

Sida y derecho a la salud en Argentina y Sudáfrica: las cortes, la razón y los recursos*

Horacio Javier Etchichury**

I. INTRODUCCIÓN

En las últimas décadas se han hecho numerosas referencias, en Argentina y otros países, a una sentencia sobre acceso a medicamentos contra el síndrome de inmunodeficiencia adquirida (sida) emitida en 2002 por la Corte Constitucional de Sudáfrica (CC). Se trata del caso *Minister of Health vs. Treatment Action Campaign*, conocido como caso TAC. El asunto fue difundido mundialmente como ejemplo de una respuesta judicial correcta frente a demandas sociales¹ y, seguramente, seguirá mereciendo

* Una versión anterior de este trabajo apareció bajo el título “Razón y recursos. Sentencias sobre acceso a drogas contra el sida en Argentina y Sudáfrica”, en Ribotta, Silvina y Rossetti, Andrés (eds.), *Los derechos sociales en el siglo XXI. Un desafío clave para el derecho y la justicia*, Madrid, Dykinson, 2010, pp. 377-400.

** Doctor en Derecho y Ciencias Sociales por la Universidad Nacional de Córdoba, Argentina (UNC, 2010). *Magister Legum* por la Yale Law School (2004). Abogado y licenciado en Comunicación Social por la UNC. Investigador adjunto del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET). Profesor adjunto de la Facultad de Derecho de la UNC. Director del Grupo de Investigación en Derechos Sociales (GIDES).

¹ Un comentarista, por ejemplo, señala que la Corte sudafricana ofrece un modelo “exportable” a aquellas naciones que desean adoptar derechos so-

HORACIO JAVIER ETCHICHURY

comentarios en los debates argentinos² e interamericanos. Rápidamente se volvió el modelo a seguir en la discusión sobre el derecho a la salud.

Discrepo de esta opinión generalizada. Considero que la decisión sudafricana no se centra en el derecho a la salud, en los derechos sociales o en las acostumbradas discusiones sobre qué pueden hacer o no los tribunales acerca del uso del presupuesto estatal en tales áreas. Más allá del caso particular, aquel fallo debatió otras cuestiones: qué clase de conocimiento es válido y qué argumentos son admisibles en una democracia cuando el Gobierno explica sus decisiones.

En cambio, considero que hay un fallo argentino más interesante al momento de debatir el rol de la judicatura y el alcance del derecho a la salud: *Asociación Benghalensis y otros c/ Ministerio de Salud y Acción Social – Estado Nacional s/ amparo ley 16.986* (caso *Asociación Benghalensis*), resuelto en 2000 por la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina (CSJN).

Aquí me propongo comparar ambas sentencias. Aparentemente, las resoluciones comparten varios elementos: *a)* anulan la puesta en vigor de derechos sociales a través de una acción judicial sobre bases constitucionales; *b)* contradicen la voluntad de los poderes políticos (el ejecutivo) y les dan órdenes de amplio alcance en cuestiones usualmente consideradas propias de esos poderes; *c)* se dictan en democra-

ciales exigibles judicialmente. Véase Christiansen, Eric, “Using constitutional adjudication to remedy socio-economic injustice: comparative lessons from South Africa”, *Journal of International Law and Foreign Affairs*, UCLA, 2008, pp. 387-388.

² Véase, por ejemplo, Gargarella, Roberto, “¿Democracia deliberativa y judicialización de los derechos sociales?”, en Gargarella, Roberto y Alegre, Marcelo (coords.), *El derecho a la igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2007, pp. 136 y 137. También ocurrió con la sentencia de la misma Corte en *Grootboom*. Véase Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2002, pp. 160-168, y Pisarello, Gerardo, *Vivienda para todos. Un derecho en (de)construcción. El derecho a una vivienda digna y adecuada como derecho exigible*, Barcelona, Icaria, 2003, pp. 207-209.

Sida y derecho a la salud en Argentina y Sudáfrica: las cortes, la razón y los recursos

cias no consolidadas, y *d*) surgen a partir de planteamientos de organizaciones no gubernamentales (ONG). Un enfoque comparativo, incluso tan reducido como este, muestra afinidades y distancias entre la decisión argentina y la sudafricana, facilitándonos una comprensión más profunda de estas jurisprudencias.³

Más allá de las similitudes, las sentencias muestran diferencias relevantes. La CC contribuyó con su fallo a la democratización política de su país, pero no amplió demasiado la vigencia de los derechos sociales. La CSJN confirmó el deber estatal de proveer tratamiento, con fundamentos que incluyeron el derecho a la salud en diversos alcances. Como señalé, el caso *TAC* trata las visiones conflictivas en torno al sida; analiza cómo determinar el conocimiento pertinente sobre la enfermedad, y también qué clase de argumentos resultan admisibles en la justificación de las decisiones gubernamentales. *Asociación Benghalensis*, en cambio, revisa cómo la discreción política y la falta de recursos en una crisis económica prolongada inciden en la aplicación de derechos sociales.

II. ¿CÓMO SE LLEGA A LAS DECISIONES?

2.1. Argentina

Un grupo de ONG dedicadas a atender la problemática del virus de inmunodeficiencia humana (VIH) interpusieron, a finales de 1996,⁴ un amparo (previsto en el art. 43 de la Constitución) para exigir al Estado nacional el cumplimiento de la asistencia, trata-

³ Véase Reitz, John C., “How to do comparative law”, *American Journal of Comparative Law*, núm. 46, 1998, p. 624, y Schlesinger, Rudolf B. *et al.*, *Comparative Law. Cases, texts, materials*, 6a. ed., Nueva York, University Casebook Series-Foundation Press, 1998, p. 47.

⁴ Véase Bergallo, Paola, “Courts and social change: Lessons from the struggle to universalize access to HIV/AIDS treatment in Argentina”, *Texas Law Review*, vol. 89, 2011, p. 1626; Biagini, Graciela *et al.* (coords.), “Comentarios a la sentencia de la CSJN con relación a la obligación del Estado Nacional de suministrar tratamiento antirretroviral a las PVVS”, *Jurisprudencia Argentina*, 2005-IV-1033.

HORACIO JAVIER ETCHICHURY

miento y rehabilitación de los afectados por este virus, con énfasis especial en la provisión de medicamentos. Se basaron en normas constitucionales y en la ley 23.798 (Ley Nacional de Sida, sancionada en 1990) y su decreto reglamentario (1244/91). El juzgado de primera instancia estimó procedente el amparo y condenó al Gobierno federal, que apeló la resolución.⁵ Una cámara de segunda instancia confirmó la decisión en marzo de 1998, y la cuestión llegó ante la CSJN.

El 1 de junio de 2000, ese Tribunal confirmó la resolución apelada y declaró al Estado federal como responsable del tratamiento de los pacientes inscritos en los prestadores de salud públicos y privados, incluyendo, en especial, la entrega de medicamentos. Ordenó al Gobierno proveer medicamentos y tratamiento contra el VIH/sida a todos los pacientes registrados. La decisión se emitió por un voto mayoritario⁶ y dos concurrentes,⁷ con una disidencia.⁸ El caso lleva como carátula *Asociación Benghalensis y otros c/ Ministerio de Salud y Acción Social – Estado Nacional s/ amparo ley 16.986*.⁹

⁵ Sin embargo, la sentencia en primera instancia obliga a aumentar el presupuesto correspondiente. Se pasa de 12 millones de pesos en 1997 a más de 79 millones en 1998; 90% de los fondos se destinan a medicamentos y reactivos. Véase Biagini, Graciela, *Sociedad civil y VIH-sida: ¿de la acción colectiva a la fragmentación de intereses?*, Buenos Aires, Paidós, 2009, p. 88. El número de pacientes asistidos se triplica durante 1997; véase Bergallo, Paola, *op. cit.*, p. 1629.

⁶ La mayoría sigue los argumentos del procurador general y está integrada por Augusto Belluscio, Guillermo López y Gustavo Bossert.

⁷ Eduardo Moliné O'Connor y Antonio Boggiano firman un voto concurrente, y Adolfo Vázquez el segundo.

⁸ La disidencia, suscrita por el presidente de la Corte, Julio Nazareno, y los ministros Carlos Fayt y Enrique Petracchi, en los hechos confirma la sentencia favorable a las ONG dictada por la cámara de segunda instancia.

⁹ CSJN, fallos 323:1339. Véase también Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *op. cit.*, pp. 139-142. Para una revisión con repaso de la normativa aplicable y propuestas de trabajo pedagógico véase Lucas Garín, Andrea, "Derecho a la vida y derecho a la salud (I). El caso *Asociación Benghalensis*", en Rossetti, Andrés y Álvarez, Magdalena I. (coords.), *Derecho a la vida. Un análisis desde el método de casos*, Córdoba, Advocatus, 2005, pp. 125-158.

Sida y derecho a la salud en Argentina y Sudáfrica: las cortes, la razón y los recursos

2.2. Sudáfrica

Desde 2000, el Gobierno restringe el uso del medicamento Nevirapine para evitar la transmisión de madre a hijo (TMH) del VIH. Una ONG sudafricana llamada *Treatment Action Campaign* (TAC [Campaña de Acción por el Tratamiento])¹⁰ se moviliza contra esta postura. En particular, reclama emplear dicho medicamento en el momento del parto para prevenir la TMH.

Inicialmente, TAC presiona al organismo de control de medicamentos para lograr la aprobación de Nevirapine para su uso en la prevención de la TMH; ello acontece en abril de 2001. A partir de ello, TAC exige por carta al Ministerio de Salud que permita a los médicos recetar Nevirapine y que establezca un programa general basado en tal medicamento.¹¹ En su negativa, el Gobierno aduce problemas de recursos, pero ahora el laboratorio ofrece donarlo por cinco años. El Gobierno solo permite ese uso en unos pocos centros experimentales. Las autoridades manifiestan entonces dudas sobre la eficacia del tratamiento y la necesidad de complementarlo con un “tratamiento integral”, incluyendo orientación y asesoramiento, análisis serológicos y provisión de alimento para lactantes (a fin de evitar la transmisión a través de la leche materna) en los centros experimentales.

El sida representa uno de los temas dominantes de la vida sudafricana.¹² Se ha estimado el número de infectados, a fines de 2002, en casi 5.5 millones de personas, esto es, 12% de la pobla-

¹⁰ La organización se fundó en 1998, luego de que se conocieran los primeros estudios científicos acerca de la eficacia del AZT en la prevención de la TMH, hoy tiene cerca de 200 delegaciones y 12 000 miembros. Véase Kapczynski, Amy y Berger, Jonathan M., “The story of the TAC case: the potential and limits of socio-economic rights litigation in South Africa”, en Hurwitz, Deena *et al.* (coords.), *Human Rights Advocacy Stories*, Nueva York, Foundation Press, 2009, <http://ssrn.com/abstract=1323522>, pp. 2 y 11.b

¹¹ *Ibidem*, p. 13.

¹² Everatt, David y Maphai, Vincent (eds.), *The Real State of the Nation. South Africa after 1990*, (Special Edition of *Development Update*), Johannesburgo, Interfund, 2003, p. 10.

HORACIO JAVIER ETCHICHURY

ción; entre 800 y 1 300 personas mueren por la enfermedad cada día.¹³ Otros cálculos señalan que 25% de las mujeres embarazadas portan el virus.¹⁴

TAC inicia acciones judiciales tras organizar múltiples manifestaciones. Es un paso difícil, ya que las organizaciones sociales, en general, no desean llevar al Gobierno democrático ante los tribunales.¹⁵ A pedido de TAC, la Corte Superior en Pretoria ordena levantar las restricciones al uso de Nevirapine y diseñar un plan comprensivo que deberá implementarse progresivamente. Tras la apelación del Gobierno, el 5 de julio de 2002, la CC declara irrazonable la restricción al uso recetado de Nevirapine para el caso de la TMH. La decisión¹⁶ es *Minister of Health vs. Treatment Action Campaign*¹⁷ (caso TAC). Más allá de problemas de implementación posteriores, muchos tomaron la sentencia como un éxito. Aparentemente, se respaldó la vigencia de un derecho social contra la posición del ejecutivo, la decisión da órdenes a un poder “político” en cuestiones tradicionalmente reservadas a este, pero intentando no invadir sus competencias. Aquí propongo ir más allá de esta versión tan difundida. Sugiero entender el fallo como una resolución acerca de cuál es el conocimiento fiable sobre el sida, tal como explico más adelante.

¹³ Véase Horton, Mark, “HIV/AIDS in South Africa”, en Nowak, Michael y Ricci, Luca Antonio (eds.), *Post-Apartheid South Africa. The first ten years*, Washington, Fondo Monetario Internacional, 2005, p. 113. Esta publicación incluso analiza el impacto económico del sida en Sudáfrica (pp. 119-124).

¹⁴ Shisana, Olive y Zungu-Dirwayi, Nompumelelo, “Government’s changing responses to HIV/AIDS”, en Everatt, David y Maphai, Vincent (eds.), *The Real State of the Nation. South Africa after 1990, (Special Edition of Development Update)*, Johannesburgo, Interfund, 2003, p. 185.

¹⁵ Kapczynski, Amy y Berger, Jonathan M., *op. cit.*, p. 14.

¹⁶ Véase Heywood, Mark, “Preventing Mother-to-Child Transmission in South Africa: Background, Strategies and Outcomes of the Treatment Action Campaign Case against the Minister of Health”, *South African Journal on Human Rights*, Johannesburgo, Universidad de Witwatersrand–Juta, vol. 19, parte 2, 2003, pp. 278-315, y Fitzpatrick, Joan y Slye, Ron C., “*Republic of South Africa vs. Grootboom*. Case No. CCT 11/00. *Minister of Health vs. Treatment Action Campaign*. Case No. CCT 8/02”, *American Journal of International Law*, núm. 97, julio de 2003, pp. 669-680.

¹⁷ Véase 2002 (5) SA 721 (CC). Caso núm. CCT 8/02, www.concourt.gov.za

Sida y derecho a la salud en Argentina y Sudáfrica: las cortes, la razón y los recursos

Ambas sentencias comparten la cuestión del acceso a medicamentos. En los dos casos, las ONG protagonizaron la vía judicial. Cabe señalar que TAC utilizó la movilización política en mayor medida que el grupo de ONG argentinas. Biagini señala que, al momento de la acción judicial, las organizaciones en Argentina estaban desconectadas de las asociaciones de base y del estilo “movimientista” y confrontativo en la esfera pública; se concentraban más bien en la formulación y ejecución de proyectos con financiamiento internacional.¹⁸

Las decisiones muestran diferencias claras. En TAC se distingue entre “declaración” y “orden” y luego se ordena “remover restricciones”, esto es, se impone simplemente una conducta negativa. En cambio, la Corte argentina determina la responsabilidad estatal y ordena “proveer”, una acción positiva. Resulta diferente el costo de los medicamentos en cada caso: la donación las vuelve gratuitas para el Gobierno sudafricano. La decisión en TAC tiene una extensión menor a la de *Asociación Benghalensis*, pues mientras que la primera abarca solo una forma de transmisión y un grupo específico (madres portadoras y sus hijos) e incluye solo dos dosis de un fármaco, *Asociación Benghalensis* incluye a todos los enfermos y portadores registrados, y se refiere a un tratamiento continuo.

III. ¿QUÉ CUESTIONES ESTÁN EN JUEGO?

3.1. Argentina

El conflicto se traba en torno al manejo de los recursos económicos destinados a la provisión de tratamiento.¹⁹ En el marco de una prolongada crisis, el Gobierno evade sus responsabilidades como proveedor de salud,²⁰ aunque la ley de 1990 las establece

¹⁸ Biagini, Graciela *et al.* (coords.), “Comentarios...”, *cit.*, pp. 323, 324, 327 y 328.

¹⁹ Los casos sobre provisión representaron, según Bergallo, la primera clase de acciones judiciales. Más tarde seguirían los reclamos contra entidades privadas. Véase Bergallo, Paola, *op. cit.*, p. 1618.

²⁰ Tealdi, Juan Carlos, “Responses to AIDS in Argentina: Law and Politics”, en Frankowski, Stanislaw (ed.), *Legal Responses to AIDS in Comparati-*

HORACIO JAVIER ETCHICHURY

claramente. Para justificar su incumplimiento, el Gobierno reivindica ante la justicia la competencia exclusiva de los poderes políticos sobre cuestiones presupuestarias (aunque la escasez no se usó como argumento explícito); también señala la responsabilidad concurrente de las provincias, las obras sociales y las empresas de medicina privada.²¹

La expansión del sida y el elevado costo de los antirretrovirales²² han creado el problema presupuestario. El Programa Nacional de Sida, creado en 1990, recibe cada vez menos presupuesto, mientras la epidemia se expande.²³ Con 20 000 casos a finales de 2001, el país ocupa el tercer lugar en Latinoamérica, después de Brasil y México. Los pacientes están a cargo, en su mayor parte, de hospitales estatales, cuyo presupuesto cae con la crisis.²⁴ La búsqueda de recursos lleva a celebrar un convenio con el Banco Mundial en 1997 para acceder a un préstamo de 15 millones de dólares. El dinero se destina a crear un Proyecto de Control del Sida y Enfermedades de Transmisión Sexual (LUSIDA), a ejecutarse en cinco años. Una porción importante (cinco millones de dólares) se reserva para financiar proyectos de las ONG. Cabe señalar que, durante el mismo periodo, la industria farmacéutica consolida su incidencia en la problemática, por ejemplo, al implementarse un nuevo proyecto de actividades tras la crisis de 2001 con financiamiento externo mayor, mientras que los laboratorios se asegurarán la designación de un integrante del Mecanismo

ve Perspective, La Haya, Kluwer, 1998, p. 401, y Pecheny, Mario, "Sexual Orientation, AIDS, and Human Rights in Argentina: The Paradox of Social Advance amid Health Crisis", en Eckstein, Susan Eva y Wickham-Crowley, Timothy P., (eds.) *Struggles for Social Rights in Latin America*, Nueva York, Routledge, 2002, p. 266.

²¹ Los argumentos se resumen en el cdo. 5 del voto de Boggiano y Moliné O'Connor en "Asociación Benghalensis".

²² Biagini, Graciela *et al.* (coords.), "Comentarios...", *cit.*

²³ *Ibidem*, p. 88.

²⁴ Tealdi, Juan Carlos, *op. cit.*, pp. 379, 402 y 403. En aquel momento, el mayor porcentaje de afectados por el VIH se hallaba en el grupo de entre 20 y 29 años, que también era la franja de la población con menor cobertura de salud. Véase CELS, *Informe Anual 2000*, Buenos Aires, 2000, cap. IX, p. 2, http://www.cels.org.ar/common/documentos/informe_2000_cap_9.pdf

Sida y derecho a la salud en Argentina y Sudáfrica: las cortes, la razón y los recursos

Coordinador de País, sobre un total de 18 miembros (solo cinco representan al Estado).²⁵

Además del aspecto presupuestario, el sida en Argentina tiene otras implicaciones políticas, pero referidas a la prevención y no al tratamiento en sí. La Iglesia católica concentra su prédica en la primera,²⁶ por ejemplo, rechaza el uso de condones para detener la transmisión sexual.²⁷ Como dato contextual, vale la pena señalar que en marzo de 1999 (poco más de un año antes del fallo) la Conferencia Episcopal Argentina celebró en Buenos Aires, junto a ONUSIDA, el II Simposio Internacional sobre Prevención del Sida. A través de sus ponencias, obispos de distintos países de Sudamérica coincidieron en que el uso del preservativo genera objeciones morales que la Iglesia no puede pasar por alto. Se insiste en la necesidad de mantener la castidad y la fidelidad como verdaderas vías de prevención.²⁸ En cambio, la atención y cuidado a quienes padecen la enfermedad no plantea ninguna dificultad moral: por el contrario, se asume como una tarea lógica de la Iglesia. Así, por ejemplo, el papa Juan Pablo II acordó establecer en 2004 la fundación El Buen Samaritano, que asiste a las personas enfermas. Es una de las tantas iniciativas de esta confesión en la materia.²⁹

Las posturas de la Iglesia tienen relevancia dada la presencia de ministros católicos en la Corte que resolvieron *Asociación Benghalensis*. El ministro Boggiano, reiteradamente asociado al Opus Dei,³⁰ es un importante académico de las dos principales

²⁵ Biagini, Graciela *et al.* (coords.), “Comentarios...”, *cit.* pp. 27, 28 y 89-92.

²⁶ Véase el mensaje del cardenal Javier Lozano Barragán, presidente del Pontificio Consejo para la Pastoral de la Salud, en ocasión de la Jornada Mundial del Sida de 2005, http://www.aica.org.ar/aica/documentos_files/Santa_Sede/Consejos_Pontificios/Pastoral_Salud/2005_12_01_Jornada_Sida.htm.

²⁷ Biagini, Graciela *et al.* (coords.), “Comentarios...”, *cit.*

²⁸ El informe completo con todas las ponencias está disponible en [http://publicaciones.ops.org.ar/publicaciones/otras%20pub/SimposioSIDA\[1\].pdf](http://publicaciones.ops.org.ar/publicaciones/otras%20pub/SimposioSIDA[1].pdf)

²⁹ Véase la postura oficial católica en <http://es.catholic.net/sexualidadybioetica/344/712/articulo.php?id=34938>

³⁰ En 2002, el diario *Clarín* lo describe como “miembro pleno” del Opus Dei e informa su presencia en la ceremonia de canonización del fundador de la

HORACIO JAVIER ETCHICHURY

universidades católicas argentinas. La fe católica de varios ministros se manifestó también al definir el derecho de réplica en 1992³¹ y al denegar en 1991 la personería jurídica a una asociación homosexual en el caso *Comunidad Homosexual Argentina*.³² Las campañas gubernamentales en los años noventa se concentraron en la abstinencia y, en menor medida, se mencionaron los preservativos; muy poco espacio se dio a las precauciones para el uso de jeringas.³³ La mayoría de las ONG relacionadas con la enfermedad se dedicaron —en la época del fallo— a la prevención,³⁴ disputando la cuestión frente al silencio de la Iglesia y la ambigüedad del Gobierno.

Sin embargo, estas aristas políticas no aparecen en *Asociación Benghalensis*, un fallo que no discute la prevención, sino que se centra en la provisión de tratamiento y en quién debe afrontar su costo. La Iglesia no pone objeciones a la entrega de medicamentos a quienes han sufrido el contagio. La resolución de la Corte contribuyó a destrabar el conflicto ideológico que, en el seno del

obra, <http://old.clarin.com/diario/2002/10/06/s-04303.htm>. Véase también Poder Ciudadano, “Quién es quién en la justicia”, *Perfil*, Buenos Aires, 1997, p. 55, citando diversas fuentes. Verbitsky señala a Boggiano como miembro “supernumerario” del Opus Dei y refiere que su ingreso a la Corte en 1990 contó con el aval del nuncio apostólico en Argentina, monseñor Ubaldo Calabresi. Véase Verbitsky, Horacio, *Hacer la Corte. La construcción de un poder absoluto sin justicia ni control*, Buenos Aires, Planeta, 1993, pp. 62 y 63. En 2005, cuando Boggiano fue sometido a juicio político, el Vaticano manifestó interés en el resultado del proceso, *La Nación*, Buenos Aires, 30 de abril de 2005, p. 11.

³¹ CSJN, *Caso Ekmekdjian vs. Sofovich*, de 7 de julio de 1992, fallos 315:1492. Véase también Miller, Jonathan M., “Evaluating the Argentine Supreme Court under Presidents Alfonsín and Menem (1983-1999)”, *Southwestern Journal of Law and Trade in the Americas*, núm. 7, 2000, p. 424, donde se critica la manera “sorprendentemente regresiva” en que se aplicó este derecho para favorecer al actor, un profesor católico, en su reclamo sobre una cuestión religiosa.

³² CSJN, *Caso Comunidad Homosexual Argentina*, de 22 de noviembre de 1991, fallos 314:1531. En el cdo. 14 de su voto, el ministro Boggiano describe a la homosexualidad como una opción “inmoral”.

³³ Pecheny, Mario, *op. cit.*, p. 267.

³⁴ Kornblit, Ana Lía *et al.*, “Las ONGs que trabajan en VIH/sida: acciones y escenario público”, *Jornadas Gino Germani*, Buenos Aires, IIFCS-Instituto de Investigaciones Gino Germani, 2002.

Sida y derecho a la salud en Argentina y Sudáfrica: las cortes, la razón y los recursos

Estado, impedía la adopción de políticas más definidas a favor de las personas afectadas.³⁵

3.2. Sudáfrica

La decisión se refiere, a primera vista, al acceso a medicamentos contra el VIH, o a cómo realizar los derechos sociales y qué rol tienen los jueces en ello. Propongo otra lectura: la sentencia, en realidad, trata sobre cómo definir el conocimiento razonable en torno a una enfermedad y sobre cómo debe fundar sus decisiones un gobierno democrático. En lo referido al Nevirapine, la Corte analiza qué argumentos pueden aceptarse cuando provienen de un Gobierno. Es necesario decidir si TAC tiene razón en su pedido, o si, por el contrario, debe atenderse a las razones propuestas por el Gobierno para desalentar el uso masivo de Nevirapine.

No se discuten los costos o las consecuencias presupuestarias, dado que la compañía farmacéutica ofreció donar el medicamento por un periodo de cinco años.³⁶ Esta donación intenta frenar la posible autorización sudafricana de la producción de genéricos.³⁷ El argumento de la escasez de recursos aparece en las presentaciones del Gobierno. La CC solo toma en cuenta los cos-

³⁵ Bergallo, Paola, *op. cit.*, p. 1640.

³⁶ CC, *Minister of Health and others vs. Treatment Action Campaign (TAC)*, 2002(1) SA721 (CC), párr. 48. De forma llamativa, varios artículos que comentan la sentencia no mencionan este dato. La donación ya había sido ofrecida (y rechazada) en julio de 2000, poco antes de la cumbre mundial del sida en Durban. Véase Kapczynski, Amy y Berger, Jonathan M., *op. cit.*, p. 12.

³⁷ Ferreira, Lissett, “Access to Affordable HIV/AIDS drugs: The Human Rights Obligations of Multinacional Pharmaceutical Corporations”, *Fordham Law Review*, núm. 71, diciembre de 2002, pp. 1154 y 1157. En abril de 1999, TAC acordó con el Gobierno que este fijaría el costo admisible del programa basado en AZT y que la organización junto a otras análogas pedirían al laboratorio que bajara incondicionalmente el precio de todos los medicamentos contra el VIH para países y personas pobres. De esta forma, TAC estuvo junto al Gobierno frente a la demanda iniciada por laboratorios contra una ley sudafricana dirigida a reducir los precios de las drogas; finalmente, las compañías desistieron de su acción. Así se relata en Kapczynski, Amy y Berger, Jonathan M., *op. cit.*, p. 11.

HORACIO JAVIER ETCHICHURY

tos de administrar Nevirapine,³⁸ extremadamente bajos en virtud de la donación. Por otra parte, cabe señalar que TAC inicia, en septiembre de 2002, un reclamo por los precios de antirretrovirales ante la Comisión de Defensa de la Competencia; formula su planteamiento sobre la base del abuso en la fijación de precios. En diciembre de 2003 se anuncia el logro de un acuerdo.³⁹ El embate contra las empresas se plantea en el terreno de la legislación antimonopólica, sosteniendo las leyes del mercado. Esto resulta llamativo, ya que los derechos en la Constitución sudafricana (incluyendo el derecho a la salud) tienen también efecto “horizontal”, es decir, contra los particulares⁴⁰ (al igual que en el caso de la Constitución argentina), y podrían haberse utilizado para enmarcar el reclamo hecho a las compañías.

La discusión en TAC se centra en las dudas y el escepticismo del Gobierno con respecto al conocimiento aceptado acerca del sida. Se ha criticado al presidente Thabo Mbeki por acercarse a posturas “negacionistas”,⁴¹ que rechazan la existencia del virus o su conexión causal con el sida, o incluso sostienen que los fármacos son nocivos en sí mismos. En el tiempo previo al fallo, Mbeki mostró su desconfianza frente a ciertas terapias contra el sida. En 1999, manifestó sus reparos sobre la salubridad del AZT⁴² y el Ministerio de Salud anunció que no lo iba a proveer a las embarazadas, alegando problemas presupuestarios y dudas sobre su inocuidad.⁴³

Como señalé, el Gobierno rechaza en particular el uso extensivo del medicamento para prevenir la TMH. Sostiene la necesidad de un “tratamiento completo”, con asesoramiento y análisis

³⁸ CC, *Caso TAC*, *cit.*, párr. 49.

³⁹ Kapczynski, Amy y Berger, Jonathan M., *op. cit.*, p. 18.

⁴⁰ Constitución de Sudáfrica, art. 8.2.

⁴¹ Heywood, Mark, *op. cit.*, p. 284. Véase también Kapczynski, Amy y Berger, Jonathan M., *op. cit.*, p. 7.

⁴² *Ibidem*, p. 282. Asimismo, Institute for Democracy in South Africa (IDASA), “Finally Catching Up: HIV, Aids, and governance in SA”, http://www.idasa.org.za/m_main.php?view=2&art_id=892, y Shisana y Zun^ogu-Dirwayi, pp. 175 y 176.

⁴³ IDASA, “Finally Catching Up: HIV...”, *cit.*

Sida y derecho a la salud en Argentina y Sudáfrica: las cortes, la razón y los recursos

voluntarios sobre VIH, además de la provisión de alimento para lactantes, a fin de evitar que una madre infectada amamante a su hijo.⁴⁴ El programa completo se limita a ciertos centros de investigación.

A comienzos de 2002, el fabricante de Nevirapine, Boehringer Ingelheim, interrumpió los trámites en Estados Unidos para registrarlo como terapia contra la TMH. El Gobierno se apoyó en este dato para reiterar sus dudas sobre su eficacia, mientras que la OMS y el Programa sobre Sida de Naciones Unidas apoyaron públicamente ese uso.⁴⁵ Luego, el partido de gobierno moderó ligeramente su postura. En un documento⁴⁶ de marzo de 2002, el Congreso Nacional Africano (CNA) mantuvo sus dudas y exigió más investigaciones.⁴⁷ Aunque admitió claramente que el VIH causa el sida,⁴⁸ mostró preocupación sobre el costo de proveer acceso universal a Nevirapine.⁴⁹ También declaró que “las condiciones socioeconómicas, en particular la pobreza, juegan un rol decisivo tanto en la transmisión como en la expansión de la enfermedad” y destacó que los tribunales no tenían competencia en estas cuestiones.⁵⁰

Ambas decisiones tratan el acceso a medicamentos; en TAC, para prevenir la TMH; en *Asociación Benghalensis*, en cambio, se destinan a quienes ya portan VIH o padecen sida.

La mayor diferencia aparece en la cuestión general en juego. El caso sudafricano abre un debate sobre el conocimiento y

⁴⁴ CC, *Caso TAC*, *cit.*, párr. 41.

⁴⁵ Véase Los comunicados de Boehringer-Ingelheim y de la OMS y el Programa de sida de las Naciones Unidas, <http://www.essentialdrugs.org/edrug/archive/200203/msg00062.php>. Asimismo, Heywood, Mark, *op. cit.*, pp. 307 y 308.

⁴⁶ Véase Congreso Nacional Africano (CNA), Lend a Caring Hand of Hope. Statement of the National Executive Committee of the African National Congress, de 20 de marzo de 2002, <http://www.anc.org.za/ancdocs/pr/2002/pr0320a.html> (Declaración ANC 2002).

⁴⁷ *Ibidem*, párr. 19-b.

⁴⁸ *Ibidem*, párr. 4.

⁴⁹ *Ibidem*, párrs. 19-c y 22. Esto se volverá irrelevante luego de la donación efectuada por el laboratorio.

⁵⁰ *Ibidem*, párrs. 6 y 34.

HORACIO JAVIER ETCHICHURY

su justificación sobre la razón aceptable. El Gobierno reclama su derecho a definir el conocimiento admisible (en este caso, sobre el sida) sin intervención judicial. En Argentina se debate el uso de recursos; el ejecutivo reafirma el carácter político de esas decisiones, excluyendo el control de los jueces. Ambos gobiernos sostienen que ciertas cuestiones políticas quedan fuera del control judicial de constitucionalidad. En un caso, las decisiones sobre la razón; en el otro, sobre los recursos. El ejecutivo sudafricano no se preocupa por los recursos, ya que recibe el fármaco por donación; y las autoridades argentinas no entran a un debate científico, porque no cuestionan la eficacia de los antirretrovirales, ni apoyan un conocimiento alternativo sobre la enfermedad. Finalmente, hay otra diferencia: el caso sudafricano motiva la intervención de organismos internacionales (ONU y OMS) para cuestionar los argumentos del Gobierno. No ocurre lo mismo con los incumplimientos de las autoridades argentinas. Cabe preguntarse si esto representa un permiso para negar el derecho a la salud por motivos económicos, siempre que no se ponga en duda el conocimiento científico aceptado. La OMS y la ONU parecen ejercer un control epistemológico sobre los gobiernos y no sobre el grado de vigencia efectiva del derecho a la salud.

IV. ¿QUÉ ELEMENTOS DEL MARCO LEGAL SE UTILIZARON?

4.1. Argentina

El voto mayoritario de la CSJN basa primariamente su decisión en el artículo 19 de la Constitución y en la ley 23.798: la autonomía personal, prevista en el citado artículo, sirve de base para el derecho a la salud. Solo el voto concurrente de dos ministros invoca además el derecho a la salud previsto en ciertos tratados de derechos humanos dotados de jerarquía constitucional. Uno de ellos es el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), cuyo artículo 12 garantiza el derecho “al más alto nivel posible de salud física y mental” (párr. 1), y obliga a los Estados a “la prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas [...] y de toda otra índole [...]”, entre otras medidas (párr. 2 c).

Sida y derecho a la salud en Argentina y Sudáfrica: las cortes, la razón y los recursos

Por su parte, la ley 23.798 reconoce el derecho al tratamiento y favorece la autonomía personal y la no discriminación.⁵¹ Se ha criticado a esta ley por centrarse en la lucha contra el sida, en lugar de proveer instrumentos a favor de quienes viven con el virus;⁵² sin embargo, fue un avance frente a la legislación anterior. Hasta 1989, varias leyes provinciales autoritarias solo enfatizaban la detección temprana y la protección de la salud pública, previendo incluso la posibilidad de tratamiento obligatorio.⁵³

En *Asociación Benghalensis*, la CSJN toma la ley 23.798 como un argumento decisivo. Esta norma establece el derecho de los pacientes a “recibir asistencia adecuada” (art. 8), empero la escasez presupuestaria a menudo afecta el cumplimiento de la norma.⁵⁴ La misma ley declara la lucha contra el sida “de interés nacional”. Leyes posteriores imponen la obligación de proveer tratamiento también a las obras sociales sindicales (ley 24.455, art. 1 inc. a; sancionada en 1995) y las empresas de medicina pre-paga (ley 24.754, art. 1; sancionada en 1996). Así, la ley de 1990 soluciona el caso: la Corte no tiene que invalidar una norma, sino los actos administrativos que la contradicen por omisión. No necesita ejercer —ni justificar— la discreción judicial.

4.2. Sudáfrica

La decisión en *TAC* se basa principalmente en la Constitución de 1996. El artículo 27, en su apartado 1, garantiza el derecho “a tener acceso a servicios de salud, incluyendo la salud reproducti-

⁵¹ Tealdi, Juan Carlos, *op. cit.*, pp. 381 y ss.

⁵² Burgos, Mario, “Algunas consideraciones acerca de la construcción institucional del SIDA en la Argentina”, www.sida.bioetica.org/sidaburgos.htm

⁵³ A modo de ejemplo, la ley 7714 de la provincia de Córdoba (sancionada en octubre de 1988), regulaba el sida junto a otras enfermedades de transmisión sexual. Preveía (art. 7) la posibilidad de tratamientos obligatorios, que serían gratuitos solo si las autoridades lo solicitan. La misma norma encargaba al Ministerio de Salud: “[...] agota[r] los recursos educativos y persuasivos” con toda persona que en periodo de contagio “pueda constituir un peligro social”, a fin de que acepte el tratamiento; en caso de rechazo, se debería “elevar los antecedentes del caso” (art. 8).

⁵⁴ Tealdi, Juan Carlos, *op. cit.*, p. 411.

HORACIO JAVIER ETCHICHURY

va”. El apartado 2 describe el alcance de la obligación estatal, en términos de razonabilidad⁵⁵ y progresividad dentro de los recursos disponibles.⁵⁶ Por último, el apartado 3 establece que “a nadie podrá denegarse tratamiento médico de emergencia”. El artículo 7(2) requiere al Estado “respetar, proteger, promover y cumplir” los derechos declarados.⁵⁷

La CC no se basa en el derecho internacional de los derechos humanos, pese a que los constituyentes emplearon un lenguaje coherente con el PIDESC.⁵⁸ Sudáfrica aún no ha ratificado este Pacto: así lo destacó la Corte al resolver en 2000 el caso *Grootboom*⁵⁹ (sobre derecho a la vivienda). La situación del PIDESC como instrumento firmado pero no ratificado amplió la discreción de la Corte,⁶⁰ que pudo decidir utilizarlo o no como fuente y hasta qué punto.

En particular, la CC no adopta el concepto de “núcleo mínimo” aconsejado por el Comité de las Naciones Unidas sobre

⁵⁵ La razonabilidad como principio general para la limitación de derechos también se halla en el art. 38 de la Constitución sudafricana.

⁵⁶ Constitución de Sudáfrica, art. 27 (2): “The state must take reasonable legislative and other measures, within its available resources, to achieve the progressive realisation of these rights” (“El Estado debe tomar medidas razonables legislativas y de otra índole, dentro de sus recursos disponibles, para lograr la realización progresiva de estos derechos”). El texto se diferencia del art. 2.1 del PIDESC en que el Pacto dice “apropiados”, alude a “todos” los medios y se refiere al “máximo” de los recursos disponibles.

⁵⁷ CC, *Caso TAC*, *cit.*, párr. 100.

⁵⁸ Fitzpatrick, Joan y Slye, Ron C., *op. cit.*, p. 675. Mientras que el PIDESC asegura en su art. 12 el derecho al más alto nivel posible de salud, la Constitución sudafricana solo garantiza “el acceso a servicios de salud” (art. 27). Véase Phillips, Roger, “South Africa’s right to health care: international and constitutional duties in relation to the HIV/AIDS epidemic”, *Human Rights Brief*, vol. 11, núm. 2, 2004, p. 10.

⁵⁹ CC, *The Government of the Republic of South Africa and Others vs. Grootboom, Irene and Others*, de 4 de octubre de 2000, 2001 (1) SA 46 (CC). Véase también Pisarello, Gerardo, *op. cit.*, pp. 207 y 208.

⁶⁰ Roux, Theunis, “Legitimizing Transformation: Political Resource Allocation in the South African Constitutional Court”, *Democratization*, Frank Cass, vol. 10, núm. 4, 2003, p. 96. La CC está obligada a tomar en cuenta el derecho internacional (art. 39.1.b de la Constitución) pero podría argüirse que el PIDESC no queda incluido, por falta de la ratificación.

Sida y derecho a la salud en Argentina y Sudáfrica: las cortes, la razón y los recursos

Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁶¹ (Comité DESC)⁶². Niega estar “institucionalmente dotada” para relevar la información necesaria a fin de precisarlo⁶³ y tampoco emplea el apartado 3 del artículo 27 (tratamiento médico de emergencia).⁶⁴ Podría haber alegado que los recién nacidos debían recibir Nevirapine como terapia de emergencia (para evitar la TMH en el momento del parto).

La CC prefiere basarse en el principio de razonabilidad, el mismo que empleó en el fallo *Grootboom*. En aquel caso, el Tribunal toma la noción de núcleo mínimo, pero solo como un elemento para determinar la razonabilidad del actuar estatal.⁶⁵ Declaró entonces irrazonable al programa gubernamental de vivienda, ya que no preveía específicamente las situaciones más desesperadas.

En *TAC*, la CC aprovecha las llamadas “brechas discrecionales”,⁶⁶ la ausencia de previsiones detalladas. Justificando el ejercicio de su discreción, la Corte citó precedentes extranjeros como

⁶¹ Fitzpatrick, Joan y Slye, Ron C., *op. cit.*, p. 675; Phillips, Roger, *op. cit.*, p. 11. En la Observación general 3, el Comité DESC afirma que “[...] corresponde a cada Estado parte una obligación mínima de asegurar la satisfacción de por lo menos niveles esenciales de cada uno de los derechos”, <http://hei.unige.ch/humanrts/gencomm/Sepcomm3.htm>. El concepto de núcleo mínimo también merece objeciones. Corre el riesgo de anclar un derecho en tales niveles mínimos, o de adoptar pautas rígidas de incidencia nula (como ocurre a veces con la fijación del salario mínimo).

⁶² Una crítica a la negativa de la CC a adoptar un mínimo, en Bilchitz, David, “Towards a Reasonable Approach to the Minimum Core: Laying the Foundations for Future Socio-economic Rights Jurisprudence”, *South African Journal on Human Rights*, Johannesburgo, Universidad de Witwatersrand-Juta, vol. 19, parte 1, 2003, pp. 1-26.

⁶³ CC, *Caso TAC*, *cit.*, párr. 37, con cita de la decisión en CC, *Caso, Soobramoney vs. Minister of Health, KwaZulu-Natal*, 1998 (1) SA 765 (CC).

⁶⁴ Interpretado restrictivamente en *Caso Soobramoney vs. Minister of Health*, *cit.* Más adelante vuelvo sobre este caso.

⁶⁵ El núcleo mínimo tampoco se empleó en el *Caso The Government of the Republic of South Africa and Others vs. Grootboom*, *cit.* Véase Pieterse, Marius, “Possibilities and pitfalls in the domestic enforcement of social rights: contemplating the South African experience”, *Human Rights Quarterly*, vol. 26, núm. 4, 2004, p. 897.

⁶⁶ “[D]iscretionary gaps”, según Roux, Theunis, *op. cit.*, p. 96.

HORACIO JAVIER ETCHICHURY

ejemplos de “órdenes de largo alcance”⁶⁷ contra el Estado. Sin embargo, la CC describió su rol como limitado: “requerir que el Estado tome medidas para cumplir sus obligaciones constitucionales y someter a evaluación la razonabilidad de estas medidas”.⁶⁸

También, para evitar que su decisión pareciera invadir las atribuciones del ejecutivo, la Corte destacó que este ya había establecido, por su propia voluntad, el programa de provisión limitado.⁶⁹ De esta forma, lo que quedó por discutir fue solo el alcance (y justificación) de los límites, basados en las dudas sobre la eficacia del fármaco. Y eso obligó al Gobierno a ofrecer las razones científicas que le dieran fundamento a sus dudas.

Ambas decisiones invocaron el derecho a la salud de maneras distintas. La mayoría de la Corte argentina eligió desprenderlo del principio de autonomía personal; los votos concurrentes agregaron como fundamento un tratado de derechos humanos con jerarquía constitucional. El Tribunal sudafricano utilizó el derecho a la salud explicitado en la Constitución, aunque se centró en la exigencia de razonabilidad. La CC no cuenta con una norma específica sobre sida; la CSJN sí disponía de tal ley. Los magistrados sudafricanos tuvieron mayor margen para concretar en el caso el derecho a la salud a partir de un texto general, mientras que la CSJN no necesitó justificar interpretaciones propias: le bastó señalar el compromiso asumido en la ley. Los jueces argentinos quizá pudieron haber reclamado una mayor legitimidad para su decisión, que simplemente ejecutaba una norma existente. La CC se apoyó en el principio de razonabilidad (ausente en la decisión argentina); señaló el control de ese principio como su rol institucional.

V. ¿QUIÉNES DICTARON LAS SENTENCIAS?

5.1. Argentina

La Corte Suprema argentina representa la instancia más alta en un sistema similar al estadounidense de control judicial y des-

⁶⁷ CC, *Caso TAC*, *cit.*, párr. 108.

⁶⁸ *Ibidem*, párr. 38.

⁶⁹ Kapczynski, Amy y Berger, Jonathan M., *op. cit.*, p. 18.

Sida y derecho a la salud en Argentina y Sudáfrica: las cortes, la razón y los recursos

centralizado de constitucionalidad. Ha ampliado su jurisdicción, incluyendo categorías abiertas como “arbitrariedad” o “gravedad institucional”.⁷⁰ La Corte funciona desde 1863. En general, los cambios de Gobierno y las dictaduras militares han alterado su integración, contribuyendo a su inestabilidad.⁷¹ Incluso bajo gobiernos constitucionales, en 1990 y 1993, el Tribunal fue objeto de la negociación o la apropiación políticas.⁷² La Corte que decidió *Asociación Benghalensis* era el resultado de tales episodios y sufría de serias carencias de prestigio público.⁷³

5.2. Sudáfrica

La CC ejerce un control de constitucionalidad centralizado y se halla aislada del resto de la judicatura; su competencia es muy acotada. Creada en 1994, ha tenido un rol fundacional en el orden *pos-apartheid*. Nombrada según la Constitución interina de 1993,⁷⁴ certificó la Constitución de 1996, incluso reenvió algunos artículos a la Asamblea para su revisión. Con una composición

⁷⁰ Miller, Jonathan M., *op. cit.*, p. 411.

⁷¹ Véase Molinelli, N. Guillermo *et al.* (coords.), *Congreso, Presidencia y Justicia en Argentina*, Buenos Aires, Temas, 1999, pp. 644 y 645.

⁷² Miller, Jonathan M., *op. cit.*, p. 373.

⁷³ *Ibidem*, pp. 372-374, describiendo la baja en la confianza pública hacia la Corte como institución. El deterioro llevaba ya varios años, marcado por hechos como la ampliación del número de miembros (en abril de 1990), los escasos avances en la investigación sobre el atentado a la embajada de Israel, o la acusación de que una sentencia había sido retirada del protocolo para modificar su sentido. A modo de ejemplo, el diario *La Nación*, a través de su editorial de 21 de septiembre de 1997, exigía la renuncia del ministro Adolfo Vázquez. El 8 de agosto de 1999, el mismo diario destacaba que la Corte tenía una imagen negativa de 57% en la población; la confianza en el poder judicial, según una nota publicada el 15 de junio de 2000, se limitaba al 18%, un tercio del que existía en 1983, al momento del retorno al orden constitucional.

⁷⁴ En la salida del *apartheid*, Sudáfrica vivió un procedimiento constituyente en dos etapas: a partir del acuerdo en torno a 34 principios, se redactó una Constitución provisoria (1993) y se instauró una Corte Constitucional. Se celebraron elecciones libres, y las cámaras del Parlamento redactaron la Constitución definitiva. Ese texto fue revisado por la Corte a la luz de los 34 Principios; véase Christiansen, Eric, *op. cit.*, p. 377.

HORACIO JAVIER ETCHICHURY

estable, la Corte usualmente habla con una sola voz, ya que sus miembros tienen impecables antecedentes en derechos humanos y, en algunos casos, han participado en la primera línea del movimiento contra el *apartheid*.⁷⁵

Ambos tribunales ejercen un control judicial de constitucionalidad, descentralizado en Argentina y centralizado en Sudáfrica. Comparten el aislamiento institucional, aunque —por lo menos— en el caso argentino existen vínculos con el contexto político. Ninguno de los dos tribunales tiene carácter electivo, por lo que no pueden invocar representatividad. Al momento de dictar estas sentencias, la CC tenía un prestigio más sólido que el de su contraparte argentina. A su vez, la CSJN contaba con una tradición jurisprudencial más prolongada, lo que le permitía recurrir a precedentes para justificar sus decisiones; este elemento no estaba a disposición de la más reciente Corte sudafricana (quien recurrió, en su decisión, a precedentes de otros países).⁷⁶

VI. ¿CÓMO SE ARGUMENTARON LAS DECISIONES?

6.1. Argentina

6.1.1. *Un límite a la discreción política en el contexto de una crisis*

Confirmando las resoluciones de instancias anteriores, la Corte determinó que el Estado es responsable de proveer tratamiento para el VIH/sida según la ley de 1990 y la Constitución. La Corte puso un límite a la discreción política del ejecutivo en el manejo de recursos. Ante un compromiso expresado en una ley y con derechos constitucionales en juego, el Tribunal haría cumplir ese compromiso. La crisis económica no serviría como defensa.

⁷⁵ Roux, Theunis, *op. cit.*, pp. 94-96. Por ejemplo, el presidente de la CC, al momento del fallo, es Arthur Chaskalson, exabogado defensor de Nelson Mandela en el famoso juicio de Rivonia (1963), donde el Gobierno racista logró imponerle una pena de prisión perpetua.

⁷⁶ La Corte cita precedentes de Estados Unidos, Reino Unido, Alemania, Canadá y la India. Véase *Caso TAC*, *cit.*, párrs. 107-111.

Sida y derecho a la salud en Argentina y Sudáfrica: las cortes, la razón y los recursos

La decisión marcó una dirección distinta a la usual,⁷⁷ pues iba contra el deseo gubernamental el asignar libremente los recursos. Además, la Corte venía mostrándose bastante conservadora en lo moral,⁷⁸ y no se preveía una resolución favorable a los afectados de sida. También sorprendía que se pusiera en vigor uno de los derechos sociales,⁷⁹ que —en general— no se consideraban verdaderos derechos, sino objetivos o promesas de largo plazo, subordinados a reglamentación del Congreso.⁸⁰

Pero *Asociación Benghalensis* también resulta explicable. Primero, porque incluso una Corte conservadora y sin necesidad de validarse en las urnas requiere también ganar cierta legitimidad, en particular cuando se halla en tan baja estima pública.⁸¹ La CSJN atendía así las necesidades de un grupo vulnerable. Compensaba, quizá, su fallo⁸² dictado al día siguiente (2 de junio de 2000), donde avaló un recorte salarial a los empleados estatales durante la presidencia de Carlos Menem, pero que resultaba idéntico al que acababa de implementar el presidente Fernando de la Rúa. Así, enviaba una señal tranquilizadora al ejecutivo: no se impulsarían todos los derechos sociales. Solo habría protección judicial para aquellos compatibles con la defensa de la autonomía personal (en el voto mayoritario) o del derecho a la vida

⁷⁷ “Resulta paradójico y motivo de reflexión que una Corte Suprema que fue elemento activo de las políticas neoliberales [...] haya emitido una declaración como ésa”, afirman Biagini, Graciela *et al.* (coords.), “Comentarios...”, *cit.*

⁷⁸ Como en el *Caso Comunidad Homosexual Argentina*, *cit.*

⁷⁹ Aunque el voto mayoritario lo desprenda del principio de autonomía.

⁸⁰ El carácter programático de por lo menos ciertos derechos sociales aparece en Gelli, María Angélica (ed.), *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada*, 3a. ed., Buenos Aires, La Ley, 2005, pp. 155 y 157; Dalla Vía, Alberto, *Derecho constitucional económico*, 2a ed., Buenos Aires, Lexis Nexis, 2006, pp. 298 y 304; Sagüés, Néstor Pedro, *Elementos de derecho constitucional*, 3a. ed., Buenos Aires, Astrea, 1999, t. II, pp. 661 y 662; y Gordillo, Agustín *et al.* (coords.), *Derechos Humanos*, 2a. ed., Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 1997, pp. 34-36.

⁸¹ Véase Miller, Jonathan M., *op. cit.*, p. 432, describiendo en general la necesidad de la Corte de recobrar aceptación pública.

⁸² CSJN, *Caso Guida Liliana c. Poder Ejecutivo Nacional*, de 2 de junio de 2000, fallos 323:1566.

HORACIO JAVIER ETCHICHURY

(como en el caso de un voto concurrente). Además, garantizar el tratamiento, como tal, no resultaba moralmente difícil para los ministros más conservadores.

En segundo término, el marco legal brindaba fundamentos suficientes para la decisión, sin riesgo de que pareciera una intrusión indebida en cuestiones políticas. Como señalé, el deber de tratamiento, explícito en la ley de 1990,⁸³ liberaba a la CSJN de tener que justificarlo como especificación o interpretación del más genérico derecho a la salud.⁸⁴

En tercer lugar, algunos vocales católicos utilizaron sus votos concurrentes para afianzar la noción de derecho “natural”. Boggiano y Moliné O’Connor enfatizaron el deber estatal de proteger el derecho a la salud, dado que integra “el derecho a la vida”, al que definieron, citando precedentes, como “el primer derecho natural de la persona humana, previo a toda legislación positiva”.⁸⁵ Así, anticipaban su postura para eventuales planteamientos futuros sobre anticoncepción, eutanasia o aborto, por ejemplo.⁸⁶ En esto se apartaban del voto de la mayoría (basado en el dictamen del procurador), que se centra en la autonomía del individuo.⁸⁷ Según el voto mayoritario, el derecho a la salud protege la vida, que es fundamental para “el ejercicio de la autonomía personal”,⁸⁸ defendida en el artículo 19 de la Constitución.⁸⁹

⁸³ Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *op. cit.*, p. 142; Ariza Clerici, Rodolfo, *El derecho a la salud en la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, <http://www.juridice.com.ar/doctrina/salud.htm>, parág. IV-2.

⁸⁴ Abramovich Víctor y Courtis, Christian, *op. cit.*, p. 251.

⁸⁵ CSJN, *Caso Asociación Benghalensis y otros c/ Ministerio de Salud y Acción Social*, de 1 de junio de 2000, voto de Moliné O’Connor y Boggiano, cdo. 9.

⁸⁶ Moliné O’Connor y Boggiano (junto con Vázquez) reiteraron, dos años después, esta noción de la vida como derecho natural al integrar la mayoría en el fallo que prohibió producir y vender un anticonceptivo de emergencia en CSJN, *Caso Portal de Belén c/ Ministerio de Salud /ANMAT*, de 5 de marzo de 2002, fallo 325:292. Véase el voto mayoritario, cdo. 12.

⁸⁷ Esta postura no necesita fundarse en un derecho natural ni en una moral heterónoma o revelada.

⁸⁸ Dictamen del procurador, párrs. IX y X.

⁸⁹ La disidencia, como señalé, confirma en los hechos los argumentos de la cámara, que incluyen el derecho a la salud de los tratados internacionales y

Sida y derecho a la salud en Argentina y Sudáfrica: las cortes, la razón y los recursos

Esta noción de autonomía también prefigura respuestas (en un sentido diferente del que la mayoría parece anticipar) para posibles planteamientos sobre aborto, anticoncepción y eutanasia, entre otros.

Algunos críticos⁹⁰ de la decisión agregan otros factores que la hicieron posible. El sida, como enfermedad, ha alcanzado un perfil más alto que el de padecimientos tanto o más graves. Es una de las pocas cuestiones que no sufrió reducción de fondos (junto al programa materno-infantil, la atención del cáncer y la vacunación). En general, 12% del presupuesto se dedicó a medicamentos e insumos para esta enfermedad.

Por otra parte, se señala que el fallo favorece a los productores de medicamentos, ya que la sentencia nada dice sobre la “desmercantilización” del tratamiento (aunque tampoco la impide). Estos críticos señalan los vínculos entre los fabricantes de drogas y las ONG que exigen judicialmente su provisión.⁹¹ Las organizaciones, por otra parte, se vieron beneficiadas por el reconocimiento que la Corte hizo de su legitimidad procesal para actuar en amparos colectivos, una cuestión que aún estaba definiéndose.⁹²

6.2. Sudáfrica

En su decisión, la CC, por un lado, “declara” y, por otro, “ordena”.⁹³ “Declara” que el derecho a la salud constitucional requiere que el Gobierno elabore e implemente un programa para asegurar, progresivamente y dentro de los recursos disponibles, el derecho de

la ley 23.798, aunque no el concepto de autonomía. Véase dictamen del Procurador, párr. V.

⁹⁰ Biagini, Graciela *et al.* (coords.), “Comentarios...”, *cit.* p. 316.

⁹¹ “Los laboratorios ‘empoderan’ grupos de pacientes cuyas demandas pueden aumentar las de los productos que ellos venden”. Véase Biagini, Graciela *et al.* (coords.), “Comentarios...”, *cit.*

⁹² Bergallo, Paola, *op. cit.*, p. 1630. La jueza de primera instancia había señalado que las organizaciones hallaban su legitimidad también en la necesidad de las personas afectadas de preservar su intimidad al reclamar el tratamiento. Véase CELS, Informe 2001, Buenos Aires, 2001, cap. XI, p. 7.

⁹³ CC, *Caso TAC*, *cit.*, párr. 135.

HORACIO JAVIER ETCHICHURY

las embarazadas y los recién nacidos a acceder a servicios de salud para combatir la TMH; este programa debe incluir “medidas razonables” para asesorar y hacer análisis de VIH a las embarazadas, informar a las madres portadoras sobre sus opciones para reducir el riesgo de la TMH y “hacer disponible el tratamiento apropiado” para ello. Además, “declara” que la acción gubernamental en torno a la TMH no cumple con las pautas recién descritas.

Posteriormente, la CC “ordena” al Gobierno que “sin demora” elimine las restricciones al uso de Nevirapine contra la TMH según el criterio médico en cada caso. Asimismo, “ordena” capacitar —de ser necesario— al personal en los hospitales para asesorar en el tema, y tomar “medidas razonables para extender las instalaciones [destinadas a] tomar análisis y asesorar” para “facilitar y agilizar el uso del medicamento con el propósito de reducir el riesgo” de la TMH. En general, la CC confirma la decisión del Tribunal de Pretoria, pero elimina del mandato la provisión de alimento para bebés, que se incluyó porque el virus también se transmite a través de la leche materna.⁹⁴ Además, la Corte permite al Gobierno adoptar otras medidas compatibles con la Constitución e “igualmente apropiadas” para prevenir la TMH.

Describo la sentencia en *TAC* como un acto judicial valiente, flexible y razonable⁹⁵ a favor de los derechos sociales. Como señalé, considero que la decisión trata más bien uno de los llamados derechos políticos: a tener un Gobierno que justifique sus acciones a través de argumentos razonables (en este caso, sobre el tratamiento de una enfermedad). A partir de un concepto político (un Gobierno debe justificarse), la Corte ejerce el control epistemológico (analiza las justificaciones).

Según el Tribunal, las autoridades no articularon sus objeciones en los términos pertinentes en una disputa judicial sobre bases científicas. La CC destaca que “[e]stá claro, a partir de las pruebas, que la administración de nevirapine salvará las vidas de un número significativo de infantes, incluso si es provista sin el

⁹⁴ *Ibidem*, párr. 41.

⁹⁵ Por ejemplo, en Fitzpatrick, Joan y Slye, Ron C., *op. cit.*, p. 680.

Sida y derecho a la salud en Argentina y Sudáfrica: las cortes, la razón y los recursos

tratamiento integral [que el Gobierno quiere incluir]”.⁹⁶ Añade que no existe “daño conocido para la madre o el niño” causado por la droga, y que algunos reparos del Gobierno “no están apoyados por los datos”.⁹⁷

La decisión de la CC no se concentra en el contenido del derecho a la salud, sino en el principio de razonabilidad. Según algunos autores, queda reducido a un “mero requerimiento de que los órganos estatales actúen razonablemente”.⁹⁸ Los derechos sociales se reformulan como parte del derecho político a tener un Gobierno argumentativo. Algunos críticos consideran que la decisión está incompleta: la razonabilidad no puede juzgarse sin conocer el contenido del derecho, sin pautas de apreciación.⁹⁹ Esta insuficiencia no es casual, deriva del alcance estipulado para la sentencia, y no determina la extensión de los derechos sociales, sino cómo deben justificarse las decisiones democráticas, y también qué conocimiento es legítimo, qué ciencia resulta atendible.

La CC impuso al Gobierno obligaciones de no hacer (más allá de “declarar” cómo debe ser la acción estatal en la materia). La orden principal consiste en “[r]emover las restricciones” al uso de nevirapine, y “[p]ermitir y facilitar” su uso.¹⁰⁰ Hay también, como señalé, algunas obligaciones de hacer, pero condicionadas a que sean “necesarias”. La Corte incluso eliminó un deber positivo contenido en la sentencia apelada (entregar gratuitamente alimento para lactantes).¹⁰¹ Tampoco fijó un mecanismo de se-

⁹⁶ CC, *Caso TAC*, *cit.*, párr. 57.

⁹⁷ *Ibidem*, párrs. 58 y 80.

⁹⁸ Newman, Dwight G., “Institutional Monitoring of Social and Economic Rights: A South African Case Study and a New Research Agenda”, *South African Journal on Human Rights*, Johannesburgo, Universidad de Witwatersrand–Juta, vol. 19, parte 2, 2003, p. 196.

⁹⁹ Bilchitz, David, *op. cit.*, pp. 6 y 8-10; Pieterse, Marius, *op. cit.*, p. 897.

¹⁰⁰ CC, *Caso TAC*, *cit.*, párr. 135.

¹⁰¹ Aludo aquí a obligaciones *predominantemente* negativas o positivas. Véase Abramovich, Víctor, “Los derechos económicos, sociales y culturales en la denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”, en González Volio, Lorena (ed.), *Presente y futuro de los derechos humanos. Ensayos en honor a Fernando Volio Jiménez*, San José, IIDH, 1998, p. 143. Una acertada crítica a la falsa dicotomía entre derechos “positivos” y “ne-

HORACIO JAVIER ETCHICHURY

guimiento o control como el de *Grootboom*,¹⁰² implícitamente dejó la tarea a cargo de TAC.¹⁰³

6.2.1. *El cambio en Sudáfrica: dos tradiciones*

Al exigir razonabilidad, se enfatiza solo uno de los aspectos de la transformación impulsada en la Constitución sudafricana: la creación de un Gobierno democrático responsable. En cambio, la transformación socioeconómica no recibe un impulso semejante. Esto se origina en las dos corrientes del movimiento que combatió y venció al *apartheid*. La primera, denominada “liberal” o “neoclásica” se apoyaba en los principios de igualdad política y racial. La otra, llamada “socialista” o “neomarxista”,¹⁰⁴ definía al *apartheid* como una expresión y, a la vez, un escudo protector de la profunda y sistemática desigualdad económica, que debía ser combatida.

Al comienzo, ambas corrientes sostenían la Carta de Libertad adoptada por el CNA en 1955, que impulsaba una Sudáfrica multirracial donde los recursos y la riqueza pertenecieran al pueblo.¹⁰⁵ El ala “neoclásica” se impuso a fines de los años ochenta,¹⁰⁶ privilegiando el costado estrictamente antirracista de la Constitución. Hoy, algunos reducen los derechos sociales a instrumen-

gativos”, en Holmes, Stephen y Sunstein, Cass R., *The cost of rights. Why liberty depends on taxes*, Nueva York, W. W. Norton & Co., 2000, pp. 35-48.

¹⁰² Véase Pisarello, Gerardo, *op. cit.*, p. 209.

¹⁰³ Véase Kapczynski, Amy y Berger, Jonathan M., *op. cit.*, p. 4.

¹⁰⁴ Davis, Dennis, “From the Freedom Charter to the Washington Consensus”, en Everatt, David y Maphai, Vincent (eds.), *The Real State of the Nation. South Africa after 1990*, (Special Edition of *Development Update*), Johannesburgo, Interfund, 2003, p. 44.

¹⁰⁵ “La riqueza nacional de nuestro país, el patrimonio de los sudafricanos, será restituido al pueblo; la riqueza mineral bajo nuestro suelo, los bancos e industrias monopólicas serán transferidas a la propiedad del pueblo en conjunto; [...] la tierra [será] redistribuida entre aquellos que la trabajan, para terminar con el hambre [...]”, *Carta de Libertad del CNA*, 1955, <http://www.anc.org.za/ancdocs/history/charter.html>

¹⁰⁶ Davis, Dennis, *op. cit.*, p. 45.

Sida y derecho a la salud en Argentina y Sudáfrica: las cortes, la razón y los recursos

tos contra la segregación racial y su legado:¹⁰⁷ compensarían, en materia de salud o educación, las consecuencias de las antiguas instituciones racistas, pero no irían más allá. El énfasis de la Corte en la “razonabilidad” (y no en la provisión de salud, por ejemplo) fortalece al sector neoclásico, hoy dominante en el Gobierno liderado por el CNA y en su política económica.¹⁰⁸

La Corte, en síntesis, refuerza la democratización política, pero no la económica. El Tribunal impulsa la conversión del Gobierno en un proveedor de argumentos, pero no de prestaciones. Ordena eliminar restricciones al uso de un medicamento, pero no llevar a cabo una auténtica redistribución para asegurar el acceso a todo tratamiento. No se enfatiza el derecho a la salud, incluido en la transformación socioeconómica exigida por la Constitución de 1996.¹⁰⁹ La CC ayuda a desmontar una expresión del *apartheid*: la dictadura como poder arbitrario, es decir, no argumentativo. Convierte a la Corte en un “foro de la razón”,¹¹⁰ pero

¹⁰⁷ Sunstein, Cass R., “Social and Economic Rights: Lessons from South Africa”, *Forum Constitutionnel*, núm. 11:4, 2000/2001, p. 125.

¹⁰⁸ El programa GEAR (Growth, Employment And Redistribution, o Crecimiento, Empleo y Redistribución) apunta a una “[...] transformación hacia una economía competitiva, orientada hacia el exterior”, en un claro planteamiento neoliberal; véase Davis, Dennis, *op. cit.*, pp. 37 y 38. Para una descripción detallada del modelo sudafricano (disciplina fiscal estricta, límites a la redistribución del ingreso, reducción de impuestos a las ganancias, flexibilidad laboral). Véase Nowak, Michael y Ricci, Luca Antonio (eds.), *op. cit.*, una publicación del Fondo Monetario Internacional.

¹⁰⁹ El preámbulo de la Constitución sudafricana explicita los objetivos de “establecer una sociedad basada en valores democráticos, la justicia social y los derechos humanos fundamentales”, y de “mejorar la calidad de vida de todos los ciudadanos”, entre otros.

¹¹⁰ Esta expresión define el rol de la CC en la visión de Kate O’ Regan, exjueza de la Corte entre 1994 y 2009. El 23 de noviembre de 2011, O’Regan dicta en Johannesburgo una conferencia titulada “A Forum for reason: Reflections on the role and work of the Constitutional Court” (Un foro para la razón: reflexiones sobre el rol y la obra de la Corte Constitucional). La conferencia fue reiterada el 13 de septiembre de 2012 en la Escuela de Derecho de Yale, Estados Unidos. Kate O’ Regan es hoy presidente del Tribunal Administrativo del Fondo Monetario Internacional. El texto de la conferencia está disponible en <http://www.politicsweb.co.za/politicsweb/view/politicsweb/en/page71656?oid=268409&sn=Detail&id=71616>

HORACIO JAVIER ETCHICHURY

deja intacto el *apartheid* socioeconómico, la segregación entre los que tienen y los que no.

No se trata, como a veces se señala, de una decisión judicial respetuosa de las “mayorías” en sí.¹¹¹ Por el contrario: exige al ejecutivo (legitimado electoralmente) fundar sus opciones a la luz de un paradigma científico particular (de la ciencia médica, en este caso). La decisión parece, más bien, fortalecer un modelo deliberativo de democracia, donde todo poder —mayoritario o no— necesita justificarse públicamente, incluso por requisitoria judicial.

Ciertamente, esta decisión judicial permite el acceso a un medicamento, pero el alcance de este derecho puede estrecharse cada vez más.¹¹² La CC basa la provisión en la filantropía y su rol de control se limita a la razonabilidad. El acceso no se otorga a toda la población, sino a un grupo específico: recién nacidos en el momento del parto. Se trata de una política “focalizada”,¹¹³ que no abarca a todos los niños, ni a todos los niños portadores de VIH, ni a todas las personas (de cualquier edad) infectadas. En el marco de esta decisión, los ciudadanos no fundan su acceso a

¹¹¹ Christiansen, por ejemplo, afirma que los fallos de la CC sobre derechos sociales se hallan en un “cauteloso punto medio”, basado en la deferencia hacia el legislativo, la pauta de razonabilidad y la negativa a hacer valer los derechos sin restricciones; véase Christiansen, Eric, *op. cit.*, p. 386.

¹¹² Vale la pena recordar el citado fallo *Soobramoney vs. Minister of Health, KwaZulu-Natal*, *cit.*, dictado en 1997. La CC rechazó la pretensión de un paciente que reclamaba diálisis en un hospital público. El derecho a un tratamiento médico de emergencia, asegurado en el art. 27.3 de la Constitución, no resultaba aplicable al caso, según la Corte, por tratarse de un paciente crónico sin posibilidad de cura. El criterio de las autoridades del hospital era “razonable”, al priorizar a personas que podían curarse. También se rechazó el reclamo basado en el derecho a la vida. Véase Pieterse, Marius, *op. cit.*, p. 891. El demandante Soobramoney falleció tiempo después. Aquí también el saber médico (el de las autoridades del hospital) constituía el criterio decisivo en la “razonabilidad” del acceso (o falta de acceso) a la salud.

¹¹³ También parece focalizada la decisión en el *Caso The Government of the Republic of South Africa and Others vs. Grootboom*, *cit.* La irrazonabilidad del plan de viviendas del Gobierno deriva de la falta de provisiones para las situaciones más desesperantes. Véase Pieterse, Marius, *op. cit.*, pp. 892 y 893.

Sida y derecho a la salud en Argentina y Sudáfrica: las cortes, la razón y los recursos

los fármacos en los derechos sociales, más bien, aspiran a recibir donaciones sin obstáculos “irrazonables” del Estado.

En ambas sentencias, como indiqué, los jueces limitan la discreción (en razón o en recursos) del ejecutivo mayoritario, y dejan ver conflictos políticos profundos. En *TAC* asoma el debate entre diversas formas de conocimiento y sus propuestas terapéuticas sobre sida. *Asociación Benghalensis* muestra la tensión entre cumplir con el ajuste o garantizar los derechos, y también el conflicto sobre visiones del derecho; unas favorecen la autonomía, entendida como el principio expresado en el sistema de derechos consagrado en el texto de la ley suprema, y otras buscan poner por escrito leyes naturales anteriores a la Constitución. Esta dicotomía se presentaba claramente en la integración que la Corte mostraba en 2000.

Tanto en el caso sudafricano como en el argentino, los jueces intervienen para dar la razón a alguna de las posturas. En *TAC*, apelando al principio de razonabilidad, se invita a las partes a justificarse públicamente y luego el Tribunal resuelve (a partir de ciertos supuestos sobre la ciencia, por ejemplo) cuál presentó los mejores argumentos. La CC rechaza el conocimiento alternativo o las tesis “negacionistas”. La Corte argentina, en cambio, se apoya en los compromisos estatales explícitos en la legislación, o bien, invoca (en el voto concurrente) un orden anterior a la ley positiva, para priorizar los derechos frente al ajuste.

Como resultado, Sudáfrica afianza un modelo deliberativo de democracia, donde el rol del Estado se va argumentando. No se profundiza, en cambio, el análisis de los derechos sociales, ni se discuten problemas clásicos como los costos y los deberes positivos del Estado. Lo primero, porque el medicamento es donado, lo segundo, porque la sentencia se centra en obligaciones de no hacer. Por ello, resulta difícil tomar a *TAC* como un modelo para resolver planteamientos sobre derechos sociales.¹¹⁴ La decisión

¹¹⁴ Christiansen, por ejemplo, señala que la contribución principal del fallo sudafricano se da en el plano simbólico, admitiendo que el éxito práctico es limitado. Véase Christiansen, Eric, *op. cit.*, pp. 398 y 399. En 2009, siete años después del fallo, se estima que solo 30% de las mujeres que necesitan esta medicación la reciben. Véase Kapczynski, Amy y Berger, Jonathan M., *op. cit.*, p. 4.

HORACIO JAVIER ETCHICHURY

fortalece la transformación política, antes que la socioeconómica, y no opone ningún obstáculo al programa neoliberal en marcha.

En el caso argentino, la CSJN fija límites al incumplimiento del ejecutivo, pero la decisión parece subordinada a otro debate entre partidarios de un derecho fundado en la autonomía y los de un derecho natural (previendo argumentos sobre el aborto o la eutanasia), o a la necesidad de la Corte de legitimarse ante la opinión pública y posicionarse frente al ejecutivo, que llevaba seis meses en el poder. Por otra parte, el rol del Estado no se va discutiendo, sino que se da por sentado en la Constitución y leyes específicas. Con limitaciones, *Asociación Benghalensis* contribuye a una transformación económica¹¹⁵ también exigida por la Constitución. Establece pautas para el uso del dinero público, aunque podrían subsistir objeciones a la legitimidad de la magistratura en estos asuntos.¹¹⁶ Este caso ofrece criterios para leer fallos posteriores en materia de derecho a la salud, tales como el referido a la provisión de medicamentos para un niño afectado por una grave enfermedad,¹¹⁷ o la cobertura de tratamientos experimentales.¹¹⁸ La estrategia de las ONG que iniciaron el caso, a su vez, se centró en un reclamo sectorizado, aprovechando los rasgos específicos

¹¹⁵ Aunque, a la vez, ello signifique ganancias para las empresas de medicamentos. Aquí se observa que la discusión sobre los derechos sociales aún no logra pasar de la esfera de la distribución a la de la producción. En efecto: la desmercantilización de la vivienda, la salud o la educación no se limita necesariamente a que no se las distribuya a través del mercado. Lema Añón, por ejemplo, destaca que los derechos sociales también abren la posibilidad de que estos bienes se produzcan de modos alternativos, que no incentiven su conversión en mercaderías. Véase Lema Añón, Carlos, “Derechos sociales, ¿para quién? Sobre la universalidad de los derechos sociales”, *Derechos y Libertades*, núm. 22, 2010, parág. IV.

¹¹⁶ He trabajado este problema en Etchichury, Horacio Javier, “Poder Judicial, democracia y derechos sociales”, *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales “Ambrosio Lucas Gioja”*, año V, núm. 7, 2011, http://www.derecho.uba.ar/revistagioja/articulo_esp_old.php?ided=7&idsec=1&art=152

¹¹⁷ CSJN, *Caso Campodónico de Beviaqua, Ana Carina c/ Ministerio de Salud y Acción Social-Estado Nacional-Secretaría de Programas de Salud y Banco de Drogas Neoplásicas*, de 24 de octubre de 2000, fallos 323:3229.

¹¹⁸ CSJN, *Caso Buñes, Valeria Elisabet c/ Obra Social Unión Personal y otro*, de 19 de mayo de 2010, fallos 333:690.

Sida y derecho a la salud en Argentina y Sudáfrica: las cortes, la razón y los recursos

del VIH/sida como problemática social;¹¹⁹ sin embargo, esto no impidió tomar los argumentos judiciales en *Asociación Benghalensis* y analizar cómo se emplearon, modificaron o dejaron de lado al resolver no solo otros casos sobre salud, sino también sobre otros derechos sociales de igual jerarquía y de formulación universal, tales como la alimentación,¹²⁰ la vivienda,¹²¹ la participación obrera en las ganancias de las empresas,¹²² la movilidad jubilatoria¹²³ o el salario¹²⁴ en contextos políticos diferentes.

VII. ANEXO. UNA NOTA AL PIE ACTUAL: A VEINTE AÑOS DE ASOCIACIÓN BENGHALENSIS (2000)¹²⁵

En estas líneas simplemente apporto algunos elementos para describir la línea seguida por la Corte argentina luego de *Asociación Benghalensis*. Pueden distinguirse dos periodos: en el primero, que duró aproximadamente 14 años, la Corte consolidó un criterio amplio y protector del derecho a la salud, como un derecho operativo y exigible, e incluyendo asimismo aspectos de salud sexual y reproductiva. A partir de 2014, se afianza un lento giro interpretativo: prevalece un entendimiento más estricto, toman-

¹¹⁹ Biagini, Graciela *et al.* (coords.), “Comentarios...”, *cit.*, pp. 330-332.

¹²⁰ CSJN, *Caso Ramos, Marta R. y otros c/ Provincia de Buenos Aires y otros*, de 12 de marzo de 2002, fallos 325:396. Véase también *Rodríguez, Karina Verónica c/ Estado Nacional y otros s/ acción de amparo*, de 7 de marzo de 2006, fallos 329:553.

¹²¹ CSJN, *Caso Q. C., S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo*. Exp. Q. 64. XLVI, de 24 de abril de 2012.

¹²² CSJN, *Caso Gentini, Jorge Mario y otros c/ Estado Nacional Ministerio de Trabajo y Seguridad s/ part. accionariado obrero*, de 12 de agosto de 2008, fallos 331:1815.

¹²³ CSJN, *Caso Badaro, Adolfo Valentín c/ Anses s/ reajustes varios*, de 8 de agosto de 2006, fallos 329:3089. Véase también la decisión posterior dictada en el mismo expediente el 26 de noviembre de 2007 y publicada en fallos 330:4866.

¹²⁴ CSJN, *Caso Tobar, Leónidas c/ E.N. Mro. Defensa Contaduría General del Ejército- Ley 25.453 s/ amparo - Ley 16.986*, de 22 de agosto de 2002, fallos 325:2059.

¹²⁵ Este anexo fue escrito en 2019.

HORACIO JAVIER ETCHICHURY

do como eje las normas infraconstitucionales y contractuales en juego. La Corte prescinde incluso de tratados aplicables y pautas de origen internacional, tales como las observaciones generales (OG) del Comité DESC. Esta visión continúa hasta hoy, especialmente tras el ingreso de dos nuevos jueces en 2016.

7.1. Primera etapa: la consolidación de un enfoque amplio (2000-2014)

En *Campodónico*,¹²⁶ la CSJN responsabilizó al Gobierno federal por la vida y la buena salud de un niño despojado de su cobertura médica, sin que ello eximiera a los gobiernos locales y las prestadoras de salud sindicales o privadas del cumplimiento de sus deberes en materia de salud. La sentencia en *Martín*¹²⁷ obligó a la oficina de asistencia social de la Fuerza Aérea a brindar cobertura completa para las patologías que sufría una niña con discapacidad afiliada a la institución. Señaló que la protección integral de las personas en esa condición constituía una “política pública” argentina, encarnada en legislación y reconocida en fallos de la misma Corte, además de una obligación asumida ante la comunidad internacional. *Orlando*¹²⁸ destacó este aspecto, por lo que el Estado nacional debe garantizar —incluso mediante acciones positivas— el derecho a la salud, más allá de los deberes de las provincias, las obras sociales y los prestadores privados. En *Cambiasso Perés*,¹²⁹ el Tribunal sostuvo que estas empresas debían prestaciones médicas integrales para personas con discapacidad, pese a no estar incluidas en la norma específica.

¹²⁶ CSJN, *Caso Campodónico de Beviacqua, Ana Carina c/ Ministerio de Salud...*, cit.

¹²⁷ CSJN, *Caso Martín, Sergio Gustavo y otros c/ Fuerza Aérea Argentina- Dirección General Bienestar Pers. Fuerza Aérea s/ amparo*, de 8 de junio de 2004, fallos 327:2127.

¹²⁸ CSJN, *Caso Orlando, Susana Beatriz c/ Buenos Aires, Provincia de y otros s/ amparo*, de 24 de mayo de 2005, fallos 328:1708.

¹²⁹ CSJN, *Caso Cambiasso Péres de Nealón, Celia María Ana y otros c/ Centro de Educación Médica e Investigaciones Clínicas*, de 28 de agosto de 2007, fallos 330:3725.

Sida y derecho a la salud en Argentina y Sudáfrica: las cortes, la razón y los recursos

Un fallo de enorme repercusión pública fue *F.,A.L.*,¹³⁰ donde se delimitaron los casos en los que el aborto resulta no punible. Aclarando un debate de largo tiempo sobre la interpretación de un artículo del Código Penal (aprobado en 1921), la Corte determinó que el aborto no es punible cuando se practica en caso de un embarazo producto de una violación. No invalidó ninguna norma, sino que fijó una forma de entenderla que tomaba partido en una discusión de alto voltaje político. El Tribunal destacó dos deberes estatales, por una parte, no obstaculizar (p. ej., exigiendo denuncia del delito) las interrupciones del embarazo en esos casos y, por otra, garantizar las condiciones y prestaciones para llevarlas a cabo. También debe asegurarse el derecho del personal de la salud a la objeción de conciencia. Pese a este fallo, aún hoy persisten regulaciones locales que dificultan el acceso, o que definen ampliamente la objeción de conciencia profesional.

En síntesis, los primeros 14 años desde *Asociación Benghalensis* se caracterizaron por un reconocimiento amplio del derecho a la salud, como parte del derecho a la vida, conectado con la autonomía personal y consagrado en los tratados internacionales con jerarquía constitucional. La CSJN subrayó la responsabilidad del Estado nacional, así como de las provincias y entidades prestadoras de salud, públicas, sindicales o con fines de lucro. El derecho a la salud exige acciones estatales positivas e inversión, no solo abstención u omisiones.

7.2. Segunda etapa: un lento pero firme giro interpretativo (2014 - en adelante)

Un primer límite a aquella concepción amplia apareció en *Sureda*¹³¹ y en *Buñes*:¹³² ambas sentencias rechazaron el pedido de cobertura para tratamientos experimentales. Más adelante,

¹³⁰ CSJN, *Caso F.,A.L. s/ medida autosatisfactiva*, de 12 de marzo de 2012, fallos 335:197.

¹³¹ CSJN, *Caso Sureda, Lucas Mariano c/ Obra Social del Poder Judicial de la Nación y otro s/ sumarísimo*, de 26 de marzo de 2009, fallos 332:627.

¹³² CSJN, *Caso Buñes, Valeria Elisabet c/ Obra Social Unión Personal y otro*, de 9 de mayo de 2010, fallos 333:690.

HORACIO JAVIER ETCHICHURY

*L.,E.S.*¹³³ marcó una nueva frontera, pues la Corte revirtió un fallo que obligaba a una entidad de medicina prepaga a proveer un fármaco para ser aplicado en una patología diferente de aquella para la que había sido autorizado. Por unanimidad, la Corte sostuvo que la decisión no estaba debida y racionalmente fundada, ya que no citaba ninguna norma legal o contractual de donde surgiera ese deber de provisión. La falta de fundamento violaba el derecho a la tutela judicial efectiva, según explicó el Tribunal con citas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Aquí queda a la vista un nuevo análisis: el contrato con cada paciente y las normas reglamentarias que fijan las prestaciones mínimas (Plan Médico Obligatorio) marcan, en una lectura estricta, el límite de las exigencias admisibles.

Poco después llegó la sentencia en *P.,A.*,¹³⁴ donde se profundizó el giro. En este caso, una persona con discapacidad exigió cobertura médica completa para aliviar su condición. Dejando de lado el criterio de *Campodónico*, el Tribunal concluyó que la sola afectación del derecho a la salud no genera por sí misma la responsabilidad del Gobierno federal. La Corte sostuvo que la persona debía probar que carecía de cobertura de salud y de medios económicos para pagar el tratamiento. Solo pueden exigir atención del Estado quienes demuestran ambas condiciones, requeridas por la ley infraconstitucional que regula las prestaciones por discapacidad (ley 24.901).

La atención pública —según esta sentencia— corresponde a quienes no pueden pagar por ella en el ámbito privado. Resulta difícil armonizar esta interpretación con el texto del PIDESC, que en su artículo 12 garantiza el derecho de “toda persona” al “máximo nivel posible de salud”, sin fijar restricciones por ingresos o cobertura. Y, a la vez, se aparta de la línea conceptual iniciada en los fallos de 2000. La Corte no examinó la constitucionalidad de la ley 24.901, no la evaluó —por ejemplo— a la luz de las exigencias fijadas por la Convención sobre los Derechos de las Personas

¹³³ CSJN, *Caso L.,E.S. c/ Centro de Educación Médica e Investigaciones Clínicas Norberto Quirno (CEMIC) s/ amparo*, de 20 de mayo de 2014, fallos 337:580.

¹³⁴ CSJN, *Caso P.,A. c/ Comisión Nacional Asesora para la Integración de las Personas Discapacitadas y otro s/ amparo*, de 16 de junio de 2015, fallos 338:488.

Sida y derecho a la salud en Argentina y Sudáfrica: las cortes, la razón y los recursos

con Discapacidad (CDPD), un tratado que tiene jerarquía constitucional desde 2014. Tampoco consideró la OG 14 del Comité DESC sobre el derecho a la salud. Reforzando la importancia de la ley infraconstitucional como fundamento de su decisión, la Corte destacó que la creación de esa norma corresponde a los órganos competentes, mientras que la labor judicial de interpretación no puede significar la institución de una ley diferente. En *S.,D.*,¹³⁵ la Corte reafirmó esta línea, señalando que las entidades privadas no están obligadas a cubrir tratamientos indicados por profesionales no incluidos en su listado de prestadores.

Un criterio estricto también apareció en *L.,H.E.*¹³⁶ en donde se determinó que no puede obligarse a una entidad de medicina prepaga a financiar un tratamiento de fertilidad no incluido en las reglamentaciones. El derecho a la salud —reconoció el Tribunal— incluye la salud reproductiva, pero no es absoluto, sino que se ejerce de acuerdo con su reglamentación (que no debe alterar la sustancia del derecho). Como la ley aplicable y su decreto reglamentario no contenían la técnica reclamada, la justicia no podía arrogarse el papel de legislador.

Ciertas cuestiones formales pasaron a primer plano. En *A.,M.G.*,¹³⁷ la Corte resolvió que era imprescindible presentar ante la obra social un certificado de discapacidad del niño afiliado para obtener reintegros por gastos de asistencia médica relativos a esa condición. En el caso, la entidad prestadora tenía conocimiento de la discapacidad a través de la historia clínica, pero el requisito formal estaba contenido en la legislación infraconstitucional. Más aún, la Corte destacó que, por tratarse de un reclamo de contenido patrimonial, en el caso no estaba realmente en juego el derecho a la salud del niño.

También hizo una lectura amplia de las atribuciones de las obras sociales para modificar las reglas, limitar sus prestaciones

¹³⁵ CSJN, *Caso S.,D. c/ Centro de Educación Médica e Investigaciones Clínicas Norberto Quirno s/sumarísimo*, de 15 de marzo de 2016, fallos 339:290.

¹³⁶ CSJN, *Caso L.,H.E. y otros c/ O.S.E.P. s/ amparo*, de 1 de septiembre de 2015, fallos 338:779.

¹³⁷ CSJN, *Caso A.,M.G. c/ Obra Social del Poder Judicial de la Nación s/ cobro de pesos/sumas de dinero*, de 5 de septiembre de 2017, fallos 340:1149.

HORACIO JAVIER ETCHICHURY

o rechazar el ingreso de socios, sobre la base de argumentos centrados en un enfoque contractual. En *P.,V.E.*¹³⁸ se convalidaron los topes que las obras sociales pueden fijar por reglamentación interna a las prestaciones domiciliarias para personas con discapacidad. *B.,V.P.*,¹³⁹ un caso referido a la propia obra social del poder judicial, confirmó la negativa a incorporar a una persona con discapacidad, hermana de una afiliada, porque el estatuto de la obra social fija como requisito de admisión la carencia de otra cobertura.

Recapitulando, a partir de 2014 (o algunos años antes), el Tribunal adoptó un enfoque más restrictivo en sus lecturas sobre el derecho a la salud. Sin rechazar expresamente las líneas seguidas desde *Asociación Benghalensis*, la Corte modificó su posición al dar preeminencia a las normas contractuales y a la legislación infraconstitucional al momento de definir los sujetos obligados a brindar prestaciones y el alcance de estas. El eje pasó de las necesidades de los pacientes a la aplicación precisa de aquellos preceptos, sin cotejarlos con normas de jerarquía superior (como el art. 12 del PIDESC, las OG del Comité DESC o la CDPD). Los requisitos formales se utilizaron como una forma de limitar tanto el alcance del derecho a la salud en los casos concretos como la profundidad de la intervención del Tribunal. Esta modalidad interpretativa apuntó, probablemente, a preservar a la Corte del desgaste asociado a gestionar de modo amplio la provisión de salud en un sistema como el argentino, fragmentado en subsectores guiados por lógicas diversas (comercial, social, administrativa).

VIII. A MODO DE CONCLUSIÓN

Asociación Benghalensis puede leerse como un intento de la Corte de revertir —a través del control de constitucionalidad— su desprestigio político y técnico en el contexto de una crisis eco-

¹³⁸ CSJN, *Caso P.,V.E. c/ Obra Social del Poder Judicial de la Nación s/ amparo de salud*, de 9 de noviembre de 2017, fallos 340:1600.

¹³⁹ CSJN, *Caso B.,V.P. c/ Obra Social del Poder Judicial de la Nación*, de 24 de mayo de 2016, fallos 339:683.

Sida y derecho a la salud en Argentina y Sudáfrica: las cortes, la razón y los recursos

nómica que estalló poco después. El derecho a la salud ofreció al Tribunal —especialmente tras la renovación parcial de su integración, entre 2004 y 2006— una vía para reconstruir su vínculo con la sociedad y su prestigio técnico, apoyándose en fuentes internacionales, aunque siempre se halló expuesta a enemistarse con los otros dos poderes o a quedar atrapada en la gestión cotidiana de problemáticas de alto contenido político.

En los últimos años, los derechos de cada paciente cedieron su lugar central a la preservación política del Tribunal (o quizá a una nueva visión sobre los derechos sociales). La Corte redujo su área de posibles intervenciones, mediante lecturas estrictas de normas infraconstitucionales y la toma de distancia con fuentes internacionales. Parece eludir el ejercicio del control de constitucionalidad, pese a contar con normas de la máxima jerarquía, enriquecidas por aportes internacionales. Así, puede no abandonar explícitamente las pautas de *Asociación Benghalensis*, aunque sí emplearlas de manera esporádica y bajo interpretaciones estrictas.

BIBLIOGRAFÍA

ABRAMOVICH, Víctor, “Los derechos económicos, sociales y culturales en la denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”, en GONZÁLEZ VOLIO, Lorena (ed.), *Presente y futuro de los derechos humanos. Ensayos en honor a Fernando Volio Jiménez*, San José, IIDH, 1998.

— y COURTIS, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2002.

ARIZA CLERICI, Rodolfo, *El derecho a la salud en la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, <http://www.juridice.com.ar/doctrina/salud.htm>

BERGALLO, Paola, “Courts and social change: Lessons from the struggle to universalize access to HIV/AIDS treatment in Argentina”, *Texas Law Review*, vol. 89, 2011.

BIAGINI, Graciela, *Sociedad civil y VIH-sida: ¿de la acción colectiva a la fragmentación de intereses?*, Buenos Aires, Paidós, 2009.

HORACIO JAVIER ETCHICHURY

- *et al.* (coords.), “Comentarios a la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación con relación a la obligación del Estado Nacional de suministrar tratamiento antirretroviral a las PVVS”, *Jurisprudencia Argentina*, 2005, pp. IV-1033.
- BILCHITZ, David, “Towards a Reasonable Approach to the Minimum Core: Laying the Foundations for Future Socio-economic Rights Jurisprudence”, *South African Journal on Human Rights*, Johannesburgo, Universidad de Witwatersrand-Juta, vol. 19, parte 1, 2003.
- BURGOS, Mario, “Algunas consideraciones acerca de la construcción institucional del SIDA en la Argentina”, www.sida.bioetica.org/sidaburgos.htm
- CHRISTIANSEN, Eric, “Using constitutional adjudication to remedy socio-economic injustice: comparative lessons from South Africa”, *Journal of International Law and Foreign Affairs*, UCLA, vol. 13, 2008.
- DALLA VÍA, Alberto, *Derecho constitucional económico*, 2a. ed., Buenos Aires, Lexis Nexis, 2006.
- DAVIS, Dennis, “From the Freedom Charter to the Washington Consensus”, en EVERATT, David y MAPHAI, Vincent (eds.) *The Real State of the Nation. South Africa after 1990, (Special Edition of Development Update)*, Johannesburgo, Interfund, 2003.
- ETCHICHURY, Horacio Javier, “Poder Judicial, democracia y derechos sociales”, *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales “Ambrosio Lucas Gioja”*, año V, núm. 7, 2011, http://www.derecho.uba.ar/revistagioja/articulo_esp_old.php?ided=7&idsec=1&art=152
- EVERATT, David y MAPHAI, Vincent, *The Real State of the Nation. South Africa after 1990, (Special Edition of Development Update)*, Johannesburgo, Interfund, 2003.
- FERREIRA, Lissett, “Access to Affordable HIV/AIDS drugs: The Human Rights Obligations of Multinacional Pharmaceutical Corporations”, *Fordham Law Review*, núm. 71, diciembre de 2002.

Sida y derecho a la salud en Argentina y Sudáfrica: las cortes, la razón y los recursos

- FITZPATRICK, Joan y SLYE, Ron C., “*Republic of South Africa v. Grootboom*. Case No. CCT 11/00. *Minister of Health v. Treatment Action Campaign*. Case No. CCT 8/02”, *American Journal of International Law*, núm. 97, julio de 2003.
- GARGARELLA, Roberto, “¿Democracia deliberativa y judicialización de los derechos sociales?”, en GARGARELLA, Roberto y ALEGRE, Marcelo (coords.), *El derecho a la igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2007.
- GELLI, María Angélica (ed.), *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada*, 3a. ed., Buenos Aires, La Ley, 2005.
- GORDILLO, Agustín *et al.* (coords.), *Derechos Humanos*, 2a. ed., Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 1997.
- HORTON, Mark, “HIV/AIDS in South Africa”, en NOWAK, Michael y RICCI, Luca Antonio (eds.), *Post-Apartheid South Africa. The first ten years*, Washington, Fondo Monetario Internacional, 2005.
- HEYWOOD, Mark, “Preventing Mother-to-Child Transmission in South Africa: Background, Strategies and Outcomes of the Treatment Action Campaign Case against the Minister of Health”, *South African Journal on Human Rights*, Johannesburgo, Universidad de Witwatersrand–Juta, vol. 19, parte 2, 2003.
- HOLMES, Stephen y SUNSTEIN, Cass R., *The cost of rights. Why liberty depends on taxes*, Nueva York, W. W. Norton & Co., 2000.
- KAPCZYNSKI, Amy y BERGER, Jonathan M., “The story of the TAC case: the potential and limits of socio-economic rights litigation in South Africa”, en HURWITZ, Deena *et al.* (coords.), *Human Rights Advocacy Stories*, Nueva York, Foundation Press, 2009, <http://ssrn.com/abstract=1323522>
- KORNBLIT, Ana Lía *et al.*, “Las ONGs que trabajan en VIH/sida: acciones y escenario público”, *Jornadas Gino Germani*, Buenos Aires, IIFCS-Instituto de Investigaciones Gino Germani, 2002.

HORACIO JAVIER ETCHICHURY

- LEMA AÑÓN, Carlos, “Derechos sociales, ¿para quién? Sobre la universalidad de los derechos sociales”, *Derechos y Libertades*, núm. 22, 2010.
- LUCAS GARÍN, Andrea, “Derecho a la vida y derecho a la salud (I). El caso ‘Asociación Benghalensis’”, en ROSSETTI, Andrés y ÁLVAREZ, Magdalena I., *Derecho a la vida. Un análisis desde el método de casos*, Córdoba, Advocatus, 2005.
- MILLER, Jonathan M., “Evaluating the Argentine Supreme Court under Presidents Alfonsín and Menem (1983-1999)”, *Southwestern Journal of Law and Trade in the Americas*, núm. 7, 2000.
- MOLINELLI, N. Guillermo *et al.* (coords.), *Congreso, Presidencia y Justicia en Argentina*, Buenos Aires, Temas, 1999.
- NEWMAN, Dwight G., “Institutional Monitoring of Social and Economic Rights: A South African Case Study and a New Research Agenda”, *South African Journal on Human Rights*, Johannesburgo, Universidad de Witwatersrand–Juta, vol. 19, parte 2, 2003.
- PECHENY, Mario, “Sexual Orientation, AIDS, and Human Rights in Argentina: The Paradox of Social Advance amid Health Crisis”, en ECKSTEIN, Susan Eva y WICKHAM-CROWLEY, Timothy P., *Struggles for Social Rights in Latin America*, Nueva York, Routledge, 2002.
- PHILLIPS, Roger, “South Africa’s right to health care: international and constitutional duties in relation to the HIV/AIDS epidemic”, *Human Rights Brief*, vol. 11, núm. 2, invierno de 2004.
- PIETERSE, Marius, “Possibilities and pitfalls in the domestic enforcement of social rights: contemplating the South African experience”, *Human Rights Quarterly*, vol. 26, núm. 4, 2004.
- PISARELLO, Gerardo, *Vivienda para todos: un derecho en (de)construcción. El derecho a una vivienda digna y adecuada como derecho exigible*, Barcelona, Icaria, 2003.
- Poder Ciudadano, “Quién es quién en la justicia”, Buenos Aires, Perfil, 1997.

Sida y derecho a la salud en Argentina y Sudáfrica: las cortes, la razón y los recursos

- REITZ, John C., “How to do comparative law”, *American Journal of Comparative Law*, núm. 46, otoño de 1998.
- ROUX, Theunis, “Legitimizing Transformation: Political Resource Allocation in the South African Constitutional Court”, *Democratization*, Frank Cass, vol. 10, núm. 4, 2003.
- SAGÜÉS, Néstor Pedro, *Elementos de derecho constitucional*, 3a. ed., Buenos Aires, Astrea, 1999, t. II.
- SCHLESINGER, Rudolf B. *et al.*, *Comparative Law. Cases, texts, materials*, 6a. ed., Nueva York, Foundation Press, University Casebook Series, 1998.
- SUNSTEIN, Cass R., “Social and Economic Rights: Lessons from South Africa”, *Forum Constitutionnel*, 2000/2001, núm.11:4.
- SHISANA, Olive y ZUNGU-DIRWAYI, Nompumelelo, “Government’s changing responses to HIV/AIDS”, en EVERATT, David y MAPHAI, Vincent (eds.), *The Real State of the Nation. South Africa after 1990, (Special Edition of Development Update)*, Johannesburg, Interfund, 2003.
- TEALDI, Juan Carlos, “Responses to AIDS in Argentina: Law and Politics”, en FRANKOWSKI, Stanislaw (ed.), *Legal Responses to AIDS in Comparative Perspective*, La Haya, Kluwer, 1998.
- VERBITSKY, Horacio, *Hacer la Corte. La construcción de un poder absoluto sin justicia ni control*, Buenos Aires, Planeta, 1993.