



Gaceta Laboral

ISSN: 1315-8597

luisediaz@intercable.net.ve

Universidad del Zulia

Venezuela

Aldao, Martín; Clérico, Laura; De Fazio, Federico  
La protección del derecho constitucional a la salud en Argentina  
Gaceta Laboral, vol. 21, núm. 3, 2015, pp. 239-275  
Universidad del Zulia  
Maracaibo, Venezuela

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=33643814001>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto



# La protección del derecho constitucional a la salud en Argentina

**Martín Aldao**

Profesor de la universidad de Buenos Aires. Investigador del Instituto “A. L. Gioja”. Email: [aldaom@gmail.com](mailto:aldaom@gmail.com)

**Laura Clérico**

Profesora de la Universidad de Buenos Aires. Investigadora del Instituto “A. L. Gioja” y del CONICET. Email: [lauraclerico@yahoo.com](mailto:lauraclerico@yahoo.com)

**Federico De Fazio**

Abogado. Investigador del Instituto “A. L. Gioja”. Email: [fldefazio@gmail.com](mailto:fldefazio@gmail.com)

## Resumen

El presente trabajo tiene por objetivo realizar una reconstrucción y clasificación dogmática de la producción jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina en materia de derecho constitucional a la salud. En concreto, se propone ilustrar qué, cómo y a quién se reclama por el fiel cumplimiento de las obligaciones que surgen del derecho constitucional a la salud. Tal determinación es llevada a cabo a través de una metodología cualitativa, consistente en el análisis de la jurisprudencia desarrollada por el máximo tribunal argentino en materia de derecho constitucional a la salud. Se concluye que: (i) el objeto del derecho a la salud se basa fundamentalmente en “obligaciones de dar”, las cuales se encuentran restringidas a su suficiencia y oportunidad; (ii) la determinación de su contenido se verifica mediante los argumentos de prohibición de regresión, de medios alternativos y de la conexión con otros derechos constitucionales; (iii) los sujetos obligados resultan no sólo los Estados nacional y provinciales sino también instituciones privadas como “obras sociales” o empresas de medicina pre-paga.

**Palabras claves:** Derecho Constitucional a la Salud; Constitución Argentina; Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina.

# The Protection of the Constitutional Right to Health in Argentina

## Abstract

The aim of this work is to make dogmatic reconstruction and classifications of the jurisprudence of the Supreme Court of Argentina in the area of the constitutional right to health. Concretely, the proposal is to draw what, how and to whom is claimed to accomplish the obligations, which arise from the constitutional right to health. This determination is performed through a qualitative methodology, which consist in the analysis of the precedents developed by the Supreme Court related to the Constitutional Right of Health. We conclude that: (i) the object of the Right of Health consist fundamentally in “duties to give”, which are restricted by its sufficiency and opportunity; (ii) the determination of its contents is verified through arguments of no regression, alternative means and its connexions with others Constitutional Rights; (iii) its duty holders are not only national and provincial States but also private institutions like “obras sociales” or pre-paid medicine companies.

**Key Words:** Constitutional Right to Health; Argentine Constitution; Supreme Court of Justice of Argentine’s Nation.

## 1. Introducción: La salud como derecho, momentos constitucionales

El derecho a la salud ha sido acogido en lugares dispares en el ámbito constitucional. Desentrañar la importancia de éstos es fundamental, pues de él depende en buena parte el poder de irradiación del derecho a la salud para la interpretación del ordenamiento jurídico argentino en cuestiones relacionadas con este derecho. La importancia del derecho a la salud puede ser vista en retrospectiva constitucional, la cual puede diferenciarse en cuatro momentos: el

de la Constitución de 1853/60, el de la Constitución de 1949, el de la reforma de 1957 y el de la reforma de 1994.

La constitución del 53/60, que en gran medida respondía al modelo de constitución liberal-burgués, no reconocía expresamente el derecho a la salud. En ese modelo de constitución no parecía haber espacio para un derecho a la salud que implicara deberes estatales positivos más o menos reglados. La concepción predominante (aunque sesgada) de los derechos respondía a los llamados “derechos de defensa”.<sup>1</sup> Descartada la salud como derecho, sólo aparecía como “razón” para su limitación o

<sup>1</sup> Para una crítica general a este modelo sesgado de derechos y a la neutralidad como aparente “no-intervención” que a la postre justifica un status quo desigualitario véase: ALEXY, R. (2007). Teoría de los derechos fundamentales. Madrid. CEC. Cap. IX, entre otros.

como objeto de una política pública discrecional. De acuerdo con la versión clásica del “ejercicio del poder de policía restringido” el Estado podía reglamentar los derechos para la protección de este bien público. Según esta concepción el ejercicio del poder de policía en sentido restringido era una competencia del poder reglamentario (léase, legislaturas provinciales o municipalidades) local: cada provincia lo ejercía en su jurisdicción y la nación para sus territorios. Con posterioridad la Nación interpretó que podía dictar leyes para todo el territorio a los fines de proteger a la salud en virtud del ejercicio del llamado “poder de policía amplio” y así promover la prosperidad o el bienestar general. En este sentido la “materia” salud adquiriría claramente el carácter de concurrente entre la Nación y las provincias. Pero el ejercicio de este poder reglamentario no surgía de la validez del derecho a la salud, sino en virtud de una política pública del Estado en materia de salubridad (de tono higienista o sanitarista, según el caso).

La cuestión cambia con la Constitución de 1949 que claramente responde al movimiento del constitucionalismo social, que a su vez coincide con una mayor presencia del Estado como planificador y prestador en el sector salud, lo que implicó por ejemplo, la duplicación de la capacidad hospitalaria del país (Tobar, 2013). Por su parte, la nueva Constitución reconoce expresamente el derecho a la “preservación” de la salud,<sup>2</sup> del bienestar social y de la seguridad

social, basándose en una concepción de derechos sociales y de igualdad fáctica. Sin embargo, la vigencia de esta Constitución fue reducida en el tiempo como para poder ponderar su efectividad, pues en 1956 fue abrogada por un gobierno de facto.

Por su parte, la reforma de 1957 constitucionaliza el derecho a la salud a través de los derechos de los trabajadores y de la seguridad social. Esta materia por aplicación del actual 75 inciso 12 CN formaría parte del llamado derecho común, sea que se encuentre en las leyes laborales nacionales o en el formato de un código del trabajo. Así el poder de configuración de este derecho estaría en cabeza del Congreso de la Nación; con la salvedad que su aplicación quedaría en cabeza de las jurisdicciones locales o federales según que las cosas o las personas cayeren bajo sus respectivas jurisdicciones.

Ahora bien, el art. 14 bis se dirige asimismo a unos de los puntos centrales del derecho a la salud cuando determina que la “ley” establecerá el seguro social obligatorio que estará a cargo de entidades nacionales o provinciales. Respecto del deber de dictar esta medida, queda en cabeza de la Nación o las provincias según el caso. Sin embargo, esta ley no fue dictada en su forma literal: “seguro social obligatorio general y universal”, lo que hubiese implicado un cambio de la política social de la lógica contributiva a la lógica de una ciudadanía social basada en derechos. En cambio y en forma paulatina fue creciendo el sistema de obras socia-

<sup>2</sup> Véase: Art. 37.I.5. y Art. 37.III.5 de la Const. 1949.

les,<sup>3</sup> los hospitales públicos nacionales (Crojetovich, 2013), dictándose leyes nacionales reglamentarias. Otro tanto ocurría con las legislaturas provinciales y la legislación para regular las obras sociales provinciales. Sin embargo, pronto interpretó el Congreso Nacional que tenía competencia para dictar leyes federales que establecieran y regularan el sistema de salud nacional (19.032 -obra social para jubilados y pensionados-, 18.160 -obligación de los trabajadores de afiliarse a la obra social correspondiente a su rama de trabajo-, 23.660 y 23.661 -leyes sobre el sistema nacional de salud-)<sup>4</sup> y un sistema de protección integral de la discapacidad (22.431).<sup>5</sup> Antes de la reforma de 1994, la Corte expresó frecuentemente que el “derecho a la vida y a la preservación de la salud” (CSJN, 302:1284) se encontraban también reconocidos en los arts. 14 y 14 bis, 18 y en especial, en los arts. 19 y 33 de la Constitución Nacional.

La reforma de 1994 consagra el derecho a la salud en múltiples

lugares. Se encuentra explícitamente formulado en los arts. 41 (referido al medio ambiente), 42 (referido a la relación de consumo y de usuario de servicio público) y 75 inciso 22 (vinculado a la jerarquía constitucional de varios instrumentos internacionales de derechos humanos que involucran al derecho a la salud) e inciso 23 (referido a las medidas de acción positiva para promover los derechos y lograr *igualdad real*, entre otros, de las personas con discapacidad, de los niños y niñas, de las mujeres en estado de embarazo y período de lactancia, de las personas de edad avanzada) de la Constitución Nacional, más cercana a una lógica de ciudadanía social. Es decir, se tiene derecho a la salud por la sola característica de ser habitante de un país (art. 12 Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales -PIDESC- que goza de jerarquía constitucional de acuerdo con el art 75 inciso 22 Constitución Nacional).<sup>6</sup>

El derecho a la salud consagrado es amplio en cuanto a su objeto y

<sup>3</sup> Para una comprensión amplia de, por un lado, la relación entre la lógica del sistema de salud contributivo y el derecho a la salud y, por el otro, la relación entre el sistema sindical argentino y el sistema de obras sociales, véase: DE FAZIO, Federico (2013). “Sindicatos y Obras Sociales: entre la solidaridad y el control social”. En: CLÉRICO, RONCONI y ALDAO (coord.). Tratado de Derecho a la Salud. T. II Buenos Aires. Abeledo Perrot/Thomson Reuters. Pp.1362-1385.

<sup>4</sup> De acuerdo con el art. 38 de la ley 23661 la Superintendencia de Servicios de Salud (Decreto 1615/1996) y los agentes del seguro estarán sometidos exclusivamente a la jurisdicción federal. Véase: PARETO y AREN (1990). “La competencia en materia del seguro de salud”. En: RDLSS. Buenos Aires. 2008-22-1990.

<sup>5</sup> Esta ley fue dictada por un gobierno de facto en 1981 y complementada luego de 1994 por la 24.901.

<sup>6</sup> Sobre las características del sistema de salud en la actualidad, véase: ALOIA, C.; BRINER, A. (2013). “Sistema de Salud en Argentina: Evidencias recientes de su fragmentación y vigencia”. En: CLÉRICO, RONCONI y ALDAO (coord.). Tratado de Derecho a la Salud. Buenos Aires. Abeledo Perrot/Thomson Reuters. T. II. Pp. 1277-1302; y SCIOSCIOLI, S. (2013). “Análisis introductorio de la estructura y funcionamiento del sistema sanitario en la Argentina”. En: CLÉRICO, RONCONI y ALDAO (coord.). Tratado de Derecho a la Salud, T. II Buenos Aires. Abeledo Perrot/Thomson Reuters. Pp.1303-1337.

esto advierte sobre el alcance de las obligaciones estatales y de los particulares. No sólo se debe proteger la ausencia de enfermedad sino que se debe tender al disfrute del “más alto nivel posible de salud física y mental” (art. 12 del PIDESC). Así el derecho a la salud genera tanto deberes de abstención (de no hacer) como deberes de hacer positivo. El mayor desarrollo jurisprudencial de la Corte en estos últimos años en materia de DESC se refiere al derecho a la salud como derecho de prestación positiva.<sup>7</sup>

¿En qué consisten los deberes positivos del Estado, cuál es su alcance y *quiénes* responden por su

cumplimiento en un Estado federal?<sup>8</sup> Para ello hay que considerar la interpretación de las obligaciones que surgen de los instrumentos internacionales de derechos humanos, por ejemplo, enumeradas en los arts. 1 y 2 de la Convención América sobre Derechos Humanos (CADH)<sup>9</sup> sumadas a las más específicas que surgen del derecho a la salud reconocido en el PIDESC y que ocasionó que el Comité de DESC se pronunciara en la Observación General Nro. 14 sobre el alcance de las obligaciones estatales de “respetar”, “garantizar” y “promover”<sup>10</sup>, en la Observación General Nro. 5 acerca de los deberes de adoptar medidas de

<sup>7</sup> Sin embargo, también se pronunció en algún caso referido al derecho a la salud como derecho de no-intervención, v. "Bahamóndez", (CSJN, 316:479). La Corte Suprema por mayoría declaró que la cuestión había devenido abstracta pues Bahamóndez había sido dado de alta y no había sido necesaria la transfusión de sangre diagnosticada. Sin embargo, los jueces Belluscio y Petracchi sostuvieron, en disidencia, que sería contraria a la Constitución una resolución judicial que autorizara a someter a una persona adulta a un tratamiento sanitario en contra de su voluntad, cuando la decisión del individuo hubiera sido dada con pleno discernimiento y no implicara un perjuicio concreto a derechos de terceros; véase, confirmación de la protección de la autonomía de una persona adulta que se niega en forma anticipada a recibir un tratamiento médico (transfusión de sangre) en: “Albarracin” (CSJN, 316:479).

<sup>8</sup> Un análisis más amplio y detallado sobre el impacto del derecho a la salud en el federalismo puede verse en: ARBALLO, G. (2013). “Localizando el derecho a la salud”. En: CLÉRICO, RONCONI y ALDAO (coord.). Tratado de Derecho a la Salud. Buenos Aires. Abeledo Perrot/ Thomson Reuters. T. II. Pp.1622-1652.

<sup>9</sup> Sobre el desarrollo del contenido del derecho a la salud en el ámbito interamericano, véase: PARRA VERA, Oscar (2013). “La protección del derecho a la salud a través de casos contenciosos ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”. En: CLÉRICO, RONCONI y ALDAO (coord.). Tratado de Derecho a la Salud. Buenos Aires. Abeledo Perrot/ Thomson Reuters. T. I. Pp. 762-800.

<sup>10</sup> La obligación de respetar el derecho a la salud refiere en particular a la abstención estatal de intervenir directa o indirectamente en el disfrute de este derecho así como de denegar o limitar el acceso igual de todas las personas o de imponer prácticas discriminatorias como política de Estado. La obligación de proteger incluye, entre otras, la de adoptar leyes u otras medidas que resulten necesarias para impedir que terceros interfieran en el acceso igual a la atención de la salud y los servicios relacionados con la salud. Finalmente, la obligación de cumplir, apunta a la necesidad de que los estados reconozcan suficientemente el derecho a la salud en sus sistemas políticos y sus ordenamientos jurídicos nacionales y que adopten una política nacional de salud acompañada de un plan detallado para el ejercicio del derecho a la salud.

acción para promover los derechos de las personas con discapacidad, entre otras.<sup>11</sup> De la reconstrucción de todos estos pronunciamientos, surge que los deberes positivos del Estado, son, por lo menos, de tres tipos de hacer:

a) De aprobar leyes u otras normas que terminen de generar las condiciones para que el sujeto titular pueda hacer uso de su derecho sin necesidad de tener que transitar la vía administrativa, judicial o de cualquier otro tipo para reclamar por el ejercicio efectivo de los derechos; por ejemplo, las leyes sobre sistema nacional de salud (Leyes 23.660 y 23.661), las normas sobre Programa Médico Obligatorio (PMO y PMOE), las leyes sobre Programa de Salud Sexual y Procreación Responsable (Ley 25.673 y Decreto 1282/03) y sobre Anticoncepción Quirúrgica (Ley 26.130), de Fecundación Asistida (Ley 26.862), la Ley de Protección Integral de los Derechos

de las Personas con Discapacidad (Ley 24.901), la Ley Reguladora de las Empresas de Medicina Prepaga (Ley 26.682)<sup>12</sup> y sobre objetivos específicos (HIV, Plan Materno-Infantil, Plan Federal de Chagas, entre otros);

b) De organización y procedimiento que exigen que el Estado haga algo suficiente y eficaz en el sentido de determinar y disponer de la organización y procedimientos indispensables para que se puedan realizar los derechos, controlar, fiscalizar y coordinar las acciones de los agentes de salud para prevenir incumplimientos y establecer procedimientos eficaces de exigibilidad para los casos de incumplimiento por acción u omisión de las obligaciones. Asimismo, implican obligaciones de organización y procedimiento para implementar acciones positivas para dar respuesta a las fuertes desigualdades en el “desarrollo

<sup>11</sup> Así se debilita la objeción semántica contra los problemas de determinación del contenido de los derechos de prestación positiva. Véase: ALEXY, R. (2008). Teoría de los derechos fundamentales. Madrid. Trotta. Págs. 443 y sgts.; ABRAMOVICH/COURTIS (2002). Los derechos sociales como derechos exigibles. Madrid. Trotta. Capítulo 3.

<sup>12</sup> El derecho a la salud en su función de derecho a la organización y procedimiento tiene como sujeto estatal obligado también al poder judicial. El procedimiento debe ser interpretado de forma tal que posibilite en la mayor medida posible la tutela efectiva del derecho a la salud. Esto obliga a volver la mirada sobre la forma en que los jueces y tribunales (inferiores) interpretan las normas de procedimiento para que de todas las posibles interpretaciones se inclinen por aquellas que tiendan a la mejor protección del derecho (incluida las cuestiones sobre la admisibilidad de la acción de amparo y la interpretación de la prueba, entre otras, como se tratan en los casos: “SMF” CSJN-18/6/2008; “Mosqueda” CSJN-7/11/2006, Fallos: 329:4918; “María” CSJN-30/10/2007); Véase: CLÉRICO, L. (2010). “El derecho a la salud de las personas con discapacidad además como un derecho de organización y procedimiento: “S.M.F”, Martín” y “Gallardo”. En: JA 2010-II. Buenos Aires. Suplemento del fascículo n. 7. Pp. 24-32.

humano” entre las provincias, generadas por fuertes diferencias en las estructuras político-administrativas, económicas y sociales de las diferentes provincias, que implican que no todas cuenten con las mismas armas para cumplir con las obligaciones que surgen del derecho a la salud. Si, por ejemplo, el estado nacional ponderó que las prestaciones - que surgen en forma enumerativa de la ley 24.901-, estén a cargo de las obras sociales, tiene que generar un sistema de control eficaz para que aquellas obras sociales no-adheridas logren garantizar, por lo menos, prestaciones similares. De lo contrario no hace más que petrificar la desigualdad de hecho de las personas en situación de desventaja estructural que el constituyente del 94 diagnóstico (art. 75 incisos 23 y 17 CN) y que mandó a remediar, además, a través de medidas de acción positiva (argumento del art. 75 incisos 22 y 23 CN)<sup>13</sup>; y

- c) De dar, por ejemplo, la entrega de medicamentos, prótesis, sillas de ruedas, etc.; la prestación directa de servicios de salud; financiamiento

de tratamientos y operaciones.

A continuación se realiza una clasificación y análisis de la producción jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia argentina en materia de derecho a la salud que ilustra qué, cómo y a quién se reclama por el fiel cumplimiento de las obligaciones que surgen del derecho a la salud.

## 2. Desarrollo jurisprudencial

### 2.1. Derecho a la salud y prohibición de regresión arbitraria

En el caso “Campodónico de Beviaqua” (CSJN, 323:3229) la Corte argentina condenó al Estado nacional a continuar entregando un medicamento oncológico para el tratamiento de la enfermedad de un niño que se encontraba en grave estado de salud, a pesar de que el Estado nacional alegaba argumentos referidos a los costos y a las obligaciones en cabeza del Estado provincial y de la obra social. El niño se encontraba en situación de discapacidad porque padecía desde su nacimiento del mal de “Kostman”.

<sup>13</sup>El derecho a la salud en su función de derecho a la organización y procedimiento tiene como sujeto estatal obligado también al poder judicial. El procedimiento debe ser interpretado de forma tal que posibilite en la mayor medida posible la tutela efectiva del derecho a la salud. Esto obliga a volver la mirada sobre la forma en que los jueces y tribunales (inferiores) interpretan las normas de procedimiento para que de todas las posibles interpretaciones se inclinen por aquellas que tiendan a la mejor protección del derecho (incluida las cuestiones sobre la admisibilidad de la acción de amparo y la interpretación de la prueba, entre otras, como se tratan en los casos: "SMF" CSJN-18/6/2008; "Mosqueda" CSJN-7/11/2006, Fallos: 329:4918; "María" CSJN-30/10/2007); Véase: CLÉRICO, L. (2010).“El derecho a la salud de las personas con discapacidad además como un derecho de organización y procedimiento: "S.M.F", Martín" y "Gallardo". En: JA 2010-II. Buenos Aires. Suplemento del fascículo n. 7. Pp. 24-32.

Desde entonces recibía sin cargo del Banco Nacional de Drogas Antineoplásicas una medicación especial para posibilitar el tratamiento de la enfermedad grave que padecía en su médula ósea que disminuía sus defensas inmunológicas. Ese Banco informó a los padres del niño que iba a interrumpir la entrega de la medicación. Alegaba que el niño poseía obra social; que asimismo podía pedir un subsidio para la compra del medicamento al Estado provincial -por encontrarse domiciliado en la Provincia de Córdoba- o al Estado Nacional a través del Ministerio de Desarrollo Social. Sostenía que si le seguía entregando el medicamento al niño le estaba sacando la posibilidad de obtenerlo a otras personas que padecen cáncer y que requieren esa medicación. Los padres del niño iniciaron una acción de amparo contra el Estado Nacional. Atacaron la acción de interrupción. El caso llegó por apelación a la Corte Suprema quien ordenó al referido Banco que siguiera entregando la droga. La justificación alegada por el Estado fue examinada a la luz de lo que reconstruimos como un test de proporcionalidad como prohibición de regresión arbitraria aplicando el sub-examen de idoneidad, de medios alternativos y de proporcionalidad en sentido estricto.

El medio ofrecido por el Estado nacional no aprobaba un examen de idoneidad en concreto. El medio (M1) consistía en la interrupción de la entrega del medicamento y su reemplazo por la solicitud de un subsidio (provincial o nacional) para la compra del medicamento o la entrega por la obra social (M1', M1''). Este medio no era idóneo en el caso concreto para proteger en forma adecuada

la salud del niño, su enfermedad seguía siendo grave y requería el medicamento en forma urgente: con lo que la interrupción a secas hablaba de la falta de justificación del acto. Por lo demás, si bien poseía una obra social, ésta no estaba en condiciones de otorgar el medicamento según surgía del expediente. Además el niño no podía esperar a que se regularizara el funcionamiento eficaz de la obra social, ya que subsistía la situación de "urgencia y extrema necesidad que tenía el tratamiento prescripto para salvaguardar la vida y la salud del niño", razón por la cual el referido Banco Nacional de Drogas había decidido prestar asistencia al menor, hasta que, finalmente, resolvió interrumpir injustificadamente la entrega de la medicación. La solicitud de subsidio tampoco era un medio idóneo pues era incierto si se lo otorgarían y hasta tanto lo hicieran, el niño seguía necesitando el medicamento.

Respecto del examen de medios alternativos más idóneos, el Estado nacional no parece haber realizado todos los esfuerzos para que el niño obtuviera el medicamento en forma tan eficaz o aún mejor que a través del Banco Nacional de Drogas. El Estado nacional es el garante del funcionamiento eficaz de las obras sociales nacionales, con lo que a él le corresponde velar porque esa función sea cumplida y en forma adecuada y suficiente; sin embargo, no bastaba alegar que el niño poseía una obra social sin que el garante del sistema asegurara que esa obra social entregaría el medicamento en forma segura, eficaz y continua. Asimismo, pudo haber garantizado a través de gestiones administrativas internas con el Ministerio de Desarrollo Social

el otorgamiento del subsidio para la adquisición del medicamento, de forma tal que la interrupción fuera complementada con un medio tan eficaz como M1. En fin, todas estas consideraciones develan que el Estado nacional pudo haber implementado medios alternativos tan eficaces como mantener la entrega por medio del Banco Nacional de Drogas, con lo que la mera interrupción acompañada de alegaciones abstractas de supuestos medios alternativos devela el accionar regresivo e injustificado a la luz del derecho a la salud del niño en situación de discapacidad.

Por último, el accionar regresivo del Estado nacional se corrobora claramente injustificado cuando se someten sus alegaciones al examen de proporcionalidad en sentido estricto. Recordemos: cuando más intensiva sea la restricción y peso del derecho afectado tanto más importantes deben ser las razones alegadas por el Estado. El derecho a la salud del niño presenta un peso alto. En este caso está íntimamente conectado con su derecho a la vida: si no recibía el medicamento su vida corría peligro. Además, por este mismo punto la restricción al derecho del niño por causa de la interrupción es muy intensiva. La determinación de la intensidad de la restricción y la urgencia del cumplimiento de la obligación estatal surge de un ejercicio planteado por Arango (2005 y 2013): basta con imaginarse cuáles serían las consecuencias fácticas del accionar interruptivo y luego omisivo del Estado, cuando a pesar de estar en presencia de una situación concreta del afectado de necesidad y urgencia, el Estado no actúa a través de un accionar positivo. Incluso en el caso

el derecho a la salud del niño parte desde el comienzo con un fuerte plus argumentativo: sería de aplicación la presunción de invalidez del acto por dos puntos: a) se trata de un accionar regresivo que cae en el umbral del contenido básico del derecho a la salud; b) el niño pertenece a varios de los grupos desaventajados que requiere del Estado un accionar positivo para que tengan acceso real, en este caso, al derecho a la salud: b.1) es un niño, b.2) en situación de discapacidad.

Por todo ello, el Estado debió haber presentado razones muy imperiosas para poder justificar su accionar, extremo que no logró cumplimentar. Repasemos: no era una razón de peso suficiente alegar que no se trataba de una enfermedad oncológica, porque si bien la enfermedad padecida por el niño no lo era, su tratamiento requiere de la misma droga que se necesita para el tratamiento de cáncer. Por ello, el niño se encontraría en la misma situación de hecho que los enfermos de cáncer que recibían la droga del Banco, siendo irrelevante la naturaleza de la enfermedad. Tampoco era una razón convincente alegar que el Banco Nacional de Drogas Neoplásicas decidió entregar en el año 1996 medicamentos al niño sólo por “razones humanitarias”. La situación de extrema gravedad de la salud del niño y la urgencia en la necesidad de continuar el tratamiento no habían desaparecido. Por eso, seguían vigentes las razones por las cuales el Estado nacional decidió entregar el medicamento. Además, tampoco tenía peso el argumento referido a la obra social. Esta no estaba entregando el medicamento cuando claramente éste entraba dentro de

las prestaciones que la obra social debía afrontar. El incumplimiento de esta obligación alcanza al Estado nacional porque él es el garante del funcionamiento del sistema de salud, con lo que la falta de eficacia en el control no puede ser cargada sobre las espaldas de quien padece la falta de funcionamiento aceptada del sistema, en este caso, el niño. Por último, tampoco era convincente el argumento de que le compete al Estado provincial (Córdoba) la entrega del medicamento. Si bien es cierto que el Estado provincial también está obligado a satisfacer el derecho a la salud, el niño no puede esperar que la provincia genere los medios necesarios para cumplir sus obligaciones. El Estado nacional puede luego y por otros medios institucionales exigir al Estado provincial que le compense a la Nación los medicamentos entregados, entre otros.

En suma, por un lado, tenemos un peso alto y una intensidad de restricción muy grave del derecho a la salud del niño; por el otro lado, las razones alegadas por el Estado son muy débiles, con lo que el examen de proporcionalidad arroja como resultado que la interrupción es violatoria del derecho a la vida, a la salud del niño. El Banco Nacional de Drogas debe seguir entregándole el medicamento.

Del resultado de la sentencia que surge del caso “Campodónico” se puede reconstruir la siguiente regla: si se trata de un niño que padece una enfermedad que afecta a su médula ósea y a su sistema de defensas (y no es cáncer pero tiene efectos similares) y requiere una medicación

en forma urgente, pero la obra social que posee la familia no le entrega el medicamento en forma continua y sistemática, la interrupción de la entrega de medicamentos por el Banco Nacional de Drogas Antineoplásicas (dependiente del Ministerio de la Salud de la Nación) es arbitraria y violatoria del derecho a la salud y a la vida del niño. Se debe seguir con la entrega del medicamento.

La pauta de Campodónico nos enseña que quien reconoce que debe hacer algo y hace (entrega del medicamento) luego no puede regresar sobre sus pasos (regresión arbitraria) sin haber demostrado que la situación de gravedad y urgencia del estado de salud de la persona afectada ha cambiado o que el derecho se puede satisfacer por otros medios alternativos tan adecuados (o aún más) que la entrega directa del medicamento.

## **2.2. Derecho a la salud, tratamiento eficaz y medios alternativos**

Una mención especial merecen ciertos reclamos por acción ineficaz o insuficiente en aquellos casos en que el derecho a la salud exige una acción positiva. En muchos de estos la argumentación judicial se asentó sobre la determinación -o no- del grado de idoneidad y necesidad de los medios empleados para garantizar el derecho de manera adecuada. La posibilidad de que las acciones tendientes a promover el derecho a la salud resulten no conducentes en general o en concreto o de que existan medios alternativos que

puedan promover en mayor medida al derecho pueden provocar de por sí (es decir, sin la necesidad de un análisis de la proporcionalidad en su sentido estricto) una declaración de inconstitucionalidad.<sup>14</sup>

En lo que refiere particularmente al análisis de la alternatividad de los medios, pueden hallarse dos tipos de justificaciones: a) aquellas en las cuales se fundamenta la falta de necesidad del medio empleado en razón de existir otro medio igual o menos lesivo que promueve mejor el derecho; y b) aquellas en las cuales se fundamenta la necesidad del medio, atento a no existir otro procedimiento mejor al empleado. Respecto a ese segundo supuesto se evidencian dos fallos:

El primero es el caso “Maldonado” (CSJN, 327:5210). Aquí la obra social (del personal de la Policía Federal argentina) a la que estaba afiliada la familia Maldonado debía seguir costeando el tratamiento de su hija. La niña sufría la enfermedad de *WerdnigHoffman*, que ocasiona una atrofia muscular espinal incurable y sólo puede ser contrarrestada con cuidados paliativos. La obra social había solventado un tratamiento en Cuba con buenos resultados. Luego lo reemplazó por la atención en un centro de rehabilitación de la provincia de Buenos Aires. Finalmente dio por terminadas las prestaciones. Mientras

tanto el estado de salud de la niña se deterioraba progresivamente por lo que sus padres exigieron judicialmente que la obra social volviera a pagar el tratamiento apropiado en Rusia o en Cuba. La Corte no dudó en concluir que la obra debía realizar un accionar positivo idóneo y suficiente, sin embargo, interpretaron que el tratamiento en Cuba no era el único medio necesario y que la obra social cumplía con su obligación de hacer si garantizaba un tratamiento idóneo y suficiente similar al practicado en Cuba. En consecuencia, ordenó a la obra social que cubriera un tratamiento en la Argentina que sería recomendado como el más conveniente por una junta de médicos especialmente convocada para ello por la Corte (los informes del Cuerpo Médico Forense establecieron que la evolución positiva de su salud no dependía de un tratamiento contingente fuera del país, sino de la posibilidad de contar con una estructura sanitaria continua y progresiva, que incluyera atención y seguimiento por parte de un equipo interdisciplinario de profesionales de la salud).

El segundo es el caso “Basin de Bernava” (CSJN, 324:3988). En este fallo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación confirmó la resolución de la Obra Social del Poder Judicial que desestimaba solventar los gastos médicos para que un afiliado recibiera

<sup>14</sup>Para una exposición teórica acerca de la estructura de los derechos de prestación y la estructura del examen de proporcionalidad en dichos casos véase: ALEXY, R. (2012). “Sobre la estructura de los derechos de prestación”. En: BEADE, G. y CLÉRICO, L. Desafíos a la Ponderación. Bogotá, Universidad Externado de Colombia; CLÉRICO, L. (2001). Die Struktur der Verhältnismäßigkeit. Baden-Baden. Nomos [versión en castellano: El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional. Buenos Aires. Eudeba. 2009. Cap. 4].

un tratamiento -que se realizaba en el país- en los Estados Unidos. Para así resolver, la Corte tuvo en cuenta por un lado, los informes acompañados que demostraban que las estadísticas respecto a los riesgos de la operación resultaban similares en ambos países. Por el otro lado, la Corte agregó que: “constituye deber ineludible señalar el valor que representa el interés general de custodiar y, por ende, evitar comprometer un fondo como el de la obra social, que pertenece por igual a la totalidad de los afiliados”. Señaló que: “el principio de solidaridad exige una correcta y cuidadosa administración de las finanzas de la obra social ya que, de no ser así, tal solidaridad sería ilusoria”. En este caso, entendió que proceder de una forma distinta a la que lo hizo la obra social implicaría privilegiar de manera desmesurada el interés individual de un paciente/afiliado en desmedro de un interés social, por cuanto prestaciones excesivamente onerosas afectarían notoriamente las legítimas expectativas y los derechos prestacionales de los otros afiliados.

La argumentación apoyada sobre la idoneidad y necesidad de los medios también cobra una especial importancia en aquellos casos en los cuales se reclame la cobertura de un “tratamiento experimental”<sup>15</sup>. En este sentido, en Argentina sólo se asentó la línea jurisprudencial del caso “Buñes, Valeria Elisabet v. Obra Social Unión Personal y otros” (537:1515). En este caso, la actora reclamó a la Obra Social Unión Personal -a la cual estaba afiliada- y al Estado Nacional, la

cobertura de un tratamiento clasificado por la autoridad administrativa como de “técnica experimental”. Primera y segunda instancia rechazaron la demanda, lo cual dio lugar al recurso extraordinario cuya denegación originó la queja. La Corte, por mayoría, rechazó el recurso intentado. La razón del rechazo se apoya en la falta de obligatoriedad legal de la provisión de ese medio por parte de la prestadora. Así la Corte sostuvo:

“Debe confirmarse la sentencia que rechazó el reclamo de una persona que padece esclerosis múltiple tendiente a que su obra social cubra el tratamiento de esa enfermedad con vacuna “T linfocitaria”, pues, no obstante el carácter fundamental del derecho a la salud, está demostrado que ese tratamiento se encuentra, en la actualidad y respecto de su enfermedad, en etapa de experimentación -resolución 276/2008 del Instituto Nacional Central Único Coordinador de Ablación e Implante- y no se advierte la presencia de norma alguna de jerarquía constitucional o infraconstitucional que, en su letra o en su espíritu, imponga a una obra social o al Estado la provisión o la cobertura de tratamientos del carácter indicado”.

Sin embargo, cabe alertar que la aplicación de la regla que indica

<sup>15</sup> Sobre este particular, véase: GONZÁLEZ MAGAÑA, I.; MEDINA, G. (2012). “Derecho a la salud. Derecho de los pacientes a tratamientos no autorizados. Los medicamentos de uso compasivo”. En: JA 2012-IV, 28/11/2012. Buenos Aires.

cuáles tratamientos son obligatorios y cuáles no, no puede de por sí cerrar la argumentación a futuras ponderaciones. Si es posible abrir una ponderación entre los principios que sostienen a la regla que determina el plan obligatorio de prestaciones y el derecho a la salud, fomentado por un tratamiento experimental, entonces ahí sí cobra un especial interés el análisis de la idoneidad y alternatividad de los medios. Así pues, si se demuestra que el tratamiento experimental resulta idóneo en el caso en concreto la justificación puede variar de aquella estipulación formal establecida por el legislador.

### **2.3. Derecho a la salud y acceso a condiciones que posibilitan una existencia digna**

El derecho a la salud es un derecho inclusivo. Esto queda reflejado en el párrafo 4 de la Observación General Nro. 14:

“el derecho a la salud abarca una amplia gama de factores socioeconómicos que promueven las condiciones merced a las cuales las personas pueden llevar una vida sana, y hace ese derecho extensivo a los factores determinantes básicos de la salud, como la alimentación y la nutrición, la vivienda, el acceso a agua limpia potable y a condiciones sanitarias adecuadas, condiciones de trabajo seguras y sanas y un medio ambiente sano.”

Para hablar con mayúscula de un acceso efectivo al derecho a la salud, tienen que estar dados todos los factores que se incluyen en la

cita. Esto habla de la emergencia y necesidad de encarar algunos reclamos sobre derecho a la salud desde una perspectiva integral. Los tres fallos que a continuación se analizan responden a esa perspectiva integral pero con distinta suerte en cuanto al resultado de la sentencia.

En el caso “Ramos” (CSJN, 323:3873) se trataba de una mujer, jefa de hogar, domiciliada en la Provincia de Buenos Aires. La mujer por sí y en representación de sus ocho hijos menores de edad promovió acción de amparo ante un juzgado civil de la Capital contra el Ministerio de Desarrollo Social y Medio Ambiente de la Nación, contra la Provincia de Buenos Aires y contra el Hospital Pediátrico Garrahan, con el fin de que se garantizaran el derecho a una sana y debida alimentación, a la salud, a la educación y a tener una vivienda digna. El juez interviniente declaró su incompetencia para entender en el caso, en cuanto se demandaban en forma conjunta a una Provincia y al Estado Nacional. La Corte Suprema de Justicia de la Nación declaró que la causa correspondía a su competencia originaria. Respecto del fondo del asunto, en el año 2002 la Corte nacional rechazó la acción de amparo. La mayoría en “Ramos” sostuvo:

“...que el desamparo que expone la actora y en el que funda su presentación, si bien revelador de un dramático cuadro social, no puede ser considerado ni resuelto por esta Corte toda vez que no es de su competencia valorar o emitir juicios generales de las situaciones cuyo gobierno no le está encomendado toda vez que la naturaleza específica de sus funciones en el marco de las

instituciones fundamentales se lo impide”.

El caso fue resuelto a pocos meses de la crisis de diciembre de 2001, de lo que surge que el tribunal privilegia la precaria situación financiera del Estado, mostrando una severa miopía respecto del impacto de la crisis en la población. En dicho precedente, es claro que el Tribunal no prestó debida atención al contexto de exclusión social<sup>16</sup> en el que se enmarcaba la acción de amparo. En el caso se trataba de emitir juicios sobre niños concretos que se encontraban en estado de desnutrición por no poder gozar efectivamente del derecho a la alimentación.

Ante estos supuestos, el derecho a la salud presenta una fuerte conexión con el derecho a la alimentación. Sin embargo, en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia nacional no se registran muchas sentencias sobre el tema, y las pocas que se encuentran se produjeron cercanas a la crisis de diciembre del 2001. Se trata de, además del ya mencionado caso “Ramos” del año 2000 y del año 2002 (CSJN, 325:396), de los casos “Rodríguez” (CSJN, 329:500), “Quiñone” (CSJN, 329:2759) y “Esquivel” (CSJN, 329:385).

Así, en el caso “Rodríguez” se trataba de una mujer y sus niños R.R. y K.L.H., de 5 y 2 años de edad, respectivamente, que vivían en el barrio La Matera de Quilmes, Provincia de Buenos Aires. Subsistían con la ayuda que le otorgaba el Estado a través de un plan social “Familias” y con la que le prestaban tres comedores que funcionaban en su barrio. A partir del cierre de esos centros asistenciales, el dinero percibido en carácter de plan social no le resultaba suficiente para brindar una alimentación adecuada a sus hijos, quienes al momento de iniciada la acción de amparo, se encontraban en estado de desnutrición. Por ello, Rodríguez, en representación de sus niños, demanda al Estado Nacional -Ministerio de Salud y Acción Social-, la Provincia de Buenos Aires y la Municipalidad de Quilmes, ante el Juzgado Federal N° 4 de La Plata, basándose en la ley 25.724, que creó el Programa Nacional de Nutrición y Alimentación.<sup>17</sup> Se solicitó que se dispusiera el cese de las acciones y omisiones estatales que llevaron a sus hijos a padecer el grave estado de desnutrición y que se llevaran a cabo las acciones necesarias para superarlo. Además, pidió que se dictara una medida cautelar para que

<sup>16</sup> En el fallo del 2000, la Corte adhirió al dictamen de la entonces Procuradora Fiscal Prof. Dra. Graciela Reiriz quien interpretó que el caso correspondía ser sustanciado en la instancia originaria de la Corte de la Nación, a fin de conciliar lo preceptuado por el art. 117 de la Constitución Nacional respecto de las provincias, con la prerrogativa que le asiste a la Nación al fuero federal, sobre la base de lo dispuesto en el art. 116. La evaluación del carácter conjunto de la demanda se cumple si se da “prima facie”, si son demandados en el pleito, nominal y sustancialmente, el Estado nacional y la provincia de Buenos Aires. Este requisito se cumple, si surge el carácter conjunto a primera vista y no en forma definitiva, de no ser así estaría resolviendo anticipadamente la cuestión de fondo en el marco de la discusión de la cuestión de la competencia.

<sup>17</sup> Ley 25.724.

se le entregara los elementos necesarios para asegurarles una dieta alimentaria y se realizaran controles de la evolución de la salud de los niños. El juzgado interviniente se declaró incompetente para entender en el caso por ser partes el Estado Nacional y la Provincia de Buenos Aires y lo remitió a la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Ésta se declaró incompetente; sin perjuicio de lo cual, ordenó medidas cautelares a la Provincia y a la Municipalidad de Quilmes para asegurar el derecho a la alimentación y para que controlaran el estado de salud de los niños. Luego de este caso la Corte resolvió en el mismo sentido otros dos similares: “Quiñone” y “Esquivel”, en los cuales se reclamaba por medidas de acción positiva para satisfacer el derecho a la alimentación de unos niños que se encontraban en estado de desnutrición.

La jurisprudencia en “Rodríguez” es bienvenida porque cambia para mejor la sentada en “Ramos”. En “Rodríguez”, si bien la Corte se declaró incompetente para entender en forma directa (por la vía originaria), hizo lugar a una medida cautelar y ordenó al Estado provincial y municipal realizar medidas de acción positiva para satisfacer el derecho a la alimentación de los niños afectados. Sin embargo, como en “Ramos”, la Corte decidió en este caso no pronunciarse sobre la cuestión de fondo, es decir, sobre el alcance del derecho a la alimentación cuando se trata de personas provenientes de grupos desaventajados, entre las cuales se encontraban varios niños en situación de indigencia. Los caminos argumentativos son bien distintos y, por eso, “Rodríguez” cambia en un punto, y para mejor, la jurisprudencia que emana de “Ramos” (en “Rodríguez” se hace lugar a la medida cautelar).

Sin embargo, el caso “Rodríguez”, visto en la perspectiva de la conexión del derecho a la salud con el derecho a la alimentación, se queda a mitad de camino. La Corte Suprema no se pronuncia sobre las “obligaciones impostergables” que tienen el Estado nacional y provincial respecto del derecho a la alimentación de los niños que pertenecen a los grupos desaventajados del art. 75, inciso 23 de la Constitución Nacional.

El hecho de que la Corte Suprema emita una sentencia sobre este punto no es una cuestión menor. Basta para demostrar esta importancia la repercusión que el caso “Campodónico” (CSJN, 323:3229) ha tenido en relación con otros casos que se han referido a la entrega de medicamentos. En la actualidad, es mucho más fácil exigir el cumplimiento de esas obligaciones ius fundamentales en materia de derecho a la salud. En suma, y parafraseando las palabras diplomáticas del Comité de DESC: “Se invita a los jueces y otros miembros de la profesión letrada a prestar una mayor atención a las violaciones del derecho a la alimentación en el ejercicio de sus funciones” (Observación General del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales N° 12, 1999: párr. 34). O en otras palabras, y más combativas de la Corte:

“Cuando se trata de resguardar el interés superior del niño, atañe a los jueces buscar soluciones que se avengan con la urgencia y la naturaleza de las pretensiones, encauzar los trámites por vías expeditas y evitar que el rigor de las formas pueda conducir a la frustración de derechos que cuentan con particular tutela constitucional” (CSJN, 327:5210).

Nuevamente, si bien la Corte evitó pronunciarse sobre el fondo, estos casos hablan a las claras del carácter “inclusivo” del derecho a la salud. Este derecho abraza, entre otros contenidos, el derecho a una alimentación adecuada a los efectos de garantizar el disfrute del “más alto nivel posible de salud física y mental” (art. 12 PIDESC), más aún cuando en estos casos se trata de garantizar condiciones sociales y económicas aceptables para evitar la desnutrición de niños y niñas que, a su vez, requieren de una protección especial (según art. 19 CADH).

Por último, la Corte argentina había tratado de evitar pronunciarse con anterioridad sobre reclamos integrales del derecho a la salud que implicaban referirse al derecho a la vivienda digna. De ahí la relevancia del reciente pronunciamiento en “Quisberth Castro c. GCABA” (CSJN, 298:312). Allí una mujer y su hijo, el cual padecía de una discapacidad severa, solicitaban al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires el acceso a una vivienda adecuada. En su argumentación no sólo estaba implicado el derecho a la vivienda sino, especialmente, el derecho a la salud del niño. En particular, se había probado en la causa que el niño había involucionado en el tratamiento de su enfermedad como consecuencia directa de su deficiencia habitacional. Por ejemplo, el hotel donde vivían carecía de cocina y comedor privado y algunos de los vecinos habían presentado quejas por ruidos causados por el niño en los lugares compartidos. Ello impulsó a Quisberth Castro a cocinar y alimentar a su hijo en su cuarto, con exclusividad, donde sólo podía prepararle “papilla”. Estudios forenses advirtieron que el hecho de que el niño sólo se haya

alimentado a base de “papilla” había traído como consecuencia que no aprendiera a masticar. En este sentido, la falta de evolución del niño respecto a su posibilidad de masticar no era provocada por su discapacidad en sí, sino por esta última razón que implicaba una involución en el tratamiento de su enfermedad. Por tanto, la Corte ordenó, con matices, al gobierno local que garantizara a la actora y su hijo en situación de discapacidad, que se encontraban en “situación de calle”, un alojamiento con condiciones edilicias adecuadas, sin perjuicio de contemplar su inclusión en algún programa de vivienda en curso o futuro para la solución permanente de la situación de excepcional necesidad planteada. Agregó que el gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires debía asegurar la atención y el cuidado del niño y proveer a la actora el asesoramiento y la orientación necesaria para la solución de su problemática habitacional.

## **2.4. Derecho a la salud y derechos reproductivos**

La jurisprudencia de la Corte sobre derecho a la salud reproductiva no es copiosa. “Yapura” forma parte de esta escueta línea jurisprudencial. Por ejemplo, el derecho a la salud de las mujeres en su faz de derecho a la salud (reproductiva) se diluyó, se invisibilizó, tras el caso “Portal de Belén” (CSJN, 315:1361), en el que la Corte, por mayoría, ordenó prohibir la producción, distribución y venta de la llamada píldora del día después, INMEDIAT, porque uno de los posibles efectos de ingerirla podría tener “carácter abortivo”.

Fallos como éste merecieron una fuerte crítica, porque para analizar los efectos del referido medicamento el tribunal cita fuentes “científicas” parciales, desactualizadas y no considera, por ejemplo, los informes de la OMS. Además no tiene en cuenta los derechos a la salud reproductiva y a la autonomía de las mujeres. Por el contrario, en el caso “T. S.”, la Corte resolvió por mayoría que la inducción del parto a una mujer en estado de embarazo de un feto anencefálico estaba permitida en atención al derecho a la salud de la madre (integridad psíquica), frente al estado irreversible que excluye la viabilidad extrauterina del feto. De la doctrina de este fallo surge que el derecho a la continuación de la existencia intrauterina del feto puede colisionar con el derecho a la salud de las mujeres, entendida esta última no sólo como salud física sino también psíquica.

Por lo demás, no se volvió a pronunciar sobre el fondo del asunto hasta el caso F.A.L., aunque sí sobre cuestiones formales en tres casos referidos a derechos de salud reproductiva de las mujeres. En “Mujeres por la Vida” la Corte Suprema decidió que una asociación civil de la Provincia de Córdoba estaba legitimada activamente (art. 43 de la Constitución Nacional) para solicitar que suspendieran la aplicación del programa de salud sexual y reproductiva implementado por el gobierno nacional en todo el país (Ley N° 25.673), porque consideraba que dicha norma era violatoria de los “derechos de incidencia colectiva a la vida, a la salud y a la patria potestad”. Por su parte la jueza Argibay votó en disidencia -denegando la

legitimación-. Sostuvo que si bien estos “son derechos relacionados con los intereses más elevados de las personas, (...) eso no los transforma en colectivos, pues son perfectamente divisibles y ejercidos de diferente manera por cada titular, por cada ser humano”. Si bien, ninguno de los miembros de la Corte se pronunció sobre el fondo del asunto, la jueza Argibay en su voto disidente sostuvo, con fundamento en el principio de autonomía (art. 19 de la Constitución Nacional), que fijar “una determinada versión del derecho a la salud y de la vida sexual se transformaría en una imposición colectiva sobre las decisiones individuales”.

Posteriormente la Corte resolvió el caso “Yapura, Gloria Catalina c/ Nuevo Hospital El Milagro y Provincia de Salta” (CSJN, 329:2179). El caso trataba sobre una mujer embarazada que promovió un amparo ante los tribunales de la provincia de Salta reclamando autorización para que se le practicara una ligadura de trompas inmediatamente luego de haber dado a luz a su cuarto hijo. Tanto ella como su cónyuge estaban desocupados, su único ingreso era el dinero que recibían del “Plan Jefas y Jefes de Hogar”. A causa de la escasez de recursos para continuar con la crianza de sus hijos, la reclamante se decidió por la ligadura para evitar quedar nuevamente embarazada. Sin embargo, las autoridades de la clínica en la que tendría lugar el parto, se negaban a practicarla sin previa autorización judicial. La Suprema Corte de Salta denegó el pedido, ya que consideró que la prueba tendiente a acreditar que los médicos se negaban a realizarle la intervención había sido

presentada con posterioridad a que el juez inferior hubiera dictado fallo. La Corte Suprema Nacional dejó sin efecto la sentencia y dispuso la continuación de la acción (voto de los jueces Petracchi, Highton de Nolasco, Fayt, Maqueda y Lorenzetti; Argibay, en disidencia). Argumentó que en cuestiones vinculadas con el derecho a la salud los jueces no pueden omitir el análisis de una prueba presentada por la afectada fuera de los términos legales, cuya omisión significa un injustificado rigor formal. Además, sostuvo que cuando está comprometido el derecho a la salud, a la vida, a la libre determinación, a la intimidad, y a la protección integral de la familia, no es razonable impedir la continuidad de un amparo que tiene como objetivo obtener soluciones que se avengan con la urgencia que implican estas cuestiones. En agosto de 2006, dos meses después del dictado de la sentencia, el Congreso de la Nación aprobó la ley 26.130 sobre régimen de las intervenciones de contracepción quirúrgica. Según ella, cualquier persona mayor de edad tiene derecho a que le realicen una ligadura de trompas de falopio en los servicios del sistema de salud.<sup>18</sup>

Por último, la Corte vuelve a pronunciarse tangencialmente sobre el tema salud reproductiva en el caso “Núñez de Zannetti c. Famy”. Se trata de un amparo iniciado por una mujer que sufría una resección de intestino con carácter crónico.

Esto restringía severamente sus posibilidades alimenticias y la sometía a la llamada nutrición parenteral. La extirpación obedeció a un cuadro de peritonitis grave. “Famyl S.A.”, la prepaga, afirmaba que la dolencia era consecuencia de una “maniobra abortiva”, practicada en forma clandestina o, al menos, en un lugar inapropiado, no previsto contractualmente, y con la intervención de médicos no adheridos al plan de salud. Invocaba la exclusión de la cobertura y la inexistencia de un acto ilegítimo o arbitrario de su parte, ya que la actora había adherido a un plan cerrado, lo cual implicaba que las prestaciones sanatorias y médicas debían cumplirse a través de los profesionales y establecimientos que provee la empresa, de modo que se asegure la calidad de la prestación. En este sentido, señalaba que la práctica se habría realizado en un consultorio particular, sin la concurrencia de los recursos humanos y técnicos del caso. La prepaga reconocía que el Estado mediante la sanción de la ley 24.754, había trasladado parte de esas cargas a la actividad privada y que la dieta parenteral forma parte de las prestaciones médicas obligatorias (P.M.O.). Sin embargo, la prepaga no se consideraba deudora de lo que se le reclamaba, ya que sería preciso que esa prestación (la alimentación parenteral) hubiese sido consecuencia de otras prácticas médicas también comprendidas

<sup>18</sup> Para una reconstrucción anticipada del argumento, véase: RONCONI, L. (2012): “La aplicación del examen de proporcionalidad para determinar las obligaciones estatales de prestación: ¿debe el Estado satisfacer los tratamientos de reproducción asistida?”. En: BEADE, G. y CLÉRICO, L. Desafíos a la Ponderación. Bogotá. Universidad Externado de Colombia.

en aquél listado (o sea, también “cubiertas”). Como entiende que esa “segunda condición” no se daba en el caso, entonces, no se consideraba obligada a la prestación. La Corte condenó a FamyI a hacerse cargo de la alimentación parenteral. Entendió que la interpretación que proponía la prepaga suponía una restricción al derecho a la salud de la mujer que no surgía ni expresa ni implícitamente del sistema impuesto por la ley 24.754 y por la resolución que establece el PMO, ya que el alcance de prestaciones contempladas no hace “acepción de etiologías” (o sea, no remite a la causa de las dolencias) como pretende la prepaga. Por ello, concluye que la posición de la prepaga carecía de fundamentos jurídicos de base legal como convencional, según la interpretación del contrato realizada por los tribunales de grado. Así, la prepaga intentaba desligarse (sin éxito) de su obligación alegando que la usuaria no recurrió a un profesional de la cartilla para atender su dolencia, pero ¿podría haber recurrido a uno de ellos para que se le practicara la interrupción del embarazo que consiguió por otros medios? Muy probablemente habría obtenido una negativa de la prepaga. En este sentido, advertimos en otro lugar, que la debilidad del argumento de la prepaga, hubiera merecido alguna consideración por parte de la Corte referido a que en estos casos, las que se encuentran en una situación de especial vulnerabilidad son las mujeres. Aquí la Corte pudo haberse sumergido de lleno en su fundamentación en los derechos de las mujeres, ya que si bien el caso puede ser interpretado por los resultados como un avance

en la defensa de los derechos de las mujeres -que incluso impacta en las relaciones entre particulares-; en su argumentación parece invisibilizar el lugar de la afectada y con ello pierde otra oportunidad para desarrollar alguna perspectiva expresa de género en su fundamentación.

Hasta aquí tenemos la jurisprudencia zigzagueante de la Corte en materia de salud reproductiva y más precisamente de aborto o interrupción del embarazo. La situación parece cambiar con el caso F.A.L. del 13 de marzo de 2012.

El caso FAL llega a la Corte en un contexto de amplia discusión sobre los alcances del art. 86 inciso 2 del Código Penal. ¿La norma autoriza sólo el aborto del embarazo fruto de una violación que porta una mujer con discapacidad mental (interpretación restringida) o autoriza a abortar a cualquier mujer embarazada cuando dicho embarazo sea fruto de una violación (interpretación amplia)? En este sentido, la interpretación restrictiva de dicho artículo ha limitado el acceso a un aborto por parte de muchas mujeres que han sido violadas. Varios de los casos que llegaron a tener visibilidad mediática hablaban incluso de violaciones de niñas. De esta manera, las niñas y mujeres embarazadas “sin discapacidad mental” ante la negativa de un médico de realizar un aborto, se someten a prácticas caseras de aborto con grave riesgo para su salud y vida o continúan con el embarazo pese a la grave angustia que les genera. En algunos casos judicializan su situación y aun así, por lo general, estas mujeres son ignoradas en su pedido ante la justicia. Las voces de las mujeres son silenciadas o invisibilizadas, por lo menos, de dos maneras: a) se dicta

una sentencia judicial denegando el derecho a practicarse un aborto en estos casos, alegando el derecho a la vida de la persona por nacer; b) en otros, la práctica es mucho más perversa: la imposición de realizar un reclamo judicial conlleva en muchos casos la negativa del derecho por el mero paso del tiempo y el avance del embarazo. La práctica del aborto sin riesgo para la vida de las mujeres puede realizarse hasta una cierta etapa del embarazo, y en la mayoría de los casos los tiempos que insume una resolución judicial provocan la expiración de ese plazo, con lo cual, las mujeres quedan imposibilitadas de realizar la práctica sin riesgo para su vida.

Particularmente, en FAL se trataba del pedido de autorización para practicar un aborto a una niña de 15 años, A.F., que se encontraba embarazada de ocho semanas como consecuencia de una violación llevada a cabo por su padrastro (pareja de la madre y padre de los hermanos de la niña). El pedido de autorización fue oportunamente realizado ante el Ministerio Fiscal de la Provincia de Chubut por la madre de la niña. Madre e hija debieron afrontar un “largo derrotero judicial” y administrativo a la hora de obtener una respuesta a su solicitud: en primer lugar, en el ámbito administrativo, la negativa del médico o del efector de salud correspondiente. En el ámbito judicial inicialmente el juez del fuero penal donde se presenta el pedido se declara incompetente, luego la justicia de familia rechaza el pedido tanto en primera como en segunda instancia, esto a pesar de que existían informes del Equipo Técnico Interdisciplinario donde constaba que la niña “presentaba

síntomas depresivos...(e) ideas suicidas persistentes...” por lo que se estimó que “la continuidad de este embarazo contra la voluntad de [la niña] implica[ba] grave riesgo para su integridad psicofísica, incluido riesgo de vida” (considerando 1º). Es así como el caso llega al Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Chubut, que decide hacer lugar al pedido y autorizar la práctica del aborto pues se trataba de un caso de “aborto no punible” conforme el art. 86 inciso 2 del CP. Asimismo, aclara el tribunal que en estos casos no se requiere autorización judicial para llevar a cabo la práctica. De esta manera, finalmente A.F. puede acceder a la intervención abortiva, luego de casi dos meses de haber realizado la solicitud (la solicitud ante la justicia se inicia el 14 de enero, la práctica se lleva a cabo el 11 de marzo del 2010).

Sin embargo, el “derrotero judicial” no termina aquí. El Asesor General Subrogante de la Provincia presenta un recurso extraordinario federal en representación del “nasciturus”, que fue concedido por la “gravidad institucional” que presentaba el caso pese a que la práctica ya se había realizado. En general, se alegaba la violación al derecho a la vida de la persona por nacer con referencia a diversos instrumentos internacionales (conf. considerando n° 3).

La Corte Suprema argentina decide dictar sentencia sobre el fondo en el caso FAL pese a que la práctica abortiva ya se había realizado, pues

“dada la rapidez con que se produce el desenlace de... [ésta] situaciones, es harto difícil que, en la práctica, lleguen a estudio del Tribunal las importantes cuestiones constitucionales que éstas conllevan

sin haberse vuelto abstractas. De ahí que, para remediar esta situación frustratoria del rol que debe poseer todo Tribunal..., corresponde establecer que resultan justiciables aquellos casos susceptibles de repetición, pero que escaparían a su revisión por circunstancias análogas a las antes mencionadas”. Por ello, coincidimos con la Corte cuando sostiene que es necesario el pronunciamiento a fin de que sea “conocido para la solución de casos análogos que pueden presentarse en el futuro”.

Respecto del problema o cuestión que plantea el caso, la Corte lo encuadra como un problema de interpretación de normas de derecho federal (derecho internacional de los derechos humanos) realizada por el Superior Tribunal de la causa (el de la provincia de Chubut) que lo lleva a realizar una interpretación amplia de los abortos permitidos del inciso 2 del art. 86 del Código Penal. Esta interpretación del derecho federal es atacada por el Asesor General Subrogante provincial. Entendemos que no sería acertado concluir que la Corte está entendiendo en el recurso por la simple interpretación de una norma de derecho nacional común, sino por la interpretación de los derechos que sustentan (o no) la norma del art. 86 inc. 2 del Código Penal. Asimismo, la Corte interpreta que tiene la obligación de sentar jurisprudencia a partir del caso: en palabras de la Corte “se ve obligada a tener que establecer la inteligencia de las previsiones”. Esa obligación emanaría del derecho internacional de los derechos humanos, ya que el estado argentino fue advertido en varios informes de organismos de protección internacional por la

práctica continua de interpretación restrictiva del alcance del art. 86 inciso 2 del Código Penal. Por eso para la Corte la cuestión no es evaluar sólo la corrección o no de las normas del derecho internacional de los derechos humanos y del art. 75 inciso 23 de la Constitución Nacional alegada por el Asesor General provincial sobre el derecho a la continuación de la existencia intrauterina. La cuestión requiere considerar además los derechos de las mujeres en estado de embarazo por haber sido “objeto” de violencia sexual y por las restricciones que sufren a sus derechos cuando se les obstaculizan los pedidos de aborto.

La respuesta a la consideración de todos los derechos en juego lleva a la Corte a sostener la interpretación amplia del art. 86 inciso 2 C.P. Del fallo es posible extraer la siguiente regla que dividimos en dos para su mejor comprensión:

(a) Los Estados nacional, provincial o municipales a cargo de los servicios sanitarios tienen la obligación de practicar el aborto cuando se trata de una solicitud proveniente de una mujer en estado de embarazo por violencia sexual, sin ser necesario el pedido judicial de la autorización para practicar la interrupción ni la denuncia judicial de la violación bastando con la mera manifestación de la mujer sobre este hecho ante el médico tratante.

(b) Los Estados nacional, provincial o municipales a cargo de los servicios sanitarios tienen la obligación de poner a disposición de las mujeres que solicitan la práctica las condiciones médicas e higiénicas necesarias para llevarla a cabo de manera rápida, accesible y segura.

La Corte enuncia y desarrolla argumentos de peso que justifican la regla que surge del fallo: es decir, la interpretación amplia del art. 86 inciso 2 del Código Penal. La mayor parte de esos argumentos son de naturaleza constitucional. A su vez, giran en torno a dos acciones que debe realizar el Estado:

- Tiene que cesar de obstaculizar las prácticas de interrupción de embarazos mediante la exigencia de trámites (judiciales y/o administrativos) innecesarios;

- Tiene que garantizar una interrupción del embarazo segura actuando en forma suficiente, accesible y rápida.

La Corte advierte así que los Estados (nacional y provinciales) tienen obligaciones de respetar como así también de proteger.

Los argumentos de la igualdad de trato y de no discriminación arbitraria, la voluntad del constituyente respecto del art. 75 inciso 23 de la Constitución Nacional, el derecho internacional de los derechos humanos, el principio de dignidad de la persona y el examen de estricta legalidad, confirman en forma convincente la tesis de la interpretación amplia del art. 86 inciso 2 del Código Penal. Con esto la Corte cumplió su deber de

“esclarecer la confusión reinante en lo que respecta a los abortos no punibles y a fin de evitar frustraciones de derecho por parte de quienes peticionen acceder a ellos, de modo tal que se configuren supuestos de responsabilidad internacional”.

Sin embargo, la Corte con acierto no detiene su argumentación en

este punto. Continúa estableciendo las obligaciones que tienen los Estados (nacional y provinciales) no sólo respecto de no obstaculizar los abortos no punibles sino de garantizar condiciones médicas y sanitarias para que las mujeres puedan interrumpir su embarazo de manera segura. Así pareciera que la Corte reconoce no sólo que el aborto en ciertos casos está permitido sino además que es un derecho de las mujeres acceder al mismo.

## **2.5. Derecho a la Salud y HIV**

En el caso “Asociación Benghalensis y otros c/Estado Nacional” (CSJN, 323:1339) un grupo de asociaciones civiles promueve acción de amparo contra el Estado Nacional a fin de que se efectivice la entrega de medicamentos a personas afectadas por el virus de HIV, en los términos establecidos en la Ley de Lucha contra el Sida, N° 23.798 y de acuerdo a los estándares constitucionales vigentes en materia de derecho a la salud. Ante la demanda de las actoras, el Estado Nacional adujo, en un contexto político y económico en el que el argumento del federalismo era utilizado para deslindar obligaciones del estado nacional y reducir el gasto público, que su responsabilidad terminaba en la distribución y entrega de los medicamentos a las jurisdicciones locales, en las cuales recaía en última instancia la entrega concreta de los medicamentos. También negó la legitimación activa de las actoras en tanto no podían invocar la lesión a un derecho concreto. En su decisión la Corte retoma el texto de la mencionada ley como elemento

decisivo, la cual establece en su artículo 8° el derecho de los pacientes a “recibir asistencia adecuada”, y que es interpretado por el tribunal en términos de suministro continuo y oportuno de medicamentos, confirmando las sentencias de las instancias inferiores y el dictamen del Procurador General de la Nación.

Este caso resulta especialmente relevante en tanto la Corte Suprema reconoce en primer lugar la jerarquía constitucional directa del derecho a la salud, y por ende la necesidad de su satisfacción a través no sólo de medidas de no interferencia, sino también de acciones positivas que garanticen su efectivo goce por parte de la población. Así se inaugura una línea jurisprudencial progresiva en materia de protección del derecho a la salud que luego se irá expandiendo a otros derechos, estableciendo la responsabilidad estatal de desarrollar medidas de acción positiva, sin las cuales se tornaría ilusorio el goce de los derechos garantizados en la Constitución Nacional. Por otro lado el máximo tribunal establece la responsabilidad indelegable del Estado Nacional sin perjuicio de las obligaciones que correspondan a las jurisdicciones locales. De este modo la Corte Suprema privilegia la satisfacción del derecho a la salud por sobre los argumentos de competencias y establece la responsabilidad residual del Estado Nacional ante el incumplimiento de las prestaciones requeridas por parte de los órganos inferiores en tanto autoridad de aplicación del programa establecido por la Ley 23.798. Por último el tribunal reconoce una legitimación activa amplia en los casos de asociaciones

y organizaciones constituidas con el fin de resguardar derechos tales como la vida, la salud y la dignidad de las personas en los términos del art. 43 de la Constitución Nacional.

Un segundo caso al respecto resulta el fallo “Etcheverry, Roberto Eduardo v. Omint Sociedad Anónima y Servicios” (CSJN, 324:677). Etcheverry estaba infectado con el virus HIV y hasta que perdió su puesto laboral por despido gozó de la cobertura brindada por la empresa de medicina prepaga Omint. Dicha cobertura se había originado gracias a un contrato que la empresa de medicina privada había entablado con la empleadora del Sr. Etcheverry. Luego de suscitado el despido, éste último pretendió continuar con la cobertura de Omint aunque costando la cuota por su propia cuenta. Sin embargo, Omint decidió darle de baja de su nómina de afiliados, basándose en razones ligadas a la libertad contractual. Por tanto, Etcheverry presentó un amparo que llegó a la Corte Suprema. La Corte le dio la razón al actor con base en el siguiente fundamento:

“Debe descalificarse como acto jurisdiccional válido la sentencia que convalidó el cese intempestivo de la cobertura brindada por una empresa de medicina prepaga con sustento en la libertad contractual, si el beneficiario requería de tratamiento médico constante, regular, oportuno y sin dilaciones, pagaba regularmente la cuota y su condición de portador asintomático de H.I.V. impedía que pudiera celebrar un nuevo contrato con otro prestador, pues se hizo primar dicha garantía sobre el derecho a la salud”.

Por último, el caso “V.W.J c/ OSECAC” (CSJN, 327:5373) consolida esta línea jurisprudencial. V.W.J. era portador del virus HIV. Estaba afiliado a la obra social correspondiente a su categoría laboral (OSECAC) hasta que fue despedido por la empresa empleadora. V.W.J. solicitó a OSECAC seguir pagando la cuota mensual y pasar a la calidad de adherente voluntario. La obra social rechazó el pedido. Por ello, V.W.J. presentó un amparo en contra de la obra social. Entendía que había sido discriminado por su enfermedad. Además, sostenía que la negativa de la obra social ponía en riesgo su salud e integridad física y psíquica. La Corte Suprema hizo lugar al amparo y determinó que OSECAC debía incorporarlo a su plan médico en calidad de adherente voluntario. Posteriormente la regla sentada en “V. W. J.” se reitera en “F.S.C. c. Obra Soc de la Act. de Seguros, Reaseguros, Capit. Ahorro” (CSJN, 328:4493). Aquí la actora, Fernández, requería un tratamiento oncológico regular y sin dilaciones. Mientras trabajaba, estaba afiliada a la Obra Social de la Actividad de Seguros, Reaseguros, Capitalización y Ahorro y Préstamo para la Vivienda. Concluida la relación laboral, Fernández manifestó su voluntad de mantener la afiliación pagando por su cuenta la cuota correspondiente. También solicitaba que la obra social, en esas condiciones, mantuviera las prestaciones. Sin embargo, la entidad decidió interrumpir la relación. Frente a esta decisión Fernández inició un amparo contra la entidad para que la aceptara como afiliada en las nuevas condiciones, y como medida cautelar solicitó que

se mantuviera el tratamiento que ya venía recibiendo. En primera instancia se concedió la medida cautelar que luego fue revocada por la Cámara. El caso llegó a la Corte, quien concedió la cautelar solicitada y ordenó a la obra social hacerse cargo del tratamiento. Sostuvo que dada la urgencia y el riesgo que corría su vida, la obra social debía, hasta tanto se resolviera si tenía derecho o no a seguir afiliada, continuar brindándole la cobertura médico asistencial que venía recibiendo y que requería su enfermedad.

## **2.6. Derecho a la salud y medicamentos**

La línea jurisprudencial que engloba supuestos en los cuales se demanda a un órgano la provisión de medicamentos se inicia tras el ya mencionado caso “Campodónico de Beviaqua”. Como ya se relató, en este se exigía al Banco Nacional de Drogas Antineoplásicas la no interrupción de una medicación especial para posibilitar el tratamiento de la enfermedad grave que padecía en su médula ósea que disminuía sus defensas inmunológicas. Por cuestiones analíticas, hemos decidido clasificar ese fallo como “prohibición de regresión arbitraria” a donde remitimos.

Pero particularmente en lo que hace a la provisión de medicamentos, la línea sentada en “Campodónico de Beviaqua” se consolidó en sucesivos fallos de la Corte. A modo de ejemplo, mencionaremos algunos. El primero es el caso “Asociación Esclerosis Múltiple de Salta” (CSJN, 326:4931). Allí una asociación constituida

para proteger los derechos de las personas que padecen esa enfermedad presentó un reclamo contra una disposición del ministerio de salud nacional que interrumpía la provisión de remedios a cierta clase de estos enfermos. Se atacó a este accionar por insuficiente y defectuoso. Según la ley los enfermos debían tener cubierta la provisión en un 100 %. El ministerio cuando reglamentó la norma excluyó a estas personas del referido suministro, ya que entendía que producían serios efectos colaterales, y en ocasiones eran aplicados incorrectamente a personas que en realidad sufrían otras enfermedades. El tribunal constató la relación fáctica entre este accionar defectuoso del ministerio y la violación al derecho. Consideraron que determinar si el tratamiento era el indicado o no correspondía al juicio de los médicos en cada caso particular, y que el ministerio no había podido justificar por qué dejaba sin protección a quienes padecían esa enfermedad discapacitante, que tenía por ley el 100% de cobertura en medicamentos. La decisión del tribunal implicó en la práctica que todos los enfermos de esclerosis múltiple que residían en Salta volvieran a recibir la medicación con una cobertura del 100 %.

Un caso particular, pero que sugiere un tratamiento análogo, es el fallo “Pardo c/ Di Césare” (CSJN, 319:2358). Allí la causa principal trató sobre un juicio de daños y perjuicios con motivo de un accidente de tránsito. Sin embargo, un incidente iniciado por una solicitud de medida cautelar trató sobre la relación entre el derecho a la salud y la garantía de medicamentos

y prótesis. El requerimiento fue presentado por los padres de una niña que había sido atropellada por un auto que viajaba a alta velocidad, lo cual le provocó caer en estado vegetativo y cuadriplegia. En el incidente se solicitaba que tanto el demandado como su compañía de seguros atendieran a las necesidades médicas de la niña en lo inmediato, de lo contrario su estado de salud empeoraría. La Corte hizo lugar al pedido incidental, sosteniendo que si debía esperarse a la finalización del juicio por daños para costear esos servicios de salud, la sentencia, en lo que respecta al derecho a la salud de la niña, se tornaría ineficaz. Por tanto, ordenó la cobertura de los gastos médicos inmediatos que se precisaban, los que incluían medicamentos, cirugía y prótesis.

## **2.7. Derecho a la salud y personas en situación de discapacidad**

De acuerdo con informes recientes, más de mil millones de personas viven en todo el mundo con alguna forma de discapacidad. Respecto de esas personas, alrededor de 200 millones experimentan dificultades considerables en su funcionamiento. En todo el mundo, las personas con discapacidad “tienen peores resultados sanitarios, peores resultados académicos, una menor participación económica y unas tasas de pobreza más altas que las personas sin discapacidad”. Las razones de esta desigualdad son conocidas:

“los obstáculos que entorpecen el acceso de las personas con discapacidad a servicios que

muchos de nosotros consideramos obvios, en particular la salud, la educación, el empleo, el transporte, o la información. Esas dificultades se exacerban en las comunidades menos favorecidas”.

Ante esta situación, la obligación en términos igualitarios es

“emancipar a las personas que viven con alguna discapacidad y suprimir los obstáculos que les impiden participar en las comunidades, recibir una educación de calidad, encontrar un trabajo digno y lograr que sus voces sean escuchadas”.

Al respecto, no se trata sólo de aprobar medidas que remuevan obstáculos y medidas de acción positivas, se requiere también que éstas sean implementadas y cumplidas en forma continua y sistemática. Por ejemplo, según el documento citado de los informes de los países que tienen leyes sobre accesibilidad, aun en el caso de que éstas tengan una antigüedad de 20-40 años, confirman un bajo nivel de cumplimiento. Otro tanto podría predicarse de las leyes sobre protección integral de las personas con discapacidad tendentes a lograr igualdad real en el ejercicio del derecho a la salud y a la educación entre otros. Respecto de las condiciones de acceso a los sistemas de salud, las personas con discapacidad suelen padecer la falta de financiación efectiva de los sistemas. Por ejemplo, en los países de ingresos altos, entre el 20% y el 40% de las personas con discapacidad no tienen cubiertas sus necesidades de asistencia para las actividades cotidianas. En muchos países de ingresos bajos y medianos, los gobiernos nacionales no pueden proporcionar servicios adecuados,

y los proveedores comerciales de servicios no están disponibles o no son financieramente asequibles para la mayoría de las familias. Un análisis de la Encuesta Mundial de Salud de 2002-04, en 51 países señaló que las personas con discapacidad tenían más dificultades que las personas sin discapacidad para obtener exenciones o reducciones de los costos de atención de salud. En este sentido, la Corte Suprema de Justicia argentina posee una jurisprudencia copiosa referida al derecho a la salud, en algunos casos, combinada con el derecho a la educación y/o el derecho al acceso a una vivienda digna. Varios de esos fallos encuentran como actores de la petición a personas con discapacidad (tratándose en la mayor parte de los casos de niños, ancianos o mujeres).

Incluso, haciendo aplicación directa de la Constitución, se puede vislumbrar una tendencia jurisprudencial de la Corte argentina de ampliación de la obligación de cobertura integral de la salud de las personas con discapacidad. Esta interpretación a favor de la actualización de las prestaciones surge además de la consideración del mandato constitucional del art. 75, inciso 23, CN, que identifica a las personas con discapacidad como un grupo vulnerable o grupo desaventajado que requiere de “medidas de acción positiva”.

En suma, la jurisprudencia sobre (des)igualdad de las personas con discapacidad, si bien habla de la prohibición de no-discriminación arbitraria, advierte sobre la importancia de las medidas de acción positiva. Este énfasis puesto en las obligaciones estatales de

prestación positiva va de la mano de las interpretaciones realizadas por el Comité de DESC, que indican que el derecho a la salud de las personas con discapacidad no sólo requiere que el Estado cumpla con sus obligaciones de respetar sino también de proteger y garantizar a través de un accionar positivo. En este sentido, las decisiones de las Cortes pueden ser interpretadas como partes del accionar positivo del Estado tendiente a lograr igualdad real de las personas con discapacidad para el ejercicio de sus derechos. Además, esta jurisprudencia otorga material argumentativo suficiente para reclamar por una mejor protección de sus derechos por la vía de las acciones de incidencia colectiva de las personas con discapacidad en situación de indigencia o pobreza.

Así, por ejemplo, en el caso “Martin, Sergio Gustavo y otros c. Fuerza Aérea Argentina – Dirección General Bienestar Pers. Fuerza Aerea s/ amparo” (CSJN, 327:2127), los padres de una niña con discapacidad habían presentado un amparo contra la Fuerza Aérea Argentina para que la obra social correspondiente a esa fuerza cubriera la totalidad de las prestaciones médicas que necesitaba su hija. La Corte decidió hacer lugar al amparo. El voto de la mayoría de la Corte expresó que si bien la Fuerza Aérea no estaba legalmente obligada a brindar el tratamiento médico, esa repartición formaba parte del Estado Nacional, y que éste sí estaba obligado a realizar todas las acciones necesarias para garantizar, en forma prioritaria, la protección de la salud de los niños y las personas con discapacidad. Así advierte que -y en atención a la urgencia del

caso-, resultaría desproporcionado imponer a la reclamante que acuda a los órganos a que se refiere la reglamentación de las leyes 22.431 y 24.901 para solicitar la cobertura de la prestación discutida; ya que la obra social demandada podría gestionar la compensación de los gastos que implique el tratamiento solicitado ante los órganos estatales competentes o, agrega, articular con aquellos un mecanismo que permita contar a la reclamante con las prácticas y servicios necesarios para su rehabilitación.

En “Orlando” (CSJN, 328:1708) se trataba de una mujer de 55 años de edad que vivía en la Provincia de Buenos Aires. Padecía esclerosis múltiple que le causaba una discapacidad visual y motora. Requería tratamiento prolongado y suministro de la droga “Acetato de Glatiramer-Copolimero (Copaxone)”. El diagnóstico médico hablaba de una enfermedad de carácter grave y progresivo. El tratamiento se requería de forma urgente, entre otras cosas, para evitar un rebrote de la enfermedad. La Provincia de Buenos Aires se negó a entregar el medicamento requerido, ya que la esclerosis múltiple no resultaba ser una patología cubierta por la Dirección de Política del Medicamento, el medicamento no figuraba en el Vademécum provincial, aunque sí formaba parte del P.M.O. nacional, que por lo visto la Provincia no consideraba vinculante para ese entonces. Por su parte, el Ministerio de Desarrollo Social de la Nación entregó el medicamento durante seis meses; luego lo interrumpió y guardó silencio frente a los reclamos posteriores formulados

por la afectada, quien inició así una acción de amparo y una cautelar ante un Juzgado Nacional en lo Civil y Comercial Federal de la Capital contra la Provincia de Buenos Aires (Ministerio de Salud) y contra el Estado Nacional (Ministerio de Salud y Ministerio de Desarrollo Social) para que le proveyeran los medicamentos necesarios para continuar con el tratamiento. El juzgado de primera instancia se declaró incompetente y remitió el caso a la Corte. La Corte Suprema nacional se pronunció dos veces sobre el caso. En el 2002 resolvió que era competente para que el reclamo tramitara en la instancia originaria; esto significaba para la afectada que su pedido iba a ser resuelto en forma directa por la Corte sin necesidad de intervención previa de un tribunal inferior. Asimismo, concedió la medida cautelar solicitada y ordenó tanto al Estado provincial como al nacional la entrega urgente y continua del medicamento para posibilitar el tratamiento. En el 2005 la Corte se pronunció sobre el fondo del caso, hizo lugar a la acción de amparo y, así, ordenó a la Provincia que continuara entregando el medicamento. Consideró injustificado el accionar omisivo provincial e insuficiente del Estado nacional. En especial, porque ninguno de los dos obligados atacaba el grave estado de salud de Orlando ni ofrecían razones que dijeran que la actora estaba recibiendo en forma eficaz el medicamento por otra vía. Respecto de la Provincia, sostuvo que no alcanzaba para justificar la omisión con que alega que la esclerosis múltiple no fuera una enfermedad cubierta por la Dirección de Política del Medicamento. Para

ello tuvo en cuenta que el derecho a la salud estaba garantizado también por normas de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires 66 y concluyó que la Provincia tenía la obligación de implementar un medio eficaz para otorgar a Orlando el medicamento en forma oportuna y continua atento la gravedad de la enfermedad y la urgencia de la prestación. Por su parte, advierte que el accionar del Ministerio de Salud de la Nación, fue correcto en cuanto entregó el medicamento frente a la omisión provincial injustificada, pero aclara que la interrupción de la entrega del medicamento fue arbitraria, porque la enfermedad seguía siendo grave, la prestación urgente y no existían constancias de que para ese entonces la provincia hubiera cesado en su omisión de entrega. Por último, en “Orlando” reaparece también la heterogeneidad (fragmentación) de los sujetos obligados en un Estado federal. Sin embargo, como en “Campodónico”, esa fragmentación no podría pesar en contra del derecho del afectado en una situación de gravedad y urgencia. En el fallo se alude también a las leyes 23.661 y 23.660 para advertir que todas estas entidades participan de un mismo sistema nacional de salud, y que es el Estado nacional el encargado de velar por el fiel cumplimiento de los derechos constitucionales y los compromisos internacionales asumidos. En esta línea argumentativa entiende que en el Programa Médico Obligatorio estaba prevista la cobertura del 100% de los medicamentos necesarios para tratar la esclerosis múltiple para pacientes con dos o más brotes en los últimos años. Es interesante

la referencia al P.M.O. En la práctica lo está haciendo extensible a las personas que no tienen obra social ni sistema de medicina prepaga y que sólo cuentan con cobertura pública provincial o en su defecto nacional. En este sentido parece tomar en serio la justificación del P.M.O. en sus considerandos cuando sostiene que este conformaría un conjunto de servicios de carácter obligatorio como piso prestacional *por debajo del cual ninguna persona debería ubicarse en ningún contexto*. La Nación estaría obligada por estas normas y, además, por las leyes que reconocen los derechos de las personas con discapacidad, según las cuales toda persona carente de recursos tiene derecho a recibir las prestaciones médicas necesarias. El Estado provincial lo estaría en forma analógica en virtud de las normas provinciales de rango constitucional<sup>19</sup>, y en la actualidad, por el Programa Incluir Salud.

En “Albarracín, Esther v. Provincia de Buenos Aires y otro” (CSJN, 326:7688), la actora, de 37 años de edad, sufría de esclerosis lateral amiotrófica definida

-enfermedad considerada terminal por carecer de un tratamiento que permita su curación total y definitiva-. Tenía tres hijos a su cargo, no poseía trabajo formal y carecía de obra social o cobertura privada de salud. Por todo ello no podía adquirir el medicamento que le fuera recetado: la droga Riluzole (100 mg.). Así inició una acción de amparo contra el Poder Ejecutivo Nacional (Ministerio de Salud) y la Provincia de Buenos Aires (Ministerio de Salud) por considerar vulnerado su derecho a la salud. Solicitó como cautelar la entrega del medicamento indicado y la Corte nacional ordenó la entrega del medicamento hasta que se dictara sentencia definitiva en el caso. Sin embargo, se declaró incompetente para tramitar la causa por la vía originaria. Si bien la actora inició la demanda contra el Poder Ejecutivo Nacional -y constaba en el expediente que había efectuado los trámites ante los Ministerios de Salud y de Desarrollo Social de la Nación-; no habría hecho otro tanto respecto del Estado provincial. Por ello concluyó la Corte que no mediaba incumplimiento alguno de

<sup>19</sup> La Ley 24.901 es la que establece la protección integral de los derechos de las personas con discapacidad que complementa a la ley 22.431; por su parte la ley provincial 10.592 establece un régimen jurídico básico e integral para las personas con discapacidad. El Estado provincial se compromete a asegurar los servicios de atención médica, educativa y de seguridad social a las que se encuentren en imposibilidad de obtenerlos (confr. arts. 1°, 2° y 3°). La norma comprende a las personas con discapacidades neurolocomotoras y sensoriales visuales, condición alegada por la amparista. El art. 6° dispone que el Ministerio de Salud actuará de oficio en el ámbito de su competencia para lograr el cumplimiento de las medidas establecidas en la ley, a cuyo efecto deberá: “otorgar subsidios a discapacitados sin cobertura social con destino a la obtención de elementos de recuperación y rehabilitación de alta complejidad médica, y de tratamientos médicos especializados que no se realicen en establecimientos estatales”.

la Provincia de Buenos Aires que justificara un amparo en su contra.

En “B.V.L.” (CSJN, 319:562) se trataba de una niña que en el año 1999 había sido operada en el Hospital Garrahan como consecuencia de un cuadro de craneofaringioma. A causa de ello, debía estar medicada en forma permanente e ininterrumpida bajo riesgo de vida. Sus padres solicitaron la medicación prescrita en agosto de 2002 por intermedio del Hospital Garrahan. Luego, en septiembre de 2002, ante la Unidad Área de Asistencia Social Directa-Área Emergencia-Salud de la Provincia de Buenos Aires; en el mes de noviembre 2002 ante el Ministerio de Desarrollo Social de la Nación y en enero de 2003 remitieron una carta documento al referido ministerio, sin éxito alguno, ni siquiera al momento del pronunciamiento de la Corte nacional. El Ministerio de Salud de la Nación expidió a la niña un certificado de discapacidad de acuerdo con la ley 22.431, pero ante la falta de respuesta eficaz de los diversos ámbitos estatales, los padres iniciaron una acción de amparo y una medida cautelar contra el Estado Provincial y Nacional. La Corte Suprema hizo lugar a la medida cautelar y ordenó la entrega de los medicamentos prescritos para evitar un nuevo brote de enfermedad de la niña, además de declarar que la cuestión era de su competencia originaria.

En “Poggi” (327:1566) se trataba de una niña, M. L. P., que padecía desde los 14 años artritis reumatoidea juvenil grave que impedía su traslado ambulatorio. La niña había sido inicialmente mal diagnosticada; por ello habría sufrido un agravamiento

de su condición física y psíquica por los constantes y prolongados dolores articulares y tumefacción de gran parte del cuerpo que dificultaban y prácticamente impedían su traslado ambulatorio. La familia de la niña (domiciliada en la localidad de Iriarte, Partido de General Pinto, Provincia de Buenos Aires), estaba compuesta por sus padres y cinco hermanos. El padre de la niña estaba desocupado; la familia no contaba con cobertura de obra social ni medicina prepaga. Los medicamentos que requería la niña eran costosos; por ello no habría habido disponibilidad en el Hospital local. El padre de la niña inició un trámite sin éxito ante el Ministerio de Salud de la Provincia de Buenos Aires para la entrega del medicamento. Por ello, interpuso una acción de amparo con cautelar contra la Provincia y el Estado Nacional por vía originaria ante la Corte Nacional. La Corte hizo lugar a la cautelar y ordenó a la Provincia proveer a Santiago Omar Poggi, en un plazo de cinco días, la droga genérica Etanercept 25 mg. o el medicamento cuyo nombre comercial es Embrel 25 mg. para el tratamiento de su hija M. L. P. Por lo demás se declaró incompetente para entender en el amparo por vía originaria porque no surgiría del expediente que hubiera realizado un trámite similar ante el Ministerio nacional, con lo que no habría mediado incumplimiento de la Nación que hubiera justificado la demanda contra el Estado nacional, careciendo éste entonces del carácter de parte sustancial en el proceso.

Por su parte, también la Corte Suprema de Justicia argentina se pronunció sobre el derecho a la educación de las personas con discapacidad -en relación también

con el derecho a la salud- en clave de obligaciones de prestación que debe realizar el Estado para garantizar igualdad de condiciones. En el caso Lifschitz (CSJN, 327:2413) la Corte argentina ordenó al estado nacional otorgar un subsidio que permitiera solventar los gastos de educación y transporte de un niño discapacitado cuyos padres no contaban con recursos económicos suficientes y ante la falta de vacantes en las escuelas públicas y servicios de transportes especiales. La Corte sostuvo que era evidente que el sistema de transporte público no podía ser utilizado por quien no puede valerse por sí mismo y que era el Estado quien debía probar que había vacantes en los sistemas de educación pública. En consecuencia, resolvió que el Estado debía otorgar el subsidio hasta tanto demostrara que los padres del niño contaban con los medios económicos para sufragar estos gastos o que había vacantes en escuelas públicas especiales y un transporte público adecuado. La cuestión en el caso “Lifschitz” también presenta un tema de violación de la prohibición de discriminación porque todos los niños tienen derecho a acceder a la educación formal. Este niño se veía impedido de acceder a la educación por su situación de discapacidad. No había vacantes en las escuelas públicas cercanas y los medios de transporte no estaban preparados para que esta persona con discapacidad pudiera moverse por sus propios medios y así acceder a una escuela que respondiera adecuadamente a sus necesidades e intereses. Además, el niño se encontraba en desigualdad de condiciones de aquellos otros que

poseían una obra social o subsidio estatal para la educación especial. En este caso, la discriminación se da por causa de su condición social sumado a que pertenece a un grupo vulnerable o desaventajado -personas con discapacidad, art. 75, inciso 23, CN-.

## **2.8. Derecho a la salud y las empresas de medicina prepaga como sujetos obligados**

En el fallo “Hospital Británico” (CSJN, 324:754) la Corte Suprema confirma la constitucionalidad de la ley 24.754, que extendió a las entidades de medicina prepaga la cobertura de las prestaciones obligatorias dispuestas para las obras sociales respecto de la drogadicción y del VIH. Además, se consolidó la regla que establece que el Congreso puede dictar medidas de acción positiva respecto de “grupos tradicionalmente perjudicados” (regla que surge expresamente del art. 75, inciso 23, CN). En concreto, se tuvieron en cuenta dos argumentos. El primero, referido a la distribución en cabeza de la prepaga de la carga de la argumentación y de la entidad del perjuicio que debe justificar para la admisibilidad de la acción; y el segundo, referido al grupo de personas protegidas por la reglamentación. Respecto del primero, la actora, el Hospital Británico, no demostró que la ley atacada implicara un “perjuicio” a la libertad de contratar, de propiedad y de ejercer industria lícita. Daba cuenta en su argumentación de que existían “ciertas pautas algunas de ellas, inclusive, oficiales que,

eventualmente acompañadas de una estimación promedio de la cantidad de enfermos a atender o asistir, permitirían ellas u otras apreciar si, en efecto, la inclusión de estas prestaciones obligatorias, compromete [...] la subsistencia e integridad patrimonial de la actora”. Sin embargo, la prepaga no tomó en cuenta esas pautas para “calcular” y demostrar en concreto el perjuicio que le provocaba la aplicación de la norma, y por ello sus afirmaciones “[...] se evidencian [así] dogmáticas, comportando, antes bien, juicios conjeturales más que aseveraciones respecto de agravios constatados, toda vez que, en rigor, no se advierten en el caso elementos serios que permitan apreciar debidamente esta cuestión”. El segundo argumento se refiere a la manda constitucional dirigida al Congreso para que dicte medidas de acción positiva respecto de “grupos tradicionalmente perjudicados como por ejemplo los discapacitados” y de las personas afectadas por el virus de HIV y la droga, como en el caso de la Ley 24.754, que alcanza a las entidades de medicina prepaga.

El fallo “Hospital Británico” inicia así una línea jurisprudencial referida a la relación entre el derecho a la salud y las empresas de medicina prepaga que será confirmada con posterioridad. En este sentido, la falta de regulación integral de las prepagas hasta el año 2011 en que fuera aprobada la ley 26.682 sobre marco regulatorio, fue suplida por los tribunales (y, en especial, por la Corte Suprema de la Nación), a través de la aplicación directa del derecho a la salud de rango constitucional. Esto arrojó resultados positivos

en términos de sostener la fuerza vinculante y de aplicación directa del bloque de constitucionalidad, especialmente por el estado de vulnerabilidad del afectado (sea por su situación de discapacidad, edad, sexo y/ o enfermedad) y por la urgencia de la prestación. En líneas generales se diría que la Corte sostuvo a través de su jurisprudencia que:

- El derecho a la salud genera obligaciones a las prepagas;
- Quien quiera atacar la constitucionalidad de esas obligaciones tiene la carga de la argumentación y de la justificación agravada;
- Las prestaciones obligatorias en cabeza de las prepagas pueden ser actualizadas por vía legal, reglamentaria o por interpretación directa de la Constitución;
- Queda prohibido el establecimiento de períodos de carencia respecto del PMO y que es deber de la prepaga informarlo;
- La prepaga está obligada a continuar con el contrato (y a prestar medicamentos y tratamientos para un paciente que posee HIV) si se cumple con el pago de la cuota, siendo irrelevante que el contrato lo haya celebrado el propio actor o bien su ex-empleadora en su beneficio;
- La prepaga está obligada (contractual y legalmente) a la atención y prestación del servicio en el caso de una dolencia cuyo tratamiento está prevista en el PMO y que además surge de la interpretación del contrato no pudiendo la prepaga alegar el origen de la dolencia para incumplir con su obligación.

Pero, desde un punto de vista crítico, si bien la Corte se pronunció en varios temas que hacen a las obligaciones de las prepagas que surgen del derecho a la salud, no cumplió una función relevante de articulación entre el derecho constitucional y el derecho reglamentario, al no poner al Congreso en mora por la falta de regulación “integral” del sistema de salud. Tal vez esto hubiese contribuido tanto a alentar una discusión más amplia y pública del nivel (y la calidad) aceptable de prestación al que toda persona debe poder acceder sea cual fuere el subsector de la salud en cuestión, en especial para lograr una *igualdad real* en el ejercicio del derecho a la salud de aquellos grupos que especialmente padecen las insuficiencias estructurales del sistema en general, niñas y niños, personas con discapacidad, mujeres, ancianos y pueblos originarios (arts. 75 incisos 17 y 23 de la Constitución Nacional).

Respecto de los planes médico-asistenciales, las obligaciones de las prepagas están determinadas por un piso mínimo, esto quiere decir que no pueden apartarse de éste para empeorarlo aunque sí para mejorarlo. Respecto de la obligación a cumplir el PMO y la ley N° 24.901, se diría que la norma recoge los reclamos de los usuarios y la línea jurisprudencial en el tema, elaborada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Dicha jurisprudencia está como vimos, encabezada por el fallo “Hospital Británico” y la jurisprudencia posterior donde las entidades de medicina prepaga no volvieron a formular planteos

en los que atacaran directamente la constitucionalidad de la ley N° 24.754; sino que su nueva estrategia de litigio implicó atacar las actualizaciones del PMO así como la aplicación de la ley N° 24.901, como dan cuenta los casos “Sartori”, “Cambiaso Péres de Nealón c. CEMIC”, entre otros, aunque sin éxito: las prepagas debieron cumplir con las obligaciones que surgían de las actualizaciones del PMO y a la luz del derecho a la salud.

Esta interpretación a favor de la actualización y de la extensión de las prestaciones en las coberturas de las empresas de medicina prepaga es la que debe primar cuando se interpreta el art. 7° de la ley N° 26.682. Surge además de la consideración del mandato constitucional del art. 75 inciso 23 que identifica, a las personas con discapacidad, entre otras, como un grupo vulnerable o grupo desaventajado que requiere además de “medidas de acción positiva”. En ese sentido, las leyes N° 24.754 (y su remisión a las leyes N° 23.660, 23.661 y 24.455 y sus respectivas reglamentaciones) y N° 24.901 han constituido expresión del accionar positivo del Estado. Este énfasis puesto en las obligaciones estatales de prestación positiva va de la mano de las interpretaciones realizadas por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que advierte que el derecho a la salud de las personas con discapacidad no sólo requiere del Estado que cumpla con sus obligaciones de respetar, sino también de proteger y garantizar a través de un accionar positivo.

Un último punto de actualidad vinculado con la extensión del alcance de las prestaciones obligatorias de

las prepagas tiene que ver con los constantes reclamos de los usuarios relativos a los tratamientos de fertilización asistida, respecto de individuos -estén o no en pareja- que no pueden tener hijos. Estos reclamos han sido resueltos de diferentes modos por los tribunales locales y nacionales. En muchos casos la negativa, se vinculaba con la cuestión de los costos que deberían afrontar las prepagas, en otros, con el problema que plantean los óvulos fecundados pero que no son utilizados. Hemos argumentado, respecto de estas dos cuestiones en otros trabajos.<sup>20</sup> Brevemente podemos afirmar que estos argumentos no tienen el peso suficiente como para justificar una “violación” al derecho a la salud de los pacientes. En cuanto a los costos no está probado que las empresas de medicina prepaga terminen en la quiebra directa por tener que afrontar estos tratamientos. La cuestión de la ecuación económica que deben mantener las prestaciones respecto de lo que pagan los usuarios y la imposibilidad de hacer esfuerzos por parte de las prepagas se vio tanto en distintos fallos judiciales (por ejemplo, en el fallo Etcheverry) como en los debates parlamentarios, por ejemplo, cuando se discutió la Ley de Salud Sexual y la entrega gratuita de anticonceptivos.

### 3. Consideraciones finales

Como se señaló en la introducción de este trabajo, el “momento

constitucional” representado por la reforma de 1994 trae consigo un aumento del reconocimiento normativo del derecho a salud. Este alto reconocimiento normativo, sumado a una marcada insuficiencia de las políticas públicas en materia de salud, explica el porqué de un alto desarrollo jurisprudencial en la materia. Este trabajo, precisamente, ha tenido por fin sistematizar dogmáticamente el “estado de la cuestión” de la interpretación y alcance del derecho a la salud en Argentina. El mismo pretendió responder a la cuestión de *qué, cómo y quiénes* son titulares y obligados en sede judicial. Esto implica, por tanto, dejar sentadas determinaciones sobre el objeto del derecho, las vías metodológicas para aplicarlo y los sujetos a los cuales se dirige. Para su logro, hemos clasificado a los fallos trabajados en los siguientes puntos de exposición:

En primer lugar, hemos reconstruido la estructura del argumento de prohibición de regresión arbitraria, a través del caso “Campodónico de Beviaqua”. Una regresión en el estado de entrega de medicamentos requiere de una argumentación fuerte que lo justifique, puesto que existe, a priori, una presunción en contra de dicha medida regresiva.

En segundo lugar, hemos reconstruido el examen de medios alternativos. Allí se expuso a este examen como un punto importante a

<sup>20</sup> Véase: CLÉRICO, L., RONCONI, L., SCIOSCIOLI, S., ALDAO M. y MENDIZÁBAL G. (2012). “El subsistema privado de salud en Argentina. Notas y preguntas sobre el Marco regulatorio de la medicina prepaga”. En: CLÉRICO, RONCONI y ALDAO (coord.). Tratado de Derecho a la Salud. Buenos Aires. Abeledo Perrot/Thomson Reuters. T. II. Pp. 1417-1495.

tener en cuenta en la argumentación, puesto que exige, por un lado, que las modificaciones en los tratamientos cuenten con el mismo grado de eficacia y, por el otro, que exista una necesidad para tal fin. El caso de las “terapias experimentales” presenta un desafío a futuro interesante, ya que es una vía de cuestionamiento a lo reglamentado de manera general, teniendo en cuenta las especiales circunstancias del caso.

Las categorías sentadas en los puntos 2.3, 2.4 y 2.5 reconstruyen aquellos fallos en donde la argumentación referida a cuestiones de salud entra en conexión con otros derechos. Así, primeramente nos referimos a la relación entre el derecho a la salud y el derecho a condiciones de existencia digna ante casos de pobreza extrema; luego, a la relación entre el derecho a la salud y los derechos reproductivos de las mujeres; y, por último, a la relación entre el derecho a la salud y el derecho a la igualdad y no discriminación, en casos relacionados con la cobertura de personas infectadas con el virus del HIV. El análisis dogmático parece revelar que cuando el derecho a la salud se conecta con estos otros derechos resulta prácticamente improbable una justificación en contrario de su fomento.

Luego, nos hemos referido a uno de los rasgos importantes del objeto del derecho a la salud: la entrega de medicamentos. Del amplio desarrollo jurisprudencial puede extraerse el contenido de las obligaciones de dar (en este caso, medicamentos), las cuales se encuentran restringidas a su suficiencia y oportunidad. Estas restricciones son puestas en tela de juicio a la luz de la fuerza normativa del derecho a la salud.

En lo que hace a los sujetos del derecho a la salud, por un lado, el de los titulares del derecho, hemos hecho una mención particular a supuestos de personas con discapacidad. Los fallos evidencian que el cumplimiento del derecho en estos casos requiere de un tratamiento especial por parte de la acción estatal nacional, provincial y local; y dentro de los subsistemas de salud de los efectores públicos, las obras sociales y los privados. Por el otro, en lo que hace a los sujetos obligados, los fallos muestran que no sólo el Estado Nacional y las Provincias resultan obligados, sino también las obras sociales y las empresas de medicina prepaga. En relación a estas últimas, se extrae que no existen buenos argumentos que indiquen que las empresas prepagas cuentan con un nivel menor de obligación respecto a las otras entendidas (ya sean públicas o privadas). En este sentido, su derecho a la libertad de contratar ha mostrado un escaso peso relativo en tanto argumentación que justifique una restricción del derecho a la salud.

Por último, invitamos a realizar una lectura transversal de la jurisprudencia aquí trabajada. Si bien varios de estos fallos se resuelven como reclamos individuales, la lectura transversal sostiene la tesis -adelantada arriba- que el derecho a la salud es un derecho inclusivo y social. El goce efectivo del derecho a la salud requiere

“... una amplia gama de factores socioeconómicos que promueven las condiciones merced a las cuales las personas pueden llevar una vida sana, y hace ese

derecho extensivo a los factores determinantes básicos de la salud, como la alimentación y la nutrición, la vivienda, el acceso a agua limpia potable y a condiciones sanitarias adecuadas, condiciones de trabajo seguras y sanas y un medio ambiente sano” (Observación General del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales N° 14, 2000: párr. 4).

Insistimos, el carácter inclusivo del derecho habla de la emergencia y necesidad de encarar algunos reclamos sobre derecho a la salud desde una perspectiva integral.

## Referencias Bibliográficas

ABRAMOVICH, V. y COURTIS, C. (2002). **Los derechos sociales como derechos exigibles**. Madrid. Trotta.

ALEXY, R. (2008). **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid. Trotta.

ALEXY, R. (2012). “Sobre la estructura de los derechos de prestación”. En: BEADE, G. y CLÉRICO, L. **Desafíos a la Ponderación**. Bogotá. Universidad Externado de Colombia.

ALOIA, C. y BRINER, A. (2013). “Sistema de Salud en Argentina: Evidencias recientes de su fragmentación y vigencia”. En: CLÉRICO, L., RONCONI, L., ALDAO, M. (coord.). **Tratado de Derecho a la Salud**. Buenos Aires. Abeledo Perrot/Thomson Reuters. T. II. Pp. 1277-1302.

ARANGO, R. (2005). **El concepto de derechos sociales fundamentales**. Bogotá. Legis.

ARANGO, R. (2013). “El derecho

a la salud en la jurisprudencia constitucional colombiana”. En: CLÉRICO, L., RONCONI, L., ALDAO, M. (coord.). **Tratado de Derecho a la Salud**. Buenos Aires. Abeledo Perrot/Thomson Reuters. T. III. Pp. 2551-2588.

ARBALLO, G. (2013). “Localizando el derecho a la salud”. En: CLÉRICO, L., RONCONI, L., ALDAO, M. (coord.). **Tratado de Derecho a la Salud**. Buenos Aires. Abeledo Perrot/Thomson Reuters. T. II. Pp. 1622-1652.

CLÉRICO, L. (2001). **Die Struktur der Verhältnismäßigkeit**. Baden-Baden. Nomos. [versión en castellano: **El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional**. Buenos Aires. Eudeba].

CLÉRICO, L. (2010). “El derecho a la salud de las personas con discapacidad además como un derecho de organización y procedimiento: “S.M.F”, “Martín” y “Gallardo””. En: **JA** 2010-II. Buenos Aires. Suplemento del fascículo N. 7. Pp. 24-32.

CLÉRICO, L., RONCONI, L., SCIOSCIOLI, S., ALDAO, M. y MENDIZÁBAL, G. (2013). “El subsistema privado de salud en Argentina. Notas y preguntas sobre el Marco regulatorio de la medicina prepaga”. En: CLÉRICO, L., RONCONI, L., ALDAO, M. (coord.). **Tratado de Derecho a la Salud**. Buenos Aires. Abeledo Perrot/Thomson Reuters. T. II. Pp. 1417-1495.

CROJETOVICH, M. (2013). “Claves para pensar la dinámica del Hospital Público”. En: CLÉRICO, L., RONCONI, L., ALDAO, M. (coord.). **Tratado de Derecho a la Salud**. Buenos Aires. Abeledo Perrot/Thomson Reuters. T. II. Pp. 1339-1357.

DE FAZIO, F. (2013). “Sindicatos y

Obras Sociales: entre la solidaridad y el control social". En: CLÉRICO, L., RONCONI, L., ALDAO, M. (coord.). **Tratado de Derecho a la Salud**. Buenos Aires. Abeledo Perrot/Thomson Reuters. T. II. Pp.1362-1385.

GONZÁLEZ MAGAÑA, I. y MEDINA, G. (2012). "Derecho a la salud. Derecho de los pacientes a tratamientos no autorizados. Los medicamentos de uso compasivo". En: **JA**. Buenos Aires, 2012-IV, 28/11/2012.

PARETO, M. y AREN, J. (1990). "La competencia en materia del seguro de salud". En: **RDLSS**. Buenos Aires. 2008-22-1990.

PARRA VERA, O. (2013). "La protección del derecho a la salud a través de casos contenciosos ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos". En: CLÉRICO, L., RONCONI, L., ALDAO, M. (coord.). **Tratado de Derecho a la Salud**. Buenos Aires. Abeledo Perrot/

Thomson Reuters. T. I. Pp. 762-800.

RONCONI, L. (2012). "La aplicación del examen de proporcionalidad para determinar las obligaciones estatales de prestación: ¿debe el Estado satisfacer los tratamientos de reproducción asistida?". En: BEADE, G. y CLÉRICO, L. **Desafíos a la Ponderación**. Bogotá. Universidad Externado de Colombia.

SCIOSCIOLI, S. (2013). "Análisis introductorio de la estructura y funcionamiento del sistema sanitario en la Argentina". En: CLÉRICO, L., RONCONI, L., ALDAO, M. (coord.). **Tratado de Derecho a la Salud**. Buenos Aires. Abeledo Perrot/Thomson Reuters. T. II. Pp. 1303-1337.

TOBAR, F. (2013). "Salud pública y Derecho a la Salud". En: CLÉRICO, L., RONCONI, L., ALDAO, M. (coord.). **Tratado de Derecho a la Salud**. Buenos Aires. Abeledo Perrot/Thomson Reuters. T. I. Pp. 3-14.