

Derechos económicos, sociales y culturales

1. Introducción

La Constitución Nacional –y los instrumentos internacionales con igual jerarquía¹– reconoce a todos los habitantes una amplia gama de derechos económicos, sociales y culturales (DESC). Entre ellos, el derecho a la salud, a la alimentación y a la vivienda son algunos de los más relevantes. El Estado tiene, frente a los habitantes, la obligación de respetar, promover y garantizar el ejercicio de estos derechos de modo tal que todos los gocen al menos en niveles básicos.

Según aquellos mismos documentos internacionales² en lo que se refiere al goce de estos derechos, al Estado le está prohibido hacer o permitir distinciones o exclusiones arbitrarias en función de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, las opiniones políticas o de cualquier otra índole, el origen nacional o social, la posición económica o de nacimiento.³ Esta prohibición no puede estar condicionada ni a una implementación gradual ni a la disponibilidad de recursos económicos: su cumplimiento debe ser inmediato.⁴ A su vez, el Estado está obligado a eliminar cualquier forma de discriminación y debe derogar normas o prácticas que puedan causarla.⁵ Esta exigencia también implica la adopción de medidas para asegurar un trato especial y preferente, por ejemplo, para las mujeres, personas o comunidades en situación de vulnerabilidad, niños, personas con discapacidad física, ancianos, refugiados, inmigrantes y grupos sometidos a condiciones de pobreza extrema.

Sin embargo, y a pesar del generoso y amplio reconocimiento normativo, la realidad muestra que en la Argentina aún se mantienen altos niveles de desigualdad y exclusión. De acuerdo con datos oficiales, para el primer semestre de 2007 la población por debajo de la línea de pobreza alcanzaba el 23,4%, mientras que un 8,2% se encontraba en situación de indigencia.⁶ Si bien ya se registran varios años de crecimiento constante del

¹ Artículo 75, inciso 22.

² Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 2 (2)), Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de Discriminación Racial, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Inciso 3 del artículo XII), Protocolo de San Salvador (artículo 3), Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer y la Convención de los Derechos del Niño.

³ Así lo establece por ejemplo, el Protocolo de San Salvador cuando determina que los Estados parte se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento, o cualquier otra condición social.

⁴ Relator Especial de Naciones Unidas sobre el derecho a la alimentación, Informe de 2003 párrafo 18.

⁵ En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la Opinión Consultiva 18 acerca de la “Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados” del 25 de septiembre de 2003, ha expresado que “[l]os Estados no pueden subordinar o condicionar la observancia del principio de la igualdad ante la ley y la no discriminación a la consecución de los objetivos de sus políticas públicas, cualquiera que sean estas (...)”.

⁶ Conf. datos INDEC EPH. Primer Semestre de 2007. Estimación de la incidencia de indigencia. No se sabe en realidad a cuánto asciende la pobreza y la indigencia. La manipulación de la metodología utilizada para medir el Índice de Precios al Consumidor (IPC) no permite medir el real índice de pobreza. Según una nota publicada en el diario La Nación, titulada “La Pobreza Invisible” con fecha 23 de mayo de 2008, de acuerdo con datos privados las cifras oficiales estarían ignorando a 4 millones de pobres. El IPC es un

PBI, y otros indicadores económicos también reflejan una evolución favorable, los índices de indigencia y de pobreza siguen siendo elevados.⁷ La Estimación de la Incidencia de Indigencia elaborada por el INDEC revela que en el primer semestre de 2007, ocho millones doscientas mil personas recibieron un ingreso que les impidió acceder a la canasta básica alimentaria.⁸ Según el Barómetro de la Deuda Social Argentina, un 30% de los hogares no satisface su consumo básico de alimentación, transporte, educación o vestimenta y un 52% experimenta una atención deficiente de sus problemas de salud.⁹

Esta grave situación mantiene vigente la discusión sobre cuáles son los canales adecuados para revertir el déficit social y para lograr que la práctica se acerque a niveles aceptables de respeto de los derechos. También se plantea cuál es el papel que debe desempeñar el Poder Judicial y cuál el alcance del derecho a exigir judicialmente.¹⁰ Pero en el marco actual de la discusión judicial, si se atiende especialmente a las decisiones de la Corte Suprema –y fundamentalmente al avance de la jurisprudencia– pueden observarse con más frecuencia decisiones judiciales que ordenan medidas concretas para subsanar situaciones graves de violación de derechos sociales.¹¹ Y también que el Estado tiene la obligación de establecer los mecanismos judiciales adecuados para posibilitar a las personas reclamar el cumplimiento de sus derechos, garantizando el acceso a la Justicia y facilitando recursos judiciales efectivos para la protección de los DESC.¹² En

método conocido porque se utiliza para medir la inflación, pero también se utiliza para medir la pobreza e indigencia. Por ejemplo, comparando el ingreso de cada hogar (que surge de la Encuesta Permanente de Hogares) con el valor de una canasta de bienes y servicios que se considera indispensable para ese hogar, se mide el índice de pobreza. Se considera que un hogar es pobre si el ingreso es menor al valor de la canasta de bienes y servicios que le corresponde de acuerdo a sus características. Esta canasta se valoriza mes a mes utilizando el IPC. En este contexto, si se calcula mal o se subestima el IPC, más bajo es el valor de la canasta de pobreza e indigencia, si no se modifica el nivel de ingreso, se subestima el porcentaje de hogares pobres o indigentes. Las estimaciones indican que, solo en 2007, 1,5 millones de personas habrían caído en la pobreza.

⁷ Ver capítulo 8, Derechos económicos, sociales y culturales

⁸ INDEC EPH .Primer Semestre de 2007. Estimación de la incidencia de indigencia.

⁹ Barómetro de la Deuda Social Argentina, Número 3. Año 2007, “Progresos Sociales 2004-2006: Avances y retrocesos de una sociedad polarizada”

¹⁰ Ver “La Corte y los derechos...”, Capítulo VIII, Derechos Económicos, Sociales y Culturales, pág. 336. Una evaluación más completa de esta discusión se encuentra en Abramovich Víctor, Curtis Christian, “El Derecho a la atención sanitaria como derecho exigible”, LL-2001-D-22. A. Eide ‘Realization of Social and Economic Rights The Minimum Threshold Approach’: en (1989) (43) “International Commission of Jurist”. p. 40-53.

¹¹ Referencias bibliográficas sobre los DESC como derechos justiciables pueden encontrarse en: G.J.H van Hoof, ‘The legal Nature of Economic, Social and Cultural Rights: a Rebuttal of Some traditional Views’, en P. Alston and K. Tomasesvski (ed.), “The right to Food” (Netherlands, Martins Nijhoff Publishers, 1982); P. Alston, ‘No Right to Complain About Being Poor. The Need for an Optional Protocol to the Economic Right covenant’ en: A. Eide and J. Helgesen (eds.), “The Future of Human Rights Protection in a Changing World: fifty years since the Four Freedoms Address: essays in honour of Torkel Opsahl” (Oslo, Norwegian University Press, 1991); M. Sheinin, ‘Economic, Social and Cultural Rights as Legal Rights’, en A. Eide et al. (eds.), “Economic, Social and Cultural Rights: a Textbook” (Netherlands, Martins Nijhoff Publishers, 2001), pp.41-62; V. Abramovich, and C. Curtis, *Ibidem*, p. 27; M. K. Addo., ‘Justiciability Re-examined’, en R. Beddard and D.M. Hill (eds.), Economic, Social and Cultural Rights Progress and Achievement, (London, Macmillan, 1992), p. 93; P. Hunt, Reclaiming Social Rights: International and Comparative Perspectives. (England, Dartmouth, 1996), p 60.

¹² Comité DESC OG No3 Párr. 5, OG No 12 Párr.33. Por su parte, la Declaración y Programa de Acción de Viena de 1993 establece que: “Cada Estado debe prever un marco de recursos eficaces para reparar las

este contexto, la obligación del Estado excede el hecho de no impedir el acceso a recursos judiciales sino que debe permitir, mediante la forma que considere pertinente, que todos los individuos puedan acceder a esos recursos removiendo todo tipo de obstáculos que incidan en el efectivo acceso a la Justicia.¹³

Sin embargo, una vez que se ha creado un consenso amplio acerca de la posibilidad de reclamar el respeto a los derechos sociales por la vía judicial –incluso a través de acciones colectivas–,¹⁴ la discusión cambia de eje y comienza a girar en torno al rol institucional del Poder Judicial y, en particular, el de la Corte Suprema como un actor principal en el reestablecimiento de los derechos sociales violados. Este debate no se da sólo respecto de incumplimientos puntuales y aislados en los que es más sencillo evaluar la efectividad de la acción de la Justicia, sino en un contexto en el que la exclusión social es muy grave y las violaciones de los derechos sociales son generalizadas. En situaciones extendidas de exclusión social como la de Argentina, es evidente la tensión que existe cuando el goce de derechos elementales como la salud, la alimentación o la vivienda no son adecuadamente garantizados por las agencias estatales encargadas de atenderlos en las personas más desaventajadas, mientras que la intervención judicial se muestra por lo menos insuficiente para resolver esos problemas.

A lo largo de este capítulo se verá de qué modo la Corte respondió a los múltiples reclamos por el acceso al derecho a la salud frente al Estado Nacional, a las provincias o a las obras sociales y las empresas de medicina prepaga. También se evalúa su posición respecto de pedidos por el acceso a la alimentación y a la vivienda que, si bien en menor medida, también formaron parte del su agenda en materia de derechos sociales.

2. La Corte y los derechos económicos, sociales y culturales 2005 – 2007

En una serie de casos, la Corte determinó condiciones flexibles y amplias frente al reclamo mediante la vía del amparo por violaciones al derecho a la salud. Dijo que el plazo legal máximo de quince días para iniciar esta acción se reiniciaba todos los días mientras la obra social incumpliera su obligación de otorgar la prestación médica a su cargo (“Mosqueda”). También sentenció que la previa gestión administrativa pendiente de resolución frente a la obra social o el Estado no puede interpretarse como un obstáculo para presentar una acción de amparo en materia de salud (“María”). En otra decisión relevante afirmó que el aporte de una prueba decisiva fuera del plazo legal tampoco puede ser motivo para rechazar el amparo (“Yapura”). En cuanto a la determinación del tribunal que debe entender en reclamos por el acceso al derecho a la salud, limitó la posibilidad de intervenir directamente en competencia originaria (“Rebull”). Esto no fue un obstáculo para que igualmente concediera medidas cautelares en casos urgentes.

infracciones o violaciones de derechos humanos”. Los Principios de Limburgo señalan que: “Los Estados Parte proveerán de recursos efectivos, incluyendo, cuando sea apropiado, los de tipo legal”.

¹³ Véase CIDH, “El Acceso a la Justicia como Garantía de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Estudio de los Estándares fijados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, Septiembre, 2007 en: www.cidh.oas.org.

¹⁴ Ver: Capítulo 2 Acceso a la Justicia, acápite 1.2., bajo el subtítulo “El concepto restringido de *causa judicial*. Una dificultad para el acceso a la Justicia”.

Los principios sentados por la Corte en estos casos favorecen la posición de quienes se ven en la necesidad de utilizar los medios de protección judiciales para reclamar por sus derechos sociales. En estas decisiones se enfatiza la obligación de los tribunales de interpretar las normas procesales de forma tal que faciliten el acceso a la Justicia de quienes lo intentan. Sin embargo, no es igualmente claro que estos mismos principios hayan orientado el manejo de los tiempos de la Corte para la resolución de los amparos y las medidas cautelares presentadas directamente ante ella. En relación con estas últimas, entre los casos relevados en este informe hay resultados muy dispares en cuanto a la demora de los expedientes, que van desde los 11 días (“Defensor del Pueblo c/ Provincia de Buenos Aires”), hasta casi 1 año (“Rodríguez”, “Quiñone”, “Esquivel”). Resulta difícil conocer las razones de esta disparidad, ya que sólo se puede acceder a la sentencia. Sin embargo, llama la atención que frente a casos igualmente graves y urgentes unos expedientes se resuelvan inmediatamente y otros deban aguardar varios meses para obtener la medida cautelar solicitada. Si existe alguna lógica, esta no se refleja en las resoluciones de la Corte.

Uno de los reclamos más frecuentes, sobre el cual se registra la mayor cantidad de decisiones del tribunal en materia de derechos sociales, es por pedidos de entrega de medicamentos para el tratamiento de enfermedades graves de personas que carecen de los medios suficientes para afrontarlos. La Corte ordenó, primero mediante una medida cautelar y luego al resolver sobre el fondo, que el Estado provincial debía otorgar las drogas para tratar la esclerosis múltiple a pesar de que no integraban la nómina del Banco de Medicamentos provincial. También dijo que en caso de omisión de la provincia, el Estado Nacional es responsable subsidiariamente por el cumplimiento de esta medida (“Orlando”). Luego reiteró que el Estado Nacional no podía desentenderse de sus obligaciones frente al derecho a la salud de los habitantes con el pretexto de que las obras sociales o las provincias son los primeros responsables. Por último, afirmó que el Estado Nacional debía hacerse cargo del tratamiento requerido por un niño que padecía fibrosis quística cuya obra social no le otorgaba prestaciones médicas debido a que estaba concursada (“Floreacing”). En otros dos casos también ordenó como medida cautelar, a la provincia de Buenos Aires y al Estado Nacional respectivamente, la entrega de las drogas para el tratamiento del mal de Hodgkin y otra enfermedad grave, a pesar de que luego se declaró incompetente para tratar las cuestiones de fondo planteadas en dichos expedientes (“Defensor del Pueblo c/Provincia de Buenos Aires” y “López”). En uno de los pocos amparos que fueron rechazados, resolvió que ni el Estado Nacional ni la provincia de Tucumán son responsables de cubrir las necesidades de un niño con discapacidad mientras no se acredite mínimamente que la obra social, primera obligada, incumplió su prestación (“Agüero”).

En este grupo de decisiones la Corte confirma que las disfuncionalidades del sistema de salud y las omisiones y faltas de las provincias y las obras sociales no justifican, bajo ninguna circunstancia, que el Estado Nacional pueda desligarse de sus obligaciones para atender de forma inmediata los reclamos concretos formulados por personas con necesidades de salud urgentes.

Por otra parte, la Corte también se ocupó de determinar el alcance de las obligaciones de otros agentes del sistema de salud: las obras sociales y las entidades de medicina prepaga. Entendió que el INSSJP debía dar la cobertura total de los medicamentos y otros insumos que requería una persona anciana que padecía diabetes. Adoptó esta solución a

pesar de que el Programa Médico Obligatorio no los incluyera un su listado de prestaciones obligatorias (“Reynoso”, “Papa” y “Párraga”). En otra sentencia similar, de forma cautelar, ordenó que una obra social siguiera prestando un tratamiento oncológico hasta que se decidiera si la paciente tenía o no derecho a mantener su afiliación en calidad de adherente (“Fernández”). Por último también resolvió, que entre las obligaciones de las empresas de medicina prepaga se incluyera cubrir las prestaciones que surgen de las normas referidas a la protección de las personas con discapacidad (“Cambiaso Péres de Nealón”).

La Corte advirtió sobre la protagónica función social que estos actores deben cumplir como parte del sistema de salud y, en consecuencia, reafirmó las obligaciones que para ellas surgen tanto por vía legal como por reconocimiento directo de la Constitución. En estos casos se vio que si existe más de una interpretación posible sobre las normas, siempre ha aplicado la que favorece una protección más extensa del derecho a la salud.

También se pronunció en varios expedientes en los que se reclamaba por el derecho a la alimentación de personas que se encontraban en estado de extrema necesidad. La Corte, pese a declararse incompetente de manera originaria, ordenó que la provincia de Buenos Aires y la municipalidad de Quilmes provean los alimentos necesarios para asegurar una dieta que cubra las necesidades básicas de niños en estado de desnutrición cuyas familias carecían de los medios para solventarlas. De esta manera, abandonó la posición restrictiva en la concesión de cautelares por pedidos de alimentos que había mostrado previamente en el caso “Ramos”, fuertemente cuestionado (“Rodríguez”, Esquivel” y “Quiñone”). En la misma línea, también hizo lugar a la medida cautelar y ordenó al Estado Nacional y a la provincia del Chaco que suministren agua potable y alimentos a una comunidad indígena, así como un medio de transporte y comunicación adecuados a cada uno de los puestos sanitarios (“Defensor del Pueblo c/Estado Nacional y Provincia del Chaco”).

En un contexto de fuerte exclusión social que afecta fuertemente a niños y pueblos originarios, entre otros grupos desaventajados, este cambio de jurisprudencia era algo esperable de un tribunal que se dice respetuoso de los derechos sociales. Llama la atención que, frente a un escenario de extrema pobreza y desnutrición, no hayan llegado a la Corte más de cuatro casos reclamando por estos derechos en un periodo de tres años. Hay una gran desproporción entre la cantidad de reclamos judiciales por el acceso al derecho a la salud y los que tratan sobre el derecho a la alimentación, cuando los dos son igualmente graves. Una posible explicación puede estar dada por el tipo de población - extremadamente pobre- que se ve imposibilitada por falta de recursos, de información o de organización de acceder a la Justicia para presentar reclamos. Esto surge con evidencia de “Defensor del Pueblo c/Estado Nacional y Provincia del Chaco” que recién llegó a presentarse ante la Corte como un caso judicial luego de que murieran 20 personas por desnutrición en la comunidad¹⁵

En la única decisión en la que se reclamaba por el acceso a la vivienda, la Corte resolvió que no era de su competencia originaria y tampoco concedió la cautelar pedida ni se expidió sobre ella (“Urán”). Llamativamente y al igual que lo que ocurre con el acceso a la alimentación, la problemática habitacional también es un grave problema

¹⁵ Diario Clarín, “La Corte, insatisfecha con los informes sobre la situación de los aborígenes en el Chaco”, 7 de noviembre de 2007

social sobre el cual ni llegan casos ni tampoco se registran decisiones del máximo tribunal.¹⁶

3. Vías judiciales urgentes para exigir los derechos sociales

Una de las variables a considerar al momento de evaluar el nivel de accesibilidad a la Justicia es la existencia y efectividad de mecanismos legales que permitan, en aquellos casos que así lo exijan, la actuación rápida o inmediata de los jueces. Esta problemática es especialmente relevante en relación con el ejercicio de los DESC, cuyo acceso muchas veces requiere la intervención de la Justicia sin dilaciones. En las causas que se analizan más adelante podrá observarse cómo la Corte se preocupó por permitir a las personas el acceso urgente a distintas prestaciones médicas y a la alimentación a través de la acción de amparo.

Con posterioridad a la crisis económica e institucional desatada hacia fines de 2001, la acción de amparo pasó a identificarse, al menos en los medios masivos de comunicación –y a través de ellos en la conciencia colectiva–, como aquel instrumento jurídico destinado a que los ahorristas lograran la extracción del dinero que había quedado depositado en el “corralito financiero”. Las especiales circunstancias de la época hicieron del amparo una herramienta no ya excepcional sino de uso casi general, debido a la enorme extensión de las lesiones a derechos económicos producida por las medidas de emergencia adoptadas por el gobierno.¹⁷

Resueltos o en camino de solución los reclamos de distinta índole nacidos como consecuencia de aquellas medidas de emergencia económica,¹⁸ la Corte continuó prestándole especial atención a las acciones de amparo destinadas a satisfacer rápidamente necesidades tanto económicas como sociales. Señaló repetidas veces y con especial énfasis que este medio procesal es la herramienta idónea para satisfacer reclamos urgentes de acceso a dichos derechos, en especial los derechos a la salud y a la alimentación.

El pedido –y la concesión– de medidas cautelares mostró ser otro medio idóneo para ayudar a solucionar los problemas más urgentes de las personas que reclamaban judicialmente por el cumplimiento de sus derechos sociales. A efectos de entender la forma en que el máximo tribunal ha abordado últimamente los casos relacionados con estos derechos resulta relevante mencionar algunos detalles sobre su funcionamiento. Para otorgar una cautelar que puede consistir, por ejemplo, en la orden al Estado de entregar urgentemente un medicamento, alcanza con que la parte alegue, y el juez compruebe a primera vista la afectación del derecho invocado (verosimilitud del derecho), lo cual representa menor exigencia que acreditar su efectiva violación. La otra condición es que exista riesgo grave para el goce del derecho durante el tiempo que transcurre entre la presentación de la demanda y el dictado de la sentencia (peligro en la

¹⁶ Para un análisis exhaustivo sobre la situación habitacional particularmente en la Ciudad de Buenos Aires ver: “Los desalojos y la emergencia habitacional en la Ciudad de Buenos Aires”, informe producido por la Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires, septiembre de 2007, CELS, “La problemática de los desalojos en CABA: un abordaje institucional”, 2007 (disponible en www.cels.org.ar), “Derechos Humanos en Argentina Informe 2008”, CELS, 2008 Ed. Siglo XXI.

¹⁷ Véase ADC, “La Corte y los Derechos. Un informe sobre el contexto y el impacto de sus decisiones durante el período 2003-2004”, SXXI Editores, Buenos Aires, 2005, Capítulo VI.

¹⁸ Ver capítulo sobre Derechos Patrimoniales.

demora). La ventaja de este tipo de medidas es que se resuelven de forma inmediata, antes de que se conteste la demanda e incluso puede dictarla un juez a pesar de que luego se declare incompetente para entender en el caso.

En varios de los casos aquí analizados se puede observar que incluso la Corte ha concedido medidas cautelares con el objetivo de ordenar al Estado, a una obra social o a una entidad de medicina prepaga la provisión inmediata de ciertos medicamentos, la urgente intervención quirúrgica o la provisión de alimentos, para luego decidir que no le correspondía entender en competencia originaria, es decir, sin que antes intervenga un tribunal de una instancia inferior.¹⁹

A pesar de que cuando se presenta un amparo en el que se reclama por un derecho social se espera que la Corte reaccione y emita una decisión rápidamente, salvo casos muy excepcionales, su demora es grande y, a nuestro entender, no cumple con las expectativas de lo que razonablemente se debe entender por un remedio rápido y expedito para violaciones cuya solución no admite dilaciones. Para decidir sobre el fondo de los amparos en temas de derechos sociales, el plazo promedio fue de 1 año y 8 meses.²⁰ El dato positivo es que, en promedio, el tiempo fue corto en comparación con los 2 años, 8 meses y 20 días, que le insume al tribunal resolver en general los expedientes que ingresan.²¹ Hay que aclarar, sin embargo, que en los casos en los que la Corte se declaró incompetente o rechazó liminarmente la acción, se han resuelto en un tiempo considerablemente menor.²²

Un dato positivo es que en las decisiones relativas a medidas cautelares en instancia originaria, la Corte tardó en resolverlas en promedio 7 meses. Si bien este tiempo sigue siendo extenso para quien aguarda la entrega de un medicamento del cual depende su salud o incluso su vida, es significativamente menor que el promedio general antes señalado. También es llamativo el tiempo que tardó en resolver las dos medidas cautelares presentadas por el Defensor del Pueblo de la Nación, 11 y 18 días, (Defensor del Pueblo de la Nación c/ Provincia de Buenos Aires y Defensor del Pueblo de la Nación c/ Provincia de Chaco, respectivamente), considerablemente menor al resto de los casos analizados. Esta celeridad podría deberse a que se trata de casos de gran repercusión pública en materia de salud.

3.1.Plazo del amparo para reclamar por el derecho a la salud: “Mosqueda”²³

¹⁹ Esto es directamente ante los estrados de la Corte, sin que previamente hayan sido sentenciados por un tribunal inferior. Ver capítulo 1, acápite 1.2., bajo el subtítulo “Restricción de la competencia originaria de la Corte”.

²⁰ Este dato surge de los casos que se relevan en este informe (tanto de casos que se resuelven en competencia originaria como por apelación) y seguramente representa una muestra muy pequeña como para obtener conclusiones definitivas. Sin embargo, se aproxima a una noción respecto de la problemática de los tiempos de resolución de los casos. Una visión más completa sobre cuánto tiempo demora la Corte en resolver una causa puede encontrarse en el capítulo 1, acápite 2.

²¹ El promedio de tiempo se computa desde que el expediente ingresa a la Corte hasta que este tribunal emite la sentencia que lo resuelve. Ver capítulo 1, acápite 2.3.

²² Por ejemplo, en los casos “Rebull”, “Uran” y “Agüero” la Corte, en competencia originaria, tardó en dictar sentencia 21, 96 y 107 días respectivamente.

²³ CSJN, “Mosqueda, Sergio c/ Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados”, Fallos: 329:4918, sentencia del 7/11/2006.

Sergio Mosqueda, de 74 años, padecía hemiplejia, consecuencia de un accidente cerebro-vascular, que le impedía caminar, debiendo movilizarse en silla de ruedas. Para mejorar su salud necesitaba realizar diversas prácticas kinesiológicas muy costosas. En 1999 inició el tratamiento de rehabilitación en la Unidad de Gestión San Martín del PAMI. En 2004, PAMI interrumpió su servicio alegando que debido a la gran cantidad de pacientes en la misma condición no podía seguir prestándolo. A raíz de ello, Mosqueda inició un reclamo administrativo ante la Superintendencia de Servicios de Salud. Ese organismo estimó que la obra social debía brindar la cobertura integral²⁴ e intimó en reiteradas oportunidades al PAMI para que cumpliera.

Ante la omisión, Mosqueda inició un amparo a fin de que el INSSJP²⁵ se hiciera cargo de su tratamiento. Pero fue rechazado por haber sido presentado fuera del plazo de 15 días hábiles²⁶ desde que tomó conocimiento del hecho que denuncia violatorio su derecho a la salud. La Cámara confirmó esta decisión. Dijo que el propio Mosqueda admitió que PAMI había respondido el 11 de marzo de 2004 a la intimación realizada por la Superintendencia "sin dar cumplimiento efectivo" a la orden cursada. Sin embargo, el actor recién presentó la acción de amparo el 31 de agosto de 2004, es decir más de cinco meses después.

En "Mosqueda", la Corte resolvió (voto de los jueces Petracchi, Fayt, Lorenzetti; y Highton de Nolasco, Zaffaroni y Maqueda según su voto) que *el amparo era la vía idónea* para resolver el planteo. Dijo que si bien el plazo legal para interponer esta acción es de 15 días a partir de que se tiene conocimiento de un acto u omisión que sea violatorio de un derecho,²⁷ en este caso la omisión de brindar cobertura médica tenía carácter continuado. En otras palabras, aunque el daño se originó y el actor tomó conocimiento de él meses antes de acudir a la Justicia, los efectos de la omisión se continuaron y mantuvieron al momento de accionar y también en el tiempo siguiente. Por ende, no podía decirse que el plazo para presentar la acción de amparo debía contarse a partir del primer incumplimiento por parte de la obra social. En la práctica esto significaba que el plazo de quince días se reiniciaba cada día que la obra social no prestaba el servicio, y en cada oportunidad que era intimada por la administración para hacerlo.²⁸

La Corte estimó que correspondía interpretar a favor de la admisibilidad de la acción teniendo en cuenta que se estaba discutiendo una violación al derecho a la salud, y en especial al acceso a tratamientos médicos de enfermedades graves. También tuvo en cuenta que la prestación reclamada era urgente. Por ello advirtió que los jueces deben encausar los reclamos para que tramiten por vías rápidas y evitar que debido a exigencias de forma se llegue a la frustración de derechos amparados constitucionalmente.

²⁴ Se fundamentó en la ley 24.091 sobre protección integral de la discapacidad.

²⁵ Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados.

²⁶ El artículo. 2, inciso e) de la ley de amparo, 16.986, establece: "La acción de amparo no será admisible cuando (...) la demanda no hubiese sido presentada dentro de los quince días hábiles a partir de la fecha en que el acto fue ejecutado o debió producirse".

²⁷ Ídem.

²⁸ Esta misma interpretación fue realizada por la Corte en los casos del "corralito financiero", en donde sostuvo que "la lesión a sus derechos se mantenía durante todo el tiempo que su dinero estuviera atrapado en el banco y, en consecuencia, el plazo para la presentación del amparo se reiniciaba a cada instante". Este tema es tratado en "La Corte y los derechos...", Capítulo VI, Derechos patrimoniales en la emergencia económica, pág. 223.

En este fallo se muestra que la garantía del efectivo goce del derecho a la salud no sólo implica la instrumentación de prestaciones positivas por parte de la administración o las obras sociales, sino que también presupone vías idóneas, rápidas, eficaces y sencillas para reclamar judicialmente su ejercicio. El acceso a la Justicia y la calidad de su respuesta son garantías de los derechos económicos, sociales y culturales.²⁹ Esto debería ser un imperativo para que los jueces se inclinen por las interpretaciones de las normas procesales que favorezcan el acceso a la Justicia y no por aquellas que la obstaculicen.

3.2.El amparo como la vía más idónea para reclamar por el derecho a la salud: "María",³⁰

Flavia Judith María, de 25 años, padecía una discapacidad motora, mental, visceral y sensorial, con un estado de mínima conciencia por traumatismo craneoencefálico severo, –secuela de un accidente automovilístico en 2002– que la obligaba a desplazarse con andador con asistencia parcial. Estaba afiliada como adherente a la obra social de su madre (IOSPER) quien se desempeñaba como docente. Esta última recibía un sueldo magro sin perjuicio de lo cual se le descontaba, en carácter de coseguro, el 30% de las prestaciones de rehabilitación de su hija.

Como recurso ante la falta de respuesta satisfactoria de la obra social que había interrumpido el tratamiento de su hija en febrero de 2005, presentó una acción de amparo ante un juzgado de primera instancia de la Provincia de Entre Ríos contra la obra social y el Estado Provincial, en reclamo de la violación de los derechos de las personas con discapacidad. También requirió una medida cautelar para que, entre otras cosas, restituyera de manera urgente los servicios que por ley debían brindarle.

El juez de primera instancia concedió la medida cautelar y en forma parcial el amparo. En cambio, el Superior Tribunal de Justicia de Entre Ríos revocó esta sentencia. Argumentó que un amparo previo con las mismas peticiones había sido rechazado con anterioridad. En ambos casos se advirtió que la actora había iniciado gestiones administrativas en la obra social y que las mismas se encontraban aún en trámite cuando se presentaron sendos amparos. Según una lectura literal de la ley procesal local, el amparo no es admisible si simultáneamente se está tramitando un reclamo administrativo. Por su parte, María alegaba que fue el rechazo de este primer amparo lo que la había forzado a continuar la vía administrativa. Además, el persistente silencio de la obra social la llevó a interponer una queja ante el Gobernador y un “amparo por mora” para que la obra social respondiera su pedido en forma inmediata. En mayo de 2005, recién cuando se pensó en realizar una denuncia penal por violación de los deberes de funcionario público, se expidió la obra social. En la resolución, el IOSPER “no dio cobertura alguna a la afiliada de las prestaciones que necesitaba, a sabiendas que su tratamiento había sido interrumpido en febrero de 2005”.

En "María", la Corte (voto de Lorenzetti, Fayt, Maqueda; Zaffaroni y Highton de Nolasco según sus votos; Petracchi y Argibay en disidencia), decidió que el amparo era la

²⁹ Ver al respecto: Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “El acceso a la Justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales”. Estudio de los estándares fijados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, OEA, 7/12/2007, versión completa disponible en www.cidh.org.

³⁰ CSJN, “María, Flavia Judith c/Instituto de Obra Social de la Provincia de Entre Ríos y Estado provincial”, sentencia del 30/10/2007.

vía idónea para que tramitara el reclamo a pesar de que existía una gestión pendiente ante el organismo administrativo y previamente se había presentado un amparo con una pretensión similar. Esta vía debía ser habilitada por a) la urgencia en la satisfacción de las prestaciones solicitadas y b) el hecho no cuestionado de que el instituto demandado no había admitido el reclamo de la actora. Además, entendió que la acción de amparo era “particularmente pertinente” ya que a) las materias debatidas se relacionan con la preservación de la salud y la integridad física, b) el problema que se trata de solucionar es grave y c) el caso requiere resolución urgente.

La Corte sentó de esta manera un principio de suma relevancia, debido a que enfatizó que para reclamar por el ejercicio efectivo de los derechos se requiere de vías judiciales idóneas. Y no sólo eso, sino que fue por más. Agregó que el acceso a la Justicia necesita que los jueces interpreten las normas procesales recordando su sentido de garantía, es decir, de medios que debieran permitir la exigibilidad y protección de los derechos. Por ello, enfatizó Zaffaroni en su voto concurrente que la acción de amparo es particularmente pertinente en materias relacionadas con la preservación de la salud y la integridad física, máxime cuando de los términos de la demanda como la documentación acompañada se acreditaba la gravedad del caso y la falta de protección en que se hallaba la amparista. Esta última circunstancia revelaba que la administrativa no era desde el punto de vista práctico una vía eficaz para reclamar por el derecho y, además, ponía de manifiesto la inacción de la obra social y de la provincia.

Esta decisión está a la altura de las razones del artículo 43 de la Constitución Nacional, que establece que toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo “siempre que no exista otro medio judicial más idóneo”. Este otro medio eventualmente más idóneo debe ser judicial, con lo que la posibilidad de transitar la vía administrativa alternativa no podría ser sin más una razón para excluir la continuación de un amparo. En conclusión, el amparo sólo dejaría de ser la vía más idónea si quien lo alega explica y demuestra en forma concluyente que existe otra más eficaz para la protección de los derechos.

A pesar de que en esta sentencia se destacan las virtudes de la vía del amparo como un medio idóneo para garantizar violaciones graves al derecho a la salud que merecen una solución urgente, el hecho de que la Corte haya demorado más de dos años entre que el expediente ingresó al tribunal, en septiembre de 2005, y se dictó sentencia, en octubre de 2007, pone en duda su utilidad real. Se debe recordar que en este caso la sentencia que se cuestionaba le había denegado la prestación a la amparista.

3.3. Rechazo de los excesivos formalismos procesales cuando está en juego el derecho a la salud: “Yapura”³¹

³¹ CSJN, “Yapura, Gloria Catalina c/ Nuevo Hospital El Milagro y Provincia de Salta” Fallos: 329:2179, sentencia del 06/06/2006.

Una mujer embarazada³² promovió un amparo ante los tribunales de la provincia de Salta solicitando autorización para que se le practicara la ligadura de sus trompas luego de parir a su cuarto hijo. Alegó que tanto ella como su cónyuge estaban desocupados y que su único sostén económico era el dinero que recibían por ser beneficiarios del “Plan Jefas y Jefes de Hogar”. El matrimonio atravesaba serias dificultades económicas para afrontar la crianza de sus hijos y ella quería evitar quedar nuevamente embarazada.³³ Asimismo, argumentó que las autoridades de la clínica en la que tendría lugar el parto, en circunstancias similares, se habían negado a realizar ese tipo de intervención sin previa autorización judicial.³⁴

La Suprema Corte de Justicia de la provincia de Salta denegó el pedido por una razón formal: 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 su fallo.³⁵

En “Yapura”, la Corte dejó sin efecto la sentencia y dispuso la continuación de la acción de amparo iniciada (voto de los jueces Petracchi, Highton de Nolasco, Fayt, Maqueda y Lorenzetti; Argibay, en disidencia³⁶). Argumentó que en cuestiones vinculadas con el derecho a la salud los jueces no pueden omitir el análisis de una prueba presentada por el afectado fuera de los términos legales³⁷, cuya omisión significa un injustificado rigor formal.³⁸ 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 procedimiento de amparo que tiene

³² Si bien de la sentencia no surge con exactitud en qué mes de embarazo se encontraba, del dictamen de la Procuradora Fiscal Subrogante de la Nación se desprende que a la fecha de inicio de la acción el parto era inminente. Sobre la falta de una descripción completa de los antecedentes de las causas ver capítulo I, acápite 1.4.

³³ El Programa Jefes y Jefas del Hogar se instrumentó a principios de 2002 para hacer frente a la gran crisis económica. Los beneficiarios del Programa percibían una suma mensual de \$150 -en forma directa e individual- a cambio de realizar contraprestaciones con una dedicación horaria no inferior a cuatro horas ni superior a seis. Para ser beneficiario se debían reunir las siguientes condiciones: ser argentino, nativo o naturalizado, o extranjero radicado en el país; ser jefe o jefa de hogar y encontrarse en situación de desocupación; tener al menos un hijo menor de 18 años, o haberse encontrado en estado de gravidez al momento de la inscripción, o tener hijos de cualquier edad con discapacidad; los hijos debían cumplir con el calendario de vacunación obligatorio, y los de edad escolar debían ser alumnos regulares. Ver <http://www.trabajo.gov.ar/jefes/index.asp>.

³⁴ La nueva ley (26.130) no exige autorización judicial para realizar la ligadura de trompas, excepto cuando se trata de una persona declarada judicialmente incapaz, en cuyo caso se requiere la autorización judicial solicitada por el representante legal de aquélla.

³⁵ La actora había acudido al Nuevo Hospital El Milagro de Salta para que le realicen la operación de ligadura de trompas, pero los médicos se negaron a realizarla sin la debida autorización judicial.

³⁶ Rechazó el recurso extraordinario por inadmisibles (artículo 280 del Código Procesal Civil y Comercial). El artículo 280 establece: “Cuando la Corte Suprema conociere por recurso extraordinario, la recepción de la causa implicará el llamamiento de autos. La Corte, según su sana discreción y con la sola invocación de esta norma, podrá rechazar el recurso extraordinario, por falta de agravio federal suficiente o cuando las cuestiones planteadas resultaren insustanciales o carentes de trascendencia”.

³⁷ Afirmó que como los jueces provinciales tuvieron conocimiento de la prueba, debieron considerarla al dictar sentencia incluso aunque fuera extemporánea.

³⁸ Consideró que al haber omitido tener en cuenta que la actora era madre de cuatro hijos, que ella y su esposo no tenían trabajo fijo y que el único ingreso que tenían provenía del “Plan Jefes de Hogar”, y al haberse negado a considerar la prueba, que demostraba la negativa de los profesionales médicos a realizar la intervención solicitada, los jueces provinciales habían adoptado una decisión dogmática y genérica.

como objetivo obtener soluciones que se avengan con la urgencia que implican estas cuestiones.

Al momento en que finalmente llegó la decisión de la Corte, un año y medio después de que el expediente ingresó al tribunal,³⁹ obviamente la mujer ya había parido a su hijo y su pedido de ser operada inmediatamente después del nacimiento, en los hechos, no podía ser satisfecho por la Justicia. Técnicamente se dice que el caso había devenido abstracto. Sin embargo, esto no quita que el Tribunal podría haberse pronunciado sobre el fondo del asunto discutido. Anteriormente ha justificado su intervención en casos abstractos cuando las particularidades del planteo hacen que raramente se pueda alcanzar una decisión del máximo tribunal en un tiempo útil.⁴⁰

En agosto de 2006, pocos meses después del dictado de la sentencia, el Congreso de la Nación aprobó la ley 26.130⁴¹ que regula el régimen de las intervenciones de contracepción quirúrgica.⁴² Además, reconoce en el ámbito nacional⁴³ el derecho fundamental a la esterilización anticonceptiva. De acuerdo con 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.⁴⁴ Las otras condiciones exigibles para someterse a una esterilización anticonceptiva son: ser capaz y contar con el consentimiento informado de la persona que se someta a la ligadura tubaria. No se exige contar con el consentimiento del cónyuge o conviviente, sino que sólo basta la manifestación de voluntad de quien requiere la intervención. En definitiva, luego del dictado de esta norma, el problema ha quedado saldado desde el punto de vista legal, en cuanto no exige la autorización judicial para realizarse este tipo de prácticas.

3.4. Los casos de salud no se litigan directamente ante la Corte: “Rebull”⁴⁵

En este informe ya se dijo que la Corte ha comenzado a restringir los casos que admite en competencia originaria ante sus estrados.⁴⁶ Este criterio, que ha recomenzado a aplicar en demandas por daños y perjuicios contra el Estado entre otros muchos temas,⁴⁷

³⁹ El caso ingresó a la Corte el 9 de diciembre de 2004 y la sentencia fue dictada el 6 de junio de 2006.

⁴⁰ CSJN, “B., A.” Fallos 324:4060, sentencia del 07/12/2001. La Corte argumentó: “Como lo ha subrayado este Tribunal, dada la rapidez con que se produce el desenlace de situaciones como la de autos, es harto difícil que, en la práctica, lleguen a estudio del Tribunal las importantes cuestiones constitucionales que aquéllas conllevan sin haberse vuelto abstractas. De ahí que para remediar esta situación frustratoria del rol que debe poseer todo tribunal al que se le ha encomendado la función de garante supremo de los derechos humanos, corresponde establecer que resultan justiciables aquellos casos susceptibles de repetición, pero que escaparían a su revisión por circunstancias análogas a las antes mencionadas”.

⁴¹ Sancionada el 09/08/06, promulgada el 28/08/06 y publicada en el Boletín Oficial el 29/08/06.

⁴² De acuerdo con el artículo 1 de la ley 26.130, los métodos de contracepción quirúrgica son la ligadura de trompas de Falopio y la ligadura de conductos deferentes o vasectomía.

⁴³ Además de esta ley, las provincias de Neuquén, Chaco, Santa Fe, Chubut, La Pampa, Río Negro, Tierra del Fuego, Mendoza y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires cuentan con normas locales que permiten la contracepción quirúrgica.

⁴⁴ La ley es obligatoria tanto para el sistema público, como para las obras sociales y las empresas de medicina prepaga.

⁴⁵ CSJN, “Rebull, Gustavo Prion c/Provincia de Misiones” Fallos: 329:2911, sentencia del 18/07/2006.

⁴⁶ Ver capítulo 1, acápite 1.2., bajo el subtítulo “Restricción de la competencia originaria de la Corte”.

⁴⁷ Ver capítulo 1, acápite 1.2., bajo el subtítulo “Restricción de la competencia originaria de la Corte”.

lo hizo extensivo también respecto de reclamos del derecho a la salud en los que se exige su cumplimiento por el Estado Nacional y alguna provincia.

En “Rebull”, la Corte (voto de los jueces Petracchi, Highton de Nolasco, Fayt, Maqueda, Zaffaroni, Lorenzetti, Argibay) resolvió que el hecho de que se demande conjuntamente al Estado Nacional y a la provincia de Misiones en un tema vinculado con el derecho a la salud⁴⁸ no justificaba su intervención en competencia originaria.⁴⁹ La solución, entonces, es que al Estado Nacional se lo demande ante los tribunales federales inferiores de la jurisdicción que corresponda; y se inicie una acción independiente contra la provincia ante el tribunal que las leyes locales dispongan.

Este criterio fue el que antes había adoptado en “Mendoza”,⁵⁰ donde se discutía sobre la reparación de los daños causados por la contaminación del Riachuelo. A partir de “Rebull”, la Corte comenzó a aplicar este precedente en materia de salud⁵¹ y le permite, en parte, descomprimir su gran carga de trabajo.⁵² Sin embargo, el hecho de declararse incompetente, como se verá más adelante, no le impidió seguir otorgando las medidas cautelares solicitadas cuando consideró que los pedidos eran urgentes.

4. Las obligaciones del Estado frente al derecho a la salud

El derecho a la salud goza de un amplio reconocimiento normativo. Existen cuatro fuentes principales que sirven para analizar cuándo ha sido violado. La primera reconoce jerarquía constitucional: el derecho a la salud se encuentra explícitamente formulado en los artículos 41⁵³, 42⁵⁴ y 75 incisos 22⁵⁵ y 23.⁵⁶ Además, la Corte ha expresado

⁴⁸ Dijo que, como lo había considerado en los casos “Peralta” y “Luzuriaga” (CSJN, “Peralta, María Florencia c/Buenos Aires, Provincia de s/ amparo” y “Luzuriaga, Lisandro Marcelo c/ Tierra del Fuego, Provincia de s/ amparo”, sentencias del 07/07/2005 y 20/06/2006, respectivamente), la tutela del derecho a la salud no es una cuestión exclusivamente federal, sino una materia en la que tiene facultades concurrentes con las provincias. En el caso, una persona con un cuadro de obesidad mórbida severa interpuso una acción de amparo contra la Provincia de Misiones y el Estado Nacional para que se les ordene que autoricen la realización de la cirugía de “by pass gástrico” sugerida por prescripción médica. Argumentó no poseer obra social ni recursos económicos y estar desocupado como consecuencia directa de su afección. Además, con carácter cautelar, solicitó que se ordene la inmediata intervención quirúrgica y se autoricen todas las prácticas médicas, estudios y tratamientos necesarios para su recuperación.

⁴⁹ En términos técnicos, la Corte sostuvo que “(...)si ninguna de las partes que pretenden litigar, o son llamadas a intervenir ante sus estrados es aforada de modo autónomo, la acumulación subjetiva de pretensiones no es un instrumento apto para sostener una competencia restringida y de excepción, que en ningún caso hubiera correspondido de haberse introducido individualmente cada una de las pretensiones”.

⁵⁰ CSJN, “Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza - Riachuelo)” Fallos: 329:2316, sentencia del 20/06/06. Ver capítulo Acceso a la Justicia.

⁵¹ Esta doctrina es reiterada en los casos “Gil” (“Gil, Facundo M. y otra c/Asociación Francesa Filantrópica y de Beneficencia y otro” Fallos: 329:2925, sentencia del 18/07/2006), “Hormazábal” (“Hormazábal Neira, Mariela del Carmen c/Provincia de Mendoza y otros” Fallos: 329:5169, sentencia del 14/11/2006), “Aragnelli” (“Aragnelli, Carmen Ana c/Estado Nacional y otros” Fallos: 329:5543, sentencia del 05/12/2006) y “Defensor del Pueblo de la Nación c/ Buenos Aires, Provincia de y otro (Estado Nacional) s/ amparo”, sentencia del 08/05/2007).

⁵² Ver capítulo 1, acápite 1.2., bajo el subtítulo “Restricción de la competencia originaria de la Corte”.

⁵³ Referido al medio ambiente

⁵⁴ Aunque en un contexto particular de la relación de consumo y de usuario de servicio público.

frecuentemente que este “derecho a la vida y a la preservación de la salud” se encuentra también reconocido en los artículos 14 y 14 bis, 18 y, en especial, en los artículos 19 y 33 de la Constitución.⁵⁷ La segunda fuente es de orden *supralegal*: particularmente resulta aplicable la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su protocolo facultativo⁵⁸, la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad,⁵⁹ y el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”.⁶⁰ La tercera es *legal*, y se vincula con el complejo y desarticulado entramado de leyes referidas al sistema de salud en general y a la discapacidad en particular. En este sentido, el marco general se encuentra previsto por las leyes 23.660⁶¹, 23.661⁶², 24.455, 24.754⁶³ y 24.901.⁶⁴ Por

⁵⁵ Vinculado a la jerarquía constitucional de varios instrumentos internacionales de derechos humanos que involucran al derecho a la salud. Así, la Declaración Universal de Derechos Humanos reconoce el derecho de las personas a un nivel adecuado de salud y asistencia médica (artículo 25). A su vez, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 confirma el derecho individual al nivel más elevado posible de salud física y mental y, entre sus recomendaciones, insta a los Estados a crear las condiciones que aseguren asistencia sanitaria a todas las personas que la necesiten (artículo 12). También la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre expresa que “toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica” (artículo XI). Asimismo, este reconocimiento de la salud como valor y como derecho humano se encuentra presente en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 24), en la Convención Americana de Derechos Humanos (artículo 4, inciso 1, artículo 5, inciso 1, y artículos 19 y 26), en la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (incisos IV del apéndice. E del artículo 5), en la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (apartado f del párrafo. 1 del artículo 11 y el artículo 12) y en la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos. 3, 6 23, 24 y 25). Acerca de las fuentes internacionales del derecho a la salud de las personas con discapacidad, v. Albanese Susana, “Las personas con discapacidad” (Algunas regulaciones del derecho internacional), JA 2002-II-1386.

⁵⁶ Referido a las medidas de acción positiva para promover los derechos y lograr igualdad real.

⁵⁷ Respecto a los artículos 19 y 33 de la Constitución, la Corte ha señalado en el caso “Asociación Benghalensis” que “la vida de los individuos y su protección –en especial el derecho a la salud – constituyen un bien fundamental en sí mismo que, a su vez, resulta imprescindible para el ejercicio de la autonomía personal – consagrada en el artículo 19 de la CN”.

⁵⁸ El Congreso de la Nación la aprobó por ley 26.378 y fue publicada el 09/06/2008.

⁵⁹ El Congreso de la Nación la aprobó por ley 25.280 y fue publicada el 31/07/2000. El artículo 1.2 de la Convención establece que “el término 'discriminación' contra las personas con discapacidad" debe ser entendido como "toda distinción, exclusión o restricción basada en una discapacidad, antecedente de discapacidad, consecuencia de discapacidad anterior o percepción de una discapacidad presente o pasada, que tenga el efecto o propósito de impedir o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por parte de las personas con discapacidad, de sus derechos humanos y libertades fundamentales”.

⁶⁰ Aprobado por ley 24.658 con fecha del 19 de junio de 1996, y promulgada el 15 de julio de 1996.

⁶¹ Mediante esta ley se crea un nuevo régimen de organización del sector de la seguridad social, el que queda obligado a prestar determinadas prestaciones mínimas que se prevean legal o reglamentariamente.

⁶² Referido a la creación del Sistema Nacional de Salud, que tiene como propósito articular y coordinar los servicios de salud de las obras sociales, establecimientos públicos y prestadores privados, en el marco de un “sistema de cobertura universal, estructura pluralista y participativa y administración descentralizada”.

⁶³ La ley 24.455 se refiere al establecimiento de determinadas prestaciones obligatorias a las obras sociales vinculadas con la asistencia en drogadicción y VIH. La ley 24.754 obliga a las entidades de medicina prepaga a prestar como mínimo las mismas prestaciones obligatorias dispuestas para las obras sociales. Estas normas a su vez han sido objeto de reglamentaciones por parte del Poder Ejecutivo de la Nación, entre las que caben destacarse los decretos 9/93, 576/93, 492/95 (mediante el cual se crea el Programa

último, el derecho a la salud también puede surgir del contrato de medicina prepaga o de los convenios colectivos de trabajo. Al primero, generalmente la doctrina lo ha definido como un contrato no negociado, resultado de la masificación, con finalidad de consumo y celebrado por adhesión.⁶⁵

De las normas referidas, en especial, de los instrumentos internacionales de derechos humanos, surgen con claridad para el Estado la obligación de respetar, proteger y promover todos los derechos sociales, entre otros el derecho a la salud. El respeto implica que no se adopten medidas que impidan su acceso o restrinjan su disfrute. Su observancia también incluye la prohibición de establecer prácticas discriminatorias. Por su parte, la obligación de proteger compromete al Estado a hacer lo necesario para evitar que los derechos sean obstaculizados por terceros. A su vez, la exigencia de cumplir le ordena actuar para que los individuos y las comunidades disfruten de ese derecho. Por último, la obligación de promover consiste en realizar acciones positivas tendientes a difundir, educar y capacitar a la población para su ejercicio.⁶⁶

Otra de las obligaciones a la que se ha sometido el Estado al suscribir el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC)⁶⁷ es la de progresividad y no regresividad del ejercicio de derechos. La primera reconoce que su plena realización no podrá alcanzarse en un período corto. Sin embargo, el Estado debe proceder lo más explícita y eficazmente posible para alcanzar su más alto grado de disfrute. En definitiva, la progresividad es una pauta que intenta medir el nivel de cumplimiento de los derechos; y bajo este principio, las medidas adoptadas por el Estado deben tender a mejorar la situación, en comparación con el estado previo en el grado de satisfacción de los derechos.⁶⁸

Médico Obligatorio –PMO) y 486/02 (referido a la ampliación del PMO producto de la declaración de emergencia), y por resoluciones del Ministerio de Salud de la Nación.

⁶⁴ La ley 24.901 establece un sistema de prestaciones básicas en habilitación y rehabilitación a favor de las personas con discapacidad (Boletín Oficial del 5/12/97, reglamentada por el decreto 1.193/98). Esta norma prevé en su ámbito de aplicación expresamente a las obras sociales enmarcadas en las leyes 23.660 y 23.661, las que se relacionan con el contexto legal ya previsto varios años antes por la ley 22.431 (Boletín Oficial del 20/3/81, reglamentada por decreto 498/83). Esta ley se propone establecer un sistema de protección integral de las personas con discapacidad, tendiente a asegurar a éstas su atención médica, su educación y seguridad social, así como a concederles las franquicias y estímulos).

⁶⁵ V. Iñiguez, Marcelo, “Contratos de prestaciones de salud y derechos humanos”, Rubinzal-Culzoni., 2005. página 99. Referencia al capítulo de usuarios y consumidores.

⁶⁶ En este sentido, los Estados parte del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales se comprometen destinar hasta el máximo de sus recursos disponibles para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados -inclusive la adopción de medidas legislativas-, la plena efectividad de los derechos reconocidos en el Pacto. [Artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Adoptado por Res. 2200 (XXI) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, abierto a la firma en la Ciudad de Nueva York, Estados Unidos, el 19 de diciembre de 1966. Aprobado por Argentina según ley 23.313 (sancionada el 17/04/86, promulgada el 6/5/86 y publicada en el Boletín Oficial el 13/5/86)].

⁶⁷ Adoptado por Resolución 2200 (XXI) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, abierto a la firma en la Ciudad de Nueva York, Estados Unidos el 19 de diciembre de 1966. Aprobado por Argentina según ley 23.313 (sancionada el 17/04/86, promulgada el 6/5/86 y publicada en el Boletín Oficial el 13/5/86).

⁶⁸ O Parra Vera, M. Aranzazu Villanueva Hermida, A. Martín, “Protección Internacional de los Derechos Económicos, Culturales y Sociales, Sistema Universal y Sistema Interamericano”, IIDH, (2008), pp, 139. El comité DESC ha establecido en la observación general N° 3 párrafo 9, que “todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo (...) requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse

Asimismo, los Estados tienen la obligación de asegurar la satisfacción de niveles mínimos en el respeto de cada uno de los derechos económicos, sociales y culturales.⁶⁹ Por lo tanto, se espera que tomen de inmediato las medidas necesarias para garantizarlos.⁷⁰ Para ello deben fijar prioridades con el objetivo de beneficiar prioritariamente a los sectores de la población más vulnerable, y no podrían justificar la violación de estos derechos esenciales alegando insuficiencia de recursos. En otras palabras, bajo ninguna circunstancia podrían los Estados justificar el incumplimiento de las obligaciones básicas asumidas.⁷¹

4.1. Falta de entrega de medicamentos para la esclerosis múltiple: “Orlando”⁷²

Susana Beatriz Orlando, de 55 años, vivía en el partido de Ezeiza, provincia de Buenos Aires. Padecía una esclerosis múltiple que le provocaba una discapacidad visual y motora. Su enfermedad era grave y progresiva, y debía ser tratada de manera urgente y prolongada con la droga "Acetato de Glatiramer-Copolimero (Copaxone)", sin embargo, carecía de recursos económicos para solventarla.

A pesar de que debía ser atendida urgentemente para evitar un brote, la provincia de Buenos Aires no le proveyó los medicamentos. Según la provincia, la esclerosis múltiple no resultaba ser una patología cubierta por la Dirección de Política del Medicamento, en tanto la mencionada droga no figuraba en el Vademécum. El Ministerio de Desarrollo Social de la Nación le entregó seis cajas, pero esa cantidad sólo le alcanzaba por un tiempo limitado. En agosto de 2001, Orlando solicitó al ministerio de Salud de la Nación que continuara la entrega, pero éste no le respondió hasta, por lo menos, abril de 2002.⁷³ En razón de ello, inició una acción de amparo contra la provincia de Buenos Aires (Ministerio de Salud) y el Estado Nacional (Ministerio de Salud y Ministerio de

plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga”.

⁶⁹ [Artículo. 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales Adoptado por Resolución 2200 (XXI) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, abierto a la firma en la Ciudad de Nueva York, Estados Unidos, el 19 de diciembre de 1966. Aprobado por Argentina según ley 23.313 (sancionada el 17/04/86, promulgada el 6/5/86 y publicada en el Boletín Oficial el 13/5/86)].

⁷⁰ V. Abramovich y C. Courtis, *El Umbral de la Ciudadanía*, “El significado de los derechos sociales en el Estado social Constitucional. Ediciones del Puerto”, (2006) página 55.

⁷¹ Conforme OG Nº 14 Párrafo 47. En palabras del Comité: “(...) Un Estado que no esté dispuesto a utilizar el máximo de los recursos de que disponga para dar efectividad al derecho a la salud viola las obligaciones que ha contraído en virtud del artículo 12. Si la limitación de recursos imposibilita el pleno cumplimiento por un Estado de las obligaciones que ha contraído en virtud del Pacto, dicho Estado tendrá que justificar no obstante que se ha hecho todo lo posible por utilizar todos los recursos de que dispone para satisfacer, como cuestión de prioridad, las obligaciones [básicas] señaladas supra. Cabe señalar sin embargo que un Estado Parte no puede nunca ni en ninguna circunstancia justificar su incumplimiento de las obligaciones básicas enunciadas en el párrafo 43, que son inderogables.” Las obligaciones básicas son: a) garantizar el derecho de acceso a los centros, bienes y servicios de salud sobre una base no discriminatoria, en especial por lo que respecta a los grupos vulnerables o marginados; b) asegurar el acceso a una alimentación esencial ...; c) garantizar el acceso a una vivienda; d) facilitar medicamentos esenciales, ...; e) velar por una distribución equitativa de todas las instalaciones, bienes y servicios de salud; f) adoptar y aplicar, ... una estrategia y un plan de acción nacionales de salud pública para hacer frente a las preocupaciones en materia de salud de toda la población...”. (OG 14 párrafos 47 y 43).

⁷² CSJN, “Orlando, Susana Beatriz c/Provincia de Buenos Aires y otros s/ amparo”, Fallos: 325:519 sentencia del 24/05/2005.

⁷³ Esta fecha corresponde al primer pronunciamiento de la Corte emitido sobre el caso.

Desarrollo Social). Como medida cautelar, a su vez, requirió que le entregaran en forma inmediata las drogas.

En "Orlando", la Corte se pronunció en dos oportunidades. En 2002, resolvió (voto de los jueces Moline O'Connor, Fayt, Belluscio, Petracchi, Boggiano, Bossert y Vázquez) que era competente en instancia originaria.⁷⁴ Es decir, que podía resolver el planteo de Susana en el amparo sin que antes interviniera un tribunal inferior. Asimismo, concedió la medida cautelar solicitada y ordenó al Estado provincial y al nacional la provisión urgente del medicamento. La segunda decisión de la Corte llegó en mayo de 2005. En esta ocasión (voto de los jueces Petracchi, Belluscio, Fayt, Maqueda, Highton de Nolasco, Lorenzetti y Argibay; votos concurrentes de Boggiano y Zaffaroni) hizo lugar a la acción de amparo y ordenó que la Provincia continuara entregando el medicamento. En especial, tuvo en cuenta que ni la Provincia ni la Nación habían cuestionado el grave estado de salud de Orlando ni la situación de desamparo en la que se encontraba al momento de iniciar los reclamos.

La inacción de la Provincia no podía justificarse, a criterio del tribunal, por la circunstancia de que la esclerosis múltiple no fuera una enfermedad cubierta por la Dirección de Política del Medicamento. En otras palabras, su no inclusión en dicho listado no podía redundar en perjuicio de la afectada. En definitiva, la decisión de no atenderla implicaba una discriminación arbitraria en contra de Orlando respecto de otras personas que sí estaban recibiendo atención sanitaria, en ambos casos garantizada por la Constitución de la Provincia de Buenos Aires.⁷⁵ Por ello, concluyó que la Provincia tenía el deber de implementar un *mecanismo eficaz* para proveerle este medicamento con la urgencia que el caso exigía.⁷⁶

El Ministerio de Salud de la Nación, por su parte, debía asegurar en forma subsidiaria la continuidad del tratamiento. Es por ello que había entregado seis cajas de medicamentos frente a la omisión provincial injustificada. Sin embargo, la Corte enfatizó el carácter reprochable del accionar del Estado Nacional cuando interrumpió su entrega. Esa interrupción era arbitraria porque la salud de Orlando seguía siendo grave, el

⁷⁴ Este era el criterio que últimamente venía manteniendo la Corte antes de "Rebull". Ver acápite 3.4

⁷⁵ La Corte tomó en cuenta que la Constitución provincial establece en su artículo 12, inciso 1°) que: "La Provincia promoverá la eliminación de los obstáculos económicos, sociales o de cualquier naturaleza, que afecten o impidan el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales". El artículo 36, inciso 5°, agrega que: "Toda persona discapacitada tiene derecho a la protección integral del Estado. La Provincia garantizará la rehabilitación, educación y capacitación en establecimientos especiales...". También reconoce el derecho social a la salud y sostiene que: "La Provincia garantizará a todos sus habitantes el acceso a la salud en los aspectos preventivos, asistenciales y terapéuticos...". Asimismo, declara: "El medicamento por su condición de bien social integra el derecho a la salud..." (artículo 36, inciso 8°). Por su parte, la ley provincial 10.592 establece un régimen jurídico básico e integral para las personas discapacitadas, por el cual 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. artículos 1°, 2° y 3°). La norma comprende a los discapacitados neurolocomotores y sensoriales visuales, condición alegada por la amparista. El artículo 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".

⁷⁶ Al momento de la sentencia de Corte de 2005, surgía del expediente que el Banco de Drogas de Alto Costo (provincial) estaba cumpliendo la medida cautelar ordenada.

tratamiento urgente y la Provincia no había cambiado para ese entonces su reticencia inicial.

Esta sentencia, fundada sobre la base del derecho constitucional a la salud, ratifica una línea jurisprudencial⁷⁷ que determina que *cuando la inacción (en este caso, falta de entrega del medicamento) implica un riesgo serio para la salud de la persona, presupuesto del derecho a la vida, la obligación de la autoridad pública es impostergable*. Ese deber requiere también garantizar el derecho con acciones positivas.⁷⁸ Así el Estado Nacional no puede desentenderse de las obligaciones que derivan de su cumplimiento bajo pretexto de la inactividad de otras entidades públicas o privadas (provincias, municipios, obras sociales, empresas de medicina prepaga).

Aun más en tanto todas ellas participan de un mismo sistema nacional de salud,⁷⁹ es el Estado Nacional el encargado de velar por el fiel cumplimiento de los derechos constitucionales y los compromisos internacionales asumidos. A su vez, la Corte advirtió que en el Programa Médico Obligatorio vigente en ese momento, 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*.⁸⁰ Asimismo remarcó que Orlando contaba también con la protección que le brindaban 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.⁸¹ El Estado Nacional debe satisfacer este derecho como *garante*, más allá de que las provincias, tanto por la

⁷⁷ CSJN, “Campodónico de Beviacqua, Ana Carina c/ Ministerio de Salud y Acción Social” Fallos 323:3229, sentencia del 24/10/2000, y su progenie.

⁷⁸ CSJN, “Orlando, Susana Beatriz c/ Provincia de Buenos Aires y otros s/ amparo”, sentencia del 24/05/2005 y citas de fallos: Policlínica Privada de Medicina y Cirugía S.A. c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires Fallos 321:1684, Asociación Benghalensis y otros c/ Ministerio de Salud y Acción Social - Estado Nacional s/ amparo Fallos 323:1339, Campodónico de Beviacqua, Ana Carina c/ Ministerio de Salud y Acción Social Fallos 323; 3229, Monteserin, Marcelino c/ Estado Nacional Fallos 324:3569 y Asociación de Esclerosis Múltiple de Salta c/ Ministerio de Salud Fallos 326:4931.

⁷⁹ En este punto se refiere a las leyes 23.661 y 23.660. Ver: “Las obligaciones del Estado que surgen del derecho a la salud”.

⁸⁰ CSJN, 18/12/2003. La cita de esta reglamentación (resolución 1/01 del Ministerio de Salud que aprueba modificaciones a su similar 939/00) sin mayores precisiones no parece ser del todo acertada. Esta reglamentación del PMO dejaba al desamparo a quienes padecían de esclerosis múltiple y no habían tenido más de los brotes necesarios para obtener la cobertura total de medicamentos. En "Asociación Esclerosis Múltiple de Salta", la Corte (voto de los jueces Belluscio, Petracchi, Boggiano y Vázquez; Fayt, en disidencia y Zaffaroni en disidencia parcial), declaró la arbitrariedad de esa reglamentación del PMO. 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%. Al reglamentar la norma, el Ministerio 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. La Corte consideró que si el tratamiento era el indicado o no correspondía al juicio de los médicos en cada caso particular y que no era una razón de peso suficiente para excluir *en general* la cobertura del 100 % de los medicamentos necesarios para tratar la esclerosis múltiples para pacientes con dos o más brotes en los últimos años.

⁸¹ 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. En el ámbito provincial, la ley 10.592 establece un régimen jurídico básico e integral para las personas con discapacidad Ver: “Las obligaciones del Estado que surgen del derecho a la salud”.

Constitución Nacional como por las constituciones provinciales, *también estén obligadas* a brindar tratamiento médico a aquéllos que lo necesitan.

Este caso pone nuevamente de manifiesto la tensión que se genera entre el Estado provincial y el nacional cuando alguna de las provincias no cumple con las obligaciones que surgen del derecho a la salud. Este incumplimiento de la provincia no desliga, a su vez, de las obligaciones asumidas por el Estado Nacional. Al hacerlo, la Corte afirmó que estos argumentos equivalían a convertir a estos derechos en afirmaciones programáticas carentes de efectividad en la práctica.

4.2. La Nación debe otorgar el tratamiento cuando la mutual está en concurso preventivo: “Floreancing”⁸²

El niño H., L. E. A padecía fibrosis quística (mucoviscidosis) que requería un tratamiento médico regular y poseía el certificado que lo acreditaba como una persona con discapacidad.⁸³ Estaba afiliado en condición de beneficiario adherente a la Asistencia Mutual Integral (A.M.I.) de la Asociación Mutual Supervisores Ferroviarios. Sin embargo, dicha entidad no le brindaba la cobertura del tratamiento médico requerido porque se encontraba en concurso preventivo de acreedores. A su vez, su familia carecía de los recursos económicos para afrontar el tratamiento.

Sus padres, Andrea C. Floreancing y Cristián A. Heyla, iniciaron una acción de amparo contra el Estado Nacional, a fin de que en su carácter de garante subsidiario de la salud del niño le otorgue la debida cobertura, dada la omisión por parte de la mutual a la que estaba afiliado.⁸⁴ El Estado Nacional, por su parte, opuso como defensas que los padres no habían realizado gestión alguna en sede de la administración nacional, por lo que no mediaba incumplimiento concreto de su parte. Agregó que con la eventual condena al Estado Nacional, se liberaría de responsabilidad sin fundamento a los obligados directos, la mutual y las autoridades de provincia.

En “**Floreancing**”, la Corte (voto de los jueces Petracchi, Highton de Nolasco, Fayt, Maqueda, Zaffaroni y Lorenzetti; Argibay en disidencia)⁸⁵, concedió la acción de amparo. Así ordenó al Estado Nacional hacerse cargo del tratamiento requerido para la enfermedad del niño. Consideró que cuando la falta de prestación del tratamiento (en este caso por parte de la mutual en concurso) implica un riesgo serio para la salud, presupuesto del derecho a la vida, la obligación de la autoridad pública nacional es impostergable. Y ese deber urgente requiere también garantizar ese derecho con acciones positivas.⁸⁶

⁸² CSJN, “Floreancing, Andrea C. y otro por sí y en representación de su hijo menor H., L. E. c/ Estado Nacional”, Fallos: 329:2552, sentencia del 11/07/2006.

⁸³ Según la ley 24.901 sobre protección integral de las personas con discapacidad.

⁸⁴ El juez de primera instancia no hizo lugar a la acción de amparo. La Cámara Federal de Apelaciones de Paraná revocó la sentencia del juez y concedió el amparo.

⁸⁵ Entendió que el recurso interpuesto por el Estado nacional era inadmisibles (art. 280 CPCC). En la práctica significa que queda sin modificaciones la sentencia de la cámara, en este caso la que concedió la acción de amparo condenando al Estado nacional a hacerse cargo de la cobertura del tratamiento.

⁸⁶ CSJN, “Orlando, Susana Beatriz c/ Provincia de Buenos Aires y otros s/ amparo”, sentencia del 24/05/2005 y citas de fallos: Policlínica Privada de Medicina y Cirugía S.A. c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires Fallos: 321:1684; Asociación Benghalensis y otros c/ Ministerio de Salud y Acción Social - Estado Nacional s/ amparo Fallos: 323:1339; Campodónico de Beviacqua, Ana Carina c/ Ministerio de

Reiteró⁸⁷ que el Estado Nacional no puede desentenderse tan fácilmente de las obligaciones que derivan del cumplimiento del derecho a la salud bajo pretexto de la inactividad de otras entidades públicas o privadas (provincias, municipios, obras sociales o empresas de medicina prepaga), y esto se enfatizaba en este caso ya que la mutual se encontraba en concurso preventivo. Máxime cuando todas ellas participan de un mismo sistema sanitario, siendo el Estado Nacional el encargado de velar por el cumplimiento de los derechos constitucionales y los compromisos internacionales asumidos. La Corte tomó en consideración que se trataba de la salud de un niño con una discapacidad. Así recordó que la ley 24.901 ha creado un sistema de prestaciones básicas "de atención integral a favor de las personas con discapacidad", que ha dejado a cargo de las obras sociales comprendidas en la ley 23.660 la obligatoriedad de su cobertura.⁸⁸

Este fallo muestra que el derecho a la salud de un grupo sumamente vulnerable,⁸⁹ los niños con discapacidad, no sólo implica la instrumentación de prestaciones positivas por parte de las obras sociales, sino que también presupone un sistema eficaz de coordinación, control y fiscalización del cumplimiento de dichos deberes. En caso de que el funcionamiento del sistema falle, estas insuficiencias no pueden recaer sobre las espaldas de los afiliados al sistema. Así, la existencia de una obra social o mutual que deba cumplir con el Programa Médico Obligatorio⁹⁰ no puede redundar en perjuicio de la afiliada y menos aún del niño. Si se aceptara el criterio del Estado Nacional, que pretendía justificar la interrupción de su asistencia en razón de las obligaciones puestas a cargo de la mutual y las autoridades locales, se establecería un supuesto de discriminación frente a aquellos que sí están recibiendo atención médica a través del sistema público o privado de salud.⁹¹ Esto develaría la violación de los compromisos asumidos en el cuidado de la salud por el Estado Nacional.

Salud y Acción Social Fallos: 323; 3229; Monteserin, Marcelino c/ Estado Nacional Fallos: 324:3569 y Asociación de Esclerosis Múltiple de Salta c/ Ministerio de Salud Fallos: 326:4931.

⁸⁷ Esta jurisprudencia se inicia en "Policlínica" Fallos: 321:1684, se precisa en "Campodónico" Fallos: 323:3229, y se reitera en "Monteserin", CSJ, 16/10/2001, Fallos: 324:3527; "Orlando", CSJ, 04/04/2002, Fallos: 325:519; "Neira", CSJ, 21/8/2003, Fallos: 326:2906; "Martín", CSJ, 8/6/2004, Fallos: 327:2291; "Díaz Brígida" Fallos: 326: 970, "Sánchez Norma" (CSJ, 8/6/04), entre otros.

⁸⁸ "Orlando", "Campodónico", "Sánchez", "Passero", entre otros.

⁸⁹ De acuerdo con el artículo 75, inciso 23 de la Constitución Nacional., el Congreso debe instrumentar medidas de acción positiva para que los niños y las personas con discapacidad, entre otros, puedan ejercer sus derechos con igualdad real de oportunidades.

⁹⁰ Se refiere al PMO aprobado por resolución 247/96, MS y AS.

⁹¹ Esta doctrina surge del caso "Sánchez, Norma" (CSJN, "Sánchez, Norma R. c/ Estado Nacional y otro" Fallos: 328:4641, sentencia del 20/12/2005). La actora, que padecía una enfermedad de columna vertebral, había solicitado que se les ordene a la Provincia de Buenos Aires y al Estado Nacional poner los medios, elementos y fondos necesarios para realizarse una intervención quirúrgica prescripta por profesionales del Hospital a fin de evitar una inminente parálisis permanente e irreversible de miembros inferiores y esfínteres, así como para realizar el proceso de rehabilitación sobreviviente. Alegó no poseer obra social ni prepaga. En el transcurso del proceso y como consecuencia del dictado de una medida cautelar, fue intervenida quirúrgicamente y le fue colocada la prótesis, por lo que la demanda fue declarada abstracta en lo que se refiere a la entrega de los elementos necesarios para la intervención quirúrgica. Sin embargo, luego de considerar que "las obligaciones emergentes del marco normativo examinado imponen a las autoridades locales el deber de articular un mecanismo eficaz para encauzar la entrega de los medicamentos que le fueran recetados a la actora como consecuencia de su enfermedad psiquiátrica, sin que ello implique desconocer el deber de coordinación con el Estado Nacional", la Corte ordenó a la Provincia de Buenos Aires –que en el marco de la causa se había comprometido a hacerlo– que suministre los medicamentos necesarios para su tratamiento psiquiátrico.

En suma, la Corte falló a favor del niño argumentando que el Estado Nacional debía brindar la cobertura médica que requería su salud, aún cuando pudiera con posterioridad y por otra vía recuperar los costos de quien resultaba obligado a afrontarlos, es decir, de la mutual y/o de los organismos provinciales.⁹²

4.3. Pedido de medicamentos oncológicos: “Defensor del Pueblo c/ Provincia de Buenos Aires.”⁹³

F. H. padecía una enfermedad oncológica denominada mal de *Hodgkin* y estaba siendo atendido con quimioterapia en el Hospital de Vicente López, provincia de Buenos Aires. Sin embargo, la continuidad del tratamiento se dificultó por la falta de entrega de los medicamentos requeridos a tales fines. F. H. carecía de cobertura médica privada, obra social o recursos suficientes para adquirir las drogas por algún otro medio. Ante esa situación, C. L., su madre, acudió ante el Defensor del Pueblo de la Nación, quien de inmediato pidió informes a la Directora de Políticas del Medicamento del Ministerio de Salud de la Provincia de Buenos Aires. Según la encargada de dicha repartición ya se había iniciado el trámite para su adquisición y las medicinas estarían disponibles a los quince días siguientes. El plazo venció y F. H. continuaba sin recibir su tratamiento.

⁹² Reitera jurisprudencia "Campodónico" y la aplica también en "Passero". Graciela Noemí Passero de Barrera inició una acción de amparo como curadora de su hija mayor de edad, Mariana Soledad Barrera, que quedó totalmente incapacitada a raíz de un accidente automovilístico. Solicitó al Estado Nacional que adoptara las medidas necesarias para la prestación del servicio médico asistencial integral que exigía la situación de su hija. La Provincia de Santa Fe fue citada como tercero por haberse adherido al programa marco del Sistema Único de Prestaciones Básicas para Personas con Discapacidad. El juez de primera instancia hizo lugar al amparo y ordenó al Estado Nacional que garantizara la cobertura total y completa y controlara la continuidad y permanencia en la prestación del tratamiento de rehabilitación en internación domiciliaria a través del Programa Federal de Salud (PROFE). Asimismo, ordenó que se cumplimentara con el suministro de los servicios médicos y toda otra prestación médica necesaria. La Cámara confirmó la sentencia al considerar que es el Estado Nacional quien tiene la impostergable obligación de garantizar con acciones positivas el derecho a la preservación de la salud. El Estado Nacional interpuso un recurso extraordinario aduciendo que es la Provincia de Santa Fe la primera obligada al cumplimiento y no el Estado Nacional (artículo 8 ley 24.901). En este caso no se discutía la necesidad de atención médica integral que tenía Mariana Barreira, sino que el problema radicaba en determinar quién debía hacerse cargo de los costos de esa atención: la provincia o el Estado nacional. La Corte (voto de los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco, Fayt, Petracchi, Maqueda, Zaffaroni y Argibay, según su voto) condenó al Estado Nacional a garantizar la cobertura médica requerida. Sostuvo que a él corresponde velar por el fiel cumplimiento de los tratamientos requeridos, dada la función rectora que le atribuye la legislación nacional y las facultades que debe ejercer para coordinar e integrar sus acciones con las autoridades provinciales y diferentes organismos que conforman el sistema sanitario del país a fin de lograr la plena realización del derecho a la salud. Asimismo, reiteró que lo dispuesto en los tratados internacionales que tienen jerarquía constitucional reafirma el derecho a la preservación de la salud y destaca la obligación impostergable de la autoridad pública de garantizar ese derecho con acciones positivas, sin perjuicio de las obligaciones que deben asumir en su cumplimiento las jurisdicciones locales, las obras sociales o las entidades de la llamada medicina prepaga. CSJN, “Passero de Barrera, Graciela Noemí c/Estado Nacional s/amparo”, sentencia del 18/09/2007.

⁹³ CSJN, “Defensor del Pueblo de la Nación c/ Provincia de Buenos Aires y otro”, sentencia del 24/04/2007.

Según dichos de las autoridades provinciales, la provisión de las drogas no se había concretado debido a un error administrativo.

El Defensor del Pueblo entendió que ese accionar errático develaba que la Provincia no poseía dichos remedios oncológicos. Y, sin embargo, sus responsables no parecían querer reconocer esa carencia, ya que tampoco entregaban la documentación en la que constara la falta de suministro. Por tal motivo, inició directamente ante la Corte Suprema un amparo colectivo contra la Provincia de Buenos Aires y el Estado Nacional (Ministerio de Salud). La acción tenía por objeto que dichos estados adoptaran las medidas necesarias para garantizar a todos los habitantes de la provincia que padecían la enfermedad de Hodgkin, el suministro de los medicamentos para su tratamiento, tanto en sus cantidades necesarias como también en los períodos que corresponden a su ingesta. Este caso fue presentado como un amparo de incidencia colectiva ya que la falta de entrega de medicamentos era generalizada.⁹⁴

Con el propósito de encontrar una respuesta urgente al problema puntual de F. H., también solicitó que con carácter cautelar se le suministraran inmediatamente los medicamentos cuya denominación genérica es: adriamicina (50 mgrs/amp.2u.), bleomicina (15 mgrs/amp.2u.), vinblastina (10 mgrs/amp.2u.) y dacarbazina (200 mgrs/amp.8u). F. H. adhirió al amparo y en especial a la cautelar solicitada, dado el grave estado de su salud.

En "Defensor del Pueblo c/ Provincia de Buenos Aires", la Corte (voto de los jueces Highton de Nolasco, Petracchi, Maqueda y Argibay. No votaron Fayt y Zaffaroni) concedió la medida cautelar solicitada. Así ordenó a la Provincia de Buenos Aires que entregara a F. H., en el plazo de cinco días los medicamentos solicitados para continuar con su tratamiento. No extendió los efectos de la orden al Estado Nacional porque consideró que no surgían de los antecedentes del caso elementos que le permitieran conjeturar, a primera vista, un incumplimiento por parte de la Nación que afectara el derecho a la salud de F. H. En efecto, no surgía que el Defensor o F. H. hubieran realizado gestiones ante alguna dependencia de la órbita nacional para que se le entregaran los medicamentos faltantes. Pero la Corte sólo resolvió la medida cautelar y dos semanas después⁹⁵ se declaró incompetente para tratar el planteo de fondo en su instancia originaria. Aplicó el precedente "Rebull"⁹⁶ y ordenó que, para evitar dilaciones, se envíe directamente el expediente a la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires y que ésta decida cuál sería el tribunal que le corresponde resolver el planteo contra el Estado local. Además, con respecto a la acción seguida contra el Estado Nacional, ordenó que se envíe otra copia a la Justicia Federal.⁹⁷

La gravedad de la enfermedad de F. H. y la urgencia con la que se requería la continuación del tratamiento fueron circunstancias valoradas por la Corte –aunque en forma sucinta– para ordenar preventivamente la entrega de los medicamentos. La interrupción de la quimioterapia podría haber tenido consecuencias irreversibles para su vida. Este caso se inscribe en la línea de decisiones en las que la Corte, pese a declararse

⁹⁴Ver capítulo 2, sobre Acceso a la Justicia.

⁹⁵ El 8 de mayo de 2007, la Corte dictó otra sentencia en ese mismo expediente por el cual se declaró incompetente para entender sobre el planteo de fondo. Y remitió el expediente a los tribunales inferiores.

⁹⁶ Ver acápite 3.4

⁹⁷ La Corte le requirió a la parte que inició la demanda que le indique cuál era la jurisdicción correspondiente de la Justicia Federal a la que correspondía remitirle las copias certificadas del expediente.

incompetente en instancia originaria, concede aquellas medidas cautelares urgentes para proteger el derecho a la salud. En especial, la cautelar parece indiscutible cuando las consecuencias de su no otorgamiento pondrían en serio riesgo la vida de las personas.

El Defensor del Pueblo presentó el amparo directamente en la Corte y no ante un tribunal de instancia inferior. Adoptó esta estrategia a pesar de que muy probablemente conocía de antemano que de acuerdo con la nueva jurisprudencia de la Corte este tribunal se declararía incompetente y enviaría al caso a primera instancia. Sin embargo, su táctica demostró ser efectiva: frente al riesgo de muerte que corría F. H., aseguró la concesión de la medida cautelar, y quedó en un segundo plano que luego la Corte se declarara incompetente para entender por la vía originaria.

4.4. Reclamo de medicamentos para una persona carenciada: “López”⁹⁸

Miguel Enrique Ricardo López padecía una enfermedad que le impedía desarrollar tareas productivas. No contaba con cobertura de obra social⁹⁹ ni medicina prepaga, ni tenía los medios suficientes para solventar de manera privada su tratamiento. Por ello, inició una serie de trámites ante el Ministerio de Salud y Desarrollo Social de la Nación y ante las autoridades de la Provincia de Buenos Aires, para que se le entregaran los medicamentos prescriptos.

Como no obtuvo una respuesta satisfactoria¹⁰⁰, López inició un amparo contra el Estado Nacional (Ministerio de Salud y Desarrollo Social de la Nación) y la Provincia de Buenos Aires. La acción tenía por objeto que dichos organismos le proveyeran las medicinas que él requería. Como medida cautelar, a su vez, solicitó la entrega de: Deltisona B 40, Dionina, Neuryl 2, Equilibrane 20, Salbutamol y Neumotex Bronquial. El juez de primera instancia se declaró incompetente y remitió el caso a la Corte.

En "López", la Corte (con voto de los jueces Petracchi, Belluscio, Fayt, Boggiano y Maqueda, Lorenzetti en disidencia parcial y Highton de Nolasco en disidencia parcial) concedió la medida cautelar solicitada y condenó al Estado Nacional a entregar aquellos medicamentos en el plazo de cinco días.¹⁰¹ Pero, a la vez, decidió que no era competente en la instancia originaria, es decir sin que antes interviniera un tribunal inferior para resolver el planteo del actor en este amparo.¹⁰² Dijo que el reclamo administrativo sólo había sido dirigido contra el Estado Nacional. Si bien el actor había realizado gestiones ante la Provincia, la Corte consideró que éstas no habían sido efectuadas por las vías y ante la autoridad pertinente y, por lo tanto, ésta no estaba en falta.¹⁰³ Por ello, decidió que

⁹⁸ CSJN, “López, Miguel Enrique Ricardo c/ Provincia de Buenos Aires y otro”, sentencia del 15/3/2005.

⁹⁹ La Corte advierte que de la prueba documental agregada al expediente, L. M. E. R. fue atendido en la Clínica Ricardo Gutiérrez como afiliado a la obra social "OSPRERA". Sin embargo, este hecho no cambió la decisión tomada por la Corte en su posición mayoritaria.

¹⁰⁰ Sobre la falta de una descripción completa de los antecedentes de las causas ver capítulo I, acápite 1.4.

¹⁰¹ Respecto de este punto surge la disidencia parcial del juez Lorenzetti. Cita, aunque sin evaluar, que López fue atendido en la Clínica Ricardo Gutiérrez como afiliado a la obra social "OSPRERA". No se pronunció sobre la cautelar solicitada. Por lo demás, coincide con la mayoría respecto de la cuestión de falta de competencia de la Corte para entender por la instancia originaria.

¹⁰² Ver capítulo 1, Reformas institucionales y la Corte en números, acápite 1.2.

¹⁰³ En relación con este punto surge la disidencia parcial de la jueza Highton de Nolasco. Entiende que la causa debe tramitar por la instancia originaria. Por lo que interpretamos que tomó por pertinentes las vías y la autoridad provinciales antes las que López efectuó el reclamo sin haber obtenido una respuesta satisfactoria. En cuanto a los fundamentos remite al dictamen del Procurador General que, a su vez, remite

el caso debía volver al juzgado de primera instancia Nacional en lo Civil y Comercial Federal, en el que había sido originalmente iniciado.¹⁰⁴

Nuevamente¹⁰⁵, la Corte condena, respecto de la cautelar, sólo al Estado Nacional, dado que López sólo demostró haber reclamado por los medicamentos ante el Ministerio de Salud y Desarrollo Social de la Nación. En cambio, no falló contra la Provincia de Buenos Aires porque consideró que el reclamo realizado por el actor "no se efectuó por las vías y ante la autoridad pertinente". En este punto la sentencia de la Corte no es autosuficiente porque omite describir cuáles fueron esas vías y por qué habría que tomarlas por impertinentes.

Desde un punto de vista meramente técnico, no haber admitido su intervención originaria para resolver el fondo de planteo de López sería correcto dado que, tal como evalúa los hechos –aunque no los describa en forma autosuficiente en la sentencia– no concurrirían los requisitos constitucionales y legales para ello.¹⁰⁶ La Corte se pronunció con acierto sobre la media cautelar solicitada. Esta posición es coherente con otros casos en los que el máximo tribunal, pese a declararse incompetente para resolver la cuestión en su instancia originaria, desde una posición sensible a la protección de los derechos concedió aquellas medidas cautelares que consideró urgentes para la salud de las personas que la requerían.¹⁰⁷

4.5. Cobertura médica para un niño con Síndrome de Down: “Agüero”¹⁰⁸

El niño P, V. D., padecía Síndrome de Down. Entre 1997 y 2005 asistió como alumno al Instituto "El Taller", donde logró un desarrollo favorable.¹⁰⁹ P, V. D. era beneficiario de la Obra Social del Instituto de Previsión y Seguridad Social de Tucumán. Sin embargo, según sus padres, este organismo no otorgaba ningún tipo de cobertura respecto de las prestaciones que requería en atención a su discapacidad. Antes de iniciar la acción, ellos realizaron un pedido de cobertura al Estado Nacional y a la Provincia de Tucumán. Esta última no le negó la prestación, sino que le indicó cuáles eran las reparticiones a las que debía dirigir su solicitud.

a lo decidido en el caso "Orlando, Susana Beatriz c/ Buenos Aires, Provincia de y otros s/amparo". Este último caso es anterior al caso "Rebull" que produce el cambio de criterio respecto de la competencia originaria en materia de salud (ver acápite 3.4). Por lo demás, esta cadena de remisiones sin descripción autosuficiente de los hechos tampoco permite evaluar la pertinencia del reclamo realizado ante las autoridades provinciales.

¹⁰⁴ Acerca de la acumulación subjetiva de pretensiones, ver: acápite 3.4. del capítulo 1.

¹⁰⁵ En el caso “Agüero” la Corte decidió en el mismo sentido, esto es, si no se reclama ante determinado organismo, después este no puede ser condenado.

¹⁰⁶ En este punto "López" sigue la línea de lo sostenido en "Urbán". La Corte se declara incompetente porque faltan elementos de juicio que le permitan evaluar si se están demandando en forma conjunta a la Nación y a la Provincia. En Urbán faltaba el reclamo ante la Nación, en "López" ante la Provincia. En este sentido, "López" no es aplicación del cambio de jurisprudencia que se produce en el caso "Rebull". (Ver acápite 3.4 y Ver capítulo 1, acápite 1.2., bajo el subtítulo “Restricción de la competencia originaria de la Corte”).

¹⁰⁷ Esto es lo que sucedió en los casos: “Defensor del Pueblo c/Provincia de Buenos Aires” y “Lopez”.

¹⁰⁸ CSJN, “Agüero, Maria Magdalena y otro c/ Provincia de Tucumán y otros s/ acción de amparo”, Fallos: 328:4303, sentencia del 07/12/2005.

¹⁰⁹ En 2005 el niño dejó de ser becado pero en el caso no se informa la razón.

Con estos antecedentes, los padres iniciaron directamente ante la Corte Suprema una acción de amparo contra la Obra Social del Instituto de Previsión y Seguridad Social de Tucumán (I.P.S.S.T.), el Estado Nacional (Consejo Nacional de Coordinación de Políticas Sociales, Comisión Nacional Asesora para la integración de Personas Discapacitadas, Servicio Nacional de Rehabilitación y Promoción de la Persona con Discapacidad) y la provincia de Tucumán (Ministerio de Salud y Secretaría General de Políticas Sociales). Solicitaron que se le reconociera el derecho a la cobertura total de las siguientes prestaciones: escolaridad primaria jornada simple, con colación diaria en el Instituto "El Taller" y transporte especial que traslade ida y vuelta al niño desde su domicilio hasta el lugar donde debe realizar su rehabilitación.¹¹⁰

En "Agüero", la Corte (voto de los jueces Petracchi, Highton de Nolasco, Fayt, Maqueda y Argibay) rechazó el amparo. Argumentó que los padres del niño no habían presentado ninguna documentación que acreditase que la obra social codemandada no otorgaba el tipo de prestaciones que pretendían para la atención de la discapacidad de su hijo. Asimismo, sostuvo que la responsabilidad del Estado Nacional y de la Provincia de Tucumán es subsidiaria respecto a la responsabilidad de la obra social y está condicionada a la falta de respuesta favorable de este última.

Por otro lado, la Corte entendió que tampoco se encontraba acreditada la negativa de la Provincia a hacerse cargo de las prestaciones. Cuando el Estado local recibió el pedido efectuado por los padres del menor de edad, les informó que la atención, implementación, ejecución y supervisión del programa de Políticas Sociales Comunitarias se encomendó a la Secretaría General de Políticas Sociales, por lo que las gestiones vinculadas con el otorgamiento debían canalizarse a través de ella. Agregó que en cuanto al pedido de transporte debía ser efectuado ante la Dirección de Transporte de la provincia. Concluyó, entonces, que estas manifestaciones no implicaban un rechazo definitivo de la petición. No cancelaban pues la posibilidad de solicitar un pronunciamiento expreso sobre su reclamo para el caso de que la respuesta o el silencio, pudieran ser calificados como arbitrarios o manifiestamente ilegales.¹¹¹

La Corte no analizó (ni negó) si el niño tenía derecho a recibir todas las prestaciones que los padres reclamaban, ya que no habían acreditado mínimamente que la obra social se hubiese negado a otorgarles lo que necesitaba. Hasta tanto eso no estuviese demostrado ni el Estado nacional ni el provincial podían ser responsabilizados y, por lo tanto, obligados a satisfacer su pedido.

5. El derecho a la salud y las obligaciones de las obras sociales y empresas de medicina prepaga

La organización del sistema de salud es mixto y, esquemáticamente, puede presentarse dividido en tres subsectores: el estatal, el de la seguridad social y el privado. Si bien interactúan entre sí, conforman ámbitos relativamente independientes que responden a lógicas propias en las que intervienen tanto el Estado como las leyes del

¹¹⁰ Justificaron su petición en las leyes 24.754 y 24.901; resolución M.S. 939/2000; los artículos. 42 de la Constitución Nacional, 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y 25, inciso 1°, de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

¹¹¹ art. 3 Ley 16.986 (transcribir).

mercado. En la práctica, esto genera una desigual asignación y disponibilidad de recursos y grandes diferencias en la cantidad y calidad de las prestaciones que reciben los beneficiarios o afiliados de unos y otros. En otras palabras, implica que amplios sectores de la población carezcan de servicios adecuados y suficientes mientras otros gozan de niveles aceptables y hasta de excelencia.¹¹²

El subsector estatal está compuesto por establecimientos nacionales, provinciales y municipales. Tiene a su cargo la atención de la salud de aproximadamente el 48% de la población que no puede acceder a los otros dos subsistemas. En definitiva, es el que recibe la mayor cantidad de demandas y el que sufre las mayores carencias.¹¹³

En segundo lugar, la red de obras sociales nacionales está conformada por 276 entidades de distinta naturaleza jurídica, todas reguladas por la Superintendencia de Servicios de Salud.¹¹⁴ A nivel provincial, se estructura un sistema de obra social propio con funciones y características particulares definidas normativamente en cada provincia.¹¹⁵ Sus beneficiarios son empleados en relación de dependencia debidamente registrados (y sus grupos familiares primarios), ya sea en el ámbito privado o en el sector público; los jubilados y pensionados nacionales; los empleados del gobierno de la ciudad de Buenos Aires y los beneficiarios de prestaciones no contributivas nacionales. En el primer trimestre de 2007, un 55,7% de la población estaba afiliada a alguna obra social.¹¹⁶

Por último, el sistema de medicina prepaga brinda la mejor cobertura a cambio del pago de una cuota mensual. Según la Asociación de Entidades de Medicina Prepaga cuenta con 3,5 millones de afiliados, y sus miembros pertenecen a los sectores de mayor poder adquisitivo de la población. Por ley estas empresas están obligadas a otorgar, como mínimo, las mismas prestaciones que se les exigen a las obras sociales.¹¹⁷ Dado que este régimen carece de regulación legal específica, los contratos (entre los afiliados y la compañía de salud) se rigen por el Código Civil, las normas generales de salud y la Ley de Defensa del Consumidor.¹¹⁸

Tal como está estructurado y en la práctica funciona, el sistema de salud no garantiza el acceso adecuado a las prestaciones mínimas, y la política sanitaria se caracteriza por una creciente inequidad. En los últimos tiempos se produjo una transformación de la

¹¹² Ver al respecto: Boletín Oficial, año CXII, número 30.747. Buenos Aires, 27 de septiembre de 2005.

¹¹³ Ver al respecto: Boletín Oficial, año CXII, número 30.747. Buenos Aires, 27 de septiembre de 2005.

¹¹⁴ Este es un organismo estatal de derecho público que funciona en el ámbito del Ministerio de Salud. Ver al respecto “Bases del Plan Federal de Salud” 2004 [http://www.remediar.gov.ar/ACM-Remediar47.nsf/899467b6142c4806832568e4005c02a3/f9010d4200cc8cd80325728800548ae1/\\$FILE/ATTK4M09/PFS.pdf](http://www.remediar.gov.ar/ACM-Remediar47.nsf/899467b6142c4806832568e4005c02a3/f9010d4200cc8cd80325728800548ae1/$FILE/ATTK4M09/PFS.pdf).

¹¹⁵ Según el Ministerio de Salud, es posible identificar un denominador común en todas las obras sociales provinciales: su situación de precariedad financiera. Al ser financiadas con fondos provenientes del tesoro provincial, la economía de estas instituciones sigue la suerte de las cuentas locales. Esta situación no les permite a las obras sociales provinciales hacer frente a sus obligaciones adecuadamente ni elaborar programas y proyecciones a futuro. Ver al respecto: “Bases del Plan Federal de Salud” 2004, [http://www.remediar.gov.ar/ACM-Remediar47.nsf/899467b6142c4806832568e4005c02a3/f9010d4200cc8cd80325728800548ae1/\\$FILE/ATTK4M09/PFS.pdf](http://www.remediar.gov.ar/ACM-Remediar47.nsf/899467b6142c4806832568e4005c02a3/f9010d4200cc8cd80325728800548ae1/$FILE/ATTK4M09/PFS.pdf).

¹¹⁶ Ver al respecto: “Quién atiende la salud de los argentinos”, 27/01/2008, Tendencias Plus, <http://www.tendenciasplus.com/contenidos/ver/504>.

¹¹⁷ Ley 24.754 (sancionada: 28 de noviembre de 1996, promulgada el 2 de enero de 1997).

¹¹⁸ Ley N° 24.240 (sancionada el 22 de septiembre de 1993, promulgada parcialmente el 13 de octubre de 1993) y modificatorias. Ver capítulo Usuarios y Consumidores.

concepción de salud: dejó de ser un derecho universal cuyo cumplimiento estaba en manos del Estado y se convirtió en un bien más que se comercializa en el mercado al que acceden las personas que pueden adquirirlo.¹¹⁹ En definitiva, este sistema refuerza la situación de desigualdad y exclusión en tanto quienes más lo necesitan carecen de suficiente acceso a la prevención y tratamiento para proteger su salud.

5.1. Medicamentos gratuitos para los jubilados: “Reynoso”¹²⁰ “Papa”¹²¹ y “Párraga”¹²²

Una mujer de 75 años, diabética y discapacitada,¹²³ interpuso una acción de amparo contra el Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados (I.N.S.S.J.P.)¹²⁴ a fin de que le provea el medicamento Ampliactil, cintas reactivas, jeringas y pañales descartables que resultan indispensables para el tratamiento de su enfermedad.¹²⁵ Alegó que no tiene ninguna posibilidad de acceso a dichos fármacos e insumos, debido a sus escasos ingresos.¹²⁶

Inició un amparo y en las instancias inferiores le reconocieron todos sus reclamos excepto la cobertura total del medicamento Ampliactil, por no corresponder de conformidad con el Programa Médico Obligatorio de Emergencia¹²⁷. Tampoco lo admitieron en relación con la provisión de pañales descartables, por no encontrarse vigente el “Programa de Provisión de Higiénicos Absorbentes Descartables”.¹²⁸ En esas condiciones, Reynoso interpuso un recurso extraordinario argumentando que la sentencia de Cámara desconocía normas constitucionales e internacionales, leyes locales y decretos del Poder Ejecutivo Nacional.

La Corte (voto de los jueces Petracchi, Highton de Nolasco, Fayt, Maqueda, Zaffaroni, Lorenzetti; Argibay, en disidencia parcial¹²⁹) resolvió que, dado que Reynoso era una persona anciana cuya enfermedad se encontraba en estado avanzado y no tenía posibilidad de acceder a los medicamentos e insumos, el I.N.S.S.J.P. debía

¹¹⁹ Ver al respecto: Boletín Oficial, año CXII, número 30.747. Buenos Aires, 27 de septiembre de 2005.

¹²⁰ CSJN, “Reynoso, Nilda Noemí c/ I.N.S.S.J.P. s/ amparo” Fallos: 329:1638, sentencia del 16/05/2006.

¹²¹ CSJN, “Papa, Estela Ángela c/ I.N.S.S.J. s/ amparo, sentencia del 16/05/2006.

¹²² CSJN, “Párraga, Alfredo c/ I.N.S.S.J. s/ amparo, sentencia del 16/05/2006.

¹²³ La diabetes es una enfermedad causada por el uso ineficiente de insulina por parte del cuerpo. De acuerdo con la Federación Internacional de Diabetes, esta enfermedad provoca unas 3,8 millones de muertes al año y afecta a alrededor del 5,9 por ciento de la población adulta mundial.

¹²⁴ Creado por la ley 19.032 (sancionada el 13/05/71 y publicada en el Boletín Oficial el 28/05/71).

¹²⁵ La actora argumentó necesitar Insulina Humana 100V en dos dosis diarias (más una jeringa para cada aplicación) y cintas reactivas para el control de la glucemia.

¹²⁶ Consisten en una mínima pensión de \$241,30 y la ayuda de su hija que sólo percibe \$150 del Programa Jefa de Hogar.

¹²⁷ El PMOE (Anexo I, punto 7.1 de la resolución 201/2002 del Ministerio de Salud) reconoce un porcentaje invariable para cualquier afiliado (40%), cualquiera sea su posibilidad de financiar el saldo (60%).

¹²⁸ Aprobado por resolución 235/2001. Manifestó que no se encontraba vigente por el estado de emergencia sanitaria nacional declarado por Decreto 486/02.

¹²⁹ Consideró que la situación de carencia económica del afiliado debe ser considerada a efectos de otorgar cobertura sanitaria, pero que cuando se trata de prestaciones que están fuera de la cobertura del I.N.S.S.J.P. (como los higiénicos descartables) no puede ordenarse que éste las cubra. En este sentido, sostuvo que el “Ampliactil” debía ser cubierto en un 100%, pero que no debían suministrársele higiénicos descartables por no estar alcanzados por la cobertura del I.N.S.S.J.P.

proporcionarlos.¹³⁰ Consideró que, si bien el Programa Médico Obligatorio de Emergencia sólo preveía la cobertura de un porcentaje del medicamento Ampliactil¹³¹ y no contemplaba la provisión de pañales descartables, éste debía interpretarse en armonía con lo establecido en el decreto de emergencia sanitaria nacional, según el cual aquella entidad debe asegurar a sus beneficiarios el acceso a las prestaciones médicas esenciales.¹³² También dijo que esta solución no implicaba la misma obligación respecto de otros afiliados en mejor situación económica.

Luego reiteró esta doctrina en otros dos casos con similares características: “Papa”¹³³ y “Parraga”¹³⁴. Sostuvo que tanto la señora Papa como el señor Parraga habían probado que no podían afrontar el costo de los medicamentos e insumos que necesitaban y que sus enfermedades se encontraban avanzadas. Por lo tanto, los remedios reclamados debían ser provistos en su totalidad.

Estos tres casos ponen de manifiesto la relevancia que la Corte le ha dado al derecho a la salud cuando se trata de enfermedades graves, cuando este derecho está íntimamente relacionado con el derecho a la vida y cuando los perjudicados pertenecen a grupos desaventajados. Reconoció que en estos casos correspondía dar un tratamiento especial a los afectados, que consistía en otorgar una cobertura total en lugar de la establecida en el régimen general de la INSSJP.

5.2. Derecho a conservar la obra social y a continuar con un tratamiento oncológico: “Fernández”¹³⁵

Silvia Cristina Fernández padecía una enfermedad que 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. Luego de concluida la relación laboral con el empleador que venía haciéndose

¹³⁰ Dijo que “los medicamentos le son absolutamente indispensables, así como los pañales descartables por carecer de autosuficiencia y como única forma de continuar con una vida mínimamente digna, dada su senilidad y la incontinencia que padece”.

¹³¹ Respecto de este medicamento, sostuvo que el I.N.S.S.J.P. tampoco había intentado demostrar la existencia de otros medicamentos alternativos o genéricos de menor costo e igual calidad que produzcan sus mismos efectos.

¹³² Decreto 486/2002 (dictado el 12/03/02 y publicado en el Boletín Oficial el 13/03/02). El artículo 1 inciso d) establece: “Declárese la Emergencia Sanitaria Nacional, hasta el 31 de diciembre de 2002, a efectos de garantizar a la población argentina el acceso a los bienes y servicios básicos para la conservación de la salud, con fundamento en las bases que seguidamente se especifican: (...) d) Asegurar a los beneficiarios del INSTITUTO NACIONAL DE SERVICIOS SOCIALES PARA JUBILADOS Y PENSIONADOS y del SISTEMA NACIONAL DEL SEGURO DE SALUD el acceso a las prestaciones médicas esenciales”.

¹³³ CSJN, “Papa, Estela Ángela c/ I.N.S.S.J y P s/ amparo”, sentencia del 16/05/2006. En este caso la Corte hizo lugar a una acción de amparo interpuesta por una persona que padece hipertensión arterial, hernia diafagnal, antecedentes de IAM, a fin de que el Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados le provea los medicamentos indispensables para el tratamiento de su enfermedad.

¹³⁴ CSJN, “Parraga, Alfredo c/ I.N.S.S.J y P (ex Pami) s/ amparo”, sentencia del 16/05/2006. Aquí, la Corte hizo lugar a una acción de amparo interpuesta por una persona que padece un trastorno mixto ansioso depresivo, pánico y agorafobia, a fin de que el Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados le provea los medicamentos indispensables para el tratamiento de su enfermedad.

¹³⁵ CSJN, “Fernández, Silvia Cristina c/ Obra Social de la Actividad de Seguros Reaseguros Capitalización y Ahorro”, sentencia del 20/12/2005.

cargo de su cuota social, manifestó su voluntad de mantener la afiliación pagando por su cuenta y en el mismo nivel la cuota correspondiente. También solicitaba que la Obra Social, en esas condiciones, mantuviera las prestaciones. Sin embargo, aquella entidad, amparándose en su supuesto derecho de admisión, decidió interrumpir la relación y dejó de brindarle servicios médicos.

En razón de ello, Fernández inició una acción judicial contra la obra social para que la aceptara como afiliada en las nuevas condiciones. Como medida cautelar requirió, a su vez, que la demandada mantuviera el tratamiento que ya venía recibiendo. En las instancias inferiores no admitieron su reclamo. La Cámara entendió que una vez concluido el período de asistencia,¹³⁶ la continuidad de una afiliación aparece, en principio, como facultativa tanto para el beneficiario como para la obra social que puede o no admitirla. Por ello, interpretó que no se advertía, a primera vista, que su derecho a la salud estuviera en riesgo.

En "Fernández", la Corte (voto de los jueces Petracchi, Highton de Nolasco, Fayt, Maqueda, Zaffaroni y Argibay según su voto) concedió la medida cautelar solicitada por la mujer. Le 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.

Si bien la Corte no resolvió la cuestión de fondo, esta decisión es coherente con otras en las que se discutía la continuación de la afiliación de una persona a una obra social como adherente voluntario, es decir mediante el pago de la correspondiente cuota mensual, aún después de finalizada la relación de empleo. En "Fernández" la Corte cita el precedente "V. W. J."¹³⁷ En este caso, había resuelto que la obra social, o en su caso la entidad de medicina prepaga¹³⁸ no puede arbitrariamente interrumpir la afiliación, si se trata a) de una afiliación prolongada, b) la persona sufre una dolencia crónica o enfermedad grave y c) el adherente ofrece mantener en el mismo nivel los pagos que venía recibiendo la obra social. En la práctica implicó que la persona podía seguir estando afiliada a la obra social aunque hubiese finalizado su relación laboral. Para la Corte es indiferente si el que paga la cuota mensual es el empleador o directamente el

¹³⁶ Cita el artículo 10 de la ley 23.660.

¹³⁷ CSJN, "V. W. J. c/ Obra Social de Empleados de Comercio y Actividades Civiles s/ sumarísimo", Fallos: 327:5373, sentencia del 2/12/2004. El actor en este caso, V. W. J. era portador de VIH-SIDA y trabajaba como empleado de comercio, por lo que estaba afiliado a la obra social OSECAC. Luego de siete años de haber trabajado en relación de dependencia, fue despedido por la empleadora. Ante esta situación, solicitó a OSECAC permanecer afiliado en calidad de adherente voluntario. La obra social se negó. La Corte fallo en favor de V. W. J. y a la obra social incorporarlo a su plan médico en calidad de adherente voluntario, ya que el derecho a la salud y a la no discriminación de V. W. J. habían sido violado por el actuar de la obra social.

¹³⁸ En el caso "V. W. J." la Corte aplica dos precedentes importantes referidos al derecho a la salud y las entidades de medicina prepaga: CSJN, "Etcheverry, Roberto Eduardo c/Omint Sociedad Anónima y Servicios", sentencia del 13/03/2001 y CSJN, "Hospital Británico, c/Estado Nacional", sentencia del 13/03/2001. Allí había sostenido que, una vez asegurado el pago de la cuota por el adherente, las entidades de salud veían satisfecha su ecuación económica-financiera, por lo que no podían negarse válidamente a prestar tratamiento médico a quienes lo solicitaran. La Corte también destacó entonces, y en "V. W. J.", que si bien esas entidades tienen rasgos comerciales, adquieren un compromiso con la salud pública y la vida e integridad de las personas que excede el marco comercial e ingresa en el terreno de la asistencia. Y que en este contexto, siempre debe privilegiarse la continuidad de la cobertura de quien es más débil.

adherente. En tanto se mantenga la contraprestación económica la obra social no puede interrumpir la afiliación basándose simplemente en la mera enunciación de su derecho a hacerlo. Así, ante la falta de una justificación válida por parte de la prestadora médica, concluyó que la negativa a incluir a V., W. J. como adherente estaba motivada únicamente en la voluntad de desentenderse del tratamiento de su dolencia.

5.3. El derecho a la salud y las obligaciones de las prepagas: “Cambio Perés de Nealón”¹³⁹

Pedro, un joven de veinte años, padecía parálisis cerebral (encefalopatía crónica no evolutiva) y requería de: las drogas Oxcarbacepina (Trileptal), 600 mg. y Omeprasec, 20 mg.; una silla de ruedas con arnés de tronco, apoya pies y sostén cefálico, con chasis ultraliviano y plegable; y 120 pañales descartables por mes. Desde 1993 contaba con el Certificado de Discapacidad.¹⁴⁰ Sus padres estaban afiliados a uno de los programas médicos de CEMIC, llamado “sistema cerrado”, que sólo cubría el 40% de los medicamentos indicados. En 2002 su familia comenzó a tener dificultades para afrontar la porción no cubierta de los gastos del tratamiento de su hijo, y solicitó a CEMIC que pasara a financiar el 100% de las prestaciones. El pedido fue fundado en la ley 24.754, y también se invocó la ley 24.901¹⁴¹ sobre protección integral de las personas con discapacidad.

El alcance de la cobertura a la que están obligadas las empresas de medicina prepaga está regulado, principalmente, por el contrato que los afiliados firman con esas empresas,, y también por un complejo sistema de normas. Entre ellas se destaca la ley 24.754¹⁴², que extendió a estas entidades las mismas obligaciones que tienen las obras sociales. Pero mientras que la lista de las prestaciones obligatorias de las obras sociales varía periódicamente debido a cambios normativos,¹⁴³ hay una fuerte discusión para establecer si esas modificaciones también se aplican a las prepagas o si, tal como ellas sostienen, su cobertura obligatoria quedó cristalizada a la vigente en 1996, cuando se sancionó la ley 24.754. También se discutía si la ley 24.901 abarca sólo a las obras sociales y al Estado, o si se extiende hasta incluir a las empresas de medicina prepaga.

¹³⁹ CSJN, “Cambio Perés de Nealón, Celia M.A y otros c/ Centro de Educación Médica e Investigaciones Médicas”, sentencia del 28/08/2007.

¹⁴⁰ Según artículo 3° de la ley 22.341.

¹⁴¹ Agregar los datos de la ley. Esta ley establece el Sistema de Prestaciones Básicas en Habilitación y Rehabilitación Integral a favor de las Personas con Discapacidad.

¹⁴² Ley 24.754, promulgada de hecho el 23/12/1996. El artículo. 1° establece: A partir del plazo de 90 días de promulgada la presente ley, las empresas o entidades que presten servicios de medicina prepaga deberán cubrir, como mínimo, en sus planes de cobertura médico-asistencial las mismas "prestaciones obligatorias" dispuestas para las obras sociales, conforme lo establecido por las leyes 23.660, 23.661 y 24.455, y sus respectivas reglamentaciones.

¹⁴³ El artículo 28 de la ley 23.661, al que se hace referencia en la 24.754, dispone que “los agentes del seguro deberán desarrollar un programa de prestaciones de salud, a cuyo efecto la ANSSAL establecerá y actualizará periódicamente, de acuerdo a lo normado por la Secretaría de Salud de la Nación, las prestaciones que deberán otorgarse obligatoriamente, dentro de las cuales deberán incluirse todas aquellas que requieran la rehabilitación de las personas discapacitadas. Asimismo, deberán asegurar la cobertura de medicamentos que las aludidas prestaciones requieran”.

Esto último fue lo que sostuvo CEMIC para negarse a otorgar el pedido de la familia de Pedro. Concedió que la ley 24.754 obligaba a las prepagas a incluir las prestaciones que *a la fecha de su sanción* estaban incluidas en el Programa Médico Obligatorio (PMO).¹⁴⁴ Sin embargo, advertía que la ley 24.901 de protección de personas con discapacidad no sólo era posterior al momento en que se definieron las prestaciones obligatorias de las empresas sino que no las incluía como sujetos obligados a prestar los servicios allí especificados. En dicha norma, según la visión de CEMIC, los únicos obligados eran el Estado y las obras sociales.¹⁴⁵ En definitiva, concluyó que respecto de las prepagas el PMO no comprendía la cobertura de ayuda técnica, pañales, ni gastos educativos, aunque sí el 40% de los medicamentos. En razón de ello, los padres de Pedro iniciaron una acción de amparo y obtuvieron una respuesta favorable en las dos instancias inferiores. Finalmente, el caso llegó a la Corte Suprema debido a la apelación de CEMIC.

En "Cambiaso Péres de Nealón", la Corte (con voto de los jueces Fayt; Petracchi, según su voto; Maqueda y Zaffaroni según su voto), decidió que las entidades de medicina prepaga *debían cubrir, como mínimo, las mismas prestaciones que resultaren obligatorias para las obras sociales*, es decir las que con carácter obligatorio *establezca y actualice* periódicamente la autoridad de aplicación.¹⁴⁶ Además, respecto de las personas con discapacidad, las prepagas debían hacerse cargo de todas las prestaciones que requiera su rehabilitación.¹⁴⁷ En la práctica, la decisión de la Corte implicó que CEMIC debía cubrir todos los medicamentos, los pañales y la silla de ruedas especial requerida para permitir la movilidad de Pedro.

La sentencia sostuvo que de la ley que extiende las obligaciones de las obras sociales a las entidades de medicina prepaga (24.754) surge *expresamente* que el Programa de Prestaciones Obligatorias "se actualizará periódicamente".¹⁴⁸ Así la ley advertía a las prepagas que el alcance de sus obligaciones provenientes de la ley podía ampliarse en el futuro.¹⁴⁹ Agregó que el objetivo del sistema de salud vigente¹⁵⁰ es "proveer al

¹⁴⁴ Según la Resolución 247/96 del Ministerio de Salud y Acción Social, del 17 de mayo de 1996.

¹⁴⁵ En los artículos 2 y 4 de la ley se señalan a las obras sociales y a los organismos del Estado, respectivamente, como los sujetos obligados a proporcionar la cobertura de las prestaciones. Posteriormente, con la sanción de la ley 25.683 se trató de incluir a las empresas de medicina prepaga entre los sujetos obligados por la ley 24.901. Sin embargo, esto no fue posible debido al veto presidencial. El argumento para vetar esta ley del Congreso fue que en la ley no se especificaban cómo se financiarían las prestaciones. El Congreso no insistió en su proyecto.

¹⁴⁶ Esto en ejercicio de la facultad que le confiere el artículo 28 de la ley 23.661, citado en nota 136.

¹⁴⁷ De acuerdo con el artículo 28 de la ley 23.661, anteriormente citado, "Los agentes del seguro deberán desarrollar un programa de prestaciones de salud, (...) dentro de las cuales deberán incluirse todas aquellas que requieran la rehabilitación de las personas discapacitadas".

¹⁴⁸ Ver nota 136

¹⁴⁹ Este argumento está también presente en: "CEMIC", 22/10/2004, Sala E Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, LL 05/11/2004: "Ahora bien, si la demandada acepta la aplicación de la ley 24.754 la que, como es sabido, determina que las entidades destinadas a prestar servicios de medicina prepaga tienen la obligación de cubrir las mismas prestaciones obligatorias dispuestas para las obras sociales, conforme lo establecido por las leyes 23.660 y 23.661, entre cuyas obligaciones se encuentra -a modo de una especie de seguro- la de brindar asistencia integral a las personas asociadas con discapacidad, no puede alegar que la ley 24.091 no le es aplicable, y ello por cuanto las prestaciones que reconoce el Programa Mínimo Obligatorio *no constituyen un elenco cerrado e insusceptible de ser modificado con el tiempo en beneficio de los afiliados, pues semejante interpretación importaría cristalizar en un momento histórico la evolución continua, incesante y natural que se produce en el ámbito de la medicina y en la noción de "calidad de vida", que es esencialmente cambiante.*" Cursiva agregada.

otorgamiento de prestaciones de salud igualitarias, integrales y humanizadas, tendientes a la promoción, protección, recuperación y rehabilitación de la salud, que respondan al mejor nivel de calidad disponible". Y la ley 24.901 sobre protección de las personas con discapacidad no introduce salvedad ni especificidad alguna que la separe del marco de la ley 24.754.

En su voto concurrente, Fayt y Maqueda ampliaron fundamentos y se refirieron también a la posición de debilidad contractual de la persona con discapacidad en el contrato de medicina prepaga. Recordaron que se trata de un contrato de adhesión en el que no se pueden negociar las cláusulas, y los adherentes se encuentran situados "*en una posición de subordinación estructural y urgente ciertamente de tutela*". Esta última circunstancia fue relevante para determinar la interpretación que *debía darse tanto a la ley sobre protección integral de la discapacidad como al contrato que vincula a las partes. Entre todos los sentidos posibles, se inclinaron por aquél que favorecía a la parte más débil en el contrato.*¹⁵¹

Por el contrario, las disidencias, con matices, sostuvieron que las entidades de medicina prepaga no estaban obligadas directamente por la ley 24.901 ni por su aplicación extensiva ni analógica. Highton de Nolasco y Argibay entendieron que la inclusión de los contratos privados de seguro médico en la ley 24.901 no formaba parte explícita ni implícita de la decisión legislativa, ya que esa ley no obligaba en forma explícita a las prepagas y sí lo hacía respecto de las obras sociales y el Estado. Agregaron que la extensión de prestaciones obligatorias realizada por la ley 24.754 se refería a otras tres leyes, pero no a la 24.901. Dijo la disidencia que no incluir estas prestaciones entre las obligaciones de las empresas de medicina prepaga era una decisión del Congreso, que debía presumirse seria y meditada, que tenía un fuerte impacto en el diseño del sistema de salud pública y que la Corte no tenía la información ni los elementos suficientes para interpretar que fuera desacertada.

En el otro voto disidente, Lorenzetti¹⁵² interpretó que era el Estado quien, en principio, debía hacerse cargo de las prestaciones solicitadas por el actor del amparo,¹⁵³ aunque no hubiera sido demandado en la causa. Sin embargo, al mismo tiempo, advirtió que Pedro no podía quedar sin las prestaciones reclamadas. Esa interrupción constituiría una amenaza cierta de daño inminente a su salud e integridad física. Por ello, durante el plazo mínimo de un año la empresa quedaba obligada a dar asistencia médica al paciente. Dicho plazo podría cesar antes si el Estado sustituía a la empresa en dicha prestación. Asimismo, los gastos derivados de la atención durante esta etapa de transición constituían un crédito de la prepaga contra el Estado que, eventualmente, podría recuperar por la vía pertinente.

La disidencia de Lorenzetti marca una posición intermedia pero de final parcialmente abierto, ya que sujeta su decisión a una condición que no puede estar seguro que ocurrirá en tiempo oportuno. Si el Estado no llega a sustituir a la empresa en la prestación en el

¹⁵⁰ Según el artículo 2 de la ley 23.661.

¹⁵¹ De conformidad con el artículo 42 de la Constitución Nacional y los artículos 3 y 37 de la ley 24.240 de Defensa del Consumidor. Con cita de Fallos: 324:677. Ver capítulo Usuarios y Consumidores.

¹⁵² Planteó la cuestión como un conflicto entre a) el derecho del joven con discapacidad, P., a gozar de prestaciones de salud integrales y b) la libertad contractual, el derecho de propiedad de CEMIC y, relacionado con este lado de la tensión, el interés de los demás participantes del sistema de medicina prepaga, quienes verían afectada su posición si la empresa debiera pagar por prestaciones no pactadas.

¹⁵³ Es decir, las que no formaban parte del plan médico al que estaba adherido.

plazo estipulado, entonces se desprende de la fundamentación de este voto que la obligación hubiese seguido pesando sobre la prepaga.¹⁵⁴ Este juez trazó una muy marcada distinción entre el reconocimiento del derecho de Pedro (dice que el obligado es el Estado y no CEMIC) y el remedio inmediato para el caso concreto (en la empresa no puede interrumpir la prestación otorgada por los jueces de las instancias inferiores). Este voto también se ocupó de destacar la importancia de respetar las condiciones pactadas por las partes en los contratos que, como una manifestación de la autonomía personal y del derecho de propiedad, tiene protección constitucional. Por último también se refirió al impacto que esta decisión puede tener para el resto de los participantes del sistema de medicina prepaga, que cuentan con que se mantenga un equilibrio entre los ingresos generados por los aportes de los socios y las erogaciones causadas por el pago de servicios de salud.

El fallo tiene importancia por varias razones. Desde "Hospital Británico"¹⁵⁵ no se registran otras decisiones de la Corte en las que una prepaga haya cuestionado directamente la validez de ley 24.754, que extiende a estas empresas las mismas obligaciones que tienen las obras sociales, por lo menos respecto del PMO. A su vez, se consolida la regla de que el Congreso puede reglamentar intensamente la libertad de contratar para proteger la salud de los usuarios del servicio. En la práctica, la aplicación de esta ley ha servido para proteger los derechos de personas con HIV-SIDA,¹⁵⁶ diabéticos¹⁵⁷ y personas con discapacidad.¹⁵⁸ Por eso es coherente seguir caracterizándola como *"un instrumento al que recurre el derecho a fin de equilibrar la medicina y la economía, puesto que pondera los delicados intereses en juego, integridad psicofísica, salud y vida de las personas, así como también que más allá de su constitución como empresas los entes de medicina prepaga tienen a su cargo una trascendental función social que está por encima de toda cuestión comercial."*¹⁵⁹

El fallo pone de relieve, además, las lagunas que presenta la regulación de las empresas de medicina privada en su función social de prestadoras del servicio de salud. La falta de aprobación de una ley que regule orgánicamente la prestación de este servicio

¹⁵⁴ "CEMIC", Lorenzetti considerando 9): "... la empresa puede absorber los gastos de modo transitorio, puede difundirlos convenientemente y, finalmente, puede recuperarlos de las finanzas públicas. La imposición transitoria de cargas públicas es, en este caso, compatible con el contrato celebrado que se caracteriza porque su objeto y su causa están relacionados directamente con derechos fundamentales vinculados a la protección del estatuto de la persona. La conexión con el mentado estatuto es evidente, ya que su inejecución total afectaría gravemente la integridad física del beneficiario. Si bien la lógica económica de los contratos admite que el incumplidor sea excluido del mercado, ello encuentra una barrera cuando se trata de las personas y sus derechos fundamentales." Cursiva agregada.

¹⁵⁵ CSJN, "Hospital Británico c/ M.S. y A.S.", Fallos: 324:754, sentencia del 13/3/2001 y CSJN, "Etcheverry, Roberto Eduardo c/ Omint S. A. y Servicios", Fallos: 324:677; sentencia del 13/3/2001.

¹⁵⁶ Ídem.

¹⁵⁷ CSJN, "Sartori Karina M. c/ CEMIC Empresa de Medicina Prepaga, Fallos 328:4747, sentencia del 27/12/2005.

¹⁵⁸ "Cambio Perés de Nealón".

¹⁵⁹ "Cambio Perés de Nealón", considerando 9) del voto de los ministros Fayt y Maqueda. Ver esta doctrina en "Etcheverry", voto del ministro Vázquez, considerando 15) y el voto del citado en el considerando 13) de "Hospital Británico".

ha llevado, según Rosales,¹⁶⁰ a la “judicialización” de los reclamos contra las prepagas por el alcance de sus obligaciones de fuente constitucional, legal y contractual.

6. El Estado debe proveer alimentación

El derecho a la alimentación, además de ser considerado uno de los derechos implícitos que protege el artículo 33 de la Constitución Nacional, cuenta con reconocimiento positivo en los instrumentos de Derechos Humanos con jerarquía constitucional. Allí se establece que todas las personas tienen “derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure la alimentación”.¹⁶¹ Pero independientemente de su reconocimiento constitucional o jerarquía normativa, los hechos indican que los niveles de desigualdad y la brecha en la distribución del ingreso son aún muy altos y ello impacta negativamente en el goce de los derechos sociales como el derecho a la alimentación, por parte de un amplio sector de la población.

Luego de la crisis de 2001, la desnutrición y mortalidad infantil se agudizaron considerablemente y el Estado declaró la Emergencia Alimentaria Nacional. El 27 de diciembre de 2002, el Congreso sancionó la Ley 25.724¹⁶² que creó el Programa Nacional de Nutrición y Alimentación denominado “El Hambre más Urgente”.¹⁶³

Además de los datos sobre pobreza e indigencia referidos en la introducción, de acuerdo con la última Encuesta Nacional de Nutrición y Salud del Ministerio de Salud de la Nación el 15% de los niños de hasta cinco años padece desnutrición crónica, el 5% aguda y el 2% grave. La calidad nutricional de las prestaciones es inequitativa, dispersa y de limitado alcance, y continúa habiendo un alto índice de mortalidad infantil y materna.¹⁶⁴ Según datos del Ministerio de Salud bonaerense, durante 2007 murieron 3530 niños y niñas –casi diez por día– por cuestiones sanitarias.¹⁶⁵

¹⁶⁰ V. Rosales, Pablo, “¿Debe una obra social o prepa continuar un tratamiento médico en curso a un beneficiario con un prestador al que ha decidido rescindirle el contrato?”, JA 2006-I-24; Rosales, Pablo O., “La arbitrariedad de los aumentos de cuota de medicina prepa por razones de edad”, LA LEY.

¹⁶¹ Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 11, párrafo 1 y la Declaración Universal de Derechos Humanos, Artículo 25, párrafo 1.

¹⁶² Reglamentada por Decreto N° 1018/2003, Resolución 204/2003 y recientemente prorrogada por Ley N° 26.204. “El Hambre más Urgente” ha sido impulsado por el diario La Nación, Grupo Sophía, Poder Ciudadano y Red Solidaria, entre otras organizaciones no gubernamentales y medios de comunicación. Se trabajó sobre un proyecto de Horacio Rodríguez Larreta (h). Se necesitaba recolectar 500 mil firmas para llevar el proyecto al Congreso de la Nación y debido a la gran participación ciudadana se logró reunir más de un millón de firmas en todo el país. A fines de 2002, los legisladores aprobaron el programa, que luego y por unanimidad el Senado convirtió en ley.

¹⁶³ El Programa tuvo como objetivo cubrir los requisitos básicos nutricionales de niños de hasta 14 años de edad, embarazadas, discapacitados y ancianos desde 70 años en situación de pobreza, y atender las necesidades básicas de la población en condiciones de alta vulnerabilidad y en riesgo de subsistencia por medio de la provisión de alimentos

¹⁶⁴ Clarín, “La Salud entra por la boca”. 7 de abril de 2008.

¹⁶⁵ Según la nota “Creció 7,6 por ciento la mortalidad infantil” publicada en el Diario La Nación el 15 de mayo de 2008, El distrito más afectado fue el de La Matanza, donde fallecieron 310 niños y niñas en 2006 y 345 en 2007. En tanto en Lomas de Zamora fallecieron 140 en 2006 y 177 en 2007, en Quilmes hubo un incremento de 147 a 169 y en Florencio Varela de 124 a 131.

En conclusión, el acceso de los sectores más desaventajados y marginados a la alimentación adecuada, a los servicios de salud y a los demás derechos sociales lejos está de cumplir con los compromisos internacionales asumidos por la Argentina.¹⁶⁶

6.1. El Estado debe proveer alimentos: “Rodríguez”¹⁶⁷, “Esquivel”¹⁶⁸ y “Quiñone”¹⁶⁹

Los hijos de dos y cinco años de edad de Karina Rodríguez padecían un grave estado de desnutrición. Subsistían con la ayuda que le venía otorgando el Estado Nacional mediante el Plan Familias¹⁷⁰ y con la que le prestaban tres comedores comunitarios que funcionaban en su barrio, que posteriormente fueron cerrados.

En razón de ello, la madre, en representación de sus hijos, inició un amparo contra el Estado nacional (Ministerio de Salud y Acción Social), la provincia de Buenos Aires y la municipalidad de Quilmes a fin de que hicieran lo necesario para superar el hambre que sufrían. Fundó su reclamo en el Programa Nacional de Nutrición y Alimentación.¹⁷¹ Como medida cautelar, a su vez, solicitó que le otorgaran inmediatamente los elementos necesarios para asegurarle a su familia una dieta alimentaria completa y que controlaran la evolución de su salud. El juzgado de la ciudad de La Plata se declaró incompetente y decidió que las causas debían ser tratadas de manera originaria en la Corte Suprema, porque la demanda estaba dirigida a la vez contra el Estado Nacional, la Provincia de Buenos Aires y el Municipio de Quilmes.

En “Rodríguez”, la Corte (voto de los jueces Petracchi, Fayt, Maqueda, Zaffaroni y Lorenzetti; Highton de Nolasco y Argibay, en disidencia¹⁷²) hizo lugar a la medida cautelar y ordenó a la provincia de Buenos Aires y a la municipalidad de Quilmes que provean los alimentos necesarios para asegurar una dieta que cubra las necesidades nutricionales básicas de los niños y realicen controles sobre la evolución de su salud, en un plazo de cinco días. Argumentó, por un lado, que la situación de los niños era

¹⁶⁶ O.G 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

¹⁶⁷ CSJN, “Rodríguez, Karina Verónica c/ Estado Nacional y otros s/ acción de amparo” Fallos: 329:553, sentencia del 07/03/2006.

¹⁶⁸ CSJN, “Esquivel, Roberto y otro c/ Buenos Aires, Provincia de y otros s/ amparo” Fallos: 329:548, sentencia del 07/03/2006.

¹⁶⁹ CSJN, “Quiñone, Alberto Juan c/ Buenos Aires, Provincia de s/ amparo” Fallos: 329:2759, sentencia del 11/07/06.

¹⁷⁰ Aquellas personas beneficiarias del Programa Jefes y Jefas de Hogar Desocupados que tuvieran nivel educativo inferior al secundario completo y que, a su vez, tuvieran dos o más hijos o menores de 19 años a cargo o discapacitados de cualquier edad podían optar por traspasarse al Programa Familias, que otorgaba un subsidio según la cantidad de menores y discapacitados a cargo. Ver <http://www.desarrollosocial.gov.ar/planes/pf/default.asp>.

¹⁷¹ Creado por ley 25.724 (sancionada el 27/12/02, promulgada de hecho el 16/01/03 y publicada en el Boletín Oficial el 17/01/03). El Programa de Nutrición y Alimentación Nacional fue creado para cubrir los requisitos nutricionales de niños hasta 14 años, embarazadas, discapacitados y ancianos desde 70 años en situación de pobreza.

¹⁷² Consideraron que de la documentación acompañada no surgía que el organismo público hubiera negado a los hijos de la señora Rodríguez el acceso a las prestaciones requeridas. Entendieron que, al no advertirse la existencia de actos u omisiones que con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta afecten o amenacen los derechos invocados (requisitos exigidos por el artículo 43 de la Constitución Nacional y 1° de la ley 16.986), correspondía rechazar la demanda.

realmente grave y, por el otro, que implicaría un gran riesgo para su vida no recibir la debida alimentación inmediatamente. De esta forma, reconoció la precaria situación por la que atravesaba la familia e intentó iniciar el camino para restablecer el ejercicio y goce del derecho a la alimentación.

Por otra parte, resolvió que no era competente en instancia originaria para entender en el caso. Sostuvo que la ejecución del Programa Nacional de Nutrición y Alimentación había sido puesta en cabeza de cada una de las provincias, con indicación de acciones precisas a cargo de los respectivos municipios¹⁷³ y que al no existir incumplimiento del Estado Nacional no podía justificarse su intervención en competencia originaria.¹⁷⁴ Como la obligación de proveer alimentación que provenía del Programa Nacional de Nutrición y Alimentación recaía sobre las provincias, el máximo tribunal juzgó que, no siendo parte el Estado Nacional, la causa debía volver a las instancias inferiores locales.

En este fallo, la Corte abandonó la doctrina que había fijado en “Ramos”,¹⁷⁵ en la que el máximo tribunal rechazó una acción de amparo¹⁷⁶ presentada por una mujer que tenía ocho hijos y se encontraba en una situación de pobreza extrema (no tenía trabajo ni contaba con medios económicos) a fin de que se le respetaran los derechos que le asistían a sus hijos a una alimentación sana, a la salud, a la educación, y a una vivienda digna.¹⁷⁷ En ese precedente, consideró que el reclamo resultaba “manifiestamente inadmisibles” por no haberse acreditado negación alguna por parte del Estado en brindar las prestaciones médicas requeridas, así como impedimento alguno para que sus hijos concurren a un establecimiento educacional. Por otro lado, la Corte sostuvo que la petición no había sido planteada en la sede correspondiente ya que debería haber acudido a la administración de los planes asistenciales del Estado Nacional y provincial y canalizar sus reclamos a través

¹⁷³ De acuerdo con los artículos 7 y 8 de la ley 25.724, la implementación del programa le compete al Estado Nacional, por una parte y a la provincia y al municipio, por la otra. En este sentido, el artículo 7, inciso e, dispone que las comisiones provinciales tienen, entre otras funciones, la de impulsar la generación de políticas de abastecimiento alimentario en los niveles locales a fin de garantizar la accesibilidad de toda la población, especialmente a los grupos vulnerables (niños hasta los 14 años, embarazadas, discapacitados y ancianos desde los 70 años en situación de pobreza) y promover la creación de centros de provisión y compra regionales. Mientras que el artículo 8 establece que los municipios, entre otras funciones, tienen la de la inscripción de los destinatarios del programa en un Registro Único de Beneficiarios (inciso a) y la de implementar una red de distribución de los recursos, promoviendo la comensalidad familiar, siempre que ello sea posible, o a los distintos comedores comunitarios donde se brinde el servicio alimentario, a fin de garantizar el objetivo de la ley (inciso c).

¹⁷⁴ En los últimos años, la Corte comenzó a sostener que el hecho de que se demande a la vez a una provincia y al Estado Nacional no justifica, en todos los casos, que ella deba intervenir de modo originario. Ver capítulo 1, acápite 1.2., bajo el subtítulo “Restricción de la competencia originaria de la Corte”.

¹⁷⁵ CSJN, “Ramos, Marta Roxana y otros c/ Buenos Aires, Provincia de y otros s/ amparo” Fallos: 325:396, sentencia del 12/03/2002. Si bien la mayoría de la Corte abandonó el precedente “Ramos”, pareciera que la disidencia sigue sosteniendo la doctrina de “Ramos”, aunque no la cite expresamente, cuando a pesar de considerar la situación de Rodríguez como reveladora de un dramático cuadro social, desatendió su reclamo por estimar “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”.

¹⁷⁶ La acción había sido dirigida contra el Ministerio de Desarrollo Social y Medio Ambiente de la Nación, la Provincia de Buenos Aires y el Hospital Garrahan.

¹⁷⁷ Además, había solicitado que algún organismo estatal le suministrara una cuota alimentaria que le permitiera satisfacer las necesidades básicas de los niños y prestaciones médicas para uno de sus hijos.

del sistema de la seguridad social. Por último, había entendido que la grave situación de Ramos no podía ser resuelta por la Corte dado que no es de su competencia emitir juicios generales de las situaciones cuyo gobierno no le está encomendado, ni asignar discrecionalmente los recursos presupuestarios disponibles.

Luego de “Rodríguez” tuvieron lugar los casos “Esquivel” y “Quiñone” con hechos similares¹⁷⁸ e igual respuesta por parte de la Corte Suprema, la cual remitió a los fundamentos brindados en la primera.¹⁷⁹

Resulta sumamente destacable que la Corte haya dejado de lado la doctrina de “Ramos”, uno de los fallos más cuestionados en la materia porque reconoció la situación de Ramos como reveladora de un dramático cuadro social y, al mismo tiempo, desatendió su reclamo. En esta serie de fallos que comienzan con “Rodríguez”, el máximo tribunal, a pesar de considerarse incompetente en instancia originaria, puso de manifiesto, desde un punto de vista menos formal y más respetuoso de los derechos fundamentales, que es necesario conceder ciertas medidas cautelares a fin de salvaguardar derechos esenciales como el derecho a la alimentación de personas en situación de extrema necesidad, tal como ya se había pronunciado respecto del derecho a la salud.¹⁸⁰

6.2. El Estado debe proveer alimentos y agua a los pueblos originarios en situación de emergencia extrema: “Defensor del Pueblo c/ Estado Nacional y Provincia del Chaco”¹⁸¹

Los habitantes de la región sudeste del Departamento General Güemes y noroeste del Departamento Libertador General San Martín de la Provincia de Chaco, en su gran mayoría pertenecientes a la etnia Toba, se encontraban en una situación de emergencia extrema, con sus necesidades más básicas y elementales insatisfechas. La mayoría de la población sufría de enfermedades endémicas (desnutrición, chagas, tuberculosis, donoviosis, broncopatías, parasitosis, sarnas), carecía de alimentación, de acceso al agua potable, de vivienda, de atención médica necesaria, para sólo citar algunos de los más graves padecimientos.¹⁸²

¹⁷⁸ Los casos fueron presentados por ciudadanos que viven en el barrio “La Matera” del mencionado municipio, donde habitaban al menos 200 niños desnutridos.

¹⁷⁹ Cabe aclarar que si bien la Corte hizo lugar a medidas cautelares ordenando que se proveyera lo necesario para asegurar dietas que cubrieran las necesidades nutricionales básicas de las familias que habían presentado los reclamos, hasta el 17 de octubre de 2007 todas estas medidas se hallaban incumplidas. (Ver D'Argenio, Inés A., “Incumplimiento de una orden cautelar de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Asegurar una dieta que cubra las necesidades nutricionales básicas de una familia”, SJA 17/10/2007). Según datos brindados por el abogado patrocinante de la acción, el doctor Gonzalo Permuy Vidal, se estaría avanzando en un acuerdo para incorporar a todos los legitimados hasta alcanzar la mayoría de edad.

¹⁸⁰ Casos “Orlando”, “L., M.E.R.”, “F., S.C.”, entre otros.

¹⁸¹ CSJN, “Defensor del Pueblo de la Nación c/ Estado Nacional y otra (Provincia del Chaco) s/ proceso de conocimiento”, sentencia del 18/09/2007.

¹⁸² De acuerdo con informes de la Secretaría de Derechos Humanos de la Nación y del Instituto Aborigen del Chaco, citados por el Defensor del Pueblo de la Nación en el amparo, sobre los derechos de la comunidad Toba, se registraron 11 casos de muerte por desnutrición, entre otras violaciones a los derechos causadas por la grave crisis sanitaria, económica y social que alcanza a esos pueblos originarios. Ver también diario Clarín, “Murió otro aborigen por desnutrición en el Chaco y ya suman 15”, 30/09/07. Según una nota del diario La Nación, al 1 de noviembre de 2007 ya habían muerto 19 aborígenes como

En razón de ello, el Defensor del Pueblo de la Nación¹⁸³ interpuso directamente ante la Corte Suprema una demanda contra el Estado Nacional y la Provincia del Chaco a fin de que se los condene a adoptar las medidas necesarias para modificar las condiciones de vida y garantizar una real y efectiva calidad de vida digna a dichas poblaciones indígenas, lo que debía ser satisfecho de manera continua y permanente por el Estado Nacional y la Provincia del Chaco.¹⁸⁴ Asimismo, solicitó que con carácter cautelar se les ordene realizar las acciones destinadas a cubrir las necesidades básicas de esos pobladores.¹⁸⁵

El Defensor sostuvo que el Estado Nacional se encuentra obligado a garantizar los derechos fundamentales de los habitantes y que, en especial, respecto de los pueblos originarios,¹⁸⁶ es responsable de la vigencia de sus derechos en virtud de la ley 23.302¹⁸⁷ y su decreto reglamentario 155/1989,¹⁸⁸ que le encomiendan realizar acciones concretas a través del Instituto Nacional de Asuntos Indígenas. A su vez, afirmó que la Constitución de la Provincia de Chaco le impone a la provincia el deber de garantizar los derechos humanos de sus habitantes.

En “Defensor del Pueblo c/ Estado Nacional y Provincia del Chaco”, la Corte (voto de los jueces Lorenzetti, Fayt, Petracchi, Maqueda y Zaffaroni; Highton de Nolasco y Argibay, en disidencia¹⁸⁹) hizo lugar a la medida cautelar¹⁹⁰ y ordenó al Estado Nacional

consecuencia de la desnutrición. Diario La Nación, “Tras otra muerte, verifican si el Gobierno atiende a los tobas”, 1/11/07.

¹⁸³ La reforma de 1994 instituyó la figura del Defensor del Pueblo. Éste “... es un órgano independiente instituido en el ámbito del Congreso de la Nación, que actuará con plena autonomía funcional, sin recibir instrucciones de ninguna autoridad. Su misión es la defensa y protección de los derechos humanos y demás derechos, garantías e intereses tutelados en esta Constitución y las leyes, ante hechos, actos u omisiones de la Administración; y el control del ejercicio de las funciones administrativas públicas. El Defensor del Pueblo tiene legitimación procesal (...)”

¹⁸⁴ Fundó su pretensión en los artículos. 14 bis, 19, 33 y 75, incisos 17 y 19, de la Constitución Nacional y 14, 15, 35, 36, 37 y en el preámbulo de la Constitución de la Provincia del Chaco; en los artículos. 4º y 25 del Pacto de San José de Costa Rica; 11, 12 y 28 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 1º, 3º, 8º y 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; en la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer; en la ley nacional 23.302 de Protección de las Comunidades Aborígenes, y su decreto reglamentario 155/89; en la Asamblea General de las Naciones Unidas, del 27 de septiembre de 2004 y en el Convenio 169 de la Organización Nacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, aprobado por la ley nacional 24.071.

¹⁸⁵ A tal fin, requirió que se envíe personal idóneo y suficiente para la asistencia médica, medicamentos, alimentos y agua potable en cantidades necesarias, equipos para la fumigación de plagas, ropa, frazadas, colchones, etc. en cantidades suficientes, y que se informe periódicamente respecto de las acciones llevadas a cabo.

¹⁸⁶ Conforme al artículo 75 inciso 17 de la Constitución Nacional, se reconoce la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos. En este marco, es obligación del Estado garantizar el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural; reconocer la personería jurídica de sus comunidades, y la posesión y propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan; y regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano asegurando su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten.

¹⁸⁷ Sancionada el 30/09/85 y publicada en el Boletín Oficial el 12/11/85. Crea la Comisión Nacional de Asuntos Indígenas, para la protección y el apoyo a las comunidades aborígenes.

¹⁸⁸ Dictado el 02/02/89 y publicado en el Boletín Oficial el 17/02/89.

¹⁸⁹ Las juezas hicieron lugar a la medida cautelar pero votaron en disidencia al considerar inviable la competencia originaria de la Corte en virtud de las razones expresadas en el dictamen de la Procuradora (ver nota 192).

y a la Provincia del Chaco que suministre agua potable y alimentos a dichas comunidades indígenas, así como un medio de transporte y comunicación, a cada uno de los puestos sanitarios. Requirió, además, al Estado Nacional y a la provincia de Chaco que informen, entre otras cosas, la ejecución de los programas de salud, de agua potable, de educación y habitacionales en dichas regiones en el plazo de treinta días.¹⁹¹ También convocó a una audiencia pública para que expongan el contenido del informe presentado. Asimismo, consideró que dada la gravedad y la urgencia de los hechos correspondía adoptar medidas que tiendan a respetar la Constitución nacional, sin perjuicio de lo que resolviera posteriormente respecto de la competencia en instancia originaria.¹⁹² Entendió que le corresponde al Poder Judicial buscar los caminos que permitan garantizar la eficacia de los derechos y evitar que sean vulnerados, sobre todo cuando se trata del derecho a la vida y de la integridad física.

Luego de dictar la sentencia, la Corte realizó tres audiencias públicas¹⁹³ a fin de que los demandados informen acerca de las medidas adoptadas para hacer frente a la situación de emergencia vivida por las comunidades aborígenes. La primera fue celebrada el 6 de noviembre de 2007 y los representantes de la Provincia y del Estado nacional informaron las medidas adoptadas en las distintas áreas de gobierno.¹⁹⁴ Los jueces del máximo tribunal hicieron preguntas referidas al cumplimiento de la medida cautelar. La segunda audiencia se efectuó el 3 de abril de 2008, cuando los demandados presentaron un documento que contiene el Operativo Social desplegado en la región y las acciones a realizarse durante el 2008.¹⁹⁵ Se fijó una nueva audiencia para el 30 de abril, con el propósito de formular sugerencias respecto del plan. En esta nueva audiencia se les entregó a los representantes del Estado Nacional y la Provincia del Chaco un informe elaborado por el Defensor del Pueblo en el que manifestaba que no se estaba cumpliendo

¹⁹⁰ Consideró que se encontraban satisfechos los requisitos para hacer lugar a la medida cautelar -verosimilitud en el derecho y peligro inminente o irreparable- (artículo 232 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

¹⁹¹ En particular, requirió que se le informe: 1) Comunidades que pueblan esos territorios y cantidad de habitantes que las integran. 2) Presupuesto para la atención de los asuntos indígenas y destino de los recursos fijados en las leyes respectivas. 3) Ejecución de programas de salud, alimentarios y de asistencia sanitaria 4) Ejecución de programas de provisión de agua potable, fumigación y desinfección. 5) Ejecución de planes de educación. 6) Ejecución de programas habitacionales.

¹⁹² La Procuradora General, en cambio, consideró que la cuestión era análoga a la resuelta en “Rebull” (ver acápite 3.4), y siguiendo dicho precedente sostuvo que, como la tutela del derecho a la vida y a la salud, no es exclusivamente federal sino concurrente con el derecho público local, la Provincia del Chaco debía ser demandada ante sus propios jueces (artículos 5º, 121 y siguientes de la Constitución Nacional), y el Estado Nacional ante la Justicia Federal (artículo 116 de la Ley Fundamental).

¹⁹³ Sobre la reglamentación de las audiencias públicas, ver capítulo 1, acápite “Los cambios institucionales en la Corte y el impacto sobre su funcionamiento”, bajo el subtítulo “Audiencias públicas”.

¹⁹⁴ Por su parte, los representantes del Instituto del Aborigen Chaqueño hicieron referencia a la “necesidad de planificar y ejecutar, junto con los organismos nacionales y provinciales, programas de corto y largo plazo destinados a la atención y desarrollo de esas comunidades”. Ver Informe de prensa de la Corte Suprema 145, 6 de noviembre de 2007: <http://www.cij.csjn.gov.ar/cijgd/documentos/verdoc.jsp>.

¹⁹⁵ En la audiencia, el Instituto del Aborigen Chaqueño solicitó involucrarse en mayor medida en las acciones llevadas a cabo y en la elaboración de los planes a ejecutar. Según una nota de opinión firmada por antropólogos e investigadores que trabajan en las comunidades indígenas del Chaco y Formosa, será “fundamental ver si las intervenciones del defensor del Pueblo o de la Corte Suprema producen, además de las acciones de emergencia, políticas públicas integrales y de largo plazo”. Para ellos, “el hambre es el resultado de un problema integral cuya solución exige que las organizaciones y los mismos indígenas sean reconocidos como protagonistas”. Diario Página/12, “Narrar el hambre”, 13/10/07.

con el Operativo Social.¹⁹⁶ Todas las partes presentes en la audiencia coincidieron en que se están llevando a cabo trabajos en materia de salud, desarrollo social, infraestructura, movilidad, alimentos y agua potable, pero resaltaron que existen ciertas dificultades como consecuencia de largos períodos de ausencia de acciones tendientes a superar la situación existente. A fin de poder concretar los planes informados, superar las dificultades existentes y coordinar las acciones a llevarse a cabo, las partes solicitaron que se fije una nueva audiencia en un plazo más extenso que el período de tiempo que tuvo lugar entre las audiencias anteriores.¹⁹⁷

Este caso muestra la relevancia que en los últimos años y sólo con algunas excepciones le ha dado la Corte a la protección de los derechos fundamentales ante situaciones de extrema necesidad. En este sentido, mostró su preocupación por otorgar la medida cautelar sin esperar a la resolución sobre si corresponde o no su competencia originaria¹⁹⁸, de modo de dar una muestra de respeto de las garantías constitucionales.

7. Derecho a la vivienda

El acceso a una vivienda digna se encuentra protegido por la Constitución Nacional en el artículo 14 bis.¹⁹⁹ Este derecho también encuentra reconocimiento en todos los instrumentos internacionales de Derechos Humanos que tienen la misma jerarquía que la constitución.²⁰⁰

¹⁹⁶ Por su parte, el Estado Nacional y la Provincia del Chaco presentaron el “Informe 4°, 5° y 6° Operativo Impenetrable”, el “Plan de Acción Desarrollo en el Impenetrable Chaqueño 2007/2008 (resumen)”, el “Operativo Social Impenetrable Chaqueño” del Gobierno de la Provincia del Chaco y el informe identificado como “Item n° 2 y 3 -Red de Comunicaciones, Ministerio de Salud Pública, Provincia de Chaco”. A su vez, los representantes del Instituto del Aborigen Chaqueño presentaron un informe denominado “Observaciones formuladas por el Instituto del Aborigen Chaqueño al documento Operativo Social en el Impenetrable”.

¹⁹⁷ Esta información fue obtenida gracias a la colaboración del área de Asesoría Legal y Contencioso del Defensor del Pueblo de la Nación.

¹⁹⁸ En otros casos, en cambio, en vez de diferir la resolución sobre su competencia originaria, se declaró incompetente e igualmente hizo lugar a medidas cautelares (casos “Rodríguez”, “Esquivel” y “Quiñone”, entre otros).

¹⁹⁹ De acuerdo con este artículo “(...) El Estado otorgará los beneficios de la seguridad social, que tendrá carácter de integral e irrenunciable. En especial, la ley establecerá: el seguro social obligatorio, que estará a cargo de entidades nacionales o provinciales con autonomía financiera y económica, administradas por los interesados con participación del Estado, sin que pueda existir superposición de aportes; jubilaciones y pensiones móviles; la protección integral de la familia; la defensa del bien de familia; la compensación económica familiar y el acceso a una vivienda digna”.

²⁰⁰ Ver el artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que establece que: “ Los Estados Parte en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados Parte tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento (...)”. En igual sentido se expresa la Declaración Universal de Derechos Humanos en su artículo 25, la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (artículo 5), la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (artículo 14), La Convención de los Derechos del Niño (artículo 27), y la Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre (artículo XI).

Sin embargo, tal como ocurre con los restantes derechos sociales, resulta evidente que su mero reconocimiento normativo resulta insuficiente para que en la práctica su ejercicio se respete. La crisis habitacional y la violación al derecho a la vivienda se ha convertido en un problema estructural crítico. Según un informe del Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), “El universo de familias que residen en hábitats calificados como informales o irregulares en la ciudad de Buenos Aires es extenso y se incrementa día a día. En el 2002 se calculaba que mas de 100.000 personas estaban residiendo en villas de emergencia, 200.000 habitaban inmuebles ocupados y 700.000 estaban alojadas en inquilinatos (...), 70.000 vivían en hospedajes y 120.000 estaban alojadas en viviendas familiares o hacinadas en viviendas propias...”.²⁰¹

Por su parte, Médicos del Mundo en Argentina estima que 10.000 personas viven en la Ciudad en situación de calle.²⁰² Los datos estadísticos dan cuenta de la crisis habitacional a la que son expuestas las familias que no tienen la posibilidad de acceder a una vivienda digna. Se trata en su mayoría de familias indigentes, expuestas a enfermedades ligadas a la condición de vida en las calles y con escasas posibilidad de acceder a servicios de salud. Si bien en estos últimos años se han desarrollado diversos programas sociales con el objetivo de facilitar el acceso a una vivienda digna, los gobiernos no han podido dar respuestas efectivas a la situación habitacional crítica.²⁰³ A modo de ejemplo, y según un informe de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires, durante el 2006 ingresaron a la justicia 4.833 causas por desalojo.²⁰⁴ Esta situación revela cómo la ausencia de respuestas de los organismos correspondientes frente a demandas sociales concretas, se traslada a la Justicia.

7.1. Reclamo ante la Corte por una vivienda digna: “Uran”²⁰⁵

Elías Urán, Rosa Mabel Domínguez y sus diez hijos menores de edad vivían hacinados en una pequeña habitación de una casa tomada en el partido de Boulogne, San Isidro, provincia de Buenos Aires. Elías padecía una discapacidad congénita que requería una nueva intervención quirúrgica y le impedía trabajar. Y Rosa, quien usualmente realizaba tareas de limpieza en casas de familia, ya no podía desempeñarse fuera del hogar luego de la pérdida de visión de uno de sus ojos y del nacimiento prematuro de sus hijos mellizos. A pesar de que el padre de la familia era titular de una pensión por invalidez y percibía un salario familiar, estos ingresos le resultaban insuficientes para cubrir las necesidades mínimas de alimentación de sus hijos.

²⁰¹ CELS, Derechos Humanos en Argentina, Informe 2008, página 34.

²⁰² Diario La Nación, “Habría 10.000 personas en “situación de calle”, 28/12/07.

²⁰³ Los programas han sido criticados por apuntar más a la reactivación económica y a la generación rápida de empleo que a la solución de los problemas estructurales de falta de vivienda y falta de acceso al suelo urbanizado, que constituyen los puntos centrales de la violación del derecho a la vivienda adecuada. Ver: El Derecho a la Vivienda en Argentina. Desafíos para la promoción del derecho a la vivienda y a la tierra en Argentina. Informe misión de investigación, 2004. Centro de Derecho a la Vivienda y contra los desalojos (COHRE).

²⁰⁴ “Los desalojos y la emergencia habitacional en la Ciudad de Buenos Aires” Informe producido por la Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires”, septiembre de 2007.

²⁰⁵ CSJN, “Urán, Roberto E. y otros c/ Provincia de Buenos Aires y otros”, Fallos: 329:2121 sentencia del 30/05/2006.

En razón de ello, iniciaron directamente ante la Corte Suprema, una acción de amparo contra la Municipalidad de San Isidro, la Provincia de Buenos Aires (Ministerios de Infraestructura, Vivienda y Servicios Públicos, y de Desarrollo Humano), el Estado Nacional (Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios), y contra el Instituto Provincial de la Vivienda. La acción tenía por objeto que dichos organismos le proveyeran lo necesario para acceder a una vivienda digna y alimentación, y también pedían ser incluidos en el Plan Federal de Vivienda o en otro alternativo. Como medida cautelar, a su vez, requirieron hasta obtener un trabajo dos subsidios: uno de aproximadamente 800 pesos, equivalente al alquiler mensual de una vivienda, y otro de 630 pesos, también mensual, como salario mínimo vital y móvil. Previo a la presentación judicial, Urán había realizado los reclamos correspondientes ante las reparticiones municipales y provinciales –que no le dieron respuesta– pero no pudo acreditar que hubiera efectuado reclamo alguno frente a alguna repartición del Estado Nacional.

En “Urán”, la Corte resolvió (voto de los jueces Petracchi, Highton de Nolasco, Maqueda, Lorenzetti, Argibay) que no era competente en la instancia originaria, es decir, sin que antes interviniera un tribunal inferior, para resolver el planteo de los actores en este amparo. Tampoco concedió la medida cautelar solicitada ni se pronunció sobre ella. Dijo que en tanto el reclamo administrativo no había sido dirigido contra el Estado Nacional y, por lo tanto, éste no estaba en falta, la acción judicial debía iniciarse en los tribunales de la provincia de Buenos Aires, de donde los actores eran vecinos.

Desde un punto de vista meramente técnico, no haber admitido su intervención originaria para resolver el fondo del planteo de Urán y Domínguez es correcto dado que, tal como los hechos están descritos en la sentencia, no concurrían los requisitos constitucionales y legales para ello.²⁰⁶ Sin embargo, la Corte ni siquiera consideró la medida cautelar solicitada: del relato no caben dudas que los actores estaban frente a una situación acuciante sobre la cual el municipio y la provincia no habían dado una respuesta satisfactoria. Esta posición contrasta con otros casos en los que el máximo tribunal, pese a declararse incompetente en instancia originaria, desde una posición menos estricta concedió aquellas medidas cautelares que consideró urgentes para la salud de las personas que la requerían.

Este caso pone nuevamente de manifiesto la permanente tensión que se genera cuando el goce de derechos elementales como la alimentación y la vivienda no son adecuadamente garantizados por las agencias estatales cuya misión principal es atender las necesidades primarias de las personas más desaventajadas. Si bien, como se dijo, desde un punto de vista formal la solución es adecuada, en un contexto de grave exclusión social se replantea constantemente el rol que le corresponde desempeñar a los jueces y, en especial, a la Corte Suprema frente a reclamos de esta naturaleza. A la propiedad de las razones formales dadas por la Corte para rechazar este caso, subyacen otras que apuntan directamente al rol que le toca desempeñar a este máximo tribunal (y también a los de las instancias inferiores) en un contexto en que la violación de los derechos es un problema estructural que excede en mucho el marco de un caso aislado y concreto.

²⁰⁶ Ver capítulo 1, acápite 1.2., bajo el subtítulo “Restricción de la competencia originaria de la Corte, en el que se tratan en extenso cuáles son las condiciones para acceder a la competencia originaria de la Corte cuando se inicia una demanda conjuntamente contra una Provincia y contra el Estado nacional.

En síntesis, esta decisión muestra que la estrategia correcta en este caso habría sido iniciar el reclamo en los tribunales locales para, eventualmente, si fuera necesario, acceder a la Corte Suprema luego de obtener una sentencia de aquellas instancias.