

El derecho a la salud en Argentina*

*Martín Aldao***

*Laura Clérico****

*Federico de Fazio*****

I. INTRODUCCIÓN: LA SALUD COMO DERECHO, MOMENTOS CONSTITUCIONALES

El derecho a la salud ha sido acogido en lugares dispares en el ámbito constitucional. Desentrañar la importancia de estos es

* Este trabajo es una actualización de “La protección del derecho constitucional a la salud en Argentina”, publicado en *La Gaceta Laboral*, vol. 21, núm. 3, 2015, pp. 239-275. Los autores agradecen a Natalia Varela, Cecilia Belén Calello y Virginia Tamara Neyra su colaboración en la búsqueda de sentencias de la Corte a partir de 2010, a los efectos de actualización de este trabajo.

** Doctor en Derecho por la Universidad de Buenos Aires (UBA). Profesor de Teoría del Estado e investigador adscrito al Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales “Ambrosio L. Gioja”, Facultad de Derecho de la UBA.

*** Doctora en Derecho por la Universidad de Kiel, Alemania. Profesora de Derecho Constitucional e investigadora del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Tecnológicas de Argentina (CONICET). Profesora honoraria de Derecho Constitucional Comparado y Protección de Derechos Humanos en la Universidad de Erlangen en Núremberg, Alemania.

**** *Magister* en Filosofía del Derecho y doctor en Derecho por la UBA. Investigador adscrito al Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales “Ambrosio L. Gioja”, Facultad de Derecho de la UBA. Becario de Posdoctorado del CONICET. Profesor de Cultura Jurídica de la Universidad Nacional de La Plata y de Metodología de la Investigación en la UBA.

MARTÍN ALDAO, LAURA CLÉRICO Y FEDERICO DE FAZIO

fundamental, pues de ello depende, en buena parte, el poder de irradiación del derecho a la salud para la interpretación del ordenamiento jurídico argentino en cuestiones relacionadas con este derecho. La importancia del derecho a la salud puede ser vista en retrospectiva constitucional,¹ la cual puede diferenciarse en cuatro momentos: el de la Constitución de 1853/60, el de la Constitución de 1949, el de la reforma de 1957 y el de la reforma de 1994.

La Constitución del 53/60, que en gran medida respondía al modelo de Constitución liberal-burgués, no reconocía expresamente el derecho a la salud. En ese modelo de Constitución no parecía haber espacio para un derecho a la salud que implicara deberes estatales positivos más o menos reglados. La concepción predominante —aunque sesgada— de los derechos respondía a los llamados “derechos de defensa”.² Descartada la salud como derecho, solo aparecía como “razón” para su limitación o como objeto de una política pública discrecional. De acuerdo con la versión clásica del “ejercicio del poder de policía restringido”, el Estado podía reglamentar los derechos para la protección de este bien público.³ Según esta concepción, el ejercicio del poder de policía en sentido restringido era una competencia del poder

¹ Clérico, Laura, “¿El argumento del federalismo vs. el argumento de igualdad? El derecho a la salud de las personas con discapacidad”, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Año I, núm. 1, octubre de 2010. Para un trabajo exhaustivo sobre derecho a la salud y concepciones de Estado en los diversos momentos constitucionales véase Vita, Leticia, “Modelos de Estado y derecho a la salud”, en Clérico, Laura; Ronconi, Liliana y Aldao, Martín (coords.), *Tratado de derecho a la salud*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2013, t. I, pp. 17-63. Asimismo, Tobar, Federico, “Salud pública y derecho a la salud”, en Clérico, Laura; Ronconi, Liliana y Aldao, Martín (coords.), *op. cit.*, t. I, pp. 3-14.

² Para una crítica general a este modelo sesgado de derechos y a la neutralidad como aparente “no-intervención” que a la postre justifica un *statu quo* desigualitario véase Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, CEPC, Madrid, 2007, cap. IX; Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2002; Arango, Rodolfo, *El concepto de los derechos sociales fundamentales*, Bogotá, Legis-Universidad Nacional de Colombia, 2005, entre otros.

³ Sobre el llamado “poder de policía” véase Gelli, María Angélica (ed.), *Constitución comentada*, Buenos Aires, La Ley, 2008, arts. 14, 75 incs. 18 y 19.

El derecho a la salud en Argentina

reglamentario (léanse legislaturas provinciales o municipalidades) local: cada provincia lo ejercía en su jurisdicción y la nación para sus territorios. Con posterioridad, la nación interpretó que podía dictar leyes para todo el territorio con el fin de proteger la salud en virtud del ejercicio del llamado “poder de policía amplio” y así promover la prosperidad o el bienestar general. En este sentido, la “materia” salud adquiriría claramente el carácter de concurrente entre la nación y las provincias. Pero el ejercicio de este poder reglamentario no surgía de la validez del derecho a la salud, sino de una política pública del Estado en materia de salubridad (de tono higienista o sanitarista, según el caso).

La cuestión cambia con la Constitución de 1949, que claramente responde al movimiento del constitucionalismo social que, a su vez, coincide con una mayor presencia del Estado como planificador y prestador en el sector salud, lo que implicó, por ejemplo, la duplicación de la capacidad hospitalaria del país.⁴ Por su parte, la nueva Constitución reconoce expresamente el derecho a la “preservación” de la salud,⁵ del bienestar social y de la seguridad social, basándose en una concepción de derechos sociales y de igualdad fáctica. Sin embargo, la vigencia de esta Constitución fue reducida en el tiempo como para poder ponderar su efectividad, pues en 1956 fue abrogada por un Gobierno *de facto*.

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

Ahora bien, el artículo 14 bis se dirige a uno de los puntos centrales del derecho a la salud cuando determina que la “ley”

⁴ Tobar, Federico, *op. cit.*

⁵ Véase Constitución de 1949, arts. 37.I.5. y 37.III.5.

MARTÍN ALDAO, LAURA CLÉRICO Y FEDERICO DE FAZIO

establecerá el seguro social obligatorio, que estará a cargo de entidades nacionales o provinciales. Respecto del deber de dictar esta medida, corresponde a la nación o a las provincias, según el caso. Sin embargo, esta ley no fue dictada en su forma literal: “seguro social obligatorio general y universal”, lo que hubiese implicado un cambio de la política social de la lógica contributiva a la lógica de una ciudadanía social basada en derechos. En cambio, y en forma paulatina, fue creciendo el sistema de obras sociales⁶ y el número de hospitales públicos nacionales,⁷ dictándose leyes nacionales reglamentarias. Otro tanto ocurría con las legislaturas provinciales y la legislación para regular las obras sociales provinciales. Sin embargo, pronto el Congreso Nacional interpretó que tenía competencia para dictar leyes federales que establecieran y regularan el sistema de salud nacional (19.032, obra social para jubilados y pensionados; 18.160, obligación de los trabajadores de afiliarse a la obra social correspondiente a su rama de trabajo; 23.660 y 23.661, leyes sobre el sistema nacional de salud)⁸ y un sistema de protección integral de la discapacidad (22.431).⁹ Antes de la reforma de 1994, la Corte expresaba frecuentemente que el “derecho a la vida y a la preservación de la salud”¹⁰ se encontraba también reconocido en los artículos 14 y 14 bis, 18 y, en especial, 19 y 33 de la Constitución nacional.

⁶ Para una comprensión amplia, por un lado, de la relación entre la lógica del sistema de salud contributivo y el derecho a la salud y, por el otro, la relación entre el sistema sindical argentino y el sistema de obras sociales, véase Fazio, Federico de, “Sindicatos y obras sociales: entre la solidaridad y el control social”, en Clérico, Laura; Ronconi, Liliana y Aldao, Martín (coords.), *op. cit.*, pp. 1362-1385.

⁷ Crojetovich, María, “Claves para pensar la dinámica del Hospital Público”, en Clérico, Laura; Ronconi, Liliana y Aldao, Martín (coords.), *op. cit.*, pp. 1339-1357.

⁸ De acuerdo con el art. 38 de la ley 23661, la Superintendencia de Servicios de Salud (decreto 1615/1996) y los agentes del seguro estarán sometidos exclusivamente a la jurisdicción federal. Véase Pareto, Marcia y Aren, Julio, “La competencia en materia del seguro de salud”, *Lexis*, núm. 0003/402003.

⁹ Esta ley fue dictada por un gobierno *de facto* en 1981 y complementada luego de 1994 por la 24.901.

¹⁰ CSJN, *Caso Saquir y Dib*, fallos, 302:1284, cdo. 8), entre otros.

El derecho a la salud en Argentina

La reforma de 1994 consagra el derecho a la salud en múltiples lugares. Se encuentra explícitamente formulado en los artículos 41 (medioambiente), 42 (relación de consumo y de usuario de servicio público) y 75, incisos 22 (jerarquía constitucional de varios instrumentos internacionales de derechos humanos que involucran al derecho a la salud) y 23 (medidas de acción positiva para promover los derechos y lograr la *igualdad real*, entre otros, de las personas con discapacidad, de las niñas y niños, de las mujeres en estado de gravidez y periodo de lactancia, de las personas mayores) de la CN, más cercana a una lógica de ciudadanía social. Es decir, se tiene derecho a la salud por el solo hecho de ser habitante de un país (art. 12 Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, PIDESC, que goza de jerarquía constitucional de acuerdo con el art. 75, inc. 22 CN).¹¹

El derecho a la salud consagrado es amplio en cuanto a su objeto y esto advierte sobre el alcance de las obligaciones estatales y de los particulares. No solo se debe proteger la ausencia de enfermedad, sino que se debe buscar el disfrute del “más alto nivel posible de salud física y mental” (art. 12 PIDESC). Así, el derecho a la salud genera tanto deberes de abstención (de no hacer) como de hacer positivo. El mayor desarrollo jurisprudencial de la Corte en estos últimos años en materia de derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA) se refiere al derecho a la salud como derecho de prestación positiva.¹²

¹¹ Sobre las características del sistema de salud en la actualidad, véase Aloia, Carolina y Briner, Agustina, “Sistema de Salud en Argentina: evidencias recientes de su fragmentación y vigencia”, y Scioscioli, Sebastián, “Análisis introductorio de la estructura y funcionamiento del sistema sanitario en la Argentina”, en Clérico, Laura; Ronconi, Liliana y Aldao, Martín (coords.), *op. cit.*, pp. 1303-1337; Abramovich, Víctor y Pautassi, Laura, “El derecho a la salud en los tribunales: algunos efectos del activismo judicial sobre el sistema de salud en Argentina”, *Salud Colectiva*, vol. 4, núm. 3, 2008, pp. 261–282.

¹² Sin embargo, también se pronunció en algún caso referido al derecho a la salud como derecho de no intervención. Véase *Bahamóndez*, fallos, 316:479, 1993, donde la Corte Suprema declaró por mayoría que la cuestión había devenido abstracta, pues *Bahamóndez* había sido dado de alta y no había sido necesaria la transfusión de sangre diagnosticada. Sin embargo, los jueces Belluscio y Petracchi sostuvieron, en disidencia, que sería contraria a la Constitución una resolución judicial que autorizara a someter

MARTÍN ALDAO, LAURA CLÉRICO Y FEDERICO DE FAZIO

¿En qué consisten los deberes positivos del Estado?, ¿cuál es su alcance y *quiénes* responden por su cumplimiento en un Estado federal?¹³ Para responder hay que considerar la interpretación de las obligaciones que surgen de los instrumentos internacionales de derechos humanos, por ejemplo, las enumeradas en los artículos 1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH)¹⁴ sumadas a las más específicas que surgen del derecho a la salud reconocidas en el PIDESC y que ocasionó que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité DESC) se pronunciara en la Observación general (OG) 14 sobre el alcance de las obligaciones estatales de “respetar”, “garantizar” y “promover”,¹⁵ en la OG 5 acerca de los deberes de

a una persona adulta a un tratamiento sanitario en contra de su voluntad, cuando la decisión del individuo hubiera sido dada con pleno discernimiento y no implicara un perjuicio concreto a derechos de terceros. Véase Confirmación de la protección de la autonomía de una persona adulta que se niega en forma anticipada a recibir un tratamiento médico (transfusión de sangre), en CSJN, *Caso Albarracini*, 2012. Asimismo, Fortuna, Sebastián, “Derecho a la salud, campañas de vacunación y tratamientos alternativos: sobre la potestad del Estado, la autonomía familia y los derechos del niño”; Beloff, Mary; Freedman, Diego y Deymonnaz, Virginia, “La protección del derecho a la salud de niños y niñas”; Alegre, Marcelo, “¿Opresión a conciencia?: La objeción de conciencia en la esfera de la salud sexual y reproductiva”, Zuñiga Fajuri, Aljandra, “Eutanasia y derechos del paciente. ¿Hacia dónde dirigirnos?”; Beade, Gustavo A., “La criminalización de la tenencia y el consumo de drogas: ¿proteger la salud mediante el castigo penal”, entre otros, todos en Clérico, Laura; Ronconi, Liliana y Aldao, Martín (coords.), *op. cit.*

¹³ Un análisis más amplio y detallado sobre el impacto del derecho a la salud en el federalismo puede verse en Arballo, Gustavo, “Localizando el derecho a la salud”, en Clérico, Laura; Ronconi, Liliana y Aldao, Martín (coords.), *op. cit.*, pp. 1622-1652.

¹⁴ Sobre el desarrollo del contenido del derecho a la salud en el ámbito interamericano véase Parra Vera, Óscar, “La protección del derecho a la salud a través de casos contenciosos ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, en Clérico, Laura; Ronconi, Liliana y Aldao, Martín (coords.), *op. cit.*, pp. 762-800.

¹⁵ La obligación de respetar el derecho a la salud se refiere en particular a la abstención estatal de intervenir directa o indirectamente en el disfrute de este derecho, así como de denegar o limitar el acceso igual de todas las personas o de imponer prácticas discriminatorias como política de Estado. La obligación de proteger incluye, entre otras, la de adoptar leyes u otras

El derecho a la salud en Argentina

adoptar medidas de acción para promover los derechos de las personas con discapacidad, entre otras.¹⁶ De la reconstrucción de todos estos pronunciamientos surge que los deberes positivos del Estado son, por lo menos, de tres tipos de hacer:

- a) de aprobar leyes u otras normas que terminen de generar las condiciones para que el sujeto titular pueda hacer uso de su derecho sin necesidad de tener que transitar la vía administrativa, judicial o de cualquier otro tipo para reclamar por el ejercicio efectivo de los derechos, por ejemplo, las leyes sobre sistema nacional de salud (leyes 23.660 y 23.661), las normas sobre Plan Médico Obligatorio (PMO y PMOE), las leyes sobre programa de salud sexual y procreación responsable (ley 25.673 y Decreto 1282/03) y sobre anticoncepción quirúrgica (ley 26.130), de fecundación asistida (ley 26.862), la ley de protección integral de los derechos de las personas con discapacidad (ley 24.901), la ley reguladora de las empresas de medicina prepaga (ley 26.682)¹⁷ y sobre objetivos específicos (VIH, Plan Materno-Infantil, Plan Federal de Chagas, entre otros);¹⁸

medidas que resulten necesarias para impedir que terceros interfieran en el acceso igual a la atención de la salud y los servicios relacionados con la salud. Finalmente, la obligación de cumplir apunta a la necesidad de que los Estados reconozcan suficientemente el derecho a la salud en sus sistemas políticos y sus ordenamientos jurídicos nacionales y que adopten una política nacional de salud acompañada de un plan detallado para el ejercicio del derecho a la salud.

¹⁶ Así se debilita la objeción semántica contra los problemas de determinación del contenido de los derechos de prestación positiva. Véase Alexy, Robert, *Teoría de los derechos...*, cit., pp. 443 y ss. Asimismo, Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *op. cit.*

¹⁷ Véase Clérico, Laura *et al.*, “El subsistema privado de salud en Argentina. Notas y preguntas sobre el ‘Marco regulatorio de la medicina prepaga’”, en Clérico, Laura; Ronconi, Liliana y Aldao, Martín, (coords.), *op. cit.*, pp. 1417-1495; León Florián, Felipe Johan, “La eficacia de los derechos sociales entre particulares. Fundamento y posibilidades”, *Pensamiento Constitucional*, Perú, 2013, <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/8963>. Asimismo, Fidalgo, Maitena, *Adiós al derecho a la salud. El desarrollo de la medicina prepaga*, Buenos Aires, Espacio, 2008.

¹⁸ Es importante la reconstrucción del sistema de salud para contextualizar las líneas jurisprudenciales que se identifican en este trabajo. A su vez, sobre

MARTÍN ALDAO, LAURA CLÉRICO Y FEDERICO DE FAZIO

b) de organización y procedimiento, que exigen que el Estado haga algo suficiente y eficaz para que se puedan realizar los derechos, controlar, fiscalizar y coordinar las acciones de los agentes de salud para prevenir incumplimientos y establecer procedimientos eficaces de exigibilidad para los casos de incumplimiento por acción u omisión de las obligaciones. Asimismo, implican obligaciones de organización y procedimiento para implementar acciones positivas para dar respuesta a las fuertes desigualdades en el “desarrollo humano” entre las provincias,¹⁹ generadas por fuertes diferencias en las estructuras político-administrativas, económicas y sociales de las diferentes provincias, que implican que no todas cuenten con las mismas armas para cumplir con las obligaciones que surgen del derecho a la salud. Si, por ejemplo, el Estado nacional ponderó que las prestaciones —que surgen en forma enumerativa de la ley 24.901— estén a cargo de las obras sociales, tiene que generar un sistema de control eficaz para que aquellas obras sociales no adheridas logren garantizar, por lo menos, prestaciones similares. De lo contrario, no hace más que petrificar la desigualdad de hecho de las personas en situación de desventaja estructural que el constituyente del 94 diagnosticó (art. 75, incs. 23 y 17 CN) y que mandó a remediar, además, a través de medidas de acción positiva (argumento del art. 75, incs. 22 y 23 CN),²⁰ y

la importancia de incluir en trabajos de derecho comparado el enfoque del sistema de salud véase Flood, Colleen y Gross, Aeyal, “Litigating the Right to Health: What Can We Learn from a Comparative Law and Health Care Systems Approach?”, *Health and Human Rights*, vol. 16, núm. 2, diciembre de 2014, pp. 62-72.

¹⁹ Informe de Desarrollo Humano, 2002, entre muchos otros informes y artículos.

²⁰ El derecho a la salud, en su función de derecho a la organización y procedimiento, tiene como sujeto estatal obligado también al poder judicial. El procedimiento debe ser interpretado de forma tal que permita en la mayor medida posible la tutela efectiva del derecho a la salud. Esto obliga a volver la mirada sobre la forma en que los jueces y tribunales (inferiores) interpretan las normas de procedimiento para que de todas las posibles interpretaciones se inclinen por aquellas que tiendan a la mejor protección del derecho (incluida las cuestiones sobre la admisibilidad de la acción de

El derecho a la salud en Argentina

- c) de dar, por ejemplo, la entrega de medicamentos, prótesis, sillas de ruedas, etc., la prestación directa de servicios de salud, y el financiamiento de tratamientos y operaciones.

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

II. DESARROLLO JURISPRUDENCIAL

2.1. Derecho a la salud y prohibición de regresión arbitraria²¹

En el caso *Campodónico de Beviaqua*,²² la Corte argentina condenó al Estado nacional a continuar entregando un medicamento

amparo y la interpretación de la prueba, entre otras, como se tratan en los casos: *SMF*, CSJN, 18 de junio de 2008; *Mosqueda*, CSJN, 7 de noviembre de 2006, fallo: 329:4918; *María*, CSJN, 30 de octubre de 2007). Véase Clérico, Laura, “El derecho a la salud de las personas con discapacidad además como un derecho de organización y procedimiento: ‘S.M.F’, ‘Martín’ y ‘Gallardo’”, en *JA 2010-II*, Suplemento del fascículo núm. 7. b, pp. 24-32.

²¹ Este apartado responde a los desarrollos realizados en Clérico, Laura, “El derecho a la salud y el examen de proporcionalidad: prohibición de insuficiencia, de retroceso”, en Clérico, Laura; Ronconi, Liliana y Aldao, Martín (coords.), *op. cit.*, pp. 1043-1108, y Clérico, Laura y Aldao, Martín, “Una valija argumentativa para la exigibilidad de los derechos sociales: hacia la recuperación de la perspectiva de los actores en los reclamos en el ámbito local”, en Maurino, Gustavo y Bercovich, Luciana (coords.), *Los derechos sociales en el área metropolitana de Buenos Aires: una aproximación desde la teoría, las instituciones y la acción*, Buenos Aires, Eudeba, 2012.

²² CSJN, 24 de octubre de 2000, fallos: 323:3229. Véase la amplia recepción de este fallo en la academia internacional, Langford, Malcolm, *Social Rights Jurisprudence, Emerging Trends in International and Comparative Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011; Krennerich, Michael, *Soziale Menschenrechte. Zwischen Recht und Politik*, Schwabach, Wochenschau Verlag, 2013; Suárez Franco, Ana María, *Die Justiziabilität wirtschaftlicher, sozialer und kultureller Rechte*, Fráncfort del Meno, Peter Lang, 2009.

MARTÍN ALDAO, LAURA CLÉRICO Y FEDERICO DE FAZIO

oncológico para el tratamiento de la enfermedad de un niño que se encontraba en grave estado de salud, a pesar de que la autoridad alegaba argumentos referidos a los costos y obligaciones que corresponden al estado provincial y a la obra social. El niño se encontraba en situación de discapacidad porque padecía, desde su nacimiento, del mal de *Kostman*. Desde entonces, recibía sin cargo del Banco Nacional de Drogas Antineoplásicas una medicación especial para posibilitar el tratamiento de la enfermedad grave que padecía en su médula ósea, que disminuía sus defensas inmunológicas. Ese Banco informó a los padres del niño que iba a interrumpir la entrega de la medicación. Alegaba que el niño poseía obra social; asimismo, que podía pedir un subsidio para la compra del medicamento al estado provincial —por encontrarse domiciliado en la Provincia de Córdoba— o al Estado nacional a través del Ministerio de Desarrollo Social. Sostenía que si le seguía entregando el medicamento al niño, estaba privando de la oportunidad de obtenerlo a otras personas que padecen cáncer y que requieren esa medicación. Los padres del niño promovieron un amparo²³ contra el Estado nacional en el que reclamaron la acción de interrupción. El caso llegó por apelación a la Corte Suprema, quien ordenó al referido Banco que siguiera entregando el medicamento. La justificación alegada por el Estado fue examinada a la luz del test de proporcionalidad, analizando la prohibición de regresión arbitraria y aplicando el subexamen de idoneidad, de medios alternativos y de proporcionalidad en sentido estricto.

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

²³ Sobre amparo en materia de salud véase Treacy, Guillermo, “El derecho a la salud y el amparo individual”, pp. 1739-1762, así como Maurino, Gustavo y Sigal, Martín, “Derecho a la salud y litigio colectivo: perspectivas desde la Corte Suprema Argentina a la luz de ‘Benghalensis’ y ‘Halabi’”, pp. 1787-1810, ambos en Clérico, Laura; Ronconi, Liliana y Aldao, Martín, *op. cit.*; Gotlieb, Verónica; Yavich, Natalia y Báscolo, Ernesto, “Litigio judicial y el derecho a la salud en Argentina”, *Cadernos de Saúde Pública*, vol. 32, núm. 10, febrero de 2016.

El derecho a la salud en Argentina

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

Respecto del examen de medios alternativos más idóneos, el Estado nacional no parece haber realizado todos los esfuerzos para que el niño obtuviera el medicamento en forma tan efectiva o aun mejor que a través del Banco Nacional de Drogas. El Estado nacional es el garante del funcionamiento eficaz de las obras sociales nacionales,²⁴ por lo que le corresponde velar porque esa función sea cumplida y en forma adecuada y suficiente; sin embargo, no bastaba alegar que el niño poseía una obra social sin que el garante del sistema asegurara que esta entregaría el medicamento en forma segura, eficaz y continua. Asimismo, pudo haber garantizado a través de gestiones administrativas internas con el Ministerio de Desarrollo Social el otorgamiento del subsidio para la adquisición del medicamento, de forma tal que la interrupción fuera complementada con un medio tan eficaz como M1. En fin, todas estas consideraciones demuestran que el Estado nacional pudo haber implementado medios alternativos tan eficaces como mantener la entrega por medio del Banco Nacional de Drogas, con lo que la mera interrupción acompañada de alegaciones abstractas de supuestos medios alternativos deve-

²⁴ Véase Starowlansky, Veronica, “Reclamos administrativos y ante las obras Sociales”, en Clérico, Laura; Ronconi, Liliana y Aldao, Martín, *op. cit.*, pp. 1811-1822.

MARTÍN ALDAO, LAURA CLÉRICO Y FEDERICO DE FAZIO

la el actuar regresivo e injustificado a la luz del derecho a la salud del niño en situación de discapacidad.

Por último, el actuar regresivo del Estado nacional se corrobora claramente injustificado cuando se someten sus alegaciones al examen de proporcionalidad en sentido estricto. Recordemos que cuanto más intensiva sea la restricción y peso del derecho afectado, tanto más importantes deben ser las razones alegadas por el Estado. El derecho a la salud del niño presenta un peso alto. En este caso está íntimamente conectado con su derecho a la vida: si no recibía el medicamento, su vida corría peligro. Además, por este mismo punto, la restricción al derecho del niño por causa de la interrupción es muy intensa. La determinación de la intensidad de la restricción y la urgencia del cumplimiento de la obligación estatal surge de un ejercicio planteado por Arango,²⁵ quien sostiene que basta con imaginarse cuáles serían las consecuencias fácticas del accionar interruptivo y luego omisivo del Estado, quien, a pesar de estar en presencia de una situación concreta del afectado de necesidad y urgencia, no actúa a través de un actuar positivo. Incluso, el derecho a la salud del niño parte desde el comienzo con el argumento reforzado de que sería aplicable la presunción de invalidez del acto por dos razones: *a*) se trata de un accionar regresivo que cae en el umbral del contenido básico del derecho a la salud, y *b*) el niño pertenece a varios de los grupos en desventaja que requieren del Estado un actuar positivo para que tengan acceso real, en este caso, al derecho a la salud, pues *b.1*) es un niño, *b.2*) en situación de discapacidad.

Por todo ello, el Estado debió haber presentado razones muy imperiosas para poder justificar su actuar, extremo que no logró cumplimentar. Por un lado, no era una razón de peso suficiente alegar que no se trataba de una enfermedad oncológica, porque si bien la enfermedad padecida por el niño no lo era, su tratamiento requiere de la misma medicación que se necesita para el tratamiento de cáncer, por ello, el niño se encontraba en la misma situación de hecho que los enfermos de cáncer que la recibían

²⁵ Arango, Rodolfo, *El concepto de derechos sociales...*, cit., y del mismo autor, “El derecho a la salud en la jurisprudencia constitucional colombiana”, en Clérico, Laura; Ronconi, Liliana y Aldao, Martín (coords.), *op. cit.*, pp. 2551-2588.

El derecho a la salud en Argentina

del Banco, siendo irrelevante la naturaleza de la enfermedad. Por el otro, tampoco era una razón convincente alegar que el Banco Nacional de Drogas Neoplásicas decidió entregar en 1996 medicamentos al niño solo por *razones humanitarias*. La situación de extrema gravedad de la salud del niño y la urgencia en la necesidad de continuar el tratamiento no habían desaparecido. Por eso, seguían vigentes las razones por las cuales el Estado nacional decidió entregar el medicamento. Además, tampoco tenía peso el argumento referido a la obra social, que no estaba entregando el medicamento cuando claramente entraba dentro de las prestaciones que debía afrontar. El incumplimiento de esta obligación alcanza al Estado nacional porque él es el garante del funcionamiento del sistema de salud, con lo que la falta de eficacia en el control no puede ser cargada sobre las espaldas de quien padece la falta de funcionamiento aceptada del sistema, en este caso, el niño. Por último, tampoco era convincente el argumento de que le compete al estado provincial (Córdoba)²⁶ la entrega del medicamento. Si bien es cierto que dicho estado también está obligado a satisfacer el derecho a la salud, el niño no puede esperar que la provincia genere los medios necesarios para cumplir sus obligaciones. El Estado nacional puede, luego y por otros medios institucionales, exigir al estado provincial que le compense a la Nación los medicamentos entregados, entre otros.

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

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

²⁶ Álvarez, Magdalena y Guiñazú, Claudio, “El derecho a la salud en la Provincia de Córdoba”, en Clérico, Laura; Ronconi, Liliana y Aldao Martín (coords.), *op. cit.*, pp. 2319-2339.

MARTÍN ALDAO, LAURA CLÉRICO Y FEDERICO DE FAZIO

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

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

Esta pauta es confirmada en *Lamboglio de Vuoto*,²⁷ caso en el cual el Estado nacional se niega a proveer un medicamento necesario para el tratamiento de un menor aduciendo la responsabilidad de la mutual a la que estaba afiliada la familia del menor. Como en los precedentes mencionados, el dictamen de la Procuración, que es avalado por la CSJN, reafirma que la garantía del derecho a la salud, en especial en situación de vulnerabilidad, implica responsabilidad indeclinable del Estado nacional. Agrega que, en todo caso, corresponde al Estado nacional repetir los gastos contra las otras agencias o entidades estatales directamente responsables de garantizar el derecho.

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

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

²⁷ CSJN, 2 de marzo de 2011.

El derecho a la salud en Argentina

conducentes en general o en concreto o de que existan medios alternativos que puedan promover en mayor medida el derecho pueden provocar por sí mismas (es decir, sin la necesidad de un análisis de la proporcionalidad en su sentido estricto) una declaración de inconstitucionalidad.²⁸

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

El primero es el caso *Maldonado*.²⁹ En dicho fallo, la obra social (del personal de la Policía Federal Argentina) a la que estaba afiliada la familia Maldonado debía seguir costearo el tratamiento de su hija. La niña sufría la enfermedad de *Werdning-Hoffman*, que ocasiona una atrofia muscular espinal incurable y solo puede ser contrarrestada con cuidados paliativos. La obra social había solventado un tratamiento en Cuba con buenos resultados. Luego lo reemplazó por la atención en un centro de rehabilitación de la Provincia de Buenos Aires. Finalmente dio por terminadas las prestaciones. Mientras tanto, el estado de salud de la niña se deterioraba progresivamente, por lo que sus padres exigieron judicialmente que la obra social volviera a pagar el tratamiento apropiado en Rusia o en Cuba.

La Corte no dudó en concluir que la obra debía realizar un actuar positivo idóneo y suficiente; sin embargo, interpretaron que el tratamiento en Cuba no era el único medio necesario y que la obra social cumplía con su obligación de hacer si garantizaba un tratamiento idóneo y suficiente similar al practicado en dicho

²⁸ Alexy, Robert, “Sobre la estructura de los derechos de prestación”, en Beade, Gustavo A. y Clérico, Laura (eds.), *Desafíos a la ponderación*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2011. Véase, también, *Juzgado Federal núm. 2 de Santa Fe, C. D. A. c. Obra social de Conductores de Camiones*, de 10 de noviembre de 2008.

²⁹ CSJN, 23 de noviembre de 2004, fallos 327:5210.

MARTÍN ALDAO, LAURA CLÉRICO Y FEDERICO DE FAZIO

país. En consecuencia, ordenó a la obra social que cubriera un tratamiento en Argentina, que sería recomendado como el más conveniente por una junta de médicos especialmente convocada para ello por la Corte Suprema (los informes del Cuerpo Médico Forense establecieron que la evolución positiva de su salud no dependía de un tratamiento contingente fuera del país, sino de la posibilidad de contar con una estructura sanitaria continua y progresiva, que incluyera atención y seguimiento por parte de un equipo interdisciplinario de profesionales de la salud).

El segundo es el caso *Basin de Bernava*,³⁰ en el cual, la CSJN confirmó la resolución de la obra social del poder judicial que desestimaba solventar los gastos médicos para que un afiliado recibiera un tratamiento —que se realizaba en Argentina— en Estados Unidos. Para resolver así, la Corte tuvo en cuenta, por un lado, los informes acompañados que demostraban que las estadísticas respecto a los riesgos de la operación resultaban similares en ambos países y, por el otro, agregó que “[...] constituye deber ineludible señalar el valor que representa el interés general de custodiar y, por ende, evitar comprometer un fondo como el de la obra social, que pertenece por igual a la totalidad de los afiliados”. Señaló que “[...] el principio de solidaridad exige una correcta y cuidadosa administración de las finanzas de la obra social ya que, de no ser así, tal solidaridad sería ilusoria”. En este caso, entendió que proceder de una forma distinta a la que lo hizo la obra social implicaría privilegiar de manera desmesurada el interés individual de un paciente/afiliado en desmedro de un interés social, por cuanto prestaciones excesivamente onerosas afectarían notoriamente las legítimas expectativas y los derechos prestacionales de los otros afiliados.

La argumentación, apoyada sobre la idoneidad y necesidad de los medios, también cobra una especial importancia en aquellos casos en los cuales se reclama la cobertura de un “tratamiento experimental”.³¹ En este sentido, en Argentina solo se asentó

³⁰ CSJN, 20 de noviembre de 2000, fallos 324:3988.

³¹ En este sentido, véase González Magaña, I. y Medina, G., “Derecho a la salud. Derecho de los pacientes a tratamientos no autorizados. Los medicamentos de uso compasivo”, en *JA 2012-IV*, 2012.

El derecho a la salud en Argentina

la línea jurisprudencial del caso *Buñes, Valeria Elisabet v. Obra Social Unión Personal y otros*,³² en el que la actora reclamó a la Obra Social Unión Personal —a la cual estaba afiliada— y al Estado nacional la cobertura de un tratamiento clasificado por la autoridad administrativa como de “técnica experimental”. Primera y segunda instancias rechazaron la demanda, lo cual dio lugar al recurso extraordinario cuya denegación originó la queja. La CSJN, por mayoría, rechazó el recurso intentado. La razón del rechazo se apoya en la falta de obligatoriedad legal de la provisión de ese medio por parte de la prestadora. Así, la Corte sostuvo que

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

En el mismo sentido, en el caso *Contino*,³³ si bien la Corte evita pronunciarse sobre el fondo del asunto, confirma una sentencia de la Cámara Federal de Mar del Plata en la que se rechaza la petición de cobertura de un tratamiento experimental no incluido en el PMO, por no haberse probado adecuadamente en el expediente la efectividad superior del tratamiento.

Sin embargo, cabe alertar que la aplicación de la regla que indica cuáles tratamientos son obligatorios y cuáles no, no puede, por sí sola, cerrar la argumentación a futuras ponderaciones. Si es posible ponderar los principios que sostienen a la regla que determina el plan obligatorio de prestaciones y el derecho a la salud, fomentado por un tratamiento experimental, entonces ahí sí cobra un especial interés el análisis de la idoneidad y alterna-

³² CSJN, 19 de mayo de 2010, fallo B. 537. XLIV.

³³ CSJN, 29 de junio de 2010.

MARTÍN ALDAO, LAURA CLÉRICO Y FEDERICO DE FAZIO

tividad de los medios. Así, si se demuestra que el tratamiento experimental resulta idóneo en el caso en concreto, la justificación puede variar de aquella estipulación formal establecida por el legislador.³⁴

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

El derecho a la salud es inclusivo. Esto queda reflejado en el párrafo 4 de la OG 14: “[...] el derecho a la salud abarca una amplia gama de *factores socioeconómicos que promueven las condiciones merced a las cuales las personas pueden llevar una vida sana, y hace ese derecho extensivo a los factores determinantes básicos de la salud, como la alimentación y la nutrición, la vivienda, el acceso a agua limpia potable y a condiciones sanitarias adecuadas, condiciones de trabajo seguras y sanas y un medio ambiente sano*” (cursivas añadidas). Para hablar con mayúscula de un acceso efectivo al derecho a la salud, tienen que estar dados todos los factores que se incluyen en la cita. Esto habla de la emergencia y necesidad de encarar algunos reclamos sobre derecho a la salud desde una perspectiva integral. Los tres fallos que a continuación se analizan responden a esa perspectiva integral, pero con distinta suerte en cuanto al resultado de la sentencia.

El caso *Ramos*³⁵ se trataba de una mujer, jefa de hogar, domiciliada en la Provincia de Buenos Aires. La mujer, por sí y en representación de sus ocho hijos menores de edad, promovió acción de amparo ante un juzgado civil de la capital contra el Ministerio de Desarrollo Social y Medio Ambiente de la Nación, la Provincia de Buenos Aires y el Hospital Pediátrico Garrahan, con el fin de que se garantizaran los derechos a una sana y debida ali-

³⁴ Clérico, Laura, “El derecho a la salud y el examen de proporcionalidad...”, *cit.*, pp. 1043-1108; Fazio, Federico de, *Teoría principialista de los derechos sociales*, Madrid, Marcial Pons, 2019.

³⁵ CSJN, 21 de noviembre de 2000, fallos 323:3873. Asimismo, Clérico, Laura y Vita, Leticia, “Efectos del litigio en derecho a la salud y equidad: el caso de la Provincia de Buenos Aires, Argentina,” *Revista Derecho y Ciencias Sociales*, Universidad de La Plata, 2017.

El derecho a la salud en Argentina

mentación, a la salud, a la educación y a tener una vivienda digna. El juez declaró su incompetencia para conocer del caso, en tanto se demandaban en forma conjunta a una provincia y al Estado nacional. La CSJN declaró que la causa correspondía a su competencia originaria. Respecto del fondo del asunto, en 2002, la Corte nacional rechazó el amparo. La mayoría de los juzgadores sostuvo en dicho caso “[...] que el desamparo que expone la actora y en el que funda su presentación, si bien revelador de un dramático cuadro social, no puede ser considerado ni resuelto por esta Corte toda vez que no es de su competencia valorar o emitir juicios generales de las situaciones cuyo gobierno no le está encomendado toda vez que la naturaleza específica de sus funciones en el marco de las instituciones fundamentales se lo impide”.

El caso fue resuelto a pocos meses de la crisis de diciembre de 2001, de lo que se deduce que el Tribunal privilegió la precaria situación financiera del Estado, mostrando una severa miopía respecto del impacto de la crisis en la población. En dicho precedente, es claro que el Tribunal no prestó una debida atención al contexto de exclusión social³⁶ en el que se enmarcaba la acción de amparo. Se trataba de emitir juicios sobre el caso concreto de niños que se encontraban en estado de desnutrición por no poder gozar efectivamente del derecho a la alimentación.

Ante estos supuestos, el derecho a la salud presenta una fuerte conexión con el derecho a la alimentación. Sin embargo, en la jurisprudencia de la Corte Suprema no se registran muchas sentencias sobre el tema, y las pocas que existen se emitieron cercanas a la crisis de diciembre de 2001. Se trata, además del ya men-

³⁶ En un fallo de 2000, la Corte adhirió al dictamen de la entonces procuradora fiscal Graciela Reiriz, quien interpretó que el caso correspondía ser suscitado en la instancia originaria de la Corte de la Nación, a fin de conciliar lo preceptuado por el art. 117 de la Constitución Nacional respecto de las provincias, con la prerrogativa que le asiste a la Nación al fuero federal, sobre la base de lo dispuesto en el art. 116. La evaluación del carácter conjunto de la demanda se cumple si *prima facie* son demandados en el pleito, nominal y sustancialmente, el Estado nacional y la Provincia de Buenos Aires. Este requisito se cumple si surge el carácter conjunto a primera vista y no en forma definitiva, pues, de no ser así, estaría resolviendo anticipadamente la cuestión de fondo en el marco de la discusión de la cuestión de la competencia.

MARTÍN ALDAO, LAURA CLÉRICO Y FEDERICO DE FAZIO

cionado caso *Ramos*,³⁷ de 2000 y 2002,³⁸ de los casos *Rodríguez*,³⁹ *Quiñone*⁴⁰ y *Esquivel*.⁴¹

El caso *Rodríguez* se trataba de una mujer y sus hijos R.R. y K.L.H., de 5 y 2 años de edad, respectivamente, que vivían en el barrio La Matera de Quilmes, Provincia de Buenos Aires. Subsistían con la ayuda que les otorgaba el Estado a través del plan social “Familias” y con la que les prestaban tres comedores que funcionaban en su barrio. A partir del cierre de esos centros asistenciales, el dinero percibido en carácter de plan social no le resultaba suficiente para brindar una alimentación adecuada a sus hijos, quienes, al momento de iniciada la acción de amparo, se encontraban en estado de desnutrición. Por ello, Rodríguez, en representación de los menores, demanda al Estado nacional —Ministerio de Salud y Acción Social—, la Provincia de Buenos Aires y la Municipalidad de Quilmes, ante el Juzgado Federal 4 de La Plata, basándose en la ley 25.724 —que creó el Programa Nacional de Nutrición y Alimentación—.⁴²

Se solicitó que se dispusiera el cese de las acciones y omisiones estatales que llevaron a sus hijos a padecer el grave estado de desnutrición y que se llevaran a cabo las acciones necesarias para superarlo. Además, pidió que se dictara una medida cautelar para que se les entregaran los elementos necesarios para asegurarles una dieta alimentaria y se realizaran controles de la evolución de la salud de los niños.

El juzgado interviniente se declaró incompetente para conocer del caso, por ser partes el Estado nacional y la Provincia de Buenos Aires, y lo remitió a la CSJN. Esta se declaró incompetente, sin perjuicio de lo cual ordenó medidas cautelares a la Provincia y a la Municipalidad de Quilmes para asegurar el derecho a la alimentación y para que controlaran el estado de salud de los

³⁷ CSJN, *Caso, Ramos, Marta R. y otros vs. Ministerio de Desarrollo Social y Medio Ambiente y otros*, fallos 323:3873, 2000.

³⁸ CSJN, 12 de marzo de 2002, fallos 325:396; JA 2002-IV, 466.

³⁹ CSJN, 7 de marzo de 2006.

⁴⁰ CSJN, 11 de julio de 2006.

⁴¹ CSJN, 07 de marzo de 2006.

⁴² Ley 25724.

El derecho a la salud en Argentina

niños. Luego de este caso, la Corte resolvió en el mismo sentido otros dos similares: *Quiñone*⁴³ y *Esquivel*, en los cuales se reclamaban medidas de acción positiva para satisfacer el derecho a la alimentación de unos niños que se encontraban en estado de desnutrición.

La jurisprudencia en *Rodríguez* es bienvenida, porque cambia para mejor la sentada en *Ramos*. En *Rodríguez*, si bien la Corte se declaró incompetente para conocer en forma directa (por la vía originaria), decretó una medida cautelar y ordenó al estado provincial y municipal realizar medidas de acción positiva para satisfacer el derecho a la alimentación de los niños afectados. Sin embargo, como en *Ramos*, la Corte decidió en este caso no pronunciarse sobre la cuestión de fondo, es decir, sobre el alcance del derecho a la alimentación cuando se trata de personas provenientes de grupos en desventaja, entre las cuales se encontraban varios niños en situación de calle. Los caminos argumentativos son muy distintos, y por eso *Rodríguez* cambia en un punto, y para mejor, la jurisprudencia que emana de *Ramos* (en *Rodríguez* se declara procedente la medida cautelar). Sin embargo, este último caso, visto desde la perspectiva de la conexión del derecho a la salud con el derecho a la alimentación, se queda a la mitad del camino. La Corte Suprema no se pronuncia sobre las “obligaciones impostergables” que tienen el Estado nacional y el estado provincial respecto del derecho a la alimentación de los niños que pertenecen a los grupos en desventaja, según el artículo 75, inciso 23 de la Constitución nacional.

El hecho de que la Corte Suprema emitiera una sentencia sobre este punto no es una cuestión menor. Basta para demostrar

⁴³ La Corte, con remisión al *Caso Rodríguez*, declara procedente la medida cautelar y, en consecuencia, ordena a la Provincia de Buenos Aires y a la Municipalidad de Quilmes que le provea a I. A., E. A., B. G., K. N. y L. L. Quiñone de los alimentos necesarios para asegurar una dieta que cubra las necesidades nutricionales básicas y se realicen controles sobre la evolución de la salud, en un plazo de cinco días. Luego se declara incompetente para entender en esas actuaciones. La mayoría está conformada por los ministros: Petracchi, Fayt, Maqueda, Zaffaroni y Lorenzetti. Sobre las medidas cautelares en materia de salud véase Lara Correa, Walter y Mohadeb, Sergio, “Medidas cautelares (salvavidas) y derecho a la salud”, en Clérico, Laura; Ronconi, Liliana y Aldao, Martín (coords.), *op. cit.*, pp. 1763-1775.

MARTÍN ALDAO, LAURA CLÉRICO Y FEDERICO DE FAZIO

esta importancia la repercusión que el caso *Campodónico*⁴⁴ ha tenido en relación con otros casos que se han referido a la entrega de medicamentos. En la actualidad, es mucho más fácil exigir el cumplimiento de esas obligaciones iusfundamentales en materia de derecho a la salud. En suma —y parafraseando las palabras diplomáticas del Comité DESC—, “Se invita a los jueces y otros miembros de la profesión letrada a prestar una mayor atención a las violaciones del derecho a la alimentación en el ejercicio de sus funciones.”⁴⁵ O en otras palabras —y más combativas— de la Corte: “Cuando se trata de resguardar el interés superior del niño, atañe a los jueces buscar soluciones que se avengan con la urgencia y la naturaleza de las pretensiones, encauzar los trámites por vías expeditas y evitar que el rigor de las formas pueda conducir a la frustración de derechos que cuentan con particular tutela constitucional”.⁴⁶

Nuevamente, si bien la Corte evitó pronunciarse sobre el fondo, estos casos hablan claramente del carácter “inclusivo”⁴⁷ del

⁴⁴ CSJN, fallos 323:3229.

⁴⁵ Comité DESC, Observación general 12, El derecho a una alimentación adecuada (artículo 11), de 1999, párr. 34.

⁴⁶ CSJN, *Maldonado*, fallo, 327, 5210; *Lifschitz*, fallo, 324:122, 15/06/2004.

⁴⁷ Véase Comité DESC, Observación general 14, El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud, de 11 de agosto de 2000: “En la observación general 3, el Comité confirma que los Estados Partes tienen la obligación fundamental de asegurar como mínimo la satisfacción de niveles esenciales de cada uno de los derechos enunciados en el Pacto, incluida la atención primaria básica de la salud. Considerada conjuntamente con instrumentos más recientes, como el Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo, la Declaración de Alma-Ata ofrece una orientación inequívoca en cuanto a las obligaciones básicas dimanantes del artículo 12. Por consiguiente, el Comité considera que entre esas obligaciones básicas figuran, como mínimo, las siguientes: [...] Asegurar el acceso a una alimentación esencial mínima que sea nutritiva, adecuada y segura y garantice que nadie padezca hambre”. Véase, asimismo, la fundamentación de la sentencia en el caso *Cerrudo*, en el que ordenan medidas cautelares al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires para que incluya a la familia en algún plan social frente al cuadro de desnutrición que padecían varios niños integrantes de esa familia o que entregue en forma inmediata un “bolsón” con los alimentos necesarios para una adecuada alimentación del grupo familiar por lo menos durante una semana. Dicha entrega deberá repetirse todas las semanas durante la vigencia de la medida cautelar, Juzgado de Primera Instancia en lo

El derecho a la salud en Argentina

derecho a la salud, el cual abraza, entre otros contenidos, el derecho a una alimentación adecuada a los efectos de garantizar el disfrute del “más alto nivel posible de salud física y mental” (art. 12 PIDESC), más aún cuando en estos casos se trata de garantizar condiciones sociales y económicas aceptables para evitar la desnutrición de niñas y niños que, a su vez, requieren de una protección especial (según el art. 19 CADH).

Por último, la Corte Suprema argentina había tratado de evitar pronunciarse con anterioridad sobre reclamos integrales del derecho a la salud⁴⁸ que implicaban referirse al derecho a la vi-

Contencioso Administrativo Tributario de la Ciudad, núm. 3, 11 de marzo de 2003.

⁴⁸ Véase CSJN, *Urán, Roberto E. y otros vs. Provincia de Buenos Aires y otros*, Sentencia de 2006. En *Urán*, el caso se encuadra en el contexto de una familia compuesta por la pareja y sus diez hijos menores de edad. La familia vivía hacinado en una pequeña habitación de una casa tomada en el partido de Boulogne, San Isidro, provincia de Buenos Aires. El padre de la familia, el señor Urán, padecía una discapacidad congénita que requería una nueva intervención quirúrgica y le impedía trabajar. La esposa trabajaba como personal de limpieza en casas de familia. Sin embargo, para la fecha de la presentación del reclamo, 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. El señor Urán era titular de una pensión por invalidez y percibía un salario familiar; sin embargo, le resultaban insuficientes para cubrir las necesidades mínimas de alimentación de sus hijos. Por todo ello, iniciaron directamente en la Corte Suprema de la Nación, una acción de amparo contra la Municipalidad de San Isidro, la Provincia de Buenos Aires, el Estado Nacional y contra el Instituto Provincial de la Vivienda. La acción tenía por objeto que dichos organismos le suministraran lo necesario para acceder a una vivienda digna y alimentación, y también pedían ser incluido en el Plan Federal de Vivienda o en otro alternativo. A su vez, interpusieron una medida cautelar para que temporalmente -hasta obtener un trabajo- se le otorgaran 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. Por esto último, la Corte declaró inadmisibles el reclamo y tampoco se pronunció sobre la cautelar como lo había realizado en casos levemente similares ante situaciones iusfundamentales de gravedad y urgencia. Analizó y criticó la jurisprudencia de la Corte en

MARTÍN ALDAO, LAURA CLÉRICO Y FEDERICO DE FAZIO

vienda digna.⁴⁹ De ahí la relevancia del reciente pronunciamiento⁵⁰ en *Q. C. c. GCABA*. En el caso, una mujer y su hijo, el cual padecía de una discapacidad severa, solicitaban al gobierno de la Ciudad de Buenos Aires⁵¹ el acceso a una vivienda adecuada. En su argumentación no solo estaba implicado el derecho a la vivienda sino, especialmente, el derecho a la salud del niño. En particular, se había probado que el niño había involucionado en el tratamiento de su enfermedad como consecuencia directa de su deficiencia habitacional. Por ejemplo, el hotel donde vivían carecía de cocina y comedor privado y algunos de los vecinos

Urán. Véase Clérico, Laura, “El derecho a la alimentación de los niños, la presunción de exclusión y la necesidad de cambiar el estándar de control de las obligaciones estatales iusfundamentales. ‘Rodríguez’, ‘Comunidad toba del Chaco’ y la sombra de Ramos”, *JA* 7/11/2007. Sobre derecho a la salud y comunidades indígenas véase Ramírez, Silvina y Pautassi, Laura, “Derecho a la salud en contextos de discriminación: el caso de los pueblos originarios”, en Clérico, Laura, Ronconi, Liliana y Aldao, Martín (coords.), *op. cit.*, pp. 603-626.

⁴⁹ Esta actitud parece persistir. Luego de dictada la sentencia en el caso *Q. C.*, la CSJN resolvió en *A.P., L.V. /C Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y otros /s Amparo*, el 11 de diciembre de 2012, desestimar la queja presentada por la actora contra varias sentencias del Superior Tribunal de Justicia de la Ciudad sobre derecho a la vivienda incluidas en el expediente. La Corte sostiene que “[...] las cuestiones suscitadas en estas actuaciones no guardan sustancial analogía con el precedente *Q 64 XLVI “Q.C.,S.Y c/ Gob. de la CABA s/ Amparo”*, Sentencia del 24/4/2012. En “*A.P.L.V.*” se encuentran comprendidas más de 40 causas sobre acceso a la vivienda. Entonces queda como tarea pendiente revisar cada una de las cuestiones de esas causas para analizar críticamente el fallo reciente de la Corte para ver si guardan o no “sustancial analogía” con *Q. C.* Sin embargo, se le puede criticar al fallo de la Corte en “*A.P.L.V.*” que no haya fundamentado su sentencia en relación con las cuestiones de cada una de las 46 causas. Es claro que no basta con afirmar que no guardan relación sustancial con otra causa. *La Corte nos debe la justificación de su sentencia.*

⁵⁰ Sin embargo, si se analiza el fallo desde la perspectiva de la interdependencia del derecho al acceso a una vivienda digna y el derecho a la salud de las personas en situación de discapacidad, entonces el pronunciamiento se podría inscribir en la línea jurisprudencial de la Corte sobre derecho a la salud de las personas con discapacidad.

⁵¹ Pucciarello, Mariana, “El derecho a la salud en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”, en Clérico, Laura; Ronconi, Liliana y Aldao, Martín (coords.), *op. cit.*, pp. 2455-2475.

El derecho a la salud en Argentina

habían presentado quejas por los ruidos causados por el niño en los lugares compartidos. Ello produjo que Q. C. cocinara y alimentara a su hijo en su cuarto, en privacidad, donde solo podía prepararle papilla. Estudios forenses advirtieron que el hecho de que el niño solo se alimentara de papilla había traído como consecuencia que no aprendiera a masticar. En este sentido, su falta de evolución respecto a su posibilidad de masticar no era provocada por su discapacidad en sí, sino por dicha circunstancia, e implicaba una involución en el tratamiento de su enfermedad. Por tanto, la Corte ordenó —con matices— al gobierno local que garantizara a la actora y a su hijo en situación de discapacidad, que se encontraban en “situación de calle”, un alojamiento con condiciones edilicias adecuadas, sin perjuicio de contemplar su inclusión en algún programa de vivienda en curso o futuro para la solución permanente de la situación de excepcional necesidad planteada. Agregó que el gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires deberá asegurar la atención y el cuidado del niño y proveer a la actora el asesoramiento y la orientación necesarios para la solución de su problemática habitacional.⁵²

La argumentación de la CSJN respecto de la conexidad entre el derecho a la vivienda y a la salud es confirmada en el caso *Gómez*,⁵³ en el que una jubilada a cargo de un menor con discapacidad demanda a la Provincia de Río Negro por considerar vulnerado su derecho a una vivienda digna.

Por último, en *Kersich*,⁵⁴ la Corte nacional vincula de modo directo el acceso al agua potable con el derecho a la salud. En el caso, un grupo de 25 vecinos de la ciudad de 9 de Julio habían demandado a la empresa “Aguas Bonaerenses” por haberse de-

⁵² Cardinaux, Nancy *et al.*, “Condiciones de posibilidad para la exigibilidad judicial del derecho a la vivienda en el ámbito local”, *Revista Argentina de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 2013, <http://www.derecho.uba.ar/investigacion/investigadores/publicaciones/vita-condiciones-de-posibilidad-para-la-exigibilidad-judicial-del-derecho-a-la-vivienda.pdf>; Pucciarello, Mariana, “El derecho a la vivienda en la Ciudad de Buenos Aires”, *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, 2012.

⁵³ CSJN, *Gómez*, *Lucía Nélide y otro s/ amparo* de 13 de noviembre 11 de 2018.

⁵⁴ CSJN, *Kersich*, *Juan Gabriel y otros c/Aguas Bonaerenses S.A. y otros s/ amparo* de 2 de diciembre de 2014.

MARTÍN ALDAO, LAURA CLÉRICO Y FEDERICO DE FAZIO

tectado niveles de arsénico superiores a los permitidos. Durante el transcurso del proceso, el tribunal de primera instancia acepta integrar a la causa como nuevos actores a más de 2 600 vecinos también afectados, y dicta una medida cautelar a fin de que la empresa brinde agua potable a los usuarios hasta en tanto resuelva el problema del arsénico. Si bien la CSJN devuelve el caso por considerar que debió haberse tramitado según el estándar establecido en *Halabi* (sobre diversos supuestos de amparo de incidencia colectiva),⁵⁵ sostiene la medida cautelar al tomar en cuenta que está en juego el derecho humano al agua potable, que tiene incidencia directa en los derechos a la vida y a la salud de las personas.

2.4. Derecho a la salud y derechos reproductivos

La jurisprudencia de la Corte sobre derecho a la salud reproductiva no es copiosa.⁵⁶ El caso *Yapura* forma parte de esta escueta línea jurisprudencial. Por ejemplo, el derecho a la salud de las mujeres en su faz de derecho a la salud (reproductiva) se diluyó e invisibilizó tras el caso *Portal de Belén*.⁵⁷ En dicha sentencia, la Corte, por mayoría, ordenó prohibir la producción, distribución

⁵⁵ Maurino, Gustavo y Sigal, Martín, “Derecho a la salud y litigio colectivo: perspectivas desde la Corte Suprema Argentina a la luz de ‘Benghalensis’ y ‘Halabi’”, en Clérico, Laura; Ronconi, Liliana y Aldao, Martín (coords.), *op. cit.*, pp. 1787-1810.

⁵⁶ Ramón Mitchell, Agustina y Bergallo, Paola, *La reproducción en cuestión. Investigaciones y argumentos jurídicos sobre aborto*, Buenos Aires, Eudeba, 2018; Clérico, Laura y Ronconi, Liliana, “Impacto del bloque de constitucionalidad en la interpretación del derecho común. La interpretación amplia de los abortos permitidos en Argentina”, *Revista de Estudios Constitucionales*, Chile, Talca, 2012, pp. 193-230. Por lo demás, recientemente, el propio Comité DESC se refiere a esta sentencia para instar al Estado a “Adoptar medidas efectivas para la implementación en todas las Provincias de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia” en el *Caso FAL* (CSJN; fallos: 335:197) de 2012 sobre interrupción voluntaria del embarazo. Véase Comité DESC, Observaciones finales al Informe Argentina, de 18 de septiembre de 2018, párr. 56.

⁵⁷ CSJN, *Portal de Belén - Asociación Civil sin Fines de Lucro vs. Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación s/ amparo*, de 5 de marzo de 2002, fallos, 315:1361.

El derecho a la salud en Argentina

y venta de la llamada “píldora del día siguiente” —INMEDIAT— porque uno de los posibles efectos de ingerirla podría tener “carácter abortivo”.

Fallos como este merecieron una fuerte crítica, porque para analizar los efectos del referido medicamento el Tribunal cita fuentes “científicas” parciales, desactualizadas y no considera, por ejemplo, los informes de la Organización Mundial de la Salud (OMS). Además, no toma en cuenta los derechos a la salud reproductiva y a la autonomía de las mujeres.

Por el contrario, en el caso *T. S.*, la Corte resolvió, por mayoría, que la inducción del parto a una mujer embarazada de un feto anencefálico estaba permitido, en atención al derecho a la salud de la madre (integridad psíquica), frente al estado irreversible que excluye la viabilidad extrauterina del feto. De la doctrina de este fallo se desprende que el derecho a la continuación de la existencia intrauterina del feto puede colisionar con el derecho a la salud de las mujeres, entendida esta última no solo como salud física, sino también psíquica.

Por lo demás, no se volvió a pronunciar sobre el fondo del asunto hasta el caso *F.A.L.*, aunque sí sobre cuestiones formales en tres casos referidos a derechos de salud reproductiva de las mujeres. En *Mujeres por la Vida*, la Corte Suprema decidió que una asociación civil de la Provincia de Córdoba⁵⁸ estaba legitimada activamente (art. 43 CN) para solicitar que suspendieran la aplicación del programa de salud sexual y reproductiva implementado por el Gobierno nacional en todo el país (ley 25.673), porque consideraba que dicha norma era violatoria de los “derechos de incidencia colectiva a la vida, a la salud y a la patria potestad”.

Por su parte, la jueza Argibay votó en disidencia —denegando la legitimación—. Sostuvo que si bien estos “[...] son derechos relacionados con los intereses más elevados de las personas, [...] eso no los transforma en colectivos, pues son perfectamente divisibles y ejercidos de diferente manera por cada titular, por cada

⁵⁸ Sobre salud reproductiva en Córdoba véase Álvarez, Magdalena y Guiñazú, Claudio, *op. cit.*, pp. 2319-2339.

MARTÍN ALDAO, LAURA CLÉRICO Y FEDERICO DE FAZIO

ser humano”. Si bien ninguno de los miembros de la Corte se pronunció sobre el fondo del asunto, la jueza Argibay sostuvo en su voto disidente, con fundamento en el principio de autonomía (art. 19 CN), que fijar “[...] una determinada versión del derecho a la salud y de la vida sexual se transformaría en una imposición colectiva sobre las decisiones individuales”.

Posteriormente, la Corte resolvió el caso *Yapura, Gloria Catalina c/ Nuevo Hospital El Milagro y Provincia de Salta*.⁵⁹ Este se trataba de una mujer embarazada que promovió un amparo ante los tribunales de la Provincia de Salta reclamando autorización para que se le practicara una ligadura de trompas inmediatamente después de haber dado a luz a su cuarto hijo. Tanto ella como su cónyuge estaban desempleados, su único ingreso era el dinero que recibían del “Plan Jefas y Jefes de Hogar”. A causa de la escasez de recursos para continuar con la crianza de sus hijos, la reclamante se decidió por la ligadura para evitar quedar embarazada nuevamente. Sin embargo, las autoridades de la clínica en la que tendría lugar el parto se negaban a practicarla sin previa autorización judicial. La Suprema Corte de Salta rechazó el pedido, ya que consideró que la prueba tendente a acreditar que los médicos se negaban a realizarle la intervención había sido presentada con posterioridad a que el juez inferior hubiera dictado el fallo.

La Corte Suprema nacional dejó sin efecto la sentencia y dispuso la continuación de la acción (voto de los jueces Petracchi, Highton de Nolasco, Fayt, Maqueda y Lorenzetti; Argibay en disidencia). Argumentó que en cuestiones vinculadas con el derecho a la salud los jueces no pueden omitir el análisis de una prueba presentada por la afectada fuera de los términos legales, cuya omisión significa un injustificado rigor formal. Además, sostuvo que cuando está comprometido el derecho a la salud, a la vida, a la libre determinación, a la intimidad y a la protección integral de la familia no es razonable impedir la continuidad de un amparo que tiene como objetivo obtener soluciones que se avengan con la urgencia que implican estas cuestiones. En agosto de 2006, dos

⁵⁹ CSJN, 6 de junio de 2006, fallos: 329:2179. Asimismo, Sacchi, Mónica; Hausberger, Margarita y Pereyra, Adriana, “Derecho a la Salud en la Provincia de Salta”, en Clérico, Laura; Ronconi, Liliana y Aldao, Martín, *op. cit.*, pp. 1923-1944.

El derecho a la salud en Argentina

meses después del dictado de la sentencia, el Congreso de la Nación aprobó la ley 26.130 sobre régimen de las intervenciones de contracepción quirúrgica. De acuerdo con esta, cualquier persona mayor de edad tiene derecho a que le realicen una ligadura de trompas de Falopio en los servicios del sistema de salud.⁶⁰

Por último, la Corte vuelve a pronunciarse tangencialmente sobre el tema salud reproductiva en el caso *Núñez de Zannetti c/ Famyl*. Se trata de un amparo iniciado por una mujer que sufría una resección de intestino con carácter crónico. Esto restringía severamente sus posibilidades alimenticias y la sometía a la llamada nutrición parenteral. La extirpación obedeció a un cuadro de peritonitis grave. “*Famyl S.A.*”, la prepaga, afirmaba que la dolencia era consecuencia de una “maniobra abortiva”, practicada en forma clandestina o, al menos, en un lugar inapropiado, no previsto contractualmente, y con la intervención de médicos no inscritos en el plan de salud. Invocaba la exclusión de la cobertura y la inexistencia de un acto ilegítimo o arbitrario de su parte, ya que la actora se había adherido a un plan cerrado, lo cual implicaba que las prestaciones sanitarias y médicas debían cumplirse a través de los profesionales y establecimientos que provee la empresa, de modo que se asegurara la calidad de la prestación. En este sentido, señalaba que la práctica se habría realizado en un consultorio particular, sin la concurrencia de los recursos humanos y técnicos del caso.

La prepaga reconocía que el Estado, mediante la sanción de la ley 24.754, había trasladado parte de esas cargas a la actividad privada y que la dieta perinatal forma parte de las prestaciones médicas obligatorias (PMO). Sin embargo, la prepaga no se consideraba deudora de lo que se le reclamaba, ya que sería preci-

⁶⁰ Para una reconstrucción anticipada del argumento, véase Ronconi, Liliana, “La aplicación del examen de proporcionalidad para determinar las obligaciones estatales de prestación: ¿debe el Estado satisfacer los tratamientos de reproducción asistida?”, en Beade, Gustavo A. y Clérico, Laura (eds.), *Desafíos a la ponderación*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2011; Rosales, Pablo Oscar, “La fertilización humana asistida en la reciente ley nacional 26.862 de reproducción médicamente asistida y en el proyecto de nuevo Código Civil y Comercial”, en Clérico, Laura; Ronconi, Liliana y Aldao, Martín (coords.), *op. cit.*, pp. 1137-1152.

MARTÍN ALDAO, LAURA CLÉRICO Y FEDERICO DE FAZIO

so que esa prestación (la alimentación parenteral) hubiese sido consecuencia de otras prácticas médicas también comprendidas en aquel listado (o sea, también cubiertas). Como entiende que esa “segunda condición” no se daba en el caso, entonces no se consideraba obligada a la prestación.

La Corte condenó a FamyI a hacerse cargo de la alimentación perinatal. Entendió que la interpretación que proponía la prepaga suponía una restricción al derecho a la salud de la mujer que no surgía ni expresa ni implícitamente del sistema impuesto por la ley 24.754 y por la resolución que establece el PMO, ya que el alcance de prestaciones contempladas no hace “acepción de etiologías” (o sea, no remite a la causa de las dolencias) como pretende la prepaga.

Por ello, concluye que la posición de la prepaga carecía de fundamentos jurídicos de base legal como convencional, según la interpretación del contrato realizada por los tribunales de grado. Así, la prepaga intentaba desligarse (sin éxito) de su obligación alegando que la usuaria no recurrió a un profesional de la cartilla para atender su dolencia, pero, ¿podría haber recurrido a uno de ellos para que se le practicara la interrupción del embarazo que consiguió por otros medios? Muy probablemente habría obtenido una negativa de la prepaga. En este sentido, advertimos que la debilidad del argumento de la prepaga hubiera merecido alguna consideración por parte de la Corte Suprema, dado que, en estos casos, quienes se encuentran en una situación de especial vulnerabilidad son las mujeres. La Corte pudo haberse sumergido de lleno en su fundamentación en los derechos de las mujeres, ya que si bien el caso puede ser interpretado por los resultados como un avance en la defensa de sus derechos —que incluso impacta en las relaciones entre particulares—, en su argumentación parece invisibilizar el lugar de la afectada y con ello pierde otra oportunidad para desarrollar alguna perspectiva expresa de género en su fundamentación.

En ese sentido, puede decirse que la Corte mantiene su reticencia a pronunciarse de manera contundente en materia de derechos reproductivos. En el caso *K., C.N.*,⁶¹ una mujer demanda a

⁶¹ CSJN, *K., C. N. c/ OSECAC s/ acción de amparo*, de 27 de mayo de 2014.

El derecho a la salud en Argentina

su obra social a fin de que cubra de manera integral un procedimiento de terapias de reproducción humana asistida (TRHA). Primera y segunda instancias rechazan la demanda, y la Cámara Federal de Bahía Blanca lo hace sosteniendo que las TRHA “vulneraban el derecho de los hijos a ser concebidos en el matrimonio y por el matrimonio”.⁶² Si bien la Corte revirtió la sentencia, evitó pronunciarse sobre el fondo del asunto y sobre el estándar regresivo y discriminatorio enunciado por la segunda instancia, optando por escudarse en la recién sancionada ley 26.682 de reproducción médicamente asistida para reconocer el derecho de la actora.

En el caso *L.E.H.*⁶³ se demanda a una obra social para que brinde un tratamiento complejo de TRHA que no se encuentra incluido de modo explícito en la ley 26.862. Al igual que en *K., C.N.*, la demanda es rechazada en las instancias inferiores por no contar la pretensión con un reconocimiento normativo explícito. Si bien la Corte reconoce el rango constitucional del derecho a la salud reproductiva, adopta una posición deferente respecto de los poderes políticos: “Que es cierto que la regulación deja abierta la posibilidad de incluir en la nómina de prestaciones que tienen por finalidad posibilitar la concepción a los ‘nuevos procedimientos y técnicas desarrollados mediante avances técnico-científicos’ (art. 20). Sin embargo, el propio texto legal determina que esa alternativa solo es viable ‘cuando [tales procedimientos] sean autorizados por la autoridad de aplicación’ (*idem*) situación excepcional en la que no se encuentra la técnica DGP”.⁶⁴

De este modo, la Corte adopta un escrutinio leve y delega al órgano de aplicación la determinación del alcance efectivo del derecho a la salud reproductiva:

Que, en razón de lo expuesto, deviene inadmisibile que sean los jueces o tribunales —y más aún dentro del limitado marco cognoscitivo que ofrece la acción de amparo— quienes determinen la incorporación al catálogo de procedimientos y técnicas de reproducción

⁶² *Ibidem*, p. 1.

⁶³ CSJN, *L.E.H. y otros c/ O.S.E.P. s/amparo*, de 1 de septiembre de 2015.

⁶⁴ *Ibidem*, cdo. 8.

MARTÍN ALDAO, LAURA CLÉRICO Y FEDERICO DE FAZIO

humana autorizados, una práctica médica cuya ejecución ha sido resistida en esta causa. Ello es así pues, como lo ha sostenido repetidamente esta Corte, la misión de los jueces es dar pleno efecto a las normas vigentes sin sustituir al legislador ni juzgar sobre el mero acierto o conveniencia de las disposiciones adoptadas por los otros poderes en ejercicio de sus propias facultades.⁶⁵

Hasta aquí tenemos la jurisprudencia zigzagueante de la Corte en materia de salud reproductiva, y más precisamente de aborto o interrupción voluntaria del embarazo. Sin embargo, no evade pronunciarse sobre el tema en el caso *F.A.L.*, de 13 de marzo de 2012.⁶⁶ El asunto llega a la Corte en un contexto de amplia discusión sobre los alcances del artículo 86, inciso 2 del Código Penal. ¿La norma autoriza el aborto solo cuando el embarazo es fruto de una violación de una mujer con discapacidad mental (interpretación restringida) o autoriza a abortar a cualquier mujer cuando su embarazo sea fruto de una violación (interpretación amplia)?

En este sentido, la interpretación restrictiva de dicho artículo ha limitado el acceso al aborto por parte de muchas mujeres que han sido violadas. Varios de los casos que llegaron a tener visibilidad mediática hablaban incluso de violaciones de niñas. De esta manera, las niñas y mujeres embarazadas “sin discapacidad mental”, ante la negativa de un médico de realizar un aborto, se sometían a prácticas caseras de aborto con grave riesgo para su salud y vida o continuaban con el embarazo pese a la grave angustia que les genera. En algunos casos judicializan su situación y aun así, por lo general, son ignoradas en su pedido ante la justicia.

Las voces de las niñas y mujeres son silenciadas o invisibilizadas, por lo menos, de dos maneras: *a)* se dicta una sentencia judicial denegando el derecho a practicarse un aborto en estos casos, alegando el derecho a la vida de la persona por nacer; en otros, *b)* la práctica es mucho más perversa, pues la imposición de realizar un reclamo judicial conlleva en muchos casos la negativa del derecho por el mero paso del tiempo y el avance del embarazo. La práctica del aborto sin riesgo para la vida puede realizarse hasta cierta etapa del embarazo y, en la mayoría de los casos, los tiem-

⁶⁵ *Ibidem*, cdo. 10.

⁶⁶ Ramón Mitchell, Agustina y Bergallo, Paola, *op. cit.*

El derecho a la salud en Argentina

pos que insume una resolución judicial provoca la expiración de ese plazo, con lo cual, las mujeres quedan imposibilitadas para realizar la práctica sin riesgo para su vida.⁶⁷

Particularmente, en el caso *F.A.L.* se trataba del pedido de autorización para practicar un aborto a una niña de 15 años, A.F., que se encontraba embarazada de ocho semanas como consecuencia de una violación llevada a cabo por su padrastro (pareja de la madre y padre de los hermanos de la niña). El pedido de autorización fue oportunamente realizado ante el Ministerio Fiscal de la Provincia de Chubut⁶⁸ por la madre de la niña. Madre e hija debieron afrontar un “largo derrotero judicial” y administrativo a la hora de obtener una respuesta a su solicitud: en primer lugar, en el ámbito administrativo, la negativa del médico o del efector de salud correspondiente. En el ámbito judicial, inicialmente el juez del fuero penal donde se presenta el pedido se declara incompetente, luego, la jurisdicción en materia familiar rechaza el pedido tanto en primera como en segunda instancia, esto a pesar de que existían informes del Equipo Técnico Interdisciplinario donde constaba que la niña “[...] presentaba síntomas depresivos [e] ideas suicidas persistentes [...]”, por lo que se estimó que “[...] la continuidad de este embarazo contra la voluntad de [la niña implicaba] grave riesgo para su integridad psicofísica, incluido riesgo de vida” (cdo. primero).

Es así como el caso llega al Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Chubut, que declara procedente el pedido y autoriza la práctica del aborto, pues se trataba de un caso de “aborto no punible” conforme al artículo 86, inciso 2 del Código Penal. Asimismo, aclara el tribunal que en estos casos no se requiere autorización judicial para llevar a cabo la práctica. De esta manera, finalmente A.F. pudo acceder a la intervención abortiva, luego de casi dos meses de haber realizado la solicitud (que ante la justicia se inicia el 14 de enero, mientras que la práctica se lleva a cabo el 11 de marzo de 2010).

⁶⁷ Clérico, Laura y Ronconi, Liliana, *op. cit.*

⁶⁸ Véase Santos, Fabián, “Derecho a la salud en la provincia de Chubut”, en Clérico, Laura; Ronconi, Liliana y Aldao, Martín (coords.), *op. cit.*, pp. 2517-2528.

MARTÍN ALDAO, LAURA CLÉRICO Y FEDERICO DE FAZIO

Sin embargo, el “derrotero judicial” no termina aquí. El asesor general subrogante de la provincia presenta un recurso extraordinario federal en representación del *nasciturus*, que fue concedido por la “gravedad institucional” que presentaba el caso, pese a que la práctica ya se había realizado. En general, se alegaba la violación al derecho a la vida de la persona por nacer con referencia a diversos instrumentos internacionales (cdo. tercero).

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

[...] dada la rapidez con que se produce el desenlace de [estas] situaciones, es harto difícil que, en la práctica, lleguen a estudio del Tribunal las importantes cuestiones constitucionales que estas conllevan sin haberse vuelto abstractas. De ahí que, para remediar esta situación frustratoria del rol que debe poseer todo Tribunal [...], corresponde establecer que resultan justiciables aquellos casos susceptibles de repetición, pero que escaparían a su revisión por circunstancias análogas a las antes mencionadas.

Por ello, coincidimos con la Corte cuando sostiene que es necesario el pronunciamiento, a fin de que sea “conocido para la solución de casos análogos que pueden presentarse en el futuro”.

Respecto del problema o cuestión que plantea el caso, la Corte lo encuadra como un problema de interpretación de normas de derecho federal (derecho internacional de los derechos humanos) realizada por el Superior Tribunal de la causa (el de la Provincia de Chubut) que lo lleva a realizar una interpretación amplia de los abortos permitidos por el inciso 2 del artículo 86 del Código Penal.

Esta interpretación del derecho federal es atacada por el asesor general subrogante provincial. Entendemos que no sería acertado concluir que la Corte está analizando el recurso por la simple interpretación de una norma de derecho nacional común, sino por la interpretación de los derechos que sustentan (o no) la norma del artículo 86, inciso 2 del Código Penal. Asimismo, la Corte interpreta que tiene la obligación de sentar jurisprudencia a partir del caso y sostiene que “[...] se ve obligada a tener que establecer la inteligencia de las previsiones”.

El derecho a la salud en Argentina

Esa obligación emanaría del derecho internacional de los derechos humanos, ya que el Estado argentino fue advertido en varios informes de organismos de protección internacional por la práctica continua de interpretación restrictiva del alcance del artículo 86, inciso 2 del Código Penal. Por eso, para la Corte, la cuestión no es evaluar solo la corrección o no de las normas del derecho internacional de los derechos humanos y del artículo 75, inciso 23 de la CN alegada por el asesor general provincial sobre el derecho a la continuación de la existencia intrauterina.

La cuestión requiere considerar además los derechos de las niñas y mujeres en estado de gravidez por haber sido objeto de violencia sexual y por las restricciones que sufren a sus derechos cuando se les obstaculizan los pedidos de aborto. La respuesta a la consideración de todos los derechos en juego lleva a la Corte a sostener la interpretación amplia del artículo 86, inciso 2 del Código Penal. Del fallo es posible extraer la siguiente regla, que dividimos en dos partes para su mejor comprensión:

- a) El Estado nacional, el estado provincial o municipal a cargo de los servicios sanitarios tienen la obligación de practicar el aborto cuando se trata de una solicitud proveniente de una mujer en estado de gravidez por violencia sexual, sin ser necesario el pedido judicial de la autorización para practicar la interrupción ni la denuncia judicial de la violación, bastando la mera manifestación sobre este hecho ante el médico tratante.
- b) Las autoridades referidas tienen la obligación de poner a disposición de las mujeres que solicitan la práctica, las condiciones médicas e higiénicas necesarias para llevarla a cabo de manera rápida, accesible y segura.

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

1. cesar de obstaculizar las prácticas de interrupción de embarazos mediante la exigencia de trámites (judiciales y/o administrativos) innecesarios, y

MARTÍN ALDAO, LAURA CLÉRICO Y FEDERICO DE FAZIO

2. garantizar una interrupción del embarazo segura actuando en forma suficiente, accesible y rápida.

La Corte advierte así que las autoridades —nacionales y provinciales— tienen obligación de respetar, como así también de proteger.

Los argumentos de la igualdad de trato y de no discriminación arbitraria, la voluntad del constituyente respecto del artículo 75, inciso 23 de la CN, el derecho internacional de los derechos humanos, el principio de dignidad humana y el examen de estricta legalidad confirman, en forma convincente, la tesis de la interpretación amplia del artículo 86, inciso 2, del Código Penal. Con esto, la Corte cumplió su deber de “[...] esclarecer la confusión reinante en lo que respecta a los abortos no punibles y a fin de evitar frustraciones de derecho por parte de quienes peticionen acceder a ellos, de modo tal que se configuren supuestos de responsabilidad internacional.”

Sin embargo, la Corte, con acierto, no detiene su argumentación en este punto. Continúa estableciendo las obligaciones que tienen las autoridades nacionales y provinciales, no solo respecto de no obstaculizar los abortos no punibles, sino de garantizar condiciones médicas y sanitarias para que se pueda interrumpir el embarazo de manera segura. Así, pareciera que la Corte reconoce no solo que el aborto en ciertos casos está permitido, sino además que es un derecho de las mujeres acceder al mismo.⁶⁹

2.5. Derecho a la salud y VIH

En el caso *Asociación Benghalensis y otros vs. Estado nacional*,⁷⁰ un grupo de asociaciones civiles promueve acción de amparo contra el Estado nacional a fin de que se efectivice la entrega de medicamentos a personas afectadas por el virus de inmunodeficiencia humana (VIH), en los términos establecidos en la Ley de Lucha contra el Sida, núm. 23.798 y de acuerdo con los estándares cons-

⁶⁹ Clérico, Laura y Ronconi, Liliana, *op. cit.*

⁷⁰ CSJN, 1 de junio de 2000, fallos 323:1339.

El derecho a la salud en Argentina

titucionales vigentes en materia de derecho a la salud.⁷¹ Ante la demanda de las actoras, el Estado nacional adujo, en un contexto político y económico en el que el argumento del federalismo era utilizado para deslindar obligaciones del Estado nacional y reducir el gasto público,⁷² que su responsabilidad terminaba en la distribución y entrega de los medicamentos a las jurisdicciones locales, en las cuales recaía en última instancia la entrega concreta de los medicamentos. También negó la legitimación activa de las actoras, en tanto no podían invocar la lesión a un derecho concreto.

En su decisión, la Corte retoma el texto de la mencionada ley como elemento decisivo, la cual establece en su artículo 8 el derecho de los pacientes a “recibir asistencia adecuada”, y que es interpretado por el Tribunal en términos de suministro continuo y oportuno de medicamentos, confirmando las sentencias de las instancias inferiores y el dictamen del procurador general de la nación.

Este caso resulta especialmente relevante, en tanto la Corte Suprema reconoce, en primer lugar, la jerarquía constitucional directa del derecho a la salud⁷³ y, por ende, la necesidad de su satisfacción no solo a través de medidas de no interferencia, sino también de acciones positivas que garanticen su efectivo goce por parte de la población. Así, se inaugura una línea jurisprudencial progresiva en materia de protección del derecho a la salud, que luego se irá expandiendo a otros derechos, estableciendo la

⁷¹ Para un análisis pormenorizado de la decisión en lo que hace al control de constitucionalidad y el derecho a la salud véase en esta obra el capítulo de Ethcichury, Horacio, “Sida y derecho a la salud en Argentina y Sudáfrica: las cortes, la razón y los recursos”.

⁷² El uso regresivo del argumento del federalismo, que también afectó durante la década de los noventa al derecho a la educación, ha sido analizado en Scioscioli, Sebastián, *La educación básica como derecho fundamental: implicancias y alcances en el contexto de un estado federal*, Buenos Aires, Eudeba, 2016, y Ronconi, Liliana, *Derecho a la educación e igualdad como no sostenimiento*, Bogotá, Universidad del Externado de Colombia, 2018.

⁷³ Jerarquía que luego sería desarrollada y expandida en el *Caso Campodonico de Beviacqua* (fallos 323:3229), ref. p. 4, incorporando los estándares del PIDESC como insumo para la interpretación del alcance del derecho a la salud.

MARTÍN ALDAO, LAURA CLÉRICO Y FEDERICO DE FAZIO

responsabilidad estatal de desarrollar medidas de acción positiva, sin las cuales se tornaría ilusorio el goce de los derechos garantizados en la Constitución nacional.

Por otro lado, el Máximo Tribunal establece la responsabilidad indelegable del Estado nacional sin perjuicio de las obligaciones que correspondan a las jurisdicciones locales.⁷⁴ De este modo, la Corte Suprema privilegia la satisfacción del derecho a la salud por sobre los argumentos de competencias y establece la responsabilidad residual del Estado nacional ante el incumplimiento de las prestaciones requeridas por parte de los órganos inferiores, en cuanto autoridad de aplicación del programa establecido por la ley 23.798.

Por último, reconoce una legitimación activa amplia en los casos de asociaciones y organizaciones constituidas con el fin de resguardar derechos tales como la vida, la salud y la dignidad de las personas en los términos del artículo 43 de la Constitución nacional.

Un segundo caso al respecto resulta el fallo *Etcheverry, Roberto Eduardo v. Omint Sociedad Anónima y Servicios*.⁷⁵ El señor Etcheverry era portador de VIH y gozó de la cobertura brindada por la empresa de medicina prepaga Omint hasta que fue despedido. Dicha cobertura se había originado gracias a un contrato que la empresa de medicina privada había entablado con la empleadora del señor Etcheverry. Luego de suscitado el despido, este último pretendió continuar con la cobertura de Omint, aunque costeadando la cuota por su propia cuenta; sin embargo, Omint decidió darle de baja de su nómina de afiliados, basándose en razones relacionadas con la libertad contractual, por tanto, el señor Etcheverry presentó un amparo que llegó a la Corte Suprema.

La Corte le dio la razón al actor con base en el siguiente fundamento:

Debe descalificarse como acto jurisdiccional válido la sentencia que convalidó el cese intempestivo de la cobertura brindada por una

⁷⁴ Véase análisis del *Caso Campodónico de Beviaqua* en este capítulo.

⁷⁵ CSJN, 13 de marzo de 2001, fallos 324:677.

El derecho a la salud en Argentina

empresa de medicina prepaga con sustento en la libertad contractual, si el beneficiario requería de tratamiento médico constante, regular, oportuno y sin dilaciones, pagaba regularmente la cuota y su condición de portador asintomático de VIH impedía que pudiera celebrar un nuevo contrato con otro prestador, pues se hizo primar dicha garantía sobre el derecho a la salud.

Por último, el caso *V.,W.J. c/ Obra Social de Empleados de Comercio y Actividades Civiles (OSECAC)*⁷⁶ consolida esta línea jurisprudencial. El actor era portador de VIH y estaba afiliado a la obra social correspondiente a su categoría laboral (OSECAC) hasta que fue despedido por la empresa empleadora. V.,W.J. solicitó a OSECAC seguir pagando la cuota mensual y pasar a la calidad de adherente voluntario, pero la obra social rechazó el pedido, por ello, V.,W.J., quien entendía que había sido discriminado por su enfermedad, presentó un amparo en contra de la obra social. Además, sostenía que la negativa ponía en riesgo su salud e integridad física y psíquica. La Corte Suprema concedió el amparo y determinó que OSECAC debía incorporarlo a su plan médico en calidad de adherente voluntario.

Posteriormente, la regla sentada en *V.,W.J.* se reitera en *F.,S.C. c/ Obra Soc. de la Act. de Seguros Reaseguros Capit. Ahorro*.⁷⁷ La actora requería un tratamiento oncológico regular y sin dilaciones. Mientras trabajaba, estaba afiliada a la Obra Social de la Actividad de Seguros, Reaseguros, Capitalización y Ahorro y Préstamo para la Vivienda. Concluida la relación laboral, la actora, manifestó su voluntad de mantener la afiliación pagando por su cuenta la cuota correspondiente y solicitó que la obra social, en esas condiciones, mantuviera las prestaciones; sin embargo, la entidad decidió interrumpir la relación. Contra esta decisión, Fernández inició un amparo para que la entidad la aceptara como afiliada en las nuevas condiciones, y como medida cautelar solicitó que se mantuviera el tratamiento que ya venía recibiendo.

En primera instancia se concedió la medida cautelar, que luego fue revocada por la Cámara. El caso llegó a la Corte, quien

⁷⁶ CSJN, 2 de diciembre de 2004, fallos 327:5373.

⁷⁷ CSJN, 20 de diciembre de 2005, fallos 328:4493.

MARTÍN ALDAO, LAURA CLÉRICO Y FEDERICO DE FAZIO

concedió la medida solicitada y ordenó a la obra social hacerse cargo del tratamiento. Sostuvo que, dada la urgencia y el riesgo que corría su vida, la obra social debía, hasta en tanto se resolviera si tenía derecho o no a seguir afiliada, continuar brindándole la cobertura médico-asistencial que venía recibiendo y que requería su enfermedad.

2.6. Derecho a la salud y medicamentos

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

Particularmente en lo que se refiere a la provisión de medicamentos, la línea sentada en *Campodónico de Beviaqua* se consolidó en sucesivos fallos de la Corte. Mencionaremos algunos a modo de ejemplo. El primero es *Asociación Esclerosis Múltiple de Salta*,⁷⁸ donde una asociación constituida para proteger los derechos de las personas que padecen esa enfermedad presentó un reclamo contra una disposición del Ministerio de Salud nacional que interrumpía la provisión de remedios a cierta clase de estos enfermos. Se atacó dicho actuar por insuficiente y defectuoso. Según la ley, los enfermos debían tener cubierta la provisión en un 100%. El Ministerio, cuando reglamentó la norma, excluyó a estas personas del referido suministro, ya que entendía que producían serios efectos colaterales y, en ocasiones, eran aplicados incorrectamente a personas que en realidad sufrían otras enfermedades.

El Tribunal constató la relación fáctica entre este actuar defectuoso del Ministerio y la violación al derecho. Consideró que determinar si el tratamiento era el indicado o no correspondía al

⁷⁸ CSJN, 18 de diciembre de 2003, fallos 326:4931.

El derecho a la salud en Argentina

juicio de los médicos en cada caso particular, y que el Ministerio no había podido justificar por qué dejaba sin protección a quienes padecían esa enfermedad discapacitante, que tenía por ley el 100% de cobertura en medicamentos. La decisión del Tribunal implicó, en la práctica, que todos los enfermos de esclerosis múltiple que residían en Salta volvieran a recibir la medicación con una cobertura del 100%.

Un caso particular, pero que sugiere un tratamiento análogo, es *Pardo c/ Di Césare*.⁷⁹ La causa principal trató sobre un juicio de daños y perjuicios con motivo de un accidente de tránsito. Sin embargo, un incidente iniciado por una solicitud de medida cautelar trató sobre la relación entre el derecho a la salud y la garantía de medicamentos y prótesis. El requerimiento fue presentado por los padres de una niña que había sido atropellada por un auto que viajaba a alta velocidad, lo cual le provocó caer en estado vegetativo y cuadriplejía. En el incidente se solicitaba que tanto el demandado como su compañía de seguros atendieran las necesidades médicas de la niña de forma inmediata; de lo contrario, su estado de salud empeoraría. La Corte admitió el pedido incidental, sosteniendo que si debía esperarse a la finalización del juicio por daños para costear esos servicios de salud, la sentencia, en lo que respecta al derecho a la salud de la niña, se tornaría ineficaz. Por tanto, ordenó que se cubrieran los gastos médicos inmediatos que se precisaban, los que incluían medicamentos, cirugía y prótesis.

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

De acuerdo con informes recientes, más de mil millones de personas en todo el mundo viven con alguna forma de discapacidad,⁸⁰

⁷⁹ CSJN, 6 de diciembre de 2011.

⁸⁰ Clérico, Laura; Ronconi, Liliana y Aldao, Martín, “Hacia la reconstrucción de las tendencias jurisprudenciales en América Latina y El Caribe en materia de igualdad: sobre la no-discriminación, la no-dominación y la redistribución y el reconocimiento”, *Direito GV Law Review*, São Paulo, 2013, www.scielo.br

MARTÍN ALDAO, LAURA CLÉRICO Y FEDERICO DE FAZIO

y de ellas, alrededor de 200 millones experimentan dificultades considerables en su vida cotidiana. En todo el mundo, estas personas “[...] tienen peores resultados sanitarios, peores resultados académicos, una menor participación económica y unas tasas de pobreza más altas que las personas sin discapacidad”.

Las razones de esta desigualdad son conocidas: “[...] los obstáculos que entorpecen el acceso de las personas con discapacidad a servicios que muchos de nosotros consideramos obvios, en particular la salud, la educación, el empleo, el transporte o la información. Esas dificultades se exacerban en las comunidades menos favorecidas”. Ante esta situación, la obligación en términos igualitarios es “[...] emancipar a las personas que viven con alguna discapacidad y suprimir los obstáculos que les impiden participar en las comunidades, recibir una educación de calidad, encontrar un trabajo digno y lograr que sus voces sean escuchadas”.

Al respecto, no se trata solo de aprobar medidas que remuevan obstáculos y medidas de acción positivas; se requiere también que estas sean implementadas y cumplidas en forma continua y sistemática. Por ejemplo, según el documento citado de los informes de los países que tienen leyes sobre accesibilidad, aun en el caso de que estas tengan una antigüedad de 20 a 40 años, confirman un bajo nivel de cumplimiento. Otro tanto podría predicarse de las leyes sobre protección integral de las personas con discapacidad tendientes a lograr igualdad real en el ejercicio del derecho a la salud y a la educación, entre otros.

Respecto de las condiciones de acceso a los sistemas de salud, las personas con discapacidad suelen padecer la falta de financiación efectiva de los sistemas. Por ejemplo, en los países de ingresos altos, entre 20 y 40% de las personas con discapacidad no tienen cubiertas sus necesidades de asistencia para las actividades cotidianas. En muchos países de ingresos bajos y medianos, los gobiernos nacionales no pueden proporcionar servicios adecuados, y los proveedores comerciales de servicios no están disponibles o no son financieramente asequibles para la mayoría de las familias.

Un análisis de la Encuesta Mundial de Salud de 2002-2004, realizado en 51 países, señaló que las personas con discapacidad tenían más dificultades que las personas sin discapacidad para

El derecho a la salud en Argentina

obtener exenciones o reducciones de los costos de atención de salud. En este sentido, la Corte Suprema argentina generó una jurisprudencia copiosa referida al derecho a la salud, en algunos casos, combinada con el derecho a la educación y/o el derecho al acceso a una vivienda digna. Varios de esos fallos encuentran como actores de la petición a personas con discapacidad (tratándose en su mayoría de niñas y niños, personas mayores o mujeres).

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

En suma, la jurisprudencia sobre (des)igualdad de las personas con discapacidad, si bien habla de la prohibición de no discriminación arbitraria, advierte sobre la importancia de las medidas de acción positiva. Este énfasis puesto en las obligaciones estatales de prestación positiva va de la mano de las interpretaciones realizadas por el Comité DESC, que indican que el derecho a la salud de estas personas no solo requiere que el Estado cumpla con sus obligaciones de respetar, sino también de proteger y garantizar a través de un actuar positivo. En este sentido, las decisiones de las cortes pueden ser interpretadas como partes del actuar positivo del Estado tendente a lograr igualdad real de las personas con discapacidad para el ejercicio de sus derechos. Además, esta jurisprudencia otorga material argumentativo suficiente para reclamar una mejor protección de sus derechos por la vía de las acciones de incidencia colectiva de las personas con discapacidad en situación de calle o pobreza.

Así, por ejemplo, en el caso *Martín, Sergio Gustavo y otros c. Fuerza Aérea Argentina —Dirección General Bienestar Pers. Fuerza Aérea s/ amparo*,⁸¹ los padres de una niña con discapacidad habían presentado un amparo contra la Fuerza Aérea Argentina

⁸¹ CSJN, 8 de junio de 2004, fallos 327:2127.

MARTÍN ALDAO, LAURA CLÉRICO Y FEDERICO DE FAZIO

para que la obra social correspondiente a ese órgano cubriera la totalidad de las prestaciones médicas que necesitaba su hija. La Corte decidió conceder el amparo. El voto de la mayoría expresó que si bien la Fuerza Aérea no estaba legalmente obligada a brindar el tratamiento médico, esa repartición formaba parte del Estado nacional, el cual sí estaba obligado a realizar todas las acciones necesarias para garantizar, en forma prioritaria, la protección de la salud de los niños y las personas con discapacidad. Así, advierte que —en atención a la urgencia del caso— resultaría desproporcionado imponer a la reclamante que acuda a los órganos a que se refiere la reglamentación de las leyes 22.431 y 24.901 para solicitar la cobertura de la prestación discutida, ya que la obra social demandada podría gestionar la compensación de los gastos que implique el tratamiento solicitado ante los órganos estatales competentes o, agrega, articular con aquellos un mecanismo que permita a la reclamante contar con las prácticas y servicios necesarios para su rehabilitación.

En *Orlando*,⁸² una mujer de 55 años de edad que vivía en la Provincia de Buenos Aires padecía esclerosis múltiple que le causaba una discapacidad visual y motora, y requería tratamiento prolongado y suministro del medicamento “Acetato de Glatiramer-Copolimero (Copaxone)”. El diagnóstico hablaba de una enfermedad de carácter grave y progresiva. El tratamiento se requería urgentemente, entre otras cosas, para evitar un rebrote de la enfermedad. La Provincia de Buenos Aires se negó a entregar el medicamento requerido, ya que la esclerosis múltiple no resultaba ser una patología cubierta por la Dirección de Política del Medicamento: el medicamento no figuraba en el Vademécum provincial, aunque sí formaba parte del PMO nacional que, por lo visto, la provincia no consideraba vinculante en ese entonces. Por su parte, el Ministerio de Desarrollo Social de la Nación entregó el medicamento durante seis meses; luego lo interrumpió y guardó silencio ante los reclamos posteriores formulados por la afectada, quien inició una acción de amparo y una cautelar ante un Juzgado Nacional en lo Civil y Comercial Federal de la Capi-

⁸² CSJN, 24 de mayo de 2005. Para un estudio de la línea jurisprudencial de la Corte en materia de salud y situación de discapacidad en la Provincia de Buenos Aires véase Clérico, Laura y Vita, Leticia, *op. cit.*

El derecho a la salud en Argentina

tal contra la Provincia de Buenos Aires (Ministerio de Salud) y contra el Estado nacional (Ministerio de Salud y Ministerio de Desarrollo Social) para que le proveyeran los medicamentos necesarios para continuar con el tratamiento. El juzgado de primera instancia se declaró incompetente y remitió el caso a la Corte.

La Corte Suprema nacional se pronunció dos veces sobre el caso. En 2002 resolvió que era competente para que el reclamo se tramitara en la instancia originaria; esto significaba para la afectada que su pedido iba a ser resuelto en forma directa por la Corte sin necesidad de intervención previa de un tribunal inferior. Asimismo, concedió la medida cautelar solicitada y ordenó tanto al estado provincial como al nacional la entrega urgente y continua del medicamento para posibilitar el tratamiento. En 2005 se pronunció sobre el fondo del caso, concedió el amparo y ordenó a la provincia que continuara entregando el medicamento. Consideró injustificado el actuar omisivo provincial e insuficiente el del Estado nacional. En especial, estimó que ninguno de los dos obligados atacaba el grave estado de salud de la señora Orlando ni ofrecía razones que demostraran que la actora estaba recibiendo en forma eficaz el medicamento por otra vía. Respecto de la provincia, sostuvo que el hecho de que alegara que la esclerosis múltiple no fuera una enfermedad cubierta por la Dirección de Política del Medicamento no lograba justificar la omisión.

Para ello tuvo en cuenta que el derecho a la salud estaba garantizado también por normas de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires 66 y concluyó que la provincia tenía la obligación de implementar un medio eficaz para otorgar a la señora Orlando el medicamento en forma oportuna y continua, atendiendo a la gravedad de la enfermedad y la urgencia de la prestación.

Por otra parte, advierte que el actuar del Ministerio de Salud de la Nación, fue correcto, en tanto entregó el medicamento ante la omisión provincial injustificada, pero aclara que la interrupción de la entrega fue arbitraria, porque la enfermedad seguía siendo grave, la prestación urgente, y no existían constancias de que para ese entonces la provincia hubiera cesado en su omisión de entrega.

Por último, en *Orlando* reaparece también la heterogeneidad (fragmentación) de los sujetos obligados en un Estado federal.

MARTÍN ALDAO, LAURA CLÉRICO Y FEDERICO DE FAZIO

Sin embargo, como en *Campodónico*, esa fragmentación no podría pesar en contra del derecho del afectado en una situación de gravedad y urgencia. En el fallo se alude también a las leyes 23.661 y 23.660 para advertir que todas estas entidades participan de un mismo sistema nacional de salud, y que es el Estado nacional el encargado de velar por el fiel cumplimiento de los derechos constitucionales y los compromisos internacionales asumidos.

En esta línea argumentativa entiende que en el PMO estaba prevista la cobertura de 100% de los medicamentos necesarios para tratar la esclerosis múltiple para pacientes con dos o más brotes en los últimos años. Es interesante la referencia al PMO. En la práctica, lo está haciendo extensible a las personas que no tienen obra social ni sistema de medicina prepaga y que solo cuentan con cobertura pública provincial o, en su defecto, nacional. En este sentido, parece tomar en serio la justificación del PMO en sus considerandos cuando sostiene que este conformaría un conjunto de servicios de carácter obligatorio como piso prestacional “por debajo del cual ninguna persona debería ubicarse en ningún contexto”.

La nación estaría obligada por estas normas y, además, por las leyes que reconocen los derechos de las personas con discapacidad, según las cuales toda persona carente de recursos tiene derecho a recibir las prestaciones médicas necesarias. El estado provincial lo estaría en forma analógica, en virtud de las normas provinciales de rango constitucional⁸³ y, en la actualidad, por el Programa Incluir Salud.

⁸³ La ley 24.901 establece la protección integral de los derechos de las personas con discapacidad que complementa a la ley 22.431. Por su parte, la ley provincial 10.592 establece un régimen jurídico básico e integral para las personas con discapacidad. El estado provincial se compromete a asegurar los servicios de atención médica, educativa y de seguridad social a las que se encuentren en imposibilidad de obtenerlos (*cf.* arts. 1, 2 y 3). La norma comprende a las personas con discapacidad neurolocomotoras y sensoriales visuales, condición alegada por la amparista. El art. 6 dispone que el Ministerio de Salud actuará de oficio en el ámbito de su competencia para lograr el cumplimiento de las medidas establecidas en la ley, a cuyo efecto deberá “[...] otorgar subsidios a discapacitados sin cobertura social con destino a la obtención de elementos de recuperación y rehabilitación de alta complejidad médica, y de tratamientos médicos especializados que no se realicen en establecimientos estatales”.

El derecho a la salud en Argentina

En *G.M.E.*,⁸⁴ una jubilada con discapacidad demanda a la obra social PAMI por la cobertura de un auxiliar domiciliario. El reclamo había sido aceptado en primera instancia, pero revocado por la Cámara. La CSJN, confirmando la línea de *Orlando*, se apoya en las leyes 24.431 (unificación del Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones), 24.901 (sistema de prestaciones básicas de atención integral a favor de las personas con discapacidad) y 26.378 (aprobación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su protocolo facultativo) para fundamentar la especial protección que “toda la sociedad” debe brindar en estos casos. Un rasgo relevante de la sentencia es la importancia que la Corte atribuye a la interseccionalidad de discapacidad y edad avanzada⁸⁵ que define la situación de la actora.

En *Albarracín, Esther c/ Provincia de Buenos Aires y otro*,⁸⁶ la actora, de 37 años, sufría de esclerosis lateral amiotrófica definida —enfermedad considerada terminal por carecer de un tratamiento que permita su curación total y definitiva—. Tenía tres hijos a su cargo, no poseía trabajo formal y carecía de obra social o cobertura privada de salud. Por todo ello no podía adquirir el medicamento que le fuera recetado: Riluzole (100 mg.). Así, inició una acción de amparo contra el poder ejecutivo nacional (Ministerio de Salud) y la Provincia de Buenos Aires (Ministerio de Salud) por considerar vulnerado su derecho a la salud. Solicitó como medida cautelar la entrega del medicamento indicado y la Corte nacional ordenó la entrega hasta que se dictara sentencia definitiva en el caso. Sin embargo, se declaró incompetente para tramitar la causa por la vía originaria. Si bien la actora inició la demanda contra el poder ejecutivo nacional —y constaba en el expediente que había efectuado los trámites ante los ministerios de Salud y de Desarrollo Social de la Nación—, no habría hecho otro tanto

⁸⁴ CSJN, *G.M.E c/ instituto nacional de servicios sociales para jubilados y pensionados S/amparo*, de 27 de diciembre de 2011.

⁸⁵ Morales Antoniazzi, Mariela y Clérico, Laura (coords.), *Interamericanización del derecho a la salud. Perspectivas a la luz del caso Poblete de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Querétaro, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2019, <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r38564.pdf>

⁸⁶ CSJN, 14 de diciembre de 2004.

MARTÍN ALDAO, LAURA CLÉRICO Y FEDERICO DE FAZIO

respecto del estado provincial. Por ello, la Corte concluyó que no mediaba incumplimiento alguno de la Provincia de Buenos Aires que justificara un amparo en su contra.

En *B.V.L.*,⁸⁷ una niña había sido operada en 1999 en el Hospital Garrahan como consecuencia de un cuadro de craneofaringioma. A causa de ello, debía estar medicada permanente e ininterrumpidamente bajo riesgo de perder la vida. Sus padres solicitaron la medicación prescrita en agosto de 2002 a través del Hospital Garrahan. Luego, en septiembre de 2002, ante la Unidad Área de Asistencia Social Directa-Área Emergencia-Salud de la Provincia de Buenos Aires; en noviembre de 2002 ante el Ministerio de Desarrollo Social de la Nación, y en enero de 2003 remitieron una carta al referido Ministerio, sin éxito alguno, ni siquiera al momento del pronunciamiento de la Corte Suprema. El Ministerio de Salud nacional expidió a la niña un certificado de discapacidad de acuerdo con la ley 22.431, pero, ante la falta de respuesta eficaz de los diversos ámbitos estatales, los padres iniciaron una acción de amparo y una medida cautelar contra el estado provincial y nacional. La Corte Suprema concedió la medida cautelar y ordenó la entrega de los medicamentos para evitar un nuevo brote de enfermedad de la niña, además de declarar que la cuestión era de su competencia originaria.

*Poggi*⁸⁸ aborda el caso de una niña, M.L.P., que padecía desde los 14 años artritis reumatoidea juvenil grave, que impedía su traslado ambulatorio. La niña fue inicialmente mal diagnosticada, por lo que sufrió un agravamiento de su condición física y psíquica, dados los constantes y prolongados dolores articulares y tumefacción de gran parte del cuerpo que dificultaban y prácticamente impedían su traslado ambulatorio. La familia de M.L.P. (domiciliada en la localidad de Iriarte, Partido de General Pinto, Provincia de Buenos Aires) estaba compuesta por sus padres y cinco hermanos. Su padre estaba desempleado, la familia no contaba con cobertura de obra social ni medicina prepaga, y los medicamentos que se requerían eran costosos, por lo que no había disponibilidad en el hospital local.

⁸⁷ CSJN, 24 de abril de 2003.

⁸⁸ CSJN, 7 de diciembre de 2004.

El derecho a la salud en Argentina

El padre inició un trámite sin éxito ante el Ministerio de Salud de la Provincia de Buenos Aires para la entrega del medicamento. Por ello, interpuso una acción de amparo con medida cautelar contra la provincia y el Estado nacional por vía originaria ante la Corte nacional. Esta última concedió la medida y ordenó a la provincia proveer a Santiago Omar Poggi, en un plazo de cinco días, el medicamento genérico Etanercept 25 mg., o el de nombre comercial Embrel 25 mg., para el tratamiento de su hija. Por lo demás, se declaró incompetente para conocer el amparo por vía originaria, porque no se desprendía del expediente que hubiera realizado un trámite similar ante el Ministerio nacional, por lo que no había mediado incumplimiento de la nación que hubiera justificado la demanda contra el Estado nacional, careciendo este entonces del carácter de parte sustancial en el proceso.

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia argentina también se pronunció sobre el derecho a la educación de las personas con discapacidad —en relación con el derecho a la salud— en clave de obligaciones de prestación que debe realizar el Estado para garantizar igualdad de condiciones. En el caso *Lifschitz*,⁸⁹ la Corte argentina ordenó al Estado nacional otorgar un subsidio que permitiera solventar los gastos de educación y transporte de un niño en situación de discapacidad cuyos padres no contaban con recursos económicos suficientes, y ante la falta de vacantes en las escuelas públicas y servicios de transportes especiales. La Corte sostuvo que era evidente que el sistema de transporte público no podía ser adecuadamente utilizado por personas con discapacidad y que era el Estado quien debía probar que había vacantes en los sistemas de educación pública. En consecuencia, resolvió que el Estado debía otorgar el subsidio hasta en tanto demostrara que los padres del niño contaban con los medios económicos para sufragar estos gastos o que había vacantes en escuelas públicas especiales y un transporte público adecuado.

La cuestión en el caso *Lifschitz* también presenta un tema de violación de la prohibición de discriminación porque todos los niños tienen derecho a acceder a la educación formal. Este niño

⁸⁹ CSJN, fallo 327:2413, de 2004.

MARTÍN ALDAO, LAURA CLÉRICO Y FEDERICO DE FAZIO

se veía impedido a acceder a la educación por su situación de discapacidad. No había vacantes en las escuelas públicas cercanas y los medios de transporte no estaban preparados para que esta persona pudiera moverse por sus propios medios y así acceder a una escuela que responda adecuadamente a sus necesidades e intereses. Además, el niño se encontraba en desigualdad de condiciones respecto a aquellos que poseían una obra social o subsidio estatal para la educación especial.

En este caso, la discriminación se produce a causa de su condición social, sumado a que pertenece a un grupo vulnerable o en desventaja —personas con discapacidad, art. 75, inc. 23, CN—. ⁹⁰ La misma línea de *Lifschitz* es confirmada por la CSJN en los casos *L.S.R.*, ⁹¹ en 2013, y *P.L.J.M.*, ⁹² en 2014.

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

En el fallo *Hospital Británico*, ⁹³ la Corte Suprema confirma la constitucionalidad de la ley 24.754, que extendió a las entidades de medicina prepaga la cobertura de las prestaciones obligatorias dispuestas para las obras sociales respecto de la drogadicción y del VIH. Además, se consolidó la regla que establece que el Congreso puede dictar medidas de acción positiva respecto de “grupos tradicionalmente perjudicados” (regla que surge expresamente del art. 75, inc. 23 CN). En concreto, se tomaron en cuenta dos argumentos. El primero, referido a que compete a la prepaga la carga de la argumentación, así como la entidad del

⁹⁰ Véase la sentencia reciente de la CSJN recaída en el *Caso Q.C.* (2012) en el que condenó al gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a realizar acciones positivas adecuadas y suficientes para que un niño que padecía una discapacidad grave y vivía con su madre en la calle tuviera acceso a una vivienda digna, Caramelo Díaz, Gustavo, “El derecho a una vivienda adecuada según la Corte Suprema argentina”, *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, 2012.

⁹¹ CSJN, 10 de diciembre de 2013.

⁹² CSJN, 19 de marzo de 2014.

⁹³ CSJN, 13 de marzo de 2001, fallos 324:754.

El derecho a la salud en Argentina

perjuicio que debe justificar para la admisibilidad de la acción; y el segundo, referido al grupo de personas protegidas por la reglamentación.

Respecto del primero, la actora —Hospital Británico— no demostró que la ley atacada implicara un “perjuicio” a la libertad de contratar, de propiedad y de ejercer industria lícita. Daba cuenta de que en su argumentación existían “[...] ciertas pautas —algunas de ellas, inclusive, oficiales— que, eventualmente acompañadas de una estimación promedio de la cantidad de enfermos a atender o asistir, permitirían —ellas u otras— apreciar si, en efecto, la inclusión de estas prestaciones obligatorias, compromete [...] la subsistencia e integridad patrimonial de la actora”. Sin embargo, la prepaga no tomó en cuenta esas pautas para “calcular” y demostrar en concreto el perjuicio que le provocaba la aplicación de la norma y, por ello, sus afirmaciones “[...] se evidencian [así] dogmáticas, comportando, antes bien, juicios conjeturales más que aseveraciones respecto de agravios constatados, toda vez que, en rigor, no se advierten en el caso elementos serios que permitan apreciar debidamente esta cuestión”.

El segundo argumento se refiere a la manda constitucional dirigida al Congreso para que dicte medidas de acción positiva respecto de “grupos tradicionalmente perjudicados como [...] los discapacitados” y de las personas afectadas por el VIH y la drogadicción, como en el caso de la ley 24.754, que alcanza a las entidades de medicina prepaga.

El fallo *Hospital Británico* inicia así una línea jurisprudencial referida a la relación entre el derecho a la salud y las empresas de medicina prepaga que será confirmada con posterioridad. En este sentido, la falta de regulación integral de las prepagas hasta 2011, cuando fuera aprobada la ley 26.682 sobre marco regulatorio, fue suplida por los tribunales (y, en especial, por la CSJN), por medio de la aplicación directa del derecho a la salud, de rango constitucional. Esto arrojó resultados positivos en términos de sostener la fuerza vinculante y de aplicación directa del bloque de constitucionalidad, especialmente por el estado de vulnerabilidad del afectado (ya sea por su situación de discapacidad, edad, sexo y/o enfermedad) y por la urgencia de la prestación.

MARTÍN ALDAO, LAURA CLÉRICO Y FEDERICO DE FAZIO

En líneas generales, se diría que la Corte sostuvo, a través de su jurisprudencia, que:

- a) el derecho a la salud genera obligaciones a las prepagas;
- b) quienquiera atacar la constitucionalidad de esas obligaciones tiene la carga de la argumentación y de la justificación agravada;
- c) las prestaciones obligatorias a cargo de las prepagas pueden ser actualizadas por vía legal, reglamentaria o por interpretación directa de la Constitución;
- d) queda prohibido el establecimiento de periodos de carencia respecto del PMO y es deber de la prepaga informarlo;
- e) la prepaga está obligada a continuar con el contrato (y a prestar medicamentos y tratamientos para un paciente portador de VIH) si se cumple con el pago de la cuota, siendo irrelevante que el contrato lo hubiese celebrado el propio actor, o bien, su empleadora en su beneficio;
- f) la prepaga está obligada (contractual y legalmente) a la atención y prestación del servicio en el caso de una dolencia cuyo tratamiento está prevista en el PMO y que además surge de la interpretación del contrato, no pudiendo la prepaga alegar el origen de la dolencia para incumplir con su obligación.

Pero, desde un punto de vista crítico, si bien la Corte se pronunció en varios temas que se relacionan con las obligaciones de las prepagas que surgen del derecho a la salud,⁹⁴ no cumplió una función relevante de articulación entre el derecho constitucional y el derecho reglamentario, al no poner al Congreso en mora por la falta de regulación “integral” del sistema de salud. Tal vez esto hubiese contribuido a alentar una discusión más amplia y pública del nivel —y calidad— aceptable de prestación al que toda persona debe poder acceder, sea cual fuere el subsector de la salud en cuestión, en especial para lograr una *igualdad real* en el ejercicio del derecho a la salud de aquellos grupos que especialmente padecen las insuficiencias estructurales del sistema

⁹⁴ Clérico, Laura, “La jurisprudencia de la Corte sobre medicina prepaga en el contexto de un sistema de salud con fronteras ‘híbridas’”, *Jurisprudencia Argentina*, 2010, pp. 1-27.

El derecho a la salud en Argentina

en general: niñas y niños, personas con discapacidad, mujeres, personas mayores y pueblos originarios (arts. 75, incs. 17 y 23 CN).

Respecto de los planes médico-asistenciales, las obligaciones de las prepagas están determinadas por un piso mínimo, lo que quiere decir que no pueden apartarse de este para empeorarlo, aunque sí para mejorarlo. Respecto de la obligación a cumplir el PMO y la ley 24.901, se diría que la norma recoge los reclamos de los usuarios y la línea jurisprudencial en el tema elaborada por Corte Suprema de Justicia de la Nación. Dicha jurisprudencia está, como vimos, encabezada por el fallo *Hospital Británico* y la jurisprudencia posterior, donde las entidades de medicina prepaга no volvieron a formular objeciones directas a la constitucionalidad de la ley 24.754, sino que su nueva estrategia de litigio implicó atacar las actualizaciones del PMO, así como la aplicación de la ley 24.901, como dan cuenta los casos *Sartori*, *Cambiaso Péres de Nealón c/ CEMIC*, entre otros, aunque sin éxito: las prepagas debieron cumplir con las obligaciones que surgían de las actualizaciones del PMO y a la luz del derecho a la salud.

Esta interpretación a favor de la actualización y de la extensión de las prestaciones en las coberturas de las empresas de medicina prepaга es la que debe primar cuando se interpreta el artículo 7 de la ley 26.682. Surge además de la consideración del mandato constitucional del artículo 75, inciso 23, que identifica a las personas con discapacidad, entre otras, como un grupo vulnerable o en desventaja que requiere además de “medidas de acción positiva”.

En ese sentido, las leyes 24.754 (así como su remisión a las leyes 23.660, 23.661 y 24.455 y sus respectivas reglamentaciones) y 24.901 han constituido la expresión del accionar positivo del Estado. Este énfasis en las obligaciones estatales de prestación positiva va de la mano de las interpretaciones realizadas por el Comité DESC, que advierte que la garantía del derecho a la salud de las personas con discapacidad no solo requiere que el Estado cumpla con sus obligaciones de respetar, sino también de proteger y garantizar a través de un actuar positivo.

MARTÍN ALDAO, LAURA CLÉRICO Y FEDERICO DE FAZIO

Sin embargo la CSJN empieza a desandar el camino de la progresividad en *L.E.S.*,⁹⁵ fallo que restringe las obligaciones de las empresas de medicina prepaga en función de las obligaciones que les corresponden a las obras sociales, tendencia que se ve profundizada en *S.D.*,⁹⁶ en el cual rechaza el reclamo de cobertura de educación integral para personas con discapacidad contra una prepaga, privilegiando el marco contractual por sobre los derechos constitucionales involucrados.

Un último punto de actualidad vinculado con la extensión del alcance de las prestaciones obligatorias de las prepagas tiene que ver con los constantes reclamos de los usuarios relativos a los tratamientos de fertilización asistida, respecto de individuos —estén o no en pareja— que no pueden tener hijos. Estos reclamos han sido resueltos de diferentes formas por los tribunales locales y nacionales. En muchos casos, la negativa se vinculaba con la cuestión de los costos que deberían afrontar las prepagas; en otros, con el problema que plantean los óvulos fecundados pero que no son utilizados. Hemos analizado estas dos cuestiones en otros trabajos.⁹⁷ Brevemente podemos afirmar que estos argumentos no tienen el peso suficiente como para justificar una “violación” al derecho a la salud de los pacientes. En cuanto a los costos, no está probado que las empresas de medicina prepaga terminen en la quiebra directa por tener que afrontar estos tratamientos. La cuestión de la ecuación económica que deben mantener las prestaciones respecto de lo que pagan los usuarios y la imposibilidad de hacer esfuerzos por parte de las prepagas se vio tanto en distintos fallos judiciales (p. ej., *Etcheverry*)⁹⁸ como en los debates parlamentarios, por ejemplo, cuando se discutió la ley de salud sexual y la entrega gratuita de anticonceptivos.

⁹⁵ CSJN, 20 de mayo de 2014. La misma línea sería confirmada con posterioridad en *T.M.C.* y *P.E.G.*, de 2016. En todos estos reclamos, la empresa de medicina prepaga demandada es *C.E.M.I.C.*

⁹⁶ CSJN, 15 de marzo de 2016.

⁹⁷ Véase Clérico, Laura *et al.*, “El subsistema privado de salud en Argentina...”, *cit.*, pp. 1417-1495.

⁹⁸ CSJN, *Etcheverry, Roberto Eduardo vs. Omint Sociedad Anónima y Servicios*, de 13 de marzo de 2001, fallos 324:677. Véase, en este capítulo, el apartado sobre derecho a la salud y discriminación por VIH.

El derecho a la salud en Argentina

2.9. Vacunación y autonomía familiar⁹⁹

El caso *N.N. o U.V. s/Protección y guarda de personas*¹⁰⁰ aborda el conflicto entre diversos paradigmas de salud y se origina de la negativa de una familia a someter a su hijo a las campañas estatales de vacunación obligatoria. La cuestión es qué tan restrictiva del derecho de la familia a determinar su propio plan de vida (P1) es la medida estatal de implementar una campaña de vacunación obligatoria (M) que busca promover el derecho a la salud de los niños (P2) y la salud colectiva: “la no vacunación del menor lo expone al riesgo de contraer enfermedades, muchas de las cuales podrían prevenirse mediante el cumplimiento del plan nacional de vacunación”¹⁰¹ y “reducir y/o erradicar los contagios en la población”.¹⁰²

Con respecto a la idoneidad de la medida, la Corte parece contentarse con un examen de mera plausibilidad, sin detenerse a analizar la eficacia de la medida en el caso concreto: “A excepción del agua limpia, ningún otro factor, ni siquiera los antibióticos, ha ejercido un efecto tan importante en la reducción de la mortalidad [...]”.¹⁰³ El segundo subtest, el de necesidad, examina los medios alternativos que podrían haber sido desplegados por el Estado para satisfacer P2 y que, al mismo tiempo, resulten menos restrictivos que P1. En el caso, la Corte no considera medios alternativos intermedios entre la no vacunación (M2) y la vacunación obligatoria (M1):

[...] en conclusión, de lo que se trata en el caso es de alcanzar la máxima certidumbre respecto del modo como mejor se satisface el interés superior del niño, lo que sin duda se traduce en optar por la mejor alternativa posible con el fin de asegurar al menor un presen-

⁹⁹ Clérico, Laura, *Derechos y proporcionalidad: violaciones por acción, por insuficiencia y por regresión. Miradas locales, interamericanas y comparadas*, Querétaro, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2018.

¹⁰⁰ CSJN, fallos 335:888-905.

¹⁰¹ CSJN, fallo 335:904.

¹⁰² CSJN, fallo 335:808.

¹⁰³ CSJN, fallo 335:901.

MARTÍN ALDAO, LAURA CLÉRICO Y FEDERICO DE FAZIO

te cierto y contenedor que disminuya daños futuros irreversibles en lo que respecta a su salud. En este sentido, la no vacunación del menor lo expone al riesgo de contraer enfermedades, muchas de las cuales podrían prevenirse mediante el cumplimiento del plan nacional de vacunación. Asimismo, la circunstancia de que el resto de las personas sea vacunado reduce las posibilidades del niño de contraer enfermedades. Justamente, la sumatoria de vacunas en todas ellas es la que previene las graves enfermedades que podrían contraerse si todos imitaran la actitud de los actores.¹⁰⁴

La tercera etapa del examen de proporcionalidad se refiere al examen de proporcionalidad en sentido estricto. En el caso se presenta, por un lado, el principio del derecho a la salud interpretado desde la perspectiva (autonomía familiar) de los padres del niño V (P1) y, por el otro, el derecho a la salud del niño y la salud pública (P2). Para la Corte, se trata de un “conflicto de intereses”,¹⁰⁵ pues sostiene que se debe “[...] recordar que el resguardo de la privacidad de cada individuo es un ámbito de incuestionable tutela por parte de nuestra Constitución [...]”.¹⁰⁶

No cabe duda de que el principio de autonomía advierte sobre la importancia de su peso más allá de las circunstancias en concreto. Este principio, según la Corte,

[...] le reconoce al individuo un ámbito de libertad en el cual este puede adoptar libremente las decisiones fundamentales acerca de su persona, sin intervención alguna por parte del Estado o de los particulares, en tanto dichas decisiones no violen el orden, la moral pública o los derechos de terceros. Es decir, mientras una persona no ofenda al orden, a la moral pública, o a los derechos ajenos, sus comportamientos —incluso públicos— están protegidos por el art. 19, y hay que respetarlos aunque a lo mejor resulten molestos para terceros o desentonen con pautas del obrar colectivo.¹⁰⁷

¹⁰⁴ CSJN, fallo 335:904.

¹⁰⁵ CSJN, *N.N. o U.,V. s/ Protección y guarda de personas*, de 12 de junio de 2012, cdo. 18.

¹⁰⁶ *Ibidem*, cdo. 9.

¹⁰⁷ *Idem*.

El derecho a la salud en Argentina

Incluso, el Tribunal extiende la importancia de este principio al ámbito de la autonomía familiar:

[...] el derecho a la privacidad¹⁰⁸ —por definición propio y exclusivo de cada persona— se extiende a situaciones en que alcanza a dos o más personas que integran un núcleo familiar erigiéndose en el derecho a la privacidad de ese grupo (art. 11, inc. 2, CADH). En ejercicio de este derecho los progenitores pueden elegir sin interferencias del Estado el proyecto de vida que desean para su familia; sin embargo, tal derecho tendrá como límite lo dispuesto por el art. 19, CN.¹⁰⁹

Más aún, en cada cita, la Corte insiste en que esa autonomía puede ser limitada: “[...] no se encuentra discutida en autos la prerrogativa de los progenitores de decidir para sí el modelo de vida familiar (art. 19 CN), sino el límite de aquella”.¹¹⁰ Esto dependerá del peso y la importancia de los derechos en colisión, en este caso, del derecho a la salud de los niños.¹¹¹ En el fallo se trata del derecho a la salud de un niño en su primera infancia, por ello, juega un papel fundamental la especial protección a grupos en desventaja por desigualdad estructural (p. ej., muje-

¹⁰⁸ Martín Aldao advierte que la Corte usa en este caso “privacidad” en forma ambigua, pues en algunas partes parece referirse a “intimidad” (más cercana al art. 18 CN) y en otras partes a “autonomía” (art. 19 CN). Sobre esta distinción véase el caso *Bazterrica* sobre tenencias de estupefacientes para fines de consumo personal, fallos 308:1392, de 29 de agosto de 1986, en especial, cdo. 8 del voto de la mayoría: “[...] La referida norma [art. 19 CN] impone, así, límites a la actividad legislativa consistentes en exigir que no se prohíba una conducta que se desarrolle dentro de la esfera privada entendida esta no como la de las acciones que se realizan en la intimidad, protegidas por el art. 18, sino como aquellas que no ofendan al orden o la moralidad pública, esto es, que no perjudiquen a terceros. Las conductas del hombre que se dirijan solo contra sí mismo, quedan fuera del ámbito de las prohibiciones”, y considerandos 19 y 22 del voto de Petracchi; además, Nino, Carlos Santiago, *Fundamentos de derecho constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 1991.

¹⁰⁹ CSJN, *N.N. o U., V. s/ Protección y guarda de personas*, de 12 de junio de 2012, cdo. 10.

¹¹⁰ *Ibidem*, cdo. 23.

¹¹¹ Sobre el derecho a la salud de los niños véase Beloff, Mary; Freedman, Diego y Deymonnaz, Virginia, *op. cit.*

MARTÍN ALDAO, LAURA CLÉRICO Y FEDERICO DE FAZIO

res, niñas y niños, personas mayores, pueblos originarios, personas con discapacidad).¹¹²

El peso abstracto del derecho a la salud de un niño sería para la Corte muy alto.¹¹³ Esto se desprende de las siguientes afirmaciones que basa, a su vez, en argumentaciones desarrolladas en fallos anteriores sobre los derechos de la niñez: “[...] en determinados casos, el derecho a la privacidad familiar antes referido resulta permeable a la intervención del Estado en pos del interés superior del niño como sujeto vulnerable y necesitado de protección —art. 75, inc. 23, CN— tutelado por un régimen cuya nota característica es hacer prevalecer su interés por sobre todos los intereses en juego [...]”. Y respecto del derecho a la salud, habla de que se encuentra “especialmente reconocido” en la Convención sobre los Derechos del Niño y en la normativa interna.

Ahora bien, ese especial reconocimiento está, desde el comienzo, apuntalado porque el Estado debe hacer algo que resulte “efectivo” para que ese derecho pueda ser ejercido. Por otro lado, se trata de determinar la importancia de la realización del derecho promovido, que se establece comparando la realización conseguida por la implementación de la acción estatal (vacunación obligatoria) con la que se lograría de realizarse, en este caso, lo reclamado por los padres (la no vacunación). Desde el comienzo, la importancia de esta realización viene especialmente protegida. No basta con hacer algo, ese actuar debe ser efectivo, “adoptando todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole, requeridas a tal fin”.¹¹⁴

En el caso, ese accionar estatal debe estar amparado por la “mayor certidumbre” respecto del logro del estado de cosas que

¹¹² Véase Corte IDH. *Caso Kimel vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008. Serie C, núm. 177.

¹¹³ Véase Beloff, Mary y Deymonnaz, Virginia, “El derecho a la salud de niñas y niños en la jurisprudencia de la Corte IDH”, en esta obra.

¹¹⁴ CSJN, 12/06/2012, *N.N. o U., V. s/ Protección y guarda de personas, cit., cdo. 17*: “Que la citada Convención [...] señala como objetivo primordial el de proporcionar al niño una protección especial en términos de concretos derechos, libertades y garantías, a las que los Estados deben dar “efectividad”, adoptando todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole, requeridas a tal fin.”

El derecho a la salud en Argentina

se busca alcanzar. Por eso, entre el estado de cosas logrado por medio de la vacunación obligatoria, que el Tribunal interpreta como muy alto, y el que se lograría con la no vacunación,¹¹⁵ surgiría que se le imputa al grado de realización alcanzado una importancia muy alta y su no realización sería muy grave. Así, cobra sentido que la Corte se refiera a “determinados casos”, por ejemplo: “[...] cabe señalar que, en determinados casos, el derecho a la privacidad familiar antes referido resulta permeable a la intervención del Estado en pos del interés superior del niño como sujeto vulnerable y necesitado de protección —artículo 75, inciso 23, CN— tutelado por un régimen cuya nota característica es hacer prevalecer su interés por sobre todos los intereses en juego”.¹¹⁶

La ponderación culmina cuando se ha agotado el balance de los argumentos que hablan a favor y en contra del peso de los principios y de la intensidad de la restricción a la luz de las circunstancias del caso concreto. Por ello, una restricción grave al derecho a la salud de los niños (si no se implementara la acción estatal: la vacunación obligatoria, que por ahora es la que otorga “mayor certidumbre” en la prevención y erradicación de enfermedades evitables) no puede ser justificada por la importancia leve o moderada de la autonomía familiar. Recién, con la reconstrucción argumentativa ensayada en este trabajo, se entiende cuando la Corte sostiene, en términos más categóricos: “[...] puede concluirse que el obrar de los actores en cuanto perjudica los derechos de terceros, queda fuera de la órbita del ámbito de reserva del art. 19, CN y, por tanto, se trata de comportamientos y decisiones sujetas a la interferencia estatal la que, en el caso, está plasmada en el plan de vacunación nacional”.¹¹⁷

Por ello, es especialmente importante tomar en consideración el peso y la intensidad de la restricción y de la realización de los derechos en abstracto, pues determinan el tipo de razones que se exigen en concreto para tener por justificada o no

¹¹⁵ Se descarta el medio de inmunización alternativa porque no fue acompañado en concreto por los padres como un medio igual de idóneo pero menos lesivo, véase apartado sobre subexamen de medios alternativos menos lesivos.

¹¹⁶ CSJN, 12/06/2012, *N.N. o U., V. s/ Protección y guarda de personas*, *cit.*, cdo. 15.

¹¹⁷ *Ibidem*, cdo. 14.

MARTÍN ALDAO, LAURA CLÉRICO Y FEDERICO DE FAZIO

la limitación al derecho. Así, por ejemplo, la argumentación de la Corte se podría reconstruir según este esquema diciendo que si se considera el peso abstracto alto del derecho a la salud de los niños, la realización lograda alta y el carácter grave de su no realización, no basta con que por el otro lado se encuentre el derecho a la autonomía familiar, que si bien es atendible, parece haber perdido peso en el caso concreto, porque los afectados no lograron atacar la falta de idoneidad de la vacunación obligatoria o su posible evitabilidad a través de un medio alternativo igual de idóneo, pero menos lesivo. En suma, la vacunación obligatoria no es desproporcionada (excesiva) a la luz de los derechos que busca promover y de los que afecta.¹¹⁸

III. CONSIDERACIONES FINALES

Como se señaló en la introducción de este trabajo, el “momento constitucional” representado por la reforma de 1994 trae consigo un aumento del reconocimiento normativo del derecho a salud. Este elevado reconocimiento normativo, sumado a una marcada insuficiencia de las políticas públicas en materia de salud, explica el porqué de un alto desarrollo jurisprudencial en la materia. Este

¹¹⁸ El último paso excede el caso concreto. Gira en torno a la *reformulación del resultado de la ponderación como regla aplicable para solucionar casos semejantes futuros*. Aquí proponemos la siguiente reconstrucción de la regla que surge del *Caso N.N. o U.,V. s/ Protección y guarda de personas*, de 2012: *si se trata de la negativa de los padres a que un niño en su primera infancia no sea sometido al plan de vacunación obligatoria para prevenir enfermedades evitables, entonces la restricción al derecho a la autonomía familiar de los padres no es excesiva si (i) la vacunación obligatoria promueve el derecho a la salud de los niños y la salud pública; (ii) no existen medios alternativos igual de idóneos pero menos lesivos pues en el caso no fue demostrado que los posibles alternativos fueran igual de idóneos que el plan de vacunación obligatoria; y (iii) la restricción al derecho a la autonomía familiar es plausible pues se trata de evitar un perjuicio concreto a la salud de los niños y a la salud pública*. Para la Corte, esta regla debería ser vinculante, salvo que justifique que el caso en análisis es diferente al problema y circunstancias relevantes del *Caso N.N. o U.,V. s/ Protección y guarda de personas* o que si bien similar la regla es incorrecta. Para el afectado (perspectiva del actor) la regla vuelve a dar pistas para encarar como desafiar las debilidades (o en su caso fortalezas) argumentativas del fallo y así planificar su estrategia argumentativa.

El derecho a la salud en Argentina

trabajo, precisamente, ha tenido por fin sistematizar dogmáticamente el “estado de la cuestión” de la interpretación y alcance del derecho a la salud en Argentina y, asimismo, pretendió responder a la cuestión de *qué, cómo y quiénes* son titulares y obligados en sede judicial. Esto implica, por tanto, dejar sentadas determinaciones sobre el objeto del derecho, las vías metodológicas para aplicarlo y los sujetos a los cuales se dirige.

Con este objetivo, hemos clasificado los fallos trabajados en los siguientes puntos de exposición: en primer lugar, hemos reconstruido la estructura del argumento de prohibición de regresión arbitraria, a través del caso *Campodónico de Beviaqua*. Una regresión en el estado de entrega de medicamentos requiere de una argumentación fuerte que la justifique, puesto que existe, *a priori*, una presunción en contra de dicha medida regresiva.

En segundo lugar, hemos reconstruido el examen de medios alternativos. Se expuso este examen como un punto importante a tener en cuenta en la argumentación, dado que exige, por un lado, que las modificaciones en los tratamientos cuenten con el mismo grado de eficacia y, por el otro, que exista una necesidad para tal fin. El caso de las “terapias experimentales” presenta un desafío a futuro interesante, ya que es una vía de cuestionamiento a lo reglamentado de manera general, teniendo en cuenta las especiales circunstancias del caso.

Las categorías sentadas en los puntos 3, 4 y 5 del capítulo II reconstruyen aquellos fallos en donde la argumentación referida a cuestiones de salud entra en conexión con otros derechos. Así, primeramente nos referimos a la relación entre el derecho a la salud y el derecho a condiciones de existencia digna ante casos de pobreza extrema; luego, a la relación entre el derecho a la salud y los derechos reproductivos de las mujeres y, por último, a la relación entre el derecho a la salud y el derecho a la igualdad y no discriminación, en casos relacionados con la cobertura de personas portadoras de VIH. El análisis dogmático parece revelar que cuando el derecho a la salud se conecta con estos otros derechos, resulta prácticamente improbable una justificación en contrario de su fomento.

Posteriormente nos hemos referido a uno de los rasgos importantes del objeto del derecho a la salud: la entrega de medi-

MARTÍN ALDAO, LAURA CLÉRICO Y FEDERICO DE FAZIO

camentos. Del amplio desarrollo jurisprudencial puede extraerse el contenido de las obligaciones de dar (en este caso, medicamentos), las cuales se encuentran restringidas a su suficiencia y oportunidad. Estas restricciones son puestas en tela de juicio a la luz de la fuerza normativa del derecho a la salud.

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

Por último, invitamos a realizar una lectura transversal de la jurisprudencia aquí trabajada. Si bien varios de estos fallos se resuelven como reclamos individuales, un análisis transversal sostiene la tesis —arriba explicada— de que el derecho a la salud es inclusivo y social. Su goce efectivo requiere “[...] una amplia gama de factores socioeconómicos que promueven las condiciones merced a las cuales las personas pueden llevar una vida sana, y hace ese derecho extensivo a los factores determinantes básicos de la salud, como la alimentación y la nutrición, la vivienda, el acceso a agua limpia potable y a condiciones sanitarias adecuadas, condiciones de trabajo seguras y sanas y un medio ambiente sano”.¹¹⁹ Insistimos, el carácter inclusivo habla de la emergencia y necesidad de encarar algunos reclamos sobre derecho a la salud desde una perspectiva integral.

¹¹⁹ Comité DESC, Observación general 14, *cit.*, párr. 4. Esta cita reitera la de la sección 3 de nuestro trabajo.

El derecho a la salud en Argentina

BIBLIOGRAFÍA

- ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2002.
- ABRAMOVICH, Víctor y PAUTASSI, Laura, “El derecho a la salud en los tribunales: algunos efectos del activismo judicial sobre el sistema de salud en Argentina”, *Salud Colectiva*, vol. 4, núm. 3, 2008.
- ALEGRE, Marcelo, “¿Opresión a conciencia? La objeción de conciencia en la esfera de la salud sexual y reproductiva”, en CLÉRICO, Laura; RONCONI, Liliana y ALDAO, Martín (coords.), *Tratado de derecho a la salud*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2013.
- ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, CEPC, 2007.
- , “Sobre la estructura de los derechos de prestación”, en BEADE, Gustavo A. y CLÉRICO, Laura (eds.), *Desafíos a la ponderación*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2012.
- ALOIA, Carolina y BRINER, Agustina, “Sistema de salud en Argentina: evidencias recientes de su fragmentación y vigencia”, en CLÉRICO, Laura; RONCONI, Liliana y ALDAO, Martín (coords.), *Tratado de derecho a la salud*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2013.
- ÁLVAREZ, Magdalena I. y GUIÑAZÚ, Claudio E., “El derecho a la salud en la provincia de Córdoba”, en CLÉRICO, Laura; RONCONI, Liliana y ALDAO, Martín (coords.), *Tratado de derecho a la salud*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2013.
- ARANGO, Rodolfo, *El concepto de los derechos sociales fundamentales*, Bogotá, Legis-Universidad Nacional de Colombia, 2005.
- , “El derecho a la salud en la jurisprudencia constitucional colombiana”, en CLÉRICO, Laura; RONCONI, Liliana y ALDAO, Martín (coords.), *Tratado de derecho a la salud*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2013.
- ARBALLO, Gustavo, “Localizando el derecho a la salud”, en CLÉRICO, Laura; RONCONI, Liliana y ALDAO, Martín (coords.), *Tratado de derecho a la salud*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2013.

MARTÍN ALDAO, LAURA CLÉRICO Y FEDERICO DE FAZIO

- BEADE, Gustavo A., “La criminalización de la tenencia y el consumo de drogas: ¿proteger la salud mediante el castigo penal, entre otros?”, en CLÉRICO, Laura; RONCONI, Liliana y ALDAO, Martín (coords.), *Tratado de derecho a la salud*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2013.
- BELOFF, Mary; FREEDMAN, Diego y DEYMONNAZ, Virginia, “La protección del derecho a la salud de niños y niñas”, en CLÉRICO, Laura; RONCONI, Liliana y ALDAO, Martín (coords.), *Tratado de derecho a la salud*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2013.
- CARAMELO DÍAZ, Gustavo, “El derecho a una vivienda adecuada según la Corte Suprema argentina”, *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, 2012.
- CARDINAUX, Nancy *et al.*, “Condiciones de posibilidad para la exigibilidad judicial del derecho a la vivienda en el ámbito local”, *Revista Argentina de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 2013.
- CLÉRICO, Laura, *Derechos y proporcionalidad: violaciones por acción, por insuficiencia y por regresión. Miradas locales, interamericanas y comparadas*, Querétaro, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2018.
- , “La jurisprudencia de la Corte sobre medicina prepaga en el contexto de un sistema de salud con fronteras ‘híbridas’”, *Jurisprudencia Argentina*, 2010.
- , “¿El argumento del federalismo vs. el argumento de igualdad? El derecho a la salud de las personas con discapacidad”, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, año I, núm. 1, octubre de 2010.
- , “El derecho a la salud de las personas con discapacidad además como un derecho de organización y procedimiento: ‘S.M.F’, ‘Martín’ y ‘Gallardo’”, en *JA 2010-II*, Suplemento del fascículo núm. 7.
- , “El derecho a la salud y el examen de proporcionalidad: prohibición de insuficiencia, de retroceso”, en CLÉRICO, Laura; RONCONI, Liliana y ALDAO, Martín (coords.), *Tratado de derecho a la salud*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2013.

El derecho a la salud en Argentina

- *et al.*, “El subsistema privado de salud en Argentina. Notas y preguntas sobre el ‘Marco regulatorio de la medicina prepaga’”, en CLÉRICO, Laura; RONCONI, Liliana y ALDAO, Martín (coords.), *Tratado de derecho a la salud*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2013.
- y ALDAO, Martín, “Una valija argumentativa para la exigibilidad de los derechos sociales: hacia la recuperación de la perspectiva de los actores en los reclamos en el ámbito local”, en MAURINO, Gustavo y BERCOVICH, Luciana (coords.), *Los derechos sociales en el Área Metropolitana de Buenos Aires: una aproximación desde la teoría, las instituciones y la acción*, Buenos Aires, Eudeba, 2012.
- y RONCONI, Liliana, “Impacto del bloque de constitucionalidad en la interpretación del derecho común. La interpretación amplia de los abortos permitidos en Argentina”, *Revista de Estudios Constitucionales*, Talca, 2012.
- y VITA, Leticia, “Efectos del litigio en derecho a la salud y equidad: el caso de la provincia de Buenos Aires, Argentina,” *Revista Derecho y Ciencias Sociales*, Universidad de La Plata, 2017.
- , RONCONI, Liliana y ALDAO, Martín, “Hacia la reconstrucción de las tendencias jurisprudenciales en América Latina y El Caribe en materia de igualdad: sobre la no-discriminación, la no-dominación y la redistribución y el reconocimiento”, *Direito GV Law Review*, São Paulo, 2013, www.scielo.br
- CROJETOVICH, María, “Claves para pensar la dinámica del hospital público”, en CLÉRICO, Laura; RONCONI, Liliana y ALDAO, Martín (coords.), *Tratado de derecho a la salud*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2013.
- FAMA, Victoria y FORTUNA, Sebastián, “Derecho a la salud, campañas de vacunación y tratamientos alternativos: sobre la potestad del Estado, la autonomía familiar y los derechos del niño”, en CLÉRICO, Laura; RONCONI, Liliana y ALDAO, Martín (coords.), *Tratado de derecho a la salud*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2013.
- FAZIO, Federico de, *Teoría principalista de los derechos sociales*, Madrid, Marcial Pons, 2019.

MARTÍN ALDAO, LAURA CLÉRICO Y FEDERICO DE FAZIO

- , “Sindicatos y obras sociales: entre la solidaridad y el control social”, en CLÉRICO, Laura; RONCONI, Liliana y ALDAO, Martín (coords.), *Tratado de derecho a la salud*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2013.
- FIDALGO, Maitena, *Adiós al derecho a la salud. El desarrollo de la medicina prepaga*, Buenos Aires, Espacio, 2008.
- FLOOD, Colleen y GROSS, Aeyal, “Litigating the Right to Health: What Can We Learn from a Comparative Law and Health Care Systems Approach?”, *Health and Human Rights*, vol. 16, núm. 2, diciembre de 2014.
- FORTUNA, Sebastián, “Derecho a la salud, campañas de vacunación y tratamientos alternativos: sobre la potestad del Estado, la autonomía familia y los derechos del niño”, en CLÉRICO, Laura; RONCONI, Liliana y ALDAO, Martín (coords.), *Tratado de derecho a la salud*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2013.
- GELLI, María Angélica (ed.), *Constitución comentada*, Buenos Aires, La Ley, 2008.
- GOTLIEB, Verónica; YAVICH, Natalia y BÁSCOLO, Ernesto, “Litigio judicial y el derecho a la salud en Argentina”, *Cadernos de Saúde Pública*, vol. 32, núm. 10, febrero de 2016.
- KRENNERICH, Michael, *Soziale Menschenrechte. Zwischen Recht und Politik*, Schwalbach, Wochenschau Verlag, 2013.
- LANGFORD, Malcolm, *Social Rights Jurisprudence, Emerging Trends in International and Comparative Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011.
- LARA CORREA, Walter y MOHADEB, Sergio, “Medidas cautelares y derecho a la salud”, en CLÉRICO, Laura; RONCONI, Liliana y ALDAO, Martín (coords.), *Tratado de derecho a la salud*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2013.
- LEÓN FLORIÁN, Felipe Johan, “La eficacia de los derechos sociales entre particulares. Fundamento y posibilidades”, *Pensamiento Constitucional*, Lima, 2013, <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/8963>
- MAURINO, Gustavo y SIGAL, Martín, “Derecho a la salud y litigio colectivo: perspectivas desde la Corte Suprema Argentina a la

El derecho a la salud en Argentina

- luz de ‘Benghalensis’ y ‘Halabi’”, en CLÉRICO, Laura; RONCONI, Liliana y ALDAO, Martín (coords.), *Tratado de derecho a la salud*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2013.
- MORALES ANTONIAZZI, Mariela y CLÉRICO, Laura (coords.), *Interamericanización del derecho a la salud. Perspectivas a la luz del caso Poblete de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Querétaro, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2019, <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r38564.pdf>.
- PARETO, Marcia y AREN, Julio, “La competencia en materia del seguro de salud”, *Lexis*, núm. 0003/402003.
- PARRA VERA, Óscar, “La protección del derecho a la salud a través de casos contenciosos ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, en CLÉRICO, Laura; RONCONI, Liliana y ALDAO, Martín (coords.), *Tratado de derecho a la salud*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2013.
- PUCCIARELLO, Mariana, “El derecho a la salud en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”, en CLÉRICO, Laura; RONCONI, Liliana y ALDAO, Martín (coords.), *Tratado de derecho a la salud*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2013.
- , “El derecho a la vivienda en la Ciudad de Buenos Aires”, Buenos Aires, *Jurisprudencia Argentina*, 2012.
- RAMÍREZ, Silvina y PAUTASSI, Laura, “Derecho a la salud en contextos de discriminación: el caso de los pueblos originarios”, en CLÉRICO, Laura; RONCONI, Liliana y ALDAO, Martín (coords.), *Tratado de derecho a la salud*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2013.
- RAMÓN MITCHELL, Agustina y BERGALLO, Paola, *La reproducción en cuestión. Investigaciones y argumentos jurídicos sobre aborto*, Buenos Aires, Eudeba, 2018.
- RONCONI, Liliana, *Derecho a la educación e igualdad como no sostenimiento*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2018.
- , “La aplicación del examen de proporcionalidad para determinar las obligaciones estatales de prestación: ¿debe el Estado satisfacer los tratamientos de reproducción asistida?”, en BEADE, Gustavo A. y CLÉRICO, Laura (eds.), *Desafíos a la ponderación*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2011.

MARTÍN ALDAO, LAURA CLÉRICO Y FEDERICO DE FAZIO

ROSALES, Pablo Oscar, “La fertilización humana asistida en la reciente ley nacional 26.862 de reproducción médicamente asistida y en el proyecto de nuevo Código Civil y Comercial”, en CLÉRICO, Laura; RONCONI, Liliana y ALDAO, Martín (coords.), *Tratado de derecho a la salud*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2013.

SANTOS, Fabián, “Derecho a la salud en la provincia de Chubut”, en CLÉRICO, Laura; RONCONI, Liliana y ALDAO, Martín (coords.), *Tratado de derecho a la salud*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2013.

NINO, Carlos Santiago, *Fundamentos de derecho constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 1991

SCIOSCIOLI, Sebastián, *La educación básica como derecho fundamental: implicancias y alcances en el contexto de un estado federal*, Buenos Aires, Eudeba, 2016.

—, “Análisis introductorio de la estructura y funcionamiento del sistema sanitario en la Argentina”, en CLÉRICO, Laura; RONCONI, Liliana y ALDAO, Martín (coords.), *Tratado de derecho a la salud*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2013.

STAROWLANSKY, Verónica, “Reclamos administrativos y ante las obras sociales”, en CLÉRICO, Laura; RONCONI, Liliana y ALDAO, Martín (coords.), *Tratado de derecho a la salud*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2013.

SUÁREZ FRANCO, Ana María, *Die Justiziabilität wirtschaftlicher, sozialer und kultureller Rechte*, Fráncfort del Meno, Peter Lang, 2009.

TOBAR, Federico, “Salud pública y derecho a la salud”, en CLÉRICO, Laura; RONCONI, Liliana y ALDAO, Martín (coords.), *Tratado de derecho a la salud*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2013.

TREACY, Guillermo, “El derecho a la salud y el amparo individual”, en CLÉRICO, Laura; RONCONI, Liliana y ALDAO, Martín (coords.), *Tratado de derecho a la salud*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2013.

El derecho a la salud en Argentina

VITA, Leticia, “Modelos de Estado y derecho a la salud”, en CLÉRICO, Laura; RONCONI, Liliana y ALDAO, Martín (coords.), *Tratado de derecho a la salud*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2013.

ZUÑIGA FAJURI, Alejandra, “Eutanasia y derechos del paciente. ¿Hacia dónde dirigirnos?”, en CLÉRICO, Laura; RONCONI, Liliana y ALDAO, Martín (coords.), *Tratado de derecho a la salud*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2013.