla Marín— “son la garantía que ofrece el derecho frente a la inevitable lentitud de los procesos judiciales”; y es que tal como señaló Calamandrei, el interés específico que justifica la emanación de una medida de este tipo es la exis-

siguientes instrumentos: Convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (artículo 6o.); Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos —Carta de Banjul— (artículo 7o.); en el ámbito universal, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 14).

⁷⁶ Morello, Augusto Mario y Arazi, Roland, “Procesos urgentes”, *J.A.*, 2005-I, p. 1348.

⁷⁷ *Ibidem*, p. 1349.

tencia de un peligro de daño jurídico, derivado del retraso de una decisión jurisdiccional definitiva; es decir, la razón de ser de la tutela cautelar es el denominado *periculum in mora*.⁷⁸

Resulta entonces que, frente a ciertos casos, las medidas cautelares devienen imprescindibles para la protección de los derechos del justiciable; si este tipo de medida no se adoptaran en ciertos y determinados supuestos, la sentencia que en definitiva recaiga en la causa no tendrá razón de ser, y, en consecuencia, también devendrá ineficaz y vacuo el derecho a acceder a un tribunal de justicia.

En consecuencia, la protección judicial efectiva, así como la cláusula del debido proceso legal, se erigen en una garantía instrumental por excelencia, en una de las piedras basales del sistema de protección de derechos fundamentales, ya que de no existir una adecuada protección judicial de los derechos consagrados en el ámbito interno de los Estados —ya sea en su legislación interna o en los textos internacionales de derechos humanos— su vigencia se torna ilusoria.

Sentado lo anterior, cabe recrear la doctrina dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con relación a la categoría “tutela cautelar efectiva”, bajo análisis, dice que “constituye uno de los pilares básicos, no sólo de la Convención Americana, sino del propio Estado de derecho en una sociedad democrática en el sentido de la convención”.⁷⁹

Y entonces, lo importante de estas garantías es precisamente la subsistencia de las mismas, más allá de los avatares políticos de los Estados; por ello, la Corte también dijo que

...las garantías sirven para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho. Como los Estados parte tienen la obligación de reconocer y respetar los derechos y libertades de la persona, también tienen la de proteger y asegurar su ejercicio a través de las respectivas garantías, vale decir, de los medios idóneos para que los derechos y libertades sean efectivos en toda circunstancia.⁸⁰

Siguiendo los lineamientos expuestos, conviene tener en cuenta que el Pacto de San José de Costa Rica prevé un amplio ámbito de aplicación del

⁷⁸ Chinchilla Marín, Carmen, *La tutela cautelar en la nueva justicia administrativa*, Madrid, Civitas, 1991, p. 31.

⁷⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), caso “Castillo Páez”, sentencia del 3 de noviembre de 1977, párrafo 82; caso “Suárez Rosero”, sentencia del 12 de noviembre de 1997, serie C, núm. 35, párrafo 65.

⁸⁰ CIDH, OC-8/87, “*El Habeas Corpus bajo suspensión de garantías (artículos 27.2, 25.1 y 7.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*”, del 30 de enero de 1987, párrafo 25.

derecho a la protección judicial, a través de los artículos 8o. y 25 en relación con el espectro de derechos que se encuentran amparados. En este sentido, conviene tener presente que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que el derecho a la protección judicial deriva de la obligación “de todo Estado parte en la Convención, de respetar los derechos y libertades garantizados en ella y (de) garantizar su pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción (artículo 1.1)”.⁸¹ Por eso, la jurisprudencia de los organismos internacionales que supervisan la vigencia de los derechos humanos haya explicitado que la protección judicial se manifiesta en el derecho que tiene toda persona a un recurso sencillo y rápido ante los jueces o tribunales competentes, el cual debe sustanciarse de acuerdo con las normas del debido proceso (artículo 8.1, CADH), y que no se agota en el libre acceso a este recurso ni a su desarrollo, sino que requiere que el órgano que interviene produzca una conclusión razonada sobre los méritos del reclamo, en la que establezca la procedencia o improcedencia de la pretensión jurídica que le da origen, y también que se garantice “el cumplimiento, por las autoridades competentes”, “de toda decisión en que se lo haya estimado procedente”.⁸²

En consecuencia de la doctrina relevada, no cabe sino concluir que de acuerdo con los principios del derecho internacional generalmente reconocidos, los recursos judiciales deben existir no solo formalmente, sino que deben ser efectivos y adecuados; la tutela oportuna es tutela efectiva.

En suma, lo dicho determina que el derecho a la protección judicial únicamente se ajusta a las prescripciones de la Convención Americana si reúne ciertas y determinadas condiciones: el recurso judicial existente, en el ámbito interno para remediar una violación a los derechos humanos protegidos en la declaración y en la convención debe ser adecuado, efectivo y

⁸¹ CIDH, “Garantías judiciales en Estados de emergencia artículos 8o., 25, y 27.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, Opinión consultiva OC-9/87, serie A, núm. 9, del 6 de octubre de 1987.

⁸² Por otra parte, “los artículos 25 y 1.1 de la convención se refuerzan mutuamente, en el sentido de asegurar el cumplimiento de uno y de otro en el ámbito del derecho interno; los artículos 25 y 1.1 requieren conjuntamente, la aplicación directa de la Convención Americana en el derecho interno de los Estados parte. En la hipótesis de supuestos obstáculos de derecho interno, entra en operación el artículo 2o. de la convención, que requiere la armonización con esta del derecho interno de los Estados parte; estos últimos se encuentran obligados, por los artículos 25 y 1.1 de la convención, a establecer un sistema de recursos internos sencillos y rápidos, y a dar aplicación efectiva a los mismos. Si *de facto* no lo hacen, debido a supuestas lagunas o insuficiencias del derecho interno, incurren en violación de los artículos 25, 1.1 y 2o. de la convención; CIDH, caso “Genie Lacayo”, voto citado, párrafos 18-21).

sustanciarse de acuerdo con las reglas del debido proceso legal. En ciertos casos, el recurso judicial eficaz será solo aquel que se integre con la adopción de medidas cautelares; de lo contrario, el recurso devendría ineficaz para proteger los derechos que se estiman conculcados, y la sentencia una mera formalidad.

VII. TUTELA CAUTELAR EFECTIVA DE LOS DERECHOS DE SALUD. LAS DENOMINADAS MEDIDAS “AUTOSATISFACTIVAS”

Desde hace algo más de una década ha venido desarrollándose paulatinamente el sistema de medidas autosatisfactivas, las cuales constituyen una respuesta jurisdiccional apropiada a “las situaciones existenciales derivadas de esta desprotección”, pues se trata de un proceso urgente, caracterizado por la inmediatez y la autonomía de la respuesta jurisdiccional, que se despacha —generalmente— *inaudita et altera pars*, y mediando una fuerte probabilidad de que los planteos procesales sean atendibles; de ahí que su procedencia se supedite a la verificación de los siguientes extremos: *a*) la acreditación de la existencia de un interés tutelable, cierto y manifiesto; *b*) cuya tutela sea imprescindible, produciéndose en caso contrario su frustración; *c*) que el interés del peticionante se circunscriba a la obtención de la solución urgente solicitada, y *d*) con exigencia de contracautela en caso necesario.

De neto corte pretoriano, estas específicas garantías instrumentales de derechos fundamentales no cuentan con un régimen legal integral, uniforme y diferenciado, en el que se les brinde tratamiento específico en el derecho positivo procesal argentino; existen solo previsiones aisladas, dispersas en los ordenamientos provinciales.⁸³ No obstante, como veremos, la jurisprudencia suele ser uniforme en su reconocimiento, en el establecimiento de sus requisitos de procedencia y alcances de su protección.⁸⁴

⁸³ Artículo 305 del CPCPC de La Pampa —Ley Provincial 1828—; artículo 232 bis, del CPCPC del Chaco —Ley Provincial 4559—; artículo 5o. de la Ley 11.529, de la provincia de Santa Fe; y artículo 67 del anteproyecto de código para la ciudad autónoma de Buenos Aires.

⁸⁴ Es que el desarrollo de mecanismos judiciales cada vez más eficaces para efectivizar los derechos fundamentales es un imperativo natural para el juez. Tal como lo ha señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos: “...la inexistencia de un recurso efectivo contra las violaciones a los derechos reconocidos por la convención constituye una transgresión de la misma por el Estado parte, en el cual semejante situación tenga lugar. En ese sentido debe subrayarse que, para que tal recurso exista, no basta con que esté previsto por la Constitución o la ley, o con que sea formalmente admisible, sino que se requiere que sea realmente idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla. No pueden considerarse efectivos aquellos recursos

Este tipo de medidas, como lo explica Gallegos Fedriani,⁸⁵ son instrumentos que se caracterizan, al margen de la tutela judicial clásica, por la satisfacción definitiva y única de la pretensión.

Por ello, se guardan algunas similitudes y poseen algunas diferencias respecto de las medidas cautelares, como genéricamente las hemos conocido en el espacio jurídico iberoamericano tradicional.⁸⁶ Siguiendo al autor citado, vemos que se asemejan a las medidas cautelares, porque ambas se inician con la postulación de que se despache favorablemente la pretensión e inaudita *et altera pars*, o a lo sumo, con un sumarísimo traslado a la parte requerida; se diferencian, por lo siguiente: *a)* el despacho de la medida autosatisfactiva reclama una fuerte probabilidad de que lo pretendido sea atendible. Este requisito implica una mayor rigurosidad que el tradicional *fumus bonis iuris* exigido en la tutela cautelar; *b)* su dictado acarrea una satisfacción “definitiva” de los requerimientos del postulante, y *c)* por su estructuración, la que en razón de su complejidad pueda requerir la sustanciación de un requerimiento o traslado a la contraparte, se genera un proceso de índole autónoma —para un sector creciente, es también voluntario y no contradictorio— dado que no es accesorio ni tributario respecto de otro por agotarse en sí mismo.⁸⁷

Cabe advertir que esto último se encuentra controvertido de alguna manera; así, se sostiene la existencia de un verdadero demandado, en los términos procesales propiamente dichos. Demandado para quien debe encontrarse estructurado un derecho de defensa, para cuyo ejercicio se entiende que hay dos vías posibles para dar constitucionalidad a las “medidas de satisfacción inmediata”: *a)* otorgar una breve pero efectiva y adecuada intervención al sujeto contra quien se articula o en perjuicio de quien se solicita, antes del dictado de la sentencia, y *b)* si se tramitó *in audita parte*, exigir contracautela

que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios; ello puede ocurrir, por ejemplo, cuando su inutilidad haya quedado demostrada por la práctica, porque el Poder Judicial carezca de la independencia necesaria para decidir con imparcialidad o porque falten los medios para ejecutar sus decisiones...”. Caso “Cesti Hurtado c. Perú”, sentencia del 29 de septiembre de 1999, párrafo 125; doctrina reiterada por la CIDH, en el “Caso del Tribunal Constitucional”, sentencia del 31 de enero de 2001, párrafo 90; en el caso “Las Palmeras”, sentencia del 6 de diciembre de 2001, párrafo 60, y recientemente en “Acevedo Jaramillo vs. Perú”, sentencia del 7 de febrero de 2006, párrafo 213).

⁸⁵ Gallegos Fedriani, Pablo, *Las medidas cautelares contra la administración pública*, Buenos Aires, Ábaco, 1998, pp. 133 y 134.

⁸⁶ Al respecto, cabe señalar que Calamandrei advertía que las medidas cautelares podían ser accesorias y subordinadas al resultado útil del proceso principal, o “satisfactivas de por sí, con consecuencias propias y autónomas”. Calamandrei, Piero, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Padova, 1936.

⁸⁷ Gallegos Fedriani, Pablo, *op. cit.*, p. 135.

a su promotor y dar real posibilidad de que no sea efectivizada contra el perjudicado por la decisión, en particular si le causa un perjuicio de tardía o insuficiente ulterior, mientras pueda discutir el acierto de lo resuelto mediante un procedimiento idóneo.⁸⁸

Ahora bien, consideramos que lo antes dicho no obsta al cariz del proceso protectorio; no dirimente —en los términos de Gallegos Fedriani— que debe reconocérsele a las medidas autosatisfactivas,⁸⁹ ya que en ellas el magistrado no se encontrará ante una contienda procesal, sino ante el requerimiento, caracterizado por su propia urgencia, del dictado de una orden que con ella misma se extingue; y ello acaso porque —como bien señala el autor— la existencia de esta clase de medidas se encuentra destinada a tutelar situaciones de extrema vulneración de derechos fundamentales en los que la urgencia de la decisión es el fin y el fundamento mismo de lo resuelto por el juez.⁹⁰

VIII. LA CONSTRUCCIÓN DE LA TUTELA AUTOSATISFACTIVA DE LOS DERECHOS DE SALUD EN LA JURISPRUDENCIA ARGENTINA

A la luz del análisis realizado a lo largo del presente trabajo, y sentadas las bases a partir de las cuales se discuten en la actualidad de nuestro país los alcances de la protección reconocible al derecho a la salud, y consecuentemente, los requisitos de procedencia de la correspondiente tutela cautelar, juntamente con la presentación de los términos en que pretorianamente se han desarrollado las medidas autosatisfactivas —como instrumentos más adecuados para brindar tutela inmediata a la salud—, corresponde ahora adentrarse en la presentación de aquellos casos, testigos en los cuales se concretó la tutela autosatisfactiva de salud.

Con el objeto explicitado, se han seleccionado cinco casos sentenciados por magistrados judiciales de primera instancia, de distintas jurisdicciones

⁸⁸ Sagüés, Néstor, “La «medida de satisfacción inmediata» (o «medida autosatisfactiva») y la Constitución nacional”, *El Derecho*, 19 de octubre de 2000.

⁸⁹ Gallegos Fedriani, Pablo, *op. cit.*, p. 134, quien asimismo sostiene que esta medida “no constituye ni más ni menos que una forma de amparo, ya que por un lado, sería fácilmente acreditable el derecho que le asiste al accionante como asimismo; el agravamiento que irroga el mantenimiento de ese *status quo*; mientras que, por otro lado, no encontraríamos con precisión contra quién dirigir la posible acción a entablar, superponiéndose aquí el trámite de una cautelar con el objeto de la pretensión final, que podría provocar, por la modificación que generaría respecto a los hechos puestos en escena, lo innecesario de otro proceso autónomo y distinto al sustanciado” (con cita a Rojas, Jorge, “Una cautela atípica”, *Revista de Derecho Procesal*, 1998, y Peyrano, Jorge, “Régimen de las medidas autosatisfactivas”, *LL*, t. 1998-A, p. 968).

⁹⁰ Gallegos Fedriani, Pablo, *op. cit.*, p. 140.

locales argentinas, los cuales dan cuenta del alcance real logrado por los tribunales de justicia argentinos en la protección cautelar a la salud; se presentan a continuación.

1. “*M. I. S.*”⁹¹

El caso trata del pedido de auxilio que una madre realiza a favor de su hija menor oxigenodependiente —conectada a un equipo de oxigenoterapia a domicilio— por padecer insuficiencia respiratoria crónica e hipertensión pulmonar; la situación de urgencia se configura al fenecer la cobertura médica que le brindaba su empleador a los tres meses de producido el distracto, y el riesgo vida al que se sometería a la niña, de interrumpirse el tratamiento.

Por esa razón, la madre se vio precisada a iniciar un trámite administrativo ante el Ministerio de Salud, dado que —hallándose sin empleo y ante la inminente carencia de cobertura de la obra social— sostuvo que el sector público se debe hacer cargo de dar el servicio de salud, por tratarse de un bien esencial para el desempeño humano social. Máxime, considerando que en la especie, es el derecho al respiro vital de la hija, que se encuentra en riesgo, debido al desamparo médico-asistencial en que quedaría la niña si se suspende la administración permanente de oxígeno, con los medios descritos; a pesar de la gravedad de la situación, las autoridades administrativas guardaron silencio.

Frente a este cuadro francamente desesperanzador, decidió acudir a la sede judicial a exponer su problema, en un intento heroico, desprovista de patrocinio letrado; tras exponer su situación ante la asistente social del equipo técnico del Tribunal de Menores que previno el caso, se produjo urgente intervención pericial del cuerpo médico forense.

Las conclusiones del informe fueron categóricas respecto de la seriedad y urgencia de la situación traída a conocimiento del tribunal,⁹² sellando la

⁹¹ Tribunal de Familia núm. 3, de Lomas de Zamora, provincia de Buenos Aires, sentencia del 21 de mayo de 1999 (*JA*, 2000-II-393).

⁹² El perito médico forense departamental dijo principalmente: “la enfermedad que padece C. N. Q. «le ocasiona insuficiencia respiratoria moderada severa y hace necesaria la administración permanente de oxígeno, pues si se le suspendiese se agravaría la insuficiencia respiratoria con grave peligro para la vida de la niña»; y agrega que «la aparatología descrita es la mínima que debe tenerse para seguir preservando la salud de la enferma». Concluye informando: «existe riesgo para la salud y vida de C. N. Q. si se suspende la administración permanente de oxígeno con los medios descritos»”.

Es importante valorar las consideraciones médicas, porque nos da la pauta de la seriedad que deben revestir los planteos autosatisfactivos, de suerte que para su procedencia se exige

suerte del caso al constatar, como lo sostuvo el tribunal: “la urgencia dramática generada por la fuerte probabilidad de daño a los bienes humanos”. Por tal motivo, el tribunal sostuvo:

Ante el derecho de vivir, personalísimo, y más que esencial esencialísimo —diría Cifuentes—, pues de él dependen todos los demás bienes, se tiene derecho a que los demás se abstengan de atacarlo, a la conservación de la vida y al goce de ella. Y en la dimensión jurídica, el goce comporta su defensa. Su protección constituye un llamado ineludible para el juez desde los planos constitucional, penal, civil y procesal (*cf.* artículos 18 y 75 inciso, 22 CN; [4], 6, 24, 26 y 28 de la Convención de los Derechos del Niño; [5] y VII de la Declaración Americana de los Derechos del Hombre; [6] y 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; [7], 5 ap., 1 8 ap., 1 y 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos; [8], 10 ap., 3, 11 ap., 1o. y 12 del Pacto De-Co. Soc. y Cult.; [9], 15 y 36 ap. 2 de la Const. Prov.; [10], 827 inciso t, del CPCC de Buenos Aires).⁹³

Así, construido el basamento constitucional a partir del cual se estructura la solución del caso, procedió a calificar jurídicamente la pretensión como “medida autosatisfactiva”, en los siguientes términos:

La cuestión planteada encuadra, en lo que la doctrina procesal moderna denomina, medidas autosatisfactivas —requerimiento urgente formulado ante el órgano jurisdiccional por el justiciable, que se agota con su despacho favorable, sin necesidad de iniciar una ulterior acción principal para evitar su caducidad—; situación de extrema urgencia, con fuerte probabilidad de que el planteo formulado sea atendible y que se juzga, en este caso, tan atendible que se considera innecesario el otorgamiento de contracautela. Comparte la medida autosatisfactiva con las medidas cautelares su carácter urgente, su ejecutabilidad inmediata y la circunstancia de que, en determinados casos —como el de autos— sea despachable inaudita parte; asimismo la satisfacción definitiva de los requerimientos de quien la postula, deben entenderse en sus justos límites pues, conforme explica Morello, ello ocurrirá en los supuestos en que la medida sea consentida o que adquiera firmeza como resultado de la frustración de las vías impugnatorias. En el caso “Clavero, Miguel Á., vs. Comité Olímpico Argentino”, citado por De los Santos, Mabel A. (JA 1997-II-926).

bastante más que la verificación del *fumus bonis iuris*, o una apariencia de buen derecho, y se condiciona a la existencia de una fuerte probabilidad de certeza en el planteo, que por otro lado debe reflejar una afectación de magnitudes no conjurables, mediante otros remedios.

⁹³ *Cf.* fs. 2, *in fine* del pronunciamiento comentado.

Resulta interesante remarcar el fundamento al que acudió el tribunal, en sustento de la transformación de la pretensión: “tratarse de la insoslayable tutela judicial oportuna de los primeros derechos humanos preexistentes a toda regulación positiva”.

2. *Sindicato de Trabajadores de Luz y Fuerza de San Juan*⁹⁴

Se trata de una medida autosatisfactiva, pedida por el representante legal de la entidad gremial, por la que se peticionó la desafectación de la cuenta bancaria de la entidad, para transferir los importes no afectados a las cuentas bancarias de los acreedores de la obra social, por los montos correspondientes a cada prestador; mediante este remedio heroico, las autoridades gremiales procuraban atender las deudas vencidas que mantenía la obra social de dicho sindicato, y de esta manera evitar un estado de insolvencia financiero, que por su magnitud podría determinar el cese de la cobertura de una enorme población beneficiaria.

El magistrado de la causa verificó, configurada la pretensión autosatisfactiva, al considerar que se trataba de “una petición con carácter de «urgente», formulada al órgano jurisdiccional por los justiciables, que se agota con su despacho favorable; siendo innecesaria la promoción de una posterior acción principal para evitar su caducidad. La finalidad de estas medidas es lograr la mayor eficacia del proceso judicial”.

No obstante lo anterior, el pronunciamiento es importante, pues en él se establecen las notas salientes que permiten distinguir las medidas autosatisfactivas, tanto de las medidas cautelares cuanto de los procesos contradictorios; esto, por los siguientes argumentos presentados:

- En primer lugar, debido a que —tal como sostuvo— “las medidas autosatisfactivas constituyen propiamente un proceso voluntario, donde no hay actor y demandado, sino peticionante y receptor de la medida”.
- En segundo término, porque

...en el tratamiento de estas medidas, debe exigirse un grado de certeza bastante mayor, que el tradicional recaudo de “verosimilitud del derecho”, uniformemente exigido para la procedencia de las medidas cautelares, a lo que se agrega la configuración de un Estado de “urgencia”, que exorbita al tradicional recaudo de “peligro en la demora”.

⁹⁴ Expediente 19.596, “Sindicato de Trabajadores de Luz y Fuerza de San Juan c/ Banco de la Nación Argentina (medida autosatisfactiva)”.

- En tercer lugar, por lo anterior, se determina la imposibilidad de despachar

...estas medidas *inaudita pars* en casos como el aquí tratado, quedando esa metodología únicamente para situaciones extremadamente urgentes y manifiestamente procedentes; entendiéndose de esta manera que resulta aconsejable una breve sustanciación consistente en un traslado de corto plazo a fin de adquirir mayor probabilidad de evidencia en la solicitud.

En el caso, el juez encontró probada la urgencia en la situación cuasi falencial, en la que se encontraba sumida la entidad donde “las abultadas deudas han hecho peligrar el normal funcionamiento de las prestaciones de salud a los afiliados de la obra social”; extremo este, que determina la conexión del Estado de urgencia con la afectación de derechos fundamentales de máxima sensibilidad, como lo es la vida y la salud.

Resulta de interés destacar el estándar jurisprudencial utilizado por el magistrado para establecer los alcances de la protección del derecho a la salud; en este caso recurrió a la doctrina sentada por la Corte Suprema Argentina en los *leading cases* “Asociación Benghalensis”,⁹⁵ y “Campodónico de Beviacqua”.⁹⁶

Por ello, es que el sentenciante haya concluido: “estos hechos tienen relevante importancia, toda vez que se encuentra en juego el mantenimiento de los derechos a la salud y a la vida de los afiliados; al recordar, que estos derechos deben priorizarse ante cualquier suspicacia burocrática que intente desnaturalizar el verdadero sentido de la norma dictada por el Poder Ejecutivo Nacional, a través de la resolución 46/2002 del Ministerio de Economía de la Nación. Surge entonces una prelación en normas de rango constitucional, como la Convención Americana de Derechos Humanos, que en su artículo 5o., primer inciso, persigue el respeto y la protección de la integridad física, psíquica y moral de todas las personas; y en su artículo 4o., primer inciso, sostiene el respeto por la vida; también se encuentran afectados los derechos a la vida y a la salud, que protegen los artículos I y XI, respectivamente, de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; además, en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el artículo 3o. protege el derecho a la vida, y en su artículo 25, primer inciso, dispone que:

⁹⁵ CSJN, “Asociación Benghalensis y otros c/ Ministerio de Salud y Acción Social-Estado Nacional s/ Amparo Ley 16.986”, del 01 de junio de 2000.

⁹⁶ CSJN, “Campodónico de Beviacqua, Ana Carina c/ Ministerio de Salud y Acción Social-Secretaría de Programas de Salud y Banco de Drogas Neoplásicas s/ Recurso de Hecho”, del 24 de octubre de 2000

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; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad.

3. “*T. J.*” y otro c/*Swiss Medical S. A.*⁹⁷

Se trata de la tutela judicial urgente de la salud de una niña menor de cinco años, nacida con síndrome de Apert, a quien su sistema de medicina de prepago le negó la integridad de la cobertura contratada; en este caso, la protección urgente del derecho a la salud se construyó sobre el basamento del artículo 42 de la Constitución argentina, y del artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.⁹⁸

Los padres de la menor, tras verse expuestos a sucesivas dilaciones, evasivas y regateos de parte de la prestadora, decidieron acudir a la sede judicial, en el marco de una acción de amparo, solicitando una medida cautelar de no innovar, por medio de la cual se ordenaba a la demandada, a brindar íntegramente la cobertura prometida; el *periculum* era simple: “la operación se debe efectuar a la mayor brevedad posible, porque la menor posee rastros de impresiones digitiformes en su cráneo, que demuestra la presión que se está ejerciendo en su cerebro, lo que puede acarrear problemas neurológicos”.⁹⁹ No obstante, cabe destacar prudencialmente, la magistrada confirió traslado a su contraparte, procurando asegurar la defensa en juicio, probablemente, abonando el terreno para la mutación —que inmediatamente después iría a realizar— de acción de amparo, a medida autosatisfactiva; en este marco, la requerida empresa médica petitionó el rechazo de la medida cautelar, alegando que se trataba de una “técnica alternativa en fase experimental”, razón por la cual no cabía más que ofrecer una cobertura del 50%.

Trabada la controversia, la jueza mutó la calificación de “amparo y medida cautelar de no innovar”, en medida autosatisfactiva, por verificar que en razón del

⁹⁷ Expediente 41835/2002, “*T. J. y otro c/Swiss Medical S.A.*”, Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil, núm. 3, del 19 de julio de 2002.

⁹⁸ Siguiendo la doctrina judicial sentada en el caso, “*G. D. E. c/Obra Social de aeronavegantes s/incidente de apelación medida cautelar*”, por sentencia del 1o. de abril de 1997, dictada por la sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal.

⁹⁹ Punto I, *in fine* de la sentencia comentada.

...objeto de la cautelar peticionada, fácil es advertir que ello coincide con el objeto principal del proceso de amparo, y no puede ser de otro modo, en cuanto al proceso asegurativo, las medidas cautelares participan de la característica de accesoriadad y provisoriedad, y en un caso como el de autos, no existe forma de asegurar lo que una única pretensión; el resguardo a la salud, mediante la intervención quirúrgica que la menor requiere.¹⁰⁰

En este contexto, resulta interesante destacar el razonamiento desplegado para hacer lugar al planteamiento, pues en él se contiene una sencilla, pero profunda delimitación de los recaudos de procedencia de este específico mecanismo de tutela urgente de la salud; entendió que el caso verificaba bastante más que una apariencia de buen derecho, por versar sobre un “tratamiento que, conforme al plan médico contratado con la accionada, debe ser cubierto en un ciento por ciento”;¹⁰¹ determinó que se encontraba en presencia de una fuerte probabilidad de que se atendieran las pretensiones de la actora, unido a la necesidad de urgente atención, en el marco de un tratamiento que por sus especiales características dejaba ya de ser meramente alternativo.¹⁰²

Desentrañados los hechos del caso y la sustancia jurídica, definió el cariz de la tutela efectivizada bajo el nomen autosatisfactiva, como

...una especie de proceso urgente, género global que abarca otras hipótesis en las cuales el factor tiempo posee especial resonancia; en tal sentido, la conclusión núm. 4, del tema dos, de la comisión número dos, del XVII Congreso

¹⁰⁰ Punto III de la sentencia bajo análisis.

¹⁰¹ Punto III de la sentencia, señalando: “Por un lado, el carácter de afiliada de la menor ha sido tácitamente reconocida, así como, el intercambio epistolar y el plan de cobertura médica que manifestaron los representantes legales de la niña. Por otro, lo expuesto por la demandada respecto a si los distractores a colocarse a la menor constituyen o no prótesis (dado que en la folletería adjuntada por la actora respecto al plan den que se encuentra afiliada la menor se señala la cobertura del cien por ciento en «prótesis e implantes internos»), ha sostenido que no revisten esa calidad sino la de «ortesis», ...el cuerpo médico forense... manifestó que los distractores pueden ser considerados prótesis internas que tienen el tornillo regulador externo”.

¹⁰² Así, el cuerpo médico forense señala que la única posibilidad de tratamiento de la menor es el quirúrgico, que, “sin ser una urgencia se debe realizar lo antes posible”, siendo que, conforme a lo dictaminado, los dos distractores de estructura amorfa de Lactosorb de tercio medio facial sobre tomografía tridimensional de Walter Lorenz, es el método más moderno de esta patología en la niñez, y el más aconsejable. Explica el experto que el mencionado tratamiento es recomendable frente a tratamientos clásicos quirúrgicos con osteosíntesis de titanio, ya que estos a veces producen rechazos, y siempre es necesario realizar un segundo acto quirúrgico para su extracción, lo que no sucede con los distractores mencionados, por ser reabsorbibles en cinco o seis meses, siendo esa la única marca en el mundo que cubre esas condiciones.

Nacional de Derecho Procesal (Santa Fe, junio de 1995), dijo: “La categoría de proceso urgente es más amplia que la de proceso cautelar; así, la primera comprende también las denominadas medidas autosatisfactivas y las resoluciones anticipadas” (*cf.* Kemelmajer de Carlucci, Aída, “Medida autosatisfactiva”, bajo la dirección de Jorge Peyrano, p. 438).¹⁰³

Agregando, además:

...estas medidas urgentes se agotan en sí mismas, y se caracterizan por: *a*) existencia de un peligro en la demora; *b*) fuerte probabilidad de que sean atendibles las pretensiones del peticionante, no bastando como en las cautelares, la mera apariencia del derecho alegado; *c*) dada esta fuerte probabilidad, normalmente no requiere contracautela; *d*) es un proceso autónomo en el sentido de que no es accesorio ni tributario, respecto de otro, agotándose en sí mismos; y *e*) la demanda es seguida de la sentencia (*cf.* jurisprudencia de la provincia de Tucumán, civil y comercial común, “Saliz, Germán David c/Empresa Libertad Línea 8, SRL s/amparo”, 5 de septiembre de 2001, *Lex Docthor*)”.¹⁰⁴

La claridad de los lineamientos establecidos me exime de mayores comentarios.

4. M. R. R. c/I. O. S. P. E. R.¹⁰⁵

En este caso se promovió una acción de amparo contra el Instituto de Obra Social de la provincia de Entre Ríos para efectivizar el cumplimiento de la cobertura integral de una beneficiaria con discapacidad permanente, motora, visceral y sensorial, proveniente de hemiparesia y de lesiones multiformato. El cuadro se agrava, dado que la paciente carecía de independencia personal y grupo familiar de contención, unido a la falta de respuesta del instituto demandado, que la colocó frente a la acuciante necesidad de endeudarse para la compra de los medicamentos, dado el riesgo de vida que conllevaba su interrupción.

La situación termina de agravarse por el agotamiento de las dosis compradas, lo que devino en incierto el modo de continuar su acceso a la medicación; por ello, sus representantes pidieron al juez local, el dictado de una

¹⁰³ Punto III, párrafo IV, de la sentencia comentada.

¹⁰⁴ Punto III, párrafo V, de la sentencia comentada.

¹⁰⁵ Expediente 12.608, “M. R. R. c/I. O. S. P. E. R. s/acción de amparo”, juzgado en lo civil y comercial, núm. 8, de Paraná, Provincia de Entre Ríos, Argentina, 23 de marzo de 2007.

medida cautelar innovativa, por medio de la cual se obligara a la entidad a brindar cobertura.

Frente a esto, el tribunal comienza su razonamiento citando las palabras del ilustre maestro argentino, Miguel Marienhoff, señalando:

La cuestión traída a conocimiento involucra el derecho a la salud, de especial protección por nuestro ordenamiento jurídico positivo. Reparo que la defensa de la salud es una consecuencia de la protección del derecho a la vida, valor supremo en un Estado de derecho que “en la escala de prerrogativas humanas ocupa el primer puesto”.¹⁰⁶

Luego, agrega el reconocimiento que este derecho fundamental merece en el ordenamiento argentino, afirmando:

Y así, se reconoce sin vacilaciones, que el derecho a la salud posee rango constitucional —artículo 42 de la CN.; artículo 5o. de la Convención Americana de los Derechos Humanos, aprobada por la Ley 23.054, y recepcionada por el artículo 75, inciso 22, de la CN.; toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, el artículo 12, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales —de jerarquía constitucional— establece medidas que los Estados parte, deberían adoptar, a fin de asegurar la plena efectividad del derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. La Organización Mundial de la Salud define a la salud como el estado de perfecto bienestar físico, mental y social.

Tras lo categórico de las afirmaciones resaltadas, y la urgencia y contundencia de la cuestión planteada, el magistrado entendió configurado, sin más, el “interés tutelable cierto y manifiesto, que impone al instituto reclamado, del deber de responder”; de ahí que sean estos dos elementos, la gravedad y urgencia, los extremos que motivaron el cambio de calificación de la acción de amparo intentada por él, señalando que

(el) trámite que la doctrina y jurisprudencia han denominado “medida autosatisfactiva”, a la que califica como “una solución jurisdiccional urgente, autónoma, despachable *inaudita et altera pars* y mediando una fuerte probabilidad de que los planteos formulados sean atendibles”, explicitándola como un instrumento útil para remover “vías de hecho”.

¹⁰⁶ Marienhoff, Miguel S., “El derecho a la libertad integral del ciudadano”, *Anales de la Academia Nacional de Derecho*, año XII, segunda época, núm. 9.

Las dos últimas consideraciones son de interés, porque profundizan el camino de los casos anteriores, brindándole mayor intensidad a los alcances de las medidas autosatisfactivas, ya que, por un lado, se exime de contracautela, y por el otro, se le reconoce como mecanismo eficaz para combatir las vías de hecho administrativas.

De manera que, según el enfoque aquí planteado, esta tutela judicial urgente se supedita a los siguientes recaudos: *a)* la existencia de un interés tutelable, cierto y manifiesto; *b)* su atención impostergable, lo que determina que se produzca en caso contrario la frustración del derecho; *c)* el alcance limitado de la acción a obtener la solución de urgencia requerida; y *d)* la dispensa de contracautela salvo supuestos de excepción.¹⁰⁷

5. “*F, S. C.*”

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 23.660, dado que 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: *a)* la dificultad del caso, determinada por la presencia de una enfermedad grave que requiere de medidas urgentes; *b)* la desprotección del amparista, y *c)* 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

¹⁰⁷ En los términos de la sentencia comentada, la dispensa de la contracautela se determina por la concurrencia de los siguientes extremos de inexcusable observancia: “...existe, sin duda alguna, un interés tutelable, cierto y manifiesto, y se impone su tutela de manera urgente, para evitar de este modo, la frustración del derecho a la salud, sin necesidad de dación de contracautela por el grado de evidencia de la procedencia de lo solicitado”; considerando único, última parte.

las autoridades públicas de garantizar ese derecho, mediante acciones positivas y medidas concretas.¹⁰⁸

Respecto de este último, resulta ilustrativo —respecto de los alcances de la tutela cautelar— lo señalado en el voto de la ministra, doctora 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 constituye 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—).¹⁰⁹

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,¹¹⁰ 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 teniendo en consideración que la recurrente padece una patología que impone un tratamiento oncológico regular y sin dilaciones.¹¹¹

IX. A MODO DE EPÍLOGO

Acaso sea la problemática del derecho a la salud, y su protección cautelar, un ámbito sobre el cual, con alguna claridad pueda percibirse la cues-

¹⁰⁸ Cabe destacar que en reiteradas ocasiones (*Fallos* 321:1684, 323:1339, 3229 y 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).

¹⁰⁹ *Cfr.* considerando 6o. del voto de la ministra, doctora Carmen Argibay.

¹¹⁰ *Cfr.* considerando 6o. del voto de mayoría.

¹¹¹ *Cfr.* 5o. del voto de mayoría.

tión de la internacionalización de los ordenamientos, y consecuentemente, la transformación de las fuentes de los ordenamientos internos, todo lo cual —quizá— constituya 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; nos referimos a sus bases de legitimidad.

En la construcción jurisprudencial analizada 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, y con ello se desarrolla progresivamente una reconfiguración de los procesos judiciales urgentes, dando lugar a la paulatina consolidación de las medidas judiciales denominadas en Argentina como “autosatisfactivas”, o la garantía instrumental idónea para asegurar la tutela efectiva de los derechos de salud.

Es entonces que se advierte la presencia de una fuente supranacional de nuestro ordenamiento, por cuanto esta concurre a modularlo, reconfigurar sus bases de sustentación y estructurar, no solo 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, entre otras, a la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos; esto, 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.

Esto determinará, entre otras, la obligación del Estado argentino, no solo de prestar de manera directa, servicios médicos asistenciales por sí, o por medio 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.

Consecuencia de lo anterior, vinculado al desarrollo de medidas autosatisfactivas, como herramienta idónea para la protección judicial urgente

en materia de derecho de salud, tenemos: *a*) la necesaria concurrencia de un interés relevante, tutelable, cierto y manifiesto, evidenciado en un grado de certeza muy superior a la tradicional verosimilitud del derecho propio de las medidas cautelares; *b*) la consecuente necesidad de que la atención del derecho reclamado devenga impostergable, evidenciando con ello un grado de peligro en la demora muy superior al que tradicionalmente se exigía para la procedencia del sistema imperante de medidas cautelares, y ello fundado en el riesgo inminente y severo que se produzca, en caso contrario la frustración del derecho; *c*) el alcance limitado de la acción a obtener la solución de urgencia requerida, y *d*) la dispensa de contracautela, salvo supuestos de excepción.

La novedad de los términos en que se nos presenta este especial sistema de protección determina que de alguna manera estemos 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.

Como analizaba Jürgen Habermas tiempo atrás, acaso a modo de profecía, respecto del contexto de transformación de Alemania y los Estados europeos de finales de 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.¹¹²

¹¹² Habermas, Jürgen, *Mas 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 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”.

Siguiendo ese pensamiento, creemos que los operadores jurídicos de 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 y adecuado al nuevo contexto.

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