

ALGUNAS CUESTIONES ACERCA DEL CONTROL JUDICIAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. EL CASO DE LOS DERECHOS SOCIALES

Miriam Mabel IVANEGA

SUMARIO: I. *Los derechos fundamentales.* II. *Apunte sobre la omisión antijurídica.* III. *El derecho a la salud y la omisión en la jurisprudencia.* IV. *Reflexiones.*

I. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Estos derechos —no obstante estar constituidos por una pluralidad de derechos específicos y autónomos— en toda su unidad, caracterizan la forma de Estado, “desde el momento en que pertenecen a los valores superiores sobre los que se funda la Constitución de un determinado país”.¹

Por ello, son consecuencia —y por ende protegen—, la dignidad y existencia del ser humano, y la violación de estos no solo afecta al individuo, sino a la sociedad;² esa particularidad, junto a la indivisibilidad e interdependencia, obliga a que todos los derechos humanos deban ser tratados por la comunidad internacional

...en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso. Debe tenerse en cuenta la importancia de las particularidades nacionales y regionales, así como la de los diversos patrimonios históricos, culturales y religiosos, pero los Estados tienen el deber, sean cuales fueren sus sistemas políticos, económicos y culturales, de promover y proteger todos los derechos humanos y las libertades fundamentales.³

¹ Rolla, Giancarlo, “La administración en el Estado democrático de derecho”, *Cuadernos de Derecho Público*, septiembre-diciembre de 2002.

² “Derechos fundamentales: contenido y límites de los denominados «derechos sociales»”, *Libro homenaje al profesor uruguayo Mariano Brito*, en prensa.

³ Declaración y Programa de Acción de Viena, aprobados el 25 de junio de 1993, por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos.

La evolución del Estado de derecho ha permitido identificar tres épocas vinculadas al reconocimiento de los derechos del hombre: la primera etapa fortaleció los derechos civiles y políticos (o individuales); luego, devienen los denominados sociales; y por último, el grupo de los más nuevos, como el derecho a un ambiente sano, de usuarios y consumidores, a la paz, a la comunicación.⁴

Esta división temporal e histórica no se produjo en forma automática, sino que tuvo una evolución que impide definir con certeza los contornos de cada etapa; mientras se iba afianzando el respecto por los derechos sociales, económicos y culturales, comenzaba a diseñarse el otro grupo de derechos, los de tercera generación.

Las tres generaciones de derechos se complementan y acumulan, unos se suman a los otros hasta “componer la tríada indivisible y subsistente”. “En el plexo global de derechos nacidos y subsistentes, y en las tres generaciones, el ingreso y la adición de un derecho, o de varios, es irreversible”.⁵

Respecto a los derechos económicos, sociales y culturales,⁶ cabe indicar que tienen un carácter objetivo y otro subjetivo, pues por un lado constituyen un conjunto de valores positivos útiles como criterios de interpretación, de aplicación y límite a la actividad de los poderes públicos; y a su vez, son derechos subjetivos, pues el solo hecho de su reconocimiento constitucional

⁴ Bidart Campos, Germán, “Las tres generaciones de derechos”, *LL*, 2003-F, p. 1485.

⁵ *Idem*.

⁶ La primera definición jurídica está presente en la Constitución de Weimar de 1919, aun cuando la yuxtaposición entre estos y los clásicos derechos fundamentales originó dos concepciones doctrinarias, una identificaba los derechos sociales como premisas o directivas sin un significado constitucional propio; por ello, el legislador, discrecionalmente, podía dictar normas que los reconociera como derechos legales (no constitucionales y fundamentales, como el de libertad). El segundo criterio entendía que los derechos sociales eran normas de principios que vinculaban al legislador, y que por lo tanto estaba obligado a desarrollarlas; por ser tales, eran jurídicamente relevantes en la interpretación de valores constitucionales traducidos en leyes ordinarias, es decir, que los derechos sociales no podían estar en el mismo plano que los derechos de libertad clásicos; Baldasarre Antonio, *Los derechos sociales*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004. En la década de los 20 se identificaban los derechos clásicos y sociales, con el liberalismo y socialismo, respectivamente, con una aparente contradicción insoluble que obligaba a reconocer a los primeros como fundamentales y a los segundos como programáticos; por ello, fue necesaria la superación de la contradicción entre el Estado liberal y los derechos sociales como consecuencia de la transición del Estado de derecho formal al material o constitucional; con razón, se ha indicado que la disputa entre ambas garantías es ideológica, y no puede constituir un argumento válido para desestimar el valor e importancia de los derechos sociales; Rincón Córdoba, Jorge Iván, *Las generaciones de los derechos fundamentales y la acción de la administración pública*, Bogotá, UEC, 2004. Lo relevante es que los textos constitucionales preservan el equilibrio de tal forma que evitan las desigualdades sociales sin desmedro de la libertad.

implica un deber de las autoridades públicas, y por lo tanto, tienen la fuerza vinculante que surge de las propias Constituciones.⁷

Con el concepto “derechos sociales” se incorporan categorías muy heterogéneas con un punto común de referencia, que viene a pormenorizar las exigencias que se desprenden del principio de igualdad, a través de normas que exigen la gestión estatal en el orden económico, social, y en las que el interés colectivo ocupa el primer lugar; su principal función es la de asegurar la participación en los recursos sociales a los distintos miembros de la comunidad.⁸

La titularidad de estos derechos no es privativa de los grupos sociales, pues corresponde también a cada ser humano, para que no se vean marginados del bien colectivo; en este sentido, el derecho a la salud es un claro ejemplo en los supuestos de servicios privados, tal como lo interpretó en varias oportunidades la Corte Suprema de Justicia de la Nación, al considerar que la operatividad de ese derecho se puede hacer valer frente al Estado, obras sociales y entidades de medicina de prepago, según veremos.⁹

Adelantamos que corresponde a las empresas de prepago asegurar la cobertura a los beneficiarios, pactadas como legales, máxime que no se debe olvidar, si bien la actividad que asumen pueda representar determinados riesgos mercantiles, “en tanto ellas tienden a proteger las garantías constitucionales a la vida, salud, seguridad e integridad de las personas (artículos 3o. de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 4o. y 5o. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y 42 y 75, inciso 22, de la ley fundamental), también adquieren un compromiso social con sus usuarios, y que obsta a que puedan desconocer un contrato, o como ocurre en el *sub lite*, invoca cláusulas para apartarse de obligaciones impuestas por la ley (véase la doctrina de *Fallos* 324:677)”.¹⁰

Según dijimos, en la noción de derechos sociales se incluyen los vinculados a la seguridad social, a la salud, a la vivienda digna, a la alimentación, a la educación, a los beneficios de la cultura, a la Constitución y protección de la familia, de la niñez, a la protección de los minusválidos, entre otros; es por lo tanto, una obligación de las autoridades públicas arbitrar los medios para que estos derechos, más allá de su reconocimiento normativo, se traduzcan en acciones concretas.

⁷ Rincón Córdoba, Jorge Iván, *op.cit.*

⁸ Christe, Graciela E., “Los derechos sociales y su control judicial en el ámbito de la ciudad autónoma de Buenos Aires”, *LL*, 2004-A, p. 626.

⁹ *Fallos* 324:3569.

¹⁰ Causa: “Cambio Péres de N., Celia María Ana y otros c/ Centro de Educación Médica e Investigaciones Médicas”, del 28 de agosto de 2007.

A partir de la reforma constitucional de 1994, en la República Argentina se produjo una reconsideración de la prelación de las fuentes del derecho interno frente a la incorporación de los tratados internacionales con jerarquía constitucional.¹¹

El artículo 75, inciso 22, de la Constitución nacional expresa:

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su protocolo facultativo; la Convención Sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Contra la Mujer; la Convención Contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; y la Convención sobre los Derechos del Niño, en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarias de los derechos y garantías por ella reconocidos.

Se trata de un nuevo bloque de constitucionalidad que provocó un trastocamiento del sistema de las fuentes del derecho,¹² y la revisión de las categorías del derecho público.¹³

La Corte Suprema de Justicia de la Nación reflejó en sus decisiones este efecto de “internacionalización” del derecho,¹⁴ y en esa línea, los derechos humanos se insertaron en los campos interpretativos internos, obligando a los jueces a su aplicación.¹⁵

Por eso, y como una derivación lógica, es esencial el papel que el Poder Judicial cumple a la hora de tutelar y proteger los derechos.

Por último, recordemos que la República Argentina es un país federal, lo que obliga a precisar que en el marco de reparto federal de competencias,

¹¹ Gutiérrez Colantuono, Pablo, “Derechos económicos, sociales y culturales, omisiones estatales y nuevos contornos del federalismo”, *La Ley*, agosto de 2007.

¹² Gordillo, Agustín, *Tratado de derecho administrativo*, 8a. ed., Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, t. I, 2003; Gordillo, Agustín, *Derechos humanos*, 5a. ed., Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 1999.

¹³ Salomoni, Jorge, “Acerca del fallo Simón de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, *La Ley*, del 4 de agosto de 2005; Lorenzetti, Ricardo Luis, *Teoría de la decisión judicial*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2006.

¹⁴ *Fallos* 311:2497, 317:1282, 327:4185, 328:2056, 328:1491, 328:3399, 329:553 y 330:1989.

¹⁵ Gutiérrez Colantuono, Pablo, *op. cit.*

la consagración de la exigibilidad directa de dichas prestaciones, por parte del ciudadano, frente a los tres niveles de gestión estatal (nación, provincia y municipio), ha llevado a los tribunales judiciales a considerar la “inoponibilidad” de la distribución de facultades estatales frente a la invocación de derechos protegidos;¹⁶ en consecuencia, el Estado nacional no puede eximirse de asegurar las prestaciones asistenciales invocando que delegó dicha materia a las provincias.

II. APUNTE SOBRE LA OMISIÓN ANTIJURÍDICA

El profesor argentino, Julio Rodolfo Comadira, sostenía que

...el principio de juridicidad no sería más que una ilusión, la expresión esperanzada de juristas vocacionales, la explicación ingenua o hipócrita de los docentes en derecho administrativo, o en todo caso, la aspiración siempre incumplida de una comunidad ávida de creer en la República, si la responsabilidad del Estado y de los funcionarios no operaran como garantía de la juridicidad.¹⁷

La evolución de la responsabilidad del Estado presenta tres etapas: *a*) una inicial, de la irresponsabilidad; *b*) una intermedia, de la responsabilidad del funcionario, y *c*) la del estado actual, que reconoce la plena responsabilidad del Estado por los daños que cause con su obrar, ilegítimo o legítimo; dentro de esta última etapa se registra una evolución, en la que se pasa de la responsabilidad estatal por los errores del agente, hasta la situación en que es determinante el daño injustamente sufrido por el damnificado, con independencia de factores de atribución subjetivos; en este supuesto, estamos frente a la teoría de la responsabilidad objetiva del Estado con fundamento en la falta de servicio.¹⁸

Se ha entendido que en los últimos años se ha producido una evolución en la jurisprudencia de los tribunales argentinos, al verificarse la ampliación de la responsabilidad estatal, incluso en supuestos en los que no existe una ley que imponga expresamente la conducta a seguir por aquel; así, en varios

¹⁶ *Fallos* 323:3229, 324:3569 y 327:2127.

¹⁷ Comadira, Julio R., “La responsabilidad del Estado por su actividad lícita o legítima. Principio de juridicidad y responsabilidad del Estado”, *El Derecho*, serie especial, del 31 de octubre de 2002; *Derecho administrativo*, 2a. ed., Buenos Aires, Lexis-Nexis-Abeledo-Perrot, 2003, p. 357.

¹⁸ Huici, Héctor, “La responsabilidad por omisión del Estado en materia de seguridad pública, en responsabilidad del Estado y del funcionario público”, *RAP*, Buenos Aires, 2008, p. 275.

supuestos basta la invocación de un genérico poder de control de seguridad, o de prestación para encontrar que la omisión en el ejercicio de estos, justifica condenar al Estado por los daños que ocasiona.¹⁹

La evolución doctrinaria y jurisprudencial reconoce en la omisión antijurídica una especie de responsabilidad estatal.²⁰ Esa omisión se produce cuando el Estado deja de realizar una actividad que constituye un deber jurídico; sin perjuicio de ello, en la doctrina se ha considerado también el caso de las omisiones lícitas, lo que significa un análisis particular que involucra situaciones de reconocimiento de responsabilidad en los supuestos en que la omisión de la administración no es contraria al derecho, pero que ocasiona un daño particularizado a quien lo padece, y no tiene por qué soportarlo; además de constituir un sacrificio especial.²¹

Se caracterizan las omisiones antijurídicas como toda trasgresión a una obligación jurídica de obrar, que comprenden los deberes legales y también los impuestos por las buenas costumbres y el orden público, al igual que los dictados por la buena fe; así, la omisión puede ser antijurídica por ilicitud, pero puede serlo además, por abusiva.²²

En el derecho nacional argentino este tipo de responsabilidad —al igual que la responsabilidad estatal en general— no encuentra un régimen legal definido, dado que no existen normas de derecho público que contemplen el deber de responder; por eso se ha recurrido, en forma subsidiaria, a las disposiciones del Código Civil. En realidad, este cuerpo normativo incluye normas que consagran principios que exceden el ámbito privado, y que no son propiedad de una disciplina jurídica, pues, a decir de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, constituyen principios generales del derecho que

¹⁹ Estas jornadas son una demostración de ello; existen cinco paneles o conferencias donde expresamente aparece en el título de las mismas el concepto de responsabilidad por omisión. Hace siete años, en estas mismas jornadas, solo una conferencia tenía esos términos en su título, y todo ello sin perjuicio del tratamiento que el tema pueda tener en forma más general en ponencias que tratan sobre la responsabilidad del Estado.

²⁰ Marienhoff, Miguel S., “Responsabilidad extracontractual del Estado por las consecuencias de su actitud «omisiva» en el ámbito del derecho público”, *Revista de Derecho Administrativo*, núm. 19 y 20, mayo-diciembre de 1995, p. 195; Gordillo, Agustín, *Tratado de derecho administrativo*, Buenos Aires, FDA, t. II, pp. XVII-21; Comadira, Julio R., *op. cit.*; Mertehikian, Eduardo, *La responsabilidad pública*, Buenos Aires, Ábaco, 2001, pp. 245-275; Vazquez, Adolfo, “Responsabilidad aquiliana del Estado y sus funcionarios”, *La Ley*, 2001; Cassagne, Juan Carlos, “Responsabilidad del Estado y del funcionario público”, *Jornadas de la Universidad Austral, 2000*, Buenos Aires, Ciencias de la Administración, 2001, p. 46.

²¹ Comadira, Julio Pablo, “Reflexiones sobre la responsabilidad del Estado por omisión lícita”, *Responsabilidad del Estado y del funcionario público*, RAP, 2008, p. 397.

²² Mossert Iturraspe, Jorge, *Responsabilidad por daños. Parte general*, Buenos Aires, Ediar, 1971, p. 30.

deben interpretarse, “teniendo en cuenta el origen y naturaleza de la relación jurídica de que se trate”.²³

Sin entrar en la discusión en torno a la norma de aplicación en el sistema argentino,²⁴ vale la pena recordar el criterio de la causa Torres, de la Corte Suprema de Justicia de la provincia de Mendoza,²⁵ en la que, con remisión a la doctrina italiana, analizó que si bien el ilícito omisivo no puede responder al amplísimo principio del *neminem laedere*, tampoco se requiere una omisión típica, propia del delito penal, dado que resulta exigible que el Estado afronte o asuma una situación en la que está obligado a actuar, no siendo necesario para ello que la obligación sea expresada.

De esta forma, la ausencia de una norma expresada, constitucional o legal, que establezca dicho deber jurídico, no constituiría un impedimento para tener por configurada la existencia de una omisión antijurídica, siempre que se den tres requisitos:²⁶

- a) La existencia de un interés normativamente relevante, ya sea en la relación cuantitativa o cualitativa, “ejemplificándose que «cualitativamente es interés prevaleciente la vida y la salud de las personas», en

²³ Fallos 329:759, considerando 12.

²⁴ Gordillo señala que debe concordarse la obligación del artículo 1074 (toda persona que por cualquier omisión hubiese ocasionado un perjuicio a otro, será responsable solamente cuando una disposición de la ley le impusiere la obligación de cumplir el hecho omitido) con lo establecido en el artículo 1112 del Código Civil (los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, por no cumplir de una manera regular las obligaciones legales que les están impuestas, son comprendidas en las disposiciones de este título); si bien el artículo 1074 es una norma comprensiva de la generalidad de los hechos omisivos determinantes de la responsabilidad estatal, se entiende que este tipo de responsabilidad se configura en la falta de servicio con sustento en el artículo 1112, del que surge que la omisión antijurídica imputable al Estado originada en el cumplimiento irregular de las obligaciones que están impuestas a sus funcionarios. La omisión que genera responsabilidad del funcionario no se configura con referencia a una obligación legal de cumplir el hecho omitido, como lo establece en el artículo 1074, sino a una irregular ejecución de sus deberes legales. El citado profesor señala que “El regular ejercicio de las obligaciones legales resulta de muchos caracteres implícitos a la función pública, y no de la casuística de algún reglamento; la omisión origina responsabilidad, no por haber sido el hecho expresamente ordenado (artículo 1074), sino por constituir un irregular ejercicio de las obligaciones legales (artículo 1112)”; Gordillo, Agustín, *op. cit.*, pp. XVI-16; véase Huici Héctor, *La responsabilidad por omisión...*, *cit.*, pp. 275 y ss.

²⁵ Voto de la doctora Aida Kemmelmajer de Carlucci, causa “Torres, Francisco c/ Provincia de Mendoza”, *La Ley*, 1989-C, p. 511.

²⁶ Zilli de Miranda, Martha, “La responsabilidad del Estado por omisión ilegítima. Su incidencia en materia ambiental en responsabilidad del Estado y del funcionario público, *RAP*, 2008, p. 657.

tanto que, en los intereses exclusivamente patrimoniales, será menester un análisis cuantitativo”.

- b) La necesidad material de actuar para tutelar dicho interés.
- c) La proporción que debe existir entre el sacrificio que comportaría la actuación estatal y la utilidad que se obtendría con ese accionar.

III. EL DERECHO A LA SALUD Y LA OMISIÓN EN LA JURISPRUDENCIA

El derecho a la vida no se limita al interés en seguir viviendo, sino también incluye el derecho subjetivo a que se mantenga la vida en su plenitud, a que no se le limite o cercene.²⁷ Recordemos que en el programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) se ha conceptualizado al desarrollo como un proceso que otorga con amplitud mayores oportunidades al ser humano, entre ellas la de disfrutar de una vida saludable; por ende, como lo señala Bidart Campos, la salud hace falta para abastecer el desarrollo humano, y la salud como bien colectivo hace falta para abastecer el bienestar general: “La dimensión de la salud como bien colectivo nos hace ver que son numerosos los casos en que la denominada «salud pública»... sufre amenaza, riesgo o daño, e irradia desde lo colectivo y público, consecuencias también dañinas para la salud individual o subjetiva”.²⁸

Existen múltiples situaciones vinculadas al tema de la salud que muestran un conflicto entre el ciudadano y el Estado;²⁹ pero en general se identifican tres supuestos: *a)* el reclamo de un resarcimiento económico frente a un perjuicio, cierto e imputable, al sistema de salud (por ejemplo, la mala praxis médica); *b)* la pretensión de una persona que no reclamara una compensación económica, sino que exige una determinada prestación frente a una omisión del sistema de salud (o sea, la provisión de medicamentos o de un tratamiento médico), y *c)* la solicitud para que el Estado se abstenga de actuar porque está en peligro la salud (es decir, que no interfiera en una investigación científica).

Por otro lado, es necesario distinguir las formas en que se presta el servicio a la salud: *a)* los servicios de las obras sociales; *b)* la actividad de empresas particulares que hacen de la prestación de servicios de salud su actividad económica habitual y permanente, y *c)* los hospitales públicos, es decir, el

²⁷ Caputi, Claudia, “Procesos urgentes y derecho a la salud”, en *www.dialogojuridico.org*.

²⁸ Bidart Campos, Germán, “Lo viejo y lo nuevo en el derecho a la salud: entre 1853 y 2003”, *LL, Suplemento de Derecho Constitucional*, número especial, p. 158.

²⁹ Gauna, Juan Octavio, “Responsabilidad del Estado en materia de salud”, *Responsabilidad del Estado*, Buenos Aires, Lexis-Nexis, 2007, pp. 235 y ss.

servicio a cargo del Estado para las personas no contempladas por las otras modalidades del servicio.³⁰

Abordaremos las acciones judiciales en materia de salud, sustentadas en omisiones en la provisión de medicamentos, en prestaciones médico-asistenciales;³¹ ahora bien, estando en juego el derecho a la salud, los procesos urgentes son los más idóneos para dar plenitud a la tutela procesal, de ahí que la propia justicia haya desestimado argumentos basados en rigormos formales.³²

En realidad, existe un conflicto entre la consagración de derechos humanos y las limitaciones —por ejemplo presupuestarias—, que encuentran los Estados para permitir su pleno ejercicio.³³

Existe el consenso de que existe un deber jurídico que pesa sobre el Estado y que a través de la “falta de servicio” se concreta su responsabilidad, tanto por acción como por inactividad, frente a una exigencia del plexo jurídico.

Puede parecer reiterativo, pero cuando se trata de referenciar fallos sobre la materia son cita obligada los casos “Asociación Benghalensis y otros c/ Ministerio de Salud y Acción Social-Estado Nacional s/amparo, Ley 16.986”,³⁴ y “Campodónico de Beviacqua”.³⁵

³⁰ Novick, Marcela S., *Derecho a la salud. Negativa de cobertura de operación quirúrgica para el tratamiento de obesidad morbida. Consideraciones sobre un fallo ejemplar en la provincia de Río Negro*.

³¹ En Argentina rige el programa médico obligatorio —PMO—, y algunas otras normas que regularon situaciones específicas, como las enfermedades terminales, protección de los discapacitados; ese programa parte de un conjunto de disposiciones dictadas a partir de 2000, y que en 2002 se complementó con una regulación de emergencia, a los efectos de garantizar a la población el acceso a los bienes y servicios básicos para la conservación de la salud de todos los habitantes de la nación. En el marco de un programa de emergencia, el Ministerio de Salud reguló el conjunto de prestaciones básicas esenciales que debían garantizar los agentes del seguro de salud; actualmente sigue vigente, por efecto de la prórroga de la emergencia declarada por la Ley 25.561, dicho programa.

³² Así lo señala Claudia Caputi, que cita una causa de 2001, en la cual la Corte Suprema (“Imbrogno, Ricardo c/IOS s/amparo”) trató un caso en el cual las prestaciones habían sido interrumpidas en marzo de 1995, y el inicio del juicio databa de octubre de 1998; en esa ocasión, el máximo tribunal tuvo oportunidad de resaltar que pese a que por la vía del recurso extraordinario no podrían preverse estos temas, dado su índole procesal, correspondía a su revisión, pues el fallo de la cámara pecaba de excesivo rigor formal y dogmatismo; ahí se consideró la subsistencia de un derecho social, de principal rango y reconocimiento en el texto constitucional, y el de los tratados previstos por el artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional, lo que hacía necesaria una interpretación “extensiva y no restrictiva” sobre su procedencia, “a fin de no tornar utópica” su aplicación.

³³ Lorenzetti, Ricardo Luis, *Responsabilidad del Estado frente a los derechos humanos*, Santa Fe-Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 2000, pp. 240 y ss.

³⁴ Fallos 323:1339.

³⁵ Fallos 323:3229.

Si bien no son los primeros fallos en la materia, esto obedece a que en esas decisiones la Corte Suprema de Justicia explica con toda precisión y ecuanimidad que el derecho a la vida es el primer derecho natural de la persona, preexistente a toda legislación positiva, que resulta garantizado por la Constitución nacional, y que “La vida de los individuos y su protección, en especial el derecho a la salud, constituyen un bien fundamental en sí mismo, que a su vez, resulta imprescindible para el ejercicio de la autonomía personal”.

Recordemos que en el primer fallo, instituciones no gubernamentales, cuyo objetivo es el desarrollo de actividades contra la epidemia del sida, presentaron acción de amparo (con sustento fundado en los artículos 14, 20, 43 y 75 inciso 22, de la Constitución Nacional, la Ley 23.798 y su decreto reglamentario 1244/91), con la pretensión de que en forma urgente se obligara al Estado nacional a cumplir con la asistencia, tratamiento y rehabilitación de las personas afectadas por esa enfermedad, y el suministro de medicamentos. En su decisión, la Corte federal ratificó la obligación estatal de realizar prestaciones positivas, y reconoció que la responsabilidad estatal, en su carácter de autoridad de aplicación de la Ley 23.798 —norma que diseña el plan de distribución de los medicamentos—, “no se agota con las entregas, sino que debe velar por su correcto cumplimiento, asegurando la continuidad y regularidad del tratamiento médico”.³⁶

En esa línea argumental, el derecho a la salud, desde el punto de vista normativo, está contenido en los tratados internacionales con rango constitucional —artículo 75, inciso 22 de la Constitución nacional— y que es extensivo no solo a la salud individual, sino también a la salud colectiva.

En el otro caso —Campodónico de Beviacqua—,³⁷ el máximo tribunal de justicia reiteró los fundamentos del fallo “Asociación Benghalensis”, reforzando el criterio de que constituía una obligación de la autoridad pública garantizar el derecho a la preservación de la salud con acciones positivas,

³⁶ Esta decisión tiene relevancia también, por el reconocimiento de la legitimación procesal a asociaciones y organizaciones no gubernamentales; admite que la actora tiene por objeto la lucha contra el sida, “se encuentran legitimadas para interponer acción de amparo contra las omisiones del Estado, por presunto incumplimiento de la Ley 23.798 y de su decreto reglamentario, fundando su derecho no sólo en el interés difuso en que se cumpla la Constitución y las leyes, sino en su carácter de titulares de un derecho de incidencia colectiva a la protección de la salud, cuyo contenido es la prevención, asistencia y rehabilitación de los enfermos de sida y sus patologías derivadas, además del derecho que les asiste para accionar en el cumplimiento de una de las finalidades de su creación”.

³⁷ Se vinculaba con un menor residente en la provincia de Córdoba que padecía una grave enfermedad, cuyo tratamiento requería de una medicación específica, que proveía el Banco Nacional de Drogas Antineoplásicas, que había manifestado a los padres del niño la suspensión de la provisión.

“sin perjuicio de las obligaciones que deban asumir en su cumplimiento las jurisdicciones locales, las obras sociales o las entidades de la llamada medicina prepaga...”, y la existencia de una obra social que deba cumplir el programa médico obligatorio:

...no puede redundar en perjuicio de la afiliada y menos aún del niño, ya que si se aceptara la interrupción de su asistencia en razón de las obligaciones puestas a cargo de aquella entidad, se establecería un supuesto de discriminación inversa respecto de la madre del menor que, amén de no contar con prestaciones oportunas del organismo al que está asociada, carecería absolutamente del derecho a la atención sanitaria pública, lo que colocaría al Estado nacional en flagrante violación de los compromisos asumidos en el cuidado de la salud.

Esta correcta doctrina se proyectó involucrando a todos los actores del servicio de salud, público y privado, nacional, provincial y municipal; lo que se vio plasmado en numerosas decisiones, algunas de las cuales citaremos a continuación.³⁸

Esta línea se refleja también en el planteo de inconstitucionalidad de la Ley 24.754 (que obligaba a las empresas de medicina de prepago a cubrir riesgos de compleja cobertura institucional; por ejemplo, los derivados de la drogadicción y el contagio del VIH) que, mediante un amparo judicial, concreta el hospital británico de Buenos Aires;³⁹ esta entidad entendió que dicha norma implicaba un incremento en el costo de la contratación de los servicios de medicina, y colocaba a las prestatarias en una situación desfavorable para competir con las obras sociales, que recibían de fondos estatales y una clientela virtualmente cautiva.

³⁸ Causas: “Tartaroglu de Neto”, *Fallos* 324:3074; “Martín, Sergio Gustavo y otros c/ Fuerza Aérea Argentina-Dirección General Bienestar Personal Fuerza Aérea s/ amparo”, *Fallos* 327:2127; “Maldonado, Sergio Adrián s/ materia: previsional s/ recurso de amparo”, *Fallos* 327:5210; F. S. C. c/ Obra Social de la Actividad de Seguros, Reaseguros, CAPIT. Ahorro s/inc. de apelación”, *Fallos* 328:4493; “Ramos”, *Fallos* 325:396; “Echavarría”, *Fallos* 325:3380; “Poggi, Santiago Omar”, *Fallos* 327:5556; “Albarracín, Esther”, *Fallos* 327:5590; “López, Miguel Enrique”, *Fallos* 328:429; “E., R. E. c/ Omint”, *Fallos* 324:677; “V., W. J. c/ Obra Social de Empleados de Comercio”, *Fallos* 327:5373; “Peña de Marqués de Iraola”, *Fallos* 326:2503; “Neira, Luis Manuel y otra c/ Swiss Medical Group S. A.”, *Fallos* 326:2906; “Díaz, Brígida c/ Buenos Aires, provincia de, y otro (Estado Nacional - Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación) s/ amparo”, *Fallos* 326:970; “Benítez, Victoria Lidia y otro c/ Buenos Aires, Provincia de y otros s/ acción de amparo”, *Fallos* 326:1400; “Sánchez, Enzo Gabriel c/ Buenos Aires, provincia de, y otro (Estado Nacional) s/ acción de amparo”, *Fallos* 326:4981; “Orlando, Susana Beatriz c/ Buenos Aires, provincia de, y otros s/ amparo”, *Fallos* 328:1708.

³⁹ *Fallos* 324:754.

Nuestro máximo tribunal insistió en que si bien la actividad que asumían las entidades de medicina de prepago presentaban características o rasgos mercantiles, esto no podía obviar que tienden a proteger las garantías a la vida, a la salud, a la seguridad y a la integridad de las personas, adquiriendo “un cúmulo de compromisos que exceden o trascienden el mero plano comercial”, con fundamento en el poder de la policía estatal se interpretó que cuando se trata de sujetos obligados del derecho a la salud incumbe a ellos someterse a las regulaciones razonables que dicten los órganos del Estado.⁴⁰

En “Barria c/Provincia del Chubut y otro (Estado Nacional) s/amparo”,⁴¹ la autoridad nacional habría delegado en el Ministerio de Salud Pública, de la provincia del Chubut, la administración e implementación de una parte del Programa Federal de Salud; en virtud de ese programa, un grupo de personas recibía el servicio de hemodiálisis, que fue suministrada por una empresa privada; sin embargo, la falta de pago de las prestaciones médicas por parte del ministerio provincial a esa empresa importó que se suspendiera la atención. La Corte hace lugar a la medida cautelar y ordena al Ministerio de Salud de la provincia del Chubut para “que arbitre los medios necesarios para garantizar la continuación de la prestación del servicio de diálisis a los actores”.

En 2001, en “Monteserin, Marcelino c/Estado Nacional-Ministerio de Salud y Acción Social-Comisión Nacional Asesora para la Integración de Personas Discapacitadas-Servicio Nacional de Rehabilitación y Promoción de la Persona con Discapacidad”,⁴² se debatió el tratamiento de rehabilitación de un menor de edad que padecía un cuadro de parálisis cerebral, y que vivía en una zona carente de la provincia de Santa Fe; frente a los infructuosos pedidos de asistencia, formulados ante las autoridades municipales, provinciales y nacionales, a efectos de acceder a sus beneficios, el padre del menor acude por amparo a la justicia para reclamar una debida atención del menor; la Corte reiteró los fundamentos de la causa “Campodónico”, y recalcó que “el hombre es el eje y centro de todo el sistema jurídico, y en tanto fin en sí mismo —más allá de su naturaleza trascendente— su persona es inviolable y constituye el valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental (*Fallos* 316:479, votos concurrentes)”. En consecuencia, existe una responsabilidad que debe

⁴⁰ En similar sentido, en 2002, en “O., S. B. c/Provincia de Buenos Aires y otros”, fallo de la Corte Suprema, en abril de 2002, hizo lugar a una medida cautelar interpuesta por una persona que padecía de esclerosis múltiple y solicitaba la entrega de ciertos fármacos imprescindibles por su estado de salud.

⁴¹ *Fallos* 326:4963.

⁴² *Fallos* 324:3569.

asumir el Estado nacional en la asistencia y atención del niño discapacitado, de la que no puede sustraerse en razón de demoras contingentes en la puesta en funcionamiento de un sistema sanitario en las provincias.

Son varias las decisiones vinculadas con tratamientos médicos o suministro de medicamentos a menores de edad, obligándose tanto a privados como al Estado a cubrir las necesidades asistenciales y médicas con sustento en el interés superior del niño.

De estos, hemos de citar la causa “Floreancig Andres Cristina y otro por sí y en representación de su hijo menor H., L. E. c/Estado Nacional s/amparo”, de 2006,⁴³ en el que insiste que carece de sentido que el Estado nacional alegue su falta de responsabilidad en la atención del menor por corresponderle a otro órgano o jurisdicción “porque lo fundamental es que, conforme al régimen legal, este debe asistirlo”; y esto, sin perjuicio de dejar a salvo las atribuciones del Estado nacional, para luego encauzar la obligación legal, tanto a la obra social como a los organismos competentes provinciales.

Es indudable que el centro de protección es la persona humana, por lo cual, entidades privadas y públicas deben concurrir a proteger y tutelar el derecho a la salud; sin embargo, hay grupos más vulnerables que gozan de una tutela específica a través de las convenciones internacionales y leyes internas, como los niños, los ancianos, los discapacitados, los pacientes portadores del VIH, las mujeres embarazadas; en estos casos la jurisprudencia pone un especial énfasis en la protección por parte de las autoridades públicas.

IV. REFLEXIONES

Estamos frente a una obligación concurrente de las jurisdicciones provincial y nacional, que implica controlar que se cumpla con las normas supraconstitucionales, constitucionales y legales.

El Estado nacional, como coordinador del sistema de salud, tiene un deber subsidiario frente a la omisión de las obras sociales, empresas de medicina de prepago y servicios de salud provinciales, por lo que debe tomar las medidas necesarias para asegurar la prestación y encauzar las peticiones de los particulares.

Los deberes a cargo del Estado constituyen un piso mínimo de protección frente al cual no pueden oponer cuestiones presupuestarias, criterios

⁴³ *Fallos* 329:2552.

de discrecionalidad en la asignación de recursos o esquemas de distribución interna de competencias, para pretender desinteresarse del aseguramiento real y concreto de esas prestaciones.⁴⁴

Reiteramos, que el beneficio de gozar de determinados niveles de salud es uno de los derechos fundamentales del ser humano, sin distinción de raza, religión, credo político, condición social o económica; ese es el marco dentro del cual deben entenderse el reconocimiento, la protección y la tutela administrativa y judicial efectiva.

⁴⁴ Gutiérrez Colantuono, Pablo, “Derechos económicos, sociales y culturales, omisiones estatales y nuevos contornos del federalismo”, *La Ley*, agosto de 2007. La observación general núm. 14 indica también que: “Los Estados también pueden conculcar el derecho a la salud al no adoptar las medidas necesarias dimanantes de las obligaciones legales. Entre las violaciones por actos de omisión figuran el no adoptar medidas apropiadas para dar plena efectividad al derecho universal a disfrutar del más alto nivel posible de salud física y mental, el no contar con una política nacional sobre la seguridad y la salud en el empleo o servicios de salud en el empleo, y el no hacer cumplir las leyes pertinentes”.