

LA JUDICIALIZACIÓN DEL DERECHO A LA SALUD Y SU TUTELA EFECTIVA EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN¹

THE JUDICIALIZATION OF THE RIGHT TO HEALTH AND ITS EFFECTIVE GUARDIANSHIP IN THE JURISPRUDENCE OF THE SUPREME COURT OF JUSTICE OF THE NATION

Por *María Milagros Maqueda* (*)

Resumen: Como respuesta a las exigencias derivadas del modelo jurídico de Estado Constitucional y Social de Derecho, surge la necesidad de garantizar constitucionalmente los derechos sociales, entre los cuales se ubica el derecho a la salud. En consecuencia, la actividad de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, como cabeza de un Poder Judicial que se encuentra alcanzado por aquellas exigencias, ha comenzado a involucrarse cada vez más en el direccionamiento de las políticas diseñadas por los poderes públicos para la protección de este derecho humano. Una suerte de activismo judicial se desarrolla en el marco de lo que conocemos como “judicialización de la política”; fenómeno al que se define como el desplazamiento de poder desde instancias administrativas y legislativas, hasta las judiciales, principalmente en la determinación de políticas públicas y la protección de derechos humanos o fundamentales. Este artículo pretende analizar brevemente algunas de las respuestas que la Corte ha otorgado a los problemas vinculados a la salud, y cuáles han sido los estándares de protección elaborados jurisprudencialmente a partir de la política sanitaria vigente de los últimos años.

Palabras claves: Derecho a la salud – Judicialización - Derechos humanos- Políticas públicas.

Abstract: In response to the demands derived from the legal model of the Constitutional and Social State of Law, the need arises to constitutionally guarantee social rights, among which is the right to health. Consequently, the activity of the Supreme Court of Justice of the Nation, as the head of a Judicial Power that is satisfied by those demands, has begun to become increasingly involved in directing the policies designed by the public powers for the protection of this human right. A kind of judicial activism develops within the framework of what we know as "judicialization of politics"; this phenomenon is defined as the displacement of power from administrative and legislative bodies to judicial bodies, mainly in the determination of public policies and the protection of human or fundamental rights. This article aims to briefly analyze some of the responses that the Court has given to

¹ Artículo recibido el 14 de octubre de 2021 y aprobado para su publicación el 28 de marzo de 2021.

(*) Abogada por la Universidad Católica de Córdoba. Magíster en Magistratura y Derecho Judicial por la Universidad Austral Argentina. Meritorio en Poder Judicial de la provincia de Córdoba, Cámara Civil y Comercial de Apelaciones de 9na Nominación de la primera circunscripción. Ayudante adscripta en la materia Derecho Privado I de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Católica de Córdoba.

problems related to health, and what have been the protection standards elaborated by jurisprudence based on the current health policy in recent years.

Keywords: Right to health – Judicialization - Human rights -Public policies.



Artículo publicado bajo Licencia Creative Commons Atribución-No Comercial-Sin Derivar. © Universidad Católica de Córdoba

DOI [http://dx.doi.org/10.22529/rfd.2021\(2\)04](http://dx.doi.org/10.22529/rfd.2021(2)04)

I. El Estado Constitucional y Social de Derecho

La realidad jurídica en la que se enmarca actualmente el Estado argentino, es la de ser un Estado Constitucional y Social de Derecho. Esto significa mucho más de lo que apenas pueda reseñarse en estas pocas líneas, aunque la referencia al modelo resulta necesaria para dar contexto institucional a lo que ha sido objeto de estudio de este trabajo. Así, el Estado Constitucional, cuya aparición se remonta hacia entrada la segunda mitad del siglo XX; a la etapa de la posguerra, la actividad de los tribunales de Nüremberg, y en concreto la sanción de la Ley Fundamental de Bonn en Alemania (1949), va a implicar una nueva orientación político-social que se verá reflejada rápidamente en la mayoría de los textos supremos de los estados que adhieren a este nuevo paradigma. Entre las características del modelo, se pueden destacar:

- *La expansión de los derechos sociales y el desarrollo de la justicia constitucional* como aspecto central de las constituciones sociales de la época;
- *La noción de igualdad real*, ya que la igualdad formal, propia del Estado liberal, a la que entendemos como el reconocimiento de la titularidad de derechos por parte de todos los ciudadanos, sin distinciones en base a prerrogativas o privilegios, no será suficiente para garantizar por sí misma el ejercicio de los derechos sociales;
- *La justiciabilidad y exigibilidad de los derechos sociales*, como consecuencia de su reconocimiento como derechos subjetivos, lo que alejó toda posibilidad de discusión en torno a su exigibilidad. Es decir, la incorporación de derechos sociales a la Constitución, permitirá la aplicación respecto de ellos del principio de acceso a la justicia, que nunca se había puesto en duda con relación a los derechos civiles y políticos. Es importante destacar aquí que mientras que la exigibilidad, con

fundamento en la dignidad humana, alcanza a todos los niveles del Estado; la justiciabilidad de los derechos, como cara de la misma moneda, se refiere en concreto a la posibilidad de exigir su tutela efectiva ante los tribunales de justicia. Sobre este punto gira fundamentalmente el desarrollo de este artículo.

Como lo que en esencia nos interesa es la actividad del Poder Judicial en todo este marco, vale decir que a diferencia de lo que ocurría en el Estado de Derecho Legal², en el Estado de Derecho Constitucional la Constitución deja de ser mirada como un mero programa político, para pasar a ocupar el centro de la organización político-estatal en base a la cual deben dictarse las normas jurídicas para gozar de validez. Esto quiere decir que en la Constitución se encontrará todo lo atinente al funcionamiento y estructura del aparato estatal, como también lo referente a los derechos y libertades de la persona humana. Tal afirmación se traduce a su vez en que si lo que el juez ahora tiene que aplicar e “interpretar” (como actividad que se agrega en este nuevo modelo) es un documento político - la Constitución-, su labor se torna inevitablemente una labor política. No política en el sentido de partidaria, o al menos esto no es lo deseable ni lo que esperamos como receptores de las decisiones judiciales, sino en el sentido de que junto con los demás poderes estatales el Poder Judicial *co-gobierna* en el Estado de Derecho. En el Estado de Derecho Legal, la figura del magistrado reposaba sobre una pretendida apoliticidad, ya que su actividad estaba limitada sólo a la aplicación de la ley. El juez es “la boca de la ley”, decía Montesquieu, por lo que toda posibilidad de interpretación de la misma le quedaba vedada. La aplicación legislativa se realizaba mediante el proceso de subsunción que encarna el silogismo judicial, consistente en el engaste de la premisa menor (hecho) en la premisa mayor (norma), para obtener finalmente un resultado: la sentencia.

² Sobre las características del Estado de Derecho Legal y el Estado de Derecho Constitucional, puede consultarse: VIGO, Rodolfo Luis. “Del Estado de Derecho Legal al Estado de Derecho Constitucional”, *La Ley* 2010-A,1165, *Sup. Const.* (febrero 2010).

II. La judicialización de la política

Hasta mediados del s.XX, los tribunales no eran espacios en los que se trataran o discutieran cuestiones políticas. Sin ir más lejos, la calificación de un asunto como “político”, era causal suficiente para eludir su tratamiento, mediante la invocación de la doctrina de las cuestiones políticas no justiciables o *political questions*³. Hoy esto ha cambiado. Asistimos a una expansión de la agenda judicial, y no hace falta hacer mucho esfuerzo para darnos cuenta que cada vez son más los asuntos de índole política que se ventilan en los tribunales. El proceso se ve de manera clara en el campo de los derechos sociales, especialmente por el nuevo rol que asume el Poder Judicial frente a los demás poderes estatales -Administrativo y Legislativo-, que son los encargados tradicionalmente de elaborar y ejecutar políticas públicas, tan necesarias en materia de derechos sociales. Este fenómeno, conocido como judicialización de la política (desde ya no únicamente aplicable a sólo a los derechos sociales), se define como “aquel desplazamiento de poder desde instancias ejecutivas y legislativas hacia las judiciales, especialmente en la determinación de políticas públicas y la defensa de derechos humanos o fundamentales. Es un concepto profundamente ligado al de activismo judicial, esto es, la asunción por parte de los jueces, sobre todo aquellos pertenecientes a las cortes supremas de justicia y las cortes internacionales de derechos humanos, de un rol activo en la producción del derecho y en la resolución de conflictos de carácter netamente

³ Esta doctrina tiene su origen en el *leading case* de la Corte Suprema de Estados Unidos “*Marbury vs. Madison*” (5 U.S. 137 1803), y le ha servido a los tribunales para eludir el tratamiento de cuestiones políticas mediante el uso del control constitucional, adoptando una postura de autorrestricción (*self-restraint*) que se diferencia de su contraria: el activismo judicial (*judicial activism*).

político, vía una interpretación amplia o novedosa de la constitución, especialmente”⁴.

III. La salud como derecho

III.1. Justiciabilidad y características esenciales

Enfocándonos ahora en la justiciabilidad del derecho a la salud como derecho social, es imprescindible aclarar que no resulta sencillo predicar un concepto unívoco de salud. Esto ocurre porque se trata de un fenómeno que es estudiado desde diversas disciplinas, que van desde la medicina hasta la psicología, economía, sociología, bioética, y -por supuesto- también el derecho. La Organización Mundial de la Salud (OMS), órgano rector de las políticas sanitarias a nivel internacional, ha definido a la salud en el preámbulo de su constitución de 1946 como “un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades”. En esta línea, si nos trasladamos al plano de lo jurídico, es el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) el que en su art.12 define a la salud como un derecho. Allí se establece que el derecho a la salud es el derecho de toda persona humana al disfrute del más alto nivel posible de salud, física y mental⁵. Asimismo, las Observaciones Generales elaboradas por el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales (CDESC) que es el organismo internacional encargado de interpretar el Pacto, proporcionan valiosos elementos para determinar cuestiones relativas al contenido del derecho a la salud y a las obligaciones que recaen sobre los Estados firmantes. Por ejemplo, la Observación General Nro. 14 desarrolla específicamente el art.12 citado, y refiere al contenido del derecho a la salud como un conglomerado de derechos y libertades de la

⁴ÁLVAREZ, Luciana, “Judicialización de la política y soberanía popular: Sobre el estatuto político de las resoluciones judiciales”, *Revista Crítica de Ciencias Sociales* [En línea] 108, 2015, p.3.

⁵ Ver *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, art.12.1: “Los Estados partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del mas alto nivel posible de salud física y mental”.

persona humana⁶. La Observación General Nro. 3⁷ refiere a la índole de las obligaciones estatales, y entiende que, además de medidas legislativas, los Estados deben ofrecer recursos judiciales, administrativos u otros que sean efectivos para asegurar la protección de los derechos económicos, sociales y culturales. Asimismo, la Observación General Nro. 9⁸ alude a la aplicación interna del Pacto, y completa a la anterior al remarcar la justiciabilidad de los DESC y establecer que no resulta concebible que ninguno de los derechos reconocidos en el Pacto no goce de, al menos, alguna condición de justiciabilidad. Con esto, el Comité exige que los Estados garanticen una instancia judicial a los fines de lograr la efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales.

En lo que no hay discusión alguna es en la íntima vinculación que el derecho a la salud presenta con los derechos a la vida y a la dignidad humana. Esta *interdependencia* ha sido tratada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en un antecedente jurisprudencial muy importante, que es el caso “Saguir y Dib”⁹. Allí, el tribunal define a la vida como un derecho natural y el primero de toda persona humana, reconocido y garantizado en la Constitución Nacional y en las leyes, y señala que la persona que no goza de un buen estado de salud, difícilmente pueda tener calidad de vida para ejercer dignamente los derechos restantes, que tienen para con la salud y la vida un carácter instrumental. Esta interdependencia no obsta a la que la salud presenta con otros derechos -y de los más variados-, como son el derecho a la educación, a la vivienda, al acceso a la información, a la no discriminación, al medioambiente o al trabajo, por citar sólo algunos. Sería muy difícil pensar, por ejemplo, en un ejercicio “digno” del

⁶ Cfr. ONU, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESCR, por sus siglas en inglés), Observación General Número 14, El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud, E/C.12/2000/4, 11 de agosto de 2000, párs.3 y 8.

⁷ Cfr. ONU, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESCR), Observación General Número 3, La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto), E/C.14/12/90, 14 de diciembre de 1990.

⁸ Cfr. ONU, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESCR), Observación General Número 9, La aplicación interna del Pacto, E/C.1999/22, párs.9, 10 y ss.

⁹ CSJN, *Saguir y Dib, Claudia Graciela s/ autorización*, (1980, Fallos:302:1284).

derecho a trabajar si tal actividad laboral no se desarrolla en condiciones salubres; o el gozar de un medioambiente sano si no se toman las medidas necesarias para evitar el deshecho de residuos peligrosos o las actividades contaminantes que generan las empresas. Así, tal razonamiento podría aplicarse a cualquiera de los derechos expresados, como a tantos otros que presenten una vinculación esencial con el derecho a la salud.

Otro de los principios que caracterizan a este derecho es el de *igualdad*. Una igualdad que como dijimos va más allá de la igualdad formal ante la ley. Es una igualdad real, que exige con todo su ímpetu que los Estados adopten medidas positivas para remediar la situación de aquellos sectores que se encuentran en una situación de desventaja estructural, como es el caso de los niños, las personas con discapacidad, las mujeres, los adultos mayores o las personas en situación de calle, por mencionar algunos ejemplos¹⁰.

La *universalidad* también es un carácter importante, ya que se trata de un derecho humano. Es decir, tenemos derecho a la salud por el solo hecho de ser personas humanas; y como bien lo indica Pérez Luño, sin este atributo de la universalidad sólo podremos hablar de derechos de grupos, de minorías, de estamentos, pero no de derechos humanos¹¹. Por último la *autonomía*. Este principio resulta aplicable al derecho a la salud, por un lado porque ha sido tratado como un derecho social autónomo¹²; y por otro por la vinculación que este derecho presenta con el derecho a la autonomía personal, receptado en el

¹⁰ Sobre grupos vulnerables, puede verse: BASSET, Úrsula C., “La vulnerabilidad como perspectiva: Una visión latinoamericana del problema. Aportes del sistema interamericano de derechos humanos”, en BASSET, Úrsula C. y otros, *Tratado sobre la vulnerabilidad*, Buenos Aires, La Ley, 2017, p.19 y ss.

¹¹ Cfr. PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, “La universalidad de los derechos humanos”, *Anuario de Filosofía del Derecho* 15 (1998), p.108.

¹² La Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), en el reciente caso “Poblete Vilches” (CIDH, *Caso Poblete Vilches y Otros vs. Chile. Fondo reparaciones y costas*, Sentencia 8 de marzo de 2018, Serie C No.349, pár. 174) ha condenado al Estado chileno a responder internacionalmente por violación de las obligaciones emanadas del derecho a la salud, en un tratamiento autónomo de este derecho, con fundamento en el art.26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que exige que los Estados Partes adopten aquellas medidas tendientes a lograr el desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales contenidos en la Carta de la Organización de los Estados Americanos.

art.19 de nuestra Constitución Nacional. En tal sentido, la Corte Suprema en casos como “Asociación Benghalensis”¹³ o “Reynoso”¹⁴, ha entendido que un individuo gravemente enfermo no se encuentra en condiciones de optar libremente por su propio plan de vida (expresión con la que el máximo tribunal ha definido el derecho a la autonomía personal).

III.2. Recepción normativa del derecho a la salud

Desde el punto de vista normativo, en la Constitución de 1856/60 no tuvimos un reconocimiento constitucional expreso del derecho a la salud, sino indirecto, a través del art.33 y los llamados “derechos implícitos”, no enumerados. Recién en 1957 es notable un primer avance, con la incorporación del art.14bis, que pone en cabeza del Estado la obligación de otorgar los beneficios de la seguridad social y establecer un seguro social obligatorio. Sin embargo, el alcance de este reconocimiento quedó limitado únicamente a los trabajadores de la relación formal asalariada. En 1994 es cuando se concreta, con la reforma constitucional, el anhelo de la garantía expresa del derecho a la salud. Ello se logra a través de una triple vía de protección, ya que actualmente lo tenemos reconocido en el art.41, con relación a la protección del medioambiente; en el art. 42, en vinculación a la actividad de consumidores y usuarios de bienes y servicios; y en el art.75 inc.22, norma que otorga jerarquía constitucional a una serie de instrumentos del sistema universal e interamericano que no sólo reconocen el derecho a la salud sino que abonan la teoría de su justiciabilidad. Tales instrumentos son: el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art.12), la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (art. 5, iv), la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (arts. 10 h) y 11 f), la Convención sobre los Derechos del Niño (arts. 24 y 25) , la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (arts.16.4, 22.2, 25 y 26), la

¹³ CSJN, *Asociación Benghalensis y otros c/ Ministerio de Salud y Acción Social – Estado Nacional s/ amparo ley 16.986* (2000, Fallos: 323:1339).

¹⁴ CSJN, *Reynoso, Nilda Noemí c/ I.N.S.S.J.P. s/ amparo* (2006, Fallos: 329:1638).

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art.XI), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts.4, 12,13,15, 16 y 22) y su Protocolo Adicional en materia de derechos económicos, sociales y culturales – Protocolo de San Salvador-(art.10), y la Declaración Universal de Derechos Humanos (arts.1 y 25). Estas normas internacionales han pasado a conformar el denominado “bloque de constitucionalidad federal”, por lo que su jerarquía equivale a la que tiene la Constitución en nuestro sistema jurídico.

Por fuera del bloque, existen también otros instrumentos internacionales que tratan vastamente el derecho a la salud y que pueden ser perfectamente invocados por nuestros tribunales o considerados por los poderes políticos para la elaboración de políticas públicas sanitaria. Algunos de ellos son la Declaración Universal de Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO (2005); las Declaraciones de Alma-Ata (1978) y de Astaná (2018) sobre atención primaria de la salud; los Objetivos del Milenio (2000); el Informe Final de la Comisión de Determinantes Sociales de la Salud (OMS, 2008); los Objetivos de Desarrollo Sostenible (2015); la Declaración y Programa de Acción de Viena (1993); los Folletos informativos de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, particularmente el Nro.31; las Observaciones Generales del Comité de DESC (CESCR); las Reglas de Brasilia sobre Acceso a Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad (2008), etc.

En cuanto al sistema de salud argentino, se trata de un sistema descentralizado, en el que encontramos tres esferas: la salud pública, de cobertura gratuita; el sistema de la seguridad social, donde el servicio es prestado por las obras sociales a los trabajadores en relación de dependencia y monotributistas (ley 23.660); y el sistema privado, en el que actúan las empresas de medicina prepaga, personas físicas o jurídicas que cumplan con los requisitos de la ley de Medicina Prepaga (ley 26.682), y en extenso los de la leyes 23.660 y 23.661, por la que se creó en 1989 el Sistema Nacional del Seguro de Salud. Estas tres esferas, en los tres niveles estatales de nuestro sistema federal -esto es,

Nación, provincias y municipios-, deben actuar de manera coordinada ya que constituyen un único sistema de salud en el que el Estado Nacional, a través del Ministerio de salud, resulta el garante último del derecho a la salud. Este rol de “garante federal” implica que deberá responder principalmente (en los casos en que le corresponda), o bien subsidiariamente cuando alguno de los agentes que integran el sistema no pueda hacer frente a sus obligaciones, independientemente de las acciones que luego podrá ejercer contra los responsables directos.

No debe restarse importancia entre las obligaciones que los agentes del seguro deben cumplir, las emanadas de la legislación referida a las prestaciones integrales básicas de las personas con discapacidad (ley 24.901), y las previstas en el Programa Médico Obligatorio (PMO), cuyo incumplimiento ha llevado en la mayoría de los casos a la judicialización del derecho a la salud. En línea con los nuevos estándares constitucionales, ha existido en los últimos años una gran cantidad de normas dictadas en la órbita del Ministerio de Salud, algunas dirigidas a la protección de grupos específicos, y otras de carácter general.

IV. El rol de la Corte en la política pública de salud argentina

En lo que hace al rol de la Corte en la política pública de salud, si uno hace un análisis de los fallos dictados a partir de la década del 90’, que es el período en el que tuvieron lugar los procesos de descentralización en América Latina y la etapa en la que se ha producido la mayor expansión en el tratamiento de causas judiciales vinculadas a derechos sociales en general, y, al menos en nuestro país, al derecho a la salud en particular; podemos notar que a pesar de las variaciones en la integración del tribunal y de los distintitos escenarios que le ha tocado atravesar a la Argentina desde lo político, lo económico y lo social en estos últimos casi treinta años, ha existido en general un acompañamiento a la política sanitaria nacional, y una orientación jurisprudencial clara en fijar estándares de

protección del derecho a la salud. Si bien es cierto que en una primera etapa (1990-mediados de 2003¹⁵) nos encontramos con una actividad moderada de la Corte Suprema, que a través del control constitucional se ha limitado a exigir a los poderes públicos el cumplimiento de la política vigente; en una segunda etapa (mediados de 2003-actualidad) aparecerán rasgos de una corte más activista, que se animará a fijar plazos para el cumplimiento de sus decisiones; sanciones a los poderes públicos en caso de incumplimiento de las mismas (caso “Sánchez”¹⁶); que extenderá el PMO a nuevos sujetos pasivos que inicialmente no estaban comprendidos en el sistema del seguro de salud, como ocurre en los casos “Chamorro”¹⁷ o “Martín”¹⁸. En casos más polémicos declarará inconstitucional normativa vigente en pos de tutelar el derecho a la salud con fundamento en el derecho internacional de los derechos humanos, o bien -sin necesidad de caer en soluciones invalidatorias- adoptará decisiones reñidas con competencias propias de los otros poderes, como producto de una interpretación armónica y de la integración de normas análogas aplicables al caso particular. Los recientes casos “Institutos Médicos Antártida”¹⁹ y “C.,J.C.”²⁰ son un claro ejemplo de ello. En el primero, la Corte declaró inconstitucional el sistema de privilegios concursales para hacer lugar al reclamo un menor con discapacidad, al que otorgó prioridad en el cobro de su crédito quirografario, tras ponderar la operatividad del derecho a la salud a la luz de los compromisos asumidos por el

¹⁵ Se ha tomado como quiebre temporal la asunción del presidente Néstor Kirchner, producida en mayo de 2003. Su gobierno impulsó la ampliación de los miembros de la Corte Suprema y la actividad del tribunal adquirirá en adelante nuevos ribetes en relación a la protección del derecho a la salud.

¹⁶ CSJN, *Sánchez, Norma Rosa c/ Estado Nacional y otro s/ acción de amparo* (2005, Fallos: 328:4640).

¹⁷ CSJN, *Chamorro, Carlos c/ Sociedad Argentina de Autores y Compositores de Música s/ amparo* (2008, Fallos: 331:453).

¹⁸ CSJN, *Martín, Sergio Gustavo y otros c/ Fuerza Aérea Arg. – Direc. Gral. de Bienestar Pers. Fuerza Aérea s/ amparo* (2004, Fallos: 327:2127).

¹⁹ CSJN, *Institutos Médicos Antártida s/ quiebra s/ inc. de verificación (R.A.F. y L.R.H. de F.)* (2019, Fallos: 342:459).

²⁰ CSJN, *C., J. C. c/ EN - Mº Defensa Ejército s/ daños y perjuicios* (2020, Fallos: 343:264).

Estado argentino en el plano internacional²¹. En el segundo, frente a la delicada situación de salud de una persona de avanzada edad que había prestado servicios médicos en el Ejército Argentino y era acreedora de una deuda indemnizatoria por los daños y perjuicios sufridos en el ejercicio de su función, entendió que no resultaba razonable postergar el pago del crédito de la actora, según lo exigido por el procedimiento de ejecución de sentencias contra el Estado Nacional (leyes 23.982 y 11.672). De acuerdo con esa normativa, el cobro debía diferirse por lapsos que no guardaban relación con el grave estado de salud y edad de la accionante, con lo que la Corte juzgó que el crédito debía quedar excluido del régimen señalado, y que la racionalización de los recursos del Estado debía ceder en los casos concretos en los que lo que se impone es una decisión judicial razonable. Expresó que sujetar a una persona que padece progresivo deterioro en su salud a plazos de espera que frustrarían la sustancia misma de su derecho, sería apearse a la ley pero alejarse de la impronta que exige la propia Constitución Nacional.

IV.1. Estándares jurisprudenciales de protección del derecho a la salud

Entre los estándares fijados por la Corte en materia del derecho a la salud, se pueden indicar:

- a) Responsabilidad del Estado: la Corte ha enfatizado en que un adecuado sistema asistencial no se cumple únicamente con la presencia pasiva de agentes y medios, sino que el Estado debe de garantizar una actividad

²¹ Se trata de un giro jurisprudencial bastante interesante, ya que tan solo cinco meses atrás había adoptado una solución diametralmente opuesta, en un caso sustancialmente análogo (ver: CSJN, *Asociación Francesa Filantrópica y de Beneficiencia s/ incidente de verificación de crédito por L.A.R. y otro* (2018, Fallos: 341:1511).

sanitaria organizada, y con relación a cada paciente (Casos “Brescia”²²; “Schauman”²³);

- b) Fiscalización de la comercialización de medicamentos y equipos medicinales llevada a cabo por industrias privadas: ha señalado que existe una potestad estatal indelegable, que debe tender a evitar que la actividad privada de comercialización de medicamentos y equipos utilizados por los efectores sanitarios derive en perjuicios para el interés general de la salud pública (Casos “Laboratorios Ricar S.A.”²⁴; “Laboratorios Rontag”²⁵);
- c) Interés público en la lucha contra el virus VIH-SIDA: el Estado Nacional es el responsable de garantizar la atención de las personas que padecen el virus de VIH (ley 23.798). En este campo, la Corte ha mostrado un gran compromiso en defender esta que constituye una política pública de nuestro país, insistiendo en remarcar la vulnerabilidad que aqueja al sector de la sociedad que padece de Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida. Encontramos varios fallos institucionales en los que se trata esta temática, generalmente con relación a otros bienes individuales en juego como la autonomía personal (caso “B.R.E.”²⁶) o la libertad de actuación de las empresas privadas que prestan el servicio de salud (casos “Etcheverry”²⁷; “Hospital Británico”²⁸). En todos ellos, el tribunal se ha inclinado por salvaguardar el interés general de salud pública cuando se encuentra comprometido es el derecho de individuos o grupos que

²² CSJN, *Brescia, Noemí Luján c/ Buenos Aires, Provincia de y otros s/ daños y perjuicios*, (1994, Fallos: 317:1921).

²³ CSJN, *Schauman de Scaiola, Martha Susana c/ Santa Cruz, Provincia de y otro s/ daños y perjuicios* (1999, Fallos:322:1393).

²⁴ CSJN, *Laboratorios Ricar S.A. c/ Estado Nacional /Ministerio de Salud y Acción Social) s/ daños y perjuicios* (1995, Fallos: 318:2311).

²⁵ CSJN, *Laboratorios Rontag s/ ley 16.463* (1998, Fallos 321:1434).

²⁶ CSJN, *B.R.E. c/ Policía Federal Argentina s/ amparo* (1996, Fallos: 319:3040).

²⁷ CSJN, *Etcheverry, Roberto Eduardo c/ Omint Sociedad Anónima y Servicios* (2001, Fallos: 324:677).

²⁸ CSJN, *Hospital Británico de Buenos Aires c/ Estado Nacional (Ministerio de Salud y Acción Social)*, (2001, Fallos: 324:754).

padecen la enfermedad del SIDA. Es de destacar, que a partir del caso “Asociación Benghalensis”²⁹ aparece una primer visión jurisprudencial de la dimensión colectiva que presenta el derecho a la salud. Allí la Corte, al resolver el reclamo de las asociaciones civiles demandantes, le dio tratamiento como derecho de incidencia colectiva, de acuerdo con las disposiciones del amparo colectivo del art.43CN. De esta manera, aceptó la legitimación amplia y dictó una sentencia con efectos *erga omnes*, en la que resolvió que la medicación y el acceso a los tratamientos necesarios para tratar la enfermedad provocada por el virus del VIH debían ser gratuitos para todo ese colectivo vulnerable.

- d) Gasto público en salud: ha remarcado la importancia del gasto público en salud como una “inversión social prioritaria” (caso “Policlínica Privada”³⁰).
- e) Acciones positivas: como consecuencia del rol de garante federal que compete al Estado Nacional, el tribunal ha dicho que la autoridad pública nacional tiene la obligación impostergable de garantizar el derecho a la salud con “acciones positivas”, sin perjuicio de las obligaciones que deben asumir los demás agentes del sistema de salud, con los que debe actuar de manera coordinada (casos “Asociación Benghalensis”³¹; “Campodónico”³², “Monteserin”³³; “Martín”³⁴ ; “Hospital Británico”³⁵; “Chamorro”³⁶). Esto da cuenta de un Estado no meramente abstencionista o de actitud pasiva,

²⁹ Cit.

³⁰ CSJN, *Policlínica Privada de Medicina y Cirugía S.A. c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires* (1998, Fallos: 321:1684).

³¹ Cit.

³² CSJN, *Campodónico de Beviacqua, Ana Carina c/ Ministerio de Salud y Acción Social – Secretaría de Programas de Salud y Banco de Drogas Neoplásicas* (2000, Fallos:323:3229).

³³ CSJN, *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*, (2001, Fallos: 324:3569).

³⁴ Cit.

³⁵ Cit.

³⁶ Cit.

sino todo lo contrario; un Estado presente, con un rol activo en la protección del derecho a la salud.

- f) Cuestiones procesales: en miras a encauzar los reclamos vinculados al derecho a la salud, la Corte ha abandonado ritualismos en el terreno de lo procesal. Ha reconducido medidas procesales para darle el debido tratamiento a las pretensiones articuladas, sobretudo en el caso de enfermedades graves y urgentes, ha dictado cautelares innovativas para evitar la imposible reparación ulterior del derecho en juego -más allá del resultado final del juicio-, y ha dado cauce a la legitimación amplia para los casos en los que se encontraba involucrado el derecho a la salud (casos “Policlínica Privada”³⁷; “Díaz”³⁸; “Sánchez”; “Asociación Civil para la Defensa”³⁹; “Institutos Médicos Antártida”⁴⁰).
- g) Protección de grupos vulnerables: ha mostrado una particular sensibilidad por la tutela de grupos vulnerables y el acceso de éstos a la salud, generalmente con invocación del art.75 inc.23CN, que es la norma directriz en materia de igualdad real (casos “Policlínica Privada”⁴¹; “Campodónico”⁴²; “T.S.”⁴³; “Monteserin”⁴⁴; “Martín”⁴⁵; “Sánchez”⁴⁶; “Floreacing”⁴⁷; “Q.C.,S”⁴⁸; “Asociación Civil para la Defensa”⁴⁹; “Institutos Médicos Antártida”⁵⁰).

³⁷ Cit.

³⁸ CSJN, *Díaz, Brígida c/ Provincia de Buenos Aires y Estado Nacional s/ amparo* (2003, Fallos: 326:970).

³⁹ CSJN, *Asociación Civil para la Defensa en el Ámbito Federal e Internacional de Derechos c/ Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados s/ amparo* (2015, Fallos: 338:29).

⁴⁰ Cit.

⁴¹ Cit.

⁴² Cit.

⁴³ CSJN, *T., S. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo* (2001, Fallos:324:5).

⁴⁴ Cit.

⁴⁵ Cit.

⁴⁶ Cit.

⁴⁷ CSJN, *Floreacing, Andrea C. y otro por sí y en representación de su hijo menor H.L.E. c/ Estado Nacional* (2006, Fallos:329:2552).

⁴⁸ CSJN, *Q.C., S.Y c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo* (2012, Fallos:335:452).

⁴⁹ Cit.

⁵⁰ Cit.

h) Límite a la actividad de las empresas de medicina prepaga: ha destacado que estas entidades prestatarias del servicio de salud desarrollan su actividad en el marco de una relación de consumo, lo que implica una posición ventajosa respecto de los contratantes, con quienes celebra verdaderos acuerdos de adhesión. En este marco, ha señalado que -sin embargo- su actividad excede el mero trato comercial, ya que forman parte de un sistema único de salud, cuyo objeto es la preservación de este bien fundamental. En consecuencia, ha expresado el tribunal, es la importancia de su objeto la que les exige a estas empresas un deber de compromiso social para con sus usuarios (casos “Etcheverry”⁵¹; “Hospital Británico”⁵²; “Peña de Marqués”⁵³).

V. Conclusiones

Como conclusiones finales, y a modo de repaso de lo expuesto, cabe señalar que asistimos a un nuevo modelo de actuación judicial, que sumado a la internacionalización de los derechos humanos erige al Poder Judicial como el poder protagonista del s.XXI; un poder que se preocupa por incidir en el control de políticas públicas, antes que por evitarlo, de manera que la intervención judicial aparece como una de las formas de acentuar la exigibilidad de derechos sociales; derechos que por tanto tiempo han sido señalados como carentes de operatividad, meramente programáticos, o no justiciables.

En particular referencia al derecho a la salud y a la actividad de la Corte Suprema argentina, esa intervención judicial ha estado limitada a encauzar, a través del control constitucional, la política sanitaria vigente. Gozamos de un amplio reconocimiento constitucional y legal del derecho a la salud. Tenemos muy buenas políticas públicas y cantidad de leyes se han dictado en la materia,

⁵¹ Cit.

⁵² Cit.

⁵³ CSJN, *Peña de Marqués de Iraola, Jacoba María c/ Asociación Civil Hospital Alemán* (2002, Fallos: 325:677).

que decir que la Corte haya asumido la iniciativa política en este campo, sería caer en un grave error; el tribunal no ha creado políticas públicas, sino que simplemente se ha limitado a encauzarlas.

De un análisis global de los fallos dictados desde la década del 90' a la actualidad, se extrae que un mínimo porcentaje de ellos ha negado lisa y llanamente el derecho a la salud, lo que no implica que estas decisiones resulten menos importantes. En mi opinión, allí la Corte ha tenido una actitud permisiva, en el sentido en que no ha ejercido debidamente el control constitucional, sea por falta de independencia o de voluntad política de resolver el asunto de fondo (casos "Ramos"⁵⁴; "P.A"⁵⁵). Pocos son los fallos en los que el órgano ha declarado la inconstitucionalidad de normas dictadas en el área de salud, y cuando esto ha ocurrido ha sido porque ha considerado insuficiente la política de acuerdo a los estándares y principios internacionales (casos Asociación de Esclerosis Múltiple de Salta⁵⁶; Q.C.,S⁵⁷). Por otro lado, son muchos los pronunciamientos en los que ha resaltado la idea del derecho a la salud como derecho base del ejercicio de los restantes derechos; y la mayoría de las decisiones se han dictado en un marco de incumplimientos atribuibles al Estado Nacional, ya como responsable principal, o en razón del incumplimiento de alguno de los agentes que integran el sistema de salud. Esto último lleva a repensar la cuestión presupuestaria, ya que de nada sirve que tengamos buenas políticas si no vamos a poder implementarlas en práctica. Necesitamos políticas públicas coordinadas y no espasmódicas o aisladas, ya que en definitiva es esto lo que lleva a la judicialización de los derechos. En un sistema democrático, son los poderes políticos quienes tienen que elaborar y ejecutar la agenda política, en tanto el proceso judicial no está pensado para ello.

⁵⁴ CSJN, *Ramos, Marta Roxana y otros c/ Buenos Aires, Provincia de y otros s/amparo* (2002, Fallos 325:396).

⁵⁵ CSJN, *P.A. c/ Comisión Nacional Asesora para la Integración de las Personas Discapacitadas y otro s/ Amparo* (2015, Fallos 338:488).

⁵⁶ CSJN, *Asociación de Esclerosis Múltiple de Salta c/ Ministerio de Salud – Estado Nacional s/ acción de amparo – medida cautelar* (2003, Fallos:327:2127).

⁵⁷ Cit.

Es innegable el mensaje institucional dirigido a la protección de los sectores más vulnerables, en particular los niños y las personas con discapacidad, quienes han recibido un trato judicial preferencial a fin de asegurar respecto de ellos el goce efectivo del derecho a la salud.

Con todo, se concluye que el rol de la Corte no es ni ha sido indiferente en la protección del derecho a la salud. Más bien, como cabeza de uno de los poderes del Estado, la Corte Suprema ha sido un actor fundamental en la tutela efectiva de este derecho social, y su actuación aparece legitimada –claro que hablamos de una legitimación indirecta-, desde que se ha desplegado en general dentro de los límites competenciales fijados por nuestra Constitución, que es el proyecto político que hemos elegido para nuestro Estado de Derecho. Sin duda, y sobre todo frente a los inminentes desafíos jurídicos que ya está planteando la pandemia del Covid-19, todavía es mucho lo que resta por hacer en este camino jurisprudencial emprendido.