OSVALDO A. GOZAÍNI

DERECHO A LA SALUD

Y

JUICIO DE AMPARO

A Jimena Jatip y José María Torres Traba

ÍNDICE GENERAL

Introducción

SECCION PRIMERA: EL DERECHIO A LA SALUD

Capítulo I: Legislación Internacional

1. Interpretación de la voz "salud"; 2. Artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; 3. Principios consagrados; 4. Convención Americana sobre Derechos Humanos y Protocolo adicional de San Salvador; 5. Declaración Universal y Americana; 6. Interpretación común sobre el derecho a la salud.

Capítulo II: El Sistema Interamericano de Derechos Humanos

1. Importancia del control de convencionalidad; 2. Líneas argumentales de las sentencias de ls Corte Interamericana de Derechos Humanos; 3. El derecho a la salud en las sentencias de la Corte IDH; 4. Variables analizadas en las sentencias de la Corte IDH; 5. La sentencia dictada en Suárez Peralta vs. Ecuador; 6. Proyecciones del derecho a la salud; 7. La muerte y el derecho a la salud.

Capítulo III: La judicialización de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales

1. Introducción; 2. La garantía es el proceso. El derecho a tutelar es la salud; 3. Formas de tutela (protección) procesal actuales; 4. Judicialización del derecho a la salud; 5. Las garantías colectivas; 6. Las garantías procesales; 7. Modalidades instrumentales o el derecho a la mejor protección; 8. La función del juez en el derecho a la salud.

Capítulo IV: El amparo como derecho

1. Introducción; 2. Vía judicial más idónea en el derecho a la salud; 3. El amparo constitucional en materia de salud; 4. Elementos comunes de la garantía; 5. La urgencia y el plazo razonable.

Capítulo V: Deberes de prestación y de protección

1. Obligación del Estado, de los profesionales y de terceros; 2. El deber general de atención y cuidado; 3. El deber de prestación ante la urgencia; 4. Deberes de prestación que se pueden reclamar por amparo; 5. El deber de proteger al paciente.

SECCIÓN SEGUNDA: EL JUICIO DE AMPARO

Capitulo VI: **Presupuestos procesales**

1. Acreditar el hecho lesivo; 2. Demostrar el acto lesivo; 3. Gravedad personal e institucional; 4. Trascendencia y gravedad del hecho; 5. Arbitrariedad; 6. Ilegalidad del acto.

Capítulo VII: Principios aplicables

1. Generalidades; 2. El principio cardinal: el derecho a la vida; 3. El principio protectorio; 4. El principio de prevención; 5. El principio precautorio; 6. El principio de información adecuada; 7. El principio de autonomía personal; 8. El principio del interés superior; 9. El principio de protección reforzada; 10. El principio de inclusión.

Capítulo VIII: Cuestiones procesales

1. Competencia; 2. Conversión del proceso de amparo en amparo colectivo; 3. Intervención de terceros; 4. Necesidad de mayor debate y prueba; 5. Complejidades de la contestación.

Capítulo IX: Medidas autosatisfactivas y cautelares

1. Condiciones para el aseguramiento cautelar; 2. Las tutelas diferenciadas y el anticipo de resultados; 3. Medida cautelar genérica; 4. El activismo judicial en la tutela preventiva; 5. El activismo judicial en la tutela autosatisfactiva.

Capítulo X: Etapa probatoria

1. La prueba en el amparo; 2. Producción probatoria; 3. Valoración de la prueba; 4. El favor probationem; 5. La evidencia probatoria en materia de salud.

Capítulo XI: La sentencia en el amparo

1. Sentencia constitucional o sentencia ordinaria; 2. Fundamentación de la sentencia; 3. La motivación de las sentencias ordinarias; 4. La sentencia razonable.

Capítulo XII: Sentencias y casuística

1. Introducción; 2. Derecho individual vs. Derechos del grupo; 3. Disponibilidad del derecho a la salud; 4. Acceso a la salud poblacional; 5. La accesibilidad de los sectores vulnerables; 6. Automomía de la voluntad y consentimiento informado; 7. La desigualdad estructural en materia de salud.

Capítulo XIII: El amparo colectivo en materia de salud

1. Nociones generales; 2. La protección "colectiva" de los derechos; 3. La representación colectiva; 4. Naturaleza jurídica del proceso colectivo; 5. Acciones de grupo y/o de clase; 6. Las acciones populares; 7. Las reparaciones materiales; 8. El modelo adversarial en el proceso colectivo; 9. Las pretensiones en el proceso colectivo; 10. Cuestiones procesales; 11. Etapa probatoria; 12. La sentencia en el proceso colectivo; 13. La cosa juzgada; 14. Conclusiones; 15. Comentarios adicionales sobre jurisprudencia nacional.

Capítulo XIV: Recursos y ejecución de la sentencia

1. Recursos contra la sentencia emitida; 2. La personalidad del recurso; 3. Ejecución de la sentencia.

Capítulo XV: Las Obras Sociales

1. Ley aplicable; 2. Características generales; 3. Las empresas de medicina prepaga.

Capitulo XVI: El PAMI

1. El Instituto de Servicios Sociales para jubilados y pensionados; 2. La atención mínima e igualitaria con las demás obras sociales; 3. La Convención Interamericana sobre protección de los derechos humanos de las personas mayores.

Introducción

1. El juicio de amparo es un proceso de naturaleza constitucional, calidad que también tiene el derecho a la salud, de modo tal que sería posible empalmar el derecho con la garantía, y sostener que el juicio de amparo es una de las vías más eficaces que tiene la protección de la salubridad pública en general y particular, en todos sus alcances y dimensiones.

Sin embargo, hay una diferencia notable entre declarar y ponerlo en práctica, asimetría que se verifica en los reglamentos que tienen al amparo como un remedio subsidiario de otras vías judiciales más idóneas, donde en materia de salud, suele quedar demostrado por la necesidad del reclamo administrativo previo, que es un presupuesto a veces necesario en esta materia, pero que en otras resulta inaplicable por el derecho a una justicia pronta y expedita.

Ello así, porqué después de la reforma constitucional del año 1994, que introdujo el derecho al amparo, la garantía de ser oído por un juez independiente e imparcial, dentro de un plazo razonable y mediante el desarrollo de un proceso rápido y sencillo, es el derecho a la protección judicial que se fomenta como obligación de los Estados.

La subsidiariedad pierde consistencia, y el juicio abandona la contenciosidad que caracteriza al proceso como una lucha bilateral y contradictoria, para quedar comprendido con las características que tiene el proceso constitucional[1].

2. Este cambio impacta en la individualidad del conflicto, en el que los derechos que se esgrimen pueden encontrar un afectado directo, pero donde lo colectivo será, por lo general, la preocupación común de la sentencia a dictar.

No se trata de afirmar que el amparo de salud sea colectivo, ni que el derecho se vuelva de igual naturaleza; tampoco se desvirtúa el método dialéctico de la controversia que supone verificar razones entre el argumento de quien reclama por un derecho derivado de las emergencias de salud o sanitarias que quiere que se tutelen, frente a un demandado que dará sus justificaciones o motivos para dejar de cumplir ese reclamo, o directamente confrontar con el derecho que se alude.

---

[1] Cfr. Gozaíni, Osvaldo A., *El Juicio de Amparo*. Rubinzal Culzoni, Buenos Aires / Santa Fe (en prensa).

La situación puede tener este piso de asentamiento, es cierto; pero en materia de derechos de la salud, hay un universo mucho más extendido del perjuicio individual; la decisión podrá ser para las partes y encuadrar en la cosa juzgada tradicional, solo que, al estar en un proceso constitucional, la *res judicata* encuentra efectos expansivos (haya o no jurisprudencia de seguimiento obligatorio), que se entienden mejor con la teoría de la sentencia constitucional[2].

En esta, se observa que cuando se ponderan hechos o actos lesivos de carácter fundamental, como es el derecho a la salud, cuanto se diga y ejecute, encontrará una eficacia refleja que trae un impacto directo en los sujetos intervinientes; e indirecto para todos aquellos que forman parte de un sistema de salud. De allí que este probable efecto de incidencia colectiva es cuanto caracteriza el resultado de la decisión jurisdiccional, y por ello, los derechos debieran calificarse con estas apreciaciones y valoraciones.

3. Si fuese un proceso como tantos, el amparo en materia de salud quedaría alojado -erróneamente- como un juicio sumarísimo con pretensiones contradichas, donde la sentencia actuará dirimente entre razones y resistencias; pero lo real es que, en elos se ponen en escena aspectos que agrupan los intereses, muestran las carencias u omisiones de los deberes de particulares o del propio Estado, y obligan al juez a tener que ver más allá del conflicto intersubjetivo.

La propia Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH) sostiene que […]

> La Convención Americana, así como los demás tratados de derechos humanos, se aplican de conformidad con la noción de garantía colectiva y tienen una naturaleza especial, que los diferencian de los demás tratados, los cuales reglamentan intereses recíprocos entre los Estados Partes[3]. Dicha noción de garantía colectiva se encuentra estrechamente relacionada con el efecto útil de las Sentencias de la Corte Interamericana, por cuanto la Convención Americana consagra un sistema que constituye un verdadero orden público regional, cuyo mantenimiento es de interés de todos y cada uno de los Estados Partes[4].

---

[2] Gozaíni, Osvaldo A., *Teoria de la sentencia constitucional.* Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional nº 112, México, 2015. Ver también: *Sentencias Constitucionales. Teoría y práctica.* Rubinzal Culzoni, Buenos Aires / Santa Fe, 2021.

[3] Cfr. Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá. Sentencia de 2 de febrero de 2001, Serie C Nº 72 párr. 96, y Reverón Trujillo vs. Venezuela. Sentencia de 30 de junio de 2009, Serie C Nº 197, pàrr. 181.

[4] Cfr. Reverón Trujillo vs. Venezuela, cit., párr. 186.

4. La influencia de los estándares de valoración que impone mediante el control de convencionalidad la Corte IDH, más allá de lo discutible que pueda ser[5], trae una interpretación sobre el alcance del derecho a la salud que debe ser protegido por la justicia local a través de un proceso sencillo, breve y eficiente (regla del art. 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humaos, en adelante CADH).

Los contenidos del derecho a la salud toman como punto de referencia al hombre y sus derechos humanos vinculados con todos los aspectos que tiene la integridad personal[6]. Es cierto que el artículo 5.1 de la CADH, cuando se refiere al derecho de toda persona a que se respete su integridad física, psíquica y moral, está inserto dentro del capítulo de prevención sobre penas crueles o tratamientos degradantes, pero ha sido el propio tribunal el que le dio dimensión objetiva como derecho a la salud, habiendo precisado que […]

> A los efectos de dar cumplimiento a la obligación de garantizar el derecho a la integridad personal en el ámbito de la atención en salud, los Estados deben establecer un marco normativo adecuado que regule la prestación de servicios de salud, estableciendo estándares de calidad para las instituciones públicas y privadas, que permita prevenir cualquier amenaza de vulneración a la integridad personal en dichas prestaciones. Asimismo, el Estado debe prever mecanismos de supervisión y fiscalización estatal de las instituciones de salud, así como procedimientos de tutela administrativa y judicial para el damnificado, cuya efectividad dependerá, en definitiva, de la puesta en práctica que la administración competente realice al respecto[7].

En sus últimas sentencias, la Corte IDH ratifica este temperamento, y razona a la salud como parte que compone el derecho a la integridad personal, cubriendo otras fisonomías de la garantía, tales como el acceso a servicios de atención médica o sanitaria, igualdad de oportunidades para tener el más alto nivel posible de salud; sin perjuicio de observar en la esfera de atención, decisiones individuales que se han de

---

[5] Gozaíni, Osvaldo A., *Conflictos constitucionales y procesales del Sistema Interamericabno de Derechos Humanos.* Ediar, Buenos Aires, 2019.

[6] Cfr. Caso Albán Cornejo y otros. vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2007. Serie C Nº 171, párr. 117; Caso Suárez Peralta vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de mayo de 2013. Serie C Nº 261, párr. 130; Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C Nº 298, párr. 171.

[7] Cfr. Caso Ximenes Lopes vs. Brasil. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C Nº 149, párrs. 89 y 99, y Caso Suárez Peralta vs. Ecuador, cit., párr. 132.

respetar sin limitaciones, como la libertad de cada individuo de controlar la salud y su cuerpo, y el derecho a no padecer injerencias, tales como no ser sometido a torturas ni a tratamientos y experimentos médicos no consentidos[8].

5. La salud es uno de los derechos humanos que se integra en los derechos sociales, económicos, culturales y ambientales, generando la instalación un campo discutible sobre qué aspectos de cada uno es o no justiciable.

Por eso anticipamos el pensamiento global que hace la Corte IDH al justificar que el derecho a la salud se lee en clave colectiva, cuyo resultado particular será solo una contingencia del caso, sin que la cosa juzgada pueda quedar limitada en esas circunstancias.

En nuestro país, la Corte Nacional recepta la vigencia de los tratados internacionales que cuentan con jerarquía constitucional para salvaguardar los derechos de toda persona a gozar de un nivel adecuado de vida y al disfrute del más alto nivel posible de salud, como de la correspondiente obligación de los Estados Partes de adoptar las medidas que resulten pertinentes, de modo de hacer efectivos tales derechos[9].

En esta cobertura están señalados como directamente operativos el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 12); la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 4 y 5); el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 6.1); el art. 11 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; el art. 25 Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Internacional de los derechos del niño, el Protocolo adicional a la Convención americana sobre Derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales “Protocolo de San Salvador”, etc.[10]

---

[8] Cfr. Caso I.V. vs. Bolivia. Excepciones preliminares, Fondo, Rparaciones y Costas. Sentencia de 30 de noviembre de 2016, Serie C Nº 329, párrs. 155 y ss. Cfr. ONU, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 14, El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud, E/C.12/2000/4, 11 de agosto de 2000, párr. 8.

[9] Fallos: 342:459.

[10] Fallos: 330:4647; 329:2552 y 1638; 327:4607, entre otros.

El art. 42 de la Constitución Nacional (CN) lo considera como un derecho derivado de las relaciones de consumo, con la obligacion de garantizar la protección de la salud

6. Lo anterior se expresa para ir encuadrando el objetivo de este trabajo, que lejos está de ser una explicación técnica del juicio, o una crítica al desarrollo que se aplica en los procesos que se refieran como modelos.

La división que se pretende esbozar es la siguiente. Si el juicio de amparo es un proceso constitucional destinado a la tutela de los derechos fundamentales de las personas, su efectividad no puede quedar encuadrada en leyes procesales que atiendan al procedimiento como una mera lucha de intereses contrapuestos.

La salud se reconoce como un derecho subjetivo, ligado estrechamente con la dignidad e integridad personal, cuya protección efectiva requiere de las mejores vías judiciales, atendidas y encuadradas con la urgencia que tenga la necesidad de resolver en tiempos razonables y oportunos.

Pero tiene, también, una dimensión colectiva, donde la exigencia de justicia social se disciplina en la obligación del Estado y de los prestadores de servicios de salud, de cumplir con máxima eficiencia y compromiso la tarea para la cual asumen responsabilidades. Es el terreno de los deberes de hacer, donde las omisiones pueden ser tachadas de inconstitucionalidad evidente.

En cuanto sigue proponemos leer estas líneas de pensamiento con el siguiente orden expositivo. En primer lugar analizaremos el encuadre legal del derecho a la salud; la interpretación derivada del diálogo interjurisdiccional y el control de convencionalidad, con el fin de visualizar si la protección efectiva se dispone para que los Estados lo acoplen en su derecho interno conforme las disposiciones constitucionales y legales que se tengan; o en su caso, si existen estándares de protección juicial de los que se puedan extraer modelos precisos para dar eficacia al objetivo de tutelar todos los aspectos del derecho a la salud.

Seguidamente, veremos al juicio de amparo en cada una de sus alternativas (como juicio, recurso o accion directa), con el fin de confrontar si en Argentina se cumple con el derecho de toda persona a que la Constitucion le afiance y garantice el bienestar general.

En toda la obra hemos utilizado jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, y la referencia a ellos se remite siempre a la colección “Fallos”, con el fin de facilitar su búsqueda, y eventualmente, aplicarla en los recursos tal como el Alto Tribunal requiere que sean presentados (Acordada 4/2007).

A lo largo del libro podrá encontrarse mencionado un mismo fallo ubicado en la situación que se analiza, por ello, advertimos que no hay errores de compaginación ni de congruencia, pues se trata de verificar en el desarrollo jurisprudencial como una misma sentencia puede tener lecturas asimétricas.

En los capítulos finales destinados a obras sociales y el PAMI (Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados) el lector podrá comprobar esta afirmación, pues en varias cuestiones aplicadas al caso concreto, el derecho a la salud se adopta como una garantía individual y colectiva que se debe satisfacer ante toda circunstacia aflictiva por estar en juego la vida y la integridad personal; mientras que otros señalarán que el deber del Estado y sus obligados (obras sociales, empresas de medicina prepaga y servicios sociales para jubilados) debe quedar resuelto con los límites del Programa Médico obligatorio (PMO) y el alcance de la cobertura contratada.

Esperamos que lo escrito se recepte y reflexione, para evitar que la salud y las personas sean objeto de declamaciones incumplidas; los profesionales de la salud tengan el respeto que se merecen; y las entidades prestadoras, incluso el propio Estado, puedan tomar el rumbo adecuado a cumplir con esta garantìa esencial que encuentra en un mismo objetivo al amparo y el derecho a la salud.

Osvaldo A. Gozaíni

En tiempos de pandemia

SECCIÓN PRIMERA

CAPÍTULO I

LEGISLACIÓN INTERNACIONAL

1. Interpretación de la voz “salud”

1.1 Hay voces que de tanto repetirlas se incorporan al lenguaje popular sin analizar la corrección del significado. Ocurre, por ejemplo, cuando se habla del acceso a la justicia cuya variedad de sentidos puede referirse a tener acceso a los jueces, o para que se disponga una sentencia justa, o para compensar situaciones desiguales, etc.

Igual dispersión tiene la voz “salud”, al punto que se puede enunciar como un derecho aislado de la persona; sea ya un derecho colectivo vinculado con la necesidad de bienestar general o defensa de las condiciones de salubridad; o individual como derecho a la protección de la propia salud, o siguiendo expresiones de algunos textos constitucionales, presentarlo como el derecho al “cuidado de la salud”.

Otros prefieren la generalidad como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante, PIDESC) que lo reconoce como el "*derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental*".

Es tan dispersa la titulación que la misma doctrina señala lo inadecuado de encontrar un derecho específico, atento a que la salud depende, muchas veces, del cuidado personal; o de factores genéticos o, eventualmente, de las condiciones ambientales y tantos elementos significativos que van demostrando la complejidad de un estándar.

> Leenen distingue entre "derecho al cuidado de salud" y el "derecho a la protección de la salud". El primero demanda una distribución equitativa de los recursos médicos y de salud disponibles para todos los individuos y comprende, además, la protección y promoción de

> la salud. El segundo posee un ámbito más amplio: se expande respecto del sector salud y requiere otros actores sociales relevantes (como el ambiente, la economía y la industria, la educación) para promover la salud por medio de factores que influyan en ella y tomando en consideración en sus respectivas políticas el efecto de las normas de salud y las medidas adoptadas. En su opinión, el derecho al cuidado de la salud comprendería, en cualquier caso, el cuidado de salud vital[11].

1.2 Los tratados y convenciones relacionados se refieren a la salud de manera diferente. El PIDESC, ya vimos que enfatiza un derecho al más alto nivel de salud posible tanto física como mental. Esta fórmula es interesante porque introduce cierta relatividad en el contenido del derecho[12].

Es una definición que se pretende intertemporal e ilimitada, de allí su imprecisión al emplazarse como un objetivo condicionado al plano de los avances científicos o dependiente de los recursos económicos que cada Estado disponga.

> El artículo 12 dice:
>
> 1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.
>
> 2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para:
>
> a) La reducción de la mortinatalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños;
>
> b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente;
>
> c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas;
>
> d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad.

El Comité creado por la Organización de Naciones Unidas (ONU) para observar el desarrollo y ejecución del PIDESC, interpretando este precepto sostiene que […]: La

---

[11] Leenen, Henk, *The Right to Health Care and its realisation in The Netherlands*, en "The Right To Health Care In Several European Countries". Den Exter & H. Hermans, Kluwer Law International, 1991, ps. 31-38.

[12] Figueroa García-Huidobro, Rodolfo, *El Derecho a la Salud.* Estudios constitucionales, volumen 11 nº 2, Santiago (Chile), 2013, ps. 283/332.

salud es un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos. Todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente. La efectividad del derecho a la salud se puede alcanzar mediante numerosos procedimientos complementarios, como la formulación de políticas en materia de salud, la aplicación de los programas elaborados por la Organización Mundial de la Salud (OMS) o la adopción de instrumentos jurídicos concretos.

La Observación, amplía en sus expresiones, otros alcances y dice […]

> Numerosos instrumentos de derecho internacional reconocen el derecho del ser humano a la salud. En el párrafo primero del artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) se afirma que "toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios". El PIDESC contiene el artículo más exhaustivo del derecho internacional de los derechos humanos sobre el derecho a la salud. Además, el derecho a la salud se reconoce, en particular, en el inciso iv) del apartado e) del artículo 5 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, de 1965; en el apartado f) del párrafo 1 del artículo 11 y el artículo 12 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de 1979; así como en el artículo 24 de la Convención sobre los Derechos del Niño, de 1989. Varios instrumentos regionales de derechos humanos, como la Carta Social Europea de 1961 en su forma revisada (art. 11), la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, de 1981 (art. 16), y el Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 1988 (art. 10), también reconocen el derecho a la salud. Análogamente, el derecho a la salud ha sido proclamado por la Comisión de Derechos Humanos, así como también en la Declaración y Programa de Acción de Viena de 1993 y en otros instrumentos internacionales.

1.3 El artículo 12 del Pacto, es -como se dice- una de los más explícitos en contenidos, aunque no siguiera la definicion del preámbulo de la Constitución de la OMS, que concibe a la salud como "*un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente como ausencia de afecciones o enfermedades*".

El más alto nivel posible de salud física y mental importa creer en un programa de acciones potenciales, entre los cuales los factores socioeconómicos y la política que promuveva un Estado cualquiera, podrán constituir avances o limitaciones, y sobre

todo, serán manifestaciones claras para definir si entre ellas suceden desigualdades sociales.

Es cierto que esta mirada puede quedar relativizada si se piensa como objetivos a alcanzar, pero el desconcierto y la incertidumbre de trabajar con un panorama tan versátil a la política de inversión, cae en resolver casos concretos, donde se vuelve verdad que los jueces aumentan considerablemente su poder de interpretación constitucional y convencional, al analizar cada una de las situaciones que deban enfrentar.

En consecuencia, el uso del PIDESC es válido al promover las condiciones merced a las cuales las personas pueden llevar una vida sana, y hacer ese derecho extensivo a los factores determinantes básicos de la salud, como la alimentación y la nutrición, la vivienda, el acceso a agua limpia potable y a condiciones sanitarias adecuadas, condiciones de trabajo seguras y sanas y un medio ambiente sano[13].

Sin embargo, también se reconoce el déficit de cumplimiento, o la desigualdad de cuanto se defina en cada lugar o región. De suyo, la misma complejidad recae en la garantía de cumplimiento, pues si los jueces no tienen definido el alcance del deber prestacional, la ineficacia del derecho a proteger la salud puede terminar en una sola pregunta ¿Cuál salud?

2. Artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

2.1 La amplitud que tiene el derecho a la salud complica encontrar el ámbito que ocupa el juicio de amparo como procedimiento de protección preferente. Al señalar que el PIDESC utiliza una fórmula simple como es requerir que cada Estado promueva el disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, estamos afirmando que es un objetivo de interpretaciones abiertas.

---

[13] Observación General nº 14 del Comité donde se agrega que […] "El Comité es consciente de que para millones de personas en todo el mundo el pleno disfrute del derecho a la salud continúa siendo un objetivo remoto. Es más, en muchos casos, sobre todo por lo que respecta a las personas que viven en la pobreza, ese objetivo es cada vez más remoto. El Comité es consciente de que los formidables obstáculos estructurales y de otra índole resultantes de factores internacionales y otros factores fuera del control de los Estados impiden la plena realización del artículo 12 en muchos Estados Partes".

El Comité de la ONU, en la observación mencionada con anterioridad, dice que […]

> El derecho a la salud no debe entenderse como un derecho a estar *sano*. El derecho a la salud entraña libertades y derechos. Entre las libertades figura el derecho a controlar su salud y su cuerpo, con inclusión de la libertad sexual y genésica, y el derecho a no padecer injerencias, como el derecho a no ser sometido a torturas ni a tratamientos y experimentos médicos no consensuales. En cambio, entre los derechos figura el relativo a un sistema de protección de la salud que brinde a las personas oportunidades iguales para disfrutar del más alto nivel posible de salud.

Estaba dicho en la Observaciòn General nº 9, que el concepto del *"más alto nivel posible de salud"*, mencionado en el artículo 12, tiene en cuenta tanto las condiciones biológicas y socioeconómicas esenciales de la persona como los recursos con que cuenta el Estado. Por lo cual, el Pacto asume que hay aspectos inabordables que impiden analizar situaciones particulares en los cuales el Estado sea denunciado por no garantizar la buena salud, ni brindar protección contra todas las causas posibles de los malestares del ser humano.

2.2 La prevención de molestias o padecimientos, que es un deber emergente, no puede resolver la genética, así como las enfernedades autoinmunes, no admiten responsabilizar a otros por la afeccción sufrida. En cambio, el contagio por infecciones hospitalarias, el error de diagnóstico, la indicación farmacológica equivocada, entre otros factores de atribución de culpa, ingresan en el derecho a reclamar por los daños sufridos, obviamente, en la órbita de un proceso común que no será el de amparo constitucional.

A diferencia del deber de prestar y solventar el tratamiento clínico y especializado de aquellas enfermedades que se encuentren dentro del deber de custodia y atención por el Estado, o simplemente contenidas en el amplio derecho a la mejor preservación y asistencia del derecho a la salud.

En otra perspectiva aparecen aquellos que por sus malos hábitos de vida (v,gr,; adicciones, o desarreglos continuos, entre otros) son los determinantes y responsables de una pésima salud, en cuyo caso el demandado podría argüir la doctrina del *nemo venire contra factum proprio* (nadie puede ir en contra de sus propios actos) actuando la resistencia fundada al reclamo que se formule.

En definitiva, el PIDESC tiene buenas intenciones al desprender de una definición de propósitos cuanto se pretende para el derecho a la salud; y al especificar los deberes se verifica que son prestaciones o asistencias establecidas como programas de acción.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho que […]

> El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales reconoce el derecho de todas las personas a disfrutar del más alto nivel posible de salud física y mental, así como el deber de los Estados partes de procurar su satisfacción y entre las medidas que deben ser adoptadas a fin degarantizar ese derecho se halla la de desarrollar un plan de acción para reducir la mortalidad infantil, lograr el sano desarrollo de los niños y facilitarles ayuda y servicios médicos en caso de enfermedad (art. 12)[14].

2.3 Los alcances del artículo 12 no pueden entenderse como *numero clausus*, sino como derechos esenciales que han de ser preferidos en una escala valorativa respecto de los que no están enunciados. Cabe entender de ellos, que ninguno tiene prioridad ni sujetos con destino exclusivo o excluyente: no atienden al hombre o mujer como destinatarios del deber de proteger la salud de cada cual, sino de guarecer muchos aspectos de la salubridad que exceden la simple prevención y asistencia.

Estos son derechos exigibles y se tutelan para que toda persona pueda tener acceso a servicios básicos como el agua potable, saneamiento, alimentación, nutrición y vivienda, y por medio de un sistema global de atención sanitaria, que está a disposición de todos, sin discriminación alguna. La finalidad es que se cumpla la gratuidad universal, es decir para toda la población, en complemento a lo que establece también el derecho a la seguridad social[15].

Así lo establece la Observacion nº 14 del Comité DESC […]

> El Comité interpreta el derecho a la salud, definido en el apartado 1 del artículo 12, como un derecho inclusivo que no sólo abarca la atención de salud oportuna y apropiada sino también los principales factores determinantes de la salud, como el acceso al agua limpia potable y a condiciones sanitarias adecuadas, el suministro adecuado de alimentos sanos, una nutrición adecuada, una vivienda adecuada, condiciones sanas en el trabajo y el medio ambiente, y acceso a la educación e información sobre cuestiones relacionadas con la salud,

---

[14] Fallos: 323:3229.

[15] AA.VV., *Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales Comentada*. Comisión presidencial coordinadora de la política del ejecutivo en materia de Derechos Humanos, Guatemala, 2011, p. 29.

incluida la salud sexual y reproductiva. Otro aspecto importante es la participación de la población en todo el proceso de adopción de decisiones sobre las cuestiones relacionadas con la salud en los planos comunitario, nacional e internacional.

3. Principios consagrados

3.1 En el derecho a la salud hay elementos que actúan articulados y de manera simultánea, con el fin de tener una pauta común para exigir la prestación.

Cabe recordar que al ser derechos sociales, suelen quedar emplazados como aspiraciones de pronta cobertura que requieren de un plan de acción. Vale decir que se exige la actividad del Estado procurando servicios o aportando los bienes que se necesitan para la cobertura requerida. Por eso resulta atendible la advertencia del Pacto que atiende la capacidad económica de los obligados.

Cuando ello no se cumple, o se demora el programa a ejecutar, o se omite legislativamente dar forma a los derechos prestacionales, vuelve a escena el problema de la justiciabilidad, donde la primera respuesta será resolver el caso concreto y después ver si caben soluciones generales.

La Corte Nacional sigue este criterio y afirma […]

> Las particulares circunstancias que rodean al caso, por encontrarse, en definitiva, comprometidas prerrogativas constitucionales que hacen al derecho a la salud y a la vida indican que no resultaba razonable ni fundado impedir la continuidad de un procedimiento cuyo objeto es lograr soluciones que se avengan con la urgencia que conlleva este tipo de pretensiones, para lo cual cabe encauzarlas por vías expeditivas -entre las cuales era razonable incluir al juicio de amparo contemplado en el art. 43 de la Constitución Nacional y en la ley 8369 de la Provincia de Entre Ríos-, y evitar que el rigor de las formas pueda conducir a la frustración de derechos que cuentan con especial resguardo constitucional[16].
>
> Cabe dejar sin efecto la sentencia que desestimó la acción de amparo deducida a fin de obtener la cobertura para una cirugía con endoprótesis en base a que no se hallaba incluida en el PMO, pues el Tribunal ha juzgado (Fallos: 325:677) que el derecho a obtener conveniente y oportuna asistencia sanitaria, se vería frustrado si se aceptara que la falta de exclusión de un tratamiento no importa su lógica inclusión en la cobertura, siendo inadmisible la referencia histórica al estado del conocimiento médico al tiempo de fijarse los términos de dicha cobertura, toda vez que se traduciría en la privación de los adelantos

[16] Fallos: 330:4647.

> terapéuticos que el progreso científico incorpora al campo de las prestaciones médico asistenciales[17].

3.2 El Comité DESC sostiene como primer elemento a exigir que el derecho a la salud sea disponible. *Disponibilidad* significa que cada Estado Parte debe contar con un número suficiente de establecimientos, bienes y servicios públicos de salud y centros de atención, así como de programas que lo ejecuten.

La naturaleza precisa de los establecimientos, bienes y servicios dependerá de diversos factores, en particular el nivel de desarrollo que tenga el Estado obligado. Con todo, esos servicios incluirán los factores determinantes básicos de la salud, como agua limpia potable y condiciones sanitarias adecuadas, hospitales, clínicas y demás establecimientos relacionados con la salud, personal médico y profesional capacitado y bien remunerado habida cuenta de las condiciones que existen en el país, así como los medicamentos esenciales definidos en el Programa de Acción sobre medicamentos esenciales de la OMS.

Se ha dicho, contemplando este principio, que […]

> Si los amparistas solicitan que se condene al Ministerio de Salud a tomar acciones concretas tendientes a equipar y refaccionar el hospital en un plazo determinado, no puede válidamente afirmarse que la sentencia tendría un sentido meramente teórico o conjetural, ya que la decisión tendrá incidencia concreta en los intereses y derechos de las partes[18].
>
> Habida cuenta del objetivo primordial de la acción de amparo y de que es indudable la obligación que tiene la obra social de garantizar las prácticas que faciliten una mejor expectativa de vida, de acuerdo con los recursos científicos con que cuenta el país y la amplitud de las prestaciones previstas en la ley 24.901, sobre protección integral de las personas con discapacidad, corresponde admitir la demanda y declarar el derecho de la menor interesada a obtener los cuidados que su Estado requiere, en las condiciones indicadas por el Cuerpo Médico Forense y los especialistas del Hospital de Pediatría "Profesor Dr. Juan P. Garrahan", cuyos informes requirió la Corte Suprema[19].
>
> Los beneficios establecidos en favor de las personas incapacitadas no incluidas en el régimen de obras sociales cuentan con el financiamiento de las partidas asignadas en el presupuesto general de la Nación para tal finalidad (art. 7°, inc. e, in fine, ley 24.901) y

---

[17] Fallos: 337:471.

[18] Fallos: 329:4741.

[19] Fallos: 327:5210.

del fondo instituido especialmente para programas de similar naturaleza en la ley 24.452 (art. 7°, segundo pár. y anexo II)[20].

También la disponibilidad supone el deber de invertir, dando lugar a controversias sobre el nivel adecuado de previsiones económicas que puedan ser consideradas apropiadas.

El presupuesto es tarea coordinada entre poderes del Estado, y el financiamiento para la salud es una cuestión que parece extraña al juzgamiento jurisdiccional. No parece discutible deducir que si falta dinero para atender necesidas básicas, los problemas aparecerán de inmediato, generando reclamos y conflictos que, al llevarse al plano judicial, obligará a dar respuestas al caso concreto donde se encuentra la lesión constitucional, siendo a veces inevitable, pronunciarse sobre cuestiones no previstas.

De allí que tenga que ser resuelto el acto o hecho lesivo, y desde el caso, elucubrar si pueden darse otras respuestas con el modelo de sentencias exhortativas, que evitan las controversias constitucionales de competencias.

> Corresponde rechazar la impugnación formulada sobre la base de la responsabilidad del Estado por su actividad legítima, si la expresión de agravios silencia toda consideración seria dirigida a demostrar que el sacrificio especial -que la cámara consieró presupuesto necesario para admitir aquella- se verificó efectivamente en el caso en que se modificó la clasificación de un medicamento[21].

3.3 Otra recomendación observada por el Comité de expertos fue que los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser establecimientos *accesibles* a todos, sin discriminación alguna, dentro de la jurisdicción del Estado Parte.

La accesibilidad presenta cuatro dimensiones superpuestas:

> *No discriminación*: los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser accesibles, de hecho y de derecho, a los sectores más vulnerables y marginados de la población, sin discriminación alguna por cualquiera de los motivos prohibidos
>
> *Accesibilidad física*: los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán estar al alcance geográfico de todos los sectores de la población, en especial los grupos vulnerables o marginados, como las minorías étnicas y poblaciones indígenas, las mujeres, los niños, los adolescentes, las personas mayores, las personas con discapacidades y las personas con

[20] Fallos: 324:3569.

[21] Fallos: 318:2311.

> VIH/SIDA. La accesibilidad también implica que los servicios médicos y los factores determinantes básicos de la salud, como el agua limpia potable y los servicios sanitarios adecuados, se encuentran a una distancia geográfica razonable, incluso en lo que se refiere a las zonas rurales. Además, la accesibilidad comprende el acceso adecuado a los edificios para las personas con discapacidades.
>
> *Accesibilidad económica (asequibilidad)*: los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán estar al alcance de todos. Los pagos por servicios de atención de la salud y servicios relacionados con los factores determinantes básicos de la salud deberán basarse en el principio de la equidad, a fin de asegurar que esos servicios, sean públicos o privados, estén al alcance de todos, incluidos los grupos socialmente desfavorecidos. La equidad exige que sobre los hogares más pobres no recaiga una carga desproporcionada, en lo que se refiere a los gastos de salud, en comparación con los hogares más ricos.
>
> *Acceso a la información*: ese acceso comprende el derecho de solicitar, recibir y difundir información e ideas acerca de las cuestiones relacionadas con la salud. Con todo, el acceso a la información no debe menoscabar el derecho de que los datos personales relativos a la salud sean tratados con confidencialidad[22].

El catálogo de sugerencias que se desarrolla, tiene la intención de verificar cuáles de ellos pueden ser objeto del juicio de amparo, o de cualquier otra vía idónea para requerir y exigir la prestación.

En tal sentido, la tutela inmediata del derecho a la salud, contemplado en nuestra Carta Magna, en virtud de la incorporación de los tratados internacionales mencionados en el art. 75, inc. 22, cobra vuelo inmediato para encontrar desde las alturas la mejor respuesta jurisdiccional que se pueda dar.

En nuestra idea no hay dudas sobre la calidad del amparo como proceso preferido, porqué el afectado individual (el sujeto requirente) también es el testigo y denunciante del derecho lesionado, alterado, restringido o ameanzado, con arbitrariedad e ilegalidad manifiesta.

El derecho de acceso a bienes, establecimientos y servicios tiene, en la base de la consigna, la igualdad de oportunidades. Una de ellas es la localización geográfica, que supone estar al alcance de todos, criterio que tiene el establecimientos de hospitales públicos, que son consecuencia directa del imperativo constitucional que pone a cargo

---

[22] Observación General nº 14. El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12, PIDESC).

del Estado la función trascendental de la prestación de los servicios de salud en condiciones tales de garantizar la protección integral del ser humano[23].

> Quienes tienen a su cargo la administración de los asuntos del Estado deben cumplir con la Constitución garantizando un contenido mínimo a los derechos fundamentales y muy especialmente en el caso de las prestaciones de salud, en los que están en juego tanto la vida como la integridad física de las personas; una sociedad organizada no puede admitir que haya quienes no tengan acceso a un hospital público con un equipamiento adecuado a las circunstancias actuales de la evolución de los servicios médicos, y no se cumple con ello cuando los servicios son atrasados, descuidados, deteriorados, insuficientes, o presentan un estado lamentable porque la Constitución no consiente interpretaciones que transformen a los derechos en meras declaraciones con un resultado trágico para los ciudadanos (Voto del Dr. Ricardo Luis Lorenzetti)[24].

En nuestro país, la regla de acceso para todos, y especialmente para sectores o personas vulnerables, se integra con evitar obstrucciones arquitectónicas que impidan el traslado efectivo de personas con discapacidad.

> Corresponde dejar sin efecto la sentencia que no analiza constancias de la causa, ignora numerosas pruebas producidas conducentes a la solución del litigio y sólo con el apoyo de una elaboración teórica conceptual y dogmática referenciada parcialmente en conclusiones que otorga al peritaje aeronáutico y a la declaración de un solo testigo, en torno a lo que debe considerarse servicio de rampa, vuelo y el alcance que en el caso debe otorgarse a la calificación de "terminal" o en "tránsito", concluye en la revocación de la sentencia y la admisión de la demanda[25].

La obligación es instrumentar acciones positivas y facilitar que el derecho se preste en condiciones de real eficacia. La preocupación constitucional, en materia de adultos mayores, se refleja en el art. 75.23 donde se dispone que corresponde al Congreso Nacional "legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad".

---

[23] Cfr. Fallos: 329:3737.

[24] Fallos: 329:4741.

[25] Fallos: 325:3110.

Quiere decir que es un marco ampliado de tutela, porque no se trata solamente de ver si el amparo procede cuando hay un afectado, físico o psicológicamente, sino de encontrar una afectación fáctica que reside en los impedimentos al acceso.

3.4 La *accesibilidad económica* exhorta al principio de equidad en las prestaciones. No establece la gratuidad, ni bonificaciones por estándares, tampoco los tratados y convenciones se refieren a ello, solo predican que los gastos médicos no reflejen una carga desproporcionada para los hogares más pobres, en comparación con los más pudientes.

Un recordado fallo de la Corte Nacional dijo […]

> En la medida en que las Convenciones sobre los Derechos del Niño y sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad consagran un mandato general de mayor protección constitucional que implica obligaciones a cargo del Estado, no puede derivarse directamente de esas normas el reconocimiento de un derecho específico a otorgarle judicialmente un privilegio a un crédito quirografario. Ello es así, pues los tratados internacionales no solo no lo prevén sino que ni siquiera determinan en qué ámbitos y con qué alcance se hará efectiva esa especial protección que otorgan a los niños discapacitados, materia que queda reservada entonces a cada uno de los Estados[26].
>
> También se sostuvo que […] Si bien los anexos del Programa Médico Obligatorio de Emergencia establecen la cobertura de sólo el 40% del medicamento solicitado y no contemplan la provisión de pañales descartables, tales especificaciones resultan complementarias y subsidiarias y, por lo tanto, deben interpretarse en razonable armonía con el principio general que emana del art. 1° del decreto 486/2002 en cuanto -aún en el marco de la emergencia sanitaria-, garantiza a la población el acceso a los bienes y servicios básicos para la conservación de la salud[27].

3.5 Una propuesta más, asienta en el deber de todos los establecimientos de salud de respetar los principios reglamentados en el ejercicio de la práctica médica, acorde con las leyes de cada Estado y con los usos y costumbres del multiculturalismo. Es decir, aclara la Observación nº 14, […] ser respetuosos de la cultura de las personas, las minorías, los pueblos y las comunidades, a la par que sensibles a los requisitos del

---

[26] Fallos: 341:1511.

[27] Fallos: 329:1638.

género y el ciclo de vida, los que deberán estar concebidos para respetar la confidencialidad y mejorar el estado de salud de las personas de que se trate.

En este espacio, hay numerosos aspectos que se desenvuelven con ideologías y creencias que se solucionan con perspectivas desiguales. Un caso recurrente es la extracción de sangre cuando el paciente se niega a que le hagan estudios biológicos o recibir transfusiones, poniendo en riesgo su vida.

Los casos se pueden dar en circunstancias diversas; una puede ser por la atención clínica; otras, cuando se trata de realizar la extracción de una muestra de sangre, en forma compulsiva, con el fin de averiguar si la persona fue víctima de un delito de sustracción de menores y ocultación de estado civil.

> La garantía protegida en el caso de quien, siendo adulto, se niega a una extracción de sangre, es la autonomía en la esfera de la individualidad personal protegida por el artículo 19 de la Constitución Nacional, y no se trata sólo del respeto de las acciones realizadas en privado, sino del reconocimiento de un ámbito en el que cada individuo es soberano para tomar decisiones libres sobre el estilo de vida que desea […]. Cabe revocar la sentencia que ordenó la extracción compulsiva de sangre- respecto de un mayor de edad y presunto hijo de personas detenidas ilegalmente, secuestradas y desaparecidas durante la última dictadura militar-, pues en la causa no se han agotado las posibilidades de obtener material genético por medios menos lesivos que la intervención física sobre la víctima.
>
> Sí se trata de determinar si es constitucionalmente válido obligar a quien resulta mayor de edad y presunto hijo de personas detenidas ilegalmente, secuestradas y desaparecidas durante la última dictadura militar, a ser objeto de una extracción de sangre para determinar su patrón genético, es necesario encontrar un punto de equilibrio determinando de qué modo puede materializarse el derecho a la verdad sin lesionar los derechos de persona alguna o bien, a costa de una mínima lesión de las garantías de quienes son víctimas involuntarias de los hechos, no observándose que la medida en cuestión ocasione la afectación de derchos fundamentales como la vida, la salud, o la integridad corporal, pues la extracción de unos pocos centímetros cúbicos de sangre, realizada por medios ordinarios adoptados por la ciencia médica, ocasiona una perturbación ínfima en comparación con los intereses superiores de resguardo de la liberdad de los demás, de la defensa de la sociedad y la persecución del crimen (Disidencia de la Dra. Elena I. Highton de Nolasco)
>
> La coerción física sobre una persona adulta para hacerle sufrir una lesión subcutánea para una extracción de sangre puede obviarse pues técnicamente existen en la actualidad medios que permiten recoger muestras sin invadir físicamente a la persona, de los que el Tribunal

> puede y debe echar mano antes de llegar alextremo de la coerción física (Disidencia parcial de los Dres. Ricardo Luis Lorenzetti y E. Raúl Zaffaroni)[28].

Este supuesto tiene connotaciones singulares que permiten resguardarse en el derecho al silencio y a impedir que el cuerpo sea utilizado como medio de prueba o incriminación. Es una línea argumentada, aceptando que la negativa de una persona mayor de edad y presunto hijo de desaparecidos de someterse a la extracción de sangre para efectuar un examen a los fines de determinar su verdadera identidad, resulte justificada si ello puede ser utilizado para obtener elementos de prueba que posibiliten la condena de aquellos a quienes considera sus verdaderos padres y la ley procesal autoriza a proteger[29].

Diferente sería procurar muestras de ADN o sangre para determinar la identidad de una persona que tiene sobre sí una incriminación, porqué las pruebas biológicas no afectan derechos fundamentales como la vida, la salud, o la integridad corporal, cuando se trata de simple extracción de unos pocos centímetros cúbicos de sangre, realizado por medios ordinarios adoptados por la ciencia médica; acción que ocasiona una perturbación ínfima en comparación con los intereses superiores de resguardo de la libertad de los demás, la defensa de la sociedad y la persecución del crimen[30].

> Al no afectar la extracción de sangre dispuesta ninguna garantía constitucional, negar su cumplimiento importaría desconocer lo establecido en la Convención sobre los Derechos del Niño, ratificada por ley 23.849 e incorporada a la Carta Magna en el art. 75, inc. 22 por la reforma del año 1994, lo que podría ocasionar la responsabilidad del Estado por incumplimiento de los compromisos internacionales asumidos[31].
>
> Lo mismo sucederìa si la oposición se fundara en la probable “confesión del cuerpo”, argumentado sobre la base de sostener que el cuerpo humano no puede ser objeto de prueba. La Corte argentina dice que […]: Debe rechazarse el agravio referente al derecho a disponer del propio cuerpo, en relación con la zona de reserva e intimidad del individuo, si la negativa a la extracción de sangre se dirige a obstaculizar una investigación criminal en la que un menor resultaría víctima[32].

---

[28] Fallos: 332:1835.

[29] Fallos: 326:3758.

[30] Fallos: 319:3370.

[31] Fallos: 319:3370.

[32] Fallos: 318:2518.

Claro está que si la oposición al tratamiento se manifiesta por convicciones ideológicas, la cuestion puede tener diferencias y enfrentar el derecho a la vida que deben mantener en todas sus acciones el personal médico, con las decisiones personalísimas sobre el cuidado y atención del cuerpo que toda persona preserva para sí.

El caso de los "Testigos de Jehová" llevó a la Corte Nacioal a sostener que […]

> Negar al paciente legitimación para recurrir a la decisión que denegó la autorización solicitada por el sanatorio para que no se le practiquen transfusiones de sangre implicaría someterlo a la necesidad de promover un trámite judicial que, además de injustificado, produciría demoras que, dada la situación de salud por la que aquél atraviesa, serían de difícil cuando no imposible reparación ulterior[33].
>
> Luego, al resolver el fondo del asunto se sostuvo que […]: Corresponde confirmar el pronunciamiento que denegó la medida cautelar tendiente a que se autorizase a los médicos tratantes a efectuar una transfusión de sangre si no existen constancias que indiquen que la negativa del hijo mayor de edad del presentante a recibir un tratamiento médico contrario a sus creencias religiosas -culto "Testigos de Jehová"- ofenda al orden, a la moral pública o a los derechos ajenos, por lo que cabe concluir que no existió interés público relevante que justificara la restricción en su libertad personal[34]-.

Este es un aspecto que deberemos analizar más adelante, porque la prédica de actuar con códigos éticos o cumpliendo con normas precisas para ejercer el arte de la medicina, puede llevar a estos tiempos de duda donde el profesional puede caer en la incertidumbre de violar otros derechos individuales.

Inclusive, son espacios neutros de dudosa respuesta, porque la simple consulta al órgano jurisdiccional tiene posibilidades inciertas. O se considera justiciable a la cuestión o se resuelve en disidencia.

> La petición de autorización de un sanatorio para no efectuar transfusiones de sangre a quien pertenece a la religión Testigos de Jehová es en realidad una consulta a los órganos judiciales acerca de la legitimidad de su eventual actitud de hacer lugar a los deseos del paciente y no constituye una "causa" susceptible de ser decidida por los tribunales de la Nación (art. 116 de la Constitución Nacional) (Disidencia del Dr. Eduardo Moliné O'Connor)[35].

---

[33] Fallos: 319:1363.

[34] Fallos: 335:799. Los jueces Fayt y Petracchi se remitieron a sus respectivos votos en el precedente "Bahamondez" (Fallos: 316:4799.

[35] Fallos: 319:1363.

> La decisión que autorizó la práctica de transfusiones de sangre a quien se había negado a recibirlas debido a sus creencias religiosas es contraria a los arts. 14 y 19 de la Constitución Nacional si no existió ningún interés público relevante que justificara la restricción en su libertad personal (Disidencia de los Dres. Augusto César Belluscio y Enrique Santiago Petracchi)[36].

3.6 La diversidad cultural, en materia de derecho a la salud, provoca desconcierto. En efecto, los avances científicos pueden confrontar con las costumbres ancestrales para curar o tratar un malestar.

Algunos definen el problema interpretando que el enfoque intercultural promueve la paridad de trato entre los diferentes grupos culturales. Considera a la salud como un derecho fundamental y entiende como implícita la capacidad de los profesionales para poder integrar el conocimiento con las creencias y la prácticas tradicionales al momento de enfrentar una enfermedad. Las políticas, programas y proyectos en salud son adaptables y transferibles al momento de confrontar la inequidad étnica mediante la inclusión de las poblaciones afectadas por la misma, dentro del marco de sus actividades. Se consideran inclusivas y tradicionalmente sensibles aquellas políticas, programas y proyectos que consideran dentro de si, la medicina y prácticas tradicionales. La carencia de esta consideración, implica políticas, programas y proyectos culturalmente insensibles[37].

Por su parte, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, permite que las comunidades conserven sus prácticas de salud; sin advertir que la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial establece el compromiso de suprimir la discriminación racial en todas sus formas y de garantizar el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley, sin distinción de raza, color u origen nacional o étnico, particularmente en cuanto al goce del derecho a la salud y la asistencia médica, entre otros.

También es importante recordar que el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes (Convenio 169) de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), establece que los servicios de salud deben organizarse en cooperación con los pueblos involucrados, teniendo en cuenta su situación económica, geográfica,

---

[36] Fallos: 316:479.

[37] Definición de la Organización Panamericana de la Salud.

social y cultural, así como sus métodos de prevención, sus prácticas curativas y sus medicamentos tradicionales (arts. 10 a 12).

> Si bien se han producido importantes avances en el reconocimiento de la necesidad de un abordaje intercultural de los servicios de salud, persisten obstáculos que tienen su raíz en la discriminación, el racismo y la exclusión ejercidos sobre los pueblos indígenas, los afrodescendientes, los romaníes y los miembros de otros grupos étnicos, en ocasiones derivados de la falta de reconocimiento y valorización de sus culturas. Por lo tanto, es importante lograr un consenso sobre los compromisos y trazar lineamientos para fortalecer la cooperación técnica en torno a la etnicidad y la salud[38].

La brecha es muy significativa y algunas situaciones específicas de la diversidad aplicada en materia de salud, llevó a la Corte IDH a atribuir responsabilidad al Estado. En el caso de la *Comunidad Indígena Yakye Axa vs, Paraguay*[39], la notoria pobreza del pueblo aborígen impactaba en la atención médica de su población, sin perjuicio del aislamiento que sufría.

La vida digna se enlazó con el derecho a la salud y otros más, y terminó responsabilizando a Paraguay, considerando que violaba varias disposiciones del Pacto de San José de Costa Rica

> A la luz de lo expuesto en el artículo 4º de la CADH, en relación con el deber general de garantía contenido en el artículo 1.1 y con el deber de desarrollo progresivo contenido en el artículo 26 de la misma, y de los artículos 10 (Derecho a la Salud), 11 (Derecho a un Medio Ambiente Sano), 12 (Derecho a la Alimentación), 13 (Derecho a la Educación) y 14 (Derecho a los Beneficios de la Cultura) del Protocolo de San Salvador y las disposiciones pertinentes del Convenio (OIT) 169, el tribunal entendió que las condiciones de miseria en que se encontraba la comunidad y la afectación que ello tenía en la salud y alimentación de sus miembros, afectaba la existencia digna de los mismos. Consideró que ello, en las circunstancias del caso, era atribuible al Estado. Lo anterior, entre otros motivos, por no haber adoptado las medidas positivas necesarias para asegurar a estas personas condiciones de vida compatibles con su dignidad, pese a tener conocimiento de la situación en que se encontraban (párrs. 162 a 171 y 176). En esta lógica de interdependencia, la Corte IDH ha establecido que el derecho a la salud ("el cuidado de la salud"), junto con el derecho a la educación, es un pilar "fundamental […] para garantizar el disfrute de una vida digna"[40].

---

[38] 29ª Conferencia Sanitaria Panamericana, *Política sobre etnicidad y salud,* Washington, 2017, p. 5

[39] Corte IDH, Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C Nº 125, párrs. 162 y ss.

[40] En este caso la Corte hizo el análisis con respecto a la vida digna de los niños, como grupo vulnerable que no siempre tiene al alcance los medios necesarios para la defensa eficaz de sus derechos. Ver Corte

3.7 Finaliza la Observación General nº 14 apoyando el principio de *calidad de los servicios médicos* que se presten. Enfatiza, aún más, al decir que, no solo deben ser aceptables desde el punto de vista cultural, sino que los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán ser apropiados desde el punto de vista científico y médico, así como ser de buena calidad. Ello requiere, entre otras cosas, personal médico capacitado, medicamentos y equipo hospitalario científicamente aprobados y en buen estado, agua limpia potable y condiciones sanitarias adecuadas.

El conjunto de objetivos que delinea el artículo 12 del PIDESC son interpretados por la Comisión de Expertos, sin que las conclusiones sean de acatamiento obligatorio, aunque la recomendación tenga el valor implícito de los derechos a custodiar.

4. Convención Americana sobre Derechos Humanos y Protocolo adicional de San Salvador

4.1 En el Pacto de San José de Costa Rica no hay referencias directas para el cuidado de la salud, solo el primer inciso del artículo 5, relacionado con el "derecho a la ingegridad personal" dice […]: "*Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral*", concepto diferente al que la doctrina interpreta, mayoritariamente, como fuernte para la protección a la salud, desde que está en el campo de las garantías que preservan la seguridad del individuo ante situaciones de persecución penal.

Sin embargo, hay muchas normas que establecen, dentro de la CADH, la relación del derecho con el fundamento de la salud (arts. 12.3; 13.2.b; 15; 16.2; 22.3). La propia Corte nacional admite que […]

> En los asuntos relacionados con la tutela del derecho a la salud no hay razones que justifiquen eximir ni mitigar el deber de fundar las sentencias que pesa sobre los tribunales judiciales de la República, por lo que es enteramente aplicable la exigencia arraigada en la Constitución Nacional y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos de que los fallos cuenten con fundamentos consistentes y racionalmente sostenibles, al

---

IDH, *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A Nº 17, párr. 86.

encontrarse comprometidas las garantías de defensa en juicio y de tutela judicial efectiva de las partes[41].

4.2 En el año 1988 se suma a la CADH el capítulo de derechos económicos, sociales y culturales a través del llamado “Protocolo de San Salvador”. En materia de salud es esencial el artículo 10 que dice […]

> Artículo 10. Derecho a la Salud.
>
> I. Toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social.
>
> II Con el fin de hacer efectivo el derecho a la salud los Estados partes se comprometen a reconocer la salud como un bien público y particularmente a adoptar las siguientes medidas para garantizar este derecho:
>
> a) La atención primaria de la salud, entendiendo como tal la asistencia sanitaria esencial puesta al alcance de todos los individuos y familiares de la comunidad;
>
> b) la extensión de los beneficios de los servicios de salud a todos los individuos sujetos a la jurisdicción del Estado;
>
> c) la total inmunización contra las principales enfermedades infecciosas;
>
> d) la prevención y el tratamiento de las enfermedades endémicas, profesionales y de otra índole;
>
> e) la educación de la población sobre la prevención y tratamiento de los problemas de salud, y
>
> f) la satisfacción de las necesidades de salud de los grupos de más alto riesgo y que por sus condiciones de pobreza sean más vulnerables.

La redacción acordada es muy similar al PIDESC con el agregado de la dimensión social. Quiere decir que se mantiene el deber prestacional del Estado comprendido como una exigencia de actuaciones positivas cuyo fin es facilitar el acceso y promover los derechos especìficos.

Tal como se verifica, son derechos que requieren de producción legislativa y educación para el conocimiento, con el fin de poder construir mejores estándares de salubridad general.

---

[41] Fallos: 339:389.

4.3 Pero lo que no está dicho, expresamente, es la contracara de estos derechos reconocidos, cuyo respeto exige ejecución de políticas públicas, y protección procesal específica cuando la exigencia de resguardo y cumplimiento no se lleva a cabo.

En consecuencia, hay un marco de interpretación que disuade la presencia del derecho a la salud en los artículos 4 (derecho a la vida) y 5 (derecho a la integridad física), que no aclaran si son obligaciones del Estado, o programas a cumplir de acuerdo con los parámetros de otras disposiciones especiales, como podría ser el PIDESC.

Veremos, más adelante, como la Corte IDH resuelve este problema de aplicación normativa, que supone al mismo tiempo, jerarquizar el ordeamiento jurídico a interpretar, teniendo en cuenta que el PIDESC está incorporado en el art. 75.22 CN, y que el Protocolo de San Salvador es un tratado común, reconocido por nuestro país, pero sin categoría constitucional.

Con ello queremos anticipar que, con el solo hecho de encuadrarse el derecho a la salud en un ordenamiento jurídico, no es bastante para usarlo sin más como si fuera derecho interno y con supremacía sobre, o al nivel, de la Norma Fundamental.

Ocurre que el Protocolo limita (en el artículo 19.6) la jurisdicción contenciosa de la Comisión y la Corte Interamericana, a los derechos previstos en el artículo 8 (derechos sindicales) y 13 (derechos a la educación), de forma tal que no podrían llegar al Sistema IDH ninguno de los demás derechos.

La Corte IDH encontró salida por el artículo 26 de la CADH que, a partir del criterio de progresividad y de no regresividad, entiende que las remisiones a la protección debida a los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, pueden alojarse en este precepto.

> *Art. 26. Desarrollo progresivo:* Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.

5. Declaración Universal y Americana

5.1 La Declaración Universal de Derechos Humanos, comenzó la prédica por el derecho a la salud cuando estableció en el artículo 25 que […]

> 1. Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad.
>
> 2. La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social.

La disposición es un punto de partida importante porque esta Declaración forma parte del 75.22 CN, de manera que toda persona tiene derecho a:

a) Tener un nivel de vida adecuado que le permita cuidar su salud y la de su familia;

b) Contar con asistencia médica y servicios sociales necesarios;

c) Tener un seguro para el caso de enfermedades;

d) Conseguir todos estos derechos independiemtemente de su voluntad por contratar las prestaciones.

Son obligaciones que determinan el deber del Estado de actuar con políticas y programas, generando responsabilidad internacional ante la inacción notoria o deficiente, por eso la Corte Nacional tiene dicho que […]

> El discurso sobre cuestiones vinculadas con la prestación de servicios médicos dirigidos a un sector de la población tiene una trascendencia esencial para la vida comunitaria y demanda una protección especial en aras de asegurar la circulación de información de relevancia pública ya que la protección del derecho a la salud prevista en la Constitución Nacional y en los instrumentos internacionales (arts. 42, 75, inc. 22, de la Constitución Nacional, art. 25, de la Declaración Universal de Derechos Humanos, art. XI, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, art. 12, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, entre otros) revela la importancia que tiene este tema para la sociedad en su conjunto[42].

[42] Fallos: 340:1111.

5.2 El problema es asegurar que ese nivel de vida permita alcanzar la capacidad de disfrute al más alto nivel posible de salud. Lo que pone en evidencia la disparidad de posibilidades presupuestarias, al menos, geográficamente regionales.

Una lejana sentencia de nuestros tribunales, siguiendo precedentes de la Corte Suprema de Estados Unidos, sostuvo que, para lograr que el trabajador obtenga dicho nivel de vida, el Estado Legislador tiene un amplio campo discrecional respecto de lo que considere puede ser adecuado para la protección de la salud, la seguridad, y para que la paz y el buen orden sean promovidos mediante regulaciones tendientes a asegurar condiciones humanitarias de trabajo y libertad contra la opresión[43].

> Los decretos 89/58 y 3547/58, basados en el art. 1°, inc. g), de la ley 12.983, y en las leyes 13.906 y 14.120, no comportan violación del art. 17 de la Constitución Nacional, de la libertad de contratar y de la libre actividad privada. Dada una situación económico social como la que en el país existía al tiempo de ser dictados, los actos estatales encaminados a conceder a los trabajadores remuneraciones que les aseguren ¨un nivel de vida adecuado¨, suponen ejercicio válido del poder de policía[44].

Esta discrecionalidad tiene el límite de la democracia representativa, que marca los objetivos de la ley. Los derechos que provienen de la necesidad de proteger los derechos humanos, no puede resolver situaciones particulares, que en todo caso, debieran solucionarse por una sentencia jurisdiccional.

5.3 Por otra parte, el principio de igualdad lleva a que sea el Estado quien responda al deber prestacional para todos, sin que la ostensible situación de vulnerabilidad en la que algunos se encuentren, sea una privilegio sobre otros con los mismos derechos. De allí que las situaciones personales son ajenas al derecho a la salud, para radicar el problema, en estos casos, en el padecimiento directo que tiene el afectado. Nuestro más alto tribunal de justicia reconoce que […]

> Uno de los modos previstos en nuestra legislación para garantizar el goce de los derechos esenciales reconocidos en los tratados internacionales, entre los que corresponde mencionar el derecho a la vida, a la salud, a la supervivencia y al desarrollo, a un nivel de vida

[43] Fallos: 250:46.

[44] Fallos: 246:345.

> adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social, es en definitiva, la igualdad[45]
>
> De los tratados internacionales que cuentan con jerarquía constitucional se desprende la existencia tanto de los derechos de toda persona a gozar de un nivel adecuado de vida y al disfrute del más alto nivel posible de salud, como de la correspondiente obligación de los Estados Partes de adoptar las medidas que resulten pertinentes de modo de hacer efectivos tales derechos[46].

5.4 La garantía de acceso a la asistencia médica forma parte del derecho a la vida como mayor prédica y vínculo con el derecho a la salud. La obligación del Estado es suministrar atención profesional y personal idóneo, unido a instalaciones que cumplan con el mejor equipamiento, conforme una razonable interpretación de las inversiones realizadas.

Esta función de garantía actúa como deber fundamental indelegable, sin embargo, la implementación de las medidas se puede derivar al sistema de salud pública, a la seguridad social y a los organismos y entidades privadas, a modo de complemento necesario.

Es una delegación que no transfiere la responsabilidad principal, pero suma un sujeto más en la cadena de obligados. Por ejemplo, se ha dicho que […]

> Las empresas o entidades que prestan servicios de medicina prepaga deben cubrir en sus planes de cobertura médico asistencial, como mínimo, las mismas prestaciones obligatorias dispuestas para las obras sociales, conforme a lo establecido por las leyes 23.660, 23.661 y sus respectivas reglamentaciones, ya que entre sus obligaciones se encuentra, a modo de una especie de seguro, la de brindar asistencia médica, psicológica y farmacológica a quienes padecen el síndrome de inmunodeficiencia adquirida (leyes 24.754 y 24.455)[47].

5.5 Por su parte, la *Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes del hombre,* en el comienzo de su regulación dispone la protección del hombre en su integridad y concreta en el artículo XI el principio general […]

---

[45] Fallos: 342:459.

[46] Fallos: 342:459; 341:1511; entre otros.

[47] Fallos: 324:677.

> Toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad.

Eran tiempos de declaraciones abiertas, propensas al terreno de las buenas intenciones a cumplir, y muy acotadas a los programas de inversión que cada Estado debía realizar en la medida de sus posibilidades. El derecho a la salud, por entonces, se formulaba como un programa de acciones.

No obstante, el uso de la Declaración fue posible merced a la intención directa de la Comisión IDH que, desde sus primeros casos, la aplicó. Así sucedió en "Tribu Ache vs. Paraguay", en el que el país denunciado había negado a la comunidad aborígen, atención y suministro de fármacos durante el curso de una epidemia[48].

También lo hizo en el caso "Yanomami vs. Brasil", cuando declaró que el Estado había violado el derecho a la preservación de la salud y al bienestar de esa comunidad indígena […]

> Por la omisión de haber adoptado oportuna y e'cazmente medidas. En este caso para evitar el considerable número de muertes por epidemias de infuenza, tuberculósis, sarampión, malaria, enfermedades venéreas, etc., que sufrieron los integrantes de esta comunidad como consecuencia de la invasión que se produjo, sin previa y adecuada protección para la seguridad y salubridad de los indios, de trabajadores de la construcción, geólogos, exploradores mineros y colones que llegaron a sus tierras después del descubrimiento de minerales de estaño y otros metales en la región, así como por la construcción de una autopista[49]

5.6 Otro Pacto con jerarquía constitucional es el de *Derechos Civiles y Políticos*, que en cinco oportunidades se refiere al derecho a la salud.

Primero declara en el artículo 12 el derecho a salir del país, que se relaciona con el derecho que tiene toda persona a circular libremente por el territorio, cuando ello sea necesario para proteger la salud. Esta es una disposición que tiene excepciones, por

---

[48] CIDH, Tribu Ache, Paraguay, OEA/Ser.L/V/II.50 Doc. 13 Rev. 1, 2 de octubre 1980, ps. 34-35. la CIDH consideró la negación de atención médica y medicinas durante epidemias como una violación del derecho a la preservación de la salud y al bienestar establecido en la cláusula XI.

[49] Cfr. Parra Vera, Oscar, *La protección del derecho a la salud a través de casos contenciosos ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, en Laura Clérico, Liliana Ronconi y Martín Aldao (coords.), "Tratado de Derecho a la Salud", Abeledo Perrot, Buenos Aires, ps. 761-800, en particular p. 764.

ejemplo, cuando con el permiso de trasponer fronteras se puede diseminar, con probabilidades ciertas, una enfermedad o virus que tenga o pudiera tener la persona.

Se comunica la condición con el artículo 27 de la CADH que impide restringir el mencionado derecho, que en el Pacto de San José de Costa Rica, anida en el derecho a la vida y a la integridad personal, sin que la prohibición de salida sea absoluta en la medida que tenga control jurisdiccional efectivo a través de una vía sencilla y breve.

Sigue, después, en el artículo 18.3 el derecho individual a disponer con toda libertad de manifestarse y desarrollar sus creencias, sin que ellas se puedan alterar salvo que pudieran afectar la salud propia o de la población. La norma se redacta de forma genérica, pero es éste el sentido a interpretar.

Similar encuadre es el que tienen los artículos 18.3; 19.3 y 21 […]

> Art. 18.3.- La libertad de manifestar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos, o los derechos y libertades fundamentales de los demás.
>
> Art. 19.3.- El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesaria para: *a)* Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás; *b)* La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.
>
> Art. 21.- Se reconoce el derecho de reunión pacífica. El ejercicio de tal derecho sólo podrá estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad pública o del orden público, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás.

5.6 Otros documentos internacionales suman disposiciones similares orientadas a proteger situaciones especiales de hecho o de derecho. Así, podemos enumerar la *Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio* del 9 de diciembre de 1948, la Convención Internacional de las Naciones Unidas sobre la *Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial* del 21 de diciembre de 1965, la Convención de las Naciones Unidas sobre la *eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer* del 18 de diciembre de 1979, la Convención de las Naciones Unidas sobre los *Derechos del Niño* del 20 de noviembre de 1989, el

Convenio de las Naciones Unidas sobre la *Diversidad Biológica* del 5 de junio de 1992, las Normas uniformes de las Naciones Unidas sobre la *igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad* aprobadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1993, el Convenio de la OIT (Nº 169) sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes del 27 de junio de 1989, entre muchos más.

6. Interpretación común sobre el derecho a la salud

6.1 No importa cuál sea al documento donde se encuentre previsto el derecho a la salud, como sí interesa observar las pretensiones que tienen posibilidad de acción, de acuerdo con las fuentes de las que provienen los reclamos a formular.

La convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969) establece en el artículo 31, la regla general de interpretación, entendiendo que la pauta común es la buena fe, conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado de que se trate.

En materia de salud, vimos anteriormente, que el criterio puede ser el deber general de cuidado a la salud poblacional, o el deber prestacional de atención y cobertura para el individuo padeciente, siendo ambos objetivos el fin previsto en los tratados y convenciones mencionados.

6.2 Además, a la buena fe sigue el efecto útil que se ha de dar a los tratados, a cuyo fin se permite acudir a medios de interpretación complementarios, en particular a los trabajos preparatorios y a las circunstancias de su celebración para confirmar el sentido, cuando la interpretación dada de acuerdo con la regla general (articulo 31), deje ambiguo u obscuro el sentido, o cuando conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable (articulo 32).

Por tanto, la Corte Nacional sigue este camino y afirma […]

> Si se halla en juego la subsistencia de un derecho social, de principal rango y reconocimiento, tanto en el texto constitucional, como en los tratados internacionales incorporados con esa jerarquía, en el art. 75, inc. 22, y ante la interposición del mecanismo también consagrado constitucionalmente en el art. 43 con el objeto de garantizar de un modo expedito y eficaz su plena vigencia y protección, procede exigir de los órganos

judiciales una interpretación extensiva y no restrictiva sobre su procedencia a fin de no tornar utópica su aplicación[50].

Inclusive, usar otras lecturas alternas le permite decir que […]: Entre las finalidades enumeradas en el preámbulo del Convenio sobre Sustancias Sicotrópicas se encuentra la de evitar que se restrinja indebidamente la disponibilidad de tales sustancias para su uso médico y científico. El logro de esta meta fue asegurado a través de la creación de un mecanismo riguroso para la modificación de las listas anexas al convenio que prevé la intervención de un organismo internacional especializado en la materia[51].

6.3 El impacto que tiene la interpretación se torna ineludible porque determina las líneas maestras para concretar los derechos y garantías que debe el Estado promover y tutelar adecuadamente.

Ahora bien, como el derecho a la salud tiene varias coberturas que cumplimentar, muchas de ellas sujetas al presupuesto disponible, el deber de actuar con acciones positivas le cabe al Estado y a cada una de las provincias, porque es ese el sentido que emplea e impone el artículo 14 bis, párrafo tercero, de la Constitucion Nacional.

De tal manera que la reglamentación del art. 14 bis constitucional no es privativa del gobierno federal y que, en caso de facultades concurrentes, una potestad legislativa nacional y una provincial pueden ejercerse sobre una misma materia sin que de esta circunstancia derive violación de principio o precepto jurídico alguno siempre que no medie una incompatibilidad manifiesta e insalvable entre esas facultades[52].

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobado por la ley 26.378 y con jerarquía constitucional de acuerdo al art. 75, inc. 22 declara que "Los Estados Partes reconocen que las personas con discapacidad tienen derecho a gozar del más alto nivel posible de salud sin discriminación por motivos de discapacidad" (art. 25), y que "los Estados Partes asegurarán que las personas con discapacidad tengan acceso a la justicia en igualdad de condiciones con las demás, incluso mediante ajustes de procedimiento y adecuados a la salud y la edad, para facilitar el desempeño de lasfunciones efectivas de esas personas como participantes directos e indirectos, incluida la declaración como testigos, en

[50] Fallos: 325:3380.

[51] Fallos: 318:2311.

[52] CS, Rodríguez, Roberto y otro c/ Buenos Aires, Provincia de y otro, sentencia de 5 de mayo de 2020.

todos los procedimientos judiciales, con inclusión de la etapa de investigación y otras etapas preliminares" (art. 13)[53].

[53] CS, C., J. C. c/ EN - M° Defensa Ejército s/ daños y perjuicios, sentencia de 30 de abril de 2020.

CAPÍTULO II

EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

1. Importancia del control de convencionalidad

1.1 El control de convencionalidad es una forma de proyectar en el derecho interno los derechos fundamentales emergentes de tratados y convenciones sobre derechos humanos. A veces, la asimilación es amplia y no tiene demasiadas limitaciones más que la simple comprobación de verificar los derechos a tutelar; y en otros, como en Argentina, se restringe a los pactos internacionales que se agregan a la Constitucion Nacional por vía legislativa, igualándolos a la Norma Básica del Estado en su jerarquía de aplicación.

El sentido del artículo 2 de la CADH promueve a interpretar que los derechos que contiene el Pacto de San José de Costa Rica, que estuvieran reconocidos en cada Estado, deben adecuar su cumplimiento y ejecución a los estándares internacionales que se declaran, y al régimen de mejor protección que aconsejan -y obligan- las sentencias de la Corte IDH, como órgano de cierre en la inteligencia final que cada norma acuerda.

Del mismo precepto surge que, cuando no estuvieran contemplados dichas libertades y derechos, el desarrollo progresivo determina que los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de la CADH, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacerlos efectivos.

La Corte IDH, a sabiendas de este compromiso, ha dicho que […]

> Es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean

> mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de "*control de convencionalidad*" entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana[54].

1.2 La obligación general de cada Estado Parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de la CADH, no es solamente un método de incorporación de fuentes a un ordenamiento jurídico específico, sino de promover la efectividad de cuanto se consagra como derechos fundamentales de la persona humana, para que ellos sean útiles (principio de *effet utile*).

La complicación proviene de la omisión de indicar cuáles son las medidas pertinentes para la armonización con el derecho interno, obviamente por depender del carácter de la norma que la requiera y las circunstancias de la situación concreta. Por ello, la Corte interpreta que tal adecuación implica la adopción de medidas en dos vertientes:

a) La supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención o que desconozcan los derechos allí reconocidos u obstaculicen su ejercicio, y

b) la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías.

1.3 Por su parte, el artículo 29 de la CADH traza líneas de interpretación precisas, desde las cuales queda claro que, ninguna disposición puede ser interpretada en el sentido de […]

> a) Permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;

---

[54] Corte IDH, Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Sentencia de 26 de septiembre de 2006 (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), Serie C N° 154, párr. 124; cfr. Gozaíni, Osvaldo A., *Sistema Procesal Interamericano.* Ediar, Buenos Aires, 2016, ps. 457 y ss.

> b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;
>
> c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y
>
> d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

Recordemos que, por su lado, el art. 26, al referirse a los derechos económicos, sociales y culturales, compromete a los Estados Partes a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la *medida de los recursos disponibles*, por vía legislativa u otros medios apropiados.

Hemos puesto en bastardilla ls disponibilidad presupuestaria como supuesto posible de inejecución u omisión reglamentaria, con el fin de poder ensamblar esa actitud con los efectos del control de convencionalidad, pues veremos de inmediato muchos casos resueltos por la Corte IDH, que al decidir declaran derechos y deberes para el cuidado de la salud, cuyos estándares pueden ser controversiales.

Ahora bien, cuando el modelo previsto, o el patrón establecido no se cumple, el Estado deja de lado un deber de cooperación con el Sistema IDH y, al mismo tiempo, provoca la eventual denuncia del afectado por la violación al derecho humano, generando así, no tanto la revisión del caso judicial (en la medida que por la necesidad de agotar todos los recursos, el problema derivado del derecho a la salud se debe judicializar), como sí la apertura de análisis sobre cómo cumple un Estado Parte el derecho que se ha interpretado y orientado para ejecutar con cierto alcance.

1.4 Pero la Corte IDH no tiene competencia para convertirse en una “nueva y última instancia” para resolver los planteamientos originales de los sujetos de un proceso nacional. Esto lo tiene claro el Tribunal Interamericano, como no puede ser de

otra manera. Cobran relevancia las lúcidas reflexiones de Sergio García Ramírez al referirse precisamente sobre esta cuestión[55].

> La Corte Interamericana, que tiene a su cargo el "control de convencionalidad" fundado en la confrontación entre el hecho realizado y las normas de la Convención Americana, no puede, ni pretende –jamás lo ha hecho–, convertirse en una nueva y última instancia para conocer la controversia suscitada en el orden interno. La expresión de que el Tribunal interamericano constituye una tercera o cuarta instancia, y en todo caso una última instancia, obedece a una percepción popular, cuyos motivos son comprensibles, pero no corresponde a la competencia del Tribunal, a la relación jurídica controvertida en este, a los sujetos del proceso respectivo y a las características del juicio internacional sobre derechos humanos.

Esta introducción solo tiene como objetivo poder razonar si todos los estándares, tendencias y orientaciones, que nacen de las sentencias que veremos enseguida, pueden ser aplicados con plenitud en los Estados Parte del Sistema IDH, o admiten repliegues como los previstos en otros tratados y convenciones internacionales, que tienen en cuenta los recursos disponibles y la protección general de la salud solo a través de providencias especiales.

2. Líneas argumentales en las sentencias de la Corte IDH

2.1 Recordemos que en la CADH el derecho a la salud no tiene un espacio concreto, determinando que sea deducido de otras disposiciones como el derecho a la vida (emergente del artículo 4) y el artículo 5 (derecho a la integridad personal) cuyo primer inciso se refiere al derecho que tiene toda persona al respeto de su integridad física, psíquica y moral.

Es una norma que, por su lugar, enfatiza el derecho a la vida digna, evitando que las penas o castigos que deba soportar el condenado, sean inhumanos, crueles o degradantes, sin perjuicio de otros presupuestos que tienen la misma intención tuitiva.

Desde esta perspectiva, el tribunal siempre comienza invocando el derecho a la vida como el más importante de los derechos fundamentales, aseverando que es un requisito ineludible para que se puedan disfrutar otras libertades y garantías.

---

[55] Párr. 3 del voto razonado formulado por el juez Sergio García Ramírez, a propósito de la sentencia emitida en el Caso Vargas Areco vs. Paraguay. Sentencia de 26 de septiembre de 2006 (Fondo, Reparaciones y Costas). Serie C Nº 155.

> La vida misma es un derecho humano fundamental, cuyo goce es un prerrequisito para el disfrute de todos los demás derechos humanos. De no ser respetado, todos los derechos carecen de sentido. En razón del carácter fundamental del derecho a la vida, no son admisibles enfoques restrictivos del mismo. En esencia, el derecho fundamental a la vida comprende, no sólo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que no se le impida el acceso a las condiciones que le garanticen una existencia digna. Los Estados tienen la obligación de garantizar la creación de las condiciones que se requieran para que no se produzcan violaciones de ese derecho básico y, en particular, el deber de impedir que sus agentes atenten contra él[56].

De todos modos, partir del derecho a la vida como lo hizo en estas primeras sentencias la Corte IDH, debe leerse conforme las circunstancias donde se aplica, es decir, en casos de ejecuciones extrajudiciales, desapariciones forzadas y muertes imputables a la falta de adopción de medidas por parte de los Estados.

2.2 Otra observación preliminar a realizar, es advertir que no hay estándares precisos ni construcciones estructurales que permitan definir claramente el objetivo de consolidación que se pretende aplicar.

Quizás sea producto de dos razones muy importantes. La primera, el carácter programático del artículo 26 de la CADH que responsabiliza a los Estados "en la medida de los recursos disponibles", previsión que relativiza la obligatoriedad de la manda; y, en segundo lugar, la limitación de la tutela supranacional que dispone el Protocolo de San Salvador que excluye la posibilidad de denunciar la violación del derecho a la salud ante los órganos del Sistema IDH[57].

No obstante, la incursión en problemas de salud se ha considerado para establecer que las violaciones en este campo, no necesita encontrar un responsable

---

[56] Corte IDH. Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C Nº 63, párr. 144. En el mismo sentido: Caso Ximenes Lopes vs. Brasil. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C Nº 149, párr. 124; Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in vitro) vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 noviembre de 2012 Serie C Nº 257, párr. 172; Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros vs. Honduras. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de octubre de 2015. Serie C Nº 304, párr. 262; Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C Nº 349, párr. 145, entre muchos más.

[57] Loianno, Adelina, *Derecho a la vida y a la salud,* en "Tratado de Control de Constitucionalidad y de Convencionalidad", Tomo 3 (Derechos y Garantías" (Jorge Alejandro Amaya – Director). Astrea, Buenos Aires, 2018, p. 97. Conviene aclarar que, este punto de la justiciabilidad del derecho a la salud, es el conflicto más evidente en las sentencias que analizamos, y que muestra las asimetrías de pensamiento en el caso Suarez Peralta vs. Ecuador (voto razonado de Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot)

directo, ni determinar la culpabilidad de sus autores o la intencionalidad que tuvieran. Tampoco es preciso identificar individualmente a los agentes a quienes se atribuyen los hechos violatorios. Todo esto sería de lógica pura en un proceso de revisión que, por su propia naturaleza, no corresponde al tribunal realizar.

En consecuencia, el temperamento del tribunal internacional afirma que, resulta suficiente demostrar que se han verificado acciones u omisiones que hayan permitido la perpetración de esas violaciones o que exista una obligación del Estado que fuera incumplida. Este es el estándar y desde aquí se podrá razonar el cometido.

2.3 Una de las imposiciones que recibe el Estado en su posición de garante, con el objetivo de proteger y garantizar el derecho a la vida, es la de generar condiciones mínimas compatibles con la dignidad de la persona humana, así como asumir que no deben producir presupuestos o requerimientos que dificulten o impidan aquella garantía.

En este sentido, el Estado tiene el deber de adoptar acciones positivas, concretas y orientadas a la satisfacción del derecho a una vida plena, en especial cuando se trata de personas en situación de vulnerabilidad y riesgo, cuya atención se vuelve prioritaria[58].

> La Corte debió establecer si el Estado generó condiciones que agudizaron las dificultades de acceso a una vida digna de los miembros de la Comunidad Yakye Axa y si, en ese contexto, adoptó las medidas positivas apropiadas para satisfacer esa obligación, que tomen en cuenta la situación de especial vulnerabilidad a la que fueron llevados, afectando su forma de vida diferente (sistemas de comprensión del mundo diferentes de los de la cultura occidental, que comprende la estrecha relación que mantienen con la tierra) y su proyecto de vida, en su dimensión individual y colectiva, a la luz del corpus juris internacional existente sobre la protección especial que requieren los miembros de las comunidades indígenas, a la luz de lo expuesto en el artículo 4 de la Convención, en relación con el deber general de garantía contenido en el artículo 1.1 y con el deber de desarrollo progresivo contenido en el artículo 26 de la misma, y de los artículos 10 (Derecho a la Salud); 11 (Derecho a un Medio Ambiente Sano); 12 (Derecho a la Alimentación); 13 (Derecho a la Educación) y 14 (Derecho a los Beneficios de la Cultura) del Protocolo Adicional a la

[58] Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay. Fondo. Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C Nº 125, párr. 162.

> Convención Americana en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales[204], y las disposiciones pertinentes del Convenio Nº169 de la OIT.

El uso conjunto de varios tratados es un mecanismo de interdependencia que se vuelve pertinente ante la generalidad del Pacto, el que mediante esta articulación entre los derechos civiles y políticos con los económicos, sociales y culturales, más otros de menor especificidad, van formando un *corpus iuris internacional,* sin jerarquía entre sí, que son exigibles en todos los casos, ante las autoridades que resulten competentes para ello.

2.4 Asimismo, la interacción que tienen los ordenamientos encuentran un objetivo común que asienta en impedir contrariedades que diluyan los avances logrados. El principio de progresividad va de la mano del de no regresividad, que no siempre deberá ser entendido como una prohibición de medidas que restrinjan el ejercicio de un derecho.

Al respecto, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas ha señalado que […]

> Las medidas de carácter deliberadamente regresivo requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que el Estado disponga[59]. En la misma línea, se considera que para evaluar si una medida regresiva es compatible con la CADH, se deberá determinar si se encuentra justificada por razones de suficiente peso. En consecuencia, cabe afirmar que la regresividad resulta justiciable cuando de derechos económicos, sociales y culturales se trate[60].

2.5 Entonces, el derecho a la vida es el punto de partida. Toda persona tiene garantizada la buena intención del *corpus iuris internacional* para que la integridad de aquella comprenda varias subdefensas o desprendimientos del derecho madre, desgranado en dos aspectos esenciales.

---

[59] Naciones Unidas, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 3, p. 87.

[60] Corte IDH. Caso Acevedo Buendía y otros ("Cesantes y Jubilados de la Contraloría") vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2009. Serie C Nº 1981, párr. 103.

El primero corresponde al derecho a la vida, donde la salud forma parte esencial del deber de cuidado y atención que el Estado ha de prestar de manera progresiva y continua. Es un derecho de contenido colectivo, en el sentido de pertenecer a todos los que componen la sociedad o la población, siendo los requerimientos por su cumplimiento, de carácter genérico o individual. Toda persona o grupo de ellas, sean o no afectados, pueden ser actores, por tener en su ámbito el derecho a reclamar por derechos emanados de su propia naturaleza. De suyo, es un derecho que también se puede personalizar con el alcance de los presupuestos procesales para contar con representación adecuada.

Esta parte del derecho no significa actuar a requerimiento del que se considera afectado, porque la garantía reclama que sea el Estado quien realice acciones positivas.

> Del artículo 26 de la CADH se desprenden dos tipos de obligaciones. Por un lado, la adopción de medidas generales de manera progresiva y por otro lado la adopción de medidas de carácter inmediato. Respecto de las primeras, la realización progresiva significa que los Estados partes tienen la obligación concreta y constante de avanzar lo más expedita y eficazmente posible hacia la plena efectividad de los DESCA, ello no debe interpretarse en el sentido que, durante su periodo de implementación, dichas obligaciones se priven de contenido específico, lo cual tampoco implica que los Estados puedan aplazar indefinidamente la adopción de medidas para hacer efectivos los derechos en cuestión, máxime luego de casi cuarenta años de la entrada en vigor del tratado interamericano. Asimismo, se impone por tanto, la obligación de no regresividad frente a la realización de los derechos alcanzados. Respecto de las obligaciones de carácter inmediato, éstas consisten en adoptar medidas eficaces, a fin de garantizar el acceso sin discriminación a las prestaciones reconocidas para cada derecho. Dichas medidas deben ser adecuadas deliberadas y concretas en aras de la plena realización de tales derechos. En virtud de lo anterior, las obligaciones convencionales de respeto y garantía, así como de adopción de medidas de derecho interno (artículos 1.1 y 2), resultan fundamentales para alcanzar su efectividad[61].

El segundo es de contenido particular. Toda persona tiene derecho a que el Estado lo cuide, e invierta en salud en la medida de los recursos disponibles. Es una obligación que exige la intervención directa y organizada del poder central, que evite en un sistema federativo como el nuestro, que cada provincia o municipio, anteponga intereses singulares cambiando la política de preferencias y prioridades.

---

[61] Corte IDH. Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile, cit., párr. 104

No se trata de fomentar decisiones centralistas o autoritarias, sino de mantener el estándar de supervisión y fiscalización estatal sobre instituciones de salud, públicas y privadas. En efecto, la Corte IDH dice […]

> Cuando se trata de competencias esenciales relacionadas con la supervisión y fiscalización de la prestación de servicios de interés público, como la salud, la atribución de responsabilidad puede surgir por la omisión en el cumplimiento del deber de supervisar la prestación del servicio para proteger el bien respectivo. En este aspecto, una eventual atención médica en instituciones sin la debida habilitación, sin estar aptas en su infraestructura o en su higiene para brindar prestaciones médicas, o por profesionales que no cuenten con la debida calificación para tales actividades, podría conllevar una incidencia trascendental en los derechos a la vida o a la integridad del paciente. De esta forma, dicha obligación de supervisión y fiscalización se debe actualizar de manera constante, particularmente cuando de los servicios de urgencia médica se trate[62]

La protección asiste al individuo en diversas facetas del compromiso asumido, que son indiferente a situaciones de padecimientos que el propio afectado sufra a consecuencia de su descuido (v.gr.: la adicción con narcóticos no es atribuible; como tampco lo son las enfermedades del alcohólico, la obersidad, el tabaco, entre otras), donde el Estado debe asistir con la atención inmediata, de urgencia, así como para el tratamiento de ellas, pero no tiene culpa ni es responsable por el origen o las secuelas de cada una de estas enfermedades.

> La obligación de garantía que tienen los Estados parte, se proyecta más allá de la relación entre los agentes estatales y las personas sometidas a su jurisdicción, abarcando asimismo el deber de prevenir, en la esfera privada, que terceros vulneren los bienes jurídicos protegidos[63]. No obstante, la Corte ha considerado que un Estado no puede ser responsable por cualquier violación de derechos humanos cometida entre particulares dentro de su jurisdicción. El carácter *erga omnes* de las obligaciones convencionales no implica una responsabilidad ilimitada de los mismos frente a cualquier acto o hecho de particulares; pues, aunque un acto, omisión o hecho de un particular tenga como consecuencia jurídica la violación de determinados derechos humanos de otro particular, aquel no es automáticamente atribuible al Estado, sino que corresponde atenderse a las circunstancias particulares del caso y a la concreción de dichas obligaciones de garantía[64].

---

[62] Corte IDH. Caso Suárez Peralta vs. Ecuador. Sentencia de 21 de mayo de 2013, Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C Nº 261, párr. 132.

[63] Corte IDH, Caso Suarez Peralta vs. Ecuador, cit., párr. 129.

[64] Corte IDH. Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs Colombia. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C Nº 140, párr. 123.

En el aspecto individual, la persona tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud, a cuyo fin ha de tener disponible el acceso a servicios esenciales (profesionales, sanidad y establecimientos). La operatividad de esta obligación comienza con el deber de regulación, por lo que la Corte IDH indica que los Estados son responsables de reglamentar con carácter permanente la prestación de servicios (tanto públicos como privados) y la ejecución de programas nacionales relativos al logro de una prestación de servicios de calidad[65].

> Ya hemos anticipado la opinión del Tribunal internacional en este aspecto, y agrega que […] para efectos de las prestaciones médicas de urgencia, los Estados deben garantizar, al menos, los siguientes estándares: a) Respecto a la *calidad*, se debe contar con la infraestructura adecuada y necesaria para satisfacer las necesidades básicas y urgentes. Esto incluye cualquier tipo de herramienta o soporte vital, así como también disponer de recurso humano calificado para responder ante urgencias médicas. b) Respecto a la *accesibilidad*, los establecimientos, bienes y servicios de emergencias de salud deben ser accesibles a todas las personas. La accesibilidad entendida desde las dimensiones superpuestas de no discriminación, accesibilidad física, accesibilidad económica y acceso a la información. Proveyendo de esta forma un sistema de salud inclusivo basado en los derechos humanos. c) Respecto a la *disponibilidad*, se debe contar con un número suficiente de establecimientos, bienes y servicios públicos de salud, así como de programas integrales de salud. La coordinación entre establecimientos del sistema resulta relevante para cubrir de manera integrada las necesidades básicas de la población. d) Respecto de la *aceptabilidad*, los establecimientos y servicios de salud deberán respetar la ética médica y los criterios culturalmente apropiados. Además, deberán incluir una perspectiva de género, así como de las condiciones del ciclo de vida del paciente. El paciente debe ser informado sobre su diagnóstico y tratamiento, y frente a ello respetar su voluntad[66].

3. El derecho a la salud en las sentencias de la Corte IDH

3.1 El tema de la judicialización de los DESCA fue tratado por la Corte IDH en algunas oportunidades. Una de ellas fue en el caso "Cinco Pensionistas vs. Perú"[67], que trata una posible vulneración de derechos previsionales de individuos que denuncian a Perú, en razón de haber el Estado modificado en perjuicio de ellos ("cinco pensionnistas") los haberes que venían cobrando.

---

[65] Corte IDH. Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile, cit., párr. 119

[66] Corte IDH. Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile, cit., párr. 120.

[67] Corte IDH. Caso "Cinco Pensionistas" vs. Perú. Sentencia de 28 de febrero de 2003 (Fondo, Reparaciones y Costas). Serie C Nº 98.

En uno de los párrafos de la sentencia dice […]

> Los derechos económicos, sociales y culturales tienen una dimensión tanto individual como colectiva. Su desarrollo progresivo, sobre el cual ya se ha pronunciado el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas se debe medir, en el criterio de este Tribunal, en función de la creciente cobertura de los derechos económicos, sociales y culturales en general, y del derecho a la seguridad social y a la pensión en particular, sobre el conjunto de la población, teniendo presentes los imperativos de la equidad social, y no en función de las circunstancias de un muy limitado grupo de pensionistas no necesariamente representativos de la situación general prevaleciente[68].

La manifestación puso en alerta la operatividad del artículo 26 CADH porque dejó de lado la llamada obligación de desarrollo progresivo, ante la particularidad del reclamo social que habían interpuesto las cinco presuntas víctimas, que fueron consideradas como no reprsentativas de un derecho social en crisis.

Por otra parte, el artículo constituye un programa a cumplir en el derecho interno y mediante cooperación internacional, donde los aspectos técnicos y económicos han de adecuarse a las formas de producción normativa y los recursos disponibles al efecto.

3.2 Unos años después el tribunal reconsidera la decisión, observando que la ubicación en el Pacto de los derechos económicos, sociales y culturales, permitía trabajar con los deberes y derechos que señalaba la Parte I con el título: "Deberes de los Estados y Derechos Protegidos" y, por ende, consideró que ellos quedaban alcanzados por las obligaciones generales contenidas en los artículos 1.1 y 2 de la CADH.

Nos referimos al caso "Acevedo Buendía vs. Perú"[69] donde sin variar en demasía los argumentos antes expuestos, ahora considera pertinente recordar la interdependencia existente entre los derechos civiles y políticos y los económicos, sociales y culturales, sosteniendo que todos debían interpretarse como derechos humanos, sin jerarquía entre sí y exigibles en todo tiempo.

Conviene señalar la advertencia que se reclama sobre el uso del justificativo de la escasez presupuestaria, pidiendo el tribunal que se atienda el deber de asegurar el mejor estándar y aprovechando la plenitud de los recursos disponibles.

---

[68] Corte IDH. Caso "Cinco Pensionistas" vs. Perú, cit., párr. 157.

[69] Corte IDH. Caso Acevedo Buendía y otros "Cesantes y jubilados de la Contraloría) vs. Perú. Sentencia de 1 de Julio de 2009. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C Nº 198, párr.101.

3.3 Se desprende de lo brevemente expuesto, que la Corte IDH no se arroja a dar estándares para el derecho a la salud. Solamente instala la garantía protegiéndola con patrones de amplia interpretación, que pueden, por tanto, ser leídos antojadizamente, mucho más, cuando se amparan en justificaciones toleradas como los recursos disponibles y las condiciones de cada Estado.

Esa misma flexibilidad queda desprovista de resguardos, y permite forzar desde la significación del derecho a la vida y a la integridad personal, aspectos que amplían el cuadro de protección que tiene el art. 26 CADH, aun cuando se admite el restriccionismo que de este precepto se desprende.

Pero no es pacífica la doctrina de la Corte que razona con esta orientación intelectual. En su tiempo, la jueza Margarette Macaulay, en el caso "Furlan y familiares vs. Argentina"[70] , alegó […]

> Considerando que el Protocolo de San Salvador podría ser utilizado para la interpretación del alcance de las disposiciones de la Convención Americana, en mi opinión es necesario establecer los detalles específicos. Aunque el Protocolo de San Salvador establece que entre los derechos sociales que éste consagra solamente el derecho a la educación y ciertos derechos sindicales serán justiciables (artículo 19), este Protocolo no establece ninguna disposición cuya intención fuera limitar el alcance de la Convención Americana. Por ende, al interpretar la Convención, se debe realizar una interpretación sistemática de ambos tratados, tomando en cuenta su propósito. Además, la Convención de Viena exige una interpretación de buena fe de los términos del artículo 26, tal y como se realizó anteriormente para determinar el alcance de la remisión textual que se llevó a cabo sobre el artículo mencionado anteriormente en relación a la Carta de la OEA y su relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención. Esta interpretación de buena fe, requiere del reconocimiento de que la Convención Americana no establece distinciones al señalar que su jurisdicción cubre todos los derechos establecidos entre los artículos 3 y 26 de la Convención. Además, el artículo 4 del Protocolo de San Salvador establece que ningún derecho reconocido o vigente en un Estado puede ser restringido o infringido en virtud de los instrumentos internacionales, con la excusa de que el Protocolo mencionado anteriormente no lo reconoce o lo reconoce a un menor grado. Finalmente, la Convención de Viena declara que una interpretación no debería derivar en un resultado manifiestamente absurdo o irracional. En este sentido, la conclusión que el Protocolo de San Salvador limita el alcance de la Convención, derivaría en la absurda consideración de que la Convención Americana podría tener ciertos efectos entre los Estados Partes del Protocolo de San

[70] Corte IDH. Caso Furlan y familiares vs. Argentina. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C Nº 246.

> Salvador, y a la vez tener otro efecto distinto para los Estados que no son partes en dicho Protocolo[71].

3.4 La polémica persiste, porque mientras alguno sostienen la plataforma netamente programática del artículo 26 del Pacto, otros la articulan con disposiciones del mismo ordenamiento, en la idea de que todo es un *corpus iuris* internacional, acoplado también con los demás tratados internacionales que, para el derecho de salud, sean congruentes.

Refiere Parra Vera que, este uso alternativo entre derechos conectados, se observa con el uso del derecho a la vida digna […]

> Al respecto, en el caso Villagrán Morales y otros vs. Guatemala, referido a la ejecución extrajudicial de "niños de la calle" que vivían en una situación de pobreza privados de mínimas condiciones de una vida digna, la Corte desarrolló una interpretación amplia del derecho a la vida para incluir en él las condiciones dignas de existencia: […] "en esencia, el derecho fundamental a la vida comprende, no sólo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que no se le impida el acceso a condiciones que le garanticen una existencia digna. Los Estados tienen la obligación de garantizar la creación de las condiciones que se requieren para que no se produzcan violaciones de ese derecho básico y, en particular, el deber de impedir que sus agentes atenten contra él"[72]. Este criterio fue reiterado en el caso *Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay*, donde la Corte analizó la situación de niños privados de su libertad. Algunos de ellos habían fallecido en diversas circunstancias ocurridas en el centro de reclusión. La Corte IDH consideró que […] "la protección de la vida del niño requiere que el Estado se preocupe particularmente de las circunstancias de la vida que llevará mientras se mantenga privado de libertad"[73] y, en consecuencia, […] "un Estado tiene, respecto de niños privados de libertad y, por lo tanto, bajo su custodia, la obligación de, inter alia,

---

[71] Corte IDH. Caso Furlan y familiares vs. Argentina, voto particular, párr. 8. Agrega en el párafo 11: En el presente caso, como se mencionó anteriormente, se podría dar a entender que aunque el Estado se refirió a la existencia de leyes y políticas que podrían haberle permitido a Sebastián Furlan obtener acceso a esquemas de seguridad social y a servicios gratuitos de salud pública, no hay información sobre las regulaciones y evidencia específica que desmienta los problemas de accesibilidad enfrentados por Sebastián Furlan ni teniendo en cuenta el comportamiento de Danilo Furlan considerado como irracional en dichas ocasiones en que él y su familia no comparecieron ante las autoridad de salud. Se entiende claramente que varias de las obligaciones del Estado, establecidas por el derecho internacional y también en la esfera interna, se asumieron de manera desproporcional, por el grupo familiar de Sebastián Furlan, cuyos miembros no tuvieron suficientes recursos económicos para manejar la discapacidad mental de la víctima.

[72] Corte IDH. Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C Nº 63, párr. 144.

[73] Corte IDH. Caso Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C Nº 112, párr. 160.

> proveerlos de asistencia de salud y educación" (párr. 161). Cabe resaltar que en dicho caso los representantes de las víctimas alegaron la violación del artículo 26 por la no garantía de niveles mínimos de satisfacción de los derechos sociales y el Estado se allanó frente a dicho derecho. Sin embargo, para fijar el alcance del derecho a la vida, el Tribunal tuvo en cuenta derechos sociales consagrados en la Convención sobre los Derechos del Niño y el Protocolo de San Salvador, razón por la cual consideró innecesario pronunciarse, en el caso concreto, respecto al artículo 26[74].

Claro está que las líneas argumentales solo tienen a la salud como una cuestión de soslayo, a tono con la prioridad declarada del derecho a la vida. Son muchos más los casos donde el tribunal internacional vincula ambos derechos y se pronuncia dando contenidos específicos.

4. Variables analizadas en las sentencias de la Corte IDH

4.1 En verdad, las denuncias que llegan al Sistema IDH se multiplican con relación a los derechos emergentes del globalizado derecho a la salud. En tiempos que estamos escribiendo esta obra, ya se toma noticia de las demandas colectivas que Europa viene gestando contra los Estados que no asistieron, como se esperaba, a las víctimas del COVID-19.

La historia dirá sobre los alcances que tiene la garantía. Por ahora, se puede esquematizar lo siguiente. La Corte IDH no analiza el derecho a la salud como un derecho independiente[75], pero lo presenta como obligaciones emergentes del derecho a la vida, a su vez dividida en:

a) Derecho a la integridad personal;
b) Derecho a la vida digna;
c) Obligación de atender y asistir en cuidados médicos y asistenciales, incluido en este sector, el deber de fiscalizar la ejecución y cumplimiento;
d) Obligaciones de seguridad médica en establecimientos penitenciarios o similares;
e) Atención de derechos sexuales o reproductivos.

Cada uno de ellos se verifica en los casos siguientes:

---

[74] Parra Vera, ob. cit., Cap. XXX ps. 775 y ss.

[75] Excepción hecha del voto razonado de Eduardo Ferrer Mac-Gregor en Suarez Peralta vs. Ecuador (2013), que no consiguiço abrir camino, aunque formalizó la polémica.

4.2 La *integridad personal* tiene en el caso "Ximenes Lópes vs. Brasil"[76], una referencia ineludible. Se trata de una persona con capacidades mentales disminuídas que se encuentra alojada en una casa de reposo, donde encuentra su muerte mientras estaba sometido a un tratamiento psiquiátrico, después de tener tres (3) días de internación.

El establecimiento era privado pero dependía del sistema público de salud del Brasil. El informe de la Comisión manifiesta que los hechos estaban agravados por la situación de vulnerabilidad que tienen las personas con discapacidad mental, así como por la especial obligación del Estado de brindar protección a las personas que se encuentran bajo el cuidado de centros de salud que funcionan dentro del Sistema Único de Salud del Estado.

Brasil reconoce la responsabilidad por los hechos que se le atribuyen; dando lugar a la Corte para considerar que se reconocían consecuencias a satisfacer, en orden a los derechos consagrados en los artículos 4 (Derecho a la vida) y 5 (Derecho a la integridad Personal) de la CADH, en conexión con el artículo 1.1 (Obligación de respetar los derechos) de la misma.

> Teniendo en cuenta las responsabilidades que le incumben de proteger los derechos humanos y dada la naturaleza del presente caso, el Tribunal estima que dictar una sentencia en la cual se determine la verdad de los hechos y los elementos del fondo del asunto, así como las correspondientes consecuencias, constituye una forma de reparación para el señor Damião Ximenes Lopes y sus familiares y, a la vez, una manera de contribuir a evitar que se repitan hechos similares[77].

La muerte dentro de un establecimiento asistencial debía explicarse, pero como estaba reconocida la responsabilidad internacional, el tribunal dispone esclarecer los motivos por los que existía esa atribución de culpa.

Los supuestos de responsabilidad estatal por violación a los derechos consagrados en la Convención, pueden ser tanto las acciones u omisiones atribuibles a

---

[76] Corte IDH. Caso Ximenes Lopes vs. Brasil. Sentencia de 4 de julio de 2006, Serie C Nº 149. No es la primera sentencia que se relaciona con esta faceta del derecho, sino la mejor elaborada. Después se aplicó, entre otros, en Furlan y Familiares vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012, Serie C Nº. 246; Caso Vera Vera y otra vs. Ecuador. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de mayo de 2011, Serie C Nº 226; Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010, Serie C Nº 214; Caso Albán Cornejo y otros vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2007, Serie C Nº 171, etc.

[77] Corte IDH. Ximenes Lópes vs. Brasil, cit., párr. 81.

órganos o funcionarios del Estado, como la omisión del Estado en prevenir que terceros vulneren los bienes jurídicos que protegen los derechos humanos.

No obstante -dice la Corte IDH-, entre esos dos extremos de responsabilidad, se encuentra la conducta descrita en la Resolución de la Comisión de Derecho Internacional[78], de una persona o entidad, que si bien no es un órgano estatal, está autorizada por la legislación del Estado para ejercer atribuciones de autoridad gubernamental. Dicha conducta, ya sea de persona física o jurídica, debe ser considerada un acto del Estado, siempre y cuando estuviere actuando en dicha capacidad[79].

Es decir, la acción de toda entidad, pública o privada, que está autorizada a actuar con capacidad estatal, se encuadra en el supuesto de responsabilidad por hechos directamente imputables al Estado, tal como ocurre cuando se prestan servicios en nombre del Gobierno.

Esta afirmación fue suficiente para comprender que, cualquiera sea la forma como se presta el servicio de atención médica y el lugar donde se realice, aunque exista delegación, o tercerización de servicios, el Estado mantiene la titularidad obligacional. Es la responsable en primer grado, porque también a ese acto de servicio debe sumar el control sobre el derecho prestacional.

> La delegación a la iniciativa privada de proveer esos servicios, exige como elemento fundamental la responsabilidad de los Estados en fiscalizar su ejecución, para garantizar una efectiva protección de los derechos humanos de las personas bajo su jurisdicción y para que los servicios públicos sean provistos a la colectividad sin cualquier tipo de discriminación, y de la forma más efectiva posible[80].

Con relación a la salvaguarda de la vida y la integridad personal, el tribunal atiende la situacion de vulnerabilidad que tiene la víctima, y confronta que, en la internación había sufrido torturas y otras formas de trato cruel, inhumano o degradante. Ese dato fue objeto de atención particular, como un modo de elaborar una diferencia con el derecho a la salud, llamémoslo clásico.

---

[78] Cfr. Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos. Comisión de Derecho Internacional 53° sesión, 2001. Documento de la ONU A/56/10. Texto introducido en el anexo de la Resolución 56/83 de 28 de enero de 2002, de la Asamblea General de las Naciones Unidas.

[79] Corte IDH. Ximenes Lópes vs. Brasil, cit., párr. 86.

[80] Corte IDH. Ximenes Lópes vs. Brasil, cit., párr. 96.

En este, se venía repitiendo que los Estados tienen la obligación de garantizar la creación de las condiciones mínimas que consigan la mejor atención y eviten que se produzcan violaciones a ese derecho inalienable a la salud, comprendida dentro de una vida digna.

Las torturas y demás agravios socavaron la integridad personal, y se vincularon con los artículos 4 y 5.1 CADH, para dar cobertura al derecho principal que se encontraba manifiestamente violentado. La responsabilidad sumaba otro eslabón, asentado en que el Estado no tenía establecido un sistema de justicia efectivo capaz de investigar, castigar y reparar toda privación de la vida por parte de agentes estatales o particulares; y salvaguardar el derecho a que no se impida el acceso a las condiciones que garanticen una vida digna, lo que incluye la adopción de medidas positivas para prevenir la violación de este derecho[81].

> La Corte ya ha establecido que "la infracción del derecho a la integridad física y psíquica de las personas es una clase de violación que tiene diversas connotaciones de grado y que abarca desde la tortura hasta otro tipo de vejámenes o tratos crueles, inhumanos o degradantes cuyas secuelas físicas y psíquicas varían de intensidad según los factores endógenos y exógenos que deberán ser demostrados en cada situación concreta"[82].
>
> Es decir, las características personales de una supuesta víctima de tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes, deben ser tomadas en cuenta al momento de determinar si la integridad personal fue vulnerada, ya que tales características pueden cambiar la percepción de la realidad del individuo, y por ende, incrementar el sufrimiento y el sentido de humillación cuando son sometidas a ciertos tratamientos[83].

El resto de la sentencia desarrolla las condiciones como debiera ser atendido una persona con discapacidad mental, poniendo énfasis en el cuidado de aquellas que se encuentran internadas, ponderando que la finalidad última de la prestación de servicios de salud, es la mejoría de la condición de salud física o mental del paciente, lo que incrementa significativamente las obligaciones del Estado, y le exige la adopción de las medidas disponibles y necesarias para impedir el deterioro de la condición del paciente y optimizar su salud.

---

[81] Corte IDH. Ximenes Lópes vs. Brasil, cit., párr. 125.

[82] Corte IDH. Caso Loayza Tamayo vs. Perú. Sentencia de 17 de septiembre de 1997. Serie C Nº 33, párr. 57.

[83] Corte IDH. Ximenes Lópes vs. Brasil, cit., párr. 127.

Finalmente, señala otra vez, el deber de investigar y de custodiar la ejecución del plan de salud, marcando que el Estado tiene responsabilidad internacional por incumplir, su deber de cuidar y de prevenir la vulneración de la vida y de la integridad personal, así como su deber de regular y fiscalizar la atención médica de salud, los que constituyen deberes especiales derivados de la obligación de garantizar los derechos consagrados en los artículos 4 y 5 de la CADH.

4.3 La declaración de conseguir una *vida digna* se vincula con el derecho a la salud[84] en varias sentencias que reproducen la calidad de vida de las víctimas presuntas. La Corte relaciona la desventura de comunidades aborígenes para superar enfermedades y lograr atenciones en el marco de los deberes que al Estado se le imponen.

Paraguay, había sido condenado por no respetar la personalidad jurídica de las poblaciones aborígenes[85], tornando invisible a las comunidades, y relativizando los deberes de prevenir, mitigar y superar los riesgos en salud.

Se observa ahora, cómo se proyecta desde un derecho diferente, el impacto sobre la necesidad de cuidar la salud, donde se encontraron muchas personas en situación de desnutrición, anemia, morbilidad y mortalidad, sin que el Estado le hubiera creado condiciones mínimas de atención.

En el caso del Estado paraguayo las soluciones habían partido de globalizar todo el cuadro de poblaciones vulnerables, y en la medida de los recursos disponibles. La

---

[84] Cfr. Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. Sentencia de 24 de agosto de 2010, Fondo, Reparaciones y Costas; Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005, Serie C Nº 125; Caso "Instituto de Reeducación del Menor" vs. Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004, Serie C Nº 112, y Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y Otros) vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C Nº 63.

[85] En el caso de la Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay, se consideró que los integrantes de la comunidad habían permanecido en un limbo legal en que, si bien nacieron y murieron en el Paraguay, su existencia misma e identidad nunca estuvo jurídicamente reconocida, es decir, no tenían personalidad jurídica (Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C Nº 146, párr. 73. En el presente caso se presentan las mismas falencias que la Corte determinó en el caso Sawhoyamaxa. Varias de las personas que fallecieron no tenían actas de nacimiento, o al menos no fueron aportadas, ni tampoco se levantaron las respectivas actas de defunción, careciéndose de los documentos de identidad esenciales para la determinación de derechos civiles. En consecuencia, la Corte concluye que si bien el Estado ha realizado esfuerzos para superar la situación de sub-registro de los miembros de la Comunidad, del acervo probatorio se desprende que no ha garantizado el acceso adecuado a los procedimientos de registro civil, atendiendo a la particular situación de vida que enfrentan los miembros de la Comunidad, a fin de lograr la expedición de documentos de identificación idónea a su favor.

Corte IDH le dice: “El deber del Estado de tomar medidas positivas para proteger el derecho a la vida, aún cuando comprenda prestaciones que ponga a disposición de poblaciones vulnerables afectadas por la extrema pobreza, no puede limitarse a ellas, ya que la referida asistencia al no atacar los factores productores de pobreza en general, y de pobreza extrema en especial, no pueden crear las mencionadas condiciones para una vida digna […]

> En los avances del Derecho Internacional de los Derechos Humanos se requiere que la comunidad internacional asuma que la pobreza, y particularmente la pobreza extrema, es una forma de negación de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos y culturales, y actúe en consecuencia, de modo a facilitar la identificación de perpetradores sobre los cuales recae la responsabilidad internacional. El sistema de crecimiento económico ligada a una forma de globalización que empobrece a crecientes sectores constituye una forma “masiva, flagrante y sistemática de violación de derechos humanos”, en un mundo crecientemente interdependiente. En esta interpretación del derecho a la vida que acompañe la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales se debe prestar atención a causas productoras de pobreza extrema y a los perpetradores que están detrás de ellas. En esta perspectiva no cesan las responsabilidades internacionales del Estado de Paraguay y de los otros Estados Signatarios de la Convención Americana, pero las mismas son compartidas con la Comunidad Internacional que requiere de nuevos instrumentos[86].

Se asocia de inmediato esta doctrina con otros precedentes, los que giran en derredor de la educación como necesidad primera, y de abastecimiento para poder susbistir y cuidarse. Se menciona el derecho a tener tierras para cultivar; a tener agua y otros recursos, todo alineados en los pilares fundamentales para garantizar el disfrute de una vida digna por parte de la población y especialmente los niños, que en virtud de su condición se hallan a menudo desprovistos de los medios adecuados para la defensa eficaz de sus derechos[87].

El antecedente de esta interpretación fue el caso, antes citado, de “Villagrán Morales y otros vs. Guatemala”, que puso de manifiesto la situación de los “niños de la calle” que, viviendo en abandono y sin protección alguna, quedaban despojados de seguridad y prevención sanitaria, unida a la ejecucion extrajudicial que de ellos habían hecho las fuerzas de seguridad.

---

[86] Voto concurrente del juez Eduardo Vio Grossi en el Caso Comunidad Indígena Xàrmok Ákmok Kásek vs. Paraguay. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 27.

[87] Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Xàrmok Ákmok Kásek vs. Paraguay., cit., párr. 258.

4.4 La arquitectura del derecho a la vida permitió actuar con el activismo que se desarrolla. El paso siguiente fue establecer que para cuidar la salud con eficacia, los Estados debían atender que los establecimientos asistenciales, públicos y privados, fueran responsables de la salud de los habitantes del Estado.

El precedente del caso "Ximenes Lópes vs. Brasil" había construido el diseño a elaborar. La idea no era compleja, como sí podía serlo la ejecución.

Cuando la atención de salud es pública, es el Estado el que presta el servicio directamente a la población. Ocurre que la salud es pública, y la atención es primordialmente del mismo grado de inversión y desarrollo.

En cambio, si los establecimientos son privados, y organizan la prestación del servicio mediante contratos de asistencia y tratamiento, esta relación entre pacientes y prestadores no cambia la fisonomía del deber de cuidado a cargo del Estado.

En el caso "Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador"[88], se analizó la situación de los bancos de sangre implementados en el derecho interno, que debían cumplir con la obligación de respeto a los códigos de ética médica, y a contar con establecimientos sanitarios apropiados.

Con relación al punto de vista de los profesionales intervinientes, se tuvo en cuenta que la aceptabilidad y calidad implican una referencia a los estándares éticos y técnicos de la profesión, relacionados con las modalidades de la donación y transfusión de sangre; mientras que cada unidad de atención tiene que respetar protocolos de seguridad.

La Corte reafirma la responsabilidad del Estado […]

> Ellos son responsables de regular, con carácter permanente, la prestación de los servicios y la ejecución de los programas nacionales relativos al logro de una prestación de servicios de salud públicos de calidad, de tal manera que disuada cualquier amenaza al derecho a la vida y a la integridad física de las personas sometidas a tratamiento de salud. Deben, *inter alia*, crear mecanismos adecuados para inspeccionar las instituciones, […] presentar, investigar y

[88] Corte IDH. Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C Nº 298, párr. 176.

> resolver quejas y establecer procedimientos disciplinarios o judiciales apropiados para casos de conducta profesional indebida o de violación de los derechos de los pacientes[89].

La particularidad de los bancos de sangre y el control sobre ellos, se pone en clave al advertir que en el caso, era la Cruz Roja, (entidad de carácter privado) la que tenía el control y manejo, de manera que se profundiza la tendencia, antes señalada, de resguardar la supervisión y fiscalización sobre cualquier institución (pública o particular) de salud, que debe proteger los peligros de contagio que llevan las transfusiones.

Esta delegación no cambia la responsabilidad, ni despersonaliza la supervisión, por ello el tribunal resuelve […]

> Este daño a la salud, por la gravedad de la enfermedad involucrada y el riesgo que en diversos momentos de su vida puede enfrentar la víctima, constituye una afectación del derecho a la vida, dado el peligro de muerte que en diversos momentos ha enfrentado y puede enfrentar la víctima debido a su enfermedad. En efecto, en el presente caso se ha violado la obligación negativa de no afectar la vida al ocurrir la contaminación de la sangre de Talía Gonzales Lluy en una entidad privada. Por otra parte, en algunos momentos de desmejora en sus defensas, asociada al acceso a antirretrovirales, lo ocurrido con la transfusión de sangre en este caso se ha reflejado en amenazas a la vida y posibles riesgos de muerte que incluso pueden volver a surgir en el futuro[90].

4.5 También la salud de las personas alojadas en establecimientos pemitenciarios ocupa la atención del Sistema IDH. Tal estado es objeto de muchas sentencias que estudian el cumplimiento de la pena confrontado con la dignidad que importa satisfacer los requisitos del artículo 5 de la CADH.

El caso "Tibi vs. Ecuador" presentaba a la víctima presunta con lesiones de cierta gravedad que no se habían atendido mientras estuvo alojado en un centro penitenciario. La derivación del caso a la Corte podía quedar acotado al cumplimiento de los principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión que determina […]:

> Se ofrecerá a toda persona detenida o presa un examen médico apropiado con la menor dilación posible después de su ingreso en el lugar de detención o prisión y, posteriormente,

---

[89] Corte IDH. Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador, cit., párr. 178.

[90] Corte IDH. Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador, cit., párr. 190.

> esas personas recibirán atención y tratamiento médico cada vez que sea necesario. Esa atención y ese tratamiento serán gratuitos"[91].

Sin embargo, la atención y cuidado de la salud se adoptó aplicando el llamado "diálogo entre Cortes", pues remite a una decisión de la Corte Europea que había sostenido que según el artículo 3 de la Convención, el Estado tiene que asegurar que una persona esté detenida en condiciones que sean compatibles con el respeto a su dignidad humana, que la manera y el método de ejercer la medida no le someta a angustia o dificultad que exceda el nivel inevitable de sufrimiento intrínseco a la detención, y que, dadas las exigencias prácticas del encarcelamiento, su salud y bienestar estén asegurados adecuadamente, brindándole, entre otras cosas, la asistencia médica requerida.

> A su vez, la Corte IDH entiende que, conforme al artículo 5 de la CADH, el Estado tiene el deber de proporcionar a los detenidos revisión médica regular y atención y tratamiento adecuados cuando así se requiera. A su vez, el Estado debe permitir y facilitar que los detenidos sean atendidos por un facultativo elegido por ellos mismos o por quienes ejercen su representación o custodia legal […]. Asimismo, observa que, a pesar de su grave situación física y psicológica, el señor Tibi nunca fue sometido a un tratamiento o atención médica adecuados y oportunos en el centro penitenciario, lo que ha tenido consecuencias desfavorables para su estado de salud actual[92]. La deficiente atención médica recibida por la presunta víctima es violatoria del artículo 5 de la Convención Americana.

4.6 Como se aprecia, la salud en contenidos atendibles va ampliando la dimensión que ocupa al tribunal internacional. Así también se muestra con el *derecho al agua*, como necesidad inevitable para resguardar la salud de las personas.

"La Joyita" es un reducto penitenciario de Panamá que había sufrido cortes en el suministro de agua potable, generando un acuciante déficit sanitario. Esto impactó en algunos reclusos, quienes aparentemente, no recibieron la atención médica debida.

La Corte IDH sostiene […]

> El Tribunal considera que la ausencia de las condiciones mínimas que garanticen el suministro de agua potable dentro de un centro penitenciario constituye una falta grave del Estado a sus deberes de garantía hacia las personas que se encuentran bajo su custodia, toda

---

[91] Corte IDH. Caso Tibi vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C Nº 114; párr. 154.

[92] Corte IDH. Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador, cit., párr. 157.

> vez que las circunstancias propias del encierro impiden que las personas privadas de libertad satisfagan por cuenta propia una serie de necesidades básicas que son esenciales para el desarrollo de una vida digna, tales como el acceso a agua suficiente y salubre[93].

Tiempo después, se elaboran estándares sobre condiciones carcelarias y el deber de prevención que el Estado debe garantizar en favor de las personas privadas de libertad. Elas son […]

a) El hacinamiento constituye en sí mismo una violación a la integridad personal; asimismo, obstaculiza el normal desempeño de las funciones esenciales en los centros penitenciarios;

b) la separación por categorías deberá realizarse entre procesados y condenados y entre los menores de edad de los adultos, con el objetivo de que los privados de libertad reciban el tratamiento adecuado a su condición;

c) todo privado de libertad tendrá acceso al agua potable para su consumo y al agua para su aseo personal; la ausencia de suministro de agua potable constituye una falta grave del Estado a sus deberes de garantía hacia las personas que se encuentran bajo su custodia;

d) la alimentación que se brinde, en los centros penitenciarios, debe ser de buena calidad y debe aportar un valor nutritivo suficiente;

e) la atención médica debe ser proporcionada regularmente, brindando el tratamiento adecuado que sea necesario y a cargo del personal médico calificado cuando este sea necesario;

f) la educación, el trabajo y la recreación son funciones esenciales de los centros penitenciarios, las cuales deben ser brindadas a todas las personas privadas de libertad con el fin de promover la rehabilitación y readaptación social de los internos;

g) las visitas deben ser garantizadas en los centros penitenciarios. La reclusión bajo un régimen de visitas restringido puede ser contraria a la integridad personal en determinadas circunstancias;

h) todas las celdas deben contar con suficiente luz natural o artificial, ventilación y adecuadas condiciones de higiene;

---

[93] Corte IDH. Caso Vélez Loor vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C Nº 218, párr.216.

i) los servicios sanitarios deben contar con condiciones de higiene y privacidad;

j) los Estados no pueden alegar dificultades económicas para justificar condiciones de detención que no cumplan con los estándares mínimos internacionales en la materia y que no respeten la dignidad inherente del ser humano, y

k) las medidas disciplinarias que constituyan un trato cruel, inhumano o degradante, incluidos los castigos corporales, la reclusión en aislamiento prolongado, así como cualquier otra medida que pueda poner en grave peligro la salud física o mental del recluso están estrictamente prohibidas[94].

Todo el cuadro de recomendaciones se une a las "Reglas sobre Tratamiento de Reclusos" que ordena a los Estados proveer atención médica calificada, inclusive psiquiátrica, a las personas privadas de libertad, tanto en situaciones de emergencia como para efectos de atención regular, ya sea en el propio lugar de detención o centro penitenciario o, en caso de no contar con ello, en los hospitales o centros de derivación en salud donde corresponda otorgar ese servicio.

El contenido de la asistencia supone mantener historiales médicos adecuados, actualizados y confidenciales de todas las personas privadas de libertad, lo cual debe ser accesible para ellos cuando lo soliciten. Esos servicios médicos deben estar organizados y coordinados con la administración general del servicio de atención en salud general, lo cual implica establecer procedimientos adecuados y expeditos para el diagnóstico y tratamiento de los enfermos, así como para su traslado cuando el estado de salud requiera cuidados especiales en establecimientos penitenciarios o en hospitales civiles.

---

[94] Corte IDH. Caso Pacheco Teruel y otros vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012. Serie C Nº 241, párr. 67. Caso Mendoza y otros vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 14 de mayo de 2013. Serie C Nº 260, párr. 190. En el caso Hernández vs. Argentina. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2019. Serie C Nº 395, la Corte estableción que […] la integridad personal se halla directa e inmediatamente vinculada con la atención a la salud humana, y que la falta de atención médica adecuada puede conllevar la vulneración del artículo 5 de la Convención, dependiendo de las circunstancias concretas de la persona en particular, tales como su estado de salud o el tipo de dolencia que padece, el lapso transcurrido sin atención, sus efectos físicos y mentales acumulativos y, en algunos casos, el sexo y la edad de la misma, entre otros. La Corte recuerda que numerosas decisiones de organismos internacionales invocan las Reglas Mínimas de Naciones Unidas para el Tratamiento de Reclusos a fin de interpretar el contenido del derecho de las personas privadas de la libertad a un trato digno y humano, como normas básicas respecto de su alojamiento, higiene, tratamiento médico y ejercicio físico, entre otros (párr. 57).

Para hacer efectivos estos deberes, son necesarios protocolos de atención en salud y mecanismos ágiles y efectivos de traslado de prisioneros, particularmente en situaciones de emergencia o enfermedades graves[95]

4.7 Se rescata también como un ejemplo de la actividad impulsada para analizar aspectos del derecho a la salud, lo resuelto en el caso "Artavia Murillo vs. Costa Rica"[96], en el cual la Corte resalta que, en el marco del derecho a la integridad personal, se pueden considerar algunas situaciones de particular angustia y ansiedad que afectan a las personas, así como otros impactos graves por la falta de atención médica o los problemas de accesibilidad a ciertos procedimientos en salud.

> En el ámbito europeo, la jurisprudencia ha precisado la relación entre el derecho a la vida privada y la protección de la integridad física y psicológica. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado que, si bien el Convenio Europeo de Derechos Humanos no garantiza como tal el derecho a un nivel específico de cuidado médico, el derecho a la vida privada incluye la integridad física y psicológica de la persona, y que el Estado también tiene la obligación positiva de garantizar a sus ciudadanos esa integridad. Por tanto, los derechos a la vida privada y a la integridad personal se hallan también directa e inmediatamente vinculados con la atención de la salud. La falta de salvaguardas legales para tomar en consideración la salud reproductiva puede resultar en un menoscabo grave del derecho a la autonomía y la libertad reproductiva. Existe por tanto una conexión entre la autonomía personal, la libertad reproductiva y la integridad física y psicológica[97].

La aventurada sentencia ingresa en un campo muy pantanoso, al establecer atenciones y prestaciones que significan invertir en programas de asistencia, que ponen a la capacidad reproductiva en los derechos al bienestar general, debiendo los Estados incorporar el derecho a la salud reproductiva[98].

---

[95] Corte IDH. Hernández vs. Argentina, cit., párr. 88.

[96] Corte IDH. Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in Vitro) vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2012. Serie C Nº 257.

[97] Corte IDH. Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in Vitro) vs. Costa Rica, cit., párr. 147.

[98] Cfr. Plataforma de Acción la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, Beijing, 1995, párr. 94, que señala además que "la salud reproductiva entraña la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgos y de procrear, y la libertad para decidir hacerlo o no hacerlo, cuándo y con qué frecuencia. Esta última condición lleva implícito el derecho del hombre y la mujer a obtener información y de planificación de la familia de su elección, así como a otros métodos para la regulación de la fecundidad que no estén legalmente prohibidos, y acceso a métodos seguros, eficaces, asequibles y aceptables, el derecho a recibir servicios adecuados de atención de la salud que permitan los embarazos y los partos sin riesgos y den a las parejas las máximas posibilidades de tener hijos sanos"

5. La sentencia dictada en Suarez Peralta vs. Ecuador

5.1 Apenas comenzado el año 2012, la Comisión IDH somete a consideración de la Corte IDH el caso de Melba del Carmen Suárez Peralta contra la República de Ecuador, indicando que: había sufrido padecimientos severos y permanentes a causa de una intervención quirúrgica por apendicitis, practicada en el año 2000 en una clínica privada,. El error médico dio lugar a una causa penal que por la indebida o insuficiente tramitación culminó declarándose prescripta, decisión que impactaba directamente sobre el derecho de la víctima para demandar en sede civil por la presunta responsabilidad profesional, toda vez que, como dijo la Corte […]

> Las falencias, retrasos y omisiones en la investigación penal demuestran que las autoridades estatales no actuaron con la debida diligencia ni con arreglo a las obligaciones de investigar y de cumplir con una tutela judicial efectiva dentro de un plazo razonable, en función de garantizar a la señora Melba Suárez Peralta una reparación con la que podría acceder al tratamiento médico necesario para su problema de salud. Por todo lo anterior, el Estado violó los derechos previstos en los artículos 8.1 y 25.1 de la Convención, en relación con el artículo 1.1 de la misma[99]

El proceso alcanzó un acuerdo amistoso por el cual el Estado aceptó cumplir con las recomendaciones del informe final. El convenio tenía más vinculación con la investigaciòn de los hechos que con lo sucedido en relación a los cuidados médicos, donde solamente se acordó que se debían […]

> Adoptar las medidas necesarias para brindar de manera inmediata y gratuita, a través de instituciones de salud especializadas y en el lugar de residencia de la señora Suárez Peralta, el tratamiento médico requerido, incluyendo los medicamentos que ella requiera en consideración con sus padecimientos.

Lo cierto fue que el pacto no se cumplió, y el caso llega al tribunal internacional. El Estado adujo excepciones y cuestiones previas, entre ellas -que hace al interés del caso en materia de derecho a la salud- adujo que no se habia introducido oportunamente la violación del art. 5.1 de la CADH.

Fue así que la Corte, por vez primera, debía trabajar sobre una justiciabilidad directa del precepto, aunque fuera incorporada la cuestión dentro de un par de principios procesales (dispositivo y de congruencia). La particularidad está en que la respuesta no

---

[99] Corte IDH. Caso Suárez Peralta vs. Ecuador. Sentencia de 21 de mayo de 2013. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C Nº 261, párr. 122.

significó grandes cambios en la línea argumental del voto mayoritario, como sí impactó el pensamiento concurrente de Eduardo Ferrer Mac-Gregor.

5.2 La oposición se consideró inadmisible porque se dijo que el representante había alegado la violación del artículo 5.1 al manifestar que la clínica no había ejercido control del ejercicio profesional del médico que realizó la intervención quirúrgica; y que lo mismo estaba planteado en la causa penal del derecho interno.

Para ingresar al tratamiento del tema, lo primero que hace el tribunal es relacionar el cumplimiento de la obligación de garantía de todos los derechos de la CADH. Reitera argumentos expuestos en otros casos, donde para referirse al derecho a la integridad personal y en el marco de la salud, afirma que los Estados deben establecer un marco normativo adecuado que regule la prestación de servicios de salud, estableciendo estándares de calidad para las instituciones públicas y privadas, que permita prevenir cualquier amenaza de vulneración a la integridad personal en dichas prestaciones.

> Asimismo, el Estado debe prever mecanismos de supervisión y fiscalización estatal de las instituciones de salud, así como procedimientos de tutela administrativa y judicial para el damnificado, cuya efectividad dependerá, en definitiva, de la puesta en práctica que la administración competente realice al respecto[100]

Como vemos, el derecho a la salud en estos pasajes, se relaciona con el deber de legislar en la materia, con el fin de prevenir y proteger la integridad personal, pensando que esa obligacion supone, también, regular, supervisar y fiscalizar a las entidades que, prestan servicios de salud.

El precedente del caso “Ximenes Lopes vs. Brasil” es la fuente de estas conclusiones.

5.3 Hasta aquí no había innovación alguna. Pero la preocupación del tribunal estaba latente en orden a verificar si podían pronunciarse o no, más allá de estas reflexiones.

---

[100] Corte IDH. Caso Ximenes Lopes vs. Brasil. Sentencia de 4 de junio de 2006. Serie C Nº 149, párr. 99.

El voto razonado de Perez Perez es elocuente al respecto, sobre todo, cuando comienza diciendo […]

> La finalidad del presente voto razonado es exclusivamente dejar en claro que las referencias al derecho a la salud contenidas en la sentencia no significan que se esté asumiendo competencia en relación con ese derecho en particular, o con los derechos económicos, sociales y culturales en general.
>
> La competencia contenciosa de la Corte está fijada en el artículo 62 de la Convención Americana y en el artículo 19, párrafo 6, del Protocolo de San Salvador, sin perjuicio de las disposiciones pertinentes de otras convenciones interamericanas sobre derechos humanos.

Reflejó esta línea la misma reserva que había hecho el Juez Sergio García Ramírez en el voto razonado del caso "Albán Cornejo vs. Ecuador", donde sostuvo que:

> La protección de la salud no constituye, por ahora, un derecho inmediatamente justiciable, al amparo del Protocolo de San Salvador. Empero, es posible examinar el tema, desde la perspectiva de la preservación de los derechos a la vida y a la integridad, e incluso desde el ángulo del acceso a la justicia cuando la vulneración de aquellos bienes jurídicos –entraña de los correspondientes derechos– traiga consigo una reclamación de justicia[101].

5.4 El voto de la mayoría es la que determina el control de convencionalidad en el sentido de interpretación del texto del Pacto, Tratado o Convención de que se trate, pero los votos concurrentes son fuentes doctrinarias y marcan una tendencia.

El voto razonado de Ferrer Mac-Gregor tiene este valor implícito, pues con valentía y convicción, sostiene que la competencia de la Corte IDH para conocer del derecho a la salud se encuentra directamente en el artículo 26 (Desarrollo Progresivo) del Pacto de San José (a través de distintas vías interpretativas, en relación con los artículos 1.1 (Obligación de Respetar los Derechos) y 2 (Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno).

En una completa enumeración de fundamentos normativos agrega:

a) Artículo 29 (Normas de Interpretación) de la CADH,
b) artículos 34.i) y 45 h) de la Carta de la Organización de los Estados Americanos,

---

[101] Corte IDH. Caso Albán Cornejo y otros vs. Ecuador. Sentencia de 22 de noviembre de 2007. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C Nº 171, voto razonado de Sergio García Ram´rez, considerando 2.

c) el artículo XI1 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre,
d) el artículo 25.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (los dos últimos instrumentos de conformidad con lo previsto en el artículo 29 del Pacto de San José), así como otros instrumentos y fuentes internacionales que le otorgan contenido, definición y alcances al derecho a la salud,
e) artículo 10 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales,
f) artículos 17 y 33.2 de la Carta Social de las Américas,
g) artículos 12.1 y 12.2.d) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales,
h) artículo 12.1 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer,
i) artículos 19 y 25 de la Convención sobre los Derechos del Niño, entre otros instrumentos y fuentes internacionales

Aclara el profesor que la enumeración es de aplicación directa, sin que sea obstáculo el artículo 19.6 del Protocolo de San Salvador, que refiere sólo a la justiciabilidad de algunos derechos sindicales y de educación.

Agrega inmediatamente[102] […]:

> Hasta el momento, la Corte IDH ha utilizado diversos aspectos del *corpus iuris* sobre el derecho a la salud para fundamentar su argumentación sobre el alcance del derecho a la vida o a la integridad personal, utilizando el concepto de vida digna u otro tipo de análisis basados en la conexidad de la salud con estos derechos civiles. Esta estrategia

[102] Para Ferrer Mac Gregor, el caso "Acevedo Buendía vs. Perú", antes referido en nota, es el verdadero precdente del tribunal internacional que convalida la justiciabilidad de los DESCA. Inclusive, señala que, desde su perspectiva, estos alcances implican: a) establecer una relación fuerte y de igual importancia entre derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales; b) obligar a interpretar todos los derechos de manera conjunta -que en algunos ocasiones arrojan contenidos traslapados o superpuestos- y a valorar las implicaciones que tiene el respeto, protección y garantía de unos derechos sobre otros para su implementación efectiva; c) otorgar una visión autónoma a los derechos económicos, sociales y culturales, conforme a su esencia y características propias; d) reconocer que pueden ser violados de manera autónoma, lo que podría conducir -como sucede con los derechos civiles y políticos- a declarar violado el deber de garantía de los derechos derivados del artículo 26 del Pacto de San José, en relación con las obligaciones generales previstas en los artículos 1 y 2 de la Convención Americana; e) precisar las obligaciones que deben cumplir los Estados en materia de derechos económicos, sociales y culturales; f) permitir una interpretación evolutiva del corpus juris interamericano y de manera sistemática, especialmente para advertir los alcances del artículo 26 de la Convención con respecto al Protocolo de San Salvador; y g) proporcionar un fundamento más para utilizar otros instrumentos e interpretaciones de organismos internacionales relativas a los derechos económicos, sociales y culturales con el fin de darles contenido (considerando 27).

> argumentativa es valiosa y ha permitido un importante avance de la jurisprudencia interamericana. Sin embargo, el principal problema de esta técnica argumentativa es que impide un análisis a profundidad sobre el alcance de las obligaciones de respeto y garantía frente al derecho a la salud, como sucedió en la sentencia que motiva el presente voto razonado. Asimismo, existen algunos componentes de los derechos sociales que no pueden ser reconducidos a estándares de derechos civiles y políticos. Como se ha puesto de relieve, "podría perderse la especificidad tanto de derechos civiles y políticos (que empiezan a abarcarlo todo) como de derechos sociales (que no logran proyectar sus especificidades)[103].

5.5 Ahora bien, presentado por Ferrer Mac-Gregor los fundamentos razonados de la justiciabilidad del derecho a la salud, y demostrado que no es impedimento el Protocolo de San Salvador, con quien actúa con interdependencia y complementariedad, corresponde verificar los contenidos que se deben garantizar.

Para ello se hace una advertencia precisa, que asienta en anticipar que todos los derechos tienen facetas prestacionales y no prestacionales. Es decir, establecer la característica de derechos prestacionales sólo a los derechos sociales no parece ser una respuesta viable en los tiempos actuales y pareciera un equívoco o un "error categorial", tal como lo señaló la Corte Constitucional de Colombia en la sentencia T-760 de 2008[104]. La Corte colombiana también ha precisado diversos alcances de la protección judicial de las dimensiones prestacionales de los derechos fundamentales, clarificando las obligaciones con efecto inmediato y las obligaciones de cumplimiento progresivo pertinentes[105].

Esta diferencia entre cumplir de inmediato o planificar la inversión para hacerlo cuando el presupuesto sea disponible, es el punto de arranque para saber cuanto se puede reclamar. Hay obligaciones de fácil ejecución, como habilitar el derecho a la información, una suerte de código para los pacientes y enfermos; clarificar el alcance del consentimiento informado; normas y procedimientos a seguir, etc.

Otras requieren anticipar el cuidado y tratamiento de enfermedades previsibles, como son las que suceden estacionalmente, o después de desastres ecológicos, o cuando aparecen virus como el COVID-19.

---

[103] Considerando 57.

[104] Cfr. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-760 de 2008 (Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa), párr. 3.3.5.

[105] Voto razonado de Ferrer Mac-Gregor, considerando 78.

También están las enfermedades autoinmunes que el Estado asiste con programas de salud especializados, como diabetes, enfermedad inflamatoria intestinal; artritis reumatoidea; celiaquía; lupus, etc.

En todos estos casos, existe un deber de actuar oportunamente, creando e implementando todas las medidas adecuadas y necesarias para garantizar la atención en salud.

En cambio, hay otras obligaciones de carácter prestacional que se deben solventar progresivamente, para cumplir el deber de asistencia y cuidado. Estas pueden ser las que se justifiquen con los "recursos disponibles", pero no suponen que se puedan dejar de lado por escasez presupuestaria.

Destaca Ferrer Mac-Gregor, en su voto razonado, el caso "Viceconte" que se dio en Argentina […]

> Mariela Viceconte interpuso una acción de amparo colectivo con la intención de requerir al Estado argentino la producción de una vacuma contra la fiebre hemorrágica, con el argumento de que existía un universo de varios millones de personas en riesgo, a quienes se debía proteger a través de medidas preventivas y con tratamientos específicos de las enfermedades epidémicas y endémicas, sosteniendo que la petición estaba funada en el artículo 12.2.c) PIDESC.
>
> La sentencia de la Cámara Nacional en lo Contencioso Admnistrativo Federal hizo lugar al amparo, y estableció la obligación de fabricar la vacuna y le ordenó cumplir estrictamente y sin demoras con el cronograma que el propio Ministerio de Salud había elaborado al efecto. Le encomendó al Defensor del Pueblo de la Nación el seguimiento y control del cronograma[106].

Quiere decir, que […] "el que una prestación amparada por un derecho sea de carácter programático no quiere decir que no sea exigible o que eternamente pueda incumplirse"[107].

---

[106] Cfr. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala IV, caso Viceconte, Mariela Cecilia c/ Estado Nacional −Ministerio de Salud y Acción Social- s/ amparo ley 16.986. Causa n° 31. 777/96, sentencia de 2 de Junio de 1998. Un análisis de este caso puede verse en Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid, Trotta, 2002, ps. 146-154. Ver Considerando 81 del voto razonado de Eduardo Ferrer Mac-Gregor en Suárez Peralta vs. Ecuador.

[107] Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-595 de 2002.

5.6 Es importante resaltar que este entendimiento del derecho a la salud como directamente fundamental en los Estados nacionales, o de la justiciabilidad directa del derecho a la salud en el marco de la CADH, no implica interpretar que la garantía sea absoluta, o que el derecho no tenga límites, o en su caso, que se debe proteger en toda ocasión que se invoque.

De la justiciabilidad de un derecho, civil o social, no se deriva la protección absoluta en todo litigio. Siempre, en todo caso, sea derecho civil o social, hay que resolver haciendo un análisis de imputación y verificar cómo operan las obligaciones de respeto y garantía respecto a cada situación que se alega violatoria de un determinado derecho[108].

Las líneas argumentales del voto razonado ilustran la autonomía del derecho a la salud en el contexto del artículo 26 del Pacto de San José. Es un albedrío funcional que, por tanto, requerirá verificar hechos y derechos individuales, para deducir de ellos la proyección general que pudiera tener la probable violación.

Es un voto abierto a polémica, pues la inteligencia que se aplica para que la Corte IDH pueda tratar sobre denuncias vinculadas con el derecho a la salud, se basa en la interactuación del plexo de normas internacionales que, siendo independientes, son entre sí complementarios.

La duda estriba en que el art 26 del Pacto de San José, es una declaración que, tomada en sus propios términos, podría no incluir al derecho a la salud, porque en el precepto solo están contenidos los derechos que provienen de la Carta de la OEA, de manera que no se puede utilizar la Declaración Americana o el principio *pro persona* para su determinación[109].

6. Proyecciones del derecho a la salud

6.1 La posición de Ferrer Mac-Gregor dejó en el escenario una polémica que aun no termina. Es cierto que, a los fines de este estudio, sería un problema principal si fuera visto como un impedimento para juzgar los DESCA por la naturaleza jurídica del artículo 26 CADH, pero lo cierto es que el impedimento, en todo caso, quedaría en el

---

[108] Considerando 87 del voto razonado de Eduardo Ferrer Mac-Gregor en Suárez Peralta vs. Ecuador.

[109] Cfr. Para Vera, ob. cit., p. 767.

rol del tribunal internacional para entrar en esos problemas, y particularmente, cuando el derecho a la salud se mide por los recursos disponibles[110].

En cambio, en el derecho interno no existe este cuestionamiento, razón que nos permite continuar con los temas del derecho a la salud y al bienestar que forman parte del elenco de cuestiones justiciables.

6.2 En este sentido el caso "I.V. vs. Bolivia"[111] es muy interesante, porque desde el derecho a la integridad, suma recomendaciones para tutelar el derecho a la salud. Enre ellos, la calidad de la atención médica, el derecho a la información (consentimiento informado), y el desgranamiento que hace del precedente Artavía Murillo en orden a los derechos que importa la salud reproductiva

La víctima del caso, cuyo nombre se encuentra bajo reserva, fue sometida a una cesárea en el Hospital de la Mujer de La Paz en julio de 2000. Luego de que su hija naciera, se le practicó una ligadura de las trompas de Falopio. Existe controversia sobre si la víctima fue consultada de manera previa y de forma libre, plena e informada respecto de este procedimiento de esterilización. Según señala la señora I.V., ella se enteró al día siguiente de practicado el procedimiento. Por su parte, el Estado indicó que la señora había consentido de manera verbal durante el transoperatorio. La víctima acudió a la justicia, pero ninguna persona ha sido declarada responsable en el ámbito disciplinario, administrativo o penal por su esterilización no consentida, así como tampoco fue reparada civilmente[112].

La Corte entiende que […]

---

[110] Sostener que los derechos sociales no son justiciables no implica que las violaciones de dichos derechos no puedan serlo ante las jurisdicciones nacionales correspondientes. Ello dependerá de lo que dispongan los respectivos ordenamientos internos, materia que escapa, en todo caso, al objeto de la CADH. La cuestión de si un asunto determinado corresponde o no a la jurisdicción exclusiva del Estado, es una cuestión esencialmente relativa, la que depende del desarrollo de las relaciones internacionales. En el estado actual del desarrollo del derecho internacional, la Corte es de opinión que los asuntos relativos a la nacionalidad pertenecen, en principio, a ese dominio reservado". Corte Permanente de Justicia Internacional, Opinión Consultiva sobre ciertos decretos de nacionalidad dictados en la zona francesa de Túnez y Marruecos, Serie B Nº 4, pág. 24, Cfr. voto parcialmente disidente del Juez Eduardo Vio Grossi. Corte IDH. Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra vs. Argentina). Sentencia de 6 de febrero de 2020. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C Nº 400).

[111] Corte IDH. Caso I.V. vs. Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de noviembre de 2016. Serie C Nº 329.

[112] Se repruduce la ficha técnica del caso. Cfr Corte IDH página web.

> La salud, como parte integrante del derecho a la integridad personal, no sólo abarca el acceso a servicios de atención en salud en que las personas gocen de oportunidades iguales para disfrutar del más alto nivel posible de salud, sino también la libertad de cada individuo de controlar su salud y su cuerpo y el derecho a no padecer injerencias, tales como no ser sometido a torturas ni a tratamientos y experimentos médicos no consentidos. De este modo, la existencia de una conexión entre la integridad física y psicológica con la autonomía personal y la libertad de tomar decisiones sobre el propio cuerpo y la salud exige, por un lado, que el Estado asegure y respete decisiones y elecciones hechas de forma libre y responsable y, por el otro, que se garantice el acceso a la información relevante para que las personas estén en condiciones de tomar decisiones informadas sobre el curso de acción respecto a su cuerpo y salud de acuerdo a su propio plan de existencia[113].

El debate planteado acerca de si la víctima presunta había sido formalmente informada de la intervención que se le practicaría, y de las consecuencias eventuales que de ello podría continuar, se establece como deber del Estado a través de los médicos o personal responsable. Es una tarea que se realiza sin necesidad de reglamentos especiales y como un deber del oficio, dice la Corte […]

> En materia de salud, el suministro de información oportuna, completa, comprensible y fidedigna, debe realizarse de oficio, debido a que esta es imprescindible para la toma de decisiones informadas en dicho ámbito. Ciertamente, el contexto de los servicios de salud puede implicar un mayor riesgo para las mujeres de ser sometidas a actos contrarios al artículo 5.2 de la CADH, especialmente respecto a aquellas prácticas o políticas que están dirigidas primordialmente contra la mujer, que las afectan de forma desproporcionada, o a las que la mujer sea especialmente vulnerable debido a estereotipos de género negativos o perjudiciales, incluyendo la asignación social y cultural a las mujeres como encargadas de la función reproductora y responsables de la anticoncepción[114].

El análisis de los hechos, la esterilidad consecuente con la práctica quirúrgica, y los padecimientos físicos y psicológicos, se ponderan como impacto del dolor, llevando a condenar al Estado de Bolivia en los términos del artículo 5.1 y 5.2 de la CADH, en relación con el artículo 1.1 de dicho instrumento.

En otro asunto de contenido cautelar, "B. vs. El Salvador"[115], se trata de una medida provisional requerida a consecuencia que una mujer, en estado de gravidez, venía con un embarazo complicado por sintolatología de lupus eritematoso sistémico,

---

[113] Corte IDH. Caso I.V. vs. Bolivia, cit., párr. 155.

[114] Corte IDH. Caso I.V. vs. Bolivia, cit., párr. 265.

[115] Corte IDH. Asunto B. respecto de El Salvador. Medidas Provisionales. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 29 de mayo de 2013.

que le ocasionaba riesgo de vida, o al menos, graves perturbaciones físicas y mentales. La intención médica, aceptada por la paciente, de practicar un aborto era contraria al régimen legal local, de modo que la medida provisional tenía por efecto, cuidar a los médicos de consecuencias punitivas.

La Corte IDH dijo […]

> Analizado el caso se considera que, en el marco de la situación extrema que involucra el presente asunto, la protección interamericana debe ser coadyuvante y complementaria en la mejor forma posible de las decisiones internas adoptadas, de tal forma que la señora B. no esté desprotegida respecto a los posibles daños que pueda sufrir su vida e integridad personal. Por lo tanto, el Estado está obligado a garantizar que el equipo médico tratante tenga la protección que corresponda para ejercer plenamente su función de acuerdo a las decisiones que, basadas en la ciencia médica, dicho equipo médico adopte[116].

La protección a los médicos para que puedan actuar con diligencia y protegidos en su accionar, tal como se da en el caso anterior, sucede también en el caso "De la Cruz Flores vs. Perú"[117], relacionado con la detención de una profesional de la salud que fue apresada por atender a un integrante de un grupo armado perseguido por el Estado.

El acto médico es esencialmente lícito y constituye un deber la atención y cuidado, so riesgo de incurrir en omisión culpable.

La reserva y confidencialidad forma parte del secreto profesional; es un acto esencialmente lícito, y un deber de un médico el prestarlo. Esta obligación de los médicos de guardar el secreto profesional es fundamental para salvaguardar los derechos de los pacientes y, particularmente de las mujeres, en relación con el acceso a servicios de salud tales como la interrupción voluntaria del embarazo[118].

7. La muerte y el derecho a la salud

7.1 Si el derecho a la salud se analiza desde el derecho a la vida, constituye una referencia ineludible ver aquellos casos donde la Corte IDH verifica las muertes ocurridas a causa de un suceso médico.

---

[116] Corte IDH. Asunto B respecto de El Salvador, cit., párr. 15.

[117] Corte IDH. Caso De La Cruz Flores vs. Perú. Sentencia del 18 de noviembre de 2004. Serie C Nº 115, párr. 101.

[118] Cfr. Para Vera, ob. cit., Capítulo XXX, ps. 788 y ss.

En el caso “Poblete Vilches y otros vs. Chile”[119] se dijo […]

> Para efectos de determinar la responsabilidad internacional del Estado en casos de muerte en el contexto médico, es preciso acreditar los siguientes elementos:
>
> > a) cuando por actos u omisiones se niegue a un paciente el acceso a la salud en situaciones de urgencia médica o tratamientos médicos esenciales, a pesar de ser previsible el riesgo que implica dicha denegación para la vida del paciente; o bien,
> >
> > b) se acredite una negligencia médica grave; y
> >
> > c) la existencia de un nexo causal, entre el acto acreditado y el daño sufrido por el paciente.
>
> Cuando la atribución de responsabilidad proviene de una omisión, se requiere verificar la probabilidad de que la conducta omitida hubiese interrumpido el proceso causal que desembocó en el resultado dañoso. Dichas verificaciones deberá tomar en consideración la posible situación de especial vulnerabilidad del afectado, y frente a ello las medidas adoptadas para garantizar su situación[120].

Cuadra recordar que la actividad profesional del médico se encuentra protegida en varios frentes de abordaje, en especial, con el resguardo del secreto profesional, y evitando que se criminalice el acto médico cuando la muerte ocurre en este contexto.

Es un acto de carácter humanitario que supone considerar al profesional como garante de los servicios que presta, pero sin obligaciones de resultado. Su función es ofrecer conocimientos y aplicarlos para salvar vidas, la que de perderse no significa una directa atribución de responsabilidad.

7.2 En el Caso “Pollo Rivera y otros vs. Perú”, se daba una situación punitiva de dudosa calificación. El médico fue condenado en el derecho interno por colaborar bajo la forma de sedición, al haber atendido a un militante de fuerzas subversivas. El tema era similar al que vimos en el punto anterior, la asimetría la trazamos con el análisis que hace la Corte IDH […]

> Conforme al derecho penal de ánimo, la tipicidad de una conducta no resulta del tipo objetivo ni del dolo o voluntad realizadora del resultado, sino del “ánimo” o disposición interna del sujeto, amiga o enemiga. No siempre los elementos de “ánimo” son contrarios a los derechos humanos, puesto que pueden utilizarse para limitar prohibiciones muy amplias

---

[119] Corte IDH. Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile, cit., párr. 148.

[120] Corte IDH. Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile, cit., párr. 148

> o para atenuar; lo cierto es que siempre son sospechosos cuando agravan la pena y, por cierto, son poco menos que inadmisibles cuando determinan directamente la tipicidad de la conducta en delitos de particular gravedad. El "ánimo" ha dado lugar a largas discusiones, pero la criminalización sobre su pura base es claramente rechazada por la jurisprudencia y la doctrina de los Estados democráticos. En el caso, el tribunal interno no reparó suficientemente en que lo que detectaba como típico en la conducta del señor Pollo Rivera era directamente el "ánimo" que deducía de la reiteración de puros actos no sólo atípicos, sino incluso fomentados por el derecho, como es la actividad médica curativa"[121].

La doctrina del derecho penal de autor, se enfatiza en el caso, poniendo distancia con los efectos que produce la actividad médica terapéutica o curativa de aquella cuyos resultados terminan con la muerte del paciente.

En el caso, al médico se lo fustiga como colaboracionista e incurso en el delito de asociación ilícita, pero supongamos que las circunstancias fuesen diferentes, y esa acción de cuidar la salud, que viene fomentada y promovida por el derecho, e incluso en ciertas circunstancias ordenada, de modo que no puede estar prohibida, en función de la no contradicción del orden jurídico impuesta por la racionalidad de los actos de poder en todo Estado de derecho[122]; en lugar de todo ello, la atención prestada tuviera un final diferente con la muerte del subversivo; sin importar si fue por dolo o culpa del profesional. Aquí ¿existiría posibilidad de cambiar la interpretación que realizó el derecho interno?.

La Corte IDH adujo que […],

> El orden jurídico no puede incurrir en la contradicción de prohibir una acción que al mismo tiempo ordena o fomenta. De lo expuesto se desprende que jamás puede considerarse incurso en una asociación ilícita quien acuerda únicamente practicar actos de curación que, como tales, el propio derecho los deja fuera del ámbito de prohibición de cualquiera otra norma del orden jurídico[123].

---

[121] Corte IDH. Caso Pollo Rivera y otros vs. Perú. Sentencia de 21 de octubre de 2016 (Fondo, Reparaciones y Costas). Serie C Nº 319, párr. 250.

[122] Corte IDH. Caso Pollo Rivera, cit., párr. 256.

[123] Corte IDH. Caso Pollo Rivera, cit., párr. 257.

CAPÍTULO III

LA JUDICIALIZACIÓN DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS SOCIALES, CULTURALES Y AMBIENTALES

1. Introducción

1.1 El fenómeno de evolución de los derechos económicos, sociales y culturales tiene varios frentes de abordaje, todos ellos interesantes y de manifestaciones diversas, que inician desde la propia interpretación que de los derechos se tiene.

Para el derecho procesal, hay significados propios y proyecciones distintas a las de cualquier otro proceso. Trataremos de enfocar el problema de la judicialización de los derechos, partiendo de entender que no son una categoría diferente; que tienen la misma posibilidad de reclamo que cualquier otro derecho subjetivo, colectivo o difuso, pero que encuentra dos obstáculos esenciales: el *primero* compone la herramienta procesal pensada para la protección. Es decir, ¿es el amparo? O ¿se trata de cuestiones constitucionales que por su complejidad necesitan un juicio ordinario? Acaso ¿no es lícito pedir una tutela diferenciada?; el *segundo* anida en las posibilidades de la actuación judicial ante la crisis a resolver.

1.2 En la evolución de los derechos constitucionales coincide la doctrina en presentarlos como de generaciones distintas. Los *civiles y políticos* o de "primera generación" (fines del siglo XVIII); los *sociales, económicos y culturales*, llamados de "segunda generación" (precedente puede ser la Constitución Mexicana de 1917, o la de Weimar de 1920, consagrados en 1948 con la Declaración Universal de los Derechos del Hombre); *los derechos difusos o de pertenencia indiscriminada,* como los derechos de usuarios y consumidores, el derecho al ambiente sano y ecológicamente equilibrado, el derecho a la prestación de justicia efectiva, llamados derechos de la "tercera

generación" (podríamos ubicarlos desde 1960 en adelante), e inclusive se han agregado derechos de una cuarta y quinta generación que sirven para ir trazando un tiempo de exigencia social antes que una diferencia cualitativa entre ellos[124].

Todos son derechos de correspondiente ejercicio propio o grupal, provocando la insegura actuación de los ordenamientos procesales que aún persisten con esquemas receptivos del derecho individual, propio y excluyente.

> Situados en la perspectiva del derecho procesal constitucional habría que localizar un punto de coincidencia entre el acceso a la justicia y la efectividad de los derechos que no encuentran un referente singular porque son "de todos". En cualquier caso, como dice Pisarello, […] "un primer paso para asegurar la eficacia de una norma, tiene que ver con su precisión técnica. La redacción de normas constitucionales en términos de un documento político, podía explicarse en los orígenes del movimiento constitucional, pero hoy contradice la pretensión de lo jurídico de adquirir una relativa autonomía respecto de la política, y dificulta la propia hermenéutica constitucional. En una persistente relación de acuerdos y disensos, el constitucionalismo procura sustraer la lucha por los derechos de la esfera incierta de la política para llevarla a la esfera jurídica de la seguridad, de la certeza. Por eso, un texto con real vocación normativa debe evitar caer en maximalismos programáticos que incorporen derechos irrealizables. Éstos sólo generan el descrédito y la deslegitimación de la Constitución"[125].

---

[124] La tesis de de Christian Courtis (que también desarrolla Víctor Abramovich) sustenta que la estructura de los derechos civiles y políticos puede ser caracterizada como un complejo de obligaciones negativas y positivas de parte del Estado: obligación de abstenerse de actuar en ciertos ámbitos y de realizar una serie de funciones, a efectos de garantizar el goce de la autonomía individual e impedir su afectación por otros particulares. Dada la coincidencia histórica de esta serie de funciones positivas con la definición del Estado liberal moderno, la caracterización de los derechos civiles y políticos tiende a "naturalizar" esta actividad estatal, y a poner énfasis sobre los límites de su actuación. Desde esta perspectiva, las diferencias entre derechos civiles y políticos y derechos económicos, sociales y culturales son de grado, más que diferencias sustanciales. Puede reconocerse que la faceta más visible de los derechos económicos, sociales y culturales son las obligaciones de hacer, y es por ello que a veces se los denomina "derechos-prestación". Sin embargo, no resulta difícil descubrir cuando se observa la estructura de estos derechos la existencia concomitante de obligaciones de no hacer: el derecho a la salud conlleva la obligación estatal de no dañar la salud; el derecho a la educación supone la obligación de no empeorar la educación; el derecho a la preservación de un medio ambiente sano implica la obligación de no destruir el medio ambiente. Discutiremos este punto con más detalle, pero desde ya adelantamos que muchas de las acciones legales tendentes a la aplicación judicial de los derechos económicos, sociales y culturales se dirigen a corregir la actividad estatal cuando ésta incumple con obligaciones de no hacer. En suma, los derechos económicos, sociales y culturales también pueden ser caracterizados como un complejo de obligaciones positivas y negativas por parte del Estado, aunque en este caso las obligaciones positivas revistan una importancia simbólica mayor para identificarlos (Abramovich, Víctor - Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles.* Trotta, Madrid, 2004 [2ª ed.], ps. 24/25).

[125] Pisarello, Gerardo, *Los derechos sociales en el constitucionalismo democrático,* Boletín Mexicano de Derecho Comparado, n° 92, ps. 123 y ss.

1.3 Ahora bien, aquellos derechos desenvueltos en el curso de la historia, se explanan en algunas Cartas Constitucionales como “garantías”, sean individuales o colectivas, que reclaman para sí un campo más propio que el de simple programa; dicho esto en el sentido de verlos, no como una obligación dirigida al Estado para que organice y discipline la ejecución, sino como derechos que se insertan en el reducto inalienable del hombre como persona humana.

Vale decir que la cobertura debe asentar en tres niveles: las *garantías individuales* (o de la libertad); *garantías colectivas* (o del orden social y jurídico); y las *garantías de procedimientos* (acceso a la justicia). A su vez, analizadas individualmente comprueban problemas singulares pero soluciones convergentes, dando por supuesto que cualquiera sea la adscripción que tenga el intérprete respecto al significado y alcance que percibe de la noción de "garantías", no puede eludir su directa, inmediata y necesaria aplicación con la persona a quien se dirige. De suyo, esta existencia precede a la formación del conjunto social, siendo ese el momento cuando las garantías se desprenden del sentido aislado e individual para resolver cuestiones colectivas.

Precisamente, la dinámica de las relaciones individuales y sociales protagoniza el marco donde ha de suscitarse la vida de las "garantías". Estas operan desde la "abstracción", pero su vigencia se constata actuando, a través de las vinculaciones interhumanas propiamente limitadas.

En síntesis, el triple campo operacional de las "garantías" no significa confinar el sitio evitando que entre ellas haya comunicación, todo lo contrario. Pero, tanto las garantías individuales, como las colectivas y las procesales tienen particularidades que deben ser resueltos para dar efectividad y equilibrio a la actuación conjunta.

2. La garantía es el proceso. El derecho a tutelar es la salud

2.1 La primera afirmación que hacemos es la siguiente: las garantías son derechos de todos y para todos, y no admiten interpretaciones distintas conforme aplique un ordenamiento u otro. Son piezas claves de un engranaje que tiene como sustento el principio de igualdad[126].

---

[126] En este sentido visualizamos el principio de igualdad procesal como una de las pocas equivalencias que es posible concretar. En el proceso actúa como garantía general de trato y correspondencia, como funciona también a título de exigencia de equiparación. No importan las diferencias de riqueza (porque se

La Corte Nacional sostiene que […]

> En el marco específico del principio de igualdad consagrado en el artículo constitucional 16 y completado por el constituyente reformador de 1994 mediante la nueva disposición del art. 75 inc. 23, el art. 19 de la ley 24.463 ha creado un procedimiento que en los hechos carga a un sector ostensiblemente discriminado de la sociedad con el deber de aguardar una sentencia ordinaria de la Corte Suprema para cobrar créditos que legítimamente le pertenecen y que han sido reconocidos por dos instancias judiciales, colocándolo en situación de notoria desventaja y disparidad con cualquier otro acreedor de sumas iguales o mucho mayores que no se encuentran obligados a aguardar una sentencia ordinaria de la Corte Suprema de Justicia para hacer efectivo su crédito y que, dadas las especiales características del crédito, no sólo afecta su derecho constitucional de propiedad sino su propio derecho a la vida, a la salud y a la dignidad propia de ésta como atributo de la persona (Voto de los Dres. Juan Carlos Maqueda y E. Raúl Zaffaroni)[127].

2.2 Para aplicar la idea de igualdad constante en el proceso, es necesario dar una dimensión lógica al significado que tiene *el proceso.* Si el mismo es una garantía para la defensa de los derechos, no sería sensato asignarle varias fisonomías, sin que ninguna de ellas consiga seguridades y certezas.

Es decir, que se pueda laborar sobre un terreno conocido, donde el margen para la discrecionalidad sea resuelto con adecuado control de las partes y con plena revisión jerárquica (en el sentido de tener derecho al recurso como una parte del debido proceso).

Al fomentar un cuadro común de aplicaciones, surge como apoyo la idea de Ferrajoli sobre el "constitucionalismo global" que inspira buena parte de las reflexiones que siguen. Significa ponderar más allá de las fronteras el sentido y dirección que tienen los derechos y garantías de tipo social; la "democracia cosmopolita" impide que se puedan resolver en forma distinta, derechos que son de la misma estirpe, sin que cambie la télesis o valor del precepto, la contingencia socio económica donde se aplique.

---

iguala con el principio de gratuidad o con el menos efectivo beneficio de litigar sin gastos), ni de cultura (que se equilibran con la asistencia jurídica idónea), ni sociológicas (porque evita la desigualdad el principio de razonabilidad y la exigencia de sentencia fundamentada). En cambio, si miramos el principio de igualdad en el plano de los derechos sociales, fácil se comprende que hay valores y sentimientos dispares, producto de concepciones e idiosincrasias, donde hasta el mismo concepto de derecho tiene contrapuestos en quienes sostienen que no existen más que deberes y obligaciones.

[127] Fallos: 328:566.

Con ello, los derechos económicos, sociales y culturales adquieren un asiento cierto y conocido; se torna visible el objeto y lo que cambia son los escenarios, más no los virtudes que portan intrínsecamente[128].

> Sobre esta base es posible inferir que el tiempo de las "libertades" que trajeron los derechos civiles y políticos, se convierten con los derechos económicos, sociales y culturales (considerados en nivel equivalente) en exigencias de "igualdad", donde el principal escollo quizá no sea reclamar acciones positivas del Estado, sino como dice Carbonell […] "se tendrá que desarrollar un constitucionalismo de derecho privado que haga valer los derechos fundamentales no solamente en las relaciones entre autoridades y gobernados, sino también entre particulares (construyendo en parte, los mecanismos que permitan hacer valer la *eficacia horizontal* de los derechos fundamentales)"[129].

Por supuesto que transportar a la realidad estos derechos pretende ser más que declamación, sin que ello relegue los retos más importantes que se deben afrontar; como aquellos que dice Prieto y presenta en tres niveles […]: *a)* la justificación moral y la efectividad jurídica de los derechos sociales; *b)* el multiculturalismo que propicia la aparición de minorías con voluntad de pervivencia autónoma y en ocasiones portadores de valores conflictivos, y *c)* el proceso de internacionalización de los derechos lo que comporta tanto la fijación de un marco normativo común como el diseño de fórmulas de protección y garantías en el orden internacional[130].

2.3 La posibilidad de tener una protección procesal diferenciada para los derechos sociales, culturales, económicos y ambientales (que, por ahora, seguimos tratando en niveles de ponderación semejantes), reclama analizar las potestades judiciales para encontrar si la actividad procesal que se dispone, o el "hacer" que se quiere (como una suerte de activismo judicial diferente al de las propuestas jurisprudenciales) no supone conferir una autoridad cercana a la utopía, o fomentar un autoritarismo judicial producto de excesos hipotéticos, o, eventualmente, provocar un quiebre del principio que señala que el juez juzga sin legislar.

---

[128] Ferrajoli, Luigi, *Razones jurídicas del pacifismo.* Trotta, Madrid, 2004, ps. 81 y ss.

[129] Carbonell, Miguel, *La garantía de los derechos sociales en la teoría de Luigi Ferrajoli,* Anuario del Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2002, p. 302.

[130] Prieto, Luís, *Notas sobre el origen y evolución de los derechos humanos,* en "Los derechos: entre la ética, el poder y el derecho", López García, José Antonio – Del Real, J. Alberto (editores), Dykinson, Madrid, 2000, p. 47.

Para nosotros se puede equiparar la mutación que tiene el derecho constitucional hacia el llamado *neoconstitucionalismo*, con lo aquí propuesto como *neoprocesalismo*, que significa observar que los roles de partes, abogados y tribunal no es la misma que en las causas que ventilan intereses privados. El reclamo de la hora parece radicar en las responsabilidades compartidas. Un abogado idóneo que eleve desde su función técnica la lealtad en el debate; y un juez atento que se comprometa con la justa resolución del conflicto. Uno controla al otro, y entre ambos podrán colaborar para que la justicia se consiga confiando en las instituciones.

2.4 Lo nuevo está en el deber de cooperación que desplaza el peso o la carga de quien promueve la demanda y queda abandonado a su suerte; claro está que no se trata de suplir la inactividad especulativa, o la negligencia del que pide, sino de darle vida al conflicto en la dimensión de los derechos especiales que han de ser tutelados, y que no tienen necesidad de un marco normativo que deba aplicarse estrictamente, desde que lo primordial es "hacer justicia" con los parámetros de un estándar reconocido como son los derechos humanos.

Llevado a la práctica, la transformación consiste en fortalecer el principio de "confianza" (propio del sistema americano que organiza la resolución de sus conflictos y la interpretación constitucional a partir del Poder Judicial, a diferencia del sistema de la desconfianza europeo que delega funciones y actividades en jurisdicciones singulares que administran la impartición de justicia, sin que la aplicación constitucional tenga libertades que no sean producto de los tribunales constitucionales), desde la cual podrá decidir los conflictos con una perspectiva ética, jurídica y social. Por ejemplo, cuando la solución del entuerto necesita eludir alguna regla o pauta del proceso; sea formal (v.gr: un plazo), o sustancial (v.gr.: dar patrones de cumplimiento en un contrato), y hasta constitucional (v.gr.: extender los alcances de la cosa juzgada a quienes no han sido partes).

En estos casos, la justicia suele presentarse como "de acompañamiento", donde la razón de la crisis permite eludir reglas estrictas para alcanzar una solución justa y proyectada al clamor social. Es que, por debajo de lo que las leyes parecen decir literalmente, es lícito indagar lo que quieren decir jurídicamente y si bien no cabe prescindir de las palabras de la ley, tampoco hay que atenerse rigurosamente a ellas cuando una interpretación sistemática así lo requiera, dado que la misión judicial no se

agota con la remisión a su letra, ya que los jueces, en cuanto servidores del derecho y para la realización de la justicia, no pueden prescindir de la *ratio legis* y del espíritu de la norma[131].

Esta es una primera lectura en un asunto común. Interpretar la ley es una potestad del juez que no se puede controvertir ni limitar, y el sentimiento de hacer justicia se emparenta directamente con este poder.

Pero, claro está, la misión más delicada de los jueces es saber mantenerse dentro de su órbita, sin menoscabar las funciones que incumben a otros poderes del Estado, de modo de preservar el prestigio y la eficacia del control judicial, evitando así enfrentamientos estériles.

3. Formas de tutela (protección) procesal actuales

3.1 La discusión acerca de si es posible encontrar fórmulas distintas de actuación jurisdiccional según sea el objeto a resolver, genera una polémica donde las coincidencias no son mayoría.

Por ejemplo, un proceso social típico es el procedimiento laboral. Cuando Proto Pisani se refiere a él sostiene que aparece un modelo distinto al de la jurisdicción común, asignándole dos sentidos: *a)* los procedimientos específicos de conocimiento destinados a resolver los conflictos que surgen de las relaciones materiales; *b)* los procedimientos sumarios que reducen el conocimiento porque tienen una urgencia particular en la decisión[132]. A partir de ello, el tipo de condena se ha de relacionar con el modelo ejecutivo de manera que el cumplimiento no sufra cortapisas derivados de las limitaciones anteriores.

La reducción del conocimiento como forma de dividir las diferencias en la tutela jurisdiccional coincide con la clasificación de los procesos, pero no es suficientemente claro para demostrar la distancia. Hasta pareciera que la misma expresión “tutela diferenciada” es discriminatoria, imprecisa y desigual para las partes, salvo que se interprete como una nueva forma de hacer justicia emplazando la misión jurisdiccional en la senda del llamado a la socialización del proceso civil y constitucional.

---

[131] Fallos: 305:973.

[132] Proto Pisani, Andrea, *Tutela giurisdizionale differenziata e nuovo proceso del lavoro.* Jovene, Napoli, 2003, p. 66.

3.2 Con este significado, la clasificación cobra sentido y espera de esclarecimientos legislativos, sin que la omisión o actividad concreta obstruya la aplicación prudente de jueces y tribunales. De otro modo, establecer formas desiguales no nos resulta un criterio útil porque, a lo sumo, cada cual guarda su parte o cuota de acción en la unidad que resulta aplicar el derecho en un esquema ritual preordenado.

> Por ejemplo, dividir la tutela en *de conocimiento* y *de ejecución* no es tan real, porque la potestad jurisdiccional es "notio" más "executio", al punto que no se concibe resolver sin dar herramientas para el cumplimiento efectivo, sin tener que transitar por procesos distintos. Del mismo modo, separar la tutela cautelar de la ordinaria o de satisfacción, es igualmente difuso, porque lo cautelar no tiene autonomía sino que salvaguarda el resultado del proceso al que adscribe[133].

Frente a estos inconvenientes, algunos aíslan el concepto y definen a la tutela diferenciada como […]

> "un derecho de los justiciables hacia el Estado. En un primer momento es un derecho hacia los legisladores, de modo que adopten y prevean los mecanismos legales adecuados para brindar una tutela efectiva. Esto implica que el legislador debe establecer: una tutela eficaz particular que le sea inherente a cada tipo de derecho, la oportunidad en que deba actuarse dicha tutela y el contenido de la misma. Asimismo, también debe establecer las técnicas de aceleración del proceso que sean adecuadas para cada caso"[134].

No obstante, sostener que la diferencia proviene de ser un derecho exigible al legislador, torna el derecho en un programa a cumplir antes que en una realidad emergente de su práctica. Hay un gran dogmatismo presente en los fundamentos de esta separación entre tipos de tutela; declamaciones y llamados a la justicia que son vacías de contenido al no precisar cómo y de qué manera deben cumplirse.

Para nosotros, a lo sumo, las particularidades se deben encontrar en las posibilidades (poderes-deberes; obligaciones-facultades; legalidad-discrecionalidad) que tiene el órgano jurisdiccional para actuar ante cada situación, donde la urgencia puede tener argumentos y motivos propios.

---

[133] Gozaíni, Osvaldo A., *Tratado de Derecho Procesal Civil,* Tomo II. Jusbaires, Buenos Aires, 2020, ps. 345 y ss.

[134]. Zela Villegas, Aldo, *La tutela preventiva de los derechos*. Palestra, Lima, 2008, p. 41.

3.3 Así una tutela sumaria puede dar la razón a quien la tiene en forma rápida y definitiva, mientras que la cautelar sólo persigue proteger la resolución definitiva que se pueda dictar, cuando con el tiempo pueda frustrarse la tutela, sin que ello implique que quien obtenga la medida tenga razón en el fondo[135].

Lo que nos parece inasible es separar la actuación sin tener reglas que pongan certeza a su aplicación; dicho en otros términos: las diferencias de modelos procesales no pueden obstruir la aplicación de garantías, principios y reglas del proceso civil, en cuyo caso, lo asimétrico puede estar en las formas (v.gr.: el debate sobre la bilateralidad; el alcance y extensión de la cosa juzgada, etc.), sin que ello afecte principios superiores de la ordenación procesal[136].

Una muestra de la inútil clasificación en los mecanismos de actuación jurisdiccional es separar por objetivos la decisión, porque todas ellas, en definitiva, deberán reunirse en torno de una sola providencia resolutoria. Por ejemplo, la variedad de tutelas puede encontrar que el juez actúe en forma *cautelar* (previniendo o asegurando el objeto); *ordinaria* (providencias de mero trámite, resolución de interlocutorias, sentencia definitiva); *diferenciada* (conforme se interprete que existe un derecho especial a la respuesta rápida); *ejecutiva* (cuando hace cumplir por la fuerza la condena dispuesta). A su vez, cada una de ellas se representa en resoluciones propias de un modelo, como son la *tutela preventiva* (cautelar pura o de cautela material –tutela inhibitoria-) y la *tutela urgente* que admite resoluciones anticipatorias o definitivas (de satisfacción inmediata).

Pero cada una de ellas, si no está suficientemente clara en sus desplazamientos provoca más inseguridades que certezas, lo que no priva de clasificar con el objeto de ver si la diferencia se puede encontrar en las garantías que la justicia debe proteger.

4. Judicialización del derecho a la salud

4.1 Afirmando este presupuesto inicial respecto a dotar al juez de confianza social suficiente para acompañar el conflicto padecido y dar respuestas responsables a tono con los derechos sociales que se plantean, el aspecto siguiente que debemos

---

[135]. Ramos Romeu, Francisco, *Las medidas cautelares civiles.* Atelier, Barcelona, 2006, p. 50.

[136] Gozaíni, Osvaldo A., *Garantías, Principios y Reglas del Proceso Civil.* Eudeba, Buenos Aires, 2015, ps. 444 y ss.

advertir es qué tipo de garantías son los derechos que se exponen pidiendo una tutela diferenciada. Reside aquí la dimensión verdadera del derecho a la salud.

La conflictividad puede llegar de una lectura disímil planteada en términos de diferenciar "exigibilidad" de "judicialización", o de sostener que hay derechos que por su propia naturaleza deben ser directa o inmediatamente reivindicados, respecto de otros que requieren desarrollo y evolución para poder precisar su objeto y alcance; los primeros se leen como derechos subjetivos y actúan en el plano de las garantías individuales; los otros, son programas de acción, implícitos en las garantías sociales, donde el sujeto obligado a la prestación esencial es el Estado[137].

Con este emplazamiento la división se torna más fuerte cuando se otorga protección judicial a las garantías individuales, y se mencionan como "cuestiones políticas no justiciables" las restantes.

García Ramírez, atento con esta incierta probabilidad, dice […]

> "en rigor, todos los derechos son exigibles –de lo contrario, carecerían de la calidad de los derechos y no existirían, en contrapartida, auténticos deberes-, aunque la exigibilidad pueda verse sujeta a modalidades de forma, tiempo o medida. Este punto enlaza con la cuestión de la *progresividad*, dato que ha caracterizado a los derechos que ahora nos ocupa ¿Es exigible, por la vía jurisdiccional, la observancia de unas normas y la satisfacción de unos derechos cuyo cumplimiento es progresivo? Si así fuera, el órgano judicial se convertiría en agente de la democracia social"[138].

4.2 Nosotros participamos el criterio de la justiciabilidad plena de los derechos en cita, pero advertimos el inconveniente que tienen cuando para implementar la tutela se quieren utilizar los procedimientos conocidos, o técnicas más audaces como las medidas de satisfacción inmediata (que, aun basándose en las posibilidades que surge de

---

[137]. Piza Escalante desenvuelve esta polaridad ideológica. En efecto, en voto separado afirmó la importancia de distinguir, con un criterio técnico jurídico, entre derechos subjetivos plenamente exigibles, es decir, "exigibles directamente por sí mismos", y derechos de carácter progresivo, que de hecho se comportan más bien como derechos reflejos o intereses legítimos, es decir, "exigibles indirectamente", a través de exigencias positivas de carácter político o de presión, por un lado, y de acciones jurídicas de impugnación de lo que se les oponga o de los que le otorgue con discriminación. Los criterios concretos para determinar en cada caso si se trata de unos o de otros derechos son circunstanciales e históricamente condicionados, pero sí puede afirmarse, en general, que cuando quiera que se concluya que un determinado derecho fundamental no es directamente exigible por sí mismo, se está en presencia de uno al menos exigible indirectamente y de realización progresiva (Piza Escalante, Rodolfo E., OC 1/82, 24 de septiembre de 1982, Serie A n° 1 párrafo 6).

[138]. García Ramírez, Sergio, *Protección jurisdiccional internacional de los derechos económicos, sociales y culturales,* en Revista "Cuestiones Constitucionales" n° 9 julio-diciembre 2003, p. 133.

fundamentar la actuación, en la urgencia y necesidad de resolver, rozan permanentemente con la garantía básica y esencial del debido proceso).

> La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha desechado repetidas veces el uso de las llamadas medidas autosatisfactivas. Comenzó en tiempos del "corralito financiero" cuando sostuvo que los recaudos de viabilidad de las medidas precautorias deben ser ponderados con especial prudencia cuando la cautela altera el estado de hecho o de derecho existentes al momento del dictado, habida cuenta de que configura un anticipo de jurisdicción favorable respecto del fallo final de la causa[139].
>
> No se puede dejar de señalar la irritante desigualdad que ha producido entre los depositantes la desorbitada actuación de los tribunales inferiores, que por medio de medidas cautelares denominadas "autosatisfactivas" descalificadas por la Corte provocaron un notable trastorno económico que incluso puso en riesgo la regularización de los compromisos asumidos por la Nación frente a organismos internacionales de crédito[140].

4.2 La Constitución Nacional Argentina no fracciona las garantías, solamente las presenta en el enunciado dogmático al señalar el capítulo general de los "derechos, deberes y garantías". La generalización contrae diversas consecuencias y de orden distinto, sea problematizando o respondiendo desde la amplitud a cada uno de los posibles planteos.

La enunciación hace al reconocimiento expreso y a la operatividad inmediata de cada uno de los derechos y garantías tutelados; pero, al mismo tiempo, dificulta concretar -si fuera necesario- una escala jerárquica de esos valores reconocidos. Es verdad que el estudio cuidadoso de cada una demuestra que se trata de respetar una secuencia que nace en la afirmación, continúa con el ejercicio, y se reasegura con los reclamos o la protección jurídica.

> El punto de partida, por lo general, es la libertad, y es ello lógico, pues como lo apunta Castro […] "si el Derecho no partiera de que el hombre es libre, no podría sancionar los actos humanos que contradicen las normas jurídicas, pues sin libertad no hay responsabilidad, y sin ésta no se justifica la coacción pública que sanciona por el incumplimiento de la norma" ([141]).

---

[139] Fallos: 324:4520

[140] Fallos: 327:4495.

[141] Castro, Juventino, *Garantías y amparo.* Porrúa, México, 1989, p. 16.

También es sensato pensar que la mención de "garantías" en un capítulo común no supone restringir el alcance de cada una, pues la noción es amplia al referirse de modo complementario a la unidad constitucional del ordenamiento fundamental, donde cada precepto se nutre y completa de otro. La complejidad se presenta cuando se trata de establecer el alcance que tiene la expresión "garantía individual", porque a veces ellas son minuciosas y, en otras, se introducen como verdaderos derechos particulares que se confunden con los derechos subjetivos públicos, con los deberes de abstención del Estado, con las garantías procesales de tutela, o además, *lato sensu*, con los derechos humanos.

Razonado cada uno de los aspectos debemos partir confrontando la circunstancia donde la garantía se establece. En efecto, la noción de "garantía" en su latitud intelectiva, pareciera simplificarse con el reaseguro que tiene la sociedad sobre ciertos derechos inalienables e imprescriptibles que pertenecen a todos sin posibilidad de renuncia o violación. Como tales surgirían de una relación entre gobierno y sociedad, donde los primeros actúan la voluntad del pueblo a través del ejercicio soberano de la representación democrática, y los restantes resuelven la vida social desarrollando fines y personalidades específicas.

Esa vinculación tiene un déficit acuciante, pues la sola mención de potestades absolutas del hombre que el Estado no puede superar sin violar los límites establecidos constitucionalmente, no sirven para "garantizar" el pleno cumplimiento de las prioridades fundamentales. La experiencia demuestra, sin necesidad de mayores explicaciones, el evidente valor declamativo que tienen los dogmas constitucionales cuando el juego de las garantías no funciona en sus tres dimensiones (individual, social y procesal). Punto central para conseguir una ubicación adecuada para el derecho a la salud, en el plano de las situaciones jurídicas subjetivas.

4.3 Desde este punto de vista, nominar a las "garantías individuales" como potestades insuperables remonta al viejo esquema del "individualismo" que establece derechos a partir de sujetos obligados (personas físicas o morales) y Estados (gobiernos) responsables. La dependencia natural que manifiesta como mensaje esta línea de pensamiento, trae consigo una conclusión no muy severa: el Estado no puede actuar contra la voluntad social. Sólo la sociedad puede ofrecer al Estado los instrumentos coactivos para obligar el acatamiento y eficacia de las normas.

Pero la reflexión es falsa, porque, en palabras de Bidart Campos […]

> Aun admitiendo que el derecho sea un mandato estatal es viable que en dicho mandato estatal incidan fuerzas sociales siempre, o en algunos casos [...]. Quizás la antinomia de *derecho como mandato del Estado*, y *derecho como producto de las fuerzas sociales*, provenga de suponer que todo mandato del poder estatal es siempre una imposición totalmente voluntarista de los gobernantes en las que para nada influye la sociedad, cosa que equivaldría a sostener que el origen estatal riñe necesariamente con la influencia social sobre el contenido de lo que los gobernantes mandan. Es factible tanto que el gobernante mande algunas veces sin atender las influencias sociales, como que lo que manda en otras ocasiones se inspire en dichas influencias. De ahí que, en suma, las teorías que aceptan la dependencia del derecho respecto de la sociedad no tienen por qué repeler lo que en el mundo jurídico (derecho) hay de mandato estatal, sobre todo en el derecho constitucional[142].

En otras palabras, la relación que puede derivar del vínculo derecho individual como "garantía" porta genéticamente la noción de derecho subjetivo (titularidad del derecho), ocasionando un sentido de pertenencia, diferenciado por la persona que lo posea y perdiendo la noción abstracta (por lo general del mandato) que es particular en el concepto de "garantías". Otra consecuencia es que, asimilando la garantía con el derecho individual, se objetiva el alcance, pues sólo sería factible el reclamo cuando exista la posesión de ese derecho fundamental y el daño efectivamente sufrido.

Localizar en este campo los derechos que movilizan ahora nuestra atención, es factible en la noción de “afectado”, y la jurisprudencia local e internacional tiene numerosas expresiones que aceptan intervenir sin obstáculos que lo impidan. Pero, al mismo tiempo, no se trata de resolver el deber de protección de los derechos emergentes de la salud, o de solventar la calidad institucional de ellos dentro del Estado, sino de solucionar un padecimiento puntual de quien lo sufre.

En este aspecto, la garantía individual es útil y presta servicios en varios niveles de posibilidades. Sea con la reparación *ex post facto;* actuando la tutela cautelar, u obrando en el molde de la tutela inhibitoria[143].

---

[142] Bidart Campos, Germán J., *Tratado elemental de derecho constitucional argentino,* Tomo IV. Ediar, Buenos Aires, 1993, p. 21.

[143] En la práctica la característica de la tutela inhibitoria es impedir que un daño se concrete, continúe o repita. De algún modo supone el tránsito de la reparación *ex post facto* a la prevención anticipada, y lleva a un cambio sideral para la atención normativa (cfr. Gozaíni, Osvaldo A., *Tratado de derecho procesal civil,* Tomo III. La Ley, Buenos Aires, 2009, ps. 478 y ss.).

4.4 También se argumenta que, como es el Estado constitucional el que fortalece con sus normas la ejecución de los derechos sociales, económicos y culturales, la calidad del interés se ubica como un derecho subjetivo público, porque el obligado a cumplir es el gobierno que administra. Pero las *garantías* no son derechos subjetivos públicos, en la medida que en estos se considera presente una relación obligacional prevista, donde uno exige el derecho que tiene y el otro responde con el deber que lo obliga. Ni más ni menos, se trata de una proyección del derecho subjetivo privado (individualismo) ocasionando iguales complicaciones que la tesis en ella sostenida.

De todas formas no hay necesidad de buscar sinonimias o aproximados al concepto de "garantía", basta con resolver su dinámica en el entorno de situaciones concretas o abstractas donde se encuentra emplazada.

A tal efecto es inevitable advertir -y partir de esta plataforma de asentamiento- que las garantías están en las leyes fundamentales. Por tanto, tienen esa característica esencial que supera un orden jurídico ordinario. Es decir, si la Constitución es la Ley Fundamental, superior e inalterable en sus premisas, no se le puede dar un sentido común a sus disposiciones al punto de aligerar o transformar el principio de la supremacía.

De suyo, el poder de peticionar la ejecución o el cumplimiento de un derecho social en el estatus del derecho subjetivo público, es el mejor encuadre para las representaciones colectivas a través de organizaciones no gubernamentales, grupos ocasionales o asociaciones preconstituidas.

5. Las garantías colectivas

5.1 Así como los derechos individuales responden a un período histórico después consagrado en el constitucionalismo, también las garantías sociales son producto de un tiempo preciso que las incorpora.

En efecto, el individualismo surtió grandes resultados de conciencia acerca de los valores que tenía por su sola condición. El Estado actuaba reaccionando ante el conflicto intersubjetivo dejando al hombre libre de hacer y realizarse. La igualdad (todo hombre es igual ante la ley predicaron los revolucionarios franceses de 1789) era la síntesis alcanzada. Sin embargo, el curso del tiempo fue provocando otras urgencias; otras necesidades. La igualdad apareció como una utopía; sus aspiraciones eran

inalcanzables para muchos, dando por tierra bastantes de los ideales previstos en los derechos originarios.

5.2 La problemática se reflejaba a través de los conjuntos sociales, donde era posible advertir auténticos desequilibrios de fuerzas y oportunidades. La polaridad trazada en el eje patronos y obreros obligó a pensar en mecanismos asistenciales que igualaran en beneficio de las premisas fundamentales que se llevaron, otrora, al grado de garantías individuales.

Las cartas fundamentales, hasta entonces cartabones del liberalismo, se modifican en favor de una nueva categoría de derechos: los *sociales, económicos y culturales*. Nacen así nuevas garantías que no serán exclusivas, sino asignadas por correspondencia a un grupo social determinado (v.gr.: derecho de huelga, de agremiación, de protección a la familia, a la salud, a la educación, etc.). Tal como sucedió con la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, es fruto de esta época (1948), y condicionará el obrar futuro del mundo.

> Se definen así en la *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre* (1948), los derechos a la preservación de la salud y al bienestar (art. XI), el derecho a la educación art. XII), a los beneficios de la cultura (art. XIII), al trabajo y la seguridad social (arts. XIV a XVI). Luego, el *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* (19/12/1966) establece el derecho al trabajo y los beneficios sociales, incluyendo el seguro social; la protección a la familia; el derecho a tener un nivel de vida adecuado (alimentación, vestido y vivienda); el derecho a la salud física y mental; el derecho a la educación, y a participar en la vida cultural, entre otros que permiten ir relevando los contenidos esenciales que se tiene derecho a exigir y proteger. La *Convención Americana sobre Derechos Humanos,* con el título "desarrollo progresivo" dispuso en el art. 26 que: "*Los Estados partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenida en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados".* Y después vendrá un cúmulo de agregados con buenas intenciones que, analizados sin particularización, permiten encontrar un buen esquema de diseño para los *derechos sociales*; un entorno más difuso para los *culturales* que, a veces, se los reduce al beneficio

proyectado; y casi neutro y sin explicitación para los *derechos económicos*, reseñados en ocasiones, como derecho al desarrollo.

De allí la necesidad de saber no sólo qué protección tienen y ofrecen para los destinatarios, sino, al mismo tiempo, obligan a reconocer los significados y consecuencias que tenía el compromiso de cada nación para "*adoptar providencias*" (¿incluso sentencias?); saber cuán significativa es la reserva de desarrollo cuando los recursos son escasos, y si la vía legislativa era el medio elegido para hacer realidad los derechos trazados en el Pacto o se pensó que entre los "*otros medios apropiados*" estaban la exigencia de prestación por el Estado, y el deber de rescate por los jueces.

6. Las garantías procesales

6.1 Sean garantías individuales o colectivas las que promuevan la defensa, cualquiera y todas resumen su validez y ponderación efectiva, en la única garantía posible que actúa como reaseguro de las demás: el proceso.

Garantías individuales como sociales son, definitivamente, consagraciones fundamentales que obran en la más pura abstracción si no cuentan con un elemental sistema de puesta en marcha o, al menos, de la posibilidad de reclamo efectivo. Por tanto, las garantías procesales son el reducto de la eficacia y resumen la posibilidad de hacer cierta la protección judicial sobre garantías y derechos fundamentales.

Conviene agregar que buena parte de la doctrina prefiere referir en este sector a "*garantías de la seguridad jurídica*", que en buen romance parece más ajustado a las realidades que impone el tiempo actual; o también de "*garantías de justicia*", con idéntica disposición que la anterior. No obstante, la suerte del derecho procesal debate su rol como garantía mediante la eficacia de sus procedimientos, de forma que nos resulta más apropiado hablar de ellos, y no en términos de mayor latitud.

Las garantías procesales, a nuestro entender, reposan en tres señalamientos: 1) necesidad de tener un tribunal a quien poder reclamar efectivamente, sin cortapisas de orden técnico alguno, o condicionamientos sustanciales irrazonables (acceso a la jurisdicción), 2) el debido proceso, bifurcado a su vez en las garantías correspondientes al sector de la magistratura -independencia e imparcialidad-; al sector de la defensa -derecho al abogado, derecho a una sentencia justa-; y 3) al sector del procedimiento propiamente dicho -bilateralidad, contradicción, audiencia, proceso rápido y sin

dilaciones indebidas, tutela efectiva con mecanismos urgentes como el amparo o el hábeas corpus, entre otros aspectos que ocupan esta parcela-.

6.2 Los contenidos propuestos tienen predicamento en los más calificados estudiosos de los derechos económicos, sociales y culturales, quienes sostienen que la justiciabilidad de ellos depende del empleo de la noción de "debido proceso"[144]. Esto es cierto, pero no todo el contenido es útil sino aquellos que salvaguardan el acceso a la justicia, el derecho a ser oído, el establecimiento del plazo razonable, entre aquellos que definen la promesa de seguridad, sin analizar los resguardos técnicos del procedimiento que es donde estos derechos necesitan esclarecer y definir el alcance (v.gr.: bilateralidad y contradicción; principio de congruencia; carga de la prueba; modalidades de la sentencia; extensión de la cosa juzgada; régimen de cumplimento y ejecución de la sentencia; derecho al recurso, etc.).

La pretensión individual o colectiva sufre el problema de la indeterminación que existe sobre el alcance preciso, más o menos exacto, que se puede peticionar. A veces cuando el reclamo es personal, la ambigüedad se elude con el pedido concreto (v.gr.: asistencia médica; provisión de medicamentos; asistencia psicológica, etc.), que encuentra satisfacción simple con la prestación cumplida. La determinación del derecho individual iguala en cada sector de los derechos en referencia un aspecto de protección posible que los muestra como garantías directamente operativas que obligan el hacer jurisdiccional.

La jurisprudencia nos muestra múltiples ejemplos donde el juez ejerce cierto activismo, pero en el marco de un proceso bilateral y contradictorio, de alcances sesgados al principio *res inter alios acta,* y donde la sentencia resuelve un caso concreto sin posibilidades de expandir la cosa juzgada. El derecho individual obtiene satisfacción y resarcimiento, pero el sentido social del resultado se difumina con el alcance de la *res judicata.*

Las dudas se plantean con los derechos que no encuentran un ajuste exacto con el fin querido. Además, son cuestiones que no se pueden completar con las llamadas

---

[144] Abramovich y Courtis dicen que […] "la riqueza de las implicaciones de este concepto instrumental / procedimental permite el tratamiento de violaciones a derechos económicos, sociales y culturales indirectamente, a partir de una crítica de las formas dispuestas por el Estado como condición de su afectación o de su tutela judicial o administrativa" (ob. cit., p. 179).

“lagunas de la ley” que facilitan lecturas contemplativas. Tomemos como ejemplo el derecho a la vivienda y con él procuremos encontrar el objeto querido para deducir del mismo el contenido posible de una pretensión procesal.

¿Significa que toda persona tiene derecho a tener un lugar donde vivir? ¿Supone que toda persona tiene derecho a ser dueño de su casa? ¿Es nada más que un programa de acción política cuya cobertura formal debe prestarla el Poder Ejecutivo? Cada pretensión traza un camino de soluciones eventuales, por ejemplo, ¿puede el juez ordenar que las tierras ocupadas ilegítimamente sean cubiertas por quienes las usurpan argumentando la función social de la tierra? ¿Podrá resolver que debe el Estado construir viviendas para quienes no las tengan? ¿Podrá interpretar que el derecho a la vivienda se soluciona con dar un techo donde ampararse? ¿Es, acaso, un derecho de contenido prestacional o se trata de un programa que al no ejecutarse sufre una inconstitucionalidad por omisión?, estos y muchos más pueden ser planteos hipotéticos, que serían los mismos que un juez tendría ante sí.

En suma, la determinación del objeto a resolver es imprescindible para el derecho procesal; con él van de la mano muchos principios, como la congruencia, el alcance de la cosa juzgada, la producción probatoria, etc.

6.3 Los derechos sociales tienen mejor encuadre y desarrollo que otros más vagos y genéricos, como los derechos económicos y los culturales. De allí los interrogantes derivados con demandas que señalan el derecho a cumplir pero no indican claramente la forma como se pretende que la sentencia se ejecute.

Volviendo al ejemplo, si alguien demanda al Estado o al dueño de la tierra que ocupa para que allí se formalice el derecho a la vivienda: ¿está pretendiendo que el Estado le provea la habitación? ¿Quiere que el propietario cuya tierra se ocupa, la ceda para poder allí construir? Supongamos que se pidiera una u otra cosa, que al estar planteado desde la inteligencia particular que se acuerda al sentido de “derecho a la vivienda” obliga a la interpretación y aplicación judicial: ¿puede el juez decidir en causas como éstas?

Avancemos algo más. Si abandonamos las pretensiones individuales y las llevamos al terreno de lo socialmente representado por asociaciones o grupos (convencionales u organismos no gubernamentales) ¿pueden generar las pretensiones

colectivas soluciones de igual alcance? Aquí el dilema tiene otra faceta. Ya no es solo la indeterminación del derecho a tutelar, sino también, la duda fáctica para dar cabida a la demanda.

El planteo no significa hacer una reserva de actuación, sino exponer las posibilidades reales que tiene hoy la ideología procesal puesta en manos de dos interpretaciones. Si confiamos en los jueces y en ellos reposa el sentido y responsabilidad social que al tribunal le toca ejercer, no tenemos dudas que habrá modalidades para que se ordenen las medidas tendientes a esclarecer los hechos (art. 36 inciso 1°, CPCC), o que se exprese lo necesario para determinar la competencia judicial (art. 337, CPCC), y en suma, se encarrile la demanda en la senda de los derechos cuya protección se dispensa.

En cambio, si al proceso se lo mira como propiedad de las partes, el juez cumple una función propia del mecanismo de la iniciativa privada; responde a lo que se pide aplicando el derecho, y si la demanda es ambigua o formalmente defectuosa la rechazará *in limine* o declarará su improcedencia objetiva. Su misión es sentenciar el conflicto entre partes sin protagonizar un rol propio o tener un cometido diferente[145].

---

145 Para comprobar la oposición entre ideas, remitimos a la obra "*Proceso y Constitución*". Ediar, Buenos Aires, 2009, ps. 455 y ss., donde por un lado nos dice Juan Manuel Acuña que la discusión sobre la interpretación del derecho es similar a la que se le presenta al intérprete constitucional cuando debe establecer el contenido de derechos de indiscutible judicialización tales como la libertad de expresión, en relación a la cual cabría preguntarse: ¿qué discursos estaríamos dispuestos a proteger a partir de un enunciado constitucional como el que contiene la constitución de los Estados Unidos de América en su enmienda I al expresar que "El Congreso no dictará leyes que restrinjan la libertad de palabra? ¿Cualquier clase de expresiones merecen el amparo del Derecho? En el sistema jurídico mexicano, y siguiendo el caso de la libertad de expresión, deberíamos responder negativamente a la pregunta anterior, pues el constituyente estableció ciertas pautas de control, bajo la forma de restricciones directamente constitucionales prescribiendo en su art. 6 que "la manifestación de las ideas no será objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa, sino en el caso de que ataque a la moral, los derechos de terceros, provoque algún delito o perturbe el orden público…". Sin embargo, estas especificaciones del constituyente, parecen aclarar poco, pues cabría preguntarse a continuación: ¿Que debe entender el intérprete por lo moralmente aceptado? ¿Qué grado de afectación puede tolerar el orden público para considerarlo no perturbado? etc., etc.

En cambio, Montero Aroca le quita al juez esa posibilidad porque sostiene que su deber es aplicar la ley, no crearla. Por eso advierte como confusa la idea opuesta que deslinda en dos principios. El dispositivo se fundamenta en la naturaleza privada del derecho subjetivo deducido en el proceso, en la titularidad particular del mismo, en la autonomía de la voluntad de los ciudadanos y, en definitiva, en la libertad. Partiendo de este fundamento el principio debe significar: 1.) La actividad jurisdiccional sólo puede iniciarse ante petición de parte; el particular debe ser libre para medir el interés que le mueve a luchar por su derecho o a dejarlo ignorado o insatisfecho. 2.) La determinación concreta del interés cuya satisfacción se solicita de los órganos jurisdiccionales es facultad exclusiva de las partes o, en otras, palabras, la determinación del objeto del proceso corresponde al actor mediante la pretensión y la determinación del objeto del debate al demandado por medio de la resistencia. 3.) Los órganos jurisdiccionales al satisfacer, por medio del proceso y de la sentencia, intereses privados, deben ser congruentes con la pretensión y la resistencia formuladas. 4.) Si las partes son las únicas que pueden incoar la actividad jurisdiccional,

6.4 La pretensión individual, como dijimos, solo tiene problemas de encuadre; el inconveniente se produce con el reclamo grupal o colectivo. Cuando el derecho es singular se aísla el objeto reduciéndolo a un problema de consistencia entre lo que se pide y el carácter de afectado, para deducir entonces, si tiene legitimación procesal y derecho al proceso. En cambio si la demanda es colectiva y persigue una reparación (o prevención) de alcance grupal o sectorial, la referida consistencia entre el objeto y la representación del derecho sufre los efectos de la teoría de la legitimación.

Si a ello le agregamos que el derecho cuyo cumplimento se expone tiene dudas en cuanto el alcance intrínseco (v.gr.: derecho al cuidado de la salud), esa incertidumbre se transmite a quienes representan un derecho probablemente incierto.

Sin embargo, existe por encima de estos repliegues procesales un deber del Estado de asegurar la protección, fomento y desarrollo de los derechos económicos, sociales y culturales (art. 26, citado) y un principio de igualación (art. 26, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) que posterga o elimina el subterfugio formal. Además, en el derecho argentino, la Constitución Nacional estableció en el art. 43 que existe un derecho de amparo en defensa de los derechos constitucionales, o contra cualquier forma de discriminación, y *en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general.*

Por tanto, las cuestiones de legitimación pasan a ser un problema instrumental, donde lo primero que se tiene que resolver es la calidad de los hechos expuestos y la necesidad que tienen de protección rápida y urgente, o mediata pero efectiva.

De allí que las posibilidades de actuación sean en representación de:

a) el *derecho o interés del directamente afectado (*representado por sí mismo o en litisconsorcio activo, bien como parte de un grupo alterado en forma homogénea);

b) el *derecho o interés que pertenece a todo un grupo o sector, unidos por un hecho que los afecta de manera indivisible* (vecinos que sufren el corte del suministro

---

pueden también ponerle fin, disponiendo del interés o intereses cuya satisfacción se solicitaba (cfr. *La nueva ley de enjuiciamiento civil española y la oralidad,* XVII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, San José de Costa Roca, 2000, passim).

eléctrico; o que padecen el cierra de un establecimiento hospitalario; o la mudanza de una institución educativa, etc.);

c) el *derecho o interés afectado que no individualiza afectados más que de manera genérica* (daños al patrimonio cultural, costo exagerado del transporte; alza de precios; etc.).

A su turno la demanda la puede deducir:

a) Una persona con representación suficiente,

b) una entidad regularmente constituida que demuestre con sus estatutos el objeto social que lo vincula con el proceso;

c) una entidad ocasionalmente compuesta siempre que tenga "adecuada representatividad";

d) el Defensor del Pueblo o el Ministerio Público.

En consecuencia, tienen legitimación procesal para entablar acciones colectivas el *afectado*, que puede ser una persona física individualizada cuyo perjuicio trasciende su individualidad porque ocupa los intereses de terceros; o bien, el *grupo afectado* que puede o no tener una representación organizada con anterioridad.

En este caso, hay dos teorías de aplicación probable. Una que la doctrina italiana denomina "ente exponencial" y la americana "*adecuacy of representation*"[146], que atiende esencialmente la calidad de la representación y la historia institucional del grupo; y otra que pone el ojo en el "*ente exponencial*", que supone convalidar la representación que se arroga un grupo para defender los intereses de una colectividad determinada. El criterio se adopta por exclusión, es decir, que admite la representación

[146] En ambos casos se procura que las organizaciones o grupos cuenten con garantías básicas para establecer el contradictorio. La audiencia y alegación constituyen resortes de ello, y propician un abandono del simplismo que ve al proceso como cosa entre partes físicas y conocidas. La garantía del debido proceso, en estos casos, se resuelve a través de la *adecuada representación* de los intereses del miembro del grupo que permanece ausente, defendidos por otro u otros miembros del grupo, que se encuentran en una situación cualitativamente idéntica y que ofrecen indicios de que van a proteger de manera adecuada (idónea) los intereses de todos los que se encuentran en semejante posición jurídico-material. La "representación adecuada" se diferencia de la convencional, en que no existe una concesión expresa de apoderamiento, porque no hay una personalidad constituida, tampoco una voluntad tácita que acepte la manifestación en nombre del ausente; se trata, solamente, de atribuir legitimación procesal activa que objetivamente permita la defensa de derechos grupales desprotegidos. De este modo, la representación adecuada atiende más la cualidad de los hechos denunciados que a las personas que invocan la petición judicial (cfr. Gozaíni, Osvaldo A., *La legitimación en el proceso civil.* Ediar, Buenos Aires, 1996, ps. 140 y ss.)

que se invoca para requerir la actuación jurisdiccional ante un hecho donde los damnificados permanecen inactivos o en actitud pasiva; o bien cuando conocida la invocación del problema a través del "ente exponencial", no cuestionan ni contradicen la demanda planteada. El *grupo exponenciado* es el sector protegido, y el *ente exponencial* la entidad organizada o la persona o personas que pretenden la atención judicial.

7. Modalidades instrumentales o el derecho a la mejor protección

7.1 También en este espacio las asimetrías en la protección son elocuentes. Los derechos sociales avanzaron a paso firme y constante logrando el reconocimiento de procesos especiales como de acciones colectivas que defendieron los derechos del trabajo y la seguridad social, para luego progresar en la salud, el ambiente y la vivienda digna. Sin embargo, el desarrollo no fue parejo con los demás derechos del conjunto, producto quizás de la indeterminación del objeto a tutelar y de la resistencia de los Estados alegando el estado de emergencia económica.

Muchos han optado por el juicio de amparo (recurso de protección; mandado de segurança, acción de tutela) cuya naturaleza constitucional amplía notoriamente el permiso para debatir los derechos que nos interesan.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dicho que […]

> Ese deber de organizar el aparato gubernamental y de crear las estructuras necesarias para la garantía de los derechos está relacionado, en lo que a asistencia legal se refiere, con lo dispuesto en el artículo 8 de la Convención. Este artículo distingue entre acusación (es) penal (es) y procedimientos de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter. Aún cuando ordena que toda persona tenga derecho a ser oída, con las debidas garantías por un juez o tribunal en ambas circunstancias, estipula adicionalmente, en los casos de delitos, unas garantías mínimas. El concepto de debido proceso en casos penales incluye, entonces, por lo menos, esas garantías mínimas. Al denominarlas mínimas la Convención presume que, en circunstancias específicas, otras garantías adicionales pueden ser necesarias si se trata de un debido proceso legal"[147]; pero en otras áreas, como los derechos económicos, sociales y culturales, el campo de intervención procesal corresponde al proceso, entendido éste como una auténtica "garantía".

---

[147] Corte ID, Caso Suárez Rosero vs. Ecuador, sentencia de 12 de noviembre de 1997. Serie C Nº 35, párrafos 76 / 78.

En este concepto hay un piso de marcha que no se debe descuidar. Es verdad que el debate metodológico entre pretendiente y defensor se debe mantener con los estándares de la bilateralidad, el derecho a la contradicción, y las garantías esenciales del derecho de defensa; pero esta lectura "garantista" no debe llevar a que los derechos se vuelvan una disciplina teórica cargada de ilusiones, que tras la constitución de valores y principios impidan que la función judicial quede inerte en sus obligaciones de hacer. Este deber de adaptación se dirige hacia jueces y abogados sin distinción, y compromete al Estado en la tarea de adecuar sus instituciones procesales.

Precisamente, por eso son los desplazamientos en la teoría de la legitimación, que supone variar significativamente el acceso a la justicia; porque la función jurisdiccional no descansa únicamente en la aplicación mecánica de la ley; también revierte la carga probatoria que en este tipo de procesos no tiene la impronta del esfuerzo personal de quien afirma, y en definitiva, porque ante la tutela de derechos de la naturaleza que se involucra, siempre los afectados trascienden las esferas individuales; todo ello conmueve las estructuras y llama a una interpretación distinta del sistema de enjuiciamiento.

En el campo de los conflictos colectivos es donde con mejor definición se encuentra el problema que presentamos. En efecto, no existe aún en América Latina un mecanismo articulado de defensa para las afectaciones de derechos e intereses difusos y/o colectivos, y en Argentina, pese a la sentencia exhortativa dictada por la Corte Suprema de Justicia de la Nacion en el caso Halabi[148], aun mantenemos la incertidumbre y la inseguridad jurídica implícita en ello.

Básicamente el error que éstos sufren consiste en adoptar un modelo de procedimiento que tiene reglas adaptadas para una lucha entre partes, en condiciones aparentes de igualdad y equilibrio. En nuestro parecer, cada uno de los derechos exige un esfuerzo en el poder de derivación que tiene el juez. No tienen el mismo potencial de verosimilitud los derechos económicos respecto de los sociales, que se ven más claros y definidos; o el derecho a la salud de manifiesta connotación y necesidad, que los culturales que promueven un beneficio diverso.

De todos modos, la elección de un tipo de proceso por quien demanda (v.gr.: amparo) no debe ser un obstáculo para la realización de los derechos. La potestad

[148] Fallos: 332:111.

jurisdiccional que se quiere resaltar es el poder de reconducción, de modo tal que, si el juez considera que la modalidad instrumental elegida es ineficiente, pues tendrá que llevar la instancia hacia el trámite más idóneo, manteniendo la competencia positiva o indicando cuál es la jurisdicción y el procedimiento que se debiera actuar.

Es un conflicto preferente y esencialmente sumario; hay urgencias implícitas y otras que no admiten más dilaciones, pero cualquiera sea el objeto, los procedimientos deberán garantizar:

a) el derecho a ser oído;

b) el derecho a formular pretensiones que, si resultan para el juez o la parte contraria de contenido vago o impreciso, deberá ordenar que se indique en forma perentoria, aquello que se considera como de contenido esencial para la tutela;

c) la prueba es un esfuerzo de colaboración, no una carga del que afirma;

d) la cosa juzgada dependerá del tipo de perjuicios y del núcleo central de afectados.

8. La función del juez en el derecho a la salud

8.1 La función judicial en los procesos que debaten el derecho a la salud no cambia el sentido de la decisión, pero adapta las figuras de la sentencia a modalidades que no suponen aceptar o rechazar la demanda como es el efecto común de los juicios ordinarios.

> Bien dice Acuña Roldán que […]: "Amén de la conciencia de los efectos de sus fallos, los jueces, especialmente los constitucionales, deben cuidarse de entrar en un cálculo de eficiencia entre los derechos y las consecuencias de sus decisiones, pues ello podría implicar el sometimiento de los derechos a un cálculo utilitario que es ajeno a su esencia. En todo caso, si se teme los resultados de las sentencias de los jueces en ciertas materias, concretamente aquellas que tienen que ver con el desarrollo social de los ciudadanos, ello debería ser un llamado de atención a las instancias que en primer lugar deben hacer cumplir los postulados constitucionales"[149].

Es justamente el riesgo del activismo exagerado e imprudente el que siembra dudas sobre el rol judicial. En esta disciplina, la óptica tiene laterales difusos, porque si el desarrollo y progreso de los derechos sociales y de su tipo, se deja en manos del

[149] Acuña Roldán, ob. cit., p. 457.

Estado como gestor del gasto público, cualquier resolución judicial que suponga considerar una inversión de solvencia para un acto puntual (v,.gr.: provisión de insumos hospitalarios para la atención de ciudadanos) podrá sepultarse con la restricción de la división de funciones en el ejercicio del poder soberano.

En cambio, si la mirada se pondera con la vara del control de constitucionalidad y de convencionalidad (esto es, la supremacía de Tratados y Convenciones sobre derechos humanos), la actividad judicial tiene amplias y suficientes potestades para desenvolver una tutela diferenciada[150].

8.2 Quizás la vara sea la moderacion; objetivar el caso concreto para evitar que se legisle con la sentencia; exhortar a los demás poderes a que actúen con la urgencia y necesidad que se requiere; poner plazos y consecuencias directas si hay omisión, en definitiva, son sentencias constitucionales con sus respectivas modalidades y características las que explana el contenido de las decisiones en materia de derechos económicos, sociales y culturales.

La prudencia tiene proyecciones más impulsivas que afirman el *self restraint* de los jueces, que significa obligar a que autolimiten su intervención. La tendencia se apoya en la construcción jurisrudencial de nuestra Corte, por la cual afirma que: "La misión más delicada del órgano judicial es la de saber mantenerse dentro de la órbita de su jurisdicción sin menoscabar las funciones que incumben a los otros poderes o jurisdicciones"[151].

La famosa judicialización del derecho a la salud se muestra como un espectáculo a repelir, por pretender que desde las sentencias se utilice y ejecute el presupuesto del Estado, dándole un sentido diferente a la inversión general, supliéndola con el gasto propio de alcances particulares.

---

[150] Muchas de las críticas en torno a la labor de la justicia constitucional en democracia que apuntan a su carácter contramayoritario –dice Acuña Roldán- aguardan aun respuesta, sin embargo, es de remarcar que no todo activismo en materia de derechos resulta tan objetado como el que se da en materia de derechos sociales y por otro lado, cabría realizar el siguiente comentario: el activismo de la jurisdicción constitucional en torno a los derechos sociales y, como consecuencia de ello, en aras de mantener un nivel adecuado de las personas en relación a ciertas condiciones materiales de vida, puede ser interpretado también como un trabajo denodado de esta instancia por preservar las condiciones de la democracia, con lo cual, el activismo judicial, lejos de poder ser considerado antidemocrático, estaría encaminado al mejoramiento de la calidad democrática (ob. cit., p. 459).

[151] Fallos: 322:1988.

8.3 A veces, en lugar de actuar resolviendo o exhortando, las sentencias suelen despojarse del compromiso sosteniendo que es la autoridad pública la que tiene la obligación impostergable de garantizar el derecho a la salud, sea con acciones positivas de los organismos locales, o mediante el control de gestión que deben realizar sobre las obras sociales y entidades de medicina prepaga.

Vale decir, impulsando que sean otros y no la jurisdicción, quien deba resolver la situación sanitaria o el cuidado de la salud particular y general. Es reiterado encontrar reafirmaciones del derecho a la salud escondidos detrás de declaraciones puramente dogmáticas, como cuando se afirma que […]

> El Estado Nacional ha asumido compromisos internacionales explícitos orientados a promover y facilitar las prestaciones de salud y dicha obligación se extiende a sus subdivisiones políticas y otras entidades públicas que participan de un mismo sistema sanitario. -Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema-[152].

Sin embargo, esta mirada puede tener una parte positiva que reside en poner en evidencia que el derecho a la salud es justiciable y que pueden, jueces y magistrados, abordar la resolución de conflictos sin vulnerar la restricción presupuestaria que suele ponerse como defensa primera.

Con esto se vuelve a una cuestión de análisis de casos y decisiones aisladas que, aumentadas por el problema de trabajar sin la doctrina del precedente, ofrecen ua cosa juzgada individual, sin otro valor -aun reconociendo su importancia- que la respuesta aplicada al singular. Faltan sentencias estructurales que se refieran al derecho a la salud de forma omnicomprensiva.

En un país de organización federal como el nuestro, la ausencia de seguimiento obligatorio a sentencias ejemplares, y la ponderación libre que realiza cada Superior Tribunal de provincias, advierten que resulta muy difícil conseguir un estándar común, que pueda proyectar más que soluciones ocasionales.

> Un meditado estudio sostiene que […]: Si bien el derecho a la salud tiene reconocimiento constitucional en el propio articulado de la Constitución Nacional, y por la vía de la incorporación con jerarquía constitucional de distintos tratados internacionales de derechos humanos, Argentina no tiene sancionada una ley general de salud, sino que regulan el sistema de salud distintas normas nacionales, provinciales y municipales. Este plexo

[152] Fallos: 329:2552; 328:4640, 323:1339, entre otros.

> normativo establece responsabilidades diversas en la cobertura de las necesidades sanitarias de la población. Por ejemplo, la Ley nº 23.660 sólo regula el comportamiento de una parte de las entidades de la seguridad social, y contempla la posibilidad de una adhesión voluntaria a su régimen de otras entidades de la seguridad social; las Leyes 22.431, 24.901y 26.378 legislan específicamente sobre la cobertura integral de salud para las personas con discapacidad de cualquiera de los tres sub-sectores; y la Ley nº 24.754 regula la obligatoriedad del Programa Médico Obligatorio (PMO) para el sector privado. El PMO constituye la canasta prestacional mínima de cobertura obligatoria para los subsistemas privado y de la seguridad social, establecida mediante una resolución del Ministerio de Salud de la Nación[153].

De este modo aparece una regla no prevista que transforma la obligación primera del Estado en una regla subsidiaria que responde cuando la persona no tiene obra social, ni asociación mutual, ni contrato con empresa de medicina prepaga que la cubra[154].

En consecuencia, el devenir jurisprudencial de nuestro máximo tribunal de justicia navega entre las aguas del litigio único, dando respuestas abastecidas por la necesidad del caso, y los mares del deber de atención y cuidado a la salud, al que se entiende operativo desde el Estado Nacional, a través de de la Autoridad de Aplicación que fija las políticas sanitarias, debiendo "articular y coordinar" los servicios asistenciales que prestan las obras sociales comprendidas en la ley 23.660, los establecimientos públicos y los prestadores privados "en un sistema de cobertura universal, estructura pluralista y participativa y administración descentralizada que responda a la organización federal de nuestro país"[155] (arts. 3°, 4°, 7°, 15, 28 y 36).

---

[153] Cfr. Gotlieb, Verónica – Yavich, Natalia – Báscolo, Ernesto, *Litigio judicial y el derecho a la salud en Argentina,* Cuadernos de Salud Pública [online]. 2016, volumen XXXII, nº 1, Rio de Janeiro, 2016, ps. 1/10.

[154] Kemelmajer de Carlucci, Aída, *Los recursos limitados y el «amparo» como instrumento de acceso a la salud.* Comunicación presentada a la Academia Nacional de Derecho, marzo, 2020.

[155] Fallos: 328:3229.

CAPÍTULO IV

EL AMPARO COMO DERECHO

1. Introducción

1.1 El tradicional juicio de amparo que se origina en los resonados casos Siri y Kot, fueron el punto de partida en nuestro país para tener un proceso donde reclamar actos lesivos del Estado, o de particulares, contra derechos y garantías constitucionales. Una década después se sancionó la Ley 16.986 que reglamentó la acción contra actos u omisiones de la autoridad pública. Inmediatamente, la ley 17.454 (art. 321 inciso 2) hizo lo mismo respecto a los actos de personas.

La reforma constitucional del año 1994, importó una novedad trascendente en estos modelos diferenciados de analizar el acto lesivo. Se unifica desde el artículo 43 el derecho de toda persona a reclamar contra la autoridad pública o frente al sujeto particular, cuando existieran actos claramente ilegales o arbitrarios, que produjesen alteraciones o restricciones, que en forma actual o inminente, violaran derechos con resguardo constitucional, o con respaldo en tratados y convenciones sobre derechos humanos.

Es este el nacimiento del derecho de amparo, como una garantía específica elaborada sobre la base del conocido juicio de amparo, que pasó a convertirse en un proceso constitucional.

1.2 La constitucionalización importa varios significados a considerar. En primer término, lo que antes era un procedimiento de tutela de derechos fundamentales, basado casi exclusivamente en la protección de los derechos individuales, ahora funciona como una garantía esencial para todo tipo de libertades.

Relacionar el proceso con la Constitución significa incluir garantías inalterables que se vinculan con el debido proceso, a partir del cual se modifica la lucha entre partes del procedimiento común, para ponderar las posiciones jurídicas y los hechos, en base a un litigio de interpretación pura.

También, es un modelo que trabaja con dos elementos básicos que son más que insinuaciones a reglamentar; el proceso debe ser rápido y expedito, a cuyo fin el juez debe buscar en el derecho interno, cuál es la vía judicial más idónea.

Una vez localizado, resolverá si el amparo propuesto como tal debe funcionar con la ley reglamentaria de la jurisdicción, o en su caso, decidir si esa comparación para encontrar el mejor remedio constitucional, tiene otros estándares que no son la mera elección del juicio apropiado.

Dicho esto porqué cuando el tribunal radica un proceso de amparo, la competencia es la que define el procedimiento a sustanciar, y en nuestro páis, cada provincia tiene una Constitución que define la protección de los derechos, y una ley reglamentaria del amparo que no suele ser idéntica respecto a la norma federal.

De modo entonces que la vía judicial más idónea queda emplazada a un sortilegio, con demasiada discrecionalidad, y sin otra certeza que la apreciación subjetiva.

1.3 El problema es que, en el amparo de derechos de la salud, las leyes presentadas observan principios de naturaleza internacional que operan directamente sobre el derecho interno, de manera que la aplicación puede quedar condicionada con las técnicas de debate que cada lugar tenga o discipline desde la implementación judicial.

Esto es inapropiado y muestra una crisis de legitimidad que se podría solucionar, si en lugar de trabajar con un amparo modelo para cada jurisdicción, se entablara alguna simetría con los estándares que trae el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

De suyo, este es el amparo internacional, donde la intención es conseguir la mayor eficacia de los instrumentos procesales internos, desde el derecho de toda persona a un recurso sencillo y rápido, o a cualquier otro recurso efectivo ante los

jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la Convención Americana, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de funciones oficiales.

El inciso 2º del artículo 25 es muy claro en orden al compromiso que asumen los Estados Partes […]:

> a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;
>
> b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y
>
> c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

2. Vía judicial más idónea en el derecho a la salud

2.1 En nuestro país las legislaciones procesales en materia de amparo coinciden en darle al proceso un carácter subsidiario; para ello, oscilan entre requerir la existencia de recursos judiciales o administrativos, o eludir la vía directa del juicio de amparo, cuando en la organización procesal se tiene un proceso que se considera mejor para los requerimientos del planteo realizado.

Algunas veces se impide la acción directa cuando lo que se peticiona no fue planteado, en forma previa, al que debiera estar obligado a satisfacerlo, poniéndose énfasis en el reclamo administrativo para tener cierto el eventual acto lesivo; o en su caso, para saber de las propias manifestaciones del requerido, el alcance presupuestario que significa el problema, en términos de solidaridad e impacto en el derecho a la igualdad.

En otras, el análisis tiene presupuestos diferentes, que varían entre verificar cuál es la solución más rápida, o el conocimiento más intenso que se puede dar, Uno corre el riesgo de resolver con urgencia, y el otro, de llegar tarde con la provisión.

2.2 Los caminos que se toman tienen fundamentos desiguales. Quienes creen que todo se responde desde el Código Procesal, aprovechan el poder de los jueces para elegir la clase de proceso aplicable (artículo 319, CPCC); otros, en cambio, sostienen

que es un deber de la jurisdicción ponderar el acierto o error de la vía judicial elegida, cuya idoneidad debe resolver y, en su caso, reconducir por el trámite más rápido y expedito que sugiera aplicar.

También, esta elección habilita a reorganizar el procedimiento, que no tiene necesariamente que estar reglamentado[156]. La Corte nacional parece optar por este camino, al sostener que […]

> La Constitución reformada ha venido a ensanchar las posibilidades del amparo (sin por ello convertirlo en una vía ordinaria), ya que la mera existencia de otros remedios judiciales o administrativos no es suficiente para descartarlo; en tal sentido, el estándar constitucional para ponderar su procedencia consiste en determinar si dicha vía resulta ser la que posee mayor idoneidad tuitiva, valuada en términos de celeridad, profundidad y definitoriedad de la respuesta[157].

2.3 Alternativamente, en lugar que sea el juez el que disponga el trámite a seguir, se opta porque el que reclame demuestre la inutilidad de los recursos que se disponen. La Corte, en algunas ocasiones, afirma que […]

> Resulta indispensable para la admisión del remedio excepcional y sumarísimo del amparo que quien solicita protección judicial acredite, en debida forma, la inoperancia de las vías procesales ordinarias a fin de reparar el perjuicio invocado[158].

El peligro emergente de esta tesitura anida en que resulta posible seguir el proceso hasta la sentencia y sostener, en este momento, que la vía procesal no es la más apta para resolver como se pide.

> Si el Tribunal se encuentra legalmente facultado para rechazar el amparo en el momento de dictar sentencia -por no ser la escogida la vía idónea para resolver la cuestión-, no parece objetable que el ejercicio de esa potestad se realice en una etapa previa a la referida, en la medida en que no se vislumbre que el sometimiento de un proceso de mayor amplitud cause un perjuicio al peticionario, ya que razones de economía procesal y de una más rápida solución del litigio imponen la adopción de este temperamento, cuando se advierte

---

[156] Esto fue lo que hizo la Corte Suprema de Justicia de la Nación en Fallos: 332:111 (Halabi) donde se planteó como acción de inconstitucionalidad y se reorganizó como amparo colectivo.

[157] Voto del juez Rosatti. "Alpacor Asociados SRL c/ AFIP s/ amparo". Sentencia del 19 de diciembre de 2019.

[158] Fallos: 330:4144.

> que los pasos procesales pendientes no concurrirán en el aporte de elementos suficientes, útiles, adecuados y concluyentes para dirimir el diferendo[159].

2.4 Si la vía judicial más idónea se adopta con otros parámetros, adecuados por ejemplo, a los derechos especialmente protegidos, la mirada se puede llevar a las necesidades de respuesta inmediata (tutela de urgencia), en los que el plazo para resolver en tiempos razonables, se acompaña con la flexibilidad de algunos principios y presupuestos procesales.

La función social que de los jueces se espera, impuesta como deber de protección en el Código Civil y Comercial de la Nación, busca soluciones que se avengan con la urgencia que suponen los derechos en juego, a cuyo fin es razonable evitar el rigor de las formas cuya aplicación pueda conducir a la frustración de derechos que cuentan con tutela de orden constitucional, lo cual se produciría si el reclamo del actor tuviese que aguardar al inicio de un nuevo proceso[160].

> La alegada urgencia en la satisfacción de la prestación solicitada en beneficio de un niño discapacitado y el hecho de que la demandada, tras conceder el beneficio, dejó de afrontar las prestaciones periódicas y sucesivas, ponen de manifiesto que el fallo que consideró que la demanda de amparo se dedujo en forma extemporánea por haber sido deducida pasado el plazo de caducidad del art. 2°, inc. e de la ley 16.986 irroga agravios de imposible reparación ulterior, condición que autoriza a equiparar el pronunciamiento recurrido a la sentencia definitiva exigida por el art. 14 de la ley 48[161].
>
> La circunstancia de que la actora tiene setenta y un (71) años y que, tanto ella como su cónyuge se ven obligados a cambiar sus "médicos de confianza" colocándoselos "a la fuerza" dentro de un sistema de salud totalmente deficitario como es el del PAMI, y la naturaleza asistencial de la cuestión debatida, hacen que la acción de amparo aparezca, al menos prima facie, como la vía judicial más idónea para remediar la situación, por lo cual requiere una interpretación que no frustre su uso atendiendo sólo a razones formales (Voto de los Dres. Eduardo Moliné O'Connor, Carlos S. Fayt y Adolfo Roberto Vázquez)[162].

---

[159] Fallos: 330:1279.

[160] Gozaíni, *El Juicio de Amparo,* (en prensa)

[161] Fallos: 341:274.

[162] Fallos: 324:3074

2.5 Ahora bien, elegir el tipo de proceso antes de verificar el cumplimiento de los presupuestos del amparo, suele ser un error corriente en las resoluciones judiciales. Cuando se elige, por ejemplo, el proceso sumarísimo como el mejor proceso a desarrollar, la decisión condiciona la continuidad porque, en lugar de ver al sujeto afectado y el tipo de acto lesivo que padece, se pone en primer lugar el deber de adecuar la demanda a los términos del artículo 498 del Código Procesal.

Una opción de este tipo significa anular el sentido constitucional del juicio de amparo, en la medida que sea aceptado que los que refieren a la salud, están incorporados en esta categoría; de lo contrario, el trámite será un proceso controversial, con los principios aplicados a los procesos de conocimiento, y con las abreviaciones que tiene el sumarísimo. De este modo, el que afirma deberá probar; no habrá informe circunstanciado sino contestación de demanda, los plazos serán limitados y la actividad de impulso y desarrollo quedará enmarcado en la preclusión y eventual caducidad de la instancia por ausencia de interés manifiesto del demandante.

Inclusive, podría darse el caso de tener que tributar por la tasa de justicia, en la medida que al iniciar el amparo el requirente está exento de la obligación fiscal por aplicación del artículo 13 de la ley 23.898, situación que revierte cuando se decide adoptar una vía de conocimiento como el proceso sumarísimo.

> La dispersión jurisprudencial es importante, algunos alegan que el trámite dispuesto por el juez a la acción de amparo, llevándolo al trámite sumarísimo, no altera la esencia de aquella, por lo cual subsiste la exención prevista en el artículo 2.c de la ley 21.859, mantenida en el artículo 13 inciso b) de la ley 23.898 para las acciones de amparo […]. Sin embargo, cuando el juez ejerce la prerrogativa que le confiere el art. 321 in fine del CPCC y le imprime al proceso el trámite ordinario, no resulta aplicable la exención referida, pues si bien el art. 13 de la ley 23.898 establece entre los casos de exención de pago de la tasa de justicia a las acciones de amparo cuando no fueran denagadas, ello no subsiste cuando se imprime al proceso el trámite ordinario[163].

En cambio, si el razonamiento fuera inverso, el primer deber jurisdiccional será verificar la naturaleza de la afectación, la necesidad de obrar con la urgencia del caso, verificar el interés jurídico que se expone, y después de ello orientar a las partes con el trámite a resolver.

---

[163] Cfr. cita de Tanzi – Papillú, ob. cit., p. 282.

Dicho esto, no será necesario seleccionar una alternativa disponible en los códigos o en las leyes, porque la respuesta está en otro lugar, donde se establecen estándares mínimos para la protección efectiva y continua, en un proceso cumplido en forma comprensible, rápida y eficaz (art. 25, CADH).

En nuestro parecer se impone el obrar judicial presente, oportuno y responsable, confiando en las aptitudes para disponer cuál será el modelo más efectivo para tratar el amparo de salud.

3. El amparo constitucional en materia de salud

3.1 En nuestro libro sobre "Juicio de Amparo", advertimos que no era aconsejable aplicar las reglas del proceso sumarísimo a un litigio de naturaleza constitucional. Los objetivos son diferentes, porque el primero persigue encontrar un vencedor beneficiado con la sentencia que alcanza el estado de cosa juzgada; mientras el otro es un procedimiento de interpretación constitucional, que debe deducir la mejor defensa para el derecho a la salud, en cualquiera de las dimensiones que tiene, y proyectar ese resultado al caso que resuelve, con una cosa juzgada singular o dándole efectos expansivos.

El problema aparece con el objeto que resguarda el derecho, teniendo en cuenta que, la demanda se puede focalizar en el derecho al cuidado personal que alguien reclama (v.gr.: atención médica; provisión de medicamentos; urgencia para las personas con discapacidad, etc.); o en el deber de generar desde el Estado providencias que resguarden el más alto nivel posible de salud, en la medida de los recursos disponibles (v.gr.: condiciones sanitarias de establecimentos hospitalarios; suministros; profesionales en número suficiente; políticas en materia de salud; planificaciones, etc,).

En estos casos, el objeto puede derivar a un amparo individual o a otro de tipo colectivo, que se ordenará al tiempo de resolver cuál es la vía judicial más idónea.

3.2 En efecto, en el derecho internacional –como vimos con anterioridad–, se discute si la Corte IDH tiene potestades para intervenir sobre derechos económicos, sociales y culturales, llevando en consecuencia, a polemizar el alcance y obligatoriedad

que adquieren las sentencias (control de convencionalidad) que emiten condenas a los Estados Partes, cuando no han cumplido algún aspecto del derecho a la salud.

Quiere decir que, si no hay estándares obligatorios, el valor de ellas es meramente orientativo, volviendo al punto de comienzo acerca de si son derechos operativos (la salud de todas las personas es un deber de cuidado por el Estado), o programáticos (la salud de las personas en forma individual, y de la población de modo general, obliga al Estado a generar políticas de inversión que persigan el más alto nivel de salud, conforme los recursos disponibles).

Una u otra posición replantean la judicialización del derecho a la salud, que siendo pasible de interpretación en el derecho supranacional, no parece discutible en el derecho interno.

> Si bien se ha reconcido el carácter fundamental del derecho a la salud y la especial atención que merecen las personas con discapacidad, tales derechos de raigambre constitucional, así como los principios y garantías consagrados en la Carta Magna, no son absolutos sino que deben ser ejercidos con arreglo a las leyes que reglamentan su ejercicio, con la única condición de no ser alterados en su substancia[164].
>
> La preservación de la salud integra el derecho a la vida, por lo que existe una obligación impostergable de las autoridades publicas de garantizarla mediante la realización de acciones positivas (arts. 42 y 75, inc. 22, de la Constitución Nacional) […]. De los tratados internacionales que cuentan con jerarquía constitucional se desprende la existencia tanto de los derechos de toda persona a gozar de un nivel adecuado de vida y al disfrute del más alto nivel posible de salud, como de la correspondiente obligación de los Estados Partes de adoptar las medidas que rsulten pertinentes de modo de hacer efectivos tales derechos (Voto del juez Maqueda)[165].

El nudo gordiano queda, entonces, en el tipo de proceso, y es aquí donde corresponderá señalar la técnica que corresponda.

3.3 Para nosotros, el amparo es un proceso constitucional con una finalidad específica: custodiar la Constitución y sus derechos, afianzando las garantías que promueve. El artículo 43 es un faro que ilumina este objeto, solo que a nivel nacional, tiene demasiados formatos para conseguir que se cumpla aquél destino tuitivo.

---

[164] Fallos: 340:1269; 342:2063, entre otros.

[165] Fallos: 342:459.

La disposición deja en manos del demandante o del juez la selección de la vía judicial más idónea, donde el primero deberá demostrar la inutilidad de recurrir con las herramientas disponibles para conseguir entrar en el juicio de protección constitucional; y el magistrado contendrá el oficio de aceptar o reconducir hacia el sendero que interpreta más eficiente.

Pero hay un elemento que no puede pasar inadvertido: no es solo la selección de un método de debate, sino la atención sobre el objeto litigioso cuanto se deba verificar. Por eso, en la dimensión de esta finalidad, será importante señalar el alcance de la cosa juzgada, haciendo verdad la relación del que ingresa con pretensiones personales, tendrá satisfacciones individuales; pero cuando el alcance se pretende para todos, lo colectivo altera y modifica el encuadre procesal, obligando a una adaptación de las reglas.

De este modo, en los derechos individuales, el proceso podrá vislumbrarse en la dimensión del modelo sumarísimo (de controversia pura), adaptando las principios a los tiempos y la urgencia; mientras que si las cuestiones son de extensión general, e impactan en un grupo o en el mismo derecho alterado o restringido, el camino más eficiente quizás sea el amparo colectivo, o el proceso colectivo.

4. Elementos comunes de la garantía

4.1 El derecho a la salud es uno de los derechos fundamentales que forman parte del derecho a la vida. Su deber de protección compromete la responsabilidad personal, con el debate sobre las libertades que se tienen para ello (v.gr.: consumo de estupefacientes; adicciones al tabaquismo o al alcohol; entre otros), y la del Estado que debe proveer lo necesario para que la población tenga un sistema de salud adecuado, con niveles de acceso igualitario y soluciones políticamente razonables.

En ambos casos, el derecho a la salud forma parte del elenco de los derechos implícitos, con residencia particular en el artículo 42 de la Constitución Nacional que extiende a terceros la obligación de cuidado y atención (se refiere a las relaciones de consumo, que se pactan con la asistencia médica particular prepaga).

4.2 En todos los supuestos hay un derecho subjetivo, de naturaleza individual, que permite reclamar la protección cuando un acto u omisión público, o de carácter

privado, afecta severamente el deber de atender con servicios médicos, o satisfacer las necesidades básicas que contractualmente se han establecido (v.gr.; alojamiento en establecimientos sanitarios; atención de padecimientos crónicos; cirugías contempladas, etc,) , o en su caso, que por ley se han dispuesto (v.gr.: enfermedades sociales; plan nacional de salud, etc,).

Y al mismo tiempo, ese derecho a la salud se convierte en un modelo común que toma del caso singular una posibilidad de extensión hacia otras situaciones similares, donde por impacto, terceros podrán encontrarse alcanzados (v.gr.: obra social que debe pagar una atención médica particularizada, afectando notablemente el presupuesto de la entidad, cuyo financiamiento responde al principio del aporte de cada individuo para satisfacer cuidados generales de los asociados, con respeto a las cláusulas contractiuales y la equidad).

Además, el cuadro se cierra con la limitación prevista en la legislación internacional, en orden a considerar cada caso, de acuerdo con los estándares cumplidos y el presupuesto disponible.

Lo común que agrupa la protección a la salud es el objetivo a cumplir, y dentro del encuadre formal, hay particularidades que alinean al que pide; lo que pretende; la justiciabilidad del reclamo; las condiciones a probar; y la extensión de la cosa juzgada.

4.3 El demandante puede ser una persona afectada o un grupo con intereses compartidos, estén o no reunidos en torno a una entidad que los aglutina. En los casos singulares, el derecho al amparo se reúne en los presupuestos y requerimientos del acto lesivo; éste a su vez puede referir a un derecho naturalmente constitucional como es la salud, sin que ello sea un permiso abierto para dar paso a cualquier reclamación; o bien, de naturaleza contractual, en cuyo caso la generalidad del aserto sobre el derecho fundamental violado, vuelve el conflicto hacia las estipulaciones y su interpretación.

También se puede originar en obligaciones del Estado, que por omisión o renuencia culpable, dejan de satisfacer una obligacion legal, provocando la deducción de un amparo colectivo, basado en que el derecho es de naturaleza constitucional, y de no serlo, podrá habilitar un proceso colectivo, como derechos de grupos (incidencia colectiva).

Por ejemplo, la Corte ha dicho que […]

> Cabe convocar a la partes a una audiencia a realizarse en la sede de esta Corte, para que el Estado Nacional y la Provincia de Chaco se expidan en forma oral y pública sobre las medidas de protección de la comunidad indígena, en particular acerca de las comunidades que pueblan sus territorios y cantidad de habitantes que las integran, del presupuesto para la atención de los asuntos indígenas y destino de los recursos fijados en las leyes respectivas, de la ejecución de programas de salud, alimentarios, de asistencia sanitaria, de provisión de agua potable, fumigación y desinfección, de educación y habitacionales[166].

De igual modo, invocar *lato sensu* el derecho a la salud, no es un argumento que de tránsito inmediato al amparo, porque cada caso, cada controversia, cada uno de los planteos, espejan situaciones que pocas veces se resuelven para un aislado individual; y a veces, tienen resultados contrarios al interés que se promueve.

Nuestro Alto Tribunal sostiene que […]

> Corresponde confirmar la sentencia que intimó a los padres del menor a que acreditasen el cumplimiento del plan de vacunación oficial, bajo apercibimiento de proceder a la vacunación en forma compulsiva, ya que ésta no alcanza sólo al individuo que la recibe, sino que excede dicho ámbito personal para incidir directamente en la salud pública, siendo uno de sus objetivos primordiales el de reducir y/o erradicar los contagios en la población, ya que sólo de esta forma puede entenderse el carácter obligatorio y coercitivo del régimen para "todos los habitantes del país" (art. 11 de la ley 22.909) que se funda en razones de interés colectivo que hacen al bienestar general[167].

En suma, los actores del derecho a la salud son las personas, y los sujetos que tienen que afrontar la responsabilidad por la atención y el cuidado. Podrán ser el Estado y todas las organizaciones vinculadas en ese deber, o todos los involucrados en una relación médica de asistencia. El test sobre ellos, a los fines de poder precisar el carácter de justas partes, se toma de los presupuestos generales de la legitimación, capacidad y representación procesal[168].

No obstante, la condición puede variar cuando se trate de reclamos que sostengan la afectación de deberes no cumplidos, sin que haya un afectado directo o un daño producido, vale decir, es el peligro en ciernes lo que moviliza la accion preventiva, cuya personalidad procesal la enarbola la representación adecuada, que comienza a tomar un espacio diferente dentro del modelo del amparo colectivo.

---

[166] Fallos: 330:4590.

[167] Fallos: 335:888.

[168] Gozaíni, Osvaldo A., *Legitimación, Capacidad y Representación en juicio.* Rubinzal Culzoni, Buenos Aires / Santa Fe, 2018.

5. La urgencia y el plazo razonable

5.1 Otro dato común que debiera aplicarse en los procesos que atienden derecho a la salud es la urgencia que reviste el caso, el cual siguiendo los preceptos generales, se tendría que resolver dentro de un plazo razonable.

Lo urgente suele vincularse con el plazo razonable, existiendo la tendencia a comparar entre los procesos disponibles para encontrar cuál de ellos tiene la tutela más próxima. Se ha visto que es irrazonable imponer a los actores que acudan a la vía ordinaria cuando llevan dos años litigando por la vía del amparo[169], caso donde se resuelve mantener vigente al proceso constitucional[170].

Pero también la urgencia se relaciona con el peligro que enrostra demorar la resolución definitiva. El perjuicio irreparable da motivos suficientes para ordenar lo que se pide, sea para preservar el derecho alterado, o para impedir situaciones irreversibles.

La necesidad de actuar con urgencia se debe acreditar objetivamente. No es suficiente la simple creencia o buena fe del solicitante, sino que debe ser la derivación de hechos razonablemente apreciados en sus posibles consecuencias. Se trata siempre de un conocimiento objetivo sobre la incidencia del tiempo en el proceso.

Así como en la rapidez se habla de comprobar cuál es la vía judicial más idónea, en la urgencia el riesgo ha de ser manifiesto, al punto que no tenga el juez que investigar aquello que resulta notorio. Lo que se tiene que poner en evidencia es la realidad comprometida, la que por ser multifacética, permite obrar con discrecionalidad y prudencia.

> Incumbe a los jueces la búsqueda de soluciones congruentes con la urgencia ínsita en los temas de asistencia integral de la discapacidad, para lo cual deben encauzar los trámites por carriles expeditivos y evitar que el rigor de las formas conduzca a la frustración de derechos que cuentan con una tutela constitucional[171].
>
> A fin de garantizar los derechos a la salud integral y a recibir los cuidados especiales que la condición de la menor discapacitada requiere, y de prevenir que sufra mayores daños con el traslado a realizarse, corresponde hacer saber a la Autoridad Central argentina que deberá

---

[169] Fallos: 327:2413.

[170] Gozaíni, *El Juicio de Amparo,* cit., (en prensa)

[171] Fallos: 33:2333.

> informar a la Autoridad Central del estado requirente acerca de la salud psicofísica, el tratamiento médico y la asistencia educativa que estaba recibiendo la niña en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a los efectos de asegurar la continuidad de dichas acciones terapéuticas con la debida asistencia de profesionales de la materia, y con el objeto de evitar un retroceso en el estado actual de la menor y también poner en conocimiento la urgencia con que debe resolverse la cuestión vinculada con el derecho de custodia y de visita de las menores, dadas las particularidades que presenta el caso[172].

La urgencia se aleja de la rapidez técnica cuando por sí sola contiene ambos presupuestos. Esta es la virtud del proceso constitucional, que siendo el proceso más rápido y expedito, trabaja con la premura que el caso requiere. En tal caso, el estado de peligro debe radicar en el derecho principal, al punto de constatar que la demora en otorgar el amparo crearía un serio riesgo a la tutela que el requirente tiene desde el comienzo.

5.3 Empero, la urgencia no es el único argumento para la procedencia directa del amparo, porqué la reforma constitucional del año 1994, ingresó en el artículo 43 un derecho tutelar nuevo que no es, específicamente, el juicio de amparo, sino el "*derecho a tener un proceso rápido y expedito*" cuando no exista una vía judicial más idónea. Lo expedito, en la jurisprudencia de la Corte, reconoce fundamentos constitucionales, al considerar que la actividad jurisdiccional tiene el deber de actuar con la impronta de satisfacer, del modo más rápido y efectivo, el control de constitucionalidad que se pide; a cuyo fin el amparo, con su expeditivo funcionamiento, integra su esencial razón de ser[173].

> El amparo -junto con el habeas data y el habeas corpus- constituye una herramienta cuyo núcleo es la defensa de los derechos frente a manifiestas violaciones que, al ofender de tal modo los valores constitucionales, imponen una respuesta jurisdiccional urgente, por ello, el carácter expedito de esta vía y la celeridad de su tramitación no obedece a la consagración de una formalidad procedimental, sino al imperativo constitucional de resolver sin dilaciones este tipo de pretensiones y, en su caso, restablecer en forma inmediata el pleno goce de los derechos amenazados o cercenados arbitrariamente[174].

---

[172] Fallos: 334:1287.

[173] Cfr. Fallos: 263:296.

[174] Voto del juez Rosatti. "Alpacor Asociados SRL c/ AFIP s/ amparo", sentencia del 19 de diciembre de 2019.

Si se halla en juego la subsistencia de un derecho social, de principal rango y reconocimiento, tanto en el texto constitucional, como en los tratados internacionales incorporados con esa jerarquía, en el art. 75, inc. 22, y ante la interposición del mecanismo también consagrado constitucionalmente en el art. 43 con el objeto de garantizar de un modo expedito y eficaz su plena vigencia y protección, procede exigir de los órganos judiciales una interpretación extensiva y no restrictiva sobre su procedencia a fin de no tornar utópica su aplicación[175].

Cuando se trata de amparar los derechos fundamentales a la vida y la salud, atañe a los jueces buscar soluciones que se avengan con la urgencia que conllevan las pretensiones, para lo cual deben encauzar los trámites por vías expeditivas y evitar que el rigor de las formas pueda conducir a la frustración de derechos que cuentan con tutela de orden constitucional, lo cual se produciría si el reclamo de la actora, tuviese que aguardar al inicio de un nuevo proceso . -Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema-[176].

La acción de amparo es particularmente pertinente en materias relacionadas con la preservación de la salud y la integridad física, y frente a un grave problema, no cabe extremar la aplicación del principio según el cual la misma no procede cuando el afectado tiene a su alcance una vía administrativa a la cual acudir, pues los propios valores en juego y la normalmente presente urgencia del caso, se contraponen al ejercicio de soluciones de esa índole[177].

---

[175] Fallos: 325:3380.

[176] Fallos: 331:563.

[177] Fallos: 330:4647.

CAPÍTULO V

DEBERES DE PRESTACIÓN Y DE PROTECCIÓN

1. Obligaciones del Estado, de los profesionales y de terceros

1.1 A partir de la Carta de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), del 26 de junio de 1945, la protección de la salud mundial se fomentó dentro de un programa social que debía resolver el más alto nivel de vida, dentro de un concepto global que admitía la desigualdad presupuestaria entre los Estados.

Esto fue reconocido en Pactos y Convenciones posteriores, que fueron presentados en los primeros capítulos de esta obra, los que no han sufrido el impacto del tiempo pasado, evidenciando el informe del Relator especial de Comisión de Derechos Humanos (año 2004) que los objetivos del siglo XXI serían conseguir el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, relativo a la relación entre salud y bienestar. En efecto, concretó el informe, […] "*La buena salud no es sólo una consecuencia de la reducción de la pobreza y del desarrollo, es una vía para lograrlos"*.

1.2 La idea fuerza fue establecer una obligación con contenidos mínimos; abiertos y discrecionales; sin ninguna orientación de preferencias ni objetivos; es decir, quedó diseñado un programa de ambiciones impuestas individualmente, con un marco de cooperación internacional diluido al depender de las riquezas de cada uno.

Inclusive, el marco referencial de los derechos humanos no está basado en la colaboración entre Estados, sino en el reconocimiento a las personas de un derecho de carácter subjetivo con alcance directo sobre el obligado a asistir y cuidar, es decir, al Estado y terceros comprendidos.

De este modo los objetivos son amplios y poco precisos; mientras las garantías se consagran sin especificicar más que generalidades sobre la necesidad de obrar de forma rápida y expedita.

El control de convencionalidad ejercido por la Corte IDH, expandió permisos del Pacto, trabajando sobre los deberes prestacionales del Estado, pero no se puede decir que ellas hayan establecido la obligatoriedad de recepción y cumplimiento, toda vez que hay dos aspectos conflictivos: 1) La obligatoriedad de respetar las decisiones del tribunal internacional en materias no contempladas en la CADH; y 2) la reserva de los recursos disponibles como margen de apreciación.

1.3 Lo que está fuera de discusión es que, usando un término de la doctrina constitucional española, hay contenidos esenciales que no se pueden evitar con las reservas recién señaladas. Bien se explica que […]

> El contenido del derecho a la salud es complejo y su gran mayoría todavía queda reservado a la competencia de los Estados, por ejemplo, cada Estado decide sobre el sistema de salud con el que pretende alcanzar la realización plena del derecho, el *corpus iuris internacional* solo le impone el derecho en sí, unos principios y un contenido mínimo, que de resultar desconocidos por los Estados comprometen su responsabilidad internacional. A este esfuerzo codificador de los derechos humanos en el plano universal y del derecho a la salud en particular, se le debe sumar el encomiable esfuerzo en el ámbito regional, concretamente en los continentes europeo, americano y africano[178].

En consecuencia, aunque los Estados que suscriben por adhesión un acuerdo general de contenidos, quedan obligados a actuar positivamente en forma individual y mediante la asistencia y la cooperación internacionales, la eventual defensa de no contar con recursos disponibles, no es motivo para dejar de legislar y de obrar activamente con el compromiso de máximo rendimiento y eficiencia.

Hay un deber de garantía que se tiene que asegurar en el derecho interno: es éste un deber prestacional a cargo del Estado.

---

[178] Navarro, Román, *Reconocimiento y protección del derecho a la salud por el Corpus Iuris Internacional de los Derechos Humanos universal y regional. Alcances y limitaciones,* Revista Contacto Global, nº X, San Josè de Costa Rica, 2018, ps. 3 y ss.

1.4 El deber de protección, por su parte, tiene una mirada más amplia. Aquí los aspectos presupuestarios no son atendibles como excusa de la negligencia o del cuidado que se debe ejercer.

Si bien es cierto que, la obligación del profesional de la medicina en relación a su deber de prestación de hacer es de medios, y no de resultados, cuadra calificar el cuidado y la atención dispuesta que se proporciona al paciente, así como verificar los conocimientos y la práctica del arte de curar.

Por tanto, quienes reclaman en virtud de situaciones que comprometen la responsabilidad de profesionales encargados de la prestación de determinados servicios, son terceros que han sufrido un daño como damnificados indirectos titulares de una acción *in iure propio*, a cuyo respecto se reúnen los elementos de los hechos ilícitos, es decir, acto voluntario con culpa o negligencia, violación de un deber genérico de obrar con prudencia y daño efectivamente causado[179].

Por su lado, los establecimientos de salud tienen una obligación accesoria a la prestación médica consistente en el deber de proveer lo necesario para la integridad corporal del paciente[180].

2. El deber general de atención y cuidado

2.1 En capítulos anteriores señalamos la articulación que tiene la legislación internacional con el derecho interno, demostrando las dos caras que representa el derecho a la salud. Uno, como deber prestacional a cargo del Estado; y otro como deberes de protección y cuidado emergentes de cada situación en particular que se deba afrontar.

En el cuadro de normas operativas es importante volver al artículo 75.23 de la Constitucion Nacional que impone la obligación de […]

> Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad.

---

[179] Fallos: 317:1921.

[180] Fallos: 321:473.

Aunque el derecho a la salud esté inmerso dentro de otras disposiciones fundamentales, la vulnerabilidad importa un cuidado especial que supone no solo atender los malestares, sino además, anticiparse a ellos mediante prevención y programas especiales (v.gr.: vacunación; alimentación; información adecuada sobre trastornos alimentarios [Ley 26.396],o adicciones [Ley 24.788]; etc.).

> El Estado puede reglamentar el ejercicio de las industrias y actividades de los particulares en cuanto lo requieran la defensa y el afianzamiento de la salud, la moral, el bienestar general y aún el interés económico de la comunidad, en la medida que resulte de la necesidad de respetar su substancia y de adecuar las restricciones que se impongan a los fines públicos que las justifican, de manera que no aparezcan como infundadas o arbitrarias sino que sean razonables, es decir, proporcionadas a las circunstancias que las originan y a los fines que se procura alcanzar con ellas; facultad que en los momentos excepcionales de perturbación social y económico o en otras situaciones semejantes de emergencia y urgencia en atender la solución de los problemas que crean, puede ser más enérgicamente ejercida que en los períodos de sosiego y normalidad, con tal que se trate de medidas razonables, justas y de carácter transitorio como la emergencia cuyos efectos están destinados a atemperar[181].

Con este norte el Estado asume como deber institucional, la protección y cuidado de la salud pública, concepto que contiene un infinito de necesidades básicas (v.gr.: agua potable; alimentación; vivienda digna; condiciones saludables de trabajo; medio ambiente; salud sexual y reproductiva, entre muchos otros).

2.2 El deber es muy amplio y los fondos disponibles son escasos, de allí que el compromiso sea conseguir el más alto nivel posible de salud, adecuado con el presupuesto que se tiene.

En este aspecto, la falta de inversión se debe sustituir con la asistencia médica, oportuna e igualitaria, que permita cubrir el déficit con la garantía de tener establecimientos asistenciales públicos que suministren los auxilios necesarios así como los primeros medicamentos.

> A fin de garantizar los derechos a la salud integral y a recibir los cuidados especiales que la condición de la menor discapacitada requiere, y de prevenir que sufra mayores daños con el traslado a realizarse, corresponde hacer saber a la Autoridad Central argentina que deberá informar a la Autoridad Central del Estado requirente acerca de la salud psicofísica, el

[181] Fallos: 200:450.

> tratamiento médico y la asistencia educativa que estaba recibiendo la niña en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a los efectos de asegurar la continuidad de dichas acciones terapéuticas con la debida asistencia de profesionales de la materia, y con el objeto de evitar un retroceso en el estado actual de la menor y también poner en conocimiento la urgencia con que debe resolverse la cuestión vinculada con el derecho de custodia y de visita de las menores, dadas las particularidades que presenta el caso[182].

No es una suplencia de responsabilidades que permita escudar al Estado con instslaciones y profesionales de la salud, sino un deber asistencial que se implementa con la posibilidad de delegar la tarea a sostener. Se trata de constituir un sistema sanitario cobijado en la salud pública, la seguridad social y la medicina privada trabajando con solidaridad y mutua colaboración.

Un ejemplo de esta interacción sucede con el Programa Médico Obligatorio (Ley 23.661) que desde el seguro de salud compromete la actividad de las obras sociales públicas o privada, con los servicios que se deben prestar a través de los programas especiales que resuelve el Estado nacional

> El dictado de la ley 23.798 ha puesto de manifiesto la intención legislativa de dar a la lucha contra el VIH el carácter de orden público, así como también de resguardar ciertos valores básicos para asegurar la solidaridad social, propósito en orden al cual, las posteriores leyes 24.455 y 24.754 no constituyen sino un más que ostensible correlato. -Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema[183].

2.3 Son acciones positivas las que se han de emprender, y la omisión deliberada o imprudente dan paso a los reclamos sectoriales que, según el alcance que tengan, podrán emplazarse por la vía del amparo individual o colectivo, en la medida que haya una afectación directa, actual o de peligro inminente, que altere o restrinja notoriamente, el deber prestacional que el Estado y demás obligados, están comprometidos a solventar.

> Bien se explica que […] en consonancia con la discriminación inversa consagrada hacia los sectores más vulnerables de la población, adoptaron este arbitrio, además del decreto de necesidad y urgencia 2.724 sobre Seguro materno infantil, las leyes 20.445, que establece un Programa destinado a la protección de la salud de la madre y el niño; 26.873 de Promoción y concientización de la lactancia materna; 25.673 que crea el Programa

[182] Fallos: 334:1287

[183] Fallos: 327:5373

Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable; 26.130 que prevé un régimen para las intervenciones de contracepción quirúrgica; 25.929, que establece que las obras sociales regidas por leyes nacionales y las entidades de medicina prepaga deberán brindar obligatoriamente determinadas prestaciones relacionadas con el embarazo, el trabajo de parto, el parto y el postparto, incorporándose las mismas al Programa Mécico Obligatorio; 24.901, que prevé un sistema de prestaciones básicas en habilitación y rehabilitación integral a favor de las personas con discapacidad; 26.682, que extiende la cobertura de las prestaciones básicas para personas con discapacidad prevista en la ley 24.901 a las empresas de medicina prepaga, las cooperativas, mutuales, asociaciones civiles y fundaciones; y la Resolución 753/2007, que crea en el ámbito del Ministerio de Salud de la Nación el Programa Nacional de Envejecimiento Activo y Salud para los Mayores[184].

3. El deber de prestación ante la urgencia

3.1 La responsabilidad del Estado ante situaciones imprevistas presenta singularidades en orden a diferenciar lo previsible de lo fortuito. En todos los casos hay que obrar con urgencia, con la advertencia que una cosa es la atención inmediata al paciente que requiere pronta asistencia, y otra distinta es afrontar una epidemia o una pandemia como ocurre al tiempo de escribir estas líneas.

Cuando la prestación urgente no se cumple, y ello genera perjuicios en la vida o en la salud de una persona, toda lesion de bienes y derechos, genera un deber de reparar, el que se vuelve manifiesto cuando se produce a causa del mal funcionamiento del servicio médico o asistencial que se presta.

Sin embargo, no todo es tal lineal como parece.

3.2 En efecto, no cualquier incidente de demora en la guardia de un establecimiento sanitario responsabiliza al prestador, aun cuando la omisión de rápido examen provoque perjuicios de gravedad o importancia. Es cierto, también, que no es lo mismo una fractura que un parto; una hemorragia que un corte; un deterioro cognitivo (accidente cerebro vascular) que una lesión de cadera, etc., porque el test a evaluar asienta en la forma como el servicio de emergencia cumple el deber de cuidar la salud.

---

[184] Urbina, Paola A., *Los alcances de las prestaciones obligatorias de las empresas de medicina prepaga*. En Gregorini Clusellas, Eduardo (director). *Medicina Prepaga: El Contrato y las Prestaciones de Salud* Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2013, ps. 297-368).

El descuido indolente, se parece a la negligencia e inclusive, se acerca al dolo eventual, siendo todos diferentes cuando las circunstancias de hecho demuestran justificaciones razonables.

Muchas veces estas contigencias se judicializan y llevan a sostener que […]

> Las particulares circunstancias que rodean al caso, por encontrarse, en definitiva, comprometidas prerrogativas constitucionales que hacen al derecho a la salud y a la vida, indican que no resultaba razonable ni fundado impedir la continuidad de un procedimiento cuyo objeto es lograr soluciones que se avengan con la urgencia que conlleva este tipo de pretensiones, para lo cual cabe encauzarlas por vías expeditivas -entre las cuales era razonable incluir al juicio de amparo contemplado en el art. 43 de la Constitución Nacional y en la ley 8369 de la Provincia de Entre Ríos-, y evitar que el rigor de las formas pueda conducir a la frustración de derechos que cuentan con especial resguardo constitucional[185].

Pero no es una salida corriente para evaluar el impacto que tiene la emergencia, en la medida que si no está demostrada la causalidad y el factor de atribución, todo se relatiiviza y obliga a discutirlo en un proceso de conocimiento, dejando de lado la vía del amparo.

Los jueces tienen el deber de buscar soluciones rápidas en materia de salud, debiendo encauzar los trámites por los carriles más expeditos[186]; lo que no significa que lo urgente sea materia constitucional; ni que lo cautelar se iguale con la tutela de urgencia.

3.3 La gravedad es la suma urgencia, que se aúna con el deber de atención rápida o inmediata; pero cuando en una sala de emergencia se multiplican los cuadros sanitarios, y la sumatoria lleva a la paranoia colectiva por el tiempo y la demora en responder con médicos, aparece un argumento sutil pero aplicable, que es similar al de la escasez presupuestaria. Cuando los recursos humanos fueron previstos, la insuficiencia de ellos se debe atender desde el gobierno y no de desde la administraciòn judicial. La urgencia de muchos no aumenta el deber de prestación, simplemente pone el foco en la situación que se atraviesa, para derivar de ella si es coyuntural o rcurrente, y en su caso, verificar cuanto responsabiliza al Estado.

---

[185] Fallos: 330:4647.

[186] Fallos: 336:2323; 329:4918.

Al respecto, recuérdese que, tratándose de internación en casos de urgencia, la responsabilidad comprende no sólo al director sino también a los jefes de guardia[187].

> Aparece como dogmática y sin sustento lógico la afirmación de que no resultaba necesaria la presencia de un médico obstetra de guardia en el área de maternidad por resultar sólo exigible cuando se trata de un parto patológico, si el establecimiento médico no puede ni pudo prever si durante la noche o la madrugada podía presentarse un parto de estas características[188].
>
> Frente a una hasta cierto punto comprensible actitud agresiva de quienes requerían sin ser atendidos el ingreso al establecimiento asistencial, y una vez alertados la enfermera y el médico de guardia sobre la urgencia del caso, pesaba sobre éste el deber jurídico de obrar, no solamente en función de la obligación de actuar con prudencia y pleno conocimiento impuesto por las normas del Código Civil, sino como consecuencia de la exigibilidad jurídica del deber de asistencia al enfermo que prescriben las normas contenidas en el Código Internacional de Etica Médica, el Código de Etica de la Confederación Médica Argentina y la Declaración de Ginebra[189].

4. Deberes de prestación que se pueden reclamar por amparo

4.1 Los deberes de prestación a cargo del Estado alcanza a terceros obligados que por delegación complementan la asistencia sanitaria. Son encargos acoplados a un plan nacional, ordenados y contestes con los deberes generales de cuidar la salud de la población y atender con eficiencia mediante la provisión de personal y establecimientos apropiados.

Es un derecho general que se amplía abarcando otros factores determinantes, como el acceso al agua potable, al suministro adecuado de alimentos sanos para una nutrición adecuada, una vivienda digna, condiciones de trabajo; protección del medio ambiente, y acceso a la educación e información sobre cuestiones relacionadas con la salud.

4.2 La falta de alguno de ellos puede impactar en los derechos individuales, dando lugar a unr reclamo que se podrá presentar en la órbita del amparo; sin embargo,

---

[187] Fallos: 314:1849.

[188] Fallos: 324:2689.

[189] Fallos: 312:1953.

la proyección demuestra que pertenecen a la esfera de los derechos de incidencia colectiva, los que, por su condición, permitirían reencausar el proceso hacia un amparo colectivo.

La Corte Nacional, por ejemplo, ha dicho que […]

> El derecho de acceso al agua potable (en la especie a un caudal de agua para la sustentabilidad del sistema) incide directamente sobre la vida y la salud de las personas, razón por la cual debe ser tutelado por los jueces y -en particular- en el campo de los derechos de incidencia colectiva, por lo que es fundamental la protección del agua para que la naturaleza mantenga su funcionamiento como sistema y su capacidad regenerativa y de resiliencia[190].
>
> Si la acción de amparo ambiental promovida está destinada a impedir el comienzo de la construcción de dos represas localizadas en la provincia demandada involucra trabajos de una magnitud considerable, con gran potencial para modificar el ecosistema de toda la zona, se requiere medir adecuadamente sus consecuencias teniendo en cuenta las alteraciones que puedan producir tanto en el agua, en la flora, en la fauna, en el paisaje, como en la salud de la población actual y de las generaciones futuras, por lo que se hace necesario asegurar la sustentabilidad del desarrollo que se emprende y en consecuencia, el ejercicio del control encomendado a la justicia sobre las actividades de los otros poderes del Estado. (Voto de los Dres. Lorenzetti y Maqueda)[191].
>
> El acceso al agua potable incide directamente sobre la vida y la salud de las personas, razón por la cual debe ser tutelado por los jueces y en el campo de los derechos de incidencia colectiva, asimismo es fundamental la protección del agua para que la naturaleza mantenga su funcionamiento como sistema y su capacidad de resiliencia[192].

4.3 En su caso, la reconversión obliga a un plan estratégico diferente, porque se deja de lado demostrar el impacto que tiene el acto lesivo, para tener que confirmar la naturaleza colectiva del bien común y la afectación general.

La etapa probatoria sufre asimetrías importantes con el amparo individual, y el ejercicio de las audiencias adquieren un tinte que las singulariza.

> Cabe convocar a la partes a una audiencia a realizarse en la sede de la Corte, para que el Estado Nacional y la Provincia de Chaco se expidan en forma oral y pública sobre las medidas de protección de la comunidad indígena, en particular acerca de las comunidades

---

[190] Fallos: 340:1695.

[191] Fallos: 339:515.

[192] Fallos: 337:1361.

> que pueblan sus territorios y cantidad de habitantes que las integran, del presupuesto para la atención de los asuntos indígenas y destino de los recursos fijados en las leyes respectivas, de la ejecución de programas de salud, alimentarios, de asistencia sanitaria, de provisión de agua potable, fumigación y desinfección, de educación y habitacionales[193].

5. El deber de proteger al paciente

5.1 Desde el derecho general a la salud surge el cuidado que se ha de dispensar por todos los medios disponibles que, llegado al tiempo de la atención, enfatiza el derecho de los pacientes a reclamar protección y asistencia.

En los hechos, se potencia el derecho a la salud personal que con el paciente individualiza cada uno de los aspectos que suelen quedar alcanzados. Por ejemplo, el derecho a la información sobre el estado que presenta; la dignidad del tratamiento; la necesidad de contar con el consentimiento personal o familiar para autorizar algunas prácticas; a mantener la intimidad, el secreto o la confidencialidad de la historia clínica; entre otros.

5.2 En nuestro país rige la Ley 26.529 de Derecho de los Pacientes, y el Código Civil y Comercial de la Nación se ocupa de varios aspectos relacionados con la capacidad plena del sujeto para disponer por sí, aquello que otrora resolvía el médico como una decisiòn voluntaria que era parte de su deber hipocrático. En la actualidad, ese paternalismo se abandona, dando lugar a consecuencias inevitables que pueden tener confrontacion ideológica.

Por el caso, es evidente que este permiso de actuar que debe dar el paciente, encarece el servicio médico con estudios complemententarios e investigaciones que tiempos atrás se realizaban a partir del diagnóstico. Al mismo tiempo, se da preferencia a la dignidad de resolver sobre el cuerpo propio, donde la vida seguirá siendo un elemento de discusión en orden a si vale por sí o es un valor para los demás.

Lo que está fuera de discusión es que todo paciente tiene derecho a un trato digno y respetuoso (art. 2 inciso b), Ley 26.529), donde el Estado debe custodiar la salud y la integridad física de la población.

---

[193] Fallos: 330:4590.

5.3 En consecuencia, el paciente no es un sujeto procesal, sino quien enarbola los derechos de aquellos enfermos que al encontrarse en tratamiento médico, vuelven exigibles alguno o todos de los derechos y garantías que hasta aquí se han expresado.

La síntesis demuestra que cuantas declaraciones hemos realizado se deben volcar en la realidad; de modo tal que en lo sucesivo, veremos como se cumplimentan estos espacios normativos al tiempo de llevarlos al proceso, y en especial, al juicio de amparo.

SECCIÓN SEGUNDA

EL JUICIO DE AMPARO

CAPÍTULO VI

PRESUPUESTOS PROCESALES

1. Acreditar el hecho lesivo

1.1 Toda demanda exige cumplimentar una serie de presupuestos procesales destinados a verificar la admisión formal y la procedencia sustancial, que dicho en términos corrientes, significa acreditar que existe un daño concreto o una amenaza potencial sobre alguno de los contenidos del derecho a la salud, los que requieren de urgente actuación judicial para evitar el menoscabo o reparar la lesión constitucional que constituye el hecho lesivo.

Los presupuestos de entrada al proceso no son caprichos rituales, sino requerimientos mínimos que se piden a quien promueve una petición de contenido constitucional cuya respuesta obligará a cambiar los ritmos tradicionales del litigio común.

Son disposiciones sustanciales cuando se exige confirmar la gravedad y trascendencia del hecho, al punto de exceder la opinión personal sobre el impacto sufrido, e instalan el deber de indicar con máxima precisión, el tipo de afectación (lesión directa o inminente; alteración en curso; restricción notoria o urgencia preventiva) que se denuncia.

1.2 Por su lado, el espacio procesal se ocupa de analizar el lugar (competencia), tiempo (plazos y términos) y formas (principio de legalidad formal) de la demanda de amparo, que al residir en principios ordenatorios deben ser estrictamente cumplidos, resguardando y concretando así la vigencia del principio de regularidad que impone a ciudadanos y autoridades la total sujeción de sus actos a las previsiones contenidas en las leyes que se han de aplicar.

La Corte nacional reclama prudencia en el uso del amparo como carril exclusivo para tramitar conflictos constitucionales, diciendo que […]

> El Poder Judicial debe ser estricto en el examen de los presupuestos que habilitan la procedencia procesal del amparo, con el propósito de que siga siendo un remedio útil para, de manera eficaz y urgente, superar aquellas situaciones arbitrarias o ilegítimas que se denuncien como manifiestas. Su generalización y aplicación a cuestiones que claramente lo exceden debe ser evitado, ya que ello incide en su transformación, y trae aparejado que pierda su real esencia y razón de ser, afectándolo seriamente, en la medida en que se permita subsumir en sus previsiones conflictos para los que no ha sido realmente previsto[194].

No supone este señalamiento que se obstruya la respuesta rápida, porque en muchas ocasiones se resuelven medidas cautelares que dan salida a la urgencia que se pide, adecuando también la vía idónea que se entiende aplicable.

> Sin perjuicio de la declaración de incompetencia de la Corte Suprema, y toda vez que media verosimilitud en el derecho y se configuran los presupuestos establecidos en el art. 230 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, corresponde hacer lugar a la medida cautelar y ordenar al Poder Ejecutivo Nacional que disponga la entrega del medicamento requerido por una enferma terminal carente de obra social[195].

1.3 En tiempos del aislamiento social obligatorio se dieron varias situaciones de urgente resolución, donde no solo estaba comprometido el derecho a la salud, sino tambien, los sujetos que podían demandar sin estar alcanzados por una enfermedad directa.

El caso Maggi fue testigo de una de las primeras resoluciones de la Corte Nacional. En efecto, dijo el Alto Tribunal de la Nación […]

> Sin perjuicio de lo que en definitiva se decida respecto de la competencia originaria, corresponde requerir a la provincia demandada que informe en el plazo de tres días cuáles son las medidas y protocolos adoptados por las autoridades provinciales en el marco del aislamiento social, preventivo y obligatorio (ASPO) que rigen en la actualidad, particularmente en lo que concierne al actor, que reside en otra provincia y debe trasladarse a efectos de asistir diariamente a su madre quien se encuentra realizando un tratamiento oncológico de radioterapia y, en su caso, cuáles serían las razones que podrían justificar que se le impida el ingreso al territorio provincial.
>
> Corresponde hacer lugar a la medida cautelar innovativa solicita por el actor con el objeto de que se permita su traslado a otra ciudad para asistir a su madre que se encuentra

---

[194] Fallos: 330:1279.

[195] Fallos: 327:5590.

> realizando un tratamiento oncológico, toda vez que las restricciones a la circulación que las autoridades provinciales encargadas de la fiscalización pretenden imponerle a aquél no resultan razonables, estrictamente necesarias, ni proporcionales, y tampoco se ajustan a los objetivos legales definidos en la regulación nacional que rige en la materia[196].

1.4 Acreditar el hecho no es igual que demostrar el acto lesivo. Si el contenido de la demanda fuera igual al que se exige entre los presupuestos procesales para iniciar un juicio ordinario, la tarea central sería cumplimentar cada uno de los requisitos del artículo 330 del Código Procesal, donde la importancia es verificar al sujeto que se quiere instalar como parte, para enfrentar a otro con pretensiones que persiguen una sentencia favorable.

Este es el dogna del proceso de conocimiento, en el cual quien afirma debe acreditar personalidad procesal (legitimación, capacidad e interés) y probar cada una de las afirmaciones que se controviertan, con el propósito de conseguir derrotar al adversario y someterlo al cumplimiento de la sentencia que lo declare vencedor.

En cambio, un proceso constitucional tiene objetivos distintos. Ellos asientan en los actos y hechos lesivos que constituyen el deber jurisdiccional de fiscalizar y proteger la Constitución y demás Tratados y Convenciones jerarquizados como fundamentales e incorporados al plexo de la Norma Básica del Estado.

Aún así, el amparo recepta todo el ordenamiento jurídico que la Corte IDH define como el *Corpus Iuris* interamericano, que ingresa a nuestro sistema merced al influjo del control de convencionalidad.

1.5 En los amparos de salud los hechos que se deben fundamentar como lesivos son aquellos que se encuentren contenidos en cualquiera de las calidades que analizamos en la primera parte de esta obra. Lo esencial es demostrar o verificar que son situaciones de urgencia manifiesta, que no tienen necesidad imperiosa de atacar actos arbitrarios, desde que el núcleo central asienta en la manifiesta ilegalidad de la conducta del particular o de la autoridad pública.

---

[196] CS, Maggi, Mariano c/ Corrientes, Provincia de s/ medida autosatisfactiva; sentencia del 10 de setiembre de 2020.

La perspectiva, en consecuencia, depende del tipo de amparo que se encamine, en la medida que cuando son obligaciones incumplidas respecto a deberes prestacionales que multiplican los sujetos alcanzados, la condición de afectado no es vital para la procedencia porqué lo manifiesto es la ilegalidad de la conducta, y la proyección se aloja más en el amparo colectivo que en el individual.

Mientras que si la vulneración denunciada refiere a los deberes de protección, allí sí habrá que poner atención en los derechos colectivos o individuales alcanzados por el hecho lesivo.

En los fallos de la Corte Suprema de Justicia argentina, no hay aún una línea jurisprudencial continua. Los votos de Horacio Rosatti van marcando una tendencia que por ahora no definen la continuidad de interpretación.

> Las leyes deben ser interpretadas considerando armónicamente la totalidad del ordenamiento jurídico y los principios y garantías de raigambre constitucional para obtener un resultado adecuado, pues la admisión de soluciones notoriamente disvaliosas o conclusiones reñidas con las circunstancias singulares del caso no resultan compatibles con el fin común tanto de la tarea legislativa como de la judicial (Disidencia del juez Rosatti). - La Corte, por mayoría, desestimó el recurso extraordinario por considerarlo inadmisible (art. 280 CPCCN)-[197].
>
> La preferente tutela de la que goza un niño -que se encuentra incapacitado-, y el principio de progresividad en la satisfacción plena de sus derechos fundamentales, según se encuentra prescripto en el inciso 23 del artículo 75 de la Constitución Nacional, destierra definitivamente interpretaciones que conduzcan a resultados regresivos, lo que ocurre cuando se limita la cobertura de salud por una interpretación excesivamente amplia de las resoluciones que reglamentaron la ley 24.901 (Disidencia del juez Rosatti). - La Corte, por mayoría, desestimó el recurso extraordinario por considerarlo inadmisible (art. 280 CPCCN)-[198].
>
> Los principios constitucionales, rectores de los estatutos de la salud, la discapacidad y la niñez se proyectan, sobre lo atinente a la carga de la prueba relativa a la existencia de una institución pública adecuada para satisfacer la prestación educativa solicitada, en los términos de la resolución 428/99 del Ministerio de Salud y Acción Social -punto 6 del Anexo I- (Disidencia del juez Rosatti). -La Corte, por mayoría, desestimó el recurso extraordinario por considerarlo inadmisible (art. 280 CPCCN)-[199].

---

[197] CS, Recurso Queja Nº 2 - R., M.S. c/ OSDE s/Amparo de salud. Sentencia de 27 de agosto de 2020.

[198] CS, ibídem.

[199] CS, ibídem.

De cuanto, venimos apuntando conviene acentuar el argumento siguiente: en los amparos de salud lo más importante es señalar qué aspectos de la garantía que el Estado tiene para cuidar la salud, fueron alterados, lesionados o restringidos. La arbitrariedad del acto es una causa independiente a la conducta ilegal, y la fundamentación consiste en verificar la urgencia necesaria para resolver en la instancia del amparo, así como demostrar el estándar o la norma que se encuentra vulnerada.

Si, en lugar de ello, se reclama el cumplimiento de un contrato (v.gr.: prestaciones a cargo de una obra social), la dimensión del amparo quedará a expensas del riesgo de vida o del peligro inminente, pues las disputas privadas no son receptadas en el marco de los procesos constitucionales.

No obstante, la Corte Nacional sostiene que […]

> Con la finalidad de evitar la profusión de trámites, situación que va en desmedro del principio de economía procesal y del buen servicio de justicia, y de impedir que se susciten cuestiones de competencia que, de plantearse, podrían llegar a configurar un caso de privación jurisdiccional, e incluso, comprometer el derecho a la salud, habrá de disponerse la remisión de las actuaciones -acción de amparo por la cual se reclama la tutela de los derechos a la vivienda y a la salud de quienes se encuentran alojados en una residencia geriátrica ubicada en la Provincia de Buenos Aires- a la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires para que decida lo concerniente al tribunal provincial que resulte competente con arreglo a las disposiciones locales de aplicación[200].
>
> O también cuando dice que […] debe revocarse la medida cautelar que ordenó a una obra social la provisión de la hormona de crecimiento, pues el tribunal basó su argumentación en los deberes emanados del Programa Médico Obligatorio, en las normas atinentes al sistema de seguro de salud y en las disposiciones constitucionales e internacionales relativas a la protección de la vida, la salud y los derechos de niños y niñas, pero omitió examinar los términos de la resolución 2329/14 del Ministerio de Salud de la Nación, expresamente invocada por la demandada, a cuyas exigencias dijo ésta haber ajustado su conducta y sobre cuyos términos estructuró su defensa con el fin de demostrar que la menor no reunía los requisitos a los que el precepto supedita la cobertura de la medicación reclamada[201].

La oscilación sobre el carácter que pueda tener el problema a discutir, no elude agregar que, continuamente, nuestra Corte exhorta a los operadores judiciales intervinientes a que traten el tema con la premura y la mesura que cada caso amerita, de modo de promover que se haga efectivo la protección de la salud y el pleno goce de los

---

[200] Fallos: 343:283.

[201] Fallos: 342:2399.

derechos que el Estado le reconoce a las personas, propiciando evitar que puedan prolongarse innecesariamente actuaciones que incidan en la eficacia de la actividad jurisdiccional.

2. Demostrar el acto lesivo

2.1 El acto lesivo se expresa como daño cierto o en ciernes, y tiene modalidades de afectación según sea una alteración, restricción o supresión total de algún aspecto del derecho a la salud.

Por eso, el tipo de lesión constitucional que involucre al derecho a la salud debe estar en alguno de los casos propuestos en los primeros capítulos, debiendo entonces vincular el riesgo específico con el alcance que tiene. Cuando es una *alteración* se vincula con cambios o transformaciones generados en el derecho fundamental; si es una *restricción* significa, reducir, disminuir, impedir o limitar el ejercicio de la garantía consagrada; y cuando es una *supresión* se cancela incuestionablemente el derecho que se debe garantizar.

El punto de partida siempre será el derecho a la vida, porque desde aquí se deriva la garantía de preservar la salud, por lo que existe una obligación impostergable de las autoridades públicas de cumplir y respetar la realización de acciones positivas conforme los mandatos de los arts. 42 y 75, inc. 22, de la Constitución Nacional[202].

2.2 Ya hemos señalado que son los tratados internacionales los que refieren con más precisión que la Norma Fundamental del Estado, la existencia tanto de los derechos de toda persona a gozar de un nivel adecuado de vida y al disfrute del más alto nivel posible de salud, como de la correspondiente obligación estatal de adoptar las medidas que resulten pertinentes de modo de hacer efectivos tales derechos.

La afirmación, no obstante, tiene que admitir que el derecho a la salud, en sus manifestaciones como deberes prestacionales y de protección especial, son declaraciones que trabajan con dos expresiones distintas, donde se encuentra una cara con derechos de raigambre constitucional, y otra con principios y garantías cque no son absolutos, en la medida que han de desplegarse con arreglo a las leyes que reglamentan

[202] Cfr. Fallos; 342:459.

su ejercicio, en la forma y extensión que el Congreso, en uso de sus facultades propias, lo estime conveniente a fin de asegurar el bienestar general (arts. 14 y 28 de la Constitución Nacional), con la única condición de no ser alterados en su substancia[203].

Sostiene Kemalmajer de Carlucci que […]

> La atribución judicial de intervenir se abre si el administrador *no* cumple, porque no hay razón para que los jueces dispongan medidas relativas a la salud que ya está realizando el poder constitucional y legalmente obligado. Por eso, "corresponde rechazar sin sustanciación la demanda de amparo interpuesta por una persona que solicita se respete su derecho y el de sus hijos a la alimentación, la vivienda y la salud *si no resulta que se les hayan negado las prestaciones requeridas*"[204]. En lo que aquí interesa (la salud), la actora solicitaba que "el Ministerio de Desarrollo Social y Ambiente de la Nación, la provincia de Buenos Aires y el hospital de pediatría Garrahan otorguen a una de sus hijas las prestaciones médicas necesarias a su estado de salud y se remuevan los condicionamientos que han impedido la plena y efectiva concesión de su derecho". La CSN justificó el rechazo *in límine* en que la propia actora reconoció que la niña era atendida por su cardiopatía congénita en el hospital mencionado, de forma gratuita, y que se le había asignado un turno quirúrgico que desaprovechó por motivos no suficientemente aclarados en la demanda. Por mi parte -dice la eximia profesora-, señalo la excepcionalidad del caso; la justicia argentina, como la de otros países, acusa un desprestigio importante; causa extrañeza, entonces, que una persona reclame al juez si el administrador está cumpliendo correctamente con las obligaciones normativamente impuestas[205].

La advertencia sugiere, entonces, que sea demostrado en el amparo individual la entidad del acto lesivo que impacta de manera ilegal y con pleno desconocimiento constitucional, el derecho que se sostenga como daño específico (lesión sufrida), o como alteración, restricción o directa supresión de aquél.

Por ejemplo, si bien es razonable que, ante la ausencia de previsiones legales, se determine judicialmente un plazo prudencial de subsistencia de la obligación de otorgar la cobertura de la crioconservación de embriones a cargo de los prestadores de servicio de salud, esa determinación no puede constituir un exiguo lapso que sea un obstáculo para la consecución del fin primordial que persigue el ordenamiento legal y su

---

[203] Cfr. Fallos: 341:919.

[204] CS, 12/3/2002, Votaron en disidencia Fayt y Boggiano, JA 2002-IV-466, con nota de Albanese, Susana, *Indivisibilidad e intangibilidad de los derechos: el derecho a condiciones dignas de vida.*Cfr. Kemelmajer de Carlucci, ob. cit. en nota 154.

[205] Cfr. Kemelmajer de Carlucci, ob. cit. en nota 154.

reglamentación, es decir, el pleno resguardo del ejercicio del derecho a la salud reproductiva[206].

Asimismo, y desde otra perspectiva, se ha dicho que […]

> Resulta improcedente el reclamo a la Obra Social del Poder Judicial para que esta otorgue cobertura total de medicación, terapia fisiológica, rehabilitación kinesiológica, escolarización en centro educativo terapéutico y transporte escolar sin los topes, ni límites previstos en la resolución 428/1999 del Ministerio de Salud y Acción Social, toda vez que no aparece demostrado que las limitaciones y topes fijados en la referida resolución importen el menoscabo o la desnaturalización del derecho del actor en la medida que no ha sido acreditado que los valores de los servicios asistenciales fijados en las citadas normas y en las resoluciones que los actualizan periódicamente, resulten insuficientes para afrontar las necesidades de aquel[207].

2.3 En términos formales, declarar la existencia del acto lesivo consiste en identificar el carácter de afectado, manifestación diferente a la de probar la importancia de la lesión constitucional. Dicho carácter tiene dos requisitos esenciales, uno que anida en la personalidad procesal del que pide como sujeto que tiene un derecho personal violentado por el acto que denuncia; y otro que afirma el espacio que le corresponde al derecho a la salud que se debe garantizar, donde se puede hablar de un derecho especialmente afectado.

La primera obligación se vincula con la legitimación para obrar, que no se lee con los estándares implacables del código procesal, sino con la dimensión fundamental del derecho de acceso a la justicia y a la garantía de tener un proceso justo, equitativo y resuelto dentro de un plazo razonable.

Lo segundo será señalar la identidad del acto lesivo, respecto a si es alteración, restricción o supresión; para después identificar el impacto de los riesgos que se exponen o del perjuicio sufrido, y ponderar la posibilidad probatoria, dejando en las facultades judciales los alcances del deber de probar, pues no siempre el daño se une al perjuicio constitucional.

---

[206] Fallos: 341:929.

[207] Fallos: 340:1995.

Por ejemplo, una persona que denuncia el error médico está en un conflicto extracontractual que no es constitucional, propiamente dicho, aunque pueda existir un enlace con la violación a aspectos de las normas fundamentales antes señaladas.

> El derecho a la salud comprende el acceso a la información, esto es, el derecho de solicitar, recibir y difundir información e ideas acerca de las cuestiones vinculadas con esa temática y este acceso a la información también está garantizado por el art. 42 de la Constitución Nacional, que prevé el derecho de los consumidores y usuarios a un conocimiento adecuado y veraz, aparte de que no puede obviarse el rol fundamental que lleva adelante la prensa al investigar y divulgar informaciones y opiniones que enriquecen el debate público en materia de salud y que, en definitiva, fomentan la fiscalización de la actividad[208].

2.4 En los amparos de salud esta diferencia no se ve con claridad obligando al demandante a cumplir con cargas y obligaciones que debieran repartirse conforme a las circunstancias del caso.

Las reglas del artículo 1734 del Código Civil y Comercial de la Nación se pueden aplicar sin vulnerar principio procesal alguno de los procesos constitucionales. En efecto, probar el factor de atribución lleva a demostrar el hecho lesivo, y conduce al mismo tiempo, a que sea el requerido quien deba verificar las circunstancias eximentes.

De igual modo, el artículo 1735 del mismo ordenamiento aclara que […]

> *"No obstante, el juez puede distribuir la carga de la prueba de la culpa o de haber actuado con la diligencia debida, ponderando cuál de las partes se halla en mejor situación para aportarla. Si el juez lo considera pertinente, durante el proceso debe comunicar a las partes que aplicará este criterio, de modo de permitir a los litigantes ofrecer y producir los elementos de convicción que hagan a su defensa".*

No nos confundimos cuando ponemos de relieve esta norma del derecho privado, pues la constitucionalización del derecho civil lleva a usar sus principios y valores, dando articulación precisa a la relación proceso y constitución.

> Corresponde descalificar la sentencia que declaró abstracta la acción de amparo intentada por las Defensoras del Niño y del Adolescente de la Provincia del Neuquén con el objeto de que el gobierno provincial brinde, a través de un dispositivo público, un adecuado tratamiento de salud para los pacientes duales en drogadependencia, si se apoyó

[208] Fallos: 340:1111.

> exclusivamente en un elemento de prueba, obtenido con motivo de una medida para mejor proveer, que no fue puesto en conocimiento de la actora, lo que violenta su derecho de defensa, constitucionalmente protegido por el art. 18 de la Constitución Nacional[209].
>
> La sentencia que rechazó la acción de amparo solicitando autorización para ser sometida al acto quirúrgico de ligadura de trompas omitió considerar las situaciones fácticas invocadas -madre de cuatro hijos, falta de empleo fijo y un único ingreso proveniente del "Plan Jefes de Hogar"- y adoptó una decisión dogmática y genérica al negarse a considerar la prueba que demostraba la negativa de los profesionales médicos a realizar la intervención solicitada. -Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema-[210].

2.5 En suma, demostrar el acto lesivo no es igual a verificar la capacidad para obrar en el proceso. En los amparos de salud de tipo individual, el derecho de acceso lo determina el derecho afectado (*lato sensu*, el derecho a la vida y la salud que queda expuesta), cuya gravedad y trascendencia, impacta en la noción de tutela de urgencia; pero, acreditada la garantía en peligro, el sujeto debe confirmar que es el titular del beneficio que persigue, o en su caso, que sea el representante adecuado de quien persigue la prevención o reparación.

El acto lesivo enrostra así el derecho constitucional que se manifiesta en peligro, y la persona que se dice afectada por ese perjuicio de naturaleza constitucional.

> Las normas de las convenciones internacionales reconocen que los niños y las personas con discapacidad se encuentran en una situación de especial vulnerabilidad que requiere una mayor protección por parte del Estado, a fin de garantizarles el goce de los derechos humanos fundamentales allí contemplados (artículos 3°, 6°, 23 y 24 de la Convención sobre los Derechos del Niño; artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; artículos 4°, 7° aps. 1 y 2, 25 y 28.1 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; ley 26.061) dichas normas están dirigidas al Estado para que implemente políticas públicas tendientes a que los niños y las personas con discapacidad puedan alcanzar el nivel de vida más alto posible, en particular en lo que concierne a la salud, la rehabilitación, el desarrollo individual y la integración social[211].
>
> Tomar los "derechos de incidencia colectiva a la vida, a la salud y a la patria potestad" como si fuesen colectivos es un error; la utilización de sustantivos colectivos o abstractos (el derecho, la vida, la mujer) en lugar del plural (los derechos, etcétera) no tiene ninguna

---

[209] CS, Defensoría del Niño c/ Provincia de Neuquen y otro s/ acción de amparo, sentencia del 7 de octubre de 2008.

[210] Fallos: 329:2179.

[211] Fallos: 341:1511.

> consecuencia jurídica, mucho menos la de colectivizar un derecho individual. Es cierto que son derechos relacionados con los intereses más elevados de las personas, pero eso no los transforma en colectivos, pues son perfectamente divisibles y ejercidos de diferente manera por cada titular, por cada ser humano (Disidencia de la Dra. Carmen M. Argibay)[212].

3. Gravedad personal e institucional

3.1 En el juicio de amparo constitucional, enmarcado por el art. 43 de la Norma Básica del Estado, suele quedar comprendida la magnitud del caso con lo manifiestamente arbitrario o la gravedad institucional. Fue común interpretar que la admisión del amparo dependía que fueran demostrados esos extremos, con el fin de eludir el rechazo in limine ante la evidencia de no ser la vía judicial más idònea.

El debate sobre la importancia de elegir entre proteger de inmediato a la persona o derivar a juicio de conocimiento pleno por la necesidad de mayor debate y prueba, es una constante en la jurisprudencia, que muchas veces opta por ordinarizar el juicio tras haber dispuesto una cautelar o alguna medida autosatisfactiva.

En el derecho a la salud hay dos tipos de gravedad que impactan en el juicio de admisión, uno responde al conflicto personal (v.gr.: enfermo que necesita con urgencia la provisión de medicamentos, u otra atención prioritaria, que el demandado no asiste o cubre por razones a discutir); y otro que reside en lo institucional, donde comienza el análisis de razonabilidad (control efectivo de constitucionalidad), o el juicio de ponderación (elección de lo más aconsejable como test de prudencia).

3.2 Lo grave es un presupuesto subjetivo que se instala en los poderes de la jurisdicción como razonamiento de probabilidades. Es un factor que ilustra y caracteriza al juez constitucional al tener en sus manos el acceso o la repulsión del amparo.

La gravedad individual que debe exponer y fundamentar el requirente puede quedar alojada en la urgencia de consideración, y en el peligro de vida que con la demora se cuenta; pues no toda situación es grave sino se demuestra aquello que impacta de manera notoria y evidente en los derechos constitucionales del afectado, al punto de lesionar, alterar o suprimir las garantías que la Norma Fundamental le dispensa.

---

[212] Fallos: 329:4593.

> La acción de amparo intentada resulta procedente si de los términos de la demanda como de la documentación acompañada se desprende que se encuentran acreditadas la gravedad del caso y la falta de protección en que se hallaba la amparista, lo que revela la inacción de las demandadas (Voto del Dr. E. Raúl Zaffaroni)[213].
>
> Es procedente el amparo tendiente a obtener la provisión de un medicamento necesario para enfrentar una grave enfermedad, si se hallan reunidos los extremos requeridos por la ley 16.986 pues, tanto de los términos de la demanda como de la documentación acompañada se desprende que se encuentran acreditadas la gravedad del caso y la falta de protección en que se hallaba la amparista al tiempo de iniciar el trámite, lo que revela la inacción de las demandadas[214].
>
> No constituye un supuesto de gravedad el pronunciamiento que, para el caso de incumplimiento del obligado principal, condenó al Estado Nacional a cubrir el 100% de la medicación que se prescribiera al amparista, en la medida en que la presunta incidencia negativa de lo decidido sobre la salud pública constituye una afectación sólo conjetural[215].

La argumentación como único fundamento, con ejercicios de lenguaje sensitivo y apelando a estereotipos que ponen la responsabilidad principal en el otro, no suelen ser propios para justificar lo grave del evento. De lo que se trata es de verificar que hay peligro de muerte, o agravamiento del estado de salud que se quiere remediar a través de la actuación jurisdiccional. Esto es lo grave, no lo doloroso del hecho o la penuria que se padece.

En los hechos se confirma la vaguedad jurisprudencial y la escasa orientación de los tribunales superiores para fijar un criterio. Obsérvese el fallo siguiente de la Corte nacional […]

> Cabe dejar sin efecto la sentencia que desestimó la acción de amparo deducida a fin de obtener la cobertura para una cirugía con endoprótesis en base a que no se hallaba incluida en el PMO, pues el enfoque restrictivo que subyace en la decisión, al vedar el acceso a una terapéutica más moderna y segura, y el someter a una persona a una mecánica que entraña un mayor peligro de muerte, desnaturaliza el régimen propio de la salud, uno de cuyos estándares es proporcionar el mejor nivel de calidad disponible dejando sin cobertura una grave necesidad que los jueces admitieron como tal[216].
>
> Corresponde revocar la sentencia que -al denegar el reclamo de ayuda económica de la obra social para realizar en el exterior un tratamiento médico para una menor discapacitada-, con

---

[213] Fallos: 328: 4640.

[214] Fallos: 328:1708.

[215] Fallos: 321:3394.

[216] Fallos: 337:471.

> un razonamiento ritual, impropio de la materia debatida, hizo hincapie en la extemporaneidad del cambio de destino solicitado para el tratamiento, sin atender al propósito sustancial de la acción de amparo, tendiente a preservar la vida, la salud y la integridad física de la menor ante el grave riesgo en que se hallaba, lo que compromete derechos reconocidos con carácter prioritario en los tratados internacionales que vinculan a nuestro país (arts. 3°, 23, 24 y 26 de la Convención sobre los Derechos del Niño)[217].

3.3 Por su lado la gravedad institucional refiere a muchos aspectos contenidos en la elasticidad de la voz legal que escuda la inversión, justifica la necesidad de aplicar los recursos disponibles, e interpreta con amplitud las obligaciones del Estado.

No hablamos de una gravedad de aquellas que conmueven el interés general, donde podrán encontrarse gravedades colectivas (v.gr.: derechos de asistencia médica en tiempos de pandemia) o gravitaciones presupuestarias (v.gr.: la inversión en salud parte del principio de solidaridad en la asistencia, razón que lleva a manejar los recursos dando a uno lo justo sin privarle a otro del mismo derecho).

En ambos supuestos hay trascendencia general, en razón de que la medida de la garantía afectada puede ser personal o colectiva, y requerir en los dos, la evidencia (ilegalidad manifiesta; ilegitimidad, o arbitrrariedad) que el acto o hecho lesivo ha traspasado lo tolerable, incurriendo el exceso, en un desvío de los objetivos constitucionales o convencionales[218].

Volveremos sobre este tema.

> Habida cuenta del objetivo primordial de la acción de amparo y de que es indudable la obligación que tiene la obra social de garantizar las prácticas que faciliten una mejor expectativa de vida, de acuerdo con los recursos científicos con que cuenta el país y la amplitud de las prestaciones previstas en la ley 24.901, sobre protección integral de las personas con discapacidad, corresponde admitir la demanda y declarar el derecho de la menor interesada a obtener los cuidados que su Estado requiere, en las condiciones indicadas por el Cuerpo Médico Forense y los especialistas del Hospital de Pediatría "Profesor Dr. Juan P. Garrahan", cuyos informes requirió la Corte Suprema[219].

---

[217] Fallos: 327:5210.

[218] Cfr. Gozaíni, *El Juicio de Amparo* (en prensa), Capítulo XIV punto 3.

[219] Fallos: 327:5210.

4. Trascendencia y gravedad del hecho

4.1 En este punto ya no hablamos del deber de fundamentar el perjuicio directo, actual o inminente, y el modo de afectación sufrida (lesión, alteración, restricción o supresión), sino de otra gravedad que, sin necesidad de sumar la evidencia de arbitrariedad, o de manifiesta ilegalidad, verifica por sí misma, al constatar los hechos, que se está frente a un caso de trascendencia que gravita en la sociedad.

Por supuesto que no refiere a una importancia individual, ni a trascendencias económicas, sino aquellas que tienen suficiente impacto social para confirmar que cuanto se pueda resolver en la causa podrá afectar principios del derecho a la vida y la salud, en cualquiera de sus derivaciones.

La base de interpretación está señalada por la Corte nacional al sostener que […]

> No cabe hacer lugar al planteo referido a la gravedad institucional, si de la solución del caso no puede desprenderse algún principio general que sirva para ser utilizado en problemas futuros de similar índole, si el *a quo*, para decidir como lo hizo, tomó en cuenta muy particulares extremos fácticos exclusivos de la situación planteada y analizó la incidencia de distintas resoluciones normativas propias de la causa, de las cuales no puede colegirse ninguna ulterior trascendencia con relación a futuros conflictos análogos[220].

4.2 La trascendencia es del hecho y sus consecuencias, y permite considerar en esta dimensión, la conversión de un amparo individual hacia un amparo colectivo.

> El discurso sobre cuestiones vinculadas con la prestación de servicios médicos dirigidos a un sector de la población tiene una trascendencia esencial para la vida comunitaria y demanda una protección especial en aras de asegurar la circulación de información de relevancia pública ya que la protección del derecho a la salud prevista en la Constitución Nacional y en los instrumentos internacionales (arts. 42, 75, inc. 22, de la Constitución Nacional, art. 25, de la Declaración Universal de Derechos Humanos, art. XI, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, art. 12, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, entre otros) revela la importancia que tiene este tema para la sociedad en su conjunto[221].
>
> La corte local, al rechazar la medida cautelar y sostener que la protección parcial brindada por el IOMA para la cobertura de la prestación educativa de una menor discapacitada no resultaba arbitraria frente al contenido del régimen normativo aplicable soslayó, no sólo la

---

[220] Fallos: 304:1048.

[221] Fallos: 340:1111.

índole y trascendencia de los derechos en juego -preservación de la salud y derecho a la vida- sino, además, el espíritu mismo de la legislación[222].

La jurisprudencia es cauta al tiempo de relevar la proyección del derecho a la salud propuesto en la esfera de un amparo singular, por ello suele repetirse que, si bien quienes procuran ante el Poder Judicial la tutela de su derecho a la salud afectado por actos u omisiones manifiestamente ilegales o arbitrarios, no pueden ser totalmente liberados de indagar sobre las razones jurídicas que dan sustento a la responsabilidad atribuida a cada uno de los múltiples demandados, se impone precisar que a aquellos pacientes necesitados de respuestas urgentes, por enfrentar la posibilidad de ver interrumpidos tratamientos de los que depende su salud o aún su vida, no cabe trasladarles en su totalidad los requerimientos ínsitos a otras causas -aún encauzadas por la vía del amparo- en las cuales se ventile la tutela de derechos de diverso contenido o trascendencia[223].

Teniendo en cuenta que una moderna concepción del proceso exige poner el acento en el valor "eficacia" de la función jurisdiccional y en el carácter instrumental de las normas procesales, en el sentido de que su finalidad radica en hacer efectivos los derechos sustanciales cuya protección se requiere, no pudo pasar desapercibido para la cámara, dada la interrelación que existe entre los requisitos de admisibilidad, la relevancia que en este tipo de medidas adquiría la gravedad del cuadro de salud que presentaba la joven, ni los daños irreparables que se producirían de mantenerse la situación de hecho existente hasta el dictado de la sentencia, y en especial cuando el anticipo de jurisdicción solicitado tiende a remediar un agravio a la integridad de la persona, tutelada por la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (art. 5.1 y arts. 10, 17 y 25, respectivamente)[224].

4.3 Tomando en consideración este alcance, y la discrecionalidad que tiene receptar el criterio, se puede sugerir que, además de fundamentar los requistos de verificación sobre el acto lesivo, la demanda de amparo debiera argüir la trascendencia; la cual seguramente estará presente, porqué los conflictos con la Constitución obligan a los jueces a controlar la constitucionalidad de las leyes, y la legalidad del comportamiento de la autoridad pública o privada.

---

[222] Fallos: 331:2135.

[223] Fallos: 329:1226.

[224] Fallos: 334:1691.

La gravitación institucional agrega otro eslabón, que se debe fundamentar y verificar con los hechos. Creemos así, que no es solo el tribunal quien debe orientar, sino el abogado, también, el que debe justificar razonadamente porqué entiende que el problema supera el interés de las partes.

Finalmente, aparece la trascendencia *propiamente dicha*. Esta es la repercusión social, la evaluación de los efectos, la significancia del fallo, la urgencia del conflicto, etc. Para ellos, todos los presupuestos del amparo se reúnen en la cuestión constitucional implícita, desde que todos los derechos tienen un fundamento directo o mediato en la norma básica del Estado. Con esto se quiere significar que un asunto sin trascendencia normativa puede contar con trascendencia social, y entonces resultaría irrechazable el juicio de amparo[225].

5. Arbitrariedad

5.1 La redacción del artículo 43 constitucional, y de prácticamente todas las leyes de amparo, imponen que se acredite la arbitrariedad del acto (no del juzgamiento) o el incumplimiento de normas legales. Por eso hay una distancia significativa entre cuestionar la justicia de la decisión adoptada en sede jurisdiccional, respecto a la polémica que genera la ley aplicable, el acto administratrivo o las resoluciones que definen el caso.

Por ejemplo, cuando se dice […]

> La decisión que confirmó la medida cautelar por la cual se ordenó a una obra social cubrir la hormona del crecimiento, sin efectuar un análisis serio de la situación fáctica a la luz de la normativa invocada que expresamente rige el caso, lo que resultaba imprescindible a fin de determinar la existencia del recaudo de verosimilitud del derecho invocado, deviene ciertamente infundada por lo que corresponde dejarla sin efecto con arreglo a la conocida doctrina en materia de arbitrariedad de sentencias (art. 16 de la ley 48)[226].

La Corte aquí no resuelve una situación de salud, ni sostiene que el mandato impuesto a la Obra Social sea arbitrario, sólamente señala que no se ha hecho adecuada interpretación de los presupuestos que necesitan las medidas cautelares respecto la

---

[225] Gozaíni, *El Juicio de Amparo (*en prensa), Capítulo XIV parágrafo 3.3.

[226] Fallos: 342:2399.

normativa que rige el caso. Vale decir, es arbitrario el juzgamiento no el contenido de fondo.

En otra oportunidad, la arbitrariedad se lee respecto a la evidencia no tenida en cuenta, basándose solamente en argumentaciones del amparo que eluden la adecuada demostración de los requisitos de procedencia. En efecto, dice la Corte […]

> Cabe revocar la sentencia que desestimó la demanda encaminada a la reincorporación de la actora en el servicio de asistencia médica de la demandada, y al correlativo suministro de todas las prestaciones prescriptas en orden al tratamiento de la obesidad mórbida que padece, pues es inadmisible sostener que tal circunstancia física puede ser ocultada exitosamente, quedando al descubierto la veta ficcional y arbitraria, de la racionalización utilizada por aquélla como causal de rescición, arbitrariedad que se completa con la indiferencia con que deja fuera de consideración el único dato cierto que surge de la causa: la enfermedad y la correspondiente intervención quirúrgica que requiere la amparista, y la única posibilidad de que ésta haya podido ocultar su padecimiento es que maliciosamente hubiese ocultado su cuerpo, lo que resulta físicamente imposible (Disidencia de los Dres. Ricardo L. Lorenzetti, Carlos. S. Fayt y E. Raúl Zaffaroni)[227].

La decisión mayoritaria mantuvo el rechazo del amparo deducido, pero las disidencias enfocaron el tipo de arbitrariedad al que referimos, cuando se trata de amparos de salud. El problema no era el distracto laboral, aunque se pidiera la reincorporación al trabajo, sino la necesidad de continuar con la atención médica del obeso que requería de una urgente intervención quirúrgica.

5.2 Diferente es enjuiciar como arbitrario el comportamiento de la autotidad sanitaria, donde la diversidad de situaciones de análisis posible excedería el espacio de estos comentarios. No obstante, cualquiera de ellos reúne el interés en el juicio de los hechos, porque la arbitrariedad impone un estudio fáctico razonable.

Hay casos donde se expone que […]

> Si ningún organismo público negó a los hijos de la peticionaria el acceso a las prestaciones requeridas, corresponde rechazar el amparo, pues no se advierte la existencia de actos u omisiones que con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta afecten o amenacen los derechos invocados (arts. 43 de la Constitución Nacional y 1° de la ley 16.986) (Disidencia de las Dras. Elena I. Highton de Nolasco y Carmen M. Argibay)[228].

---

[227] Fallos: 332:1163.

[228] Fallos: 329:553.

> Si no existe constancia de que haya mediado un requerimiento previo respecto de la entrega de la medicación prescripta ante las autoridades sanitarias nacionales o provinciales, no se advierte omisión alguna por parte de las demandadas que justifique la vía del amparo; pues la arbitrariedad o ilegalidad manifiesta requiere que la lesión de los derechos o garantías reconocidos resulte en forma clara e inequívoca de un acto u omisión de la autoridad pública (Disidencia parcial de la Dra. Elena I. Highton de Nolasco)[229].
>
> Debe descartarse la arbitrariedad del acto administrativo que, si bien -al determinar la existencia del crédito a favor de la jubilada- le propuso que optase dentro de las modalidades de cancelación establecidas por el decreto 2140/91, reglamentario de la ley 23.982, no agravia los derechos a la vida, a la salud, al bienestar y a la asistencia médica, pues encontraron una respuesta apropiada en el ofrecimiento de la autoridad previsional, referido a efectuar el tratamiento en otro servicio médico[230].
>
> La negativa de la obra social a hacerse cargo del costo de la prestación de fertilización asistida con diagnóstico genético preimplantacional (DGP) no puede ser considerada un acto u omisión teñido de arbitrariedad o ilegalidad manifiesta que permita tener por configurados los requisitos de procedencia del amparo según el art. 43 de la Constitución Nacional, en la medida en que no existe una norma específica que le imponga tal obligación (art. 19 ídem)[231].

En cambio, otros fallos califican en un mismo acto, la interpretación del organismo asistencial que la justicia confirma, alegando la arbitrariedad de ambas interpretaciones.

> Es descalificable la sentencia que no hizo lugar a la solicitud del actor para ejercer la opción de cambiar la obra social establecida por el art. 16 de la ley 19.032 toda vez que con afirmaciones dogmáticas que le dan fundamento sólo aparente y que no encuentran respaldo en las constancias comprobadas de la causa, han considerado que el traspaso de obra social se habría producido como consecuencia de un acto voluntario del trabajador al entrar en pasividad[232].

También, la decisión administrativa puede aceptarse pese al cuestionamiento que se haga […]

> Cabe hacer lugar al recurso interpuesto por la coactora contra la sentencia que hizo lugar a la acción de amparo deducida por los padres de los niños por nacer y declaró la

---

[229] Fallos: 328:4640.

[230] Fallos: 316:797.

[231] Fallos: 338:779.

[232] Fallos: 324:1550

> inconstitucionalidad de la resolución INCUCAI 69/09, referida a la obligatoriedad de uso alogénico de las células progenitoras hematopoyéticas (CPH), en relación a la invalidez de aquélla resolución, pues la regulación de los establecimientos privados que conservan las unidades con fines autólogos es aquella que la Ley de Sangre establece para la autoreserva de sangre más allá de lo que técnica y administrativamente fije el Ministerio de Salud y no el INCUCAI, en punto a su autorización y arancelamiento, como lo hizo por medio de la resolución 865/06[233].

5.3 Para nosotros, la arbitrariedad es un complemento de los presupuestos procesales, en el sentido que la única vía idonea, rápida y certeza, para cuestionar conflictos en materia de salud, que implícitamente y de manera notoria, imponen su tratamiento como tutela de urgencia, es el juicio de amparo.

La propia Corte nacional ha dicho que […] resulta particularmente pertinente la vía de amparo cuando se trata de la preservación de la salud y la integridad psicofísica[234].

Este fallo es el mejor norte que podemos presentar para sostener que no se exige la arbitrariedad del acto para hacer visible y procedente la acción de amparo, en todo caso será más importante la ilegalidad notoria, antes que exigir prueba sobre el absurdo de la discrecionalidad excesiva.

En dicha sentencia el Alto Tribunal expresa […]

> Que, en el caso, el tribunal *a quo* clausuró el arbitrio del amparo acudiendo en general -sin ninguna apreciación de las características del caso concreto- a un tópico de forma, como es el de la índole provisional del pronunciamiento recurrido. Debido a ello, el examen de los recaudos de admisibilidad de la casación se llevó a cabo con un injustificado rigor formal, que acarrea la frustración de los derechos invocados con evidente menoscabo de la garantía de defensa en juicio. Máxime, si se tiene en cuenta que el superior tribunal local no consideró siquiera los argumentos tendientes a demostrar la inexistencia de otros dispositivos aptos para lograr el reconocimiento urgente del derecho a la rehabilitación e integración del niño, en un plano de igualdad con quienes gozan de la cobertura que otorga el régimen nacional […].
>
> En estas condiciones, el tribunal extremó el formalismo, en claro detrimento de los derechos fundamentales de una persona menor de edad con discapacidad, haciendo caso

---

[233] Fallos: 337:492.

[234] Fallos: 336:2333.

omiso de consolidados criterios hermenéuticos trazados por este Tribunal en materia de acción de amparo, derecho a la salud y discapacidad[235].

5.4 En síntesis, la arbitrariedad notoria trasunta un acto despojado de justicia o razonabilidad, que en materia de salud, suele darse ante situaciones que tienen amparo legal o reglamentario. Por eso, resulta más importante ir contra la ilegalidad o ilegitimidad de las normas o de las conductas, pues todas ellas expresan violaciones al derecho a la vida y la salud.

La arbitrariedad concluye en el sentido de falta de justicia, o de evitar que se convalide una conducta injusta; la medida del perjuicio se toma de la injusticia notoria, la que no se puede desprender de argumentaciones sentimentales o sensibleras, sino de actos de demostrativos de que el acto o la omisión carece manifiestamente de respaldo jurídico.

6. Ilegalidad del acto

6.1 En materia de salud el panorama normativo es amplísimo. Comienza desde la Constitución Nacional y avanza en todos los modelos de cualquier ordenamiento. Leyes, reglamentos, resoluciones, disposiciones, ordenanzas, y cuantas más ocurran, todas ellas destinadas a cumplir con la garantía central que tiene el Estado y sus entidades delegadas, para preservar el cuidado de la salud y crear las instalaciones adecuadas para que ello sea satisfecho plenamente.

Se agrega a este cuadro, la jurisprudencia local que establece sentencias normativas o exhortativas[236], y las que provienen de la Corte IDH que ya fueron reseñadas.

Todo apartamiento de la ley supone actuar en contra de ella, siendo consecuencia inmediata, la ilegalidad del acto o de la norma que se contrapone. En materia de amparo, no es lícito obrar contra la ley, pudiendo el afectado llevar esa conducta al juicio constitucional por el hecho lesivo.

---

[235] Fallos: 336:2333.

[236] Cfr. Gozaíni, Osvaldo A., *Sentencias Constitucionales. Teoría y Práctica.* Rubinzal Culzoni, Buenos Aires / Santa Fe, 2021.

Sin embargo, también la amenaza o el peligro inminente exponen el riesgo de privar a la ley vigente de su aplicación, dando lugar, ambas situaciones, a las dos facetas del presupuesto de ilegalidad: aquella que corresponde al acto lesivo y al otro que lo expone como futuro previsible.

6.2 El conflicto que suele traer el concepto de ilegalidad aparece cuando se trata de normas a interpretar. Desaparece la claridad que se pretende con la certidumbre y permite al juez llevar el amparo a un campo menos propicio para la rapidez, al requerir mayor debate y prueba.

De allí que la ilegalidad del acto necesita como presupuesto del amparo de salud ser manifiesta, es decir, evidente, indudable, absolutamente clara, ausente de inseguridad alguna. Cuando ella es producto de una interpretación especulativa, equívoca, irracional, de ostensible error, de palmario vicio en la inteligencia asignada, el caso se vuelca hacia la arbitrariedad.

> La justicia sólo debe limitarse a ejercer un control de legalidad y razonabilidad, pero si no median tales extremos puntuales de ilegalidad o arbitrariedad manifiesta o de "injusticia notoria", en modo alguno puede inmiscuirse en el análisis acerca del mérito o conveniencia del acto[237].
>
> Cabe hace lugar a la demanda iniciada por una empresa elaboradora, comercializadora y exportadora de productos de uso doméstico denominados genéricamente "domisanitarios", que son vendidos en cualquier punto del país, y declarar la invalidez del decreto 321/87 de la Provincia de Buenos Aires -que establece un régimen específico en materia de autorización y registro así como una estructura de fiscalización-, pues la petición deducida constituye una vía idónea para suscitar la intervención del Tribunal, ya que no se trata de dar solución a una hipótesis abstracta sino que procura precaver los efectos de la aplicación de dicho decreto, a lo que la empresa actora atribuye ilegitimidad y lesión al régimen constitucional federal, a la par de fijar las relaciones legales que vinculan a las partes en el conflicto[238].

---

[237] Fallos: 323:1042.

[238] Fallos: 336:1570.

CAPÍTULO VII

PRINCIPIOS APLICABLES

1. Generalidades

1.1 El juicio de amparo, en general, es un proceso constitucional que tiene fundamentos propios, que se distancian de los principios y presupuestos procesales del juicio ordinario, dando lugar y atención a otros que, en conjunto, responden a los deberes prestacionales del Estado y al deber de cuidado y atención de las personas.

Esta posición que hemos fundamentado en una obra anterior, advierte sobre los requisitos que se deben cumplir al tiempo de presentar una demanda argumentada en el derecho a la salud. La elección del actor por el amparo no obliga al juez a continuar en esta vía, pues como se trata de una acción subsidiaria solo se adnite cuando no hay otro proceso más idóneo.

En tal sentido, los requisitos formales de identificación del afectado y de acreditación del acto lesivo, son la base para entrar al proceso constitucional, pero la verdadera pertinencia proviene de los principios especiales que tutela la urgencia del derecho a la salud.

1.2 Siempre hablando del amparo individual, los recaudos objetivos y subjetivos de toda demanda que porta una denuncia por la violación de garantías constitucionales, exige demostrar de quien reclama que sea el titular del derecho lesionado, alterado, restringido o suprimido, y en su caso, cuando sea amparo contra actos de particulares, que sea el contratante de la relación jurídica.

Sin embargo, la pertenencia exclusiva del derecho no significa que en el juicio de amparo se deba aplicar la teoría de la legitimación para obrar, mucho más cuando el debate ideológico que se ha dado, admite que el afectado pueda ser el derecho en sí mismo, y que como tal, otorgue la representación a la escala de sujetos que menciona el artículo 43 de la Constitución Nacional.

Lo cierto es que la jurisprudencia no vacila en afirmar, constantemente, que la carencia de legitimación sustancial se configura cuando alguna de las partes no es la titular de la relación jurídica en que se sustenta la pretensión, con prescindencia de que ésta tenga o no fundamento[239].

Inclusive, con relación a los que invocan legitimación por representación, el tribunal cimero también le pone restricciones. En efecto […]

> Si bien el art. 86 de la Constitución Nacional prescribe que el Defensor del Pueblo "tiene legitimación procesal", ello no significa que los jueces no deban examinar, en cada caso, si corresponde asignar a aquél el carácter de titular de la relación jurídica sustancial en que se sustenta la pretensión, como es exigible en todo proceso judicial[240].
>
> La falta de legitimación sustancial se configura cuando alguna de las partes no es el titular de la relación jurídica en que se sustenta la pretensión, con prescindencia de la fundabilidad de ésta. -Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema-[241].

En consecuencia, no es éste el camino a seguir para encontrar la puerta de entrada al amparo individual.

1.3 En verdad, la pretensión como supuesto dogmático (en otros términos, significa darle al proceso una exigencia para que resuelva con una sentencia favoable) tiene flexibilidades en el amparo, toda vez que al estar diluido el carácter controversial por la necesidad de interpretar actos y hechos dentro de un molde de derechos constitucionales, el que pide no lleva, estrictamente, un reclamo contra otro, sino que esboza una posición que entiende y argumenta como contraria a la ley fundamental o al bloque normativo que custodia y desarrolla el derecho a la salud.

En este marco se ha dicho que […]

> Por aplicación del artículo 19 de la Ley 17.132 -que establece que es obligacion del médico asistir a los enfermos cuando la gravedad del caso así lo disponga- ha permitido a los médicos a presentar amparos a favor de los enfermos cuando éstos carecían de autonomía y

---

[239] Fallos: 326:1211; 321:542; 319:2529 y 1960, entre muchos más.

[240] Fallos: 328:1652; 323:4098.

[241] Fallos: 327:2625.

> capacidad jurídica para ejercer la acción por ellos mismos, por sus graves problemas psiquiátricos y neorológicos, y ante el serio riesgo de ser contagiado de Sida[242].

De este modo, el proceso de amparo constitucional neesita otros valores a preservar, que se expongan y motiven como principios rectores cuya finalidad no puede quedar sin atención.

2. El principio cardinal: el derecho a la vida

2.1 No parece necesario insistir con este principio rector en la atención que merecen los amparos de salud, desde que es la vida el primer derecho de la persona humana reconocido y protegido por la Ley Fundamental y, en tanto eje y centro de todo el sistema jurídico, es inviolable y constituye un valor fundamental con respecto al cual los demás tienen siempre carácter instrumental.

La Corte sostiene este criterio y agrega […]

> La preservación de la salud integra el derecho a la vida, por lo que existe una obligación impostergable de las autoridades públicas de garantizarla mediante la realización de acciones positivas (arts. 42 y 75, inc. 22, de la Constitución Nacional) (Votos del juez Maqueda, del juez Rosatti y de la jueza Medina)[243].
>
> La extrema situación de vulnerabilidad y la urgente necesidad de afrontar los tratamientos médicos adecuados para que la recurrente lleve el nivel más alto posible de vida digna, sumado a la especial protección que los instrumentos internacionales incorporados a nuestro sistema jurídico con igual rango constitucional (art. 75, inc. 22, Constitución Nacional) le otorgan a su persona, conducen a declarar la inconstitucionalidad de las normas concursales en juego -arts. 239, primer párrafo, 241, 242, parte general, y 243, parte general e inc. 2° de la ley 24.522-, habida cuenta de que no dan una respuesta adecuada, definitiva y acorde con la particular situación al no prever privilegio o preferencia de pago alguno que ampare y garantice el goce de los derechos constitucionales mencionados [244]

Como se estableció en la primera parte de este libro, fueron los tratados internacionales los que dieron forma y contenido a la garantía, que al incorporarse con jerarquía constitucional en el derecho interno, crean el derecho de toda persona a gozar de un nivel adecuado de vida y al disfrute del más alto nivel posible de salud, como

---

[242] Juzgado de 1ª instancia en lo civil y comercial nº 5 del Departamento Judicial de Mar del Plata, de fecha 22 de octubre de 1993. Cfr. Tanzi, Silvia Yolanda – Papillú, Juan M., *Juicio de amparo en salud.* Hammurabi, Buenos Aires, 2013, ps. 120.

[243] Fallos: 342:459.

[244] Fallos: 341:1511.

de la correspondiente obligación de los Estados Partes de adoptar las medidas que resulten pertinentes de modo de hacer efectivos tales derechos.

2.2 Nuestra Corte Suprema se ocupó varias veces sobre la esencia vital de este derecho que se presenta como principio orientador de los fines que el juez debe resolver. Es verdad que la adecuada protección del derecho a la vida y a la integridad psicofísica de las personas exige conferir al principio *alterum non laedere* toda la amplitud que este amerita, así como evitar la fijación de limitaciones en la medida en que impliquen "alterar" los derechos reconocidos por laConstitución Nacional[245]; pero también, el derecho a la vida no tiene un sentido exclusivo de pertenencia, de manera que se impone la razonabilidad de entenderlo con los márgenes de apreciación de las circunstancias del caso, no siendo posible conceder a uno cuando la consecuencia es privar a muchos más del mismo derecho.

Por eso la importancia de diferenciar los casos de exclusivo alcance singular, de aquellos que deben quedar resueltos dentro de un amparo o proceso colectivo. En la práctica, se trata de poner equilibrio a la desigualdad, atendiendo cada una de las situaciones afrontadas y sus consecuencias, con el fin de conseguir que los más débiles no sufran por demás su vulnerabilidad, dando espacio así a un principio nuevo como es la especificidad.

2.3 La Corte IDH ha señalado que el derecho a la vida es un derecho humano fundamental, cuyo goce pleno es un prerrequisito para el disfrute de todos los demás derechos humanos. En virtud de este papel fundamental que se le asigna en la Convención, los Estados tienen la obligación de garantizar la creación de las condiciones que se requieran para que no se produzcan violaciones de ese derecho[246].

---

[245] Fallos: 340:1154.

[246] Caso Ximenes Lopes vs. Brasil. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C Nº 149, párr. 124; Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in vitro) vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 noviembre de 2012 Serie C Nº 257, párr. 172; Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros vs. Honduras. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de octubre de 2015. Serie C Nº 304, párr. 262; Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C Nº 349, párr. 145, entre muchos más.

A diferencia del derecho local, en el proceso transnacional no se requiere determinar la culpabilidad de los autores o su intencionalidad, y tampoco es preciso identificar individualmente a los agentes a quienes se atribuyen los hechos violatorios. Resulta suficiente demostrar que se verifican acciones u omisiones que dan lugar a la perpetración de esas violaciones o que exista una obligación del Estado que fue incumplida.

Por tanto, el estándar que establece el Sistema Interamericano, es una exhortación al deber de cuidar la vida y la salud, dentro de las posibilidades que tiene cada Estado, sin abandonar el deber por limitaciones de presupuesto.

2.4 El principio central quiere que la vida no sea un estado en peligro, por estar en manos de otros; en todo caso a éstos les corresponde la atención y el deber de prestar los medios para que ella se preserve con la máxima posibilidad que las condiciones socioeconómicas permitan.

Ahora bien, el artículo 4.1 de la CADH dispone que nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente. Es decir, no cualquier privación de la vida será reputada como contraria a la Convención, sino solo aquella que se hubiera producido de manera arbitraria, por ejemplo, por ser producto de la utilización de la fuerza de forma ilegítima, excesiva o desproporcionada. No sería, a contrario sensu, violatoria del principio las muertes ocurridas por un error médico, o por ser consecuencia de hechos propios del causante (v.gr.: descuido personal).

Sin embargo, puede ser una conclusión incompatible con algunas sentencias de la Corte IDH, donde aplica un estándar diferente.

A veces parte de entender que […]

> El Tribunal reitera su jurisprudencia según la cual una norma de la Convención debe interpretarse de buena fe, conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta el objeto y fin de la Convención Americana, el cual es la eficaz protección de la persona humana, así como mediante una interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos[247]. En ese marco, a continuación se realizará una interpretación: i)

[247] Corte IDH. Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in Vitro) vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2012. Serie C Nº. 257, párr. 173.

> conforme al sentido corriente de los términos; ii) sistemática e histórica; iii) evolutiva, y iv) del objeto y fin del tratado.

Pero en otras ha dicho que […]

> La intrínseca vinculación entre los derechos a la vida privada y a la integridad personal con la salud humana, y la falta de atención médica adecuada puede conllevar la vulneración del artículo 5.1 de la Convención, por eso, a los efectos de dar cumplimiento a la obligación de garantizar el derecho a la integridad personal en el ámbito de la atención en salud, los Estados deben establecer un marco normativo adecuado que regule la prestación de servicios de salud, estableciendo estándares de calidad para las instituciones públicas y privadas, que permita prevenir cualquier amenaza de vulneración a la integridad personal en dichas prestaciones. Asimismo, el Estado debe prever mecanismos de supervisión y fiscalización estatal de las instituciones de salud, así como procedimientos de tutela administrativa y judicial para el damnificado, cuya efectividad dependerá, en definitiva, de la puesta en práctica que la administración competente realice al respecto[248].

No podemos dejar de mostrar algunas inconsistencias en los fallos del tribunal internacional, que actuando con un activismo ciertamente desmesurado, resuelve sobre cuestiones del derecho interno, dando lugar a patrones que impone seguir, cual si fueran normas convencionales que, en realidad, distan de serlo.

Un caso testigo fue I.V. vs. Bolivia[249], que culmina condenando al Estado por no haber prestado debida diligencia en el acto médico. El caso se refiere a la alegada responsabilidad internacional de Bolivia por la intervención quirúrgica a la que fue sometida la señora I.V. en un hospital público el 1 de julio de 2000. Según la Comisión IDH, esta intervención, consistente en una salpingoclasia bilateral o ligadura de las trompas de Falopio, habría sido efectuada sin que se tratara de una situación de emergencia y sin el consentimiento informado de la señora I.V., quien habría sufrido la pérdida permanente y forzada de su función reproductora.

La Comisión determinó que la intervención quirúrgica habría constituido una violación a la integridad física y psicológica de la señora I.V., así como a su derecho a vivir libre de violencia y discriminación, de acceso a la información y a la vida privada y familiar, entendiendo la autonomía reproductiva como parte de tales derechos. Para la

---

[248] Cfr. Caso Ximenes Lopes vs. Brasil. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C Nº. 149, párrs. 89 y 99, y Caso Suárez Peralta vs. Ecuador, cit., párr. 132.

[249] Corte IDH. Caso I.V. vs. Bolivia. Sentencia de 30 de noviembre de 2016 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C Nº 329.

Comisión, el Estado no habría provisto a la presunta víctima de una respuesta judicial efectiva frente a tales vulneraciones.

2.5 El derecho a la vida supone, al mismo tiempo, el derecho a vivir como se quiera, porque eso es la autodeterminación para decidir el propio destino. Está muy bien que se promueva el deber prestacional que el Estado se encuentra obligado a ofrecer y desarrollar, pero si el destinatario no quiere aprovechar ese beneficio, es su derecho la resignación, o la misma independencia para no prestar su cuerpo a las atenciones y cuidados que se realicen para cumplir con la manda de cuidar la vida.

> El ser humano goza del derecho a la autodeterminación de decidir cesar un tratamiento médico como también, en sentido opuesto, **a** recibir las necesarias prestaciones de salud y a que se respete su vida, siendo éste el primer derecho de la persona humana que resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional[250].
>
> Con sustento en el art. 19 de la Constitución Nacional, que concede a todos los hombres una prerrogativa según la cual pueden disponer de sus actos, de su obrar, de su propio cuerpo, de su vida y de cuanto les es propio, es posible afirmar que la posibilidad de aceptar o rechazar un tratamiento hace a la autodeterminación y autonomía personal, que los pacientes tienen derecho a hacer opciones de acuerdo a sus propios valores o puntos de vista, aun cuando parezcan irracionales o imprudentes, y que esa libre elección debe ser respetada, idea que ha sido receptada por el legislador en la ley 26.529 alotorgar al paciente el derecho a aceptar o rechazar determinadas terapias o procedimientos médicos "con o sin expresión de causa" (art. 2 inc. e)[251].

De todo lo expuesto, cabe concluir que el principio central es el derecho a la vida, el cual se debe fundamentar en el amparo individual, debiendo el requirente demostrar donde está el centro de gravitación constitucional que confirme el acto lesivo; la forma como impacta en la persona, y el derecho restitutorio que reclama.

Citar jurisprudencia, proclamar principios abiertos, y declamar sin otra motivación que la cita doctrinaria inadecuada o sin articulación con los hechos de la causa, son insuficientes para que, sin más, se aplique el derecho a la vida.

---

[250] Fallos: 338:556.

[251] Fallos: 335.779.

Para el Estado hay deberes, para las personas existen derechos; a los primeros se les impone la garantía de respeto; a los otros la de ejecución. De esto se trata amparar la vida y del desarrollo progresivo de ella.

3. El principio protectorio

3.1 Este es un principio recogido expresamente por el Código Civil y Comercial de la Nación, que admite su fuente en la Constitucion Nacional (art. 14 bis), que se proyectó sobre la salud sin que exista una referencia concreta.

El contenido social de la Ley Fundamental alojó en la reforma del año 1957, el universo del hombre en las relaciones laborales y en las garantías mínimas que se debían asegurar. Este conjunto de nuevos derechos se realizó a la luz del llamado *principio protectorio*, que renovado en la interpretación, permite hoy afirmar que […]

> Cuando el trabajador demanda con fundamento en el derecho civil la reparación integral de los daños derivados de un infortunio laboral, lo hace no solo con arreglo al principio constitucional que prohíbe a los hombres perjudicar los derechos de un tercero sino también, y, muy especialmente, en la condición de sujeto que, en el marco de una relación de trabajo, goza de una preferente tutela constitucional, es decir, que está amparado por el principio protectorio que emerge del art. 14 bis de la Constitución Nacional (Disidencia de los Dres. Juan Carlos Maqueda y Horacio Rosatti)[252].

3.2 Asimismo, el artículo 42 de la CN, confirió a usuarios y consumidores la posibilidad de peticionar por violaciones al derecho a la salud cuando esos deberes prestacionales estuviesen pactados en el marco de los los contratos de consumo, donde el consumidor se encuentra en una posición de subordinación estructural que el Estado tiene el deber de proteger.

La regla de la norma más favorable (*pro consumatore*) resulta del principio protectorio del ordenamiento laboral, y se dirige a establecer un parámetro de interpretación en orden a decidir la aplicación de una norma entre varias propuestas. De ello resulta, que por tratarse de una característica normativa que limita la autonomía de la voluntad de las partes, y de una regla de interpretación relacionada con la efectividad

[252] Fallos: 340:1401.

de un principio determinado, no puede vinculárseles con la facultad del legislador de derogar, reemplazar o modificar las leyes si lo estima necesario o conveniente[253].

Dice el artículo 1094 del Código Civil y Comercial de la Nación […]

> *"Interpretación y prelación normativa*. Las normas que regulan las relaciones de consumo deben ser aplicadas e interpretadas conforme con el principio de protección del consumidor y el de acceso al consumo sustentable. En caso de duda sobre la interpretación de este Código o las leyes especiales, prevalece la más favorable al consumidor".

La protección que se promueve no altera la imparcialidad judicial, porqué la idea es que sea el Estado quien disponga dentro del ordenamiento normativo el conjunto tuitivo para el derecho a la vida. Individuos y población, en general, son los destinatarios a proteger, siendo la salud el bien fundamental en sí mismo, así como el cuidado provisto institucionalmente (médicos e instalaciones).

La razonabilidad del principio protectorio no es dotar a los jueces de una función imprevista para el área, sino de favorecer la situación de aquellos que se encuentren en condiciones desfavorables, o donde la igualdad de acceso sea una mera utopía. Esa intervención trabaja con los factores de compensación, donde reside el activismo prudente y la igualdad con diferencias pero sin disciminación.

> El principio de igualdad que surge del artículo 16 de la Constitución Nacional -y que, en general, se ha interpretado como principio de no discriminación en el sentido de que todas las personas deben ser tratadas de igual manera cuando estén en las mismas circunstancias-, debe también ser considerado a la luz del art. 75 inciso 23 de la CN y de diversas disposiciones contenidas en los tratados con jerarquía constitucional que incorporan, por un lado, mecanismos de acciones positivas para favorecer a determinados grupos y, por el otro, delinean categorías sospechosas de discriminación, con el fon de garantizar la igualdad real de los habitantes[254].

3.3 Entonces, deberes prestacionales y de protección concreta, se resuelven con políticas que reúnan o aproximen la distancia entre la vigencia efectiva de los derechos, disminuyendo al mismo tiempo el modo y tiempo para su concreción. Este es el mandato recibido del artículo 12 del PIDESC. En suma proteger el desarrollo progresivo, sin regresar a situaciones que reiteren la indefensión del paciente enfermo.

---

[253] Fallos: 305:1799.

[254] Fallos: 340:1795.

Algunos hablan de tutelas diferenciadas cuando se trata de propiciar la protección judicial, pero aceptarlas como tal supone dar alguna razón a quienes sostienen que son actuaciones inopinables por afectar la imparcialidad judicial.

4. El principio de prevención

4.1 La diferencia entre cuidar la salud o darle protección cuando lo necesita, es un buen punto para verificar si en el radio de los derechos, las deficiencias en la prevención pueden ser gravitantes. De un lado se preserva con medidas tutelares, de otro se actúa para dar remedio.

Hay, también, otra mirada para lo jurídico que se asocia a la razonabilidad de la actuación jurisdiccional anticipada, de aquella que solo resuelve *ex post facto*. Quiere decir que, ante un estado de salud en peligro (individual o colectiva), los jueces pueden obrar preventivamente con una suerte de medidas anticipadas de tipo cautelar, o regular el peligro en ciernes con tutelas de tipo inibitoria, e inclusive, disponiendo sentencias exhortativas ante la evidencia del riesgo.

Se relaciona este mensaje de lo preventivo en materia de salud como un derecho exigible, que está más en la cobertura de lo sanitario que en lo asistencial; vale decir, del deber de tener previsiones (v.gr.: campañas de vacunación; centros asistenciales demográfica y geográficamente ubicados; políticas de inversión e investigación, etc,) que atender los padecimientos. Pero cualquiera sea la dimensión donde se ocupe, la verdad es que trae consecuencias inevitables esperar la producción del evento cuando se puede resguardar antes que ocurra.

La pregunta a responder es si esta es una tarea a cargo de los jueces o tribunales de la Nación.

4.2 La respuesta no concilia ideas, Algunos consideran que son exhorbitantes. Muchas regulaciones normativas enfatizan el cuidado de la salud como un derecho social que tiene el Estado para administrar recursos económicos destinados a ese fin; no alcanzando a la protección del derecho en sí mismo, sino a la persona que necesita asistencia, por tal razón, se verifica al enfermo antes que atender al doliente en riesgo.

Pongamos un ejemplo: un paciente que necesita un trasplante de órgano vital para su vida, está en peligo latente, pero debe esperar el turno reglamentario para tener derecho al órgano que necesita. Puede morir, es cierto, pero el Estado solo debe preservar el cuidado de todos los enfermos en ese peligro tan gravitante, y no solo al que tiene menores expectativas de vida. Aquí lo preventivo no funciona, porque dándole eventuales razones al que litiga por esta causa, se la quita a otros que están en iguales condiciones pero sin juicio.

Las opiniones son contrapuestas. Mientras un sector entiende que […]

> Cuando se habla de *protección* de la salud, no se está restringiendo al alcance del derecho. Más bien, al contrario: dado que el nivel secundario es más exigente que el primario, deberíamos pensar que la Constitución está elevando el nivel de reconocimiento de este derecho y no reduciéndolo al decir protección de la salud. Sin embargo, ese tipo de análisis puramente literal apegado a palabras no hace sentido y no es el que se defiende en este texto. Lo relevante es que los derechos constitucionales implican tres niveles de obligaciones, de carácter positivo: el Estado tiene el deber de garantizar la ejecución de acciones de salud, por sí mismo o mediante particulares. Por tanto, no cabe defender una lectura restrictiva del derecho a la salud a partir de la palabra protección, que pudiera aislar la prevención[255].

En otro sector están quienes dividen las prestaciones de las protecciones específicas, dejando de lado en este grupo, las previsiones anticipadas que tienen lugar en el primero. De este modo, el derecho a la salud no supone conseguir un resultado, sino dar respuestas a través de accciones positivas.

Ahora bien ¿entran en este campo las prestaciones que no tienen aún un daño específico? No hablamos de políticas de salud preventiva, sino de demandas destinadas a ese objeto y de jueces que puedan anticipar el daño en el marco de la tutela de urgencia.

4.3 Quizás el problema de prevenir en salud sea un claro objeto a cargo del Estado, debiendo los jueces trabajar con la evidencia del riesgo, pero es ésta una deducción poco sensible que opera sobre presupuestos falsos, como son la responsabilidad profesional (que ya parte de un identificador imputable al llamarlo *mala praxis*) y la ausencia de culpa o factores de atribución.

---

[255] Figueroa García – Huidobro, Rodolfo. *El derecho a la salud*. Revista Estudios constitucionales nº 2, Volumen 11, 2020, ps. 283-332.

Esto, inclusive, es un aspecto ajeno al presente estudio, y hasta podríamos afirmar que se responde con la sola afirmación que sostiene al derecho a la salud no como un resultado previsible, sino como el derecho a reclamar prestaciones y cuidados específicos.

El tema que se debe interpretar es si en el amparo de salud prospera, cuando se reclama de la jurisdicción competente, la función anticipatoria buscando medidas preventivas.

Un inteligente y oportuno aporte de opinión dice […]

> Desde el ámbito legal poco es lo que se ha aportado a favor de la prevencion de los riesgos legales en forma sistemática y orgánica, actitud que permitiría incluir a los abogados como aliados y comprometidos colaboradores, no ya de las consecuencias culposas de los actos médicos, sino como necesarios protagonistas en la gestión en las instituciones de salud en pos de evitar riesgos prevenibles del equipo […]. La gran cuestión a dilucidar es si tanto una como otra estrategia sectorial, individualmente o en conjunto, serán capaces de frenar o cercar los reclamos justos o injustos contra el sistema de atención[256].

Puede ocurrir en situaciones como estas, que debamos replantear los ideales que se fuerzan desde los escritorios sin haber tenido un mínimo de experiencia sobre los hechos que aplican normas, idean utopías, y dejan en los jueces la tarea de hacerse cargo del eventual desaguisado.

5. El principio precautorio

5.1 Prevenir es anticipación a un riesgo probable como tiene el mismo sentido todo lo precautorio. Pero, aplicado los conceptos a la materia procesal y constitucional, se pueden encontrar otros sentidos.

Lo preventivo ha dado lugar a tutelas específicas, o diferenciadas, donde lo urgente se diferencia de lo cautelar, y la anticipación se usa como mecanismo de resguardo oportuno.

Lo precautorio cobra un valor interpretativo muy importante, a partir de cuando la Corte Nacional dijo que con él se debían trabajar otros principios. Es cierto que se

---

[256] Pozza, Cecilia del Carmen, *Aspectos legales de la salud en la planificación estratégica de las organizaciones de atención médica.* Revista Ecos, 2do ciclo, año I nº 2, La Plata, p. 48.

refirió a la materia ambiental, pero la inteligencia acordada quedó claramente expuesta […]

> Las medidas cautelares no autorizan el otorgamiento del recurso extraordinario en tanto no revisten el carácter de sentencias definitivas, sin embargo, debe efectuarse desde una moderna concepción de las medidas necesarias para protección del medio ambiente, pues el art. 4° de la Ley General del Ambiente, introduce en la materia los principios de prevención del daño ambiental y de precaución ante la creación de un riesgo con efectos desconocidos y por tanto imprevisibles[257]

La tendencia es utilizar el juicio de ponderación que obliga a usar todo lo precautorio, dando al término un alcance más amplio que lo puramente cautelar. Es decir, cuando haya peligro de daño grave e irreversible; la información que se proporcione no sea cierta o completa; y/o el impacto que puede tener en los efectos. Por eso se indica la necesidad de operar en conjunto con los principios de congruencia, tutelas especiales y otros de predicamento en materia de salud.

No obstante […]

> La aplicación del principio precautorio, aun existiendo una incertidumbre científica respecto al riesgo, requiere un mínimo de demostración de la posible concreción del daño […], es decir, debe existir un umbral de acceso al principio precautorio ya que de lo contrario siempre se podrá argumentar que cualquier actividad podrá causar daños. El problema que ello acarrea es que se puede desnaturalizar la utilización del principio, prestándose a usos que sean negligentes u obedezcan en realidad a otras intenciones (Voto del juez Lorenzetti)[258].

5.2 El principio precautorio es de uso casuístico sin poder generalizarlo ante la contienda probable con otros principios con los que compite. Ello significa que deben identificarse los riesgos para los cuales se adoptan medidas y estas deben ser proporcionadas, debiendo considerarse los costos económicos y sociales, así como quien se beneficia y quien pierde[259].

Este es un principio con más desarrollo en lo ambiental, lo que no impide seguir sus desarrollos progresivos para encontrar simetrías o paralelos de interpretación. En líneas generales se afirma que […]

---

[257] Fallos: 343:519.

[258] Fallos: 342:1061.

[259] Fallos: 342:1061 (Voto de Ricardo Lorenzetti).

> Dado que el principio precautorio produce una obligación de previsión extendida y anticipatoria a cargo del funcionario público, y su aplicación obliga a suspender los actos [que se disponen] hasta tanto se efectúe un estudio del impacto acumulativo de dichos procesos, siendo el propósito actuar una vez que esos daños se manifiesten, y el administrador que tiene ante sí dos opciones fundadas sobre el riesgo, debe actuar precautoriamente, y obtener previamente la suficiente información a efectos de adoptar una decisión basada en un adecuado balance de riesgos y beneficios, pues la aplicación de aquél principio implica armonizar la tutela del ambiente y el desarrollo mediante un juicio de ponderación razonable, no debiendo buscarse oposición entre ambos, sino complementariedad, ya que su tutela no significa detener el progreso sino hacerlo más perdurable en el tiempo de manera que puedan disfrutarlo las generaciones futuras[260].

6. El principio de información adecuada

6.1 Este es un requisito de naturaleza particular cuando el amparo se destina a cuestionar un acto lesivo del cual sucedieron consecuencias gravosas por la información deficiente o nula.

En un caso que ya hemos citado varias veces, la Corte marca el rumbo al decir […]

> El discurso sobre cuestiones vinculadas con la prestación de servicios médicos dirigidos a un sector de la población tiene una trascendencia esencial para la vida comunitaria y demanda una protección especial en aras de asegurar la circulación de información de relevancia pública ya que la protección del derecho a la salud prevista en la Constitución Nacional y en los instrumentos internacionales (arts. 42, 75, inc. 22, de la Constitución Nacional, art. 25, de la Declaración Universal de Derechos Humanos, art. XI, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, art. 12, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, entre otros) revela la importancia que tiene este tema para la sociedad en su conjunto[261].

La afirmación, en consecuencia, integra el derecho a la salud con el acceso a la información, otorgando al individuo otro derecho que para el obligado se corresponde como deber prestacional, esto es, el derecho de solicitar, recibir y difundir información e ideas acerca de las cuestiones vinculadas con el tratamiento que va a recibir, y este acceso a la información forma parte de la garantía acentuada por el art. 42 de la Constitución Nacional, que prevé el derecho de los consumidores y usuarios a un

---

[260] Fallos: 332:663.

[261] Fallos: 340:1111.

conocimiento adecuado y veraz, aparte de que no puede obviarse el rol fundamental que lleva adelante la prensa al investigar y divulgar informaciones y opiniones que enriquecen el debate público en materia de salud y que, en definitiva, fomentan la fiscalización de la actividad.

Obsérvese la ampliación que tiene el principio cuando se lo utiliza en materia de establecimientos sanitarios. En efecto […]

> Atento a la necesidad de información hacia el futuro, corresponde instar a la provincia a que durante la construcción del centro de salud en un terreno de propiedad comunitaria consulte y explique adecuadamente a la comunidad originaria acerca de cómo será la organización y funcionamiento de aquel[262].

6.2 En materia de amparo, no es muy claro si el derecho a la información previa, que es necesaria como parte de la autonomía individual para tomar decisiones vinculadas al cuidado de la salud, sea un presupuesto para demostrar el acto lesivo. Lo que sucede es que no se ve de qué manera la ausencia de ella pueda impactar en un derecho constitucional que permita encontrar el acto o la omisión actual o inminente, pues de hecho si no hubo información, la lesión ya se produjo, y no habría acción constitucional propiamente dicha, aunque exista un perjuicio a reparar.

Esta faceta del principio lleva a que se sostenga que el objeto del derecho a la salud consiste en la regulación de la conducta de terceros[263], teniendo en cuenta para ello que hay una norma que impone la información, un destinatario obligado a cumplir con ello, y un objetivo claro e individual que es lograr para el prójimo el cuidado de su salud.

Pensar en el derecho a la información como un presupuesto del amparo solamente es posible cuando la vía sea intentada antes del daño potencial.

6.3 Ahora bien, trabajando con una perspectiva distinta, se podria imaginar la intención de llevar al amparo (preventivo) la oposición a que se realicen actos médicos o de investigación sobre el cuerpo humano, cuando el afectado considere que no ha dado pleno y acabado consentimiento conforme la información proporcionada.

---

[262] Fallos: 338:837.

[263] Figueroa García – Huidobro, ob. cit., p. 304.

En la actualidad, los artículos 58 y 59 del Código Civil y Comercial de la Nación son precisos y detallados para requerir el contenido que integra el consentimiento informado, que pareen tomados de la Ley de Derechos del Paciente (art. 2 inciso e] y art. 5, Ley 26.529), característica que puede llevar a confusiones al tener bajo una misma consideración, situaciones diferentes.

Una cosa es el cuidado de la salud y otra las prácticas destinadas a la investigación cientìfica; el primero trabaja con el paciente enfermo a quien se le deben atenciones especiales tendientes a recuperarlo; mientras la investigación consiste en adquirir nuevos conocimientos a partir del ensayo sobre el cuerpo humano prestado voluntariamente (v.gr.: experiencias de vacunación contra el COVID-19). Es cierto que en ambos casos se debe dar toda la información, pero las premisas son diferentes pues en el segundo aspecto, la posibilidad de efectos perniciosos por la práctica autorizada, son más probables. Mientras que, cuando se trata a un paciente, él puede negarse a realizar un tratamiento, que es cuestión distinta a la toma de decisiones en el esfuerzo terapéutico.

> La adecuación del esfuerzo terapéutico (limitación de soporte vital) es una indicación médica que podrá o no ser aceptada por el paciente, pero la evaluación de la adecuación científica del tratamiento médico a la enfermedad que sufre el paciente y su respectivo estadío evolutivo, es un análisis técnico gobernado por la Lexartis. El paciente siempre puede expresar su negativa a seguir un determinado tratamiento médico, cualquiera éste sea, en situaciones de final de vida o no, sean tratamientos invasivos o agresivos, o tratamientos de hidratación o alimentación artificial, tratamientos curativos, paliativos o de confort. Por ello, una cosa es la negativa a seguir un determinado tratamiento médico, como expresión de un derecho individual y personalísimo del paciente y otra –complementaria pero distinta–es la decisión médica de adecuar los tratamientos al tipo y pronóstico de una enfermedad[264].

De allí que el territorio donde puede funcionar el amparo sea a consecuencia de evitar que alguien tenga tratamientos no queridos, y se quieran evitar antes que sucedan.

---

[264] Ciruzzi, María Susana, *El consentimiento informado en el CCyCN y en la ley 26529 de derechos del paciente.* En página web del Diccionario Enciclopédico de la Legislación Sanitaria Argentina *(DELS)*. La Corte Suprema resolvió dejar sin efecto la sentencia que admitió parcialmente la demanda y condenó en forma solidaria a ambas codemandadas a satisfacer los daños y perjuicios originados por la realización de una angiografía digital computada de cerebro por cateterismo en tanto exigió la duplicación del consentimiento informado -que estimó no prestado- y prescindió de toda ponderación acerca de la incidencia de factores subjetivos y objetivos en el grado de responsabilidad que atribuyó a la recurrente al considerar que no lo había obtenido (Disidencia de los Dres. Elena I. Highton de Nolasco y Enrique Santiago Petracchi). Fallos: 331:1804.

Si ellos ya ocurrieron no entrarían como amparo, dando lugar al juicio ordinario de conocimiento.

> El marco de ejercicio del permiso jurídico que surge del art. 86.2 del Código Penal demanda únicamente que los médicos a quienes es requerida la intervención verifiquen que el embarazo es producto de una violación y la víctima preste su consentimiento ante esos profesionales para que se lleve a cabo la intervención, por lo que las exigencias legales que legitiman la injerencia no pueden erigirse en un obstáculo sustancial al efectivo ejercicio del derecho concedido a la mujer, obligándola a transitar un arduo y traumático proceso judicial que acrecienta innecesariamente el considerable estigma y sufrimiento derivados de la violación de la que fue víctima y que, en razón del tiempo transcurrido, puede poner en riesgo la posibilidad de practicar una intervención sin peligro alguno para su salud (Voto de la Dra. Carmen M. Argibay)[265].
>
> Concluir que el consentimiento prestado no constituye un "sometimiento voluntario" a la normativa impugnada, es una posibilidad que se adecúa al precedente "Cabrera" teniendo en cuenta la edad avanzada de las actoras, delicado estado de salud , necesidad de consumir medicamentos, ingresos previsionales exiguos y monto de los depósitos realizados. -Del precedente "Rodríguez", al que remitió la Corte Suprema-[266].

6.4 Diferente es la situación cuando la información no se proporciona y la víctima queda despojada de un derecho a resolver por sí misma. Es cuanto sucedió en el caso I.V. vs. Bolivia[267], antes mencionado, en el cual la controversia consistió en determinar si la ligadura de las trompas de Falopio practicada a la señora I.V. el 1 de julio de 2000 en Bolivia por un funcionario público en un hospital estatal, fue contraria a las obligaciones internacionales del Estado.

El aspecto cardinal a dilucidar fue, si tal procedimiento se llevó a cabo obteniendo el consentimiento informado de la paciente, bajo los parámetros establecidos en el derecho internacional para este tipo de actos médicos al momento de los hechos.

> La Corte nota que el artículo 11 de la Convención Americana protege uno de los valores más fundamentales de la persona humana, entendida como ser racional, esto es el reconocimiento de su dignidad. En efecto, el inciso primero de dicho artículo contiene una cláusula universal de protección de la dignidad, cuyo basamento se erige tanto en el principio de la autonomía de la persona como en la idea de que todos los individuos deben

---

[265] Fallos: 335:197.

[266] Fallos: 331:901.

[267] Corte IDH, sentencia de 30 de noviembre de 2016, cit., párrs. 122 y ss.

> ser tratados como iguales, en tanto fines en sí mismos según sus intenciones, voluntad y propias decisiones de vida. Por su parte, el inciso segundo establece la inviolabilidad de la vida privada y familiar, entre otras esferas protegidas. Este ámbito de la vida privada de las personas, ha sostenido la Corte, se caracteriza por ser un espacio de libertad exento e inmune a las injerencias abusivas o arbitrarias por parte de terceros o de la autoridad pública[268].

La realidad fue que la afectada sufrió la intervención señalada por exclusiva determinación del médico, siendo el tribunal internacional el que interpretó el alcance de esa decisión. Es verdad que terminó con la responsabilidad internacional del Estado, por considerar que la vida engloba aspectos de la identidad física y social, incluyendo el derecho a la autonomía personal, desarrollo personal y el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos y con el mundo exterior[269].

Pero focalizado el tema como un presupuesto del amparo no lo vemos factible, sin quitarle la naturaleza de principio, que es cuanto referimos en estos apartados.

> La efectividad del ejercicio del derecho a la vida privada es decisiva para la posibilidad de ejercer la autonomía personal sobre el futuro curso de eventos relevantes para la calidad de vida de la persona[270]. La vida privada incluye la forma en que el individuo se ve a sí mismo y cómo decide proyectarse hacia los demás[271], y es una condición indispensable para el libre desarrollo de la personalidad. Además, la Corte IDH ha señalado que las elecciones y decisiones en relación con la maternidad forman parte esencial del libre desarrollo de la personalidad de las mujeres[272]. Por consiguiente, la decisión de ser o no ser madre o padre pertenece a la esfera de las decisiones autónomas de los individuos respecto a su vida privada y familiar[273].

En síntesis, la Corte IDH ha precisado que, a los efectos de dar cumplimiento a la obligación de garantizar el derecho a la integridad personal en el ámbito de la

---

[268] Cfr. Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia, párr. 194, y Caso Comunidad Campesina de Santa Bárbara vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C Nº 299, párr. 200.

[269] Cfr. Caso Fernández Ortega y otros vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C Nº 215, párr. 129, y Caso Artavia Murillo y otros ("Fecundación in vitro") vs. Costa Rica, párr. 143.

[270] Cfr. Caso Artavia Murillo y otros ("Fecundación in vitro") vs. Costa Rica, párr. 143.

[271] Cfr. Caso Rosendo Cantú y otra vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C Nº 216, párr. 119, y Caso Artavia Murillo y otros ("Fecundación in vitro") vs. Costa Rica, párr. 143.

[272] Cfr.,Caso Gelman vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C Nº 221, párr. 97, y Caso Artavia Murillo y otros ("Fecundación in vitro") vs. Costa Rica, párr. 143.

[273] Cfr. Caso Artavia Murillo y otros ("Fecundación in vitro") vs. Costa Rica, párr. 143.

atención en salud, los Estados deben establecer un marco normativo adecuado que regule la prestación de servicios de salud, estableciendo estándares de calidad para las instituciones públicas y privadas, que permita prevenir cualquier amenaza de vulneración a la integridad personal en dichas prestaciones.

Asimismo, el Estado debe prever mecanismos de supervisión y fiscalización estatal de las instituciones de salud, así como procedimientos de tutela administrativa y judicial para el damnificado, cuya efectividad dependerá, en definitiva, de la puesta en práctica que la administración competente realice al respecto[274].

7. El principio de autonomía personal

7.1 Vinculado con el principio anterior, el principio de autonomía se relaciona con el derecho a la salud, especialmente con el derecho a la vida y con el principio de autodeterminación, toda vez que un individuo gravemente enfermo no está en condiciones de optar libremente por su propio plan de vida.

> El derecho a la vida, más que un derecho no enumerado en los términos del artículo 33 de la Ley Fundamental, es una prerrogativa implícita, ya que el ejercicio de los derechos reconocidos expresamente requiere necesariamente de él y, a su vez, el derecho a la salud -especialmente cuando se trata de enfermedades graves- está íntimamente relacionado con el primero y con el principio de autonomía personal, ya que un individuo gravemente enfermo no está en condiciones de optar libremente por su propio plan de vida[275].

Hablamos de la autodeterminación que la Corte IDH reconoce como un aspecto central del reconocimiento de la dignidad de todo ser humano para escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias opciones y convicciones[276]. En este marco juega un papel fundamental el principio de la autonomía de la persona, el cual veda toda actuación estatal que procure la instrumentalización del individuo, es decir, que la convierta en un medio para fines

---

[274] Cfr. Caso Ximenes Lopes vs. Brasil. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C Nº 149, párrs. 89 y 99, y Caso Suárez Peralta vs. Ecuador, párr. 132.

[275] Fallos: 331:453.

[276] Cfr. Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C Nº 239, párr. 136, y Caso Flor Freire vs. Ecuador, párr. 103.

ajenos a las elecciones sobre su propia vida, su cuerpo y el desarrollo pleno de su personalidad, dentro de los límites que impone la Convención[277].

> En esta línea, esta Corte ha interpretado en forma amplia el artículo 7 de la Convención Americana al señalar que éste incluye un concepto de libertad en un sentido extenso como la capacidad de hacer y no hacer todo lo que esté lícitamente permitido. En otras palabras, constituye el derecho de toda persona de organizar, con arreglo a la ley, su vida individual y social conforme a sus propias opciones y convicciones. La libertad, definida así, es un derecho humano básico, propio de los atributos de la persona, que se proyecta en toda la Convención Americana[278]. A pesar de que ni la Comisión ni la representante alegaron de manera expresa la violación del artículo 7 de la Convención en el presente caso, ello no impide que sea aplicado por esta Corte en virtud de un principio general de derecho, *iura novit curia*, del cual se ha valido reiteradamente la jurisprudencia internacional en el sentido de que el juzgador posee la facultad, e inclusive el deber, de aplicar las disposiciones jurídicas pertinentes en una causa, aún cuando las partes no las invoquen expresamente[279].

7.2 El reducto de la autonomía es amplio y comprensible desde visiones distintas; algunas veces podrá ser la intimidad protegida jurídicamente para los sentimientos, hábitos y costumbres; otras acentuará la vida privada y las relaciones familiares; también la situación económica, las creencias religiosas, la salud mental y física y, en suma, las acciones, hechos o datos que, teniendo en cuenta las formas de vida aceptadas por la comunidad, están reservadas al propio individuo y cuya aplicación en el derecho a la salud significa ponderar los efectos que tiene la libre elección.

La Corte nacional verifica las consecuencias de esta determinación, y no siempre la convalida sin más.

---

[277] El artículo 32 de la Convención Americana, titulado "Correlación entre Deberes y Derechos", establece que:

1. Toda persona tiene deberes para con la familia, la comunidad y la humanidad.

2. Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática.

[278] Cfr. Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C Nº 170, párr. 52, y Caso Artavia Murillo y otros ("Fecundación in vitro") vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 noviembre de 2012. Serie C Nº 257, párr. 142.

[279] Cfr. Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Fondo, supra, párr. 163, y Caso Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2015. Serie C Nº 309, párr. 259.

> La garantía protegida en el caso de quien, siendo adulto, se niega a una extracción de sangre, es la autonomía en la esfera de la individualidad personal protegida por el artículo 19 de la Constitución Nacional, y no se trata sólo del respeto de las acciones realizadas en privado, sino del reconocimiento de un ámbito en el que cada individuo es soberano para tomar decisiones libres sobre el estilo de vida que desea […]. Corresponde dejar sin efecto el pronunciamiento que dispuso la extracción compulsiva de sangre si el "sacrificio" que implica respetar los derechos de la recurrente es relativo, pues se trata de una medida de prueba meramente "complementaria", que podría colaborar con la confirmación de la imputación y con un más amplio esclarecimiento del hecho, pero cuya prescindencia, en principio, no tendría por qué conducir a que los imputados resultaran absueltos (Votos de los Dres. Carlos S. Fayt y Enrique Santiago Petracchi. Del precedente "Vázquez Ferrá" -Fallos:326:3758- al que remiten)[280].

7.3 Por eso la autonomía personal puede funcionar como dato positivo de alguien que quiere realizar en su cuerpo una práctica quirúrgica que los médicos se niegan a concretar. Este es el espacio donde el juicio de razonabilidad se pone en práctica, para verificar si es el amparo el lugar donde se debe resolver este tipo de contingencias.

Se ha dicho, al respecto […]

> La sentencia que rechazó la acción de amparo solicitando autorización para ser sometida al acto quirúrgico de ligadura de trompas omitió considerar las situaciones fácticas invocadas -madre de cuatro hijos, falta de empleo fijo y un único ingreso proveniente del "Plan Jefes de Hogar"- y adoptó una decisión dogmática y genérica al negarse a considerar la prueba que demostraba la negativa de los profesionales médicos a realizar la intervención solicitada[281].

7.4 La muerte digna es otra variable de la autonomía personal. El problema es cuando el paciente no está con libertad y discernimiento suficiente para resolver sobre su vida, dando lugar a jurisprudencia variable que se vuelve homogénea después de la ley de los derechos de los pacientes.

Con ella, la Corte Nacional sostiene que […]

---

[280] Fallos: 332:1285.

[281] Fallos: 329:2179.

> La modificación introducida a la Ley de Derechos del Paciente por la ley 26.742 importó el reconocimiento a personas aquejadas por enfermedades irreversibles, incurables o que se encuentren en estado terminal o que hayan sufrido lesiones que los coloquen en igual situación la posibilidad de rechazar tratamientos médicos o biológicos mediante la admisión, en el marco de ciertas situaciones específicas y ante la solicitud del paciente, la "abstención" terapéutica […].
>
> Tratándose de un paciente desahuciado en estado terminal, la petición formulada para que se retiren las medidas de soporte vital que se le suministran, encuadra dentro de lo contemplado en los artículos 2°, inciso e) y 5°, inciso g), de la ley 26.529[282].

8. El principio del interés superior

8.1 Suele aplicarse este principio cuando el amparo se refiere a derechos de menores y adolescentes, regulados en varios ordenamientos que toman base en el artículo 2° de la Convención sobre los Derechos del Niño, que dispone la aplicación obligatoria en las condiciones de su vigencia, en todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que se adopte respecto de personas hasta los dieciocho (18) años de edad. Vale decir, que las niñas, niños o adolescentes tienen derecho a ser oídos y atendidos cualquiera sea la forma en que se manifiesten, en todos los ámbitos.

> Por otra parte, el Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas ha definido que el derecho a "ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño", implica que “esta disposición es aplicable a todos los procedimientos judiciales pertinentes que afecten al niño, sin limitaciones” [283].
>
> En particular, UNICEF ha indicado que “‘todo procedimiento […] judicial que afecte al niño cubre un espectro muy amplio de audiencias en cortes, incluyendo todos los procedimientos civiles, tales como los procedimientos de divorcio, custodia, cuidado y adopción, cambio del nombre, solicitudes judiciales respecto al lugar de residencia, religión, educación, disposición de dinero, etc., decisiones judiciales sobre nacionalidad, inmigración y estado de refugiado, y procedimientos penales; también incluye la participación de Estados ante tribunales internacionales.

---

[282] Fallos: 338:556.

[283] Comité de Derechos del niño, Observación General N° 12, CRC/C/GC/12, párr. 32.

Es importante señalar la opinión del "Comité de Derechos del Niño", que analizando el artículo 12 de la Convención pone de relieve aspectos centrales en orden a cómo se debe dar lectura al derecho a ser oído.

La garantía que se acuerda para todo niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio, se expresa en el derecho de opinión libre sobre los temas que lo conciernen. La intervención recepta la edad y madurez, pero no lo limita, en su defecto, a ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que lo comprometa.

El derecho de todos los niños a ser atendidos y tomados en serio constituye uno de los valores fundamentales de la Convención.

> Las condiciones de edad y madurez pueden evaluarse cuando se escuche a un niño individualmente y también cuando un grupo de niños decida expresar sus opiniones. La tarea de evaluar la edad y la madurez de un niño se ve facilitada cuando el grupo de que se trate forma parte de una estructura duradera, como una familia, una clase escolar o el conjunto de los residentes de un barrio en particular, pero resulta más difícil cuando los niños se expresan colectivamente. Aunque se encuentren con dificultades para evaluar la edad y la madurez, los Estados partes deben considerar a los niños como un grupo que debe ser escuchado, por lo que el Comité recomienda enérgicamente que los Estados partes hagan el máximo esfuerzo por escuchar a los niños que se expresan colectivamente o recabar sus opiniones[284].

8.2 La presencia de menores en el proceso no implica que cambie la fisonomía del amparo, sino que en el trámite del procedimiento, y al resolver, se deberá considerar el interés superior que contiene el derecho a oírlos, a que sean protagonistas de sus derechos y que sus pensamientos puedan conformarse en una sentencia razonablemente fundada.

En ocasiones son cuestiones procesales las que deben tomar en cuenta este dato […]

> Si los jueces entre los que se trabó el conflicto de competencia se encuentran en análoga situación legal para resolver el régimen de cuidado personal del hijo extramatrimonial de las partes -dado que los datos antitéticos de las constancias tornan imposible establecer con una mínima precisión si el centro de vida del niño se asienta o no en el lugar donde vive

---

[284] Comité de Derechos del niño, Observación General N° 12, CRC/C/GC/12, párr. 10. Cfr. *Cuestiones procesales del Código Civil y Comercial de la Nación. Necesidad de armonizar y unificar las reglas técnicas* (Gozaíni, Osvaldo A. – Director). Rubinzal Culzoni, Buenos Aires / Santa Fe, 2018, ps. 241 y ss.

> con su padre-, la elección debe hacerse sopesando cuál de ellos está en mejores condiciones para alcanzar el amparo integral de los derechos fundamentales del niño priorizando el resguardo del principio de inmediatez, en procura de una eficaz tutela de aquellos derechos, criterio que guarda coherencia con la directiva del artículo 706 del Código Civil y Comercial de la Nación[285].
>
> Atañe a los jueces buscar soluciones que se avengan con la urgencia que conllevan las pretensiones, para lo cual deben encauzar los trámites por vías expeditivas y evitar que el rigor de las formas pueda conducir a la frustración de derechos que cuentan con tutela de orden constitucional, lo cual se produciría si el reclamo de la actora -que se complete el reconocimiento del tratamiento médico indicado a su hija menor discapacitada- tuviese que aguardar al inicio de un nuevo proceso dirigido contra los órganos a los que se refiere la reglamentación de las leyes 22.431 y 24.901 y en ese lapso quedaran desprotegidos los intereses cuya satisfacción se requiere, la suspensión de los cuales no puede ser admitida bajo ninguna circunstancia[286].

En otras se trata de derechos sustanciales, como cuando se resuelve sobre el bienestar y la vivienda […]

> En el marco de recurso interpuesto contra la sentencia que dejó sin efecto la decisión que ordenó a la demandada la provisión de un subsidio que permita a la actora y su hijo -menor discapacitado-, en "situación de calle", abonar en forma íntegra un alojamiento en condiciones dignas de habitabilidad, sólo le corresponde alTribunal en función de su competencia apelada, establecer en el caso el enfoque con el que la demandada debió haber abordado el reclamo de la actora para hacer efectivo su derecho constitucional a una vivienda digna en función de su carencia absoluta de recursos económicos y la severa discapacidad del niño, lo que no incluye la determinación de la prestación que debe otorgársele ni su cuantificación en términos económicos, debiendo el gobierno local establecer la modalidad que adoptará para cumplir el compromiso a su cargo[287].

O también la privacidad, referida al señalar que, el control preventivo de los jueces, a fin de evitar un daño irreparable a un menor no implica, por cierto que el Poder Judicial avasalle la prensa, sino la utilización de una herramienta eficaz para la protección de derechos fundamentales brindándole un amparo adecuado[288].

---

[285] Fallos: 339:1388.

[286] Fallos: 327:2127

[287] Fallos: 335:452.

[288] Fallos: 324:975.

8.3 En el amparo no hay variaciones técnicas por la presencia de menores que intervengan, sí existe una tutela preferente que considera la sittuación de hecho y el principio de progresividad en la satisfacción plena de sus derechos fundamentales, según se encuentra prescripto en el inciso 23 del artículo 75 de la Constitución Nacional, que destierra definitivamente interpretaciones que conduzcan a resultados regresivos.

Esto puede suceder con la inteligencia que se acuerda a la Convención sobre los Derechos del Niño y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, que reconocen a los niños discapacitados una situación de particular vulnerabilidad, que demanda una protección especial de parte del Estado, la familia, la comunidad y la sociedad; estas obligaciones reforzadas tienen por fin garantizar que aquellos gocen de los derechos humanos fundamentales reconocidos en esos instrumentos y en el resto de las normas nacionales e internacionales[289].

En fin, son numerosos los casos que se resuelven con el interés superior de menores y adolescentes, pero no son los únicos que certifican dicho interés gravitante.

8.4 En este espacio se suma, como es propio en todo amparo, la trascendencia institucional y personal que se acredite, dando lugar a que el principio oriente para dar preferencia y sumariedad a un proceso constitucional de naturaleza urgente.

> La justicia local es competente para entender en la acción de amparo por la cual se reclama la tutela de los derechos a la vivienda y a la salud de quienes se encuentran alojados en una residencia geriátrica ubicada en la Provincia de Buenos Aires, pues la demandante no ha individualizado ni concretado los hechos u omisiones de carácter antijurídico en que habrían incurrido las autoridades nacionales de los que se derive un daño para la actora, por lo que no se advierte que el Estado Nacional esté sustancialmente demandado en autos, esto es que tenga un interés directo en el pleito que surja en forma manifiesta de la realidad jurídica expuesta[290].
>
> Procede el remedio federal ante la ilusoria posibilidad de que la actora pueda replantear por otra vía procesal el análisis y resolución de la controversia y si el superior tribunal provincial omitió ponderar que en la instancia anterior, se había rechazado tácitamente las

---

[289] Disidencia del juez Rosatti. La Corte, por mayoría, desestimó el recurso extraordinario por considerarlo inadmisible (art. 280 CPCCN)-. Recurso Queja Nº 2 - R., M.S. c/ OSDE s/ amparo de salud, sentencia del 27 de agosto de 2020.

[290] Fallos: 343:283.

> medidas de remediación de la zona afectada, máxime cuando la situación ambiental llevaba un prolongado tiempo sin ser resuelta e incidía negativamente en la salud de niñas, niños y adolescentes que habitan las zonas afectadas[291].
>
> Resulta prácticamente imposible negar propósitos de bien común a una asociación que procura rescatar de la marginalidad social a un grupo de personas y fomentar la elevación de su calidad de vida pues, en tanto el bien colectivo tiene una esencia pluralista, ideales como el acceso a la salud, educación, trabajo, vivienda y beneficios sociales de determinados grupos, así como propender a la no discriminación, hacen al interés del conjunto social como objetivo esencial y razón de ser del Estado de cimentar una sociedad democrática, al amparo de los arts. 14 y 16 de la Constitución Nacional y de los tratados internacionales incorporados en su art. 75, inc. 22[292].

9. El principio de protección reforzada

9.1 En algunas legislaciones se habla de protección reforzada a la que se otorga a los trabajadores cuya salud se resiente perdiendo, total o parcialmente, la capacidad laboral.

En Colombia, por ejemplo, se llevó a crear el llamado fuero de salud donde el principio fue atendido con el objetivo de conseguir la adaptación del ambiente social a las necesidades y aspiraciones de las personas con discapacidad, no de la incapacidad de estas personas para adaptarse al ambiente.

La ley data de 1997 pero el objetivo legal fue alterado por la dispersión jurisprudencial tenida. Recordemos que Colombia tiene tres cabezas jurisdiccionales (el Consejo de Estado, la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia, en ésta específicamente la Sala Laboral) que no coinciden en definir el alcance de la norma y los sujetos a quienes se destina esa protección reforzada. Mientras la jurisdicción ordinaria limita el ámbito de aplicación a la fuerza laboral; la Corte Constitucional se refiere a los derechos, especialmente a la salud y al bienestar, reconociendo que es un derecho fundamental que permite la realización de otras garantías superiores como también el desarrollo integral del ser humano.

Específicamente, sostiene que la protección reforzada se debe a la población con discapacidad para que goce del más alto nivel posible de salud, esto incluye la

---

[291] Fallos: 339:1423.

[292] Fallos: 329:5266.

rehabilitación, cuyo fin es lograr la máxima independencia, capacidad física, mental, social y vocacional, y la inclusión y participación plena en todas las áreas de la vida de este grupo.

9.2 En nuestro país, el refuerzo mentado se piensa para los más débiles usando palabras de Ferrajoli[293], caracterizados por su condición de vulnerables, por razón de edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, que los encuentra con especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico.

Así los define las Reglas de Brasilia, agregando que podrán constituir causas de vulnerabilidad, entre otras, las siguientes: la edad, la discapacidad, la pertenencia a comunidades indígenas o a minorías, la victimización, la migración y el desplazamiento interno, la pobreza, el género y la privación de libertad. La concreta determinación de las personas en condición de vulnerabilidad en cada país dependerá de sus características específicas, o incluso de su nivel de desarrollo social y económico.

Para todos ellos, en materia de salud, se requiere una jurisdicción compensadora y con justicia de protección. El principio promueve un activismo jurisdiccional que equilibre la desigualdad estructural, sin perder la imparcialidad de las decisiones y el rol equidistante con las partes.

El primer deber, ya explicado en las generalidades del derecho al amparo, es flexibilizar las barreras de la legitimación procesal, que implícitamemte significa impulsar el acceso a la justicia. De inmediato, las reglas promueven que el Estado actúe sobre obligaciones positivas destinadas a remover las obstrucciones para el pleno ejercicio de los derechos humanos.

Igualmente, es un claro mensaje al Estado para que al ver las asimetrías actúen con sensibilidad social para dar equivalentes jurisdiccionales a las situaciones de vulnerabilidad, tal como se desarrolla en el plexo del derecho internacional de los derechos humanos, y especialmente en algunos instrumentos como la Convención para la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer, la Convención sobre los Derechos del Niño, el Convenio 169 de la Organización Internacional del

---

[293] Ferrajoli, Luigi, *Derechos y Garantías. La ley del más débil.* Trotta, Madrid, 1999.

Trabajo y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, todos pensados para tutelar con eficacia, y dar al individuo o al grupo, una justificación que le permita acceder a la vía del amparo invocando este principio particular.

10. El principio de inclusión

10.1 La inclusión trabaja con el principio de igualdad. Toda persona tiene derecho a la misma protección, y para ello, necesita estar informada y gozar del acceso a las vías de obtención.

El sentido del valor a ponderar comenzó con las personas con discapacidades, donde no solo fueron problemas arquitectónicos los que obraron en contra de sus posibilidades, sino en lo que hace al tema en estudio, en el aprovechamiento de los planes de salud previstos para una comunidad donde ellos quedaban fuera.

Argentina ocupa un lugar importante en la promoción de este equilibrio, dando lugar a un conjunto normativo que se puede reseñar […]

> La Constitución Nacional ordena en su artículo 75 "legislar y promover" acciones positivas que garanticen la "igualdad real de oportunidades y trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos", abarcando en particular a personas con discapacidad, niños y mujeres.
>
> La Ley 26.378 adoptó la Convención para las personas con discapacidad, reforzando la protección para que puedan ejercer de forma efectiva sus derechos a la salud, la educación, la accesibilidad y el trabajo.
>
> Por su parte, la Ley 25.280 de 2000, que le dio carácter constitucional a la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, insta a adoptar "las medidas de carácter legislativo, social, educativo, laboral o de cualquier otra índole, necesarias para eliminar la discriminación contra las personas con discapacidad y propiciar su plena integración en la sociedad".
>
> En términos de salud, Argentina cuenta con un sistema de prestaciones básicas de atención a favor de las personas con discapacidad creado por la Ley 24.901. El sistema contempla "acciones de prevención, asistencia, promoción y protección", con el objeto de brindar una cobertura de salud gratuita e integral. Para acceder a la misma, los beneficiarios deben contar con el Certificado Único de Discapacidad (CUD), previsto por las leyes 22.431 y 25.504.
>
> Ese documento habilita también a "viajar en los distintos tipos de transporte colectivo terrestre sometidos a control de la autoridad nacional" sin costo alguno (Ley 25.635). La normativa permite el libre tránsito y estacionamiento, y concede la eximición del pago de

> peajes y otros impuestos. A su vez, el portador del CUD tiene derecho a cobrar asignaciones familiares por discapacidad.

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobado por la ley 26.378 y con jerarquía constitucional de acuerdo al art. 75, inc. 22 declara que […]

> Los Estados Partes reconocen que las personas con discapacidad tienen derecho a gozar del más alto nivel posible de salud sin discriminación por motivos de discapacidad (art. 25), y que "los Estados Partes asegurarán que las personas con discapacidad tengan acceso a la justicia en igualdad de condiciones con las demás, incluso mediante ajustes de procedimiento y adecuados a la edad, para facilitar el desempeño de las funciones efectivas de esas personas como participantes directos e indirectos, incluida la declaración como testigos, en todos los procedimientos judiciales, con inclusión de la etapa de investigación y otras etapas preliminares" (art. 13)[294].

10.2 La inclusión no es exclusiva ni sectaria, parte del objetivo de igualar las oportunidades y trascender los objetivos del derecho a la salud, a todos quienes lo requieran. Se trata de incluir y por eso, supone incorporar un derecho sin condiciones desiguales.

En el amparo es un principio a evaluar en sus circunstancias, sin darle preferencia selectiva, sino integración al conjunto de valores que fundamente ponerlo en práctica en el proceso constitucional.

Un meditado voto de Horacio Rosatti en la Corte Suprema afirma […]

> A la luz de los principios constitucionales y a partir de la trascendencia -no solo individual sino social y cívica- del derecho a la educación en juego, cabe concluir que resulta imperativo que se garanticen medidas efectivas y personalizadas de apoyo en entornos que fomenten al máximo el desarrollo social y educativo de conformidad con el objetivo de plena inclusión, máxime cuando el actor es una persona en situación de múltiple vulnerabilidad por su condición de niño y de persona con discapacidad (artículo 75, inciso 23, Constitución Nacional), de lo que se desprende que sus derechos deben ser objeto de una protección especial (Disidencia del juez Rosatti)[295].

---

[294] Fallos: 343:264.

[295] CS, Recurso Queja Nº 2 - R., M.S. c/ OSDE s/Amparo de salud, sentencia del 27 de agosto de 2020.

CAPÍTULO VIII

CUESTIONES PROCESALES

1. Competencia

1.1 La intervención de la justicia federal en los amparos de salud no deriva esencialmente de la Ley 16.986 sino de la *ratione personae* que se involucra. Desde que la norma prohibió las cuestiones de competencia, hay una regla implícita por la cual son federales los conflictos de interpretación de hechos o normas; y de la justicia ordinaria los que se suscitan por actos lesivos de autoridades particulares.

> Es competente la justicia federal para entender en la acción de amparo iniciada por un afiliado contra la Obra Social del Poder Judicial de la Nación a fin de que se ordene la cobertura de los gastos de tratamiento y traslado para rehabilitación de adicciones, toda vez que la pretensión se dirige contra la Obra Social mencionada, órgano con representación en cada localidad que sea sede de tribunales federales y que funciona bajo la dependencia directa de la Corte Nacional -la que, entre otras facultades, designa y reemplaza al directorio, fiscaliza su gestión y es titular de su patrimonio- y que invocó el privilegio federal en todas las instancias[296].
>
> La acción de amparo por la que se reclama la tutela de los derechos a la vivienda y a la salud de quienes se encuentran alojados en una residencia geriátrica ubicada en la Provincia de Buenos Aires no es apta para surtir la competencia originaria de la Corte, pues la materia del pleito no reviste manifiesto contenido federal en tanto según se desprende de los términos de la demanda -a cuya exposición de los hechos se debe atender de modo principal para determinar la competencia, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 4° y 5° del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación-, la actora cuestiona hechos u omisiones de las autoridades provinciales en ejercicio de sus facultades previstas por los artículos 121 y 122 de la Constitución Nacional, por violar derechos protegidos en ella y en la Constitución local, es decir garantías que no son exclusivamente federales sino concurrentes con el derecho público local[297].

---

[296] CS, M., M.A. c/ Obra Social del Poder Judicial de la Nación s/ accoón de amparo, sentencia del 19 de noviembre de 2020.

[297] Fallos: 343:283.

Esta es una guía imprecisa, porque en el fondo, la idea de obstruir la incompetencia como defensa o excepción, obedece a la celeridad (juicio expedito y rápido) que se quiere imprimir al procedimiento. Objetivo no siempre logrado, toda vez que es de orden público que cualquier tribunal requerido juzgue la procedencia con arreglo a las normas sobre competencia por razón de la materia o del lugar, evitando así que pudieran existir pronunciamientos contradictorios entre jueces que se asignen la misma competencia.

> Con la finalidad de evitar la profusión de trámites, situación que va en desmedro del principio de economía procesal y del buen servicio de justicia, y de impedir que se susciten cuestiones de competencia que, de plantearse, podrían llegar a configurar un caso de privación jurisdiccional, e incluso, comprometer el derecho a la salud, habrá de disponerse la remisión de las actuaciones a la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires para que decida lo concerniente al tribunal provincial que resulte competente con arreglo a las disposiciones locales de aplicación[298].

1.2 El artículo 4 de la ley de amparo opera junto a un cúmulo normativo que surge de leyes especiales dictadas para la salud y el bienestar social. La primera establece que será competente para conocer de la acción de amparo el juez de primera instancia con jurisdicción en el lugar donde el acto se exterioriza o tuviera efectos.

Ante la duda se trabaja con el principio de prevención, que también se aplica cuando un mismo acto u omisión alcanza el derecho de otras personas, dando lugar esa generalidad de afectados a la acumulación de procesos.

> Si el decreto local 880/04 aprobó el convenio celebrado entre la Nación y el gobierno de la Provincia de Buenos Aires, por medio del cual éste asume la atención médica integral de los beneficiarios de pensiones no contributivas afiliados al PROFE, residentes en el ámbito territorial de la provincia y en ese marco se creó la Unidad Ejecutora del programa por decreto provincial 796/07, que actualmente se encuentra dentro de la órbita del Instituto de Obra Médico Asistencial -IOMA- el sujeto pasivo de la relación jurídica resulta ser la provincia y no el Ministerio de Salud de la Nación que, por ende, no es parte sustancial en el juicio[299].

---

[298] Fallos: 343:283.

[299] Fallos: 342:692.

En consecuencia, la competencia territorial es la regla común; la materia es la segunda interpretación, salvo que fuera dudoso el nudo central que procura desentrañar el conflicto, en cuyo caso el juez que previene asume competencia positiva.

> Si el actor pretende, entre otras medidas, ampliar la cautelar dictada por un magistrado local en un juicio de amparo de similar objeto en el que habría interpretado la inadmisibilidad de dicha vía, resulta razonable que sea este magistrado el que decida en el proceso, atendiendo los derechos que se intenta proteger -entre ellos, el derecho a la salud-, a fin de evitar conflictos de orden jurisdiccional, resguardar la eficacia de las decisiones jurisdiccionales y que las resoluciones que recaigan en uno de los procesos no hagan cosa juzgada respecto de las cuestiones ya planteadas en otro[300].
>
> Aún cuando la acción no es alcanzada por el fuero de atracción del concurso (conf. art. 21, inc. 2 de la ley 24.522, texto según ley 26.086), resulta conveniente que sea el magistrado del proceso universal quien entienda en ella, con la finalidad de evitar el dictado de decisiones contradictorias y de asegurar el mejor control en el cumplimiento de las medidas dispuestas, así como la adecuada protección de los derechos atinentes al servicio de salud y de atención médica asistencial que se persigue mediante la acción de amparo[301].

Finalmente, cuando hay amparos sucesivos sobre un mismo tema, debe intervenir el que primero se declaró competente, con las particularidades que tiene el Registro de Procesos Colectivos para resolver el problema en los amparos planteados como acciones de grupo[302].

> Frente a la improcedencia de la competencia originaria de la Corte para entender en la acción de amparo por daño ambiental colectivo, que los actores inician en carácter de vecinos y en representación de la población contigua a las cuencas de los ríos Reconquista y de la Plata, a fin de obtener el cese de las acciones y omisiones que generaron su contaminación, la recomposición in pristinum de tales recursos ambientales, acumulando la pretensión de que se condene a los demandados al pago de una indemnización por los daños de carácter irreversible ocasionados, los demandantes deberán interponer sus pretensiones ante las jurisdicciones que correspondan, según la persona que, en uno u otro caso, opten por demandar: ante la justicia federal de serlo el Estado Nacional, o ante los tribunales locales en caso de emplazarse a la provincia[303].

---

[300] CS, Lulich, José Domingo c/ OSDE s/Cobro de pesos, sentencia del 17 de julio de 2007.

[301] Fallos: 330:2494.

[302] Gozaíni, *El juicio de amparo,* cit….

[303] Fallos: 331:1312.

1.3 La radicación del amparo en un juzgado que se declara incompetente pero resuelve admitir una medida cautelar, puede cambiar el orden de asignación que hemos visto. Es cierto que, el primer lugar para determinar el juez interviniente, es donde el acto se exterioriza y solo después de ello, si hubieran dudas, se prefiere el sitio donde el evento produce los efectos principales.

> Corresponde declarar la nulidad de todo lo actuado por el juez que, al sustanciar el amparo y decretar medidas cautelares, realizó una creación ex nihilo del título para sostener su competencia e irrumpir en la ajena desconociendo que el Poder Judicial, por su naturaleza, no puede ser jamás un poder invasor, peligroso, que comprometa la subsistencia de las leyes y la verdad de las garantías que tiene por misión hacer efectivas y amparar[304].
>
> Sin perjuicio de la declaración de incompetencia de la Corte suprema, y toda vez que media verosimilitud en el derecho y se configuran los presupuestos establecidos en el art. 230 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, corresponde hacer lugar a la medida cautelar y ordenar al Poder Ejecutivo Nacional que disponga la entrega del medicamento requerido por una enferma terminal carente de obra social[305].
>
> No obstante, la declaración de incompetencia de la Corte Suprema, y toda vez que media verosimilitud en el derecho y se configuran los presupuestos establecidos en el art. 230 del Código procesal Civil y Comercial de la Nación, corresponde hacer lugar a la medida cautelar y ordenar a la provincia que disponga la entrega del medicamento indicado para la menor, en el plazo de cinco días[306].

Pero también lo es que no tiene acentuado seguimiento, lo que se verifica cuando una misma situación de salud se generaliza y multiplica los expedientes en diversas jurisdicciones. Claro está que la única solución para estos casos es proceder a la conversión de todos en un amparo colectivo y acumularlos ante el juez que haya prevenido[307].

Si la exteriorización no se vuelve visible en una localidad cierta y precisa, la competencia del juez de primera instancia del lugar, no es absoluta. Lo mismo pasa con

---

[304] Fallos, 12:134 (leading case), Fallos, 337:97.

[305] Fallos: 327:5590.

[306] Fallos: 327:5556.

[307] La unificación de la competencia en un juez se produce cuando un mismo acto alcanza a varios afectados, pero no cuando los múltiples afectados se producen por diveros actos conexos (cfr. Tanzi – Papillú, ob. cit., p. 192)

los efectos, que asientan en personas de residencia diferente, en cuyo caso, suele echarse mano a la materia y sus órganos habitualmente competentes[308].

1.4 Entendemos que la elección del domicilio para radicar el amparo conforme lo dispone el art. 5 inciso 3º del Código Procesal no es aplicable en los juicios de amparo al tener la ley aplicable, reglas precisas y un orden de preferencia.

No vamos a negar que la diversidad de situaciones es posible, y que se puede trazar algún paralelo con las reglas de elección para el actor que tienen los procesos ordinarios, pero ello refiere a relaciones jurídicas particulares dentro de un espacio cuya naturaleza es predominantemente privada; en cambio en materia de amparo el origen del acto lesivo es territorial, como lo es también el sitio donde los efectos se producen, los que pueden ser diferentes, pero la materia es constitucional (sino, no podría ser un amparo) de allí que debe ser el juez quien defina la competencia y no el discrecionalisno particular.

1.5 En orden a competencias funcionales cabe observar que algunas leyes establecen esa particularidad. Por ejemplo, una obra social sindical es propiedad de todos los trabajadores que la componen (art. 12 de la ley 23.660), incluidos aquellos que se domicilian en una provincia, por lo tanto, la competencia será territorial y la materia federal, sin que corresponda intervenir a la Corte por su competencia originaria, pues no hay conflicto de vecindad, de acuerdo con los arts. 116 y 117 de la Constitución y los arts. 1°, inciso 1°, 9°, 10 y 11 de la ley 48 y 24, inciso 1° del decreto-ley 1285/58.

> Es competente la justicia federal para entender en la acción de amparo iniciada por un afiliado contra la Obra Social del Poder Judicial de la Nación a fin de que se ordene la cobertura de los gastos de tratamiento y traslado para rehabilitación de adicciones, pues se advierte que lo medular de la disputa planteada exige interpretar el alcance de una norma federal - Ac. CSJN 27/11 y Fallos: 339:245, "A., F.J."- y de la resolución 272/2010 dictada en su consecuencia, cuyo conocimiento está reservado a la justicia de excepción y excluido de la aptitud de los tribunales locales, además de que, prima facie, conlleva la

[308] Gozaíni, *El Juicio de Amparo,* cit., …

interpretación de preceptos concernientes a la estructura del sistema de salud implementado por el Estado Nacional[309].

En consecuencia, debe entender la justicia federal, y no la provincial, en el caso en que se promueve una acción de amparo contra la Obra Social para Empleados de Comercio y Actividades Civiles, en la provincia de Mendoza, por tratarse de una materia regida por una ley especial de la Nación (ley 22.269) y dado que su art. 29 establece que el Instituto Nacional de Obras Sociales y los entes de Obra Social estarán sometidos exclusivamente a la jurisdicción federal pudiendo optar por la justicia ordinaria en las provincias cuando fueren actores[310].

Vale decir que también las leyes y reglamentos pueden disponer competencias especiales.

Resulta competente la justicia bonaerense para intervenir en el amparo interpuesto para reclamar la provisión de la medicación necesaria para que el actor siga con un tratamiento médico toda vez que el amparista se domicilia en esa jurisdicción y la pretensión médico-asistencial se dirige contra el Ministerio de Salud local, el Programa Incluir Salud, ex PROFE y el Ministerio de Salud de la Nación, toda vez que tal sistema de cobertura -cuyo objeto es proveer atención médica a beneficiarios de pensiones no contributivas- fue transferido a la órbita provincial mediante el decreto 1532/10[311].

Corresponde a la competencia federal el amparo tendiente a que la prestadora de servicios médicos autorice una intervención quirúrgica -by pass gástrico laparoscópico- pues se trata del cumplimiento de resoluciones del Ministerio de Salud de la Nación, dictadas en el marco de las facultades otorgadas por el decreto reglamentario 486/2002 -que declara la emergencia sanitaria nacional- y de la ley 23.660, estableciendo un Programa Médico Obligatorio de Emergencia (P.M.O.E.) relativo a prestaciones básicas y esenciales que deberán ser garantizadas por los agentes del seguro de la salud tanto en sus programas de prestación y control, como en sus contratos[312].

Teniendo en cuenta las funciones que de acuerdo a lo establecido en la ley 25.724 de creación del programa de nutrición y alimentación nacional -invocada por la demandante como fundamento de su reclamo- competen al Estado Nacional, por una parte, y a la provincia y al municipio por la otra (arts. 7 y 8 de la citada ley), es ajeno a la competencia originaria de la Corte Suprema el amparo en el que se reclaman las acciones

---

[309] CS, M., M.A. c/ Obra Social del Poder Judicial de la Nación s/ accoón de amparo, sentencia del 19 de noviembre de 2020.

[310] Fallos: 305:881.

[311] Fallos: 339:1831.

[312] Fallos: 329:1693.

necesarias para superar el grave estado de desnutrición de dos menores, si no media incumplimiento del primero[313].

Si mediante el amparo la actora reclama de una prestadora de servicios médicos la provisión de un fármaco con fundamento en las normas que integran el Sistema Nacional de Seguro de Salud (resoluciones del Ministerio de Salud dictadas en el marco de las leyes 23.660 y 23.661), la causa es de la competencia de la justicia nacional en lo civil y comercial federal[314].

2. Conversión del proceso de amparo en amparo colectivo

2.1 La acción de amparo interpuesta conra un acto de autoridad pública o particular, que por sus características, revela tratarse de un caso de ejercicio de derechos de incidencia colectiva (intereses individuales homogéneos), aun cuando sea un requerimiento individual, le permite al tribunal convertir el proceso en colectivo, en la medida que la tutela procesal que se persigue representa intereses mucho más amplios que los particulares, y la cosa juzgada no podría cubrir con eficacia el derecho de defensa de todos los eventualmente alcanzados por la eficacia expansiva de la sentencia.

Cabe confirmar la sentencia que hizo lugar a la acción de amparo interpuesta por un abogado- en virtud de considerar que las disposiciones de la ley 25.873 y de su decreto reglamentario 1563/04 vulneran los derechos establecidos en los artículos 18 y 19 de la Constitución Nacional en la medida en que autorizan la intervención de las comunicaciones telefónicas y por Internet sin determinar en qué casos y con qué justificativos esa intromisión puede llevarse a cabo-, declarando la inconstitucionalidad de la citada normativa y atribuyéndole carácter erga omnes a la decisión, pues el fundamento de dicha amplitud en los efectos de la resolución no se halla sólo en la búsqueda, por parte del juzgador, de arbitrios tendientes a superar el escollo derivado de la arraigada concepción individualista en materia de legitimación, sino que el verdadero sustento de la proyección superadora de la regla inter partes, determinante de la admisibilidad de la legitimación grupal, es inherente a la propia naturaleza de la acción colectiva en virtud de la trascendencia de los derechos que por su intermedio se intentan proteger[315].

2.2 La Corte Nacional fue precursora en esta línea de reafirmar el principio de reconducción en el amparo. En el caso “Halabi”, sostiene que la Constitución Nacional

---

[313] Fallos: 329:553.

[314] Fallos: 327:1453.

[315] Fallos: 332:111 (Caso Halabi)

admite en el segundo párrafo del art. 43 la categoría conformada por los derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos -derechos personales o patrimoniales derivados de afectaciones al ambiente y a la competencia, derechos de los usuarios y consumidores como los derechos de sujetos discriminados-, casos en los que no hay un bien colectivo ya que se afectan derechos individuales enteramente divisibles, sino que hay un hecho, único o continuado, que provoca la lesión a todos ellos y por lo tanto es identificable una causa fáctica homogénea, dato que tiene relevancia jurídica porque la demostración de los presupuestos de la pretensión es común a todos esos intereses, excepto en lo que concierne al daño que individualmente se sufre, existiendo una homogeneidad fáctica y normativa que lleva a considerar razonable la realización de un solo juicio con efectos expansivos de la cosa juzgada que en él se dicte, salvo en lo que hace a la prueba del daño.

El poder decisorio se aplica en el derecho a la salud desde que el problema central a resolver siempre tiene un test de constitucionalidad donde juegan los hechos con la disponibilidad presupuestaria; o los efectos de dar respuestas individuales en casos donde la cosa juzgada tiene efectos colaterales implicados.

No nos referimos a un caso de sentencia para todos, sino a aquellos donde la sentencia singular afecta a terceros que no encontraron posibilidad de actuar en el proceso.

2.3 En verdad, el juicio de amparo en materia de salud abarca mucho más que el cuidado personal y las atenciones prestacionales. Hay deberes a cumplir que se pueden entender como una suerte de servicios públicos a cargo del Estado, encaminados a proteger la salud de los integrantes de la sociedad desde una perspectiva integral que asume los desafíos que presenta la necesidad de garantizar el bienestar colectivo como medio para resguardar la salud individual de las personas.

Del ensamble entre la protección individual y el impacto del derecho acordado proyectado en el derecho de otros, hay evidentemente, un control de aplicación que sensibiliza el efecto natural de la cosa juzgada individual.

Por ejemplo, el estándar que suele aplicar la Corte nacional es de amplia comprensión, cuando se trata de resguardar el interés superior del niño, habiendo dicho que atañe a los jueces buscar soluciones que se avengan con la urgencia y la naturaleza

de las pretensiones, encauzar los trámites por vías expeditivas y evitar que el rigor de las formas pueda conducir a la frustración de derechos que cuentan con particular tutela constitucional

De allí se deduce que […]

> Corresponde revocar la sentencia que -al denegar el reclamo de ayuda económica de la obra social para realizar en el exterior un tratamiento médico para una menor discapacitada-, con un razonamiento ritual, impropio de la materia debatida, hizo hincapie en la extemporaneidad del cambio de destino solicitado para el tratamiento, sin atender al propósito sustancial de la acción de amparo, tendiente a preservar la vida, la salud y la integridad física de la menor ante el grave riesgo en que se hallaba, lo que compromete derechos reconocidos con carácter prioritario en los tratados internacionales que vinculan a nuestro país (arts. 3°, 23, 24 y 26 de la Convención sobre los Derechos del Niño)[316].

En consecuencia, la línea argumental es comprensible, pero si ese derecho acordado significa emprobrecer a quien deba satisfacerlo (en el caso de una obra social) afectando a los demás integrantes, la idea pierde consistencia .

Recuérdese que las obras sociales son entes de la seguridad social, a cuyo cargo se encuentra la administración de las prestaciones, prioritariamente médico-asistenciales, para la cobertura de las contingencias vinculadas a la salud, a las que pueden adicionar otras prestaciones de carácter social, y se constituyen como organizaciones descentralizadas y autónomas, destinadas a procurar, por sí o a través de terceros, la satisfacción del derecho a la salud de sus afiliados y beneficiarios[317].

En tales condiciones, el alcance de la sentencia puede justificar la conversión del proceso constitucional en un amparo colectivo. Mucho más cuando la jurisprudencia se muestra dispersa, como son las siguientes […]

> La negativa de la obra social a hacerse cargo del costo de la prestación de fertilización asistida con diagnóstico genético preimplantacional (DGP) no puede ser considerada un acto u omisión teñido de arbitrariedad o ilegalidad manifiesta que permita tener por configurados los requisitos de procedencia del amparo según el art. 43 de la Constitución Nacional, en la medida en que no existe una norma específica que le imponga tal obligación (art. 19 ídem)[318].

---

[316] Fallos: 327:5210.

[317] Fallos: 331:1252.

[318] Fallos: 338:779.

> Cabe revocar la sentencia que rechazó la acción de amparo promovida contra una obra social a fin de que incorpore al cónyuge de la actora, por padecer una patología pre-existente, pues el pronunciamiento atacado no ha estudiado la aplicabilidad al caso de las leyes 23.660 Y 23.661 -y su relación con la normativa local, como así tampoco los aspectos referidos a la grave afectación de los derechos a la vida y a la preservación de la salud reconocidos por tratados internacionales con jerarquía constitucional (art. 75, inciso 22 de la Constitución Nacional), susceptibles de incidir en el resultado del litigio, lo cual produce un desmedro de la garantía de defensa en juicio normada por el artículo 18 de la Constitución Nacional[319].
>
> Situación distinta ocurre cuando la afectacion a terceros sucede por el obrar del propio interesado, que se niega a vacunar a su hijo invocando sus creencias familiares-, pues esto queda fuera de la órbita del ámbito de reserva del art. 19 de la Constitución Nacional en tanto perjudica los derechos de terceros, y por lo tanto se trata de comportamientos y decisiones sujetas a la interferencia estatal, que se encuentra plasmada en el plan de vacunación nacional establecido por la ley 22.909[320].

2.4 De todos modos, el caso que se expone como testigo que posibilita la conversión del proceso de amparo individual en un amparo colectivo, es un presupuesto diferente al que piensa la teoría general del proceso y los principios del mismo.

Dicho esto porque la decisión jurisdiccional de revertir la petición singular en un amparo colectivo, altera el principio dispositivo, según el cual, quien decide demandar elige demandados y objeto (legitimación y pretensión), concretando así el deber de congruencia procesal, por el cual el juez deberá fallar con los hechos alegados y probados por las partes.

Con igual alcance es el principio de la cosa juzgada, que es la verdad procesal que las partes obtienen conforme los principios anteriores, de manera que la reversión hacia la cosa juzgada colectiva, también incide en los mentados principios teóricos.

La creación del "Registro de procesos colectivos" (Acordada 32 del año 2014) concreta y fundamenta los motivos que se entienden aplicables para evitar la réplica dogmática. Después, en el año 2016, la Acordada nº 12, dio más precisiones con respecto a los procesos colectivos que tengan por objeto bienes colectivos […]

---

[319] Fallos: 335:871.

[320] Fallos: 335:888.

> En el escrito de demanda se deberá precisar: a) el bien colectivo cuya tutela se persigue; b) que la pretensión está focalizada en la incidencia colectiva del derecho. Para los procesos colectivos referentes a intereses individuales homogéneos, la demanda deberá precisar: a) la causa fáctica o normativa común que provoca la lesión a los derechos; b) que la pretensión está focalizada en los efectos comunes y c) la afectación del derecho de acceso la justicia de los integrarles del colectivo involucrado. Asimismo, en ambos tipos de procesos el actor deberá: a) identificar el colectivo involucrado en el caso; b) justificar la adecuada representación del colectivo; c) indicar, de corresponder, los datos de la inscripción en el Registro Nacional de Asociaciones de Consumidores; d) denunciar, con carácter de declaración jurada, si ha iniciado otra u otras acciones cuyas pretensiones guarden una sustancial semejanza en la afectación de los derechos de incidencia colectiva y, en su caso, los datos de individualización de las causas, el tribunal donde se encuentran tramitando su estado procesal; e) realizar la consulta al Registro Público de Procesos Colectivos respecto de la existencia de otro proceso en trámite cuya pretensión guarde sustancial semejanza en la afectación de los derechos de incidencia colectiva e informar, con carácter de declaración jurada, su resultado. En su caso, se consignaran los datos de individualización de la causa, el tribunal donde se encuentra tramitando su estado procesal. Por otro lado, el reglamento establece que toda medida cautelar dictada con efectos colectivos que corresponda un proceso principal aun no inscripto deberá ser comunicada por el juez al Registro de manera inmediata para su anotación. En los casos en los que exista un proceso colectivo en trámite ya inscripto que guarde, respecto de la medida cautelar decretada, sustancial semejanza en la afectación de los derechos de incidencia colectiva, el Registro informara es la circunstancia al magistrado que la hubiese ordenado, quien deberá proceder en la forma indicada en el punto IV del presente Reglamento. Igual comunicación se cursará al juez ante el cual tramita el proceso inscripto (punto X).

3. Intervención de terceros

3.1 La acción de amparo no regula en la Ley 16.986 la intervención de terceros, quizás con la idea fuerza de no entorpecer la marcha de este rápido y comprimido proceso (art. 16); sin embargo, hay casos donde aparecen supuestos de intervención necesaria para la integración de la litis, en virtud de ser evidente una comunidad de controversia con las partes originarias, estando a cargo de quien la solicita la demostración de tales extremos[321].

[321] Cfr. Fallos: 322:3122.

Este sería un caso de intervención voluntaria, de interpretación restrictiva y excepcional desde que en el amparo siempre queda la posibilidad del replanteo en un juicio de conocimiento más amplio.

> Corresponde dejar sin efecto el pronunciamiento que desestimó una apelación del Instituto de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados, por considerar firme la providencia que le negaba intervención en los términos del art. 90 de Código Procesal, soslayando la clara voluntad impugnatoria del recurrente expresada en la interposición oportuna de la apelación directa prevista en el art. 15 in fine de la ley 16.986, en cuya virtud la cuestión no ha precluído sino que integra el ámbito de conocimiento del tribunal de alzada[322].

3.2 La supletoriedad del código procesal para usar sus reglas en el amparo, tampoco parece adecuarse al conflicto que plantea un amparo de salud, porque en los procesos de conocimiento es factible encontrar derechos contrapuestos, permitiendo la adhesión del tercero o el llamado a ser parte de alguien no demandado; pero en el proceso constitucional, no hay partes sino posiciones, de manera que es mejor traer al juicio a todos aquellos a quienes la sentencia puede alcanzar, dándoles oportunidad de ser oídos en la interpretación que quieran deducir con relación a los hechos y la determinación normativa. Es decir que no hay adhesión ni concurrencia, sino alegaciones sobre derechos.

Por tanto, el llamado de la parte, o la convocatoria de oficio, a otros sujetos vinculados puede ser diferente. Un amparo contra el Estado habiendo obras sociales asociadas; o provincias involucradas que no se demandan por elección de hacerlo contra la autoridad federal, son algunas de las situaciones posibles.

La supuesta prohibición de la ley federal no impide que el juez, en ejercicio de potestades remediales que anticipen la existencia de eventuales nulidades, pueda ordenar el comparecimiento de terceros, siempre que la comunidad de intereses se acredite con suficiencia.

3.3 El debate constitucional no es igual a la lucha entre partes. En el amparo no es necesario tener a sujetos alegando y probando constantemente, cuando el piso de marcha sobre el que transitan es manifiestamente arbitrario e ilegítimo. Precisamente

---

[322] Fallos: 314:203.

por ello la prueba es circunstancial, y la actividad jurisdiccional enaltece la funcion constitucional del juez[323].

Sería un caso de integración de la litis o de citación forzosa, pero no de intervención voluntaria donde el que quiera participar en el proceso, tendría que acreditar el interés jurídico relevante que tiene.

4. Necesidad de mayor debate y prueba

4.1 La cuestión que plantea el amparo individual de salud tiene un aditamento que lo diferencia del amparo tradicional. En este, el afectado debe demostrar el hecho lesivo y el carácter de la afectación, según sea un acto, una vía de hecho, o una omisión notoria, cuyo impacto sea de tal entidad que se muestre arbitrario y/o manifiestamente ilegal.

El acto lesivo en materia de amparo de salud tiene dos registros importantes. El primero no elude las características de acreditar los presupuestos del juicio constitucional tradicional con la especialización advertida oportunamente; pero agrega la necesidad de fundamentar la admisión con los principios específicos del derecho a la salud.

Si bien la acción de amparo no está destinada a reemplazar los medios necesarios para solucionar todo tipo de controversias, su exclusión no puede fundarse en una apreciación meramente ritual, en tanto su objeto, más que una ordenación o aseguramiento de competencias, es el efectivo resguardo de derechos fundamentales[324].

> Teniendo presente que el amparo es un proceso utilizable en las delicadas y extremas situaciones en las que, por carecer de otras vías idóneas o aptas, existe un peligro actual o potencial de la protección de derechos fundamentales, tratándose en el caso de salvaguardar los fines que el legislador tuvo al dictar la ley 24.754 –esto es, garantizar a los usuarios un nivel de cobertura mínimo con el objeto de resguardar los derechos constitucionales a la vida y la salud-, la vía elegida no resulta irrazonable […].
>
> Cuando se trata de amparar los derechos fundamentales a la vida y la salud, atañe a los jueces buscar soluciones que se avengan con la urgencia que conllevan las pretensiones, para lo cual deben encauzar los trámites por vías expeditivas y evitar que el rigor de las formas pueda conducir a la frustración de derechos que cuentan con tutela de orden

[323] Gozaíni, *El Juicio de Amparo,* ob. cit., p….

[324] Fallos: 332:1394.

> constitucional, lo cual se produciría si el reclamo de la actora, tuviese que aguardar al inicio de un nuevo proceso[325].

4.2 En esta materia la arbitrariedad del acto lesivo es un presupuesto a comprobar, porque la demanda puede alegarlo como práctica corriente de este juicio constitucional, pero al mismo tiempo, no se puede perder de vista que el vicio no suele ser tan diáfano, al estar condicionados los deberes de prestación y asistencia al presupuesto disponible. Por eso, es una cuestión a interpretar siendo esa una tarea de interpretación constitucional.

Es más frecuente la ilegalidad manifiesta, con sus rostros de omisión o injusta aplicación. El tema es que, siendo como en el caso anterior, un tema de inteligencia jurisdiccional, la prueba de ello deviene necesaria.

Sin embargo, la necesidad probatoria no impone la conversión del juicio constitucional en un proceso de conocimiento, pues la corriente que asimila el proceso de amparo como juicio sumarísimo, no advierte que entre ellos hay asimetrías notables como antes hemos justificado.

> La acción de amparo constituye un remedio de excepción y es inadmisible cuando no media arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, así como cuando la determinación de la eventual invalidez del acto o conducta que se impugna requiere amplitud de debate y de prueba, extremos cuya demostración es decisiva para su procedencia e imprescindibles, por lo que si bien dicha acción es excluyente de las cuestiones que requieren trámites probatorios, descarta aquellas que son complejas o de difícil acreditación y que, por lo tanto, exigen un aporte mayor de elementos de juicio que no pueden producirse en el breve trámite previsto en la reglamentación legal[326]

4.3 Cuando se ordinariza el amparo, al mismo tiempo que se dispone, se colige que existe una vía legal más idónea para la protección de los derechos que se dicen lesionados. La prueba de los extremos fácticos, como la supuesta complejidad, no deben desatender la urgencia del caso, y en hipótesis, la observación que la salud es un tema opinable para la determinación de la eventual invalidez del acto.

---

[325] Fallos: 331:563.

[326] Fallos: 335:1996.

La reversión hacia el sumarísimo confunde y priva de esencia al amparo. La interpretación constitucional pasa a un segundo plano como desplaza igualmente la función de control que debe realizar el juez por imperio del art. 31 constitucional. La derivación al juicio de conocimiento, convierte la interpretación en un juicio dirimente, donde la sentencia elige entre opciones preferentes, pues se debe fallar conforme lo alegado y probado, sin tener el tribunal posibilidad de encaminar con otras soluciones.

Estas son afirmaciones pensadas para los casos donde el conflicto constitucional sea evidente, sin especulaciones de trascendencia o gravedad, y afirmados en los hechos cuya satisfacción se persigue mediante una sentencia constitucional.

El solo hecho de cuestionar una medida sanitaria, atacar un acto médico, perseguir una satisfacción específica (v.gr.: provisión de medicamentos; atención especializada; tratamientos prolongados de alta complejidad; etc.), a veces, son cuestiones que no alcanzan a lo manifiesto.

> Corresponde descalificar la sentencia que -al hacer lugar al amparo tendiente a obtener la cobertura prevista en la ley 24.901- dejó sin resolver un aspecto central y específico de la causa, objeto de reclamo, debate y prueba, como lo es el relativo a las modalidades o características del tratamiento y al tipo de prestaciones a ser otorgadas, máxime cuando los antecedentes terapéuticos relativos al menor indican que la cuestión guarda nexo directo con la ley citada en la medida en que ésta, por un lado, dispone que cuando una persona con discapacidad presente signos de evolución favorable, deberá orientarse a un servicio que contemple su superación (art. 12), y, por el otro, prevé la intervención de equipos interdisciplinarios[327].

La Constitución Nacional mantuvo el criterio de excluir la acción cuando por las circunstancias del caso concreto, se requiere mayor debate y prueba, y por tanto no se da el requisito de "arbitrariedad o ilegalidad manifiesta" en la afectación de los derechos y garantías constitucionales, condiciones cuya demostración es imprescindible para la procedencia de aquélla. En estos casos, da lugar a que se aplique la tradición jurisprudencial que afirma […]

> La acción de amparo constituye un remedio de excepción y es inadmisible cuando no media arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, así como cuando la determinación de la eventual invalidez del acto o conducta que se impugna requiere amplitud de debate y de prueba, extremos cuya demostración es decisiva para su procedencia e imprescindibles, por lo que si bien dicha acción es excluyente de las cuestiones que requieren trámites

[327] Fallos: 329:5139.

> probatorios, descarta aquellas que son complejas o de difícil acreditación y que, por lo tanto, exigen un aporte mayor de elementos de juicio que no pueden producirse en el breve trámite previsto en la reglamentación legal[328].
>
> El amparo únicamente procede para la tutela inmediata de un derecho constitucional violado en forma manifiesta; es inadmisible, en cambio, cuando el vicio que compromete garantías constitucionales no resulta con evidencia y la dilucidación del conflicto exige una mayor amplitud de debate y prueba. Este criterio no ha variado con la sanción del nuevo art. 43 de la Constitución Nacional pues, en lo que aquí importa, el nuevo texto reproduce el art. 1° de la ley 16.986, imponiendo idénticos requisitos para su procedencia formal[329].

4.4 Sin embargo, la necesidad de mayor debate y prueba y la existencia de otras vías importa una elección que exige motivación suficiente, porque desandar un juicio constitucional para llevarlo a una vía ordinaria que debe ser más idónea, no puede fundarse en un criterio en extremo formalista, que atenta contra la efectiva protección de los derechos que aquel instituto busca asegurar. Vale decir que el juez tiene que acreditar en forma concreta cuáles son los elementos probatorios que no se puedan utilizar para dilucidar la cuestión, así como la incidencia que éstos puedan tener sobre el resultado final del proceso.

La adopción de un proceso de conocimiento supliendo la elección del juicio constitucional, no debe perder de vista que, como estándar general, en el derecho a la salud en cualquiera de sus expresiones, siempre hay derecho a una tutela rápida y expedita, que elabore la decisión dentro de un plazo razonable que pueda alcanzar la eficacia necesaria a la utilidad que se persigue.

Finalmente, es común en la jurisprudencia confundir el procedimiento con los plazos aplicables y la reducción del conocimiento, por eso la Corte reitera que el amparo exige un trámite sumarísimo, lo cual debiera entenderse, como reclamo para no variar el sentido constitucional de la demanda interpuesta y dotar al trámite del carácter de ser pronto y expedito, es decir, rápido y urgente sin las reglas de un procedimiento controversial que tiene principios que no encajan en el amparo.

---

[328] Fallos: 335:1996.

[329] Fallos: 330:2877.

> El carácter sumarísimo del amparo no infiere ninguna lesión al derecho de defensa del Estado, dado que el caso no requiere, de ninguna manera, una amplitud de debate y prueba mayor que la concedida (Disidencia del Dr. Enrique Santiago Petracchi)[330].
>
> Resulta indispensable para la admisión del remedio excepcional y sumarísimo del amparo, que quien solicita la protección judicial acredite, en debida forma, la inoperancia de las vías procesales ordinarias a fin de reparar el perjuicio invocado (Voto del Dr. Augusto César Belluscio)[331].
>
> El amparo es un remedio que sólo tiende a proteger garantías y derechos individuales reconocidos por la Constitución Nacional. La invocación de agravio a derechos establecidos en un tratado internacional no da lugar a ese recurso sumarísimo[332].
>
> El procedimiento sumarísimo del amparo no es la vía adecuada para resolver sobre la legitimidad o ilegitimidad de la intervención de una asociación profesional, resuelta por el Poder Ejecutivo con fundamento en el apartamiento de los fines gremiales, en la alteración de su normal funcionamiento y en que algunos de sus actos están en contra de los fines y objetivos del gobierno nacional. En esas condiciones, el acto administrativo no aparece como manifiestamente arbitrario e ilegal[333].
>
> El recurso de amparo, de trámite sumarísimo, no procede en el supuesto de cuestiones opinables, que requieren debate y prueba[334].

5. Complejidades de la contestación

5.1 Si es amparo el trámite adoptado, el requerimiento emplazado no se contesta con negativas categóricas y puntuales. Desconocer, no admitir ni reconocer cada una de las pretensiones es una técnica del proceso de conocimiento que entiende al desarrollo como una lucha bilateral y contradictoria, con base en el principio de la carga de la prueba en quien afirma, y contenido en una decisión que hará cosa juzgada para las partes en controversia.

En el amparo los hechos se informan y exponen conforme el criterio razonado de la autoridad demandada, que justifica y explica la posición asumida en torno de las circunstancias que se deberán comprobar.

---

[330] Fallos: 314:1091.

[331] Fallos: 314:258.

[332] Fallos: 292:12

[333] Fallos: 271:152.

[334] Fallos: 271:165.

La Corte nacional aclara que […]

> Corresponde dejar sin efecto la sentencia que hizo lugar a la acción de amparo interpuesta a fin de que se ordene reponer un espacio semanal utilizado por una entidad radial si otorgó a la ausencia de una negativa expresa por parte de ésta el efecto a que hace referencia el art. 356, inc. 1°, del Código Procesal Civil y Comercial, toda vez que la carga que impone al Estado el art. 8de la ley 16.986 es sustancialmente distinta a la de la contestación de la demanda[335].

5.2 Supongamos que se promueve un amparo y el juez reconduce por la vía del trámite sumarísimo, ordenando en la primera providencia, adecuar la presentación a ese trámite. El significado técnico para el antes llamado "requerido", ahora "demandado", sería contestar en los términos del art. 321 inciso 2 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, salvo que este dispositivo legal se considere derogado virtualmente, por el artículo 43 de la Constitución Nacional.

El problema está con el artículo 498 del mismo ordenamiento, que convierte al proceso constitucional en una controversia con reglas del proceso de conocimiento adversarial.

El precepto ordena adecuar el trámite a lo establecido para el "proceso ordinario", es decir que el pedido de protección a través del amparo se vuelve una demanda; el pedido de informes, será una contestación; la prueba será carga de una y otra parte; y no serán admisibles excepciones de previo y especial pronunciamiento, ni reconvención.

Todos los plazos serán de tres días, con excepción del de contestación de demanda, y el otorgado para fundar la apelación y contestar el traslado del memorial, que será de cinco (5) días.

5.3 La gran diferencia estará en el procedimiento a encausar, porque una vez contestada la demanda el proceso revierte hacia el juicio por audiencias, con la obligación de celebrar la preliminar (artículo 360), que es bien diferente a la audiencia de prueba de la ley de amparo.

---

[335] Fallos: 315:1361 y 1513

El juicio rápido, pronto y expedito habrá claudicado ante el equívoco formal no advertido, porque siempre que aparezca de modo claro y manifiesto la violación hacia algunos de los derechos a la salud, haya o no daños o peligros inminentes, la demora que se produce a consecuencia de los tiempos muertos del proceso de conocimiento (resueltos en el amparo con los plazos y términos en horas) se eluden con el argumento de la necesidad de mayor debate y prueba, postergando la urgencia y la sentencia dentro de un plazo razonable.

En tales hipótesis, los jueces deberán extremar la ponderación y la prudencia, advirtiendo las consecuencias que tiene resolver de acuerdo con los procedimientos ordinarios.

Otro ejemplo del error se muestra cuando se dice que, el juzgamiento de inconstitucionalidad de una norma legal no es posible, en principio, dentro de un trámite excepcional y sumarísimo como es el recurso de amparo[336], criterio actualmente derogado por el artículo 43 de la Constitución Nacional que permite, dentro del amparo, declarar la eventual inconstitucionalidad del acto lesivo.

5.4 Probablemente se tenga que reconducir estos vicios de procedimiento que implican anular el juicio constitucional y la garantía que se promete desde la Norma Fundamental. El error quizás llegue de mantener en el código procesal el artículo 321 inciso 2 (amparo contra actos de particulares) que, en su tiempo, obró como suplencia de la omisión de la Ley 16.986 que solamente consideró el amparo contra actos de la autoridad pública.

A partir de ello, fue común tener un amparo federal con trámites propios, y un amparo con leyes especiales en todo el país, con un procedimiento formalizado en el carril de los procedimientos de conocimiento de máxima constricción al conocimiento.

Hoy el llamado tiene una vertiente claramente internaciomal, por el cual toda persona tiene derecho a gozar de un proceso rápido, sencillo y breve, donde el derecho a la salud esté contenido en tiempo y forma.

---

[336] Fallos: 249:449.

CAPÍTULO IX

MEDIDAS AUTOSATISFACTIVAS Y CAUTELARES

1. Condiciones para el aseguramiento cautelar

1.1 Muchas veces la urgente necesidad de actuar en los problemas de salud no se resuelve con medidas cautelares típicas. Nos referimos, esencialmente, a la medida cautelar innovativa que pretende intervenir en un asunto fáctico con la intención de revertir de inmediato los efectos de un acto o hecho nocivo con los derechos del afectado.

Por ejemplo, invocando el derecho a la salud de un tercero (familiar al que se le debe prestar cuidados personales y atención), se interpone un amparo con esta finalidad, y la Corte resuelve […]

> Corresponde hacer lugar a la medida cautelar innovativa solicitada por el actor con el objeto de que se permita su traslado a otra ciudad para asistir a su madre que se encuentra realizando un tratamiento oncológico, toda vez que las restricciones a la circulación que las autoridades provinciales encargadas de la fiscalización pretenden imponerle a aquél no resultan razonables, estrictamente necesarias, ni proporcionales, y tampoco se ajustan a los objetivos legales definidos en la regulación nacional que rige en la materia[337].

Como se ve no es un amparo de salud, sino una actuación procesal diferente, destinada a evitar otras restricciones a libertades o garantías. Sin embargo, allí se concede la cautelar, como decisión excepcional que altera el estado de hecho o de derecho existente al tiempo de su dictado, dando lugar a un anticipo de jurisdicción favorable respecto del fallo final de la causa, por lo que resulta justificada una mayor prudencia en la apreciación de los recaudos que hacen a su admisión.

La jurisprudencia del Alto Tribunal que, en otros casos, degradó a las medidas autosatisfactivas por ser justamente un anticipo jurisdiccional, ahora encuentra que, en ciertas situaciones, pueden ellas ser viables.

---

[337] CS, Maggi, Mariano c/ Corrientes, Provincia de s/ medida autosatisfactiva, sentencia del 10 de setiembre de 2020.

1.2 Desde los tiempos del corralito financiero, cuando nuestro país debió recurrir a miles de juicios de amparo para contrarrestar la arbitrariedad del Estado con las medidas económicas adoptadas, fue común requerir la pronta e inmediata restitución de los depósitos habidos en los bancos; medida que se concedía con regularidad pero que, tiempo después, la Corte rechazó con fuertes argumentos […]

> Los beneficiarios de las medidas cautelares "autosatisfactivas" decretadas por tribunales inferiores han obtenido un lucro indebido a costa del sistema, en definitiva del país, y de quienes encontrándose en similares circunstancias no solicitaron o no obtuvieron ese disparatado beneficio, sin embargo no cabía procesalmente la intervención de la Corte frente a la sistemática violación del art. 15 de la ley 16.986, que dispone conceder en ambos efectos -devolutivo y suspensivo, con suspensión de la ejecución de la sentencia- los recursos de apelación interpuestos contra las decisiones que admiten el amparo, norma legal que no podía ser obviada mediante la concesión a las medidas cautelares de los efectos propios de la eventual sentencia, ni cuenta ahora con atribuciones para remediar esa desigualdad de hecho fuera de los recursos legales, por lo que la misma es responsabilidad propia de los tribunales que dictaron y ejecutaron las medidas[338].
>
> Corresponde exhortar a los jueces de grado para que hagan uso de todas las facultades que las leyes procesales les acuerdan para acercar las posturas de las partes y buscar fórmulas de ejecución respetuosas de las particularidades de cada caso (art. 558 bis del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación), y podrán, asimismo, disponer el cumplimiento íntegro de la obligación cuando existan razones humanitarias y, de no existir estos motivos, y a los fines de conceder plazos razonables para el cumplimiento, habrán de considerar, especialmente, la situación personal de los ahorristas, el monto del depósito, la protección cautelar que hubieran obtenido en etapas anteriores del proceso y la conducta del demandado para cumplir de modo cabal y de buena fe la obligación impuesta por la sentencia (Disidencia del Dr. Carlos S. Fayt).

Esa comunión entre medida innovativa con autosatisfactivas, llevó a configurar un modelo de tutelas de satisfacción inmediata, que reclamando operar con los presupuestos de las medidas precautorias, lo que pretendían era un verdadero resguardo provisorio del derecho de fondo, dando lugar a la coincidencia del pedido con el objeto de la pretensión deducida. De allí la preocupación por reclamar adecuada ponderación y

[338] Fallos: 327:4495 (Caso Bustos).

prudencia cuando la orden cautelar podía incidir en el estado de hecho o de derecho existentes[339].

1.3 La autonomía que tiene la medida cautelar, como solución preventiva y esencialmente precautoria, evidentemente no puede mudar su naturaleza hacia una resolución definitiva cuya reparación ulterior sea de imposible cumplimiento.

En efecto, en esas condiciones, la concesión de la medida cautelar constituye una suerte de decisión de mérito sobre cuestiones que no hallarán, en principio, otro espacio para su debate[340].

> Si la recurrente acreditó su estado de salud mas no la incidencia económica del tratamiento médico-farmacológico a que debe imperiosamente someterse, ni la carencia de recursos para afrontarlo de su peculio, no se advierte el peligro de que el mantenimiento de la situación existente pudiera influir en la sentencia o convirtiera su ejecución en ineficaz o imposible (Voto de los Dres. Eduardo Moliné O'Connor y Adolfo Roberto Vázquez)[341].

Ahora bien, en toda providencia cautelar el objeto es asegurar el resultado final del proceso, y resguardar de peligros posibles al sujeto que acredite tal situación de riesgo. En tal sentido, ellas se encuentran enderezadas a evitar la producción de perjuicios que se producirían en caso de inactividad del magistrado y podrían tornarse de muy dificultosa o imposible reparación en la oportunidad del dictado de la sentencia definitiva[342].

Este análisis casuístico verifica la asimetría de situaciones. En lo cautelar se pueden estandarizar los presupuestos, no siendo posible responder con generalidades o precedentes jurisprudenciales.

> Dicho esto porque en el fallo recién citado (Fallos: 341:1854) en definitiva se hace lugar a la medida cautelar requerida y ordena a los demandados que provean una silla de ruedas

---

[339] Fallos: 324:4520.

[340] CS, Maggi, Mariano c/ Corrientes, Provincia de s/ medida autosatisfactiva , sentencia del 10 de setiembre de 2020.

[341] Fallos: 326:2503.

[342] Fallos: 341:1854. Aquí se agrega […]: El anticipo de jurisdicción que incumbe a los tribunales en el examen de las medidas cautelares innovativas no importa una decisión definitiva sobre la pretensión concreta del demandante y lleva ínsita una evaluación del peligro de permanencia en la situación actual a fin de habilitar una resolución que concilie -según el grado de verosimilitud- los probados intereses de aquel y el derecho constitucional de defensa del demandado.

> motorizada al aparecer con suficiente claridad que el mantenimiento de la situación padecida por la actora sin el correspondiente equipamiento ortopédico de ayuda motriz podría generar mayores daños que deben ser evitados y la situación de discapacidad y la necesidad de cuidados que la peticionaria padece requiere el dictado de decisiones que resguarden los derechos por ella invocados hasta tanto exista la posibilidad de dirimir los puntos debatidos y de esclarecer los derechos que cada una de las partes aduce.

1.4 La necesidad de ponderar adecuadamente va junto a la razonabilidad de la previsión, por eso, no es solamente la apariencia de buen derecho o el peligro inminente aquello que se valora, sino, además, el contexto legal del cual se fundamenta la procedencia de la pretensión.

> Debe revocarse la medida cautelar que ordenó a una obra social la provisión de la hormona de crecimiento, pues el tribunal basó su argumentación en los deberes emanados del Programa Médico Obligatorio, en las normas atinentes al sistema de seguro de salud y en las disposiciones constitucionales e internacionales relativas a la protección de la vida, la salud y los derechos de niños y niñas, pero omitió examinar los términos de la resolución 2329/14 del Ministerio de Salud de la Nación, expresamente invocada por la demandada, a cuyas exigencias dijo ésta haber ajustado su conducta y sobre cuyos términos estructuró su defensa con el fin de demostrar que la menor no reunía los requisitos a los que el precepto supedita la cobertura de la medicación reclamada[343].
>
> En sentido afirmativo, por su lado, la Corte dice […]: Cabe confirmar la sentencia que condenó a IOMA a dar una cobertura integral de la prestación "Formación Laboral, Jornada Doble" a quien padece una discapacidad, pues la decisión impugnada no solo se basó en la remisión a la doctrina del precedente de Fallos: 331:2135 -en el que se hizo lugar a la medida cautelar tendiente a asegurar una prestación educativa para una menor discapacitada-, sino que también se sustentó en las disposiciones de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobada por la ley 26.378, y en claras normas locales, de rango constitucional (art. 36) y legal (leyes 10.592 y 6982), dirigidas a garantizar a las personas con discapacidad su rehabilitación, educación y capacitación en establecimientos especiales y a promover su inserción social y laboral[344].

En resumen. si las provisiones preventivas razonan sobre el derecho del que las pide, se debe zanjar el predominio mayor, esto es, si corresponde al derecho material que se alega y fundamenta, o si basta, en su caso, con demostrar la urgencia y la presunción de buena fe que delinean como presupuestos los códigos procesales.

---

[343] Fallos: 342:2399.

[344] Fallos: 337:222.

En este piso donde asienta lo puramente cautelar, no podrá dejarse de ver el avance científico adquirido, que por su fuerza y convicción logró conmover los cimientos teóricos y preparó el campo para un desarrollo nuevo, como es la tutela de urgencia.

A partir de este ensamble entre la protección al derecho subjetivo (derecho material) –provisto en una etapa provisional y de carácter preventivo– y el resguardo anticipado de los derechos procesales que permitieran actuar en la ejecución de manera segura, surge un tercer escalón en los objetivos de la tutela cautelar. Es el tiempo de los reaseguros, que se manifiestan en las más típicas tutelas rápidas o provisionales, pero que no son cautelares, propiamente dichas[345].

2. Las tutelas diferenciadas y el anticipo de resultados

2.1 El cambio habido significó transformar la esencia cautelar que, de lo conservatorio y provisional, abrió caminos a soluciones anticipadas encasilladas como tutelas de urgencia. Italia fue precursora en este tipo de resoluciones que tuvieron un rol distinto al de las cautelares típicas, provocando en el derecho comparado las primeras experiencias de la anticipación inmediata del resultado final.

La dimensión de lo precautorio, en definitiva, tiene que definir sus alcances. La transformación de lo cautelar en posibilidades de actuación jurisdiccional menos definidas por la legislación, pero factibles en el marco de los poderes-deberes de la función, intervienen para reclamar certidumbres allí donde existe la posibilidad de ordenar sin ley que lo admita. O bien, dejar en claro que los principios generales sirven para cubrir las lagunas normativas, todo con la finalidad de que el procedimiento preventivo puede revertir en anticipos jurisdiccionales o el aseguramiento puro de una sentencia probablemente favorable.

2.2 La *sentencia anticipatoria* resuelta en el modelo de la *tutela urgente* no es una variación del mecanismo precedente, sino una posibilidad propia que se funda en presupuestos de hecho que, basados en lo manifiesto de la urgencia para resolver y en lo expresivo del derecho en que se apoya, permiten adoptar una decisión anterior al tiempo

[345] Gozaíni, Osvaldo A., *Tratado de Derecho Procesal Civil,* Tomo III (El proceso civil y comercial. Medidas Cautelares y Recursos). Jusbaires, Buenos Aires, 2020, p. 22.

normal de las etapas preclusivas del procedimiento, dando una respuesta provisional que beneficia al que lo pide.

La diferencia es tenue, pero tiene distancias significativas que sugieren distinguirlas también de la tutela inhibitoria de carácter preventivo y de la cautela material donde la sentencia resuelve sobre el mérito, sin que se pueda retrotraer, a cuyo efecto se exige la prestación de contracautela y un severo control judicial.

En síntesis, las medidas cautelares se desempeñan con el objeto de resguardar los fines del proceso principal, y resulta tanto admisible como procedente cuando se cumplen requisitos propios. Entre esas finalidades puede estar lo esencialmente preventivo, pero esta función encuentra extensiones que, sin ser precautorias en el sentido de la teoría cautelar, se expresan con fines independientes que no tienen subsidiariedad con nada, salvo con la propia misión que persiguen.

> Si bien las decisiones adoptadas en materia de medidas cautelares no son susceptibles de revisión por la vía del recurso extraordinario pues no constituyen la sentencia definitiva que exige el art. 14 de la ley 48, tal principio debe ceder si los recurrentes han expresado -con apoyo en las constancias médicas acompañadas- que dada la insuficiencia de sus medios económicos, la falta de cobertura médica privada y las carencias del hospital público zonal para cubrir las necesidades básicas que requiere el cuidado de la hija, la demora en el inicio del proceso asistencial, terapéutico y de equipamiento ortopédico requeridos hasta el momento de la sentencia definitiva, no sólo agravará su delicado estado de salud, con claro riesgo de su vida, sino que ocasionará nuevos daños irreversibles, circunstancias que permiten tener por cumplido el requisito de definitividad y ponen de manifiesto la necesidad de obtener una tutela jurisdiccional efectiva para modificar la situación en que se encuentra y evitar mayores perjuicios […]
>
> Teniendo en cuenta que una moderna concepción del proceso exige poner el acento en el valor "eficacia" de la función jurisdiccional y en el carácter instrumental de las normas procesales, en el sentido de que su finalidad radica en hacer efectivos los derechos sustanciales cuya protección se requiere, no pudo pasar desapercibido para la cámara, dada la interrelación que existe entre los requisitos de admisibilidad, la relevancia que en este tipo de medidas adquiría la gravedad del cuadro de salud que presentaba la joven, ni los daños irreparables que se producirían de mantenerse la situación de hecho existente hasta el dictado de la sentencia, y en especial cuando el anticipo de jurisdicción solicitado tiende a remediar un agravio a la integridad de la persona, tutelada por la Convención sobre los

Derechos de las Personas con Discapacidad (art. 5.1 y arts. 10, 17 y 25, respectivamente)[346].

3. Medida cautelar genérica

3.1 La medida cautelar genérica es la denominación que se da al poder cautelar que tienen los jueces para disponer y ordenar providencias precautorias que no se encuentran expresamente nominadas en los ordenamientos procesales.

Ella encuentra su razón de ser en que el legislador al no poder prever todas las situaciones de las cuales pueda resultar viable un anticipo de la garantía jurisdiccional, tiene facultades suficientes para decretar la medida que aparezca como más idónea o apta para asegurar provisoriamente el derecho invocado.

En tal sentido se resuelven atendiendo las necesidades del caso, siguiendo los principios y presupuestos comunes, y teniendo presente que el órgano jurisdiccional está obligado a proveer todos los medios necesarios para asegurar la eficacia de sus pronunciamientos. En consecuencia, como las demás medidas cautelares, siguen el requerimiento de la verosimilitud del derecho, el peligro en la demora y la prestación de contracautela.

3.2 Asimismo, como no desatienden la necesidad de mantener la igualdad de las partes y evitar que se convierta en ilusoria la sentencia que ponga fin al pleito, quedan subordinadas a la verificación de dos extremos insoslayables: la demostración de la urgencia en resolver a falta de una precautoria precisa que resuelva el peligro generado por la demora; y la apariencia fundada de tener un derecho verosímil y razonable.

El significativo progreso de la teoría cautelar tuvo en la cautelar innominada la fuente de sus posibilidades, pues a partir de su encuadre surgieron la medida de no innovar como la denominada “innovativa”, las que después quedaron especificadas sin perjuicio del régimen supletorio aplicado cuando no existe una previsión normativa expresa (art. 2, CCyCN).

La jurisprudencia utiliza en el derecho a la salud esta vía, mucho más que las autostisfactivas o la urgencia, habiendo dicho, entre muchos casos, que […]

---

[346] Fallos: 334:1691.

Corresponde hacer lugar a la medida cautelar solicitada y ordenar a la Provincia de Buenos Aires y al Estado Nacional la provisión en forma inmediata de la silla ortopédica requerida, pues media verosimilitud en el derecho y se configuran los presupuestos establecidos en el art. 230 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación para acceder a la medida propuesta[347].

Pese a que la Corte no resulta competente para entender en las actuaciones, en tanto media verosimilitud en el derecho y se configuran los presupuestos establecidos en el art. 230 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, corresponde hacer lugar a la medida cautelar solicitada por quien consideró vulnerado su derecho a la salud y ordenar a la Unión Personal Civil de la Nación y a la Provincia de Buenos Aires que le provean el elemento requerido[348].

Encontrándose en juego el interés superior del niño en aspectos tan esenciales como su salud y su vida, no resulta razonable dejar sin efecto la disposición precautoria dictada en su resguardo y esperar "sine die" a que el sentenciador se expida respecto de las diversas incidencias que se han planteado ante las insuperables diferencias entre las partes[349].

El hecho de dejar sin efecto la sentencia que revocó la decisión que había hecho lugar a una medida cautelar, no importa una decisión definitiva sobre la procedencia íntegra del reclamo formulado por los actores, sino que lleva ínsita una evaluación del peligro de permanencia en la situación actual y se presenta como un modo apropiado e inmediato de asegurar al menor el acceso a lo que su estado de salud reclama, sin perjuicio de que una resolución posterior pueda conciliar -según el grado de verosimilitud- los intereses en juego y el derecho constitucional de defensa de la demandada (Voto del Dr. Juan Carlos Maqueda)[350].

Corresponde hacer lugar a la medida cautelar, al verificarse la verosimilitud en el derecho y el peligro en la demora, y ordenar al Estado Nacional y a la Provincia de Buenos Aires proveer los medicamentos indicados pero no en su totalidad toda vez que de la documentación acompañada no surge que uno de los productos haya sido recetado como parte del tratamiento[351].

Corresponde hacer lugar a la medida cautelar y ordenar a la Provincia de Buenos Aires y a la Municipalidad de Quilmes que provean a los menores de los alimentos necesarios para

---

[347] Fallos: 326:4981.

[348] Fallos: 326:4572.

[349] Fallos: 326:2906.

[350] Fallos: 326:2906.

[351] Fallos: 326:1400.

asegurar una dieta que cubra las necesidades nutricionales básicas y se realicen controles sobre la evolución de su salud, en un plazo de cinco días[352].

Si bien la Corte Suprema no resulta competente -al no mediar incumplimiento del Estado Nacional- para resolver el amparo interpuesto con el objeto de superar el grave estado de desnutrición que afecta a los hijos de los demandantes, corresponde hacer lugar a la medida cautelar, pues media suficiente verosimilitud en el derecho y en particular peligro en la demora (art. 230 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). -Del precedente "Rodríguez", al que remitió la Corte Suprema, las Dras. Highton de Nolasco y Argibay se remitieron a su disidencia en dicha causa-[353].

Si bien es cierto que la prótesis correspondiente, así como los demás insumos ya fueron suministrados por el Ministerio de Salud de la Provincia de Buenos Aires para que la amparista pudiera ser operada, no lo es menos que el cumplimiento de esa obligación no fue espontánea sino como consecuencia de la medida cautelar decretada, por lo que no se verifica razón alguna para eximir de costas a los demandados en la medida en que la peticionaria se vio obligada a promover y continuar con el proceso a fin de obtener la tutela de los derechos constitucionales conculcados por la conducta omisiva de las autoridades públicas demandadas (art. 14, ley 16.986, art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación)[354].

Si media verosimilitud en el derecho y se configuran los presupuestos establecidos en el art. 230 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, cabe hacer lugar a la medida cautelar y ordenar al Estado Nacional que provea, en un plazo de cinco días, los medicamentos que fueron prescriptos al actor[355].

Como se aprecia, es larga y de profusa casuística el uso de los presupuestos establecidos en el art. 230 del código ritual para conceder la medida cautelar genérica, disponiendo por razones de urgencia y confrontado las circunstancias de la causa.

4. El activismo judicial en la tutela preventiva

4.1 La diversidad de acciones que contiene el derecho a la salud, contrasta con la reducción de posibilidades que se tienen en materia cautelar, por lo cual, el problema se puede enfocar desde la perspectiva de la función jurisdiccional y sus potestades; o desde

---

[352] Fallos: 329:2759.

[353] Fallos: 329:548.

[354] Fallos: 328:4640

[355] Fallos: 328:429

.

la parte que las requiere en orden a los derechos que sostiene y los peligros que lo acechan.

Es decir, la dispersión de funciones en la actividad jurisdiccional disciplina alternancias que dependen de lo que el juez pueda realizar más allá de lo legislado; pero también habilita la creatividad del abogado que solicita desde la demanda innovaciones de pretensión que no se muestran en el clásico conjunto de lo "material" y "procesal".

Dicho esto en el sentido de advertir una transformación en la dinámica del objeto, que no encuentra el molde apropiado en el sistema procesal que tiene, toda vez que la costumbre de práctica cotidiana es que el juez actúa, a instancia de parte, para reparar el perjuicio sufrido o restablecer el principio de legalidad.

Entonces, ¿qué ocurre? La respuesta no parece simple: hoy los roles de jueces y tribunales son diferentes pues tienen un deber implícito en la función que es "hacer justicia", más allá de las pretensiones interesadas de las partes, aunque sin quebrar sus garantías. El problema está en que los esquemas no han variado y se continúan aplicando principios y reglas que, a pesar de los reclamos de la doctrina para su adaptación, siguen tratando la controversia judicial como una lucha entre partes.

En este contexto es preciso obrar claramente para impedir que la actividad no se vea como un ejercicio de autoritarismo judicial. Sobre todo, porque los perfiles novedosos que se encuentran, en realidad tienen precedentes conocidos, sólo que nominalmente se los presenta como diferentes.

4.2 Actualmente, el amparo confronta su efectividad preventiva con la acción específica del Código Civil y Comercial.

> Acción preventiva se define como aquella "que persigue evitar el acaecimiento, repetición, agravación o persistencia de daños potencialmente posibles, conforme al orden normal y corriente de las cosas, a partir de una situación fáctica existente; existiere o no algún vínculo jurídico preexistente con el legitimado pasivo de ella. De tener éxito, se traducirá, por lo general, en una orden de hacer o de no hacer que busque revertir o modificar la situación fáctica que genera el riesgo de daño (o de persistencia o repetición) que justifica su promoción"[356].

[356] Peyrano, Jorge Walter, *La acción preventiva*, Buenos Aires, LexisNexis-Abeledo Perrot, 2004, p. 36.

El modelo trabaja con el deber de prevenir el daño, establecido en el artículo 1710, que abriendo notablemente la legitimación para obrar en el proceso dispone:

> Artículo 1710. *Deber de prevención del daño*. Toda persona tiene el deber, en cuanto de ella dependa, de:
>
> a) evitar causar un daño no justificado;
>
> b) adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud; si tales medidas evitan o disminuyen la magnitud de un daño del cual un tercero sería responsable, tiene derecho a que este le reembolse el valor de los gastos en que incurrió, conforme a las reglas del enriquecimiento sin causa;
>
> c) no agravar el daño, si ya se produjo.
>
> Los artículos siguientes dicen:
>
> Artículo 1711. *Acción preventiva*. La acción preventiva procede cuando una acción u omisión antijurídica hace previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento. No es exigible la concurrencia de nin- gún factor de atribución.
>
> Artículo 1712. *Legitimación*. Están legitimados para reclamar quienes acreditan un interés razonable en la prevención del daño.
>
> Artículo 1713. *Sentencia*. La sentencia que admite la acción preventiva debe disponer, a pedido de parte o de oficio, en forma definitiva o pro- visoria, obligaciones de dar, hacer o no hacer, según corresponda; debe ponderar los criterios de menor restricción posible y de medio más idó- neo para asegurar la eficacia en la obtención de la finalidad.

La acción preventiva ingresa así al cúmulo de acciones diferenciadas con la ventaja de constituir una suerte de acción popular que actúa toda persona que acredite suficiente interés para prevenir un daño.

4.3 El debate que surge de este poder instrumental que prohija el activismo judicial es ríspido por las acusaciones de autoritarismo judicial, o de prejuzgamiento inconstitucional. Sin embargo, no se puede ser tan extremo sin advertir que nuestra legislación, tiene un nutrido conjunto de posibilidades reales de anticipar la tutela sin sacrificar garantías ni principios del proceso.

Es cierto que una cosa es asegurar provisionalmente el cumplimiento de la sentencia y otra, diferente sin duda, resulta anticipar la decisión en forma total o parcial, lo que en alguna jurisprudencia se lee como “despacho interino de fondo”. Este grupo

está dentro del género de las tutelas especiales, o de urgencia, y acomete como sentencia anticipatoria, que resulta definida como […]:

> La que tiende a obtener una providencia no contemplada en previsiones legislativas específicas, otorgando en forma anticipada total o parcialmente el objetivo mediato de la pretensión contenida en la demanda y que, según la naturaleza del interés, el carácter del peligro que lo amenaza, o las particulares circunstancias que surgen de la situación jurídica por la inminencia o presencia efectiva de un perjuicio irreparable, o de difícil reparación, atento el grado de convicción enmarcado en la certeza suficiente que se forma el juez en forma sumaria en base a la prueba aportada, y de acuerdo a su criterio discrecional por conceptuarla más idónea para obviar las consecuencias disvaliosas de un evento que podría producir la supresión o la restricción de los efectos obligatorios o ejecutivos de la decisión sobre el mérito[357].

En funcionamiento la tutela anticipatoria exige más que la verosimilitud en el derecho. La proximidad con la certeza es el estado ideal, al punto que no se podría adelantar el resultado con la mera posibilidad que surge del presupuesto cautelar, pero sería factible cuando la sumatoria de probabilidades aumenta la certidumbre. Lo manifiesto por su evidencia palpable y clara es el punto de partida que posibilita plantear la pretensión.

4.4 Luego debe ser analizado el riesgo que importa no resolver de inmediato y el peligro de tornar inútil la decisión de fondo o de ver frustrado el derecho. La irreparabilidad del perjuicio en los tiempos normales del litigio es la pauta, pero no el fundamento. El peligro en la demora es cautelar, mientras que la urgencia fundada es propia de la tutela anticipatoria. No puede trabajar aislada de la certeza absoluta, pues allí donde exista un álea o eventualidad de tener soluciones disintas, se anula la procedencia.

La bilateralidad con el derecho a la contradicción permanente genera otra diferencia con lo cautelar puro, pues no se elimina en la especie. La anticipación de la sentencia es coincidencia con la pretensión material, no con las prevenciones de naturaleza cautelar que se pueden conseguir, por ejemplo, con las acciones preventivas.

---

[357] Carbone, Carlos, "Los despachos interinos de fondo", en Peyrano, Jorge Walter (dir.), *Sentencias anticipadas*, Buenos Aires/Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2000, p. 89; Marinoni, Luiz Guilherme, "La tutela anticipatoria en la reforma del proceso civil brasileño", *Jurisprudencia Santafesina*, N° 25, p. 17.

Finalmente, la irreversibilidad es una traba para que se autorice el adelanto que beneficia al que pretende (el actor, desde que se trata de resolver anticipadamente la pretensión, no la resistencia), porque la esencia de este mecanismo es la provisionalidad; vale decir, la solución instantánea pero no definitiva, en cuyo caso, de tornar de imposible devolución las cosas al estado anterior, vuelve en un crédito emergente de la sentencia (título ejecutorio), que no significa accionar de regreso.

5. El activismo judicial en la tutela autosatisfactiva

5.1 La doctrina ha trabajado muchísimo la materia, como también se ocupa la jurisprudencia de llevarla a cabo y señalar presupuestos y condiciones que legislativamente aparece en pocos ordenamientos.

En este sentido se exponen los siguientes requisitos:

a) que fuere necesaria la cesación inmediata de conductas o vías de hecho producidas o inminentes, contrarias a derecho según la legislación de fondo o procesal;

b) que el interés del postulante se circunscriba, de manera evidente, a obtener la solución de urgencia no cautelar requerida, no extendiéndose a la declaración judicial de derechos conexos o afines;

c) los jueces podrán fijar límites temporales a las medidas de satisfacción rápida que despacharen, y disponer, a solicitud de parte, prórroga de estas,en cuyo caso no rigen en la materia los principios de instrumentalidad y caducidad propios del proceso cautelar;

d) los jueces deberán despachar directamente la medida autosatisfactiva postulada, o excepcionalmente según fueran las circunstancias del caso y la materia de la medida, someterla a una previa y reducida sustanciación, que no excederá de conceder a quien correspondiere la posibilidad de ser oído;

e) el legitimado para contradecir una medida autosatisfactiva ordenada podrá optar para impugnarla entre la interposición directa del recurso de apelación que será concedido en su caso, con efecto devolutivo o iniciar un proceso declarativo general sumario de oposición cuya promoción no impedirá el cumplimiento de la decisión judicial impugnada; elegida una vía de impugnación, se perderá la posibilidad de hacer valer la otra.

También podrá solicitar la suspensión provisoria de la medida auosatisfactiva que lo afectare, en el supuesto de que acreditare *prima facie* la existencia de la posibilidad de sufrir un perjuicio de difícil o imposible reparación; previo ofrecimiento y prestación de contracautela suficiente[358].

5.2 Para comprender cabalmente el modelo, primero es necesario responder a su objetivo. Las medidas de satisfacción inmediata son providencias que anticipan un resultado coincidente con la pretensión principal, tornando innecesario continuar con el trámite del proceso, al quedar cumplido su objeto con la decisión adoptada.

La presentación de ellas, sean requeridas en forma independienete o como providencias cautelares dentro de un juicio de amparo, supone trabajar con los requisitos de la tutela de urgencia y particularmente de la tutela anticipatoria. Vale decir, certidumbre absoluta sobre el carácter fidedigno del derecho que se invoca; evidencia notoria y sin necesidad de prueba corroborante, más la necesidad imperiosa de solucionar con la mayor celeridad posible para evitar un perjuicio irreversible.

Con estos requisitos se plantea la pretensión urgente que, como tal, no es una medida cautelar porque no persigue la satisfacción provisional sino la obtención de un resultado pleno.

La certidumbre inicial que se exhorta ante los jueces para que sean estos quienes decidan da lugar a la cuestión siguiente: ¿es suficiente para obrar la función jurisdiccional de conocimiento y ejecución, acordando efectos de cosa juzgada, a una pretensión que no tiene posibilidades de resistencia, más allá del control de razonabilidad y prudencia que el tribunal ejerza? Probablemente sea muy riesgoso afirmarlo, pero si se intercala entre el pedido y la decisión una etapa de bilateralidad, se resuelve –a nuestro parecer– la inconstitucionalidad manifiesta que denota la afectación al derecho de defensa.

5.3 Inmediatamente aparece otro motivo de esclarecimiento: ¿se trata de oír, nada más?, ¿se puede ofrecer prueba en contrario?, ¿la petición de medidas de satisfacción inmediata requiere pruebas que acrediten el derecho más que verosímil?

---

[358] Corresponde a las exigencias del art. 232 *bis* del Código Procesal Civil y Comercial de la provincia del Chaco.

La bilateralidad que vemos necesaria es para confrontar argumentos y razones, no desarrollos probatorios que parecen innecesarios cuando el conflicto versa entre certezas (es decir, con evidencias suficientes). A lo sumo la prueba es documental o anticipada, logrando de ella la certidumbre que se pide para actuar de inmediato

> Se debe dejar sin efecto la sentencia que revocó la decisión de la instancia anterior mediante la que se había concedido la medida cautelar solicitada si la misma tuvo por objeto evitar eventuales perjuicios a la actora, que podrían derivar de la falta de atención, o del incumplimiento de prestaciones de servicios médicos, lo que colocaría en riesgo la salud e, incluso, su propia vida, máxime teniendo en consideración que la recurrente padece una patología que impone un tratamiento oncológico regular y sin dilaciones[359].
>
> Corresponde revocar la sentencia que había dejado sin efecto una medida cautelar si los diversos informes médicos obrantes en autos y en especial el preinforme del Cuerpo Médico Forense indican que el niño continúa siendo dependiente absoluto, con necesidad de prestaciones que no deben ser interrumpidas y, ante la amplitud del convenio y la jerarquía de los valores que se hallan en juego -preservación de la salud, comprendida dentro del derecho a la vida-, se impone la solución que, hasta tanto se diluciden las numerosas incidencias planteadas, aleje el peligro de que el menor se vea impedido por cualquier circunstancia de recibir aquellas prestaciones[360].

Por tanto, la medida de ejecución plena e inmediata no tiene autonomía porque, en realidad, lo que se agota con la decisión y el cumplimiento es el objeto de la pretensión, no así el procedimiento que sigue pendiente de las actuaciones procesales que el afectado podrá deducir.

Pensar en las medidas de satisfacción inmediata como procedimientos autónomos, o como innovación en las funciones jurisdiccionales que carecen del modelo típico del método judicial de debate, tiene para nosotros dos inconvenientes de naturaleza constitucional:

a) Aceptar que es un despacho singular que torna innecesaria la promoción de un proceso porque ya se consiguió el objeto que en este se debiera plantear supone generar una providencia de naturaleza administrativa (no jurisdiccional, porque resuelve una demanda que no quiere ser pretensión, pues esta exige sustanciación) que, al afectar el derecho de terceros a quienes no se escucha, es inconstitucional;

---

[359] Fallos: 328:4493.

[360] Fallos: 326:2906.

b) Si acordamos que hay sustanciación por mínima que sea, hay garantías, principios y reglas que se deben cumplir para que haya proceso; y para ser tal culmina, únicamente, con la sentencia fundada que la Norma Fundamental instala entre las garantías del debido proceso. Si es una providencia, o un despacho, no será la sentencia debidamente fundamentada que piden las normas básicas mencionadas.

CAPÍTULO X

ETAPA PROBATORIA

1. La prueba en el amparo

1.1 Instalados en el juicio de amparo la prueba tiene connotaciones diferentes a las que operan en un proceso de conocimiento sumarísimo. La elección de una vía preferente y sumaria que hace el actor, lo lleva a tener que demostrar, desde el inicio, que su pretensión se destina a resolver una cuestión constitucional relacionada con alguno de los aspectos del derecho a la salud y de las garantías que se proyectan desde el derecho a la vida y la integridad física.

Cuando el juez interviniente interpreta que no es esa la vía judicial más idónea, debe señalar cuál es el proceso que necesita, y resolver en la misma providencia su competencia y el trámite a continuar.

Si no cuestiona la naturaleza garantista del proceso comenzado, en el sentido de admitir que el acto lesivo existe y que el alcance del mismo visualiza una posible alteración o restricción a derechos tutelados por la Constitución y demás tratados y convenciones cobijados en las Normas Fundamentales, no puede transformar la esencia del juicio de amparo, llevando la causa a un proceso de conocimiento que requiere mayor debate y prueba.

Si lo hace, esa determinación confunde el procedimiento a seguir. O es la audiencia de prueba con las características de la Ley 16.986, o es el código procesal con la audiencia preliminar que, regulada en el artículo 360 del ordenamiento adjetivo, mecaniza varios aspectos probatorios que inciden notoriamente en la producción de medios y en el alcance de las fuentes de prueba.

1.2 En el fondo todas elaboran soluciones desde la audiencia, solo que las cargas, deberes y obligaciones de las partes o sujetos intervinientes, tienen responsabilidades desiguales. Por ejemplo, si el proceso se convierte en sumarísimo y se

aplican sus reglas, la prueba ofrecida en el amparo se podrá ampliar en virtud del cambio de escenario y de la entrada que tienen otros medios como la confesión, el pedido de informes especializados, o toda otra medida de prueba que se considere conveniente. Si el proceso sigue como amparo, encontrará las limitaciones probatorias del artículo 7 de la Ley 16.986.

De igual modo, la carga de citación de los testigos difiere, así como las consecuencias que pueden sufrir ante la incomparecencia a cualquiera de las audiencias; sea la del artículo 360 del Código Procesal; o del artículo 10 de la ley de amparo.

De todas maneras, estas asimetrías pueden compensarse con el deber jurisdiccional de dirigir el procedimiento, debiendo dentro de los límites establecidos por el régimen procesal, disponer medidas de concentración de actos, señalar antes de dar trámite a cualquier petición, los defectos u omisiones de que adolezcan, ordenando que se subsanen y "disponer de oficio toda diligencia que fuere necesaria para evitar o sanear nulidades" (art. 34 inciso 5 apartados I y II del CPCC).

1.3 De cuanto se expresa resulta importante ver que el ofrecimiento de la prueba en el amparo puede ampliarse con la conversión a sumarísimo; salvo que el tribunal interprete que el amparo sea admisible como *remedio excepcional y sumarísimo,* sin relacionar los vínculos que se tienen con el juicio de conocimiento de suma abreviación que se regula en los arts. 321 y 498 del código procesal. De este modo, y sin violar deberes y potestades judiciales, de conformidad con las pretensiones deducidas por el actor, podrá adaptar las modalidades del proceso a las reglas del trámite más simple, breve y sencillo, que le impone la tutela a realizar.

Referencia ineludible de este permiso fueron los amparos resueltos en emergencia económica, cuyo descalabro procesal obligó a la Corte a exhortar que el *remedio excepcional y sumarísimo* del amparo estableciera diferencias con las vías procesales ordinarias, con el fin de evitar la desnaturalización del juicio constitucional, y dar eficacia a la protección judicial que se reclama en asuntos de innegable trascendencia institucional y social[361].

[361] Cfr. Fallos: 327:4495.

Esta es una tercera opción que se abre paso desde que en el caso "Furlan vs. Argentina"[362], la Corte IDH señaló el deber de los jueces de impulsar el procedimiento y dictar medidas de ordenación y regularidad acordes con la eventual complejidad del litigio.

> Toda vez que no se desprenden razones concretas que justifiquen por qué un proceso civil que no debía durar más de dos años, terminó durando más de doce años y que actividad de la parte interesada no es la causante directa de dicha dilación, cabe concluir que la autoridad judicial no procuró en forma diligente que los plazos procesales se cumplieran, no cumplió su deber de tomar medidas tendientes a evitar la paralización del proceso y, no obstante tratarse de un asunto relacionado con una indemnización por incapacidad física de un menor de edad, no hizo uso de sus facultades ordenatorias e instructorias, no le confirió "preferente despacho", en general, no tuvo la diligencia especial requerida para resolver el asunto objeto de su conocimiento.

2. Producción probatoria

2.1 Aun con la regla que le permite al juez la actuación de medios probatorios adicionales a los ofrecidos por las partes, con la única intención de formar una adecuada convicción para resolver el litigio; lo cierto es que el derecho a probar o generar medios de verificación y confirmación, son derechos constitucionales implicados en el debido proceso, que persigue llegar a una tutela jurisdiccional efectiva.

Con esta vara, la medida de qué pruebas son o no admisibles, quedarían despojadas del inconveniente técnico, y permitirían aportar mejor salida al fin preventivo del remedio excepcional (amparo o sumarísimo). Es decir que no sería problema la diferencia procesal en la etapa probatoria, sino la aptitud que se disponga para las fuentes y medios de prueba que se admitan.

2.2 La dogmática incursiona en este planteo, porque en un proceso de conocimiento está presente (aunque en franco retroceso formal) el principio de la carga de la prueba, que proviene de una lógica de los hechos que trabaja sobre el carácter bilateral del litigio, donde al juez se lo convence probando. Pero en los procesos constitucionales, inclusive los que trascienden la mera denuncia de inconstitucionalidad

---

[362] Corte IDH. Furlan y Familiares vs. Argentina. Sentencia de fecha 31 de agosto de 2012 (Excepciones preliminares. Fondo. Reparaciones y costas), Serie C Nº 246, párr. 186.

y asientan la crisis en la violación o amenaza de un derecho fundamental, la prueba no puede quedar como un deber, carga u obligación individual. Al Estado le importa identificar si existe o no una cuestión constitucional, por eso, sobre la base del derecho constitucional a la prueba se crean singularidades.

Por tanto, en los amparos de salud se alienta una modificación en reglas y principios destinados a la obtención, producción y valoración probatoria, en miras a dotar al procedimiento de una mayor cercanía con la verdad que se debe descubrir. Si la prueba sigue vista como un proceso de acreditación de afirmaciones a cargo exclusivamente de las partes, es posible que el acierto logrado, en los hechos personifique un absurdo, porque el juez estará ausente en la confirmación de los hechos.

En cambio, si se considera el modo de componer el litigio y la calidad del *opus* decisorio, podrá admitirse que las seguridades aumentan porqué el juez estará sobre las circunstancias que él necesita verificar. No se trata de revertir principios como la carga probatoria, sino de reconducir el objeto de la prueba. Mucho más cuando se trata de conflictos constitucionales.

La valoración debe estar exenta del mentado principio que sostiene que la falta de prueba es contraria a una sentencia favorable; precisamente se trata de trabajar sobre una presunción (o presupuesto procesal) que es el principio "*pro homine*", según el cual, en caso de duda, se debe estar por la protección del derecho.

> Los principios constitucionales, rectores de los estatutos de la salud, la discapacidad y la niñez se proyectan, sobre lo atinente a la carga de la prueba relativa a la existencia de una institución pública adecuada para satisfacer la prestación educativa solicitada, en los términos de la resolución 428/99 del Ministerio de Salud y Acción Social -punto 6 del Anexo […]. El régimen propio de la discapacidad se ve desnaturalizado al dejar sin cobertura una necesidad central, con el único fundamento en la ausencia de una prueba negativa que la ley 24.901 no exige (Disidencia del juez Rosatti) [363].
>
> Derivar la carga probatoria sobre la actora vinculada a la imposibilidad de acudir a una institución pública adecuada que brinde la prestación solicitada, en base a una interpretación de una norma de rango inferior (la resolución 428/99 del Ministerio de Salud y Acción Social), cuyo texto tampoco autoriza a colocar una carga de tal magnitud en cabeza de la familia del niño discapacitado, no resulta razonable; al contrario -y aun concediendo por hipótesis que pueda abrirse una duda a raíz de la limitación que introdujo la mencionada resolución ministerial-, frente a la disyuntiva debió procederse con arreglo a

[363] CS, Recurso Queja Nº 2 - R., M.S. c/ OSDE s/Amparo de salud, sentencia del 27 de agosto de 2020.

> las directrices constitucionales tuitivas en favor del niño y, por añadidura, de sus cuidadores, que se desprenden del marco constitucional (Disidencia del juez Rosatti). - La Corte, por mayoría, desestimó el recurso extraordinario por considerarlo inadmisible (art. 280 CPCCN)[364]-.
>
> Corresponde dejar sin efecto la sentencia que hizo lugar al reintegro de gastos de asistencia médica y daño moral al concluir que el certificado no era más que una prueba adicional de la discapacidad que el niño padecía si la primera fuente de interpretación de la ley es su letra y de los textos de normas aplicables surge palmaria la necesidad de presentar dicho certificado o, eventualmente, la documentación que acredite haberlo solicitado a la autoridad competente para expedirlo, máxime cuando no está en juego la salud, la vida o la integridad del niño[365].

2.3 La producción probatoria en temas de salud es determinante para encontrar el sendero apropiado al objeto constitucional que se presenta. Por eso, es menester distinguir en su tiempo y lugar, la diferencia entre reclamar una prestación de salud derivada de un contrato predispuesto, respecto de aquellos deberes prestacionales que orbitan como obligaciones del Estado y sus delegados responsables.

Lo mismo ocurre si el hecho está consumado y el daño es irreversible, con relación a las actuaciones preventivas o de solución urgente que tienden, precisamente, a evitar el daño irreparable.

La línea demarcada es tenue y apenas se encuentra definida. Por eso, hay veces donde se intenta el amparo para dar a un conjunto de personas un tratamiento médico, basando el pedido en información obtenida sin intervención de la demandada, que por esa ausencia de control se invalida, dando a la prueba un valor contrario a la demostración necesaria del acto lesivo.

En este sentido la Corte nacional ha dicho […]

> Corresponde descalificar la sentencia que declaró abstracta la acción de amparo intentada por las Defensoras del Niño y del Adolescente de la Provincia del Neuquén con el objeto de que el gobierno provincial brinde, a través de un dispositivo público, un adecuado tratamiento de salud para los pacientes duales en drogadependencia, si se apoyó exclusivamente en un elemento de prueba, obtenido con motivo de una medida para mejor

---

[364] CS, Recurso Queja Nº 2 - R., M.S. c/ OSDE s/Amparo de salud, sentencia del 27 de agosto de 2020.

[365] Fallos: 340:1149.

proveer, que no fue puesto en conocimiento de la actora, lo que violenta su derecho de defensa, constitucionalmente protegido por el art. 18 de la Constitución Nacional[366].

La sentencia que rechazó la acción de amparo solicitando autorización para ser sometida al acto quirúrgico de ligadura de trompas omitió considerar las situaciones fácticas invocadas -madre de cuatro hijos, falta de empleo fijo y un único ingreso proveniente del "Plan Jefes de Hogar"- y adoptó una decisión dogmática y genérica al negarse a considerar la prueba que demostraba la negativa de los profesionales médicos a realizar la intervención solicitada[367].

Mientras que en otros casos se revela que la prueba es de los hechos alegados y no del perjuicio constitucional. En este aspecto se dice […]

No es descalificable como acto judicial válido el pronunciamiento que, si bien sólo dedica un breve párrafo a la prueba producida en segunda instancia, trató el punto relativo al estado de salud mental de la esposa en relación a su conducta matrimonial e hizo remisión al dictamen del Fiscal de Cámara, lo que da al fallo sustento bastante en razones de hecho y prueba aportadas a la causa[368].

Corresponde dejar sin efecto la sentencia que ordenó al hospital, Ministerio de Salud local y a la provincia demandada que cubran el 100 % de las prestaciones médicas, pues omitió considerar los planteos de la demandada relativos a que el convenio en el que la actora fundó su pretensión no incluyó disposición alguna sobre la atención de su salud, así como el atinente a que el Estado se halla obligado a brindar las prestaciones enunciadas en la ley 24.901 solo de manera subsidiaria, pues dicha cobertura corresponde a las obras sociales[369].

Es arbitraria la sentencia que dispuso con carácter cautelar que la obra social demandada arbitre los mecanismos necesarios para asegurar a la afiliada la cobertura de las prestaciones solicitadas, toda vez que ha ordenado la cobertura integral del sistema BPAP y del tratamiento por tabaquismo bajo argumentaciones genéricas que soslayan elementos técnicos incorporados al expediente y sin atender a lo alegado al respecto por el organismo asistencial demandado pasando por alto que el dictamen del Cuerpo Médico Forense obrante en la causa señaló que las patologías referidas no están comprendidas en el certificado de discapacidad de la actora[370].

---

[366] CS, Defensoría del Niño c/ Provincia del Neuquen y otro s/ acción de amparo. Sentencia del 7 de octubre de 2008.

[367] Fallos: 329:2179.

[368] Fallos: 300:535.

[369] CS, Padilla, Laura Rosario c/ Hospital de General Roca y otros s/ amparo. Sentencia del 12 de noviembre de 2020.

[370] CS, Recurso Queja Nº 1 - L S., M.T. c/ Obra Social del Poder Judicial de la Nación s/ amparo de salud. Sentencia del 29 de octubre de 2020.

2.4 La producción de prueba, entendido como el deber de probar que tienen los sujetos del proceso, enfatiza el rol que desarrolla el juez según quede en el amparo constitucional, o radique la prueba en un proceso de conocimiento. Si asume la tercera posibilidad advertida en párrafos anteriores, la situación varía.

Esto último es, según nuestra posición, el sistema que mejor concilia la función judicial con el objeto y finalidad de la prueba. En otros términos, no se desconoce el valor que tiene para el derecho de defensa en juicio, ampararse en la cómoda posición de obligar a solo una parte a que pruebe. Pero afirmar esto como consigna, supone tanto como ratificar que la carga probatoria es también un límite para encontrar la verdad, y que al proceso no le interesa descubrirla. Además, como la actividad probatoria exige resultados, dejar que el esfuerzo sea llevado por uno solo no es equilibrar la balanza porque esta tiene con el *onus probandi* un contrapeso considerable.

En consecuencia, el conocimiento judicial tiene que trabajar sobre hechos afirmados que sean veraces; con ellos se podrá llegar a la certidumbre necesaria para resolver el conflicto, *más allá de toda duda razonable*. Entonces, la carga probatoria no es una exigencia de actividad destinada a la parte que demanda o pretende, sino una consecuencia dirigida al juez para apreciar la falta de prueba sobre los hechos afirmados y negados[371].

La falta de prueba no puede obligar al juez a sustituir la apatía de las partes produciendo él mismo aquellas que, propuestas, han quedado sin concreción por el propio desinterés o la negligencia de quienes debían instar su obtención. Lo que no priva al tribunal de ordenar la realización de diligencias necesarias para esclarecer la verdad de los hechos controvertidos, respetando el derecho de defensa de las partes (art. 36, inc. 4, Cód. Proc.).

2.5 Hay diferencias que se deben explicar en la dimensión de este principio: la primera orientación viene impuesto por cierto tipo de hechos que el juez no puede eludir ni tenerlos como inexistentes por la sola decisión de las partes de no haberlos alegado.

Por ejemplo, la declaración indagatoria en materia penal permite inquirir sobre cosas y lugares que no afectarán la presunción de inocencia, aun cuando puedan llevar a

---

[371] Gozaíni, *Tratado de Derecho Procesal Civil*, tomo II (Jusbaires), cit., p. 559.

investigar sobre hechos no planteados por la defensa; en materia civil, sucede algo similar, cuando en el texto de las declaraciones aparece un testigo no propuesto, que puede llamárselo a declarar aun sin intervención de las partes (art. 452, CPCC).

En materia de salud promedian muchos de estos antecedentes, de allí que la prueba esencial puede no tenerla el portavoz en el amparo; o la producción del medio ofertado necesite colaboración de la contraria; o a veces, la misma actividad de verificación debe invertir la regla para traerla al proceso.

En el proceso civil se habla de una flexibilización al principio de la carga probatoria, por el cual se reparte el esfuerzo de confirmar o demostrar, entre quienes están en mejores condiciones para hacerlo. Ya sea por la proximidad con los medios de prueba, o por disponer de ellos. El *favor probationis* o la teoría de las cargas probatorias dinámicas se inclina por poner la carga de la prueba de la inculpabilidad sobre la parte que está en mejores condiciones de hacerlo. La iniciativa se tomó, principalmente, en los procesos de responsabilidad profesional, y para ello se ha dicho que […]

> En materia de responsabilidad médica y como consecuencia de que el deber jurídico central asumido por el médico es de actividad incumbe al paciente la carga de demostrar la culpa de aquel. Pero las dificultades probatorias que debe sortear con frecuencia el paciente para acreditar la culpa del médico determinan que deba conferirse a la prueba de presun- ciones un elevado valor; por tanto, evidenciados por el paciente ciertos datos empíricos el juez debe deducir la culpa médica no probada en for- ma directa. Corresponde considerar probada la culpa si el daño, según la experiencia común, no puede explicarse de otro modo que no sea por la culpa médica, a menos que el demandado aporte prueba eficaz para liberarse de responsabilidad[372].

La misma flexibilidad pero bajo el enunciado del principio de colaboración procesal, debiera darse en los asuntos de salud y bienestar social, donde la diversidad de situaciones y los focos de atención residen en lugares, personas y cosas cuya dispersión puede ser notable.

> Cabe dejar sin efecto por arbitraria la sentencia que revocó la inhabilitación del causante, declarada en 1º instancia en los términos del art. 152 bis, inc. 2º del Código Civil, pues era menester que los magistrados de la causa estudiaran en forma pormenorizada, con argumentos adecuados y completos, si la curatela asistencial -que la nueva regulación no ha derogado- constituye una exigencia del caso particular -precisamente como medio para garantizar a una persona con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones

[372] CNCiv., Sala D, 28 de febrero de 1996, *La Ley* 1997-C-224.

> con los demás, de sus derechos humanos y libertades fundamentales-, o conlleva en el la imposición de una carga desproporcionada, de acuerdo con el estado de salud del denunciado y su situación patrimonial[373].

3. Valoración de la prueba

3.1 De la valoración del material probatorio provienen las mayores complejidades. La pregunta básica a responder es la siguiente ¿Los juicios relacionados con el derecho a la salud, interpretan los derechos afectados del conjunto social, o comprueban el daño posible o el riesgo inminente del individuo afectado? Al planteo se suma una duda genérca: ¿Son respuestas individuales o deben sortear el test del presupuesto disponible? ¿Tiene importancia el efecto sobre los derechos de otros?

Dado que la contestacion a cada interrogante tiene numerosas opiniones contrapuestas, se deben indicar las tendencias al respecto.

3.2 Un primer sector parte de la base de aplicar la regla del esfuerzo compartido en la producción de la prueba. La actora tiene que demostrar la razonabilidad de cuanto pide, así como los fundamentos de derecho con invocación expresa de las normas constitucionales afectadas. Por su lado, la demandada debe justificar sus actos y la legalidad y legitimidad del comportamiento asumido ante el reclamo formulado.

Es la regla que se aplica en las cuestiones de salud relacionadas con el artículo 42 de la Constitución Nacional, a su vez utilizada en las relaciones de consumo entre usuarios y consumidores respecto a quienes tienen el carácter de proveedores, descripto en los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 24.240, que opera de oficio por ser de orden público.

> Cabe agregar que la Ley 26.316 que modificó de modo amplio la LDC, introdujo reglas sobre prueba en el art. 53, cuyo párrafo 3° dispone: “Los proveedores deberán aportar al proceso todos los elementos de prueba que obren en su poder conforme a las características del bien o servicio, prestando la colaboración necesaria para el esclarecimiento de la cuestión debatida en el juicio”[374].

---

[373] Fallos: 335:854.

[374] Bersten, Horacio L., *La prueba en la defensa del consumidor*, La Ley, 2013-F, 647.

Cuando aparecen dudas sobre la norma que rige el caso, se recurre al Código Civil y Comercial que suma el principio de estar en favor de la interpretación que en mayor medida favorezca al consumidor (art. 3º).

> Que se completa con el artículo 1094 que dice: "Las normas que regulan las relaciones de consumo deben ser aplicadas e interpretadas conforme con el principio de protección del consumidor y el de acceso al consumo sustentable. En caso de duda sobre la interpretación de este Código o las leyes especiales prevalece la más favorable al consumidor", sin perjuicio del sentido que orienta, como pauta general, el artículo 2 del mismo cuerpo legal: "La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento".

Es la tendencia mayoritaria que no hace diferencias entre el amparo y el juicio sumarísimo. En pocas palabras, se trata de analizar el deber probatorio compensado con las posibilidades que se tienen para producir la prueba necesaria.

La Corte lo usa en situaciones como la siguiente […]

> Se trata de una acción de amparo entablada por la madre en representación de su hija menor -portadora de síndrome de Down- por la que requiere que la Obra Social le brinde a la niña cobertura correspondiente a la escolaridad en un colegio por ella elegido, conforme con los aranceles actualizados de las pertinentes resoluciones dictadas por el Ministerio .de Salud y Acción Social de la Nación .
>
> El fallo sostiene que la apreciación de elementos de hecho y prueba constituye, como principio, facultad propia de los jueces de la causa y no es susceptible de revisión en la instancia extraordinaria, esta regla no es óbice para que el Tribunal conozca en los casos cuyas particularidades hacen excepción a ella cuando la decisión impugnada no se ajusta al principio que exige que las sentencias sean fundadas y, a la vez, una derivación razonada del derecho vigente con aplicación a las circunstancias comprobadas de la causa (Fallos: 321:2131, entre muchos otros)[375]. La conclusión deviene de no haber la Cámara de apelaciones usado las diversas pautas respecto de la carga probatoria que pesa sobre las partes en juicios de esta naturaleza, que establecen que el agente del servicio de salud es quien debe ocuparse concretamente de probar una alternativa entre sus prestadores que proporcione un servicio educativo análogo al que se persigue en la causa, así como demostrar la exorbitancia o sinrazón de la elección paterna. Y que, bajo dichas premisas, asiste razón a la apelante. pues el a quo expresamente advirtió que la elección de los progenitores resultaba infundada al destacar que el instituto escogido es uno de los más costosos del ámbito educativo provincial y que, después de haber hecho concurrir allí a la

[375] Fallos: 341:585; con cita de Fallos: 340:1062 y 321:2131.

> niña por más de cinco años, intempestivamente solicitó a la obnra social el pago de los aranceles escolares.

3.3 Otro sector da preferencia al impacto que tiene la sentencia sobre el grupo al que pertenece el individuo reclamante, en el sentido de ver si cuanto a él se le otorga refracta en los demás asociados de la misma cobertura médica.

Aquí la ponderación significa dar una justificación argumentada cuando se está en presencia de razones de similar encuadre y valor, aunque se manifiesten contrarios entre sí. Lo dicho sugiere que la ponderación es un método para la resolución de cierto tipo de antinomias o contradicciones normativas.

Las que, igualmente, pueden ser claras y manifiestas, como especulativas, probables o simplemente discursivas. Suelen ser expresiones de la lucha entre principios, o de valores que se encuentren incompatibles.

> Así, entre el deber de cumplir las promesas y el deber de ayudar al prójimo no se advierte ninguna contradicción en abstracto, pero es evidente que el conflicto puede suscitarse en el plano aplicativo, sin que pueda tampoco establecerse entre ellos una relación de especialidad, concibiendo uno de los deberes como una excepción permanente frente al otro[376].

La ponderación es una herramienta de la razón; con ella se puede hacer un test de proporcionalidad entre normas, principios y valores, juzgando como lo hemos dicho con anterioridad: el principio se puede volver una garantía inflexible, o una regla volátil, siempre que asegure la mayor satisfacción general de resultado[377]. En realidad, es una estructura asentada sobre tres pilares: la ley de la ponderación, la fórmula del peso y las cargas de la argumentación. Con el primero se interpreta, con el segundo se valora y con el tercero se justifica.

La jurisprudencia de la Corte nos muestra algunas aplicaciones de esta teoría.

> Cabe revocar la sentencia que dejó sin efecto el beneficio que el juez de grado le había otorgado a la actora -persona con discapacidad-, a fin de que perciba una suma para la cobertura de auxiliar domiciliario, sobre la base de considerar no acreditada la imposibilidad de la familia de pagar el costo de tal asistencia, pues frente a la finalidad de

---

[376] Gozaíni, Osvaldo A., *Sentencias Constitucionales. Teoría y Práctica.* Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, Santa Fe, 2020, pp….

[377] Gozaíni, Osvaldo A., *Garantías, principios y reglas del proceso civil (Sobre el cambio en los principios procesales)*, editorial académica española, Madrid, 2012, ps. 145 y ss.

> dicha ley y el derecho que le asiste a las personas con discapacidad y de edad avanzada a gozar del nivel más elevado posible de salud física y mental, sin discriminación basada en la edad o en el ingreso económico, y la urgencia en encontrar una solución acorde con la situación planteada, no parece razonable ser tan rigurosos con la exigencia indefectible de una prueba negativa que resulta de muy difícil producción y que en todo caso debió ser aportada por la entidad obligada[378].
>
> Para determinar la mala praxis deben valorarse las pruebas con delicadeza y precisión pues, de lo contrario, si bien se coadyuvaría a solucionar la situación de una persona y su familia, se causaría un serio perjuicio al sistema de salud en desmedro de toda la sociedad, ya que en razón de los naturales riesgos que implica el arte de curar, los médicos actuarían bajo una presión inconveniente e injusta, motivo por el que, sólo cuando se demuestre de modo fehaciente que la mala praxis o la desatención, ha sido la causante exclusiva de los perjuicios, cabe responsabilizar a los médicos y a las instituciones de los daños sobrevinientes (Disidencias de los Dres. Augusto César Belluscio y Enrique Santiago Petracchi y del Dr. Gustavo A. Bossert)[379].

3.4 Un tercer argumento prefiere elaborar conclusiones sobre la base de probar en los términos de la carga objetiva y subjetiva de la prueba; quiere decir, cumpliendo con los dos requisitos del artículo 377 del código procesal. Por un lado, los hechos afirmados, y por otro, vinculado y necesario, la demostración del vínculo entre el derecho reconocido a la persona que reclama su tutela.

Por ejemplo […]

> La discusión estaba centrada en la demanda contra una obra social para que le otorgara cobertura integral del medicamento Interferón Pegasys alfa 2 a) para tratar una enfermedad de Trombocitemia Esencial (TE), mientras que la demandada afirmaba que dicho medicamento no había sido aprobado por ANMAT para dicha patología, sino que lo era para tratar Hepatitis B y C crónicas, por lo que no había obligación de cobertura de parte de su mandante, aunque le ofreció una cobertura parcial que la demandante no aceptó..
>
> Este problema es propio del amparo por la urgencia, pues de otro modo, está claro que es un conflicto de naturaleza contractual que le impone a las obras sociales y de medicinas prepagas una serie de coberturas mínimas a las que deben hacer frente. No se encuentra cuestionada la enfermedad de la actora, por lo que lo que se encontraba en juego, era su derecho a la salud y, consecuentemente, su derecho a la vida. Conforme hemos dicho en

---

[378] Fallos: 334:1869.

[379] Fallos: 325:2095.

> esta obra, la arbitrariedad del acto no es siempre un requitiso del amparo de salud, pues se trabaja más con la ilegalidad o la ilegitimidad, criterio que el tribunal comparte.
>
> Con este marco se resuelve […]: Del análisis de las constancias de la causa se colige que la demandada no podía limitarse a negar los hechos sino que también debía adoptar una actitud de colaboración frente al conflicto planteado.No puede soslayarse que la LDC contiene reglas específicas en cuanto a la finalidad de la prueba, de su carga, su producción e interpretación que se integran con las contenidas en el Código Procesal Civil y eventualmente prevalecen con el objeto de resguardar el orden público de consumo y preservar la vigencia e intangibilidad de las garantías previstas en el art. 42 de la Constitución Nacional […]. La empresa de medicina prepaga no puede negar la cobertura aduciendo que el tratamiento clínico propuesto no se encuentra en el PMO o en el PMOE pues tal como expuso el fallo impugnado, tales prestaciones resultan un piso y no un techo.

La técnica pura del sistema procesal puede dar permiso a la construcción de sentencias apegadas a la letra de la ley aunque se aparten de la justicia intrínseca. En materia de salud hay un derecho a procurarse todas las prestaciones posibles para mejorar, física o psicológicamente, el padecimiento que se tiene y para el cual la obra social debe poner de cuanto sí le corresponde, con los límites de la cobertura.

Pero al mismo tiempo que hay un derecho a la vida, hay otros dentro del plan de salud poblacional que tienen el mismo derecho, de manera que la aplicación mecánica de la exhortación que tienen como presupuesto todas las normas nacionales e internacionales que hemos mencionado, no se pueden poner en práctica obligatoria cuando no hay experiencia de curación o se garantice una mejor calidad de sobrevida.

Esto se llama principio de proporcionalidad, o de ponderación, o simplemente de dictar sentencias razonables, las que en el plano de este pensamiento alternativo que enumeramos en el párrafo, se verifican con el uso de la demostración pura y simple del basamento de la carga probatoria.

3.5 Otra línea de pensamiento elude los principios procesales de la prueba para confrontar o comparar la eficacia que tiene el deber de resguardar la salud, con las funciones que deben prestar los obligados a hacerlo. En este sentido, el Estado es el garante principal, alcanzando solidariamente a las provincias y los delegados naturales como las obras sociales.

No interesa tanto la prueba enfocada en el discurso litigioso, porqué la verdadera intención es dar un panorama completo a la situación de hecho donde la salud es solo el argumento central.

Algunos han dicho que, de lo que se trata, en síntesis, es de dar efectivo cumplimiento a la Convención de los Derechos del Niño, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y los restantes tratados citados en los primeros capítulos, que después de la reforma constitucional asumieron jerarquía equiparable con la Norma Superior del Estado, llevando como consecuencia, el deber de responder al compromiso internacional de promover políticas tendientes a la efectividad, la igualdad de trato y oportunidad respecto de personas tan frágiles como son los niños, la mujer y madre con graves problemas de salud, el impacto de el grupo familiar, y en suma, impone por el art. 75 inc. 23 constitucional, el deber del Estado de concretar con eficacia y mediante acciones positivas, la igualdad real de oportunidades y de trato y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos[380].

> A partir de la reforma constitucional de 1994, cobra especial énfasis el deber de brindar respuestas especiales y diferenciadas para los sectores vulnerables, con el objeto de asegurarles el goce pleno y efectivo de todos sus derechos; y en tal sentido el envejecimiento y la discapacidad son causas predisponentes o determinantes de vulnerabilidad, circunstancia que normalmente obliga a los concernidos a contar con mayores recursos para no ver comprometida seriamente su existencia y/o calidad de vida y el consecuente ejercicio de sus derechos fundamentales […]
>
> El imperativo constitucional de brindar respuestas especiales y diferenciadas para los sectores vulnerables, es transversal a todo el ordenamiento jurídico, ya que no es dable postular que el Estado actúe con una mirada humanista en ámbitos carentes de contenido económico inmediato (libertades de expresión, ambulatoria o tránsito, etc.) y sea insensible al momento de definir su política fiscal y/o presupuestaria[381]..
>
> La denegación de los beneficios de asignaciones familiares, asignación universal por hijo (AUH) y por embarazo (AUE) a la mujeres privadas de la libertad accionantes ha constituido efectivamente un supuesto de agravamiento ilegítimo de la forma y condiciones en que se cumple la privación de la libertad porque ha importado empeorar el estado de las mujeres madres, con desconocimiento de su condición y la de sus hijos, pese a que las normas y principalmente las que integran el bloque de constitucionalidad establecen, como uno de los estándares mínimos de los derechos económicos, sociales y culturales, el

---

[380] Kemelmajer de Carkucci, Aída, *Las acciones positivas*, Revista de la Asociación de Abogados de Buenos Aires, abril de 2001, ps. 3 y ss.

[381] Fallos: 343:264.

principio de no discriminación y la protección prioritaria a ciertos grupos mayormente vulnerables[382].

4. El favor probationem

4.1 En materia de salud es importante distinguir el caso de las declaraciones generales de principios y valores. Siendo un juicio de amparo, la materia constitucional cobra especial relieve y debe estarse en favor de sus términos; en cambio, si fuesen cuestiones de derecho común como la responsabilidad o el incumplimiento contractual, no hay reglas de preferencia sino las que aconseje el juez de la causa, dicho esto con la apertura de criterios explicadas párrafos más atrás (doctrina del art. 1735 del Código Civil y Comercial de la Nación).

En todos los casos, el sistema constitucional prioriza el derecho de defensa en juicio y, obviamente, el debido proceso instrumental y sustancial; por eso, cuando el material probatorio llevado al proceso se encuentra en discusión, por ejemplo, el valor probatorio de una historia clínica, se debe estar a favor de aquella solución que evite la conculcación de garantías de neta raíz constitucional[383].

> La inclinación a favor de una prueba, valorada en forma parcial, fuera de contexto y en forma desvinculada con el resto, tomada como principal elemento de ponderación de la cuestión fáctica substancial de la causa, sin el paralelo y proporcionado estudio de otros antecedentes, en particular, de las específicas indicaciones del informe médico, de las testimoniales y de la instrumental, que condujeron al juez de grado a una solución diametralmente opuesta -cuyas conclusiones el a quo tampoco se ocupó de desmerecer-, importa, por sí, una ligera actividad analítica que dista de constituir la que exige el deber jurisdiccional para convalidar un decisorio[384].
>
> Si la contradicción entre los respectivos dictámenes genera una duda razonable sobre el real estado de salud de la afiliada a la fecha de la integración al sistema. la misma se debe resolver a favor del recurrente dado el carácter alimentario del beneficio impetrado[385].

4.2 El problema de aplicar estas orientaciones resulta de no estar verificado con precisión el alcance que tiene referir al derecho a la salud. A veces, sucede como decir

---

[382] Fallos: 343:15.

[383] Fallos: 335:1911.

[384] Fallos: 327:5438.

[385] Fallos: 327:3900.

que se debe tutelar el debido proceso sin advertir qué aspectos de él son los de probable violación. Con la salud puede ocurrir este desatino, y proyectar sobre la libertad de interpretación, dimensiones eventualmente no previstas.

Podemos aceptar la comodidad genérica de hablar de un "derecho a la salud", pero lo hacemos como referencia conveniente que abrevia explicaciones de contenidos, tales como el deber de protección y cuidado, la asistencia sanitaria, el bienestar social prometido con condiciones saludables, etc. Todos ellos se vinculan con las personas, no con programas de acción que se pueden encarar según los recursos disponibles.

Quiere decir que cualquier reclamo en amparo o vía de conocimiento se relacona con un derecho justiciable, no con un derecho sin operatividad por quedar en el plano de la esperanza. No son derechos proghramáticos, todo lo contrario, se activan con acciones positivas y se valoran ante el conflicto con la vara del daño comprobable.

4.3 Como son, además, derechos provenientes de la Constitución y de las que tiernen igual jerarquía, hay un deber que el Estado asume como prestacional y en la esfera del cuidado y atención debida, sin que pueda alegarse que los jueces no pueden ser legisladores indirectos, o administradores de un presupuesto cuya gestión corresponde a otras áreas diferentes a la jurisdiccional, propiamente dicha.

Esto mismo es aplicable a las prestadoras de servicios de salud, a las provincias y a los muncipios cuya autonomía está reconocida en la Norma Násica del Estado.

> La Corte Suprema ha señalado que en la actividad de las obras sociales ha de verse una proyección de los principios de seguridad social, a la que el artículo 14 de la Constitución Nacional confiera un carácter integral, que obliga a apreciar los conflictos originados por su funcionamiento con un criterio que no desatienda sus fines propios, ni subestime la función que compete a los profesionales que participen en la atención brindada. La función específica y la obligación primordial de la obra social consiste en la prestación médica y óptima. Para eso cuenta con la afluencia de medios económicos que administra a fin de organizar adecuadamente tal servicio, y para ello ha de contemplarse la competencia, idoneidad y dedicación de los profesionales que se incorporen al mismo, incluidos los especialistas, como así también el de toda infraestructura médica[386].

[386] Fallos 306:187.

4.4 No obstante, el principio a favor de la prueba más conveniente, no siempre acierta al vincular el *pro* hacia el *objeto*. Vale decir, cuando se aplica con extensión el pro homine, pro consumatore; in dubio pro reo; y tantos más que quieren ver su expansión hacia la materia que trabajan (v.gr.: ambiente; género; adultos mayores; etc,), porque al hacerlo, afectan otra garantía, o provocan una desigualdad. Lo cierto es que la regla requiere la decisión razonable y el límite considerado en la propia dimensión del derecho en estudio: los recursos disponibles y el efecto hacia terceros de la decisión individual.

Se vuelve así a la ponderación como vía posible de igualación real que evita el uso mecánico de los recursos económicos como salida o excusa para no dar al que pide el derecho que pretende propio y que se niega por afectar el de terceros.

> Se afirma que la interpretación restringida del derecho a la protección de la salud tuvo consecuencias sociales significativas, pues sería uno de los elementos que determinaron la consolidación de los preocupantes resultados que Chile presentaba al año 2000 en la materia, según los datos de la Organización Mundial de la Salud. En efecto, se revelaba la existencia de serios problemas de discriminación y equidad asociados a los altos índices de desigualdad tanto en el acceso a los servicios básicos como en los deficientes resultados de los indicadores nacionales que se expresan, entre otros, en diferencias significativas en la esperanza de vida y en la discapacidad. En los índices de desarrollo humano -en el ítem "equidad del sistema sanitario"-, Chile aparecía con una de las peores evaluaciones del mundo, pues se tomó en consideración tanto la carga financiera que representa la salud para las familias, como la desigualdad en la calidad y oportunidad de respuesta que ofrece el sistema[387].

La doctrina propuesta por Alexy toma una dimensión inusitada, porqué en Europa el test de compatibilidad tiene fórmulas de inteligencia que en nuestro continente se enlazan con el deber de razonabilidad, fundado más en la confianza en los jueces que en ensayos matemáticos.

Todos coinciden en mantener la supremacía de los dos controles (de constitucionalidad y de convecionalidad), fiscalización poco compatible con el sentido declamativo controlado de las normas internacionales. Dicho esto, en el sentido que tiene dar afirmaciones abiertas que condicionan su eficacia a los recursos disponibles o

---

[387] En materia de distribución de la carga financiera en salud, Chile estaba ubicado en el lugar 168 de entre 191 países considerados. *Informe sobre la Salud en el Mundo 2000: Mejorar el desempeño de los sistemas de salud.* OMS. Ginebra. 2000. Cfr. Zuñiga Fajuri, Alejandra, *El derecho a la vida y el derecho a la protección de la salud en la Constitución: Una relación necesaria.* Estudios Constitucionales, Año 9, Nº 1, Santiago, 2011, ps. 37 – 64.

al presupuesto asignado, o el más brutal e insensible plan de cobertura médica asistencial.

Por tanto, valorar la prueba en los amparos de salud no tiene reglas básicas ni precisas. Muchas veces depende del tipo de procedimiento encaminado, y del margen de apreciación que adopta el juez en las audiencias de prueba y al tiempo de resolver.

En síntesis, la supremacía constitucional en sentido material prohíbe o rechaza ciertos contenidos y exige o impone otros. En tal sentido, se dice que la Constitución determina el contenido posible del sistema jurídico[388] y ello depende de nuestros jueces.

5. La evidencia probatoria en materia de salud

5.1 Probar en el amparo no significa verificar relación de causalidad y factor de atribución. Esto es propio de la responsabilidad civil. Tampoco se relaciona con los deberes emergentes de fuentes contractuales predispuestas (v.gr: seguro de salud; asistencia médica; planes y coberturas de obras sociales, etc.); ni el código procesal civil regula principios o presupuestos de verificación necesaria.

Ya hemos dicho que el juicio constitucional requiere acreditar el acto lesivo y la fuente constitucional afectada. Para ello es necesario la evidencia.

Como el derecho a la salud aloja en sus contenidos libertades y derechos, hay un campo muy propicio para la interpretación, tanto del que pide como de quien resuelve. El individuo es dueño de su cuerpo, como lo establece el actual Código Civil y Comercial de la Nación (arts. 17, 26, 55, 56, 59 y concordantes), y tiene derechos específicos para exigir del Estado el disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental persiguiendo "la creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad"[389].

Al mismo tiempo, el Estado y los prestadores interpretan el alcance de sus obligaciones. A veces sobre la base de lo estipulado por escrito; en otras, conciliando las obligaciones y deberes con fundamentos propios.

---

[388] Alexy, Robert: *Teoría de los derechos fundamentales.* Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, ps. 177 y ss.

[389] En este aspecto, se ha reconocido como contenido del derecho a la salud, entre otros, el acceso a la atención: 1) a la consulta inicial en el momento oportuno, 2) acceso a tratamiento, medicamentos e insumos requeridos en el momento oportuno; 3) información completa sobre la norma que rige la atención; información disponible para el procedimiento de queja; 4) trato adecuado y no discriminatorio.

Para el juez este escenario lo obliga a encontrar evidencias concretas. Veamos entonces cuáles son.

5.2 Por lo general toda demanda supone deducir una pretensión contra otro u otros de quienes se espera un cumplimiento específico. Cuando se reclaman acciones positivas lo más común es conseguir el disfrute de un sistema protectorio y del mejor estándar de atención; en cambio si la demanda persigue que no se hagan ciertas conductas (v.gr.: extracción compulsiva de sangre; intervención quirúrgica; obligaciones de confinamiento, etc.), el objeto a resolver trabaja sobre la no injerencia de terceros en el ámbito de nuestra libertad personal.

Esta es una perspectiva desde el derecho individual, solo que no es posible observar en el derecho a la salud un destino precipitado en la persona como sujeto aislado; siendo mejor, o más razonable, entender a la salud como un derecho social, de alcance a toda persona en condiciones de igualdad y equivalencia.

La evidencia es la prueba relevante, solo que su aplicación en el radio del concepto que contiene decidir "más allá de toda duda razonable", queda supeditada al objeto litigioso. Para ello es necesario mostrar cierta casuística.

5.3 Cuando se reclaman tratamientos médicos la prueba esencial será la evidencia científica. La duda asienta sobre la eficacia confirmada que tenga el procedimiento, teniendo en cuenta que esto solamente se consigue con ensayos repetidos y metodológicos que ratifiquen la experticia del cuidado; a diferencia del pedido fundado en ensayos clínicos útiles solo para la esperanza, pues no cuentan con ciencia confirmatoria.

El nivel de evidencia científica, en estos casos, requiere de algo más que la sana crítica sobre la prueba, exigiendo en quien deba resolver, una valoración precisa de la ciencia. Por eso, algunos reclaman que sea el ensayo clínico controlado y aleatorizado el que constituya el camino para escoger el mejor diseño de elección para evaluar la efectividad de las intervenciones en salud pública (siempre que sea posible su realización). No obstante, para el establecimiento del grado de recomendación se pretende integrar la información procedente de otros tipos de ensayos, como pueden ser los diseños observacionales, y de otros tipos de metodologías, como la investigación

cualitativa. Estas formas alternativas de investigación pueden aportar información muy útil para juzgar la viabilidad y probabilidad de éxito de la intervención en el contexto local en el que se desea aplicar[390]

> Es arbitraria la sentencia que dispuso con carácter cautelar que la obra social demandada arbitre los mecanismos necesarios para asegurar a la afiliada la cobertura integral de las prestaciones solicitadas, toda vez que ha ordenado la cobertura integral del sistema BPAP y del tratamiento por tabaquismo bajo argumentaciones genéricas que soslayan elementos técnicos incorporados al expediente y sin atender a lo alegado al respecto por el organismo asistencial demandado pasando por alto que el dictamen del Cuerpo Médico Forense obrante en la causa señaló que las patologías referidas no están comprendidas en el certificado de discapacidad de la actora[391]
>
> Corresponde revocar la sentencia apelada y rechazar la demanda si la actividad de tipo socio-deportiva que reclama la parte actora para su hijo que sufre discapacidad no es contemplada por la ley 24.901 entre las prestaciones que las instituciones asistenciales deben cubrirla obligatoriamente y tampoco está incluida en el Programa Médico Obligatorio (P.M.O.) cuyo acatamiento se impone a las obras sociales que integran el sistema de la ley 23.660 pues no se trata de un tratamiento médico asistencial sino de una actividad recreacional o deportiva que excede el marco reglamentario del sistema de protección general de la salud y el particular del de las personas con discapacidad[392].
>
> No corresponde imponer a la obra social la cobertura del tratamiento con vacuna T linfocitaria si dicho tratamiento se encuentra, en la actualidad y respecto de la enfermedad de la recurrente, en etapa de experimentación, por lo que no se advierte la presencia de norma alguna de jerarquía constitucional o infraconstitucional que, sea en su letra o en su espíritu, imponga a una obra social o al Estado la provisión o la cobertura de tratamientos del carácter indicado[393].

5.4 La evidencia fáctica se mueve en un piso distinto. Aquí lo relevante será verificar las consecuencias que tiene denegar una prestación razonando sobre bases rituales o puramente normativas. Por ejemplo, la Corte nacional ha dicho que {…]

> Corresponde revocar la sentencia que -al denegar el reclamo de ayuda económica de la obra social para realizar en el exterior un tratamiento médico para una menor discapacitada-, con

---

[390] Health Development Agency. Grading evidence and recommendations for public health interventions: developing and piloting a framework, 7 de febrero de 2008.

Disponible en: www.nice.org.uk/niceMedia/docs/grading_evidence.pdf.

[391] Fallos: 343:1406.

[392] Fallos: 341:919.

[393] Fallos: 333:690.

> un razonamiento ritual, impropio de la materia debatida, hizo hincapie en la extemporaneidad del cambio de destino solicitado para el tratamiento, sin atender al propósito sustancial de la acción de amparo, tendiente a preservar la vida, la salud y la integridad física de la menor ante el grave riesgo en que se hallaba, lo que compromete derechos reconocidos con carácter prioritario en los tratados internacionales que vinculan a nuestro país (arts. 3°, 23, 24 y 26 de la Convención sobre los Derechos del Niño)[394].
>
> Es descalificable el pronunciamiento que no valoró lo alegado acerca de que la interrupción de los servicios asistenciales dispuesta por el ente autárquico provincial implicaba una grave afectación de los derechos a la vida y a la preservación de la salud reconocidos por tratados internacionales con jerarquía constitucional (inc. 22 del art. 75 de la Constitución Nacional), máxime cuando en la causa quedó acreditado que de la cobertura médico-asistencial que fue interrumpida dependía el suministro regular gratuito de un costoso medicamento requerido para el tratamiento de la enfermedad padecida por la esposa del actor[395].

Otras veces, los hechos y la prueba no son condiciones para que proceda el amparo o las medidas cautelares que se dispongan. De este modo -se afirma- si la recurrente acreditó su estado de salud mas no la incidencia económica del tratamiento médico-farmacológico a que debe imperiosamente someterse, ni la carencia de recursos para afrontarlo de su peculio, no se advierte el peligro de que el mantenimiento de la situación existente pudiera influir en la sentencia o convirtiera su ejecución en ineficaz o imposible[396].

5.5 La provisión de medicamentos tiene otra faceta. La evidencia en el caso no es la necesidad en sí misma sino el deber de prestación que el Estado tiene que solventar. La ley 23.798, de lucha contra el SIDA, lleva a concluir que el Estado tiene la obligación de suministrar los reactivos y medicamentos necesarios para el diagnóstico y tratamiento de la enfermedad, reconociendo expresamente el derecho de las personas portadoras, infectadas o enfermas a recibir asistencia adecuada[397].

La Corte nacional tiene dicho que […]

---

[394] Fallos: 327:5210.

[395] Fallos: 327:3694.

[396] Fallos: 326:2503.

[397] Fallos: 323:1339.

La responsabilidad del Estado, en su condición de Autoridad de Aplicación de la ley 23.798, de lucha contra el SIDA, y que como tal 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.

El art. 8° de la ley 23.798 establece el alcance que deben tener los tratamientos para la lucha contra el SIDA, al señalar que las personas infectadas tienen derecho a "recibir asistencia adecuada", por lo que es dable concluir razonablemente que para que el tratamiento sea adecuado debe suministrarse en forma continua y regular, máxime si se tiene en cuenta los riesgos que comporta la interrupción del suministro de medicamentos para la salud de los enfermos que padecen las consecuencias del virus VIH/SIDA (Voto de los Dres. Eduardo Moliné O'Connor y Antonio Boggiano).

La ley 23.798 reafirma que el derecho a la salud si bien es autónomo, deriva del derecho a la vida y no se reduce a la abstención de daño sino que trae aparejado la exigencia de prestaciones de dar y hacer, las que fueron delimitadas a los diferentes niveles de gobierno en el texto legal, por ser la lucha contra el SIDA un tema -común de todos ellos-, que requiere un tratamiento adecuado y eficaz a fin de proyectar los principios de la seguridad social, a la que el art. 14 nuevo de la Constitución Nacional confiere un carácter integral así como también, asegurar el debido respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales -elementos imprescindibles de la democracia- [398].

[398] Fallos: 323:1339.

CAPÍTULO XI

LA SENTENCIA EN EL AMPARO

1. Sentencia constitucional o sentencia ordinaria

1.1 Las sentencias dictadas en juicios constitucionales, como el amparo, se resuelven con sentido restitutivo; vale decir, reparan el daño sufrido por el afectado, en un derecho o garantía conculcado por un acto de autoridad pública o de un particular, que produce un agravio o acto lesivo sobre derechos y libertades afianzados por la Constitución y Tratados y Convenciones intermacionales de igual jerarquía.

La decisión en el amparo individual restablece las cosas al estado anterior a la violación, siempre que el acto o hecho atacado fuera una vía directa del perjuicio inferido; mientras que las acciones negativas (v.gr.: eludir el deber de cuidado, o no dar provisión a los deberes de suministro, entre otros casos) se dirimen con obligaciones de dar o hacer. El efecto de la cosa juzgada es singular y no trasciende la esfera del conflicto.

En cuanto a requisitos formales y de fondo tienen peculiaridades. Hemos sostenido que la naturaleza jurídica de la llamada "sentencia constitucional" es un tema de necesario esclarecimiento, porqué el juez debe resolver cumpliendo el artículo 31 de la Constitución Nacional, derivando así a que la interpretación que se acuerde al conflicto de salud pueda apartarse de la congruencia que se establece para el proceso ordinario.

> La cuestión no es solamente de contenido, sino además, del formato como debe construirse la sentencia. En primer plano queda de manifiesto que es diferente de una decisión común donde la razón del derecho se divide en ganadores y perdedores. Aquí no se focaliza la persona y la cuantía de su argumento fundado, porque la mirada se pone en el derecho constitucional afectado, de manera que la bilateralidad de testimonios puede quedar solapada por la aplicación de principios propios y específicos de la interpretación constitucional. Es en este tramo donde anida buena parte del desarrollo doctrinario, que sin haber analizado el presupuesto anterior (naturaleza jurídica), clasifican las sentencias constitucionales sin explicar los motivos que los lleva a poder apartarse del modelo

> tradicional de elaboración. Esto se constata inclusive en la redacción de nuevas cartas superiores locales y federales, que confunden la actividad jurisdiccional propia del control de constitucionalidad, con la eficacia potestativa de la sentencia, convirtiéndola en un mandato impropio o casi en una legislación indirecta […].
>
> Este aspecto no se puede omitir toda vez que replantea la discusión sobre la jurisdicción y la legislación, o dicho en otros términos, en la posibilidad de tener jueces que con sus sentencias creen derechos como si fueran legisladores[399].

1.2 En el tema de fondo la decisión ha de ser clara y concreta respecto a:

a) Individualizar el sujeto a quien se le concede el amparo considerando que, en amparos de salud, puede existir la posibilidad de que se requiera a través de representación legal o mandato expreso, e inclusive, con la intervención primera de un profesional de la medicina movido por un deber del oficio.

b) De igual modo se debe señalar el funcionario o la entidad que haya violado los derechos invocados que obtienen respaldo en la sentencia de amparo.

c) El plazo de ejecución.

Relacionados con la fundamentación, cabe observar primero el objeto que se pide y verificar claramente los actos reclamados, para deducir de ellos si la pretensión admite quedar resuelta en un amparo individual o, por el impacto en derechos de incidencia colectiva, debiera reconducir la vía hacia un amparo de este tipo, expandiendo la cosa juzgada hacia todos los sujetos de probable alcance.

1.3 La diferencia con la sentencia ordinaria es manifiesta. Si la primera providencia en el amparo interpreta que el juicio debe tramitar por una vía procedimental más idónea por la exigencia de ampliar el conocimiento y, en consecuencia, el proceso se lleva al modelo sumarísimo, la aplicación inmediata de los artículos 321 y 498 del código procesal influyen en el tipo de sentencia a dictar (cfr. art. 163 CPCC).

El formato referido sigue las líneas tradicionales. La valoración probatoria se estrecha al reducto de las cargas, deberes y obligaciones, con su impacto en la

---

[399] Gozaíni, Osvaldo A., *Sentencias constitucionales. Teoria y práctica*. Rubinzal Culzoni, Buenos Aires / Santa Fe, 2021, capítulo XXXII.

confirmación de las pretensiones y resistencias; y el juez se verá obligado a deducir conforme los hechos y el derecho invocado por los litigantes, dándoles una decisión expresa y positiva, estableciendo ganadores y perdedores.

El uso de los cuatro principios cardinales de la teoría del proceso operan en el modelo, determinando que sea el principio dispositivo el que regule la calidad de parte y justas partes; la congruencia impone el deber de fallar conforme con lo pedido; y en uso de la carga probatoria, solo se dictará sentencia para quienes hayan litigado (cosa juzgada).

Este modelo se observa claramente en la siguiente resolución de la Corte nacional […]

> La decisión de condenar a la cobertura de conformidad con los valores establecidos por el Ministerio de Salud quedó firme y consentida. La cámara no podía, en consecuencia, ordenar llevar adelante la ejecución por rubros distintos al objeto de la condena sin violar el alcance de la cosa juzgada. Por lo demás, como tiene dicho esta Corte, a menos que se verifiquen circunstancias excepcionales que en el caso no se configuran, es la parte dispositiva, y no los considerandos, lo que reviste el carácter de cosa juzgada[400]. Este Tribunal ha destacado la relevancia constitucional del principio de cosa juzgada[401] y, de hecho, se ha pronunciado en un caso análogo al presente afirmando que no pueden ampliarse los alcances de la cobertura integral en favor de una niña con discapacidad más allá de lo que fue objeto de condena. Sostuvo en ese sentido que lo contrario implica "un injustificado exceso de los alcances tanto de la *litis contestatio* cuanto de la cosa juzgada"[402].

Más recientemente se dijo […]

> Corresponde revocar la sentencia que hizo lugar al amparo tendiente a que la obra social otorgara cobertura integral a un menor discapacitado de la prestación de equipo de apoyo a la integración escolar a cargo de un colegio privado, pues aun dentro del estrecho marco de conocimiento que ofrece la acción de amparo, obran en la causa elementos que autorizan a sostener que el servicio educacional requerido puede ser brindado por instituciones públicas[403].

---

[400] Fallos: 321:2144, entre otros.

[401] Fallos: 317:124; 338:599, entre muchos otros.

[402] Fallos: 335:1550.

[403] CS, H. M., M. L c/ OSDE Organización de servicios director empresarios s/ amparo Ley 16.986. Sentencia del 26 de noviembre de 2020.

2. Fundamentación de las sentencias

2.1 Para que sea más clara la asimetría que tienen sentencias ordinarias y constitucionales, mejor y oportuno es analizar la fundamentación. A grandes rasgos las dos deben aplicar el principio de supremacía constitucional, pero solo una de ellas permite usar argumentos y esquemas de ponderación diferentes a los que provienen del análisis crítico de la prueba, sin que sea ésta la única desigualdad.

Si es un amparo donde la salud se debe resolver, el tema de justiciabilidad tiene un compromiso importante pues el presupuesto de los recursos disponibles se encuentra en los textos legales que, por tanto, no necesitan de invocación para ser aplicados en la causa. Bien podría el tribunal denegar la vía acudiendo al argumento de no tener competencia para cuestionar la distribución o aplicación del presupuesto dispuesto para la salud pública.

> No incumbe a los jueces en el ejercicio regular de sus atribuciones, sustituirse a los otros poderes del Estado en las funciones que les son propias, sobre todo cuando la misión más delicada de la justicia es la de saberse mantener dentro de la órbita de su jurisdicción, sin menoscabar las funciones que le corresponden a los otros poderes. Ello es aplicable al caso en que la autoridad a la que ha sido otorgado el ejercicio del poder de policía sanitaria respecto de las actividades comprendidas en la norma de control de drogas y productos utilizados en medicina humana, y la facultad de dictar las disposiciones reglamentarias o complementarias que sean necesarias a tal fin, ha emitido su opinión sobre el complejo crotoxina A y B, estableciendo que, en las presentes circunstancias, ese complejo carece de acción antineoplásica[404].

Además, la proyección del resultado individual sobre el tejido social (incidencia colectiva) del grupo alcanzado, obliga a resolver razonablemente, dándole a cada uno lo suyo sin que la asignación particular anule a otros el mismo derecho.

Este es un tema complejo que la Corte Suprema va elaborando caso a caso. A veces ha dicho que […]

> Si bien se reconoce el carácter fundamental del derecho a la salud y la especial atención que merecen las personas con discapacidad, tales derechos de raigambre constitucional, así como los principios y garantías consagrados en la Constitución Nacional, no son absolutos sino que deben ser desplegados con arreglo a las leyes que reglamentan su ejercicio, en la forma y extensión que el Congreso, en uso de sus facultades propias, lo estime conveniente

[404] Fallos: 310:112.

> a fin de asegurar el bienestar general (arts. 14 y 28 de la Constitución Nacional), con la única condición de no ser alterados en su substancia[405].
>
> La Corte ha reconocido el carácter fundamental del derecho a la salud y la especial atención que merecen las personas con discapacidad, ello no es óbice para admitir que en el ordenamiento jurídico tales derechos de raigambre constitucional, así como los principios y garantías consagrados en la Carta Magna, no son absolutos, sino que deben ser gozados con arreglo a las disposiciones que reglamentan su ejercicio, con la única condición de no ser alterados en su substancia[406].

No obstante, jamás perdió de vista en sus fallos la orientación internacional establecida en tratados y convenciones.

> El derecho a la salud, máxime cuando se trata de enfermedades graves, está íntimamente relacionado con el derecho a la vida, siendo éste el primer derecho de la persona humana que resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional; 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 un valor fundamental, con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental […].
>
> El derecho a la vida, más que un derecho no enumerado en los términos del art. 33 de la Ley Fundamental, es una prerrogativa implícita, ya que el ejercicio de los derechos reconocidos expresamente requiere necesariamente de él y, a su vez, el derecho a la salud está íntimamente relacionado con el primero y con el principio de autonomía personal, desde que un individuo gravemente enfermo no está en condiciones de optar libremente por su propio plan de vida[407].

2.2 El panorama normativo del derecho a la salud es amplio y tolera que se presenten peticiones de asistencia, cuidado, atención, suministros, inclusiones, y otras más que se amparan en los derechos económicos, sociales y culturales, que constituyeron en su tiempo una división dentro de los Derechos Humanos, al quedar alojados en dos Pactos, el Internacional de derechos Civiles y Políticos; y el mencionado para los Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Eventualmente, esta separación explicada con varios argumentos (por ejemplo, clasificando los derechos por generación), dio lugar a que fueran pensadas las garantías individuales como directamente operativas, y los derechos sociales como programas en

---

[405] Fallos: 341:919.

[406] Fallos: 340:1995; 340:1269, entre otros.

[407] Fallos: 329:4918.

desarrollo. De allí que la salud fuera vista como un derecho no exigible sin la existencia previa de una política pública que era directamente la relacionada como responsable y obligada a cumplir.

No vamos a reiterar lo expuesto en el capítulo III de este libro, siendo importante recordar que la judicialización del derecho no supone exigir al Estado una política de inversión, sino reclamar que ellos sean utiizados hasta el máximo de los recursos disponibles, poniendo énfasis en el control jurisdiccional para que el derecho a la vida no quede inerte.

> Las reservas que tiene este pensamiento se expresan, por ejemplo, al sostener que […] "si el concepto de salud se construye en función de las preferencias del individuo, será posible exigir (como derecho fundamental), que los servicios sanitarios garanticen todas las expectativas de bienestar que tenga cada sujeto, a través del acceso a los medios más sofisticados de la tecnología biomédica, provocando el colapso de los centros sanitarios y la quiebra económica del propio sistema de salud […]. Esta concepción del derecho a la salud contribuye a debilitar su naturaleza social y su contenido esencial tenderá a reducirse al máximo (las urgencias), derivando la mayor parte de la atención hacia un ámbito privado (el mercado y no el Estado) tendiendo a desplazarse hacia el terreno de una libertad negativa propia de los derechos civiles"[408].

2.3 Las Constituciones evolucionaron al definir los objetivos. El art. 20 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, garantiza el derecho a la salud integral y establece que el gasto público en salud es una inversión social prioritaria.

Esta norma, por ejemplo, es un testimonio del problema emergente ¿Supone exigibilidad? O ¿Solamente es un programa declarado sujeto a los recursos disponibles? La garantía es el derecho a la salud; el deber, invertir de inmediato por la preferencia que tiene en la ley de presupuesto que es reflejo de la manda constitucional.

Cuando la sentencia se tiene que referir a las exigencias que son justiciables, aparece el fenómeno de interdependencia de los derechos humanos, y al concepto que se aplique a la subsidiariedad del sistema, en orden al compromiso de los Estados Partes para que adopten en el derecho interno, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de la Convención Americana, las medidas

---

[408] Talavera Fernández, Pedro, *Las dificultades que el actual paradigma subjetivista de la salud comporta en su configuración como derecho humano universal*. En Revista Boliviana de Derecho, N° 21, Bolivia, 2016, ps. 42 y ss.

legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades (art. 2º); estableciendo que ello sea -en maeria de salud, entre otros-, en la medida de los recursos disponibles, sin importar que se actúe por vía legislativa u otros medios apropiados.

Usando un criterio expansivo, a veces se afirma que la conceptualización del derecho como justicia y equidad impone al tribunal la necesidad de afirmar que valores tales como la salud y la vida están por encima de todo criterio económico[409]. Se protege al individuo, y se demanda a quienes tienen el deber de satisfacer el derecho a la salud, que en Argentina se organiza sobre la base de un esquema de seguridad social (obras sociales), otro de asistencia social (prestaciones en dinero y especie directamente otorgadas por el gobierno) y un programa de seguros privados contratados entre empresas de medicina privada y particulares[410].

La cuestión surge de las respuestas individuales que inciden en otros; lo mismo que proyecta una demanda en soledad cuando presenta un amparo de neto corte colectivo, tema sobre el que referimos más adelante.

Un excelente trabajo lo resume claramente […]

> Frente al caso individual en el cual se acredite su violación por parte de algunos de los efectores (prestadores) del sistema, los jueces generalmente reconocen los reclamos efectuados para proteger el derecho a la salud. En estos litigios el Estado Nacional es subsidiariamente responsable para el supuesto que los que tienen esa obligación primaria no puedan cumplir con la prestación, toda vez que, sino se presentaría un supuesto de discriminación inversa respecto de quien no cuenta con prestaciones oportunas del organismo al que está asociada, dado que 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.
>
> Es el Estado, entonces, quien debe garantizar finalmente este derecho fundamental. En este orden de ideas, puede afirmarse que el reconocimiento del derecho a la salud afectado, al amparo del ordenamiento jurídico, es claramente la correcta decisión que deben adoptar los magistrados. Esto, como principio, no merece reproche alguno. Sin embargo, es posible que en muchos casos esas correctas sentencias judiciales puedan producir efectos no deseados, debido a que en dichos asuntos no se debaten más que los intereses individuales de las personas que reclaman el reconocimiento del derecho y la obligación que tienen los agentes de salud que deben brindar su protección.

---

[409] Fallos: 324:667.

[410] Fallos: 329:1638.

> Consecuentemente, en estos procesos no se encuentra planteado –y por ello no se considera en las sentencias– el hecho del posible efecto distorsivo y desigualdades del sistema, y desvío de recursos sin planificación gubernamental. No se tiene en cuenta, entonces, el universo de beneficiarios, entre los que se encuentran también los que no efectúan un reclamo judicial, quienes por distintas razones socioeconómicas constituyen la mayoría de afectados y son los de menores recursos, de acuerdo con lo que sugieren algunos estudios y que nosotros podemos verificar a diario con los antecedentes que surgen de las causas que tramitan en nuestro tribunal. En otras palabras, el costo de las prestaciones que se ordena cubrir mediante sentencias judiciales, puede afectar el financiamiento y agravar las inequidades que ya padece el sistema. A ello se suman los casos en los que los tribunales deben resolver, con la urgencia que los asuntos en materia de salud exigen, tratamientos de alto costo cuya seguridad y eficacia puede no hallarse completamente comprobada, con una única prueba, al menos en la etapa del análisis de las medidas cautelares que en casi la totalidad de los casos son solicitadas por los peticionarios, que es el certificado del médico tratante. El debate no es nuevo[411].

Fundamentar la sentencia contrae, entonces, la necesidad de referir todos los aspectos implicados en el derecho a la salud. No es solamente el deber de juzgar el caso y deducir los derechos aplicables, sino atender a todos aquellos que pueden resultar víctimas indirectas (afectados por la cosa juzgada) alcanzados por un resultado procesal que se resuelva sin oírlos.

Para ellos, y para el debido proceso, la fundamentación razonable es un deber inexcusable de las sentencias constiutucionales.

> Quienes tienen a su cargo la administración de los asuntos del Estado deben cumplir con la Constitución garantizando un contenido mínimo a los derechos fundamentales y muy especialmente en el caso de las prestaciones de salud, en los que están en juego tanto la vida como la integridad física de las personas; una sociedad organizada no puede admitir que haya quienes no tengan acceso a un hospital público con un equipamiento adecuado a las circunstancias actuales de la evolución de los servicios médicos, y no se cumple con ello cuando los servicios son atrasados, descuidados, deteriorados, insuficientes, o presentan un estado lamentable porque la Constitución no consiente interpretaciones que transformen a los derechos en meras declaraciones con un resultado trágico para los ciudadanos (Voto del juez Lorenzetti)[412].
>
> El hospital público es una consecuencia directa del imperativo constitucional que pone a cargo del Estado la función trascendental de la prestación de los servicios de salud en

---

[411] Bracamonte, Silvina Andrea – Cassinerio, José Luis, *La judicialización del derecho a la salud.* Documento de investigación nº 112 del South Centre, Ginebra, Junio de 2020.

[412] Fallos: 329:4741.

> condiciones tales de garantizar la protección integral del ser humano, destinatario esencial de los derechos reconocidos por la Constitución y por diversos tratados internacionales con igual jerarquía, entre los cuales se encuentra el derecho a la salud (arts. 14 bis, 33 y 75, inc. 22, de la Constitución Nacional)[413].

3. La motivación de las sentencias ordinarias

3.1 Cuando se trata de proceso sumarísimo el deber de fundamentación es un imperativo legal condicionado a los hechos y derechos de la causa, sin que se pueda desenfocar la congruencia fáctica ni los presupuestos de derecho.

Por eso se considera arbitraria la sentencia que insiste con ostensibles deficiencias argumentativas provenientes de los decisorios del tribunal de mérito y de casación y, al amparo de un excesivo rigor formal y con base en expresiones dogmáticas y sin contenido, desatiende los antecedentes que hacen a la cuestión fáctica sustancial de la causa y el adecuado estudio de elementos conducentes obrantes en la misma[414].

> La sentencia no satisface el requisito de debida fundamentación exigible en las decisiones judiciales, pues sin exponer razones de peso que lo justifiquen, omitió la consideración del precepto cuya aplicación supletoria el legislador dispuso en la ley de amparo y decidió la cuestión a partir de la hermenéutica de disposiciones de derecho sustantivo (Código Civil y Comercial de la Nación), establecidas para el cómputo de los intervalos del derecho y no de los términos procesales, provocando de esta forma un grave menoscabo de la garantía de defensa en juicio del demandado, quien se vio privado de la posibilidad de obtener la revisión de la decisión[415].
>
> Es arbitraria la sentencia que soslayó el análisis de argumentos tendientes a demostrar que lo resuelto no satisfacía el reclamo ni tutelaba los derechos que se intentaban proteger, lo que importó convalidar una decisión sobre el fondo del asunto susceptible de afectar de modo irreparable el derecho a la salud y al medioambiente sano prescindiendo del análisis de las constancias de la causa, apoyada en inferencias sin sostén jurídico y fáctico y con el solo sustento de la voluntad de los jueces[416].

Lo mismo ocurre cuando quedan sin resolver cuestiones oportunamente planteadas […]

---

[413] Fallos: 329:2737.

[414] Fallos: 343:1181.

[415] Fallos: 342:2125.

[416] Fallos: 339:1423.

La omisión de examinar los planteos introducidos en la expresión de agravios es particularmente significativa si en la decisión de primera instancia -que se pretendió dejar firme- la magistrada también soslayó el examen de las normas invocadas por la apelante pese a que era esa oportunidad procesal la apropiada para abordar la cuestión pues la causa -tendiente a obtener con carácter urgente la cobertura integral de internación y provisión de implante- había sido declarada como de puro derecho en virtud de que el actor ya había obtenido su pretensión sustancial como consecuencia de la medida cautelar decretada en autos[417].

Adolece de un rigorismo formal injustificado que no se compadece con los fines de la institución del amparo -particularmente pertinente en materias relacionadas con la preservación de la salud y la integridad física-, la sentencia que rechazó in limine la acción con una aplicación mecánica de un precedente de la Corte en el que la acción no se había dirigido contra la obra social y el Estado Nacional asumía un carácter subsidiario, sin examinar adecuadamente los alcances de la pretensión de la accionante ni las particularidades del planteo de la litis, donde la actora sostuvo que la obra social se hacía cargo parcialmente de los gastos y por eso accionó únicamente contra los dos organismos del Estado Nacional[418].

La Corte nacional tiene dicho que […]

Corresponde dejar sin efecto la sentencia que ordenó al hospital, Ministerio de Salud local y a la provincia demandada que cubran el 100 % de las prestaciones médicas, pues omitió considerar los planteos de la demandada relativos a que el convenio en el que la actora fundó su pretensión no incluyó disposición alguna sobre la atención de su salud, así como el atinente a que el Estado se halla obligado a brindar las prestaciones enunciadas en la ley 24.901 solo de manera subsidiaria, pues dicha cobertura corresponde a las obras sociales.

Resolviendo de esta manera se prescinde de lo normado en dicha disposición y a su vez, soslaya el hecho de que la propia actora, al interponer la acción, no cuestionó la falta de atención de sus patologías por parte del hospital local, sino que lo que concretamente reclamó es la atención con carácter preferente por parte de especialistas y la entrega de medicamentos, anteojos y audífonos, entre otras prestaciones, a la que habría creído tener derecho con base en el acuerdo celebrado con la provincia mediante el que se había estipulado una indemnización por daños y perjuicios a su favor.

En reclamaciones basadas en la tutela del derecho a la salud, no hay razones que justifiquen eximir ni mitigar el deber de fundar las sentencias que pesa sobre los tribunales de justicia de la República, pues es enteramente aplicable la exigencia arraigada en la Constitución Nacional y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos de que los fallos cuenten con argumentos consistentes y racionalmente sostenibles, al encontrarse

---

[417] Fallos: 342:1484.

[418] Fallos: 332:1200.

> comprometidas las garantías de defensa en juicio y de tutela judicial efectiva de las partes, además de que al expresarse las razones que el derecho suministra para la resolución de controversias se favorece la credibilidad de las decisiones tomadas por el Poder Judicial en el marco de una sociedad democrática[419].

En síntesis, una sentencia dictada dentro de un proceso sumarísimo dirime la controversia entre interpretaciones confrontadas, donde los argumentos son la base esencial de las cuestiones a resolver, teniendo en cuenta que se debe resolver conforme lo alegado y probado por los sujetos y con los hechos aportados en sus escritos de demanda y contestación.

4. La sentencia razonable

4.1 Pedir razonabilidad en las sentencias es una verdad de Perogrullo; pero se reitera en los ordenamientos constitucionales, en los códigos procesales, y hasta se lo suma entre los principios del Código Civil y Comercial de la Nación. Todos ellos, en realidad, pretenden que la aplicación de la ley no sufra interpetaciones absurdas o arbitrarias, que son desvíos a proscribir.

La sentencia en el amparo o en el juicio de conocimiento no eluden esta regla que persigue justificar la decisión adoptada. El compromiso llega a las partes por el efecto de la cosa juzgada, y también recibe adhesiones o repulsas de la sociedad que conoce de la actividad jurisdiccional.

4.2 En el amparo de salud siempre habrá un test de compatibilidad entre el resultado individual y el impacto que tiene para el derecho colectivo. Esa tarea afirma como principio constitucional la obligación de motivar todos los actos de resolución jurisdiccional, ratifica la condición de "garantía" que tiene para el justiciable, y toma posición entre las coberturas que tiene que sumar el "debido proceso".

Las dos funciones que se observan, la *procesal* que propicia fiscalizar desde el control jerárquico de instancias superiores, y la función *política* que con la democracia admite el control de la opinión pública, determinan como un elemento necesario e ineludible, que toda decisión judicial sea razonable y plenamente motivada.

---

[419] CS, Padilla, Laura Rosario c/ Hospital de General Roca y otros s/ amparo. Sentencia del 12 de noviembre de 2020.

La ventaja que tiene esta condición, coloca en primera línea la actitud preventiva que impide consagrar arbitrariedades al imponer una motivación plena y suficiente de lo resuelto. Por eso al juez no sólo le corresponde controlar que el deber legal de motivar se cumpla, como si éste fuera un requisito formal, sino le incumbe igualmente el deber de comprobar si las razones que transporta la motivación están dotadas de vigor suficiente como para desterrar la arbitrariedad[420].

4.3 En temas de salud la razón no tiene una respuesta única. En efecto, cuando la demanda muestra un acto o hecho lesivo notorio y evidente, la solución práctica e inmediata sería acoger el amparo y ordenar su cumpimiento. Sin embargo, se impone cierta serenidad ante los hechos singularizados en las cuestiones planteadas en la causa, sin verificar que otras situaciones podrían suceder tras otorgar el beneficio de la sentencia favorable.

La jurisprudencia viene remarcando que […]

> El derecho a la salud, íntimamente relacionado con el derecho a la vida y del cual forma parte el derecho a la salud reproductiva, así como los principios y garantías consagrados en la Carta Magna, no son absolutos sino que deben ser ejercidos con arreglo a las leyes que reglamentan su ejercicio, en la forma y extensión que el Congreso, en uso de sus facultades propias, lo estime conveniente a fin de asegurar el bienestar general (arts. 14 y 28 de la Constitución Nacional), con la única condición de no ser alterados en su substancia[421].;

Esta es doctrina ya presentada, habiéndose advertido que después de hacer el test de compatibilidad entre el socorro personal y las proyecciones sociales, pueden existir otras lecturas.

Por ejemplo […]

> La aplicación de la resolución INOS N° 490/90 no resulta irrazonable por impedirles acceder a los actores –afiliados adherentes a una obra social sindical- a los servicios de salud con los que han sido beneficiados, pues no se advierte acreditada restricción o limitación alguna al derecho a la salud o a la vida, en tanto el Sistema Nacional del Seguro de Salud fue instituido con el fin de procurar a todos los habitantes del país el pleno goce de ese derecho[422].

---

[420] Gozaíni, Osvaldo A., *La sentencia razonablemente fundada,* en "Cuestiones procesales del Código Civil y Comercial de la Nación" (AA.VV. Osvaldo A. Gozaíni – Director), cit., capítulo IV.

[421] Fallos: 338:779.

[422] Fallos: 332:399.

> Las obras sociales son entes de la seguridad social, a cuyo cargo se encuentra la administración de las prestaciones, prioritariamente médico-asistenciales, para la cobertura de las contingencias vinculadas a la salud, a las que pueden adicionar otras prestaciones de carácter social, y se constituyen como organizaciones descentralizadas y autónomas, destinadas a procurar, por sí o a través de terceros, la satisfacción del derecho a la salud de sus afiliados y beneficiarios[423].
>
> El derecho a la vida, más que un derecho no enumerado en los términos del artículo 33 de la Ley Fundamental, es una prerrogativa implícita, ya que el ejercicio de los derechos reconocidos expresamente requiere necesariamente de él y, a su vez, el derecho a la salud -especialmente cuando se trata de enfermedades graves- está íntimamente relacionado con el primero y con el principio de autonomía personal, ya que un individuo gravemente enfermo no está en condiciones de optar libremente por su propio plan de vida[424].

4.4 Tampoco se trata de hacer elecciones premeditadas o realizar conclusiones expulsivas; la razonabilidad es un concepto propio de la función jurisdiccional, cuya base de análisis es la Constitución y la ley, y una guía de preferencias para la interpretación que no se pueden apartar de los hechos de la causa.

El derecho a la vida y todas las derivaciones que tiene el cuidado y la protección de la salud, recibe de los instrumentos internacionales una cuota más de ineludible atención, pues estos principios cambian o pueden hacerlo, las perspectivas particulares.

Las pautas de atención especial para los sectores vulnerables, entendiendo por tales, a los grupos o colectivos que están fuera del sistema de salud por razones ajenas a su diligencia y conocimiento, cobija un argumento que puede estar fuera de los desenvueltos por las partes en el conflicto tratado.

> El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales reconoce el derecho de todas las personas a disfrutar del más alto nivel posible de salud física y mental, así como el deber de los estados partes de procurar su satisfacción y entre las medidas que deben ser adoptadas a fin de garantizar ese derecho se halla la de desarrollar un plan de acción para reducir la mortalidad infantil, lograr el sano desarrollo de los niños y facilitarles ayuda y servicios médicos en caso de enfermedad (art. 12)[425].
>
> La atención y asistencia integral de la discapacidad -con sustento en las leyes 24.431 y 24.901, en el decreto 762/97 y en los compromisos asumidos por el Estado Nacional-

[423] Fallos: 331:1262.

[424] Fallos: 331:453; 323:1339; 329:2552; 329:1638; 326:4931, entre muchos más.

[425] Fallos: 323:3229.

constituye una política pública de nuestro país; máxime si lo decidido compromete el interés superior de quien, al inicio de las actuaciones era, además, menor de edad, pues la Convención sobre los Derechos del Niño, encarece su tutela elevando aquel "interés superior" al rango de principio[426].

[426] Fallos: 327:2413.

CAPÍTULO XII

SENTENCIAS Y CASUISTICA

1. Introducción

1.1 La casuística permite publicar con ejemplos concretos los casos donde la razonabilidad se establece con reglas, principios y valores.

El itinerario se realiza con sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, con el fin de mostrar las cuestiones constitucionales que ingresan en los amparos de salud y las perspectivas que tiene cada situación particular.

Las reglas se refieren a los modelos de sentencias, en el sentido de diferenciar las que resuelven el caso concreto que analiza todo amparo individual; respecto de otras que, sin aplicarse a amparos colectivos, razonan con el impacto en los demás derechos y los efectos que la cosa juzgada produce.

Los principios son los que aporta el derecho internacional de los derechos humanos, en los que el derecho a la vida y a la integridad personal, promueven múltiples aspectos de las garantías que se involucran en la salud y el bienestar social. Son sentencias que desarrollan la jurisprudencia de principios, más propia de los tribunales que tienen precedentes vinculantes o generan doctrinas legales de acatamiento obligatorio.

Los valores son reductos de la jurisprudencia de equidad o distributiva. Es el territorio de la ponderación más que de la interpretación conforme a normas aplicables. Aquí lo establecido puede tener otro rumbo en miras de conseguir la justicia del caso.

1.2 Todas las decisiones que se analizan refieren a casos donde se invoca la protección del derecho a la salud en sus niveles de compromiso y atención. Cada uno tiene detrás del problema individual, una sentencia que ha resuelto con fundamentos propios el derecho reclamado, dando por cierto afirmaciones que merecen el comentario

particular. Otras orientan la senda de interpretación revocando las sentencias expulsivas del derecho a la salud.

Para que el monitoreo tenga eficacia útil es menester recordar que en Argentina hay un sistema nacional de salud previsto para todos los habitantes, es decir, que alcanza a residentes temporales u ocasionales. La atención y el cuidado tiene tres eslabones mutuamente asistidos y en cooperación de la Nación con cada una de las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Ellos son, las *obras sociales* que tienen a su cargo la seguridad social de grupos adheridos por contrato o relación laboral; la *asistencia social* instalado en los estratos del poder de gobierno federal, provincial o municipal, que se visualiza, esencialmente, en prestaciones monetarias o en especie; y *la seguridad particular,* alojada en contratos de seguros médicos de empresas privadas.

> El derecho a la preservación de la salud está comprendido dentro del derecho a la vida, la autoridad pública tiene la obligación impostergable de garantizar ese derecho con acciones positivas, 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[427].
>
> No puede soslayarse la función rectora que ejerce el Estado Nacional en el campo de la salud por medio del Ministerio de Salud para garantizar la regularidad de los tratamientos sanitarios coordinando sus acciones con los estados provinciales, sin mengua de la organización federal y descentralizada que corresponda para llevar a cabo tales servicios[428].

1.3 Las obras sociales dependen mayormente del Estado, o son parte de una asociación sindical que, al agrupar los trabajadores del sector, les brinda cobertura médica y asistencial, reteniendo en el sueldo una cuota para ello (3% del salario bruto, que se suma al 5% de aporte patronal).

Se diferencian de las empresas de salud privada reguladas por la Ley 26.682, por los alcances de las prestaciones, aunque las dos coinciden en tener un mínimo de coberturas obligatorias. Estas, se encuentran detalladas en el Programa Médico Obligatorio (PMO), elaborado por la Superintendencia de Servicios de Salud,.

---

[427] Fallos: 324:754, entre muchos más.

[428] Fallos: 328:1708.

La relación entre obras sociales y planes de medicina privada es habitual y constante, toda vez que el trabajador que tiene una atención médica garantizada por su empleador, puede contratar con una empresa particular para acceder a un plan con mejor cobertura.

La Corte aclara que […]

> La obra social, en tanto agente del sistema de seguro de salud, tiene el deber de garantizar -sin percibir los correspondientes aportes y contribuciones- las prestaciones a su cargo y, en especial, el programa médico obligatorio, a los trabajadores en relación de dependencia que se encuentran atravesando un período de inactividad, durante los tres meses posteriores al distracto laboral y si durante ese período, el beneficiario se acoge a un beneficio previsional, esa obligación debe ser integrada con las normas que regulan el sistema de la seguridad social de los jubilados y pensionados, por aplicación del principio de interpretación sistemática de las leyes adoptado por la Corte Suprema[429].
>
> Lo atinente a la afiliación obligatoria a una obra social rebasa el cuadro de la justicia conmutativa que regula prestaciones interindividuales sobre la base de una igualdad estricta, para insertarse en el de la justicia social, cuya exigencia fundamental consiste en la obligación, de quienes forman parte de una determinada comunidad, de contribuir al mantenimiento y estabilidad del bien común propio de ella[430].

1.4 El Estado benefactor toma a su cargo otros aspectos de la salud que debe preservar con cuidados y atención. Lo preventivo (accidentes o riesgos del trabajo) entra en los planes de coberturas médicas obligatorias del empleador; y las acciones positivas del gobierno contribuyen a tener un sistema o plan de salud.

Las autoridades públicas, en su conjunto, tienen esa obligación indeclinable de garantizar el derecho a la salud comprendido dentro del derecho a la vida, actuando con medidas positivas, sin perjuicio de las obligaciones que corresponden a las jurisdicciones locales, obras sociales y entidades de medicina prepaga, supuestos en los que es evidente la facultad del Estado de vigilar y controlar que las prestadoras cumplan su obligación, estando habilitado por las leyes respectivas y a través de sus organismos competentes, a imponer las sanciones establecidas por dichas normas para el caso de incumplimiento.

La Corte nacional tiene dicho que […]

---

[429] CS, Andrada, Martina c/ OSPAT s/Amparo, sentencia del 5 de noviembre de 2020.

[430] Fallos: 322:215.

> Por imperio del art. 1 de la ley 24.754, las empresas o entidades que presten servicios de medicina prepaga deben cubrir, como mínimo, las mismas prestaciones que resulten obligatorias para las obras sociales. Esto último comprende las prestaciones que, con dicho carácter obligatorio, establezca y actualice periódicamente la autoridad de aplicación en ejercicio de la facultad que le confiere el art. 28 de la ley 23.661. Y también, en lo que atañe a las personas con discapacidad, todas las que requiera su rehabilitación (art. 28 cit.), así como, en la medida que conciernan al campo médico asistencial, las demás previstas en la ley 24.901[431].
>
> Vuelve a repetirse que […]: El Estado Nacional tiene la obligación impostergable de garantizar el derecho a la salud con acciones positivas, 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[432].

1.4 Las empresas prepagas amplían los límites de las coberturas de mínima que el Estado impone, pero no pueden escudarse en incumplimientos irrazonables, que obliguen al reclamo judicial llevando el caso a la interpretación contractual. La urgencia de atención que tenga el afectado por este conflicto, puede ocasionar el amparo o un juicio de conocimiento.

> La obra social está obligada a mantener la afiliación, y su postura contraria a este deber se basa en una interpretación de un artículo aislada del resto del ordenamiento jurídico vigente; más concretamente, de las normas que regulan el sistema de la seguridad social (arts. 8, inc. b, y 20, ley 23.660; art. 16, ley 19.032; art. 19, ley 24.241; art. 3, decreto 679/1995; resolución 1100/2006 del INSSJP; y art. 14 bis, Constitución Nacional), según las cuales, los beneficios que establece el sistema, entre ellos, el derecho a mantenerse en la obra social de origen, art. 16, ley 23.660- son reconocidos a quien se acoge al trámite jubilatorio[433].

Son los anexos del Programa Médico Obligatorio de Emergencia los que establecen los mínimos de cobertura limitada, las que resultan especificaciones complementarias y subsidiarias y, por lo tanto, deben ser leídas en razonable armonía con el principio general que tiene el derecho de la población a tener acceso a los bienes y servicios básicos para la conservación de la salud.

Por eso se ha dicho que […]

---

[431] Fallos: 330:3725.

[432] Fallos: 328:4640; 328:1708; 327:2127, 324:754; 323:3229, entre otros.

[433] CS, Andrada, Martina c/ OSPAT s/Amparo. Sentencia del 5 de noviembre de 2020.

> Cabe dejar sin efecto la sentencia que desestimó la acción de amparo deducida a fin de obtener la cobertura para una cirugía con endoprótesis en base a que no se hallaba incluida en el PMO, pues el Tribunal ha juzgado (Fallos: 325:677) que el derecho a obtener conveniente y oportuna asistencia sanitaria, se vería frustrado si se aceptara que la falta de exclusión de un tratamiento no importa su lógica inclusión en la cobertura, siendo inadmisible la referencia histórica al estado del conocimiento médico al tiempo de fijarse los términos de dicha cobertura, toda vez que se traduciría en la privación de los adelantos terapéuticos que el progreso científico incorpora al campo de las prestaciones médico asistenciales[434].
>
> Corresponde dejar sin efecto la sentencia que revocó la condena impuesta a la obra social para la provisión de una prótesis de cadera importada si, ante la medida para mejor proveer decretada por la cámara, el perito informó que no existían prótesis de origen nacional que tuvieran las características que requería la intervención quirúrgica de la actora y dicha conclusión no fue impugnada ni observada en modo alguno por la demandada[435].

2. Derecho individual versus derechos del grupo

2.1 Toda persona tiene derecho a conservar el mejor estado de salud, y para ello hay un compromiso individual que reside en sus propias conductas, y un deber social que le corresponde al Estado para darle a todos la atención oportuna y apropiada para que el estandar sea lo más alto posible.

En consecuencia, la salud no es solamente un tema jurídico o médico, porque en su universo aparecen factores biológicos, sociales, ambientales, económicos, y de otro carácter, que son los que se verifican para determinar las acciones positivas que se tienen como obligaciones para la promoción, prevención, curación y rehabilitación de los pacientes.

Los principios mentores advierten la necesidad de obrar progresivamente y en armonía con todos los agentes y factores que inciden en el cuidado de la salud, teniendo siempre presente que es un derecho individual que actúa en una realidad colectiva que se denomina salud pública.

---

[434] Fallos: 337:471.

[435] Fallos: 336:421.

2.2 La idea solidaria de tener un sistema de salud poblacional destinado a la asistencia y curación, es el germen del paternalismo jurídico que enfatiza el deber estatal de poner lo mejor de sí, en recursos humanos y presupuestarios, para elevar cada vez más, el nivel de disfrute, como lo piensa el artículo 12 del PIDESC.

Por tanto, la referencia a la salud general o al cuidado y protección, tiene relaciones distintas que enfocan con cierto capricho el objetivo legal. Este es el problema que se debate en alguna jurisprudencia.

> Algunos autores sostienen que, en la actualidad no existe un consenso sobre la superioridad o conveniencia del derecho de atención a la salud frente al derecho a la salud. Por un lado, se dice que el derecho a la salud es el más grande de los absurdos, ya que es imposible garantizar una salud perfecta; por otro lado, el término derecho de atención a la salud es concebido como la prestación de servicios médicos exclusivamente, sin embargo esta última noción no es la esencia fundamental del concepto[436].

2.3 Lo expuesto orienta sobre el dilema que se abre en este espacio. Derecho invidual o derecho social, juntos o aislados; pero al mismo tiempo, es claro que la atención médica (deber de cuidado), no puede pronosticar, ordenar tratamientos, u ofrecer asistencia útil, sin tener evidencia científica que respalde las acciones. Cuando existe, se trabaja con la obligación de medios y esfuerzos, cumpliendo con la *lex artis* y con el deber médico del buen quehacer.

La planificación para la salud pública tiene el mismo alcance, con el agregado que la investigación, el ensayo o el deber de prevenir, obligan a energizar la estrategia. Para tomar decisiones en este escenario, hay imponderables que consideran los equilibrios entre el beneficio potencial y el riesgo emergente.

Con este planteo, nos parece poco probable que un juez pueda recetar soluciones médicas; pronosticar estados clínicos, o argumentar soluciones científicas donde no tiene esperticia. Desde otra mirada, el juez no es mídico ni administrador sanitario; como en su caso, tanpoco es legislador para dictar una norma.

> Los proyectos que presenten quienes pretenden realizar estudios e investigaciones de Farmacología clínica deberán demostrar fundamentalmente cuáles son las propiedades

---

[436] Alma Medrano, Alba Muñoz de, *El derecho a la salud ¿Un derecho individual o social?.* En Revista Concordancias. Estudios jurídicos y sociales. Chilpancingo (México), nº 8 (mayo – agosto 2000), ps. 45 – 56.

> farmacológicas y terapéuticas del compuesto a estudiar relacionándolas en forma cualitativa y cuantitativa con el empleo terapéutico que se preconiza, así como cuál es el margen de sanidad y los efectos adversos previsibles en las condiciones de empleo terapéutico para el ser humano. También se exige, en su caso, la presentación de antecedentes bibliográficos, del plan experimental detallado y fundamentado y la de los resultados obtenidos[437].
>
> No incumbe a los jueces en el ejercicio regular de sus atribuciones, sustituirse a los otros poderes del Estado en las funciones que les son propias, sobre todo cuando la misión más delicada de la justicia es la de saberse mantener dentro de la órbita de su jurisdicción, sin menoscabar las funciones que le corresponden a los otros poderes. Ello es aplicable al caso en que la autoridad a la que ha sido otorgado el ejercicio del poder de policía sanitaria respecto de las actividades comprendidas en la norma de control de drogas y productos utilizados en medicina humana, y la facultad de dictar las disposiciones reglamentarias o complementarias que sean necesarias a tal fin, ha emitido su opinión sobre el complejo crotoxina A y B, estableciendo que, en las presentes circunstancias, ese complejo carece de acción antineoplásica[438].

2.4 Finalmente, cuadra recordar que el Código Civil y Comercial de la Nación estableció en el artículo 240 un límite expreso para los derechos individuales que radica en la compatibilidad con los bienes de incidencia colectiva.

Aun cuando el objetivo sea previsto en un capítulo que orienta la finalidad, no se puede descartar que la intención resuelve, antes que un enfrentamiento que lleve a elegir entre uno u otro derecho, la definición de funciones articuladas, donde lo personal no prive sobre lo colectivo; y que no sea éste una obstrucción para todos o una preferencia irreparable.

> Esto suele suceder en materia de legitimación procesal dentro del amparo de salud, por eso, con fines docentes, conviene recordar el meditado voto de Ricardo Lorenzetti, que alecciona sobre las diferencias. Dice el profesor […]: “Ccorresponde, como primer paso, delimitar con precisión si la pretensión concierne a derechos individuales, a derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos, o a derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos. En todos esos supuestos, la comprobación de la existencia de un "caso" es imprescindible, ya que no se admite una acción que persiga el control de la mera legalidad de una disposición. Sin embargo es preciso señalar que el "caso" tiene una configuración típica diferente en cada uno de ellos, siendo esto esencial para decidir […]. También es relevante determinar si la controversia en

---

[437] Fallos: 310:112.

[438] Fallos: 310:112.

> cada uno de esos supuestos se refiere a una afectación actual o se trata de la amenaza de una lesión futura causalmente previsible. La regla general en materia de legitimación es que los derechos sobre bienes jurídicos individuales son ejercidos por su titular. Ella no cambia por la circunstancia de que existan numerosas personas involucradas, toda vez que se trate de obligaciones con pluralidad de sujetos activos o pasivos, o supuestos en los que aparece un litisconsorcio activo o pasivo derivado de la pluralidad de sujetos acreedores o deudores, o bien una representación plural. En estos casos, no hay variación en cuanto a la existencia de un derecho subjetivo sobre un bien individualmente disponible por su titular, quien debe, indispensablemente, probar una lesión a ese derecho para que se configure una cuestión justiciable. Esta regla tiene sustento en la Ley Fundamental, ya que el derecho de propiedad, la libertad de contratar, de trabajar o la de practicar el comercio, incluyen obligadamente la de ejercer de modo voluntario las acciones para su protección[439].

Del conjunto de apreciaciones expuestas, la síntesis se refleja en aspectos importantes de las áreas a cubrir en el derecho a la salud. Uno central es el deber del Estado para que las personas dispongan de establecimentos, equipamiento y servcios de salud, tal como lo dijo la Corte en un reordado caso.

> Si los amparistas solicitan que se condene al Ministerio de Salud a tomar acciones concretas tendientes a equipar y refaccionar el hospital en un plazo determinado, no puede válidamente afirmarse que la sentencia tendría un sentido meramente teórico o conjetural, ya que la decisión tendrá incidencia concreta en los intereses y derechos de las partes. Los médicos actores cuentan con legitimación para demandar a la provincia en tanto han expuesto que la situación precaria en que tienen que desempeñar sus tareas los afecta en forma personal y directa, y no meramente como miembros de la comunidad interesados en que la provincia cumpla con sus obligaciones en materia de salud, por lo que se encuentran en juego bienes jurídicos individuales y los derechos sobre tales bienes son ejercidos por su titular (Voto del juez Lorenzetti)[440].
>
> Quienes tienen a su cargo la administración de los asuntos del Estado deben cumplir con la Constitución garantizando un contenido mínimo a los derechos fundamentales y muy especialmente en el caso de las prestaciones de salud, en los que están en juego tanto la vida como la integridad física de las personas; una sociedad organizada no puede admitir que haya quienes no tengan acceso a un hospital público con un equipamiento adecuado a las circunstancias actuales de la evolución de los servicios médicos, y no se cumple con ello cuando los servicios son atrasados, descuidados, deteriorados, insuficientes, o presentan un estado lamentable porque la Constitución no consiente interpretaciones que transformen a los derechos en meras declaraciones con un resultado trágico para los ciudadanos (Voto del juez Lorenzetti).

---

[439] Fallos: 329:4741.

[440] Fallos: 329:4741.

> El hospital público es una consecuencia directa del imperativo constitucional que pone a cargo del Estado la función trascendental de la prestación de los servicios de salud en condiciones tales de garantizar la protección integral del ser humano, destinatario esencial de los derechos reconocidos por la Constitución y por diversos tratados internacionales con igual jerarquía, entre los cuales se encuentra el derecho a la salud[441].

El siguiente aspecto a verificar es el acceso, siendo uno de los temas centrales del derecho a la salud, desde que la prestación nacional que se destina hacia toda la población, no siempre encuentra disponibles y accesibles (en términos económicos) los servicios y tratamientos que se cubren con el más alto estándar dispuesto.

Aquí la desigualdad es notoria, como también la jurisprudencia es oscilante por aplicar más sentimientos que racionalidad jurídica. Las situaciones de vulnerabilidad que toleran alguna actuación preferente o protectiva, queda inerte ante el mal entendimiento como se aplica esta variable de la interpretación.

Finalmente, hay dos elementos más a tratar que son la autonomía de la voluntad para aceptar el tratamiento de salud ordenado por los médicos, y el entorno donde se quieren realizar.

3. Disponibilidad del derecho a la salud

3.1 Disponer significa contar con varios componentes del derecho a la salud. Las constituciones y los tratados hablan de un estado completo para el bienestar físico, mental y social, que no significa mantener a una persona libre de afecciones o de enfermedades.

El máximo grado que se pueda alcanzar es un deber del Estado sujeto a los recursos disponibles, los que se deben invertir en planes de prevención, protección específica y desarrollo progresivo de otros derechos vinculados como la información plena y precisa del tratamiento o de la enfermedad; la autonomía individual para resolver su destino; y otros factores como el hábitat y la alimentación. En consecuencia, no es actividad propia y singular del Estado, al requerir solidaridades y responsabilidad compartida con la sociedad, la familia y del mismo individuo.

Por eso algunos tribunales sostienen que lo presentado es un programa a cumplir, con reservas para sostener su aplicación inmediata. En efecto […]

---

[441] Fallos: 329:3727.

> La prestación que involucra el derecho a la salud es de carácter programático porque requiere de un proceso en el que se diseñan y planifican las instituciones y el sistema que lo hacen posible. Ello exige tiempo y la apropiación de recursos que luego deben ser destinados bajo una serie de parámetros que deben ser discutidos democráticamente. Su realización es, en este sentido, progresiva. En tal sentido, la Corte Constitucional de Colombia dice que el derecho a la salud es de desarrollo progresivo donde el Estado tiene que adoptar políticas que comprometan recursos públicos y exijan medidas de orden administrativo, para todos, evitando que ellas sean completamente indiferentes a las necesidades de tales grupos puesto que ello equivaldría a perpetuar su situación de marginamiento, lo cual es incompatible con los principios fundamentales en que se funda una democracia participativa. En segundo lugar, la progresividad de ciertas prestaciones protegidas por un derecho requiere que el Estado incorpore en sus políticas, programas y planes, recursos y medidas encaminadas a avanzar de manera gradual en el logro de las metas que el propio Estado se haya fijado con el fin de lograr que todos los habitantes puedan gozar efectivamente de sus derechos. En tercer lugar, el Estado puede a través de sus órganos competentes definir la magnitud de los compromisos que adquiere con sus ciudadanos con miras a lograr dicho objetivo y, también, puede determinar el ritmo con el cual avanzará en el cumplimiento de tales compromisos.

3.2 En Argentina, el más alto tribunal de la nación afirma que el derecho a la salud no sólo es un deber estatal impostergable, sino que exige una inversión prioritaria[442]. También dijo […]

> Quien contrae la obligación de prestar un servicio, como el de asistencia a la salud de la población, lo debe hacer en condiciones adecuadas para cumplir el fin en función del cual ha sido establecido y que es responsable de los perjuicios que causare su incumplimiento o su ejecución irregular[443].
>
> Resulta razonable comprender como sujetos pasivos del reclamo de restablecimiento de la prestación de un servicio médico a las autoridades públicas del ámbito nacional y local, si las omisiones en que estaban incurriendo en el financiamiento del programa permitían avizorar la inminencia de un menoscabo a un bien que, como la salud, merece la máxima tutela, no sólo por su prioridad indiscutible, sino también por resultar imprescindible para el ejercicio de la autonomía personal en tanto condiciona la libertad de toda opción acerca del proyecto vital[444].

---

[442] Fallos: 329:1226.

[443] Fallos: 329:2737.

[444] Fallos: 329:1226

Por supuesto, como fue repetidas veces afirmado, la autoridad pública tiene la obligación ineludible de garantizar el derecho a la preservación de la salud con acciones positivas, sin perjuicio de cuanto le corresponde asumir, en esa gestion, a las jurisdicciones locales, las obras sociales o las entidades de medicina prepaga

> Corresponde al Estado Nacional velar por el fiel cumplimiento de los tratamientos requeridos, habida cuenta de la función rectora que le atribuye la legislación nacional y de las facultades que debe ejercer para coordinar e integrar sus acciones con las autoridades provinciales y diferentes organismos que conforman el sistema sanitario del país en miras a lograr la plena realización del derecho a la salud[445].

3.3 Ahora bien, lo discutible es que este deber pueda reclamarse por la vía urgente y sumaria del amparo, que siendo un proceso preferente para la protección constitucional, exige que la causa sea arbitraria o ilegal, en cuyo caso, cuando se sostiene que los cuidados y la atención no están disponibles para la población, el tema se aloja en reclamar una sentencia exhortativa de cumplimiento exigible con modalidades (por ejemplo, estableciendo un tiempo, orientando la inversión, o disponiendo cuanto sea menester resolver a estos efectos), cuyo objetivo parece difícil que se pueda apoyar con el estrecho margen de conocimiento del juicio de amparo.

Se ha dicho, en este aspecto […]

> Si se persigue la reparación de los daños y perjuicios derivados del irregular funcionamiento del servicio de un hospital público, la pretensión subsume el caso en un supuesto de responsabilidad del Estado local por la presunta falta de servicio -por acción o por omisión- en que habría incurrido un órgano de la provincia, que se sustenta en el cumplimiento irregular de funciones que corresponden al ámbito del derecho público, como lo es de la prestación del servicio público hospitalario; materia cuya regulación corresponde al campo del derecho administrativo y de resorte exclusivo de los gobiernos locales[446],

No obstante, son mayoría los votos que admiten el amparo. De allí que, entre otros, se haya dicho que […]

> Corresponde revocar la sentencia que rechazó la acción de amparo deducida por médicos y asociaciones profesionales contra la provincia con el objeto de que se diera solución a las graves insuficiencias del hospital ya que el sólo hecho de que la demanda trate del daño a un bien colectivo -y no a un interés individual de los actores- no resulta suficiente para

---

[445] Fallos: 330:4160.

[446] Fallos: 329:2737.

descartar la configuración de una "causa" justiciable (Voto de la Dra. Carmen M. Argibay)[447].

Cabe revocar la sentencia que acogió parcialmente la demanda instaurada en la que se persigue la cobertura integral de la escolaridad que viene cursando la hija menor de la actora que padece de una discapacidad mental asociada a otras dolencias de tipo físico, pues no parece razonable colocar a la recurrente ante la única alternativa de acudir a un juicio ordinario para obtener la prestación de la que su hija es clara acreedora, cuando por la vía del amparo ya lleva más de dos años litigando, debiendo los jueces-frente a éste tipo de pretensiones- encauzar los trámites por vías expeditivas y evitar que la incorrecta utilización de las formas pueda conducir a la frustración de los derechos fundamentales, cuya suspensión- a las resultas de nuevos trámites- resulta inadmisible[448].

Teniendo presente que el amparo es un proceso utilizable en las delicadas y extremas situaciones en las que, por carecer de otras vías idóneas o aptas, existe un peligro actual o potencial de la protección de derechos fundamentales, tratándose en el caso de salvaguardar los fines que el legislador tuvo al dictar la ley 24.754 –esto es, garantizar a los usuarios un nivel de cobertura mínimo con el objeto de resguardar los derechos constitucionales a la vida y la salud-, la vía elegida no resulta irrazonable[449].

4. Acceso a la salud poblacional

4.1 La salud se concreta como un derecho constitucional en desarrollo, cobijando en su dimensión el dilatado territorio de los derechos del enfermo o del paciente, como los más específicos para las personas discapacitadas, adultos mayores, niños, niñas y adolescentes, mujeres violentadas, refugiados, enfermos sociales con posibilidades de discriminación, personas con preferencia sexual distinta a la heterosexual, los que padecen enfermedades mentales; o que no disponen de contención social ni amparo estatal como los grupos migrantes, que en otros sitios se llaman desplazados, o los que viven en pobreza extrema, etc.

Este amplio radio deja fuera a muy pocos. Pareciera que los excluidos son los hombres en general, y en particular, los jóvenes mayores de dieciocho (18) años. Quiere decir, *mutatis mutandi,* que la población alcanzada es muy superior a la que no tiene el mismo derecho de preferencia.

---

[447] Fallos: 329:4741.

[448] Fallos: 332:1394.

[449] Fallos: 331:563.

> Si bien la actividad que asumen las empresas de medicina prepaga puede representar determinados rasgos mercantiles, en tanto ellas tienden a proteger las garantías constitucionales a la vida, salud, seguridad e integridad de las personas, también adquieren un compromiso social con sus usuarios, que obsta a que puedan desconocer un contrato, o invocar sus cláusulas para apartarse de obligaciones impuestas por la ley, so consecuencia de contrariar su propio objeto que debe efectivamente asegurar a los beneficiarios las coberturas tanto pactadas como legalmente establecidas[450].

No se trata de descalificar la desigualdad estructural sino de compensar equilibradamente el acceso al derecho a la salud. Basta con verificar el costo de medicamentos de un plan de enfermos crónicos (v.gr.: diabéticos, celíacos; entre muchos más) para comprobar que ni un buen pasar puede solventar ese gasto, a no ser que cuente con una obra social o un plan médico exclusivo. Cuando no se tiene, es donde el Estado y demás obligados a cuidar la salud con deberes prestacionales, debe aparecer.

> El decreto 432/97, reglamentario de la ley 13.478 se presenta como uno de los modos previstos en nuestra legislación para garantizar el goce de los derechos esenciales reconocidos en el texto constitucional y replicados en los tratados internacionales, entre los que corresponde mencionar el derecho a la vida, a la salud, a la supervivencia y al desarrollo, a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social y, en definitiva, a gozar de igualdad de oportunidades y en este sentido, se pondera la vulnerabilidad vital del colectivo concernido, ya que la falta de consideración de esta circunstancia como pauta de diferenciación supone igualar a los vulnerables con quienes no lo son (Disidencia de los jueces Maqueda y Rosatti)[451].
>
> Los menores, máxime en circunstancias en las que se encuentra comprometida su salud y su normal desarrollo, a más de la especial atención que demandan de quienes están directamente obligados a su cuidado, requieren también la de los jueces y de la sociedad toda[452].
>
> Ante la ostensible situación de vulnerabilidad en la que se encuentra el beneficiario del crédito no cabe afirmar, sin más, que la indemnización de la incidentista solo protege un mero interés pecuniario ajeno y escindible de su situación personal, sino que, por el contrario, se presenta como uno de los modos previstos en nuestra legislación para garantizar el goce de los derechos esenciales reconocidos en los tratados internacionales, entre los que corresponde mencionar el derecho a la vida, a la salud, a la supervivencia y al

---

[450] Fallos: 330:3725.

[451] CS, Recurso Queja Nº 1 – Silva Leal, Alicia c/ Comisión Nacional de Pensiones Asistenciales s/ amparo, sentencia del 3 de diciembre de 2020.

[452] Fallos: 342:459.

> desarrollo, a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social y, en definitiva, a la igualdad (Voto del juez Rosatti)[453].

4.2 El problema de satisfacer toda la demanda, surge cuando el acceso a la disponibilidad del derecho se concede en nombre del bienestar común, donde los programas se otorgan invocando motivos como la compasión, la pena, o la necesidad de igualar las desvetajas sociales.

Ese es un modelo político de utilitarismo regresivo, que trabaja con imágenes de preocupación y angustia por los demás, cuando lo que está haciendo es violar la autonomía de los derechos a la salud y corromper la buena prédica por un acceso igualitario.

> Quienes tienen a su cargo la administración de los asuntos del Estado deben cumplir con la Constitución garantizando un contenido mínimo a los derechos fundamentales y muy especialmente en el caso de las prestaciones de salud, en los que están en juego tanto la vida como la integridad física de las personas; una sociedad organizada no puede admitir que haya quienes no tengan acceso a un hospital público con un equipamiento adecuado a las circunstancias actuales de la evolución de los servicios médicos, y no se cumple con ello cuando los servicios son atrasados, descuidados, deteriorados, insuficientes, o presentan un estado lamentable porque la Constitución no consiente interpretaciones que transformen a los derechos en meras declaraciones con un resultado trágico para los ciudadanos (Voto del Dr. Ricardo Luis Lorenzetti)[454].

Es claro el pensamiento de Lorenzetti cuando explica que […] "La eficacia de las garantías sustantivas y procesales debe ser armonizada con el ejercicio individual de los derechos que la Constitución también protege como derivación de la tutela de la propiedad, del contrato, de la libertad de comercio, del derecho de trabajar, y la esfera privada, todos derechos de ejercicio privado. Por otro lado, también debe existir una interpretación armónica con el derecho a la defensa en juicio, de modo de evitar que alguien sea perjudicado por una sentencia dictada en un proceso en el que no ha participado[455].

Si el derecho a la salud cobija un universo de agentes de protección que tiene al Estado como responsable principal, no puede éste cambiar las reglas obligando a igualar

---

[453] Fallos: 342:459.

[454] Fallos: 329:4741.

[455] Doctrina de Fallos: 211:1056 y 215:357.

los deberes de cuidado y prestación para todo tipo de atenciones que exceden las coberturas mínimas indispensables, pues el particular que invierte su dinero en pagar un servicio médico de calidad tiene derecho a que se cumpla con ese objetivo, sin que el que paga menos pueda lograr las mismas satisfacciones.

Esta es una visión capitalista si se quiere; y al mismo tiempo muestra una perspectiva donde la igualación se persigue a costa de destruir el sistema privado, o aumentar los costos sociales de inversión estatal con subsidios. En todo esto se debe recordar que el sistema de salud trabaja con recursos disponibles.

4.3 En la búsqueda de la efectividad no cabe recurrir a criterios excesivamente indeterminados alejados de la prudencia que dicho balance exige[456]. En efecto, en la línea argumental que se expone, acompañamos el criterio apoyando el uso de la distinción entre casos, sin que las razones generales puedan aplicar un estándar que eluda apreciar las circunstacias de la causa.

En el derecho comparado se llama *distinguishing,* teniendo por objetivo demostrar que cada caso tiene particularidades, los que sin embargo, deben encontrar un punto de origen común. Es aquí donde se razona el principio de accesibilidad a los sectores vulnerables, pensando más en el derecho a la información y aplicación efectiva, que a una oferta disponible solo para quienes lo requieran.

La Corte nacional adopta una regla diferente, sosteniendo que […]

> Los derechos fundamentales que consagran obligaciones de hacer a cargo del Estado con operatividad derivada, están sujetos al control de razonabilidad por parte del Poder Judicial, y sin perjuicio de las decisiones políticas discrecionales, los poderes deben atender a las garantías mínimas indispensables para que una persona sea considerada como tal en situaciones de extrema vulnerabilidad[457].

4.4 A veces, la necesidad de diferenciar el uso de estupefacientes dio lugar a oscilaciones jurisprudenciales, y en materia médica se recuerda que, entre las finalidades enumeradas en el preámbulo del Convenio sobre Sustancias Sicotrópicas se encuentra la de evitar que se restrinja indebidamente la disponibilidad de tales

[456] Fallos: 329:4741.

[457] Fallos: 335:452.

sustancias para su uso médico y científico. El logro de esta meta fue asegurado a través de la creación de un mecanismo riguroso para la modificación de las listas anexas al convenio que prevé la intervención de un organismo internacional especializado en la materia[458].

La idea que subyace es no adoptar como regla una garantía que debe asegurar la igualdad de oportunidades, sin que sea una promesa de realidad inejecutable. La accesibilidad permite a toda persona tener el mentado derecho a la salud, aunque en las igualdades garantidas puedan surgir problemas de ejecución.

> Cabe dejar sin efecto la sentencia que desestimó la acción de amparo deducida a fin de obtener la cobertura para una cirugía con endoprótesis en base a que no se hallaba incluida en el PMO, pues el enfoque restrictivo que subyace en la decisión, al vedar el acceso a una terapéutica más moderna y segura, y el someter a una persona a una mecánica que entraña un mayor peligro de muerte, desnaturaliza el régimen propio de la salud, uno de cuyos estándares es proporcionar el mejor nivel de calidad disponible dejando sin cobertura una grave necesidad que los jueces admitieron como tal[459].
>
> El art. 17 de la ley 11.405 de Buenos Aires contraviene las disposiciones de otra norma de naturaleza nacional como es el decreto 150/92, reglamentario de la ley 16.463, que en su art. 11 contiene la exigencia impuesta a los centros de expendio de medicamentos de ofrecer al público las especialidades medicinales que correspondan a cada nombre genérico prescripto, según el listado contenido en el inc. b de su art. 6°, el que deberá estar disponible en el lugar visible con indicación de los precios[460].

5. La accesibilidad de los sectores vulnerables

5.1 La advertencia que se presenta en los párrafos que preceden tiene otros aspectos cuestionables, sin que sean ellos la causa certera para despojar a aquellos de fundamentos.

La igualdad que se proclama tiene un compromiso de difícil obtención, si se considera la asimetría estructural de cada una de las jurisdicciones[461]. La desigualdad parece ser antes que un objetivo a derrumbar, la regla que se impone como argumento o

---

[458] Fallos: 318:2311.

[459] Fallos: 337:471.

[460] Fallos: 323:1705.

[461] Cfr. Clerico, Laura. *El derecho a la salud de las personas con discapacidad. El argumento del federalismo como acelerador o como freno,* La Ley, 2009-D, 902.

impedimento. En efecto, la inversión en salud reconoce que no hay paridad presupuestaria y que la disponilidad de recursos es la frase común para las abstenciones que se concretan. De allí que la protección esperada queda a expensas de la política estatal o regional, desalentando al individuo que espera la atención prometida constitucionalmente.

La visión tiene, además, otra vertiente conflictiva, que reside en la información disponible para todos los sectores sociales. En este radican los hoy llamados "vulnerables", que al mostrarse frágiles con respecto a otros grupos de personas, quedan afectados por factores de registro diferente.

Lo vulnerable se puede dar por la edad, por condiciones sociales, culturales, políticas, económicas, educacionales, que impactan en el sector provocando una desigualdad inmediata que determina la necesidad de acciones positivas del Estado. Del ejecutivo, con programas especiales; del legislativo fomentando una legislacion igualitaria, y de los jueces cuando el caso necesita del resguardo y afianzamiento del derecho a la salud, el respeto a la moral y el orden público[462].

Una sociedad que no conoce sus derechos es una sociedad olvidada que tiene en la ignorancia el motivo central para las omisiones del Estado.

5.2 Ya fue dicho que, tras la reforma constitucional de 1994, cobró énfasis el deber de brindar respuestas especiales y diferenciadas para los sectores vulnerables, con el objeto de asegurarles el goce pleno y efectivo de todos sus derechos; y en tal sentido el envejecimiento y la discapacidad, entre otros, fueron las causas predisponentes o determinantes de vulnerabilidad, circunstancia que normalmente obliga a los concernidos a contar con mayores recursos para no ver comprometida seriamente su existencia y/o calidad de vida y el consecuente ejercicio de sus derechos fundamentales[463].

---

[462] Fallos: 318:2311.

[463] Fallos: 343:264. Aquí la Corte afirma que […]: El imperativo constitucional de brindar respuestas especiales y diferenciadas para los sectores vulnerables, es transversal a todo el ordenamiento jurídico, ya que no es dable postular que el Estado actúe con una mirada humanista en ámbitos carentes de contenido económico inmediato (libertades de expresión, ambulatoria o tránsito, etc.) y sea insensible al momento de definir su política fiscal y/o presupuestaria.

La vulnerabilidad en salud contiene dos aspectos importantes, porque desde un lado atiende la protección que se dispensa a grupos poblacionales que demuestran conflictos sanitarios y de salud sin que tengan la posibilidad efectiva de resolverlos en comparación con otros grupos de residentes. Mientras que por otro, cuestionan la igualdad que tienen con los demás para equiparar el derecho al cuidado y atención que todos merecen.

> Este concepto es multidimensional y está vinculado tanto a los individuos como al grupo social al que pertenecen, evidenciando la incapacidad de los mismos para enfrentar los desafíos de su entorno, incluido el desamparo institucional. La vulnerabilidad no es un estado único o permanente que caracterice a ciertos grupos en particular, sino que es resultado de un conjunto de determinantes sociales que interactúan de forma específica, dando lugar a una condición dinámica y contextual. Los bajos ingresos, el desempleo, la discriminación de género y los bajos niveles de escolaridad son todos ejemplos de estos determinantes que, actuando en forma conjunta, ponen a una persona (o grupo poblacional) en situación de desprotección. Así, la condición de vulnerabilidad no es estática, puesto que las circunstancias en que se inscriben las personas y los grupos pueden verse modificadas por la reconfiguración de distintos factores y el tiempo de exposición a un contexto específico. Por tal motivo, la inequidad social que se transmite de generación en generación debe ocupar uno de los primeros lugares en la agenda de las políticas públicas de los países de la región[464].

5.3 En Argentina, se pondera a las situaciones de vulnerabilidad como uno de los modos previstos para garantizar el goce de los derechos esenciales reconocidos en el texto constitucional y replicados en los tratados internacionales, entre los que corresponde mencionar el derecho a la vida, a la salud, a la supervivencia y al desarrollo, a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social y, en definitiva, a gozar de igualdad de oportunidades.

El análisis predominante es el contexto y la identificaciòn del factor común de la desventaja, entendiendo que esa diferencia obliga a los jueces a identificar como vulnerables a quienes estén afectados, ya que la falta de consideración de esta

---

[464] Clara Juárez-Ramírez, Clara - Márquez-Serrano,Margarita - Salgado de Snyder,Nelly - Pelcastre-Villafuerte,Blanca Estela - Ruelas-González, María Guadalupe - Reyes-Morales, Hortensia. *La desigualdad en salud de grupos vulnerables de México: adultos mayores, indígenas y migrante.* Revista Panamericana de Salud Pública. Temas de actualidad. Volumen 35 nº 4, 2014, Organización Mundial de la Salud, pp 284 – 290.

circunstancia como pauta de diferenciación supone igualar a los vulnerables con quienes no lo son[465].

> Atento la extrema situación de vulnerabilidad en que se encuentra el sujeto incidentista, como la falta de recursos económicos suficientes para afrontar los tratamientos médicos adecuados para llevar adelante el nivel más alto de vida digna, resulta imperativo ofrecer una satisfactoria protección jurídica de la vida y de la salud que sea respetuosa de la dignidad que es inherente al ser humano y que no signifique una demora que desnaturalice y torne ilusoria la protección -todavía útil- del derecho dañado[466].
>
> Las normas de las convenciones internacionales reconocen que los niños y las personas con discapacidad se encuentran en una situación de especial vulnerabilidad que requiere una mayor protección por parte del Estado, a fin de garantizarles el goce de los derechos humanos fundamentales allí contemplados (artículos 3°, 6°, 23 y 24 de la Convención sobre los Derechos del Niño; artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; artículos 4°, 7° aps. 1 y 2, 25 y 28.1 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; ley 26.061). Dichas normas están dirigidas al Estado para que implemente políticas públicas tendientes a que los niños y las personas con discapacidad puedan alcanzar el nivel de vida más alto posible, en particular en lo que concierne a la salud, la rehabilitación, el desarrollo individual y la integración social[467].
>
> Si hallándose la instrucción en trámite, surge que no es posible descartar que las personas empleadas por el imputado y halladas en una vivienda de una localidad provincial, debido a su contexto de vulnerabilidad, puedan encontrarse en situación de explotación- en los términos de la ley 26.364-, y frente a la existencia de hechos que atentarían contra la **salud** pública- elaboración ilegal de insumos de uso medicinal, que luego son distribuidos en nosocopios de la Capital Federal-, lo que no descarta una posible infracción a la ley 16.463, ambos hechos deben ser investigados por la justicia federal[468].

6. Autonomía de la voluntad y consentimiento informado

6.1 La salud tiene para el Estado un deber impuesto que, para llegar al sujeto destino con pleno ejercicio, requiere necesariamente del individuo, a quien se le tiene que respetar el principio de autonomía personal. Aquí nace el consentimiento informado, que consiste en dar a conocer al paciente todos los aspectos del tratamiento

---

[465] Disidencia de los jueces Maqueda y Rosatti, en Recurso Queja Nº 1 – Silva Leal Alicia c/ Comisión Nacional de Pensiones Asistenciales s/ amparos y sumarísimos, sentencia de fecha 3 de diciembre de 2020.

[466] Fallos: 342:459.

[467] Fallos: 341:1511.

[468] Fallos: 333:2156.

al que será sometido, con el fin de que lo acepte y autorice la práctica pese a los riesgos que el procedimiento pueda tener.

> El derecho a la vida, más que un derecho no enumerado en los términos del art. 33 de la Ley Fundamental, es una prerrogativa implícita, ya que el ejercicio de los derechos reconocidos expresamente requiere necesariamente de él y, a su vez, el derecho a la salud está íntimamente relacionado con el primero y con el principio de autonomía personal, desde que un individuo gravemente enfermo no está en condiciones de optar libremente por su propio plan de vida[469].
>
> 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[470].
>
> 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 un valor fundamental, con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental[471].

6.2 Aquí el problema para el amparo aparece con la interpretación que se puede acordar a la autonomía, porque el derecho a la salud no se diseña como un plan teórico a reglamentar, siendo necesario examinar el escenario donde se debe ejercer la actividad médica. ¿Qué ocurriría si el sujeto no está consciente? ¿Pueden los familiares tomar decisiones tan personalísimas?

Por eso, desde hace tiempo, la Corte nacional nos recuerda que […]

> La medicina se debe ver en estrecho contacto con los problemas que emergen de la realidad social, que penetra inevitablemente tanto en las relaciones privadas como en las semipúblicas, correlato de lo cual resultan normas como la ley 24.754 que pretenden en el ejercicio de potestades reglamentarias (artículos 14, 28 y 75, incisos 18 y 32 de la Constitución Nacional) asentir a una novedosa realidad que reconoce a nuevos actores institucionales, las entidades de medicina prepaga, y a recientes o potenciadas patologías[472].

Ahora bien, juegan en la especie conflictos de valores y derechos que colisionan, porque si bien el derecho a la vida es la prioridad, quien rsuelve sobre ella es el individuo que acepta el tratamiento mediante el llamado consentimiento informado,

---

[469] Fallos: 329:4918.

[470] Fallos: 329:2552; 326:4931

[471] Fallos: 329:1638; 325:292; 316:479, entre otros.

[472] Fallos: 324:754.

quien de encontrarse en estado inconsciente, polemiza la posibilidad de autorizar a otros ante la situación de urgencia.

La Corte nacional tiene dicho que […]

> El derecho a la vida, más que un derecho no enumerado en los términos del artículo 33 de la Ley Fundamental, es una prerrogativa implícita, ya que el ejercicio de los derechos reconocidos expresamente requiere necesariamente de él y, a su vez, el derecho a la salud -especialmente cuando se trata de enfermedades graves- está íntimamente relacionado con el primero y con el principio de autonomía personal, ya que un individuo gravemente enfermo no está en condiciones de optar libremente por su propio plan de vida[473].

6.3 De estos fallos se colige que la autonomía personal contiene un permiso implícito en sostener la salud como pieza elemental para el derecho a la vida e integridad personal.

> 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[474].

De cuanto se expresa queda en evidencia la preferencia por el derecho primario (vida e integridad personal) donde el familiar, o en su defecto, la autorizacion judicial, pueden suplantar la autonomía personal que requiere el consentimiento informado. Está claro, también, que la exigencia de asentimiento sucede cuando el cuidado significa realizar un tratamiento médico mediante prácticas que puedan entrañar un riesgo, cuyos peligros explica el médico tratante y se reiteran por el profesional que llevará a cabo las intervenciones. Ambos requieren de ese consentimiento informado.

Lo que no está claro es si estas situaciones admiten debatirse en un juicio de amparo, pues no se trata solamente del conocimiento necesario, o del objeto cuestionado, sino de las demás condiciones del acto lesivo.

> Desde el punto ele vista jurídico, el consentimiento se estudia en la teoría general del contrato, que es como lo regula el Código Civil al definirlo, establecer sus requisitos y señalar los vicios que lo invalidan, entre ellos el error. Si se considera que el tratamiento médico es el resultado de un contrato entre el médico y el paciente, la legitimación para que el médico actúe en el cuerpo del paciente se encontraría en la previa existencia de un

---

[473] Fallos: 331:453; 330:4647; 329:4918, entre muchos más.

[474] Fallos: 329:2552.

> contrato, que por tanto requiere como elemento indispensable el consentimiento del paciente. Ahora bien, para que ese consentimiento sea válido desde el punto de vista jurídico, se requiere que sea libre y consciente y ausente de error, de donde, de forma análoga a la que sucede con el consentimiento prestado con intimidación o miedo, también sería nulo el consentimiento prestado sin información o por error[475].

7. La desigualdad estructural en materia de salud

7.1 Por más que se predique y proclame con insistencia sobre conseguir el mejor estándar de protección para la salud, la Organización Mundial creó una Comisión sobre los Determinantes sociales que producen las numerosas desigualdades en la materia.

El objetivo que guía la Declaración Universal de los Derechos Humanos para conseguir el "derecho de las personas al grado máximo de salud posible", los pone frente a contingencias que se vuelven estructurales, que muestran a los gobiernos nacionales como los principales responsables de la protección de la equidad en salud.

> Los determinantes estructurales de acuerdo con la Comisión son […] "aquellos que generan estratificación y división social de clases en la sociedad y que definen la posición socioeconómica individual dentro de las jerarquías de poder, prestigio y acceso a los recursos. Los principales determinantes son: renta, educación, ocupación, clase social, género y raza o etnicidad. El contexto junto con los determinantes estructurales constituye *los determinantes sociales de las desigualdades en salud*[476]. En el diagrama (ver figura 1) se resumen los tres componentes principales del modelo: el contexto socio-político, los determinantes estructurales y la posición socioeconómica, y los factores intermedios.

7.2 En definitiva, este capítulo tiene en la casuística la diversidad de conflictos que aparecen, demostrando que no todos pueden tener en el amparo la vía judicial más idónea.

La desigualdad no es exclusiva de nuestro territorio, toda Latinoamérica padece de notorias asimetrías en materia de salud que se evidencian en las políticas de inversión, como en los modelos que sitúan a cada Estado con un formato asistencial

---

[475] De Lorenzo, Ricardo – Montero Sánchez Caro, Javier. *Consentimiento informado*, Lecciones de Derecho Sanitario. Plan de formación en responsabilidad legal profesional. Unidad didáctica número 2. Madrid. Edicomplet. Asociación Española de Derecho Sanitario. 1997, p. 210.

[476] Documento de la Organización Mundial de la Salud, Año 2007, p 34.

público o predominantemente privado, los que, por estas características, suelen profundizar las diferencias.

A veces la formación cultural, la idiosincrasia, o las políticas distributivas, confunden la asistencia con la beneficiencia, perdiendo el valor esencial de conseguir el mayor estándar de salud poblacional.

Por eso la desigualdad se vuelve estructural; la discriminación excluye en lugar de incluir con planes adecuados; el poder adquisitivo es determinante para conseguir la mejor atención. Surgen, entonces, aquellos invisibles que se vuelven desventajados o vulnerables, exigiendo que el Estado les preste atención.

Es aquí, en definitiva, cuando el derecho a la salud requiere de un proceso eficiente. De un intervencionismo judicial proactivo sin perder la imparcialidad de su funciòn constitucional (el juez no delibera ni gobierna).

Son estas algunas de las cuestiones que abren el pórtico para el amparo constitucional o el proceso colectivo.

CAPÍTULO XIII

EL AMPARO COLECTIVO EN MATERIA DE. SALUD

1. Nociones generales

1.1 Un proceso colectivo significa mucho más que lo aparente. La confusión reinante cree que puede alojarse en el modelo estructural del proceso controversial, manteniendo las etapas de proposición, deliberación y decisión, como si fuese un litigio de dos partes que excede la noción del litisconsorcio.

Inclusive, los proyectos de reforma que se han elaborado, mantuvieron la idea de regular el sistema dentro del Código Procesal Civil y Comercial, mostrando con ello el error evidente, apenas se muestra el funcionamiento.

La propia jurisprudencia que después analizaremos, mezcla las acciones de clase con el proceso colectivo, y en algunos casos, llega a igualarlo con el amparo colectivo, siendo que cada uno es diferente, porque los objetivos son distintos y las metodologías de trabajo resultan desiguales.

1.2 Básicamente el defecto de interpretar con estas líneas argumentales reside en adoptar un modelo de procedimiento vigente que tiene reglas pensadas para una lucha entre partes, en condiciones aparentes de igualdad y equilibrio.

Actualmente, el marco de los procesos colectivos se encuentra en el capítulo de nuevos derechos y garantías que trajo la reforma constitucional de 1994, y en particular, el derecho al amparo (o a la tutela judicial efectiva) creado por el art. 43 que, especialmente sostiene la procedencia de una acción judicial rápida y expedita que puede interponer *toda persona* afectada por un acto lesivo de autoridad pública o de particulares.

Pero también pueden promover esta acción de defensa de los derechos constitucionales, o contra cualquier forma de discriminación, y *en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y consumidor, así*

como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el Defensor del Pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines.

Con ello se ha dado respuesta a una parte ínfima (pero sustancial) del problema, cuál es dar cabida en el proceso a quienes tengan un interés suficiente para acreditar legitimación en la causa y obtener la calidad de justa parte procesal.

> Cuando una asociación promueve una acción de amparo en defensa de un bien colectivo e invoca para ella la legitimación procesal especial reconocida en el art. 43 de la Constitución, debe identificar y describir de manera clara y precisa cuál es el bien de carácter colectivo que se encuentra lesionado o amenazado por aquellos sujetos contra los cuales se dirige la demanda[477] .
>
> A los efectos de garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva de un colectivo altamente vulnerable, no sólo por la discapacidad que padecen sus integrantes sino también por su delicada situación socioeconómica, cabe reconocer legitimación a las asociaciones que iniciaron la acción de amparo contra el INSSJP con el objeto de que se reconociera el derecho a la cobertura integral de prestaciones en favor de aquéllas -beneficiarias de pensiones no contributivas de acuerdo a lo establecido en las leyes 22.431 y 24.091-, máxime si se repara que con la pretensión procesal deducida se procura garantizar el acceso, en tiempo y forma, a prestaciones de salud relacionadas con la vida y la integridad física de las personas[478].

Esta breve introducción procura advertir que los procesos colectivos no son procesos con pluralidad de partes; sino que tienen un objeto más preciso, como es dar protección judicial a las personas que, en soledad y con simple autonomía, no estarían en situación vemtajosa ni igualitaria, respecto a otra con quien deberá controvertir por la vigencia efectiva de un derecho, sea o no de naturaleza constitucional.

La dinámica jurisprudencial puso el acento en las cuestiones de legitimación (quienes pueden estar en un proceso global) y en la eficacia de la cosa juzgada (a cuantos beneficia una sentencia colectiva); adoptando para ello el modelo de las acciones de clase americanas, que no son el molde más preciso y acertado.

De igual modo, se viene usando con cierto desparpajo al juicio de amparo, inclusive para convertirlo de individual a colectivo, sin considerar las consecuencias del cambio de procedimierntos.

---

[477] Fallos: 340:1614.

[478] Fallos: 338:29.

Por eso es necesario diferenciar el proceso colectivo, de las acciones e clase y del amparo constitucional (individual o colectivo).

> Quizás haya sido Lorenzetti el primero que señaló estas asimetrías y los efectos de cada uno. […]: Cada ciudadano tiene la libertad de disponer de sus derechos como lo desee, sin que tenga que dar explicación alguna sobre sus intenciones, salvo supuestos de ilicitud; por esta razón es que los derechos individuales, sean patrimoniales o no, son, por regla general, de disposición voluntaria por parte de su titular (…)
>
> Cuando se ejercita en forma individual una pretensión procesal para la prevención o reparación del perjuicio causado a un bien colectivo, se obtiene una decisión cuyos efectos repercuten sobre el objeto de la causa petendi, pero no hay beneficio directo para el individuo que ostenta la legitimación (…)
>
> La eficacia de las garantías sustantivas y procesales debe ser armonizada con el ejercicio individual de los derechos que la Constitución también protege como derivación de la tutela de la propiedad, del contrato, de la libertad de comercio, del derecho de trabajar, y la esfera privada, todos derechos de ejercicio privado; por otro lado, también debe existir una interpretación armónica con el derecho a la defensa en juicio, de modo de evitar que alguien sea perjudicado por una sentencia dictada en un proceso en el que no ha participado[479].

2. La protección "colectiva" de los derechos

2.1 Hay distintos tipos de intereses que en la dimensión del conflicto colectivo se despersonalizan porque asumen un sentido que trasciende la esfera individual.

La primera condición para admitir la legitimación procesal en las acciones colectivas pasa por considerar que quien expone los hechos y peticiona, no es un afectado (aunque pueda serlo) particular, sino un componente de un sector al que representa o del que forma parte.

> Para Hernández Bataller el problema está en que, como resultado de esa inadecuación desde el punto de vista procesal para alcanzar satisfactoriamente las pretensiones deducidas, aparece un nuevo concepto, el de intereses *"colectivos"*, que vienen a constituir una categoría sensiblemente alejada del tradicional concepto de *"derecho subjetivo"*, que en nuestra tradición jurídica aparece ligado a los conceptos individualistas y liberales del Derecho. Sin embargo se recrea una perspectiva o visión diferente de los problemas respecto de litigios donde esté presente un interés colectivo o difuso, tras el que subyace

[479] Fallos: 329:4741.

> una filosofía de la solidaridad, alejada de cualquier individualismo social de raíz primitiva, como medio más eficaz de defender intereses comunes[480].

Es decir, que los intereses colectivos se caracterizan por no ser de pertenencia exclusiva y excluyente, son impersonales y tienden a demostrar que hay derechos que son de un grupo amenazado por la afectación, o perjudicados por un acto o hecho concreto.

Corresponden a un sector o categoría de ciudadanos que se encuentran en una situación socioeconómica similar (en el supuesto de la salud, su integración al colectivo que requiere y exige cuidados y atención); y, precisamente, el hecho de que "todos" estén indiferentemente afectados por esa amenaza, más allá de toda división o de toda agrupación posible por *"categorías"*, excluye por sí mismo el problema y el sentido de una *"individualización"* o de una especificación del interés a defender, y por ello, debe ser el campo natural de actuación de las Organizaciones no gubernamentales, las asociaciones de defensa de usuarios y consumidores, o de otras especialmente aplicadas a defender el agrupamiento colectivo aquejado.

> La regla general en materia de legitimación es que los derechos sobre bienes jurídicos individuales son ejercidos por su titular; ella no cambia por la circunstancia de que existan numerosas personas involucradas, toda vez que se trate de obligaciones con pluralidad de sujetos activos o pasivos, o supuestos en los que aparece un litisconsorcio activo o pasivo derivado de la pluralidad de sujetos acreedores o deudores, o bien una representación plural, en estos casos, no hay variación en cuanto a la existencia de un derecho subjetivo sobre un bien individualmente disponible por su titular quien debe, indispensablemente, probar una lesión a ese derecho para que se configure una cuestión justiciable[481].

2.2 Cuando la pretensión se concreta sin perseguir remedios particulares, propiciando que el proceso suscitado extienda su eficacia y vinculación al grupo o sector interesado, o afectado en igual medida que el demandante, se tiene que resolver la aptitud procesal del que resuelve ocurrir por esta vía opcional a la demanda individual.

---

[480] Hernández Bataller, Bernardo, *Acceso a la justicia del consumidor*. Revista de la Asociación de Usuarios de la Comunicación, Madrid, 1986, p. 26.

[481] Fallos: 329:4593.

En estos casos, quien elige autonominarse como representante del colectivo tiene que superar las cuestiones de representación, y enderezar la acción que propone dentro de uno de los moldes posibles (amparo o proceso colectivo).

Si el demandante es víctima o “afectado”, debe acreditar la lesión directa e inmediata. Como él es el titular del reclamo se lo protege por ser el "dueño" del *derecho subjetivo*. Si el daño no fuera directo, pero encontrase al pretendiente como "víctima" mediata de los hechos que denuncia, su participación en el proceso podría apoyarse en el concepto de *interés legítimo*. Calidad que se resiste en la tradición procesal pero que ha logrado aperturas de interpretación al permitir que se defiendan intereses legítimos de *portadores de un interés colectivo* o quienes pretenden representar un *interés o derecho difuso.*

Un tercer sector proyecta con más amplitud el criterio aceptando que el *interés simple*, es decir, aquél que sin acreditar un derecho propio vulnerado o que permita razonablemente constituirlo en víctima, puede recibir protección procesal como si fuera posible una *acción popular.*

Pero la idea que presenta este punto consiste en resolver la calidad de parte de quien se considera persona afectada y activa una acción colectiva que tiene la intención de proteger al grupo o sector afligido. Vale decir que corresponde analizar si a partir de un caso individual el amparo se puede volcar al trámite colectivo, a cuyo fin será necesario verificar que exista un conjunto de perjudicados por una conducta o acto común, que permita delimitar los alcances subjetivos del proceso y de la cosa juzgada.

Con ello, la Corte ha dicho que […]

> Aparece como un recaudo esencial para que los tribunales de justicia puedan comprobar la efectiva concurrencia de los requisitos para la procedencia de la acción, ya que solo a partir de un certero conocimiento del colectivo involucrado (y de sus eventuales subcategorías) el juez podrá evaluar si la pretensión deducida se concentra en los efectos comunes que el hecho o acto dañoso ocasiona o si el acceso a la justicia se encuentra comprometido de no admitirse la acción colectiva[482].

2.3 Para nosotros, el "afectado" no tiene que ser relacionado directamente con un sujeto, de modo tal que esa condición quedaría desvinculada de la capacidad y de la

---

[482] Fallos: 343:637; 339:1077.

representación, que son presupuestos procesales que anidan bajo las previsiones de la legitimación tradicional.

El afectado en el derecho a la salud es, o puede ser, la persona humana, pero el acto lesivo alcanzado y que se perturba de manera actual, concreta, de forma arbitraria o ilegítima, es el propio derecho a la vida o la integridad personal. Por ello no existen dificultades para que una sola persona pueda deducir un interés parcialmente propio, aunque la afectación mayor sea del conjunto.

Una lectura flexible del segundo párrafo del citado artículo 43 constitucional, permite sostener que la afectación no asienta en las personas sino en los derechos o garantías que toda persona tiene para defender una situación de tanta importancia, que dilata las fronteras tradicionales de las facultades para obrar en el proceso. De este modo, el derecho o garantía que se defiende será la premisa mayor, y lo de "afectado" una ampliación de las coberturas asistenciales que parten del titular agraviado, sigue en el Defensor del Pueblo, continúa con las entidades representativas, y ocupa a quienes esfuercen la protección mediante la instauración de las acciones deducidas para la tutela de los derechos de incidencia colectiva y de pertenencia difusa.

En definitiva, la cuestión se reduce a un problema de consistencia jurídica, que determina la adecuación entre la titularidad jurídica que se afirma y el objeto jurídico que se pretende. En los procesos constitucionales, y dentro de ellos, en las acciones de grupo, aplicar este criterio puede ser demasiado estricto y hasta injusto.

> Corresponde revocar la sentencia que rechazó la acción de amparo deducida por médicos y asociaciones profesionales contra la provincia con el objeto de que se diera solución a las graves insuficiencias del hospital ya que el sólo hecho de que la demanda trate del daño a un bien colectivo -y no a un interés individual de los actores- no resulta suficiente para descartar la configuración de una "causa" justiciable (Voto de la Dra. Carmen M. Argibay)[483].

2.4 Cuando los intereses del pleito trascienden la órbita del desenvolvimiento personal, de manera que la calidad individual se obnubila frente a "lo público" que afecta los derechos en juego, las respuestas no pueden ser generales o idénticas al presupuesto ordinario.

---

[483] Fallos: 329:4741.

De suyo, el interés personal acumula una serie de "interesados" que comunican sus derechos dándoles un notorio sentido colectivo. El derecho de "todos", así esbozado, diluye el sentido particular de la "legitimación *ad causam*", o al menos lo presenta con rasgos muy propios.

Legitimar a otros intereses diversos del derecho subjetivo para otorgarles derecho a la jurisdicción aparece en el firmamento jurídico como un tema a resolver, particularmente en el derecho a la salud, donde la política de inversión, o el reducto que interpreta la defensa de actuar con los "recursos disponibles", confronta el activismo judicial con la judicialización del derecho a la salud, o la politización de las acciones del gobierno.

Por ejemplo, la Corte ha señalado que […]

> Cabe dejar sin efecto la sentencia que rechazó in limine la acción de amparo interpuesta por una asociación civil contra el INSSJP con el objeto de que se reconociera el derecho a la cobertura integral de prestaciones en favor de las personas con discapacidad beneficiarias de pensiones no contributivas de acuerdo a lo establecido en las leyes 22.431 y 24.091, pues se persigue la protección de derechos individuales de una pluralidad relevante de sujetos; existe una conducta única y continuada que lesiona a ese colectivo y la pretensión se encuentra enfocada a los efectos comunes del problema que se vincula directamente con el derecho a la salud, presentándose una homogeneidad fáctica y normativa que hace razonable la promoción de la demanda en defensa de los intereses de todos los afectados y justifica el dictado de un pronunciamiento único con efectos expansivos a todo el colectivo involucrado (causa "Halabi", Fallos: 332:111)[484].

3. La representación colectiva

3.1 La división de acciones según se conozcan o no los afectados directos, tiene en la representación de los grupos algunas cuestiones problemáticas. La legitimación colectiva puede identificarse en sectores o masas identificables (v.gr.: profesionales de la salud, pacientes; proveedores de servicios, etc.), o ser difusa sin posibilidad de encontrar perjuicios explícitos.

En el primer caso, la aptitud para obrar tiene en cuenta una suerte de sumatoria de intereses individuales que elude el proceso específico a través de una representación

---

[484] Fallos: 338:29.

colectiva que actúa en nombre de todos. En estos casos, la personería se estudia bajo el concepto de "*representación adecuada".*

En el supuesto restante, al no ser factible una acción popular (al menos con el sentido restrictivo que impera en la jurisprudencia), se permite la defensa en juicio que asume una entidad organizada, cuyos estatutos deben coincidir con el objeto llevado a juicio. Por ello, la legitimación de estas asociaciones se estudia bajo la suficiencia que manifiesta el "*ente exponencial*".

> Explica González Cano que las asociaciones se convierten en los entes exponenciales ordinarios (por ejemplo, una asociación de perjudicados por una catástrofe o siniestro, como la asociación de afectados por el desbordamiento de la presa de Tous de 1992), o en los entes exponenciales cualificados para la defensa de determinados intereses generales o especialmente contemplados por el legislador desde el punto de vista de su tutela, incluida la jurisdiccional, como las asociaciones de usuarios y consumidores[485].

3.2 Nosotros nos hemos pronunciado a favor de la legitimación amplia de estas corporaciones, sin necesidad de exigir un registro previo de sus actividades y una constitución formal que valide ante la justicia su intervención en juicio[486].

De este modo, las facultades del juez para resolver la admisión en el proceso se convalidan con la actividad impulsoria que se le pide en los conflictos constitucionales o populares. En esta senda, un conflicto derivado del derecho a la salud impondrá considerar los hechos y el derecho invocado, para deducir, esencialmente, si el territorio donde se deba resolver es un juicio de conocimiento con la modalidad del proceso colectivo; o bien se encarrila como acción de clase, en el modelo que de *lege ferenda* propuso la Corte nacional en el caso "Halabi"; o bien aceptar que tramite como amparo colectivo en la dimensión del artículo 43 constitucional.

Con este marco, una entidad o asociación puede representar a grupos identificados (acciones de incidencia colectiva) o genéricos (protección de intereses difusos), logrando legitimación para obrar en la protección de: *a)* sus propios intereses; *b)* respecto de titulares afectados que le otorgan mandato expreso; *c)* respecto de grupos

---

[485] González Cano, María Isabel, *La tutela colectiva de usuarios y consumidores en el proceso civil.* Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 99.

[486] Cfr. Gozaíni, *Tratado de Derecho Procesal Civil,* Tomo I, cit. (Jusbaires, 2020), ps. 788 y ss. También en *Legitimación, Capacidad y Representación,* cit., ps. 345 y ss.

o sectores que se relacionan con su objeto constitutivo; y *d)* en defensa de intereses difusos de alcance general que se vinculan con su principal actividad asociativa.

> Resulta prácticamente imposible negar propósitos de bien común a una asociación que procura rescatar de la marginalidad social a un grupo de personas y fomentar la elevación de su calidad de vida pues, en tanto el bien colectivo tiene una esencia pluralista, ideales como el acceso a la salud, educación, trabajo, vivienda y beneficios sociales de determinados grupos, así como propender a la no discriminación, hacen al interés del conjunto social como objetivo esencial y razón de ser del Estado de cimentar una sociedad democrática, al amparo de los arts. 14 y 16 de la Constitución Nacional y de los tratados internacionales incorporados en su art. 75, inc. 22[487].

4. Naturaleza jurídica del proceso colectivo

4.1 La diferencia entre proceso colectivo y acciones de clase se encuentra en la posibilidad de definir y encontrar los afectados directos. Cuando ellos se pueden individualizar en personas, grupos o sectores, la acción se denomina "colectiva", porque los derechos afectados inciden o se proyectan hacia ese conjunto identificado, que se representa a través de alguien o por medio de una corporación.

En cambio, cuando el hecho mismo es el que produce la alteración sin que pueda encontrarse en una persona determinada la afectación, ni le corresponda exclusivamente a un conjunto singular o concreto, la acción se llama "popular" o de "clase", porque todos son dueños del interés a tutelar en el proceso y cualquiera tiene el derecho de reclamar por todos.

A veces la distinción se realiza con criterios patrimoniales, entendiéndose que las acciones populares se relacionan con la defensa de derechos e intereses colectivos, mientras que las acciones de grupo tienen por objeto la protección mediante el reconocimiento y pago de indemnizaciones que reparan el perjuicio causado.

> Córdoba Triviño precisa las diferencias diciendo […]: "Las acciones populares son aquellas por medio de las cuales cualquier individuo que desee defender los intereses que son comunes a una colectividad puede hacerlo ante los jueces y obtener una recompensa por su intervención...[...]. En cambio, mediante las acciones de grupo un conjunto de personas que se han visto afectadas por una vulneración semejante y proveniente de la violación de un derecho colectivo, podría solicitar el pago de una indemnización por los perjuicios

---

[487] Fallos: 329:5266.

> individuales que ésta les haya ocasionado. Su finalidad es siempre una compensación monetaria" [488].

4.2 Nuestro país no tiene consolidado un derecho a la acción popular, porque aun perviven resabios del individualismo predominante desde fines del siglo XIX y hegemónico hasta la mitad del siglo XX. Es verdad que esta situación fue útil y resolvió en su tiempo la protección de las personas sobre la base del derecho de propiedad. Testimonio de esta influencia es el art. 5º de la ley 16.986 que exigió en la demanda de amparo la legitimación de una *persona individual o jurídica que se considere afectada*, condición que demuestra una vez más el remanido problema de la acreditación del daño directo o del perjuicio inmediato e inequívoco en la persona que presenta la petición de tutela.

> En la jurisprudencia se ratifica este criterio cuando se sostiene que, el art. 43 de la Constitución reformada no ha consagrado una suerte de acción popular que desvincule absolutamente la ilegalidad del perjuicio, ni transformó la sujeción al principio de legalidad en un verdadero derecho subjetivo del particular con la subsiguiente posibilidad de articularlo ante el Poder Judicial, aun en ausencia de vinculación del pretensor con la relación jurídico material deducida en el proceso[489].

Ahora bien, esa misma calidad ("afectado") solicita el artículo 43, constitucional, aunque amplía el cuadro de representantes al Defensor del Pueblo, las asociaciones de defensa de los intereses colectivos y difusos, y a *toda persona* que acredite un interés legítimo. Dicho artículo 43 otorga legitimación a *toda persona*, por lo cual se podría plantear que existe una vía difusa de acceso donde el interés para obrar no resulta condicionante de los pasos posteriores. En tal caso, se precisa distinguir si este ingreso es una acción popular[490].

---

[488] Córdoba Triviño, Jaime*, Proyecto de ley nº 084/95* de reglamentación al art. 88 de la Constitución Política de Colombia, Gaceta del Congreso, 18.08.93.

[489] CNFed. Contenciosoadministrativo, Sala I, 20 de octubre de 1995, "*Consumidores Libres Coop. Ltda. c. Estado nacional*", La Ley, 1995-E, 470, con nota de Juan Carlos Cassagne - DJ, 1996-1-337.

[490] La Corte Nacional resiste esta tendencia, al sostener que la atribución de declarar la invalidez constitucional de los actos de los otros poderes reconocida a los tribunales federales, ha sido equilibrada poniendo como límite infranqueable la necesidad de un caso concreto para que aquélla sea puesta en juego. Por sus modalidades y consecuencias, el sistema de control constitucional en la esfera federal excluye pues el control genérico o abstracto a la acción popular (del voto del doctor Petracchi) (Fallos: 317:77). Criterio ratificado en "*Polino, Héctor y otro c. Poder Ejecutivo*" (Fallos: 317:335).

4.3 El análisis comienza con la definición de intereses colectivos o generales que presenta la Norma Fundamental. Obsérvese que ella habla de “derechos de incidencia colectiva”, sin referir a derechos difusos o de pertenencia indiscriminada, de modo tal que la característica común de todos ellos es que carecen de la restricción que supone la exigencia específica de legitimación personal basada en un derecho subjetivo o un interés directo, creando una categoría nueva de "legitimaciones por categoría" por la que se posibilita el acceso a los tribunales a cualquier persona mientras ella cumpla con los requisitos generales de capacidad procesal que la ley exige.

> Si las acciones populares son los medios para hacer efectivos los derechos e intereses colectivos, conviene tener muy claros y manejar estos conceptos ya que en función de ellos existen las acciones populares. La doctrina se ha encargado de crear confusiones pretendiendo diferenciar entre los conceptos *interés* y *derecho*, así como entre *intereses colectivos* e *intereses difusos*; como no pretendemos entrar en este tipo de disquisiciones que ningún aporte práctico arroja, pues entendemos que son discusiones académicas en torno a los vocablos, nos basta afirmar con la Corte Constitucional en el estudio que realizó sobre las acciones populares, al resolver las demandas de inconstitucionalidad presentadas contra algunos artículos de la Ley 472 de 1998[491].

4.4 Otra condición es la pertenencia a un determinado ámbito social de mayor o menor amplitud. Ámbito social que, en materia de salud, es posible encontrar en las asimetrías sociales, o en las diferencias que tienen los Estados respecto a tener planes nacionales de salud, o derivar al sector privado los programas de atención.

> Pero también aquí hay fisuras en la interpretación, porque se ha dicho que, la tutela del público consumidor, no constituye argumento suficiente -en el estricto régimen del derecho positivo actual-, para postular que el amparo pueda concretarse mediante la oposición de cualquier persona no interesada directamente organizándose una especie de acción popular, que aunque pueda prospectivamente reivindicarse, carece de apoyo en el sistema legal vigente[492].

En cambio, la acción de clase o el amparo, cada uno en su campo, tiene una cobertura superior. En primer lugar, son garantías instrumentales del acceso a la

---

[491] En la sentencia C-215 de abril 14 de 1999 la Corte Constitucional de Colombia afirma:*”Cabe anotar que la Constitución de 1991 no distingue, como lo hace la doctrina, entre intereses colectivos e intereses difusos ” […]]”El interés colectivo se configura en este caso como un interés que pertenece a todos y cada uno de los miembros de una colectividad determinada, el cual se concreta a través de su participación activa ante la administración de justicia, en demanda de su protección…”*.

[492] CNFed. Civ. y Com., Sala III, 12 de febrero de 1992 “*China Nat Textiles Import y Export Corp. Dalian Branch c. Rabinovich, Leonardo A*.”, La Ley, 1994-D, 523.

jurisdicción. Al ser derechos, abstractamente considerados, no necesitan de titulares específicos, de un interés personal o de un daño efectivamente comprobado en quien presenta la demanda.

Admiten que cualquiera pueda solicitar tutela jurídica, en nombre de la sociedad, y requerir el reconocimiento de una determinada situación, la declaración de un derecho correspondiente y/o la condena respectiva a persona o personas determinadas. Al ser una manifestación del derecho de acción (*acción quivis ex populo)*, se autoriza a cualquier ciudadano mientras posea aptitud suficiente para el ejercicio y goce de los derechos. El pedido expreso exige capacidad procesal, sin resultar necesario que ostente legitimación material alguna, presupuesto procesal, este último, que viene a diluirse y confundirse con la capacidad procesal y para ser parte.

Un meditado fallo de Ricardo Lorenzetti esclarece la diferencia […]

> En materia de legitimación procesal corresponde, como primer paso, delimitar con precisión si la pretensión concierne a derechos individuales, a derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos, o a derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos. En todos esos supuestos, la comprobación de la existencia de un "caso" es imprescindible, ya que no se admite una acción que persiga el control de la mera legalidad de una disposición. Sin embargo es preciso señalar que el "caso" tiene una configuración típica diferente en cada uno de ellos, siendo esto esencial para decidir sobre la procedencia formal de las pretensiones, como se verá en los considerandos siguientes. También es relevante determinar si la controversia en cada uno de esos supuestos se refiere a una afectación actual o se trata de la amenaza de una lesión futura causalmente previsible.
>
> La regla general en materia de legitimación es que los derechos sobre bienes jurídicos individuales son ejercidos por su titular. Ella no cambia por la circunstancia de que existan numerosas personas involucradas, toda vez que se trate de obligaciones con pluralidad de sujetos activos o pasivos, o supuestos en los que aparece un litisconsorcio activo o pasivo derivado de la pluralidad de sujetos acreedores o deudores, o bien una representación plural. En estos casos, no hay variación en cuanto a la existencia de un derecho subjetivo sobre un bien individualmente disponible por su titular, quien debe, indispensablemente, probar una lesión a ese derecho para que se configure una cuestión justiciable. Esta regla tiene sustento en la Ley Fundamental, ya que el derecho de propiedad, la libertad de contratar, de trabajar o la de practicar el comercio, incluyen obligadamente la de ejercer de modo voluntario las acciones para su protección. Asimismo, su art. 19 consagra una esfera de la individualidad personal, que comprende tanto derechos patrimoniales como extrapatrimoniales, que presupone la disposición voluntaria y sin restricciones que la desnaturalicen.

> Cada ciudadano tiene la libertad de disponer de sus derechos como lo desee, sin que tenga que dar explicación alguna sobre sus intenciones, salvo supuestos de ilicitud. Por esta razón es que los derechos individuales, sean patrimoniales o no, son, por regla general, de disposición voluntaria por parte de su titular. Los derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos (art. 43 de la Constitución Nacional) son ejercidos por el Defensor del Pueblo de la Nación, las asociaciones que concentran el interés colectivo y el afectado.
>
> En estos supuestos existen dos elementos de calificación que resultan prevalentes. En primer lugar, la petición debe tener por objeto la tutela de un bien colectivo, lo que ocurre cuando éste pertenece a toda la comunidad, siendo indivisible y no admitiendo exclusión alguna. Por esta razón sólo se concede una legitimación extraordinaria para reforzar su protección, pero en ningún caso existe un derecho de apropiación individual sobre el bien ya que no se hallan en juego derechos subjetivos. No se trata solamente de la existencia de pluralidad de sujetos, sino de un bien que, como el ambiente, es de naturaleza colectiva. Es necesario precisar que estos bienes no tienen por titulares a una pluralidad indeterminada de personas, ya que ello implicaría que si se determinara el sujeto en el proceso éste sería el titular, lo cual no es admisible. Tampoco hay una comunidad en sentido técnico, ya que ello importaría la posibilidad de peticionar la extinción del régimen de cotitularidad. Estos bienes no pertenecen a la esfera individual sino social y no son divisibles en modo alguno. En segundo lugar, la pretensión debe ser focalizada en la incidencia colectiva del derecho. Ello es así porque la lesión a este tipo de bienes puede tener una repercusión sobre el patrimonio individual, como sucede en el caso del daño ambiental, pero esta última acción corresponde a su titular y resulta concurrente con la primera. De tal manera, cuando se ejercita en forma individual una pretensión procesal para la prevención o reparación del perjuicio causado a un bien colectivo, se obtiene una decisión cuyos efectos repercuten sobre el objeto de la causa petendi, pero no hay beneficio directo para el individuo que ostenta la legitimación[493].

En suma, nuestro ordenamiento jurídico federal no reconoce legitimación popular, considerando que la mención a "toda persona" que refiere la norma constitucional, se condiciona a la idea de acreditar una afectación individual o colectiva que le admite, en consecuencia, estar en el proceso y constituirse en "justa parte".

Por su parte, la acción colectiva aunque tiene aceptación legal (y constitucional) no recibe el tratamiento procesal que corresponde a los llamados procesos colectivos, provocando adaptaciones inadecuadas de los procesos civiles que, como tales, conservan principios y presupuestos que no tienen cabida en los conflictos globales.

---

[493] Fallos: 329:3741.

5. Acciones de grupo y/o de clase

5.1 Las acciones de grupo o de clase se originan a partir de un hecho que provoca daños masivos o una amenaza generalizada que reconoce un sector especialmente afectado. Los perjudicados constituyen una pluralidad de sujetos que se vinculan por el nexo causal, y ya sea en forma individual o agrupada, llevan su reclamo a la justicia con el fin de obtener una reparación patrimonial, o el cese de las conductas perturbadoras.

El reclamo patrimonial puede ser un motivo de análisis singular debido a que una asociación destinada a proteger derechos o intereses colectivos, igual que una organización no gubernamental, no tienen como objeto social obtener réditos económicos.

La protección del interés se concreta cuando trasciende la esfera propia del derecho subjetivo, porque está presente en la pretensión y en la sentencia, el destino de resolver la situación "de todos", de modo tal que, el efecto y alcance de la sentencia es muy distinto al que se consigue en un litigio individual.

Las acciones de grupo se caracterizan por la afectación conjunta del sector antes que por la acumulación de derechos individuales alcanzados por un perjuicio singular. El elemento común es la causa del daño y el interés cuya lesión debe ser reparada, es lo que justifica una actuación judicial conjunta de los afectados.

> En este tipo de supuestos, la prueba de la causa o controversia se encuentra relacionada con una lesión a derechos sobre el bien colectivo y no sobre el patrimonio del peticionante o de quienes éste representa. Puede afirmarse, pues, que la tutela de los derechos de incidencia colectiva sobre bienes colectivos corresponde al Defensor del Pueblo, a las asociaciones y a los afectados, y que ella debe ser diferenciada de la protección de los bienes individuales, sean patrimoniales o no, para los cuales hay una esfera de disponibilidad en cabeza de su titular.
>
> La Constitución Nacional admite una tercera categoría, conformada por derechos de incidencia colectiva referentes a los intereses individuales homogéneos, cuando hace alusión, en su art. 43, a los derechos de los consumidores y a la no discriminación. En estos casos no hay un bien colectivo, ya que se afectan derechos individuales enteramente divisibles. Sin embargo, hay un hecho, único o continuado, que provoca la lesión a todos ellos y por lo tanto es identificable una causa fáctica homogénea. Ese dato tiene relevancia jurídica porque en tales casos la demostración de los presupuestos de la pretensión es

> común a todos esos intereses, excepto en lo que concierne al daño que individualmente se sufre. Hay una homogeneidad fáctica y normativa que lleva al legislador a considerar razonable la realización de un solo juicio con efectos expansivos de la cosa juzgada que en él se dicte, salvo en lo que hace a la prueba del daño[494].

5.2 Al ser acciones grupales se necesita diseñar el modelo de procedimiento a seguir, porque las reglas de la comparecencia personal queda diluida, la notificación a todos los afectados tampoco puede ser resuelta con los mecanismos tradicionales de la comunicación directa; las cuestiones de competencia deben reconocer principios ajenos a las reglas habituales; la exigencia de representación y mandato tienen que encontrar un régimen legal actualmente inexistente, y así, un sinfín más de condiciones y presupuestos que no tienen todavía un reglamento esclarecedeor.

> No hay en nuestro derecho una ley que reglamente el ejercicio efectivo de las denominadas acciones de clase en el ámbito específico que es objeto de esta litis. Este aspecto resulta de gran importancia porque debe existir una ley que determine cuándo se da una pluralidad relevante de individuos que permita ejercer dichas acciones, cómo se define la clase homogénea, si la legitimación corresponde exclusivamente a un integrante de la clase o también a organismos públicos o asociaciones, cómo tramitan estos procesos, cuáles son los efectos expansivos de la sentencia a dictar y cómo se hacen efectivos. Frente a esa falta de regulación que, por lo demás, constituye una mora que el legislador debe solucionar cuanto antes sea posible, para facilitar el acceso a la justicia que la Ley Suprema ha instituido, cabe señalar que la referida disposición constitucional es claramente operativa y es obligación de los jueces darle eficacia, cuando se aporta nítida evidencia sobre la afectación de un derecho fundamental y del acceso a la justicia de su titular. Esta Corte ha dicho que donde hay un derecho hay un remedio legal para hacerlo valer toda vez que sea desconocido; principio del que ha nacido la acción de amparo, pues las garantías constitucionales existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar en la Constitución e independientemente de sus leyes reglamentarias, cuyas limitaciones no pueden constituir obstáculo para la vigencia efectiva de dichas garantías[495].

Además, hay cuestiones que señalan necesidades y urgencias, como disponer el tiempo para formalizar las acciones de grupo, porque aun siendo permisivos, no se puede pensar en términos de estabilidad y certeza, en que dichas acciones sean factibles en todo tiempo.

---

[494] Fallos: 329:3741.

[495] Fallos: 239:459; 241:291 y 315:1492.

5.3 En definitiva, nos parece sugerente sostener que las acciones colectivas son el género que ocupa tres modelos diferentes de procesos que involucran a un número indeterminado o impreciso de personas. Ellos serían:

a) Procesos colectivos donde se otorga legitimación por grupos o sectores identificables. Por ejemplo, la representación colectiva en el amparo sindical; las asociaciones destinadas a proteger un derecho determinado; etc.

b) Procesos colectivos destinados a la defensa de intereses o derechos difusos, donde la legitimación se consolida en una persona individual, un grupo o asociación vinculada por su objeto social, o por la representación constitucional que obtiene el Defensor del Pueblo y el Ministerio Público:

c) Acciones populares, donde no se tiene en cuenta la legitimación para obrar sino el objeto por el que se pide la tutela.

6. Las acciones populares

6.1 La acción popular es también un proceso de protección de intereses colectivos, con la diferencia que la pretensión no persigue restituciones particulares, sino beneficios al conjunto. En tal sentido se desplazan los problemas de legitimación o acceso a la justicia para preferir la actuación jurisdiccional que atiende la importancia del conflicto presentado.

Como la acción popular –por vía de principio- tiene naturaleza preventiva, significa que no es ni puede ser requisito para su ejercicio, el que exista un daño o perjuicio de los derechos o intereses que se busca amparar, bastando que exista la amenaza o riesgo de que se produzca, en razón de los fines públicos que las inspiran.

> Desde su remoto origen en el derecho romano, fueron concebidas para precaver la lesión de bienes y derechos que comprenden intereses superiores de carácter público y que por lo tanto no pueden esperar hasta la ocurrencia del daño. La acción popular puede promoverse durante el tiempo que subsista la amenaza o peligro al derecho e interés colectivo, sin límite de tiempo alguno.
>
> No obstante, la Corte Constitucional de Colombia encuentra, que la excepción que en la misma disposición se prevé cuando la acción se dirige a "volver las cosas a su estado anterior", en cuanto establece un plazo de cinco (5) años para instaurarla, contados a partir

> de la acción u omisión que produjo la alteración, pues con ello se desconoce el debido proceso y el derecho de acceso a la administración de justicia, de los miembros de la comunidad que se ven afectados en sus derechos e intereses colectivos.

6.2 El objeto básico es de carácter restitutorio, lo que no siempre se consigue (por ejemplo, *es difícil volver las cosas al estado anterior*), circunstancia que pone de relieve la necesidad de facultar o potenciar los poderes del juez en el proceso.

Si el objetivo esencial de una acción popular es la protección efectiva de derechos o intereses colectivos, es obvio que no se pretenden sentencias meramente declarativas, aunque de mínima prudencia es considerar la realidad fáctica que se afronte. Por tal motivo, es al juez a quien corresponde determinar si ese restablecimiento es factible o si al no serlo, debe decretarse una indemnización, aun cuando la acción popular no persigue esencialmente un beneficio de tipo pecuniario.

7. Las reparaciones materiales

7.1 Si concedemos que el interés colectivo es una manifestación novedosa de las vías que habilitan una legitimación para obrar en juicio, el paso siguiente a explicar son las pretensiones que se pueden reclamar.

La base donde trabaja lo colectivo depende de la naturaleza del derecho representado. No se trata de afirmar que en un proceso de este tipo solamente se puede ir en defensa de los derechos individuales homogéneos o los de pertenencia diluída, sino de verificar si dentro de las pretensiones se pueden reclamar sumas indemnizatorias.

> No corresponde acumular la acción tendiente a obtener una indemnización de daños y perjuicios como consecuencia de la indisponibilidad del capital depositado en una institución financiera con el amparo iniciado por el accionante contra el Poder Ejecutivo Nacional, pues no se configura identidad entre los sujetos demandados ni de causa que la habilite -art. 188 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación- máxime cuando los juicios no sólo se hallan en distinto estado procesal sino que en uno de ellos ha recaído sentencia que puso fin al planteo[496].

La categoría que tienen los derechos colectivos y también los difusos, impiden que a ellos se los contemple con una visión restrictiva, como para sostener que se les

[496] Fallos: 330:191.

dispense el acceso a la justicia acotando las pretensiones (como ocurre con las acciones de anulación del acto administrativo ilegítimo que no pueden portar el derecho a ser reparado por el perjuicio sufrido). En las demandas que promueven las asociaciones de usuarios o consumidores, hemos visto que existe la posibilidad de reclamar una indemnización sustitutiva, y que la distribución de los resultados se concreta a través de la ejecución de sentencia.

> Sostiene Gordillo que cuando la acción se ejerce en defensa de derechos colectivos, como los de los usuarios y tiene una pretensión resarcitoria, […] "constituye una *class action:* la indemnización es para tales lesionados en su patrimonio. La distribución del resultado económico de la sentencia entre los usuarios, en este ejemplo, se hace en base al procedimiento de ejecución de sentencia, previa citación pública en dicha oportunidad procesal a los terceros interesados. Esta diligencia puede delegarse en los abogados de la causa con indicación de los recaudos de publicidad a cumplir: ellos prepararán y someterán al tribunal, para su aprobación, el proyecto de distribución"[497].

7.2 La apertura no significa convertir al juicio de daños y perjuicios en una demanda colectiva de naturaleza constitucional por el sólo hecho de ser un proceso de partes múltiples. Menos aún, el proceso de amparo no admite transformarse en un reclamo patrimonial puro.

Naturalmente, si la acción persigue beneficios restitutorios individuales no podrá tener los beneficios del sistema, porque se provocaría, *mutatis mutandi*, una inversión de las finalidades tuitivas que tienen las acciones de grupo.

El demandante que invoca un ordenamiento legal que lo ampara como integrante de un sector (v.gr.: usuarios y consumidores) tiene derecho a que los beneficios que la ley le reporta sean aplicados en su caso (v.gr.: presunción favorable sobre los hechos); pero no puede extender la interpretación a cuestiones que trascienden la dimensión del tipo protegido, porque con ello desnaturaliza los fines y convierte al régimen especial en un sistema desigual y punitivo.

> En Venezuela un particular no puede demandar una indemnización para el colectivo dañado, cuando acciona por intereses difusos, correspondiendo tal pedimento a entes como el Ministerio Público o la Defensoría del Pueblo, por ejemplo. Igualmente, cuando los daños o lesiones atentan contra grupos de personas vinculadas jurídicamente entre sí, o

---

[497] Gordillo, Agustín, *Tratado de derecho administrativo*, Tomo 2 (La defensa del usuario y del administrado), editorial Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2000 (4ª ed.).

> pertenecientes a la misma actividad, la acción por intereses colectivos, cuya finalidad es idéntica a la de los intereses difusos, podrá ser incoada por las personas jurídicas que reúnan a los sectores o grupos lesionados, y aun por cualquier miembro de ese sector o grupo, siempre que obre en defensa de dicho segmento social.

7.3 En materia de indemnizaciones por intereses colectivos, ellas sólo pueden ser pedidas por las personas jurídicas para sus miembros constituidos conforme a derecho, y los particulares para ellos mismos, al patentizar su derecho subjetivo, sin que otras personas puedan beneficiarse de ellas; pero en lo referente a la condena sin indemnización, al restablecimiento de una situación común lesionada, los otros miembros del colectivo pueden aprovecharse de lo judicialmente declarado, si así lo manifestaren. Es decir, si alguien reclama perjuicios debe probarlos, aunque en la actividad probatoria tenga oportunidades de requerir la colaboración de la contraria, merced al sistema que lo favorece.

Cuando la pretensión se plantea por una asociación, la sentencia de condena puede tener beneficiarios identificados, a identificarse, o ser absolutamente desconocidos. Aquí el problema está en que el derecho a la reparación es individual porque las entidades no tienen ni buscan beneficios patrimoniales.

La solución se encuentra en los modos de ejecutar la sentencia. Por ejemplo:

a) *Si los damnificados son identificados*, cada uno de ellos comparecerá al proceso y reclamará la parte que le corresponde de la indemnización estipulada.

b) *Si los perjudicados son inciertos o indefinidos,* se los emplazará a comparecer en juicio para requerir se liquide la alícuota de la reparación.

> Para González Cano, ello significaría que los consumidores afectados que no fueron determinados en el proceso instado por un grupo en defensa de un interés colectivo no tendrían acceso a esta vía de extensión de efectos, conclusión que entiende inviable y que la conduce a mantener que la expresión "cuando la determinación individual no sea posible" está referida, por una parte, a casos de difícil determinación (interés colectivo), pero con colectivo de interesados muy numerosos; y por otra, a todo tipo de interés, colectivo o difuso, independiente-mente de que el juicio fuese promovido por una asociación, por una entidad, o por un grupo de afectados[498].

[498] González Cano, ob. cit., ps. 116 y ss.

c) *Si no hay determinación de personas afectadas, porque la sentencia declara sobre el derecho vulnerado*, se podrá formar un fondo de reparación patrimonial sujeto a particularidades reglamentarias como veremos inmediatamente.

7.4 Cuando la sentencia condena al pago de una indemnización que aprovecha a grupos o sectores identificados, o que necesiten comparecer individualmente a reclamar su cuota parte en el beneficio, es común ordenar el depósito en un fondo que tiene finalidades diversas.

Por un lado, algunas legislaciones otorgan un premio al que promovió la accion, de modo que dicho fondo sirve para pagar la recompensa del sujeto que llevó adelante la acción colectiva. También se utiliza para compensar los gastos de quienes no pueden acudir a la justicia por escasez de recursos siendo la demanda vinculada con derechos o intereses colectivos; y finalmente, se toman de allí las sumas necesarias para indemnizar a los interesados que se presenten acreditando ser parte del grupo beneficiado con la sentencia.

> En Colombia, todas las solicitudes presentadas oportunamente se tramitarán y decidirán conjuntamente mediante acto administrativo en el cual se reconocerá el pago de la indemnización previa comprobación de los requisitos exigidos en la sentencia para demostrar que forma parte del grupo en cuyo favor se decretó la condena.
>
> Cuando el estimativo de integrantes del grupo o el monto de las indemnizaciones fuere inferior a las solicitudes presentadas, el Juez o el Magistrado podrá revisar, por una sola vez, la distribución del monto de la condena, dentro de los veinte (20) días siguientes contados a partir del fenecimiento del término consagrado para la integración al grupo de que trata el artículo 61 de la ley colombiana. Los dineros restantes después de haber pagado todas las indemnizaciones serán devueltos al demandado.

La indemnización que se ordena en virtud de una acción popular (v.gr.: Colombia), no se refiere únicamente al resarcimiento por la violación de derechos individuales, sino que se trata de la reparación de los daños causados por la vulneración a derechos e intereses colectivos, es decir en beneficio de toda una comunidad afectada.

Además, constituye una justa sanción a las entidades o personas responsables de tal vulneración. No obstante, ello no significa que no haya prescripción alguna para reclamar dicha indemnización. Sin duda, subsiste respecto del reclamo del pago de la

indemnización decretada por el juez, la prescripción ordinaria de la acción ejecutiva correspondiente, que no puede sujetarse a un plazo que resulte irrazonable por su brevedad. Todo ello, sin perjuicio que el legislador establezca otro término que cumpla con los requisitos de razonabilidad y proporcionalidad acordes con el ordenamiento superior.

> En la versión del Código Modelo Tipo para procesos colectivos, del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal (anteproyecto Grinover-Watanabe-Gidi) se establece en el art. 6º: "*En la acción condenatoria a la reparación de los daños provocados al bien indivisiblemente considerado, la indemnización revertirá en un fondo administrado por un Consejo gubernamental, del que participarán necesariamente el Ministerio Público y representantes de la comunidad, siendo sus recursos destinados a la reconstitución de los bienes lesionados*".

7.5 El inconveniente que tiene esta forma de liquidar un derecho estriba en la posibilidad que tiene el afectado para requerir una estimación superior, porque a su respecto abría operado la cosa juzgada. Precisamente, la defensa que podrá sostener el condenado es que será juzgado dos veces por el mismo hecho, y que una reparación colectiva es suficiente para cancelar las obligaciones que se tengan contra todo el grupo o sector afectado, eliminando la posibilidad de reclamos particulares.

La alternativa que le ha dado la ley al juez de ordenar en la sentencia indemnización en favor de quien no la ha solicitado, de quien no ha intervenido ni siquiera adhesivamente y por ende no ha formulado una pretensión fundada para que se le reconozca una indemnización, o de reconocer una indemnización que no se ha pedido, rompe la estructura tradicional del proceso, porque se observa la afectación de varios principios medulares del procedimiento, relacionados directamente con el debido proceso por aletar de manera directa el derecho de defensa.

8. El modelo adversarial en el proceso colectivo

8.1 En realidad, cuando se intenta un proceso colectivo se demuestra un modelo de intervención para los grupos o sectores que padecen un daño masivo o una amenaza general, que no tienen en la actualidad un permiso legal (legitimación y representación) para hacerlo. Por eso, los *leading case* de la jurisprudencia, no han querido más que adecuar las instituciones procesales a la realidad de los tiempos que se viven. No es

lógico que se continúe con un mecanismo puramente adversarial que tiene como única finalidad someter a la parte contraria a una derrota, cuan si fuera el proceso una lucha entre partes, y el juez un árbitro que dirime la contienda.

Latinoamérica fue abriendo caminos, a semejanza e imitación de sistemas muy distintos al codificado que se mantiene estoicamente. Fue así que se consagraron acciones de grupo o de clase en países como Colombia y Brasil, las que se originan en los daños ocasionados a un número plural de personas que deciden acudir ante la justicia en acción única, para obtener la respectiva reparación y que a pesar de referirse a intereses comunes, se pueden individualizar en relación con el daño cuya indemnización se persigue.

Como se aprecia son pretensiones que buscan proteger intereses particulares de sectores específicos de la población (por ejemplo, consumidores), de ahí su denominación original de *class action*.

> En Brasil, la Ley 7347 de 1985, mediante la cual se regula la Acción Civil de Responsabilidad por Daños Causados al Medio Ambiente, al Consumidor, los Bienes y Derechos de Valor Artístico, Estético, Histórico y Paisajístico, autoriza al Ministerio Público para instaurar las acciones civiles públicas, cuando por razones de interés público la comunidad requiere de especial protección. Esta norma se integró a un esquema tuitivo existente en la Ley 4717 de 1965 y el Código de Procedimiento Civil de 1976, hasta alcanzar un modelo preciso para el proceso colectivo, tal como se presenta en el "Código de Defensa de los derechos del consumidor".

En Estados Unidos y Canadá, existen las acciones de clase, o *class action* (Regla 23 de las Reglas Federales de Procedimiento Civil, en Estados Unidos), que pueden ser propuestas por cualquier interesado que pretende proteger a sectores específicos de la población y a quien se le reconoce esa posibilidad por ser parte del mismo. Aquí, la sentencia produce efectos respecto de todos los miembros del grupo, siempre que exista un numeroso conjunto de personas con puntos de hecho y de derecho en común, y quien deduzca la acción acredite una representación adecuada de los intereses.

8.2 La sistemática dispuesta a través de la acción se refleja en la dinámica del *common law* a través de las "*class actions*" (acciones de clase). Su origen, bastante remoto, encuentra primeras manifestaciones como una invención de *equity*, es decir,

creada como herramienta procesal habilitante para que el número indeterminado de personas no impidiera que los grupos unieran sus intereses ante la justicia.

> Sostiene Cueto Rúa que […] "en el derecho inglés, si en una acción por clase de personas se llegaba a la conclusión de que los derechos, las obligaciones o las responsabilidades de todos los integrantes de la clase o grupo podían ser litigados correcta y honestamente, la sentencia final obligaba a todos los miembros de la clase o grupo, hubieran o no participado en la sustanciación de la acción"[499].

En países, como en Inglaterra y Australia, se consagran las "*Relator actions*", para que los particulares las ejerzan en los procesos de interés público a través del Ministerio Público o directamente con su autorización. Inclusive, aparecen modelos intermedios como los *test cases*, que constituye un método por el cual se selecciona una causa de entre muchas otras que se presentan a título individual, pero que tienen todas una coincidencia en los hechos y las pretensiones, donde después del acuerdo de las partes se consigue una suerte de acumulación de autos y efectos generales de la única sentencia a dictarse.

No es un esquema totalmente aceptado, al punto que solamente tiene reconocimiento legal en Escocia en las *Court of session rules*. Ello quizá sea producto de las dificultades para identificar la similitud en los hechos, y los problemas procesales que trae la condena en costas porque, pese a la extensión general del fallo, los gastos causídicos sólo se imponen a los sujetos particulares que litigaron. Además, el efecto extensivo de la condena no significa el derecho a obtener de inmediato la reparación indemnizatoria, obligando a los otros beneficiarios a promover la ejecución.

8.3 El beneplácito con las acciones de clase no es general, porque a pesar de ser una herramienta sensible que facilita el acceso a la justicia de sectores que sufren postergación, o que practican en forma concreta una participación popular en los conflictos de trascendencia social; también sufren resistencias por considerar que constituyen una *legalización del chantaje.*

> Uno de los mejores estudios realizados en Argentina sobre las "acciones de clase" corresponde a Bianchi, que refiriéndose a este tema sostiene que, el uso intensivo de las *class action* ha generado –y desde hace varias décadas- dos efectos. Uno sobre los tribunales, especialmente la Corte Suprema, y otro sobre los abogados y el ejercicio de la

[499] Cueto Rua, Julio C., *La acción por clase de personas (class actions)*, La Ley, 1988-C, 952.

> abogacía. A partir del uso masivo de las acciones de clase la Corte Suprema se ha convertido, en el sentir de algunos, en una suerte de tercera –y tal vez la más importante- cámara legislativa, ya que al tener potestades para decir el derecho en forma general para grandes grupos de personas, su tarea se asemeja mucho a la de un cuerpo legislativo. De todos modos –y tal vez sea ésta una de las razones- las decisiones de la Corte Suprema posteriores a la enmienda de la Regla 23 han intentado poner límites a sus alcances[500].

Además, la regla 23 que rige desde 1938 no se adaptó a los cambios económicos y sociales manteniendo el esquema de entonces que produjo una gran imprecisión, y llevó a la necesidad de una sustancial reforma en el año 1996.

> Observa Bianchi que las acciones eran de tres categorías: *a)* verdaderas; *b)* híbridas, y *c)* falsas, clasificación que fue establecida en función de la naturaleza de las relaciones de intereses entre los miembros de una clase. Explica así que, en la primera los intereses eran comunes; en la segunda eran diversos o diferentes, y en la tercera también podían ser diferentes, pero, en este caso, la acción era viable si existía una cuestión fáctica o de derecho que involucrara los diferentes sectores de intereses existentes en la clase. De las tres, obviamente la tercera era la más controvertida en la medida en que se trataba de una suerte de sistema litisconsorcial bastante flexible, donde las sentencias sólo producían efectos sobre las partes litigantes[501].

De todos modos, las dificultades técnicas no constituyen el dilema principal para resistir este mecanismo de actuación popular, porque son cuestiones económicas las que se esgrimen y hacen valer para controvertir el uso de las *class action.*

Cuando se alega que por este medio se busca extorsionar o ejercer abusivamente un derecho para buscar una ventaja patrimonial, no se está lejos de una verdad de fácil comprobación.

Recuérdense las acciones vinculadas con los efectos nocivos del cigarrillo, o las consecuencias perjudiciales que se probaron traían las intervenciones quirúrgicas de implante de siliconas en las mamas. En ambos casos las indemnizaciones eran multimillonarias y podrían llevar en nuestro país a la quiebra de nuestro reducido sector empresario[502].

---

[500] Bianchi, Alberto B., *Las acciones de clase*, Ábaco, Buenos Aires, 2001, ps. 34 y ss.

[501] Bianchi, *Las acciones de clase,* cit., p. 38.

[502] De hecho, la litigación que ha provocado un mayor número de quiebras entre compañías norteamericanas de una misma industria ha sido la del amianto (hasta la fecha, más de 67). Y los tres mayores veredictos condenatorios dictados por los jurados norteamericanos en los años 2000, 2001 y 2002 han sido tres casos de tabaco: 145.000 millones de dólares (Engle v. R.J. Reynolds Tobacco Co.), 3.000 millones de dólares (Richard Boeken v. Philip Morris, Inc.) y 28.000 millones de dólares (Betty

8.4 Las acciones de clase provienen de un sistema jurídico diferente al que tenemos, condición que no limita su aplicación, pero que debe tenerse en cuenta por las particularidades que proyecta. Por ejemplo, cuando nos referimos al sistema indemnizatorio resultante de las acciones por el tabaco o las siliconas, la reparación no es individual y tiene más en cuenta una sanción ejemplar que evite continuar con el daño, antes que indemnizar el perjuicio sufrido por cada afectado (principio de la reparación integral que es propio del *civil law*).

No escapa al análisis que hay cuestiones de derecho procesal constitucional que interfieren con la consagración del modelo. En efecto, si a través de la acción colectiva van a tratarse casos de responsabilidad civil objetiva por el daño inferido a los derechos e intereses colectivos, el riesgo probatorio y la carga de las afirmaciones puede encontrarse en desequilibrio.

Sucede esto porque, si bien es cierto que las acciones de clase buscan la protección de derechos e intereses colectivos, también ellas tienen relación con los casos de responsabilidad civil objetiva por el daño inferido a esos mismos derechos e intereses, razón por la cual dicha relación no es absoluta o indispensable para la salvaguardia del principio de igualdad o del derecho de defensa.

En realidad si no hay regulación de la responsabilidad objetiva por el daño inferido a los derechos e intereses colectivos, esa omisión es para toda la comunidad y no atribuible sólo a unos cuantos individuos. De otro lado, ocurre que la protección del derecho de defensa e incluso del debido proceso en los procesos derivados del ejercicio procesal, no sufre menoscabo por el hecho de que el legislador no haya definido los casos de responsabilidad civil objetiva por los daños inferidos a los derechos e intereses colectivos.

> Algunos afirman que la circunstancia de que la relación entre las acciones populares y la responsabilidad civil objetiva por el daño inferido a los derechos e intereses colectivos sea circunstancial, y no necesaria o indispensable para garantizar la igualdad o para proteger el

---

Bullock v. Philip Morris Inc.), respectivamente. Sin embargo, las experiencias nacionales de acciones populares, como el caso "*Schroder*" (CNContenciosoadministrativo, Sala III, 1994/08/09, La Ley, 1994-E, 449), o las que lleva a cabo el Defensor del Pueblo, e inclusive, algunas realizadas por asociaciones de defensa sectorial (v.gr.: "*Consumidores Libres Coop. Ltda. c. Estado Nacional*", 1995/10/20, La Ley, 1995-E, 470), demuestran que, aunque se utilice el marco nominal del amparo, son verdaderas acciones colectivas que facilitan el accionar conjunto y por el cual las necesidades generales de la población encuentran una respuesta que individualmente no obtienen.

derecho de defensa, debe concluir afirmando que aunque son materias conexas y relacionadas, son autónomas. Dicha autonomía, a su vez implica que el legislador bien puede regularlas conjunta o separadamente y ello sin que una u otra sufran un deterioro de tal naturaleza que las haga devenir en inocuas o imperfectas.

Sin embargo, puede no existir dicha omisión legislativa porque el solo hecho de no desarrollar en la ley lo relativo a los casos de responsabilidad civil objetiva, no hace incompleta la norma ni configura una omisión del legislador en cuanto tiene aún la posibilidad y la competencia para expedir una nueva ley en esta materia [503].

9. Las pretensiones en el proceso colectivo

9.1 Las pretensiones en el proceso colectivo dependen de los derechos o intereses que se reclaman. A veces la petición es genérica y de ser declarada admisible, beneficia a la población en general (v.gr.: demanda que propone que una enfermedad se declare de interés social con el fin de conseguir que la provisión de medicamentos sea gratuita para todo paciente); en otras, no identifica favorecidos comunes, como al reclamarse la obligación de satisfacer un deber médico (v.gr.: emisión e informacion del consentimiento informado); también considera objetivos particulares, como requerir la cesación de un hecho o conducta lesivo de uno o varios derechos constitucionales; y admite peticiones especiales que son el soporte de derechos particulares de grupos o sectores (v.gr.: demandas realizadas por usuarios o consumidores).

Además, hay que observar que las acciones de clase o de grupo no se relacionan exclusivamente con derechos constitucionales fundamentales, ni únicamente a derechos

---

[503] En la discusión sobre este problema, la Corte Constitucional de Colombia sostuvo que el hecho de no haberse desarrollado en la Ley 472 de 1998 el tema de la responsabilidad civil objetiva no constituye una omisión legislativa relativa que dé lugar a una inconstitucionalidad, ni hace incompleta la ley, pues el legislador conserva la competencia para expedir una nueva ley que regule dicha materia. La omisión legislativa se configura, ha dicho esta Corporación (Cfr. Corte Constitucional. Sentencia No. C-188 de 1996. MP. Dr. Fabio Morón Diaz), cuando el legislador no cumple en forma completa un deber de acción expresamente señalado por el constituyente, o lo hace en forma imperfecta. Este ocurre cuando se configura, "una obligación de hacer", que el constituyente consagró a cargo del legislador, "el cual sin que medie motivo razonable, se abstiene de cumplirla, incurriendo con su actitud negativa, en una violación a la Carta.

De acuerdo con la jurisprudencia y la doctrina se entiende por omisión legislativa "todo tipo de abstención del legislador de disponer lo prescrito por la Constitución". Dichas omisiones, entonces, se identifican con la "no acción" o falta de actividad del legislador en el cumplimiento de la obligación de legislar que le impone expresamente el Constituyente. Para que se pueda hablar de omisión legislativa, es requisito indispensable que en la Carta exista una norma expresa que contemple el deber de expedir la ley que desarrolle las normas constitucionales y el legislador lo incumpla, pues sin deber no puede haber omisión. En consecuencia, la omisión legislativa no se puede derivar de la ausencia de leyes por incumplimiento del Congreso del deber general de legislar.

colectivos, toda vez que comprenden también derechos subjetivos de origen constitucional o legal, los cuales suponen siempre -a diferencia de las acciones populares- la existencia y demostración de una lesión o perjuicio cuya reparación se reclama ante la juez. En este caso, lo que se pretende reivindicar es un interés personal cuyo objeto es obtener una compensación pecuniaria que será percibida por cada uno de los miembros del grupo que se unen para promover la acción. Sin embargo, también es de la esencia de estos instrumentos judiciales, que el daño a reparar sea de aquellos que afectan a un número plural de personas que por su entidad deben ser atendidas de manera pronta y efectiva.

Como se ve, estas posibilidades de accionar se dan también, en nuestro país, a través del amparo, el cual podría encontrar una apertura inteligente si fuera admitido como variables de la acción popular, o de las acciones de grupo. De hecho, las finalidades de tutela que intrínsecamente tienen estas pretensiones colectivas, se repiten en los juicios que dinamiza dicha garantía constitucional.

9.2 El objetivo del proceso colectivo tambièn es usar la pretension con destino preventivo. Toda acción colectiva tiende a *evitar el daño contingente*, que en el amparo se recepta a través de la noción de amenaza.

Hemos sostenido[504]que la otra cara del acto lesivo es la amenaza; así como de una parte se exige en quien reclama que acredite el daño sufrido a través de la ejecución del hecho ilegítimo o inconstitucional, en la especie se trata de ver, en forma clara e inequívoca, la misma crisis pero aun no concretada. Esto quiere decir que la amenaza ilegal, a los fines de habilitar la acción de amparo, debe ser de tal magnitud que pusiera a los derechos en juego en peligro efectivo e inminente.

> Por ejemplo, el proceso deducido por la Asociación de Consumidores Libres Cooperativa Limitada de Provisión de Servicios de Acción Comunitaria contra el Decreto 702/95, a la cual adhirió el Defensor del Pueblo en los términos del artículo 90 inciso 2º del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, carece de aptitud para suscitar el ejercicio de la jurisdicción, pues al no concretar qué efectos habría de tener la concesión de lo peticionado –el cese de la intervención- sobre los intereses de los usuarios del servicio telefónico, la sentencia habría de tener un sentido meramente teórico o conjetural. Tal deficiencia no se ve superada por la argumentación referente a la eventual amenaza de que tales derechos

[504]. Gozaíni, *Derecho Procesal Constitucional – Amparo,* cit., ps. 236 y ss.

> constitucionales se vean vulnerados, pues los recurrentes no han concretado la relación existente entre el acto atacado y el riesgo de que se ocasione una lesión no definida[505].

En los derechos de incidencia colectiva el concepto de amenaza encuentra mayores posibilidades, porque se desplaza la noción de afectación directa por la de derechos colectivos amenazados que se deben resguardar en la acción prevista.

> Así se declara que, la fundación actora se encuentra legitimada para promover el juicio de amparo en cuanto a partir del texto del artículo 43 de la Constitución Nacional recibe acogida el "amparo colectivo" apareciendo en la escena jurídica nuevos tutelados constitucionales como las asociaciones que propendan a los fines explicitados en el segundo párrafo del dispositivo legal señalado, con lo cual la protección de los intereses difusos (colectivos), en el caso del derecho a gozar de un ambiente sano y la protección del mismo, cobra impulso propio, consecuentemente no es necesario que todos los habitantes de las viviendas en que se extrajeron las muestras de agua subterránea contaminada acudan ante el órgano jurisdiccional, como damnificados directos, pidiendo medidas tendientes a la preservación del medio ambiente y la calidad de vida porque la fundación actora lo ha hecho por sí misma y estaba legitimada para ello en cuanto concierne a la protección del medio ambiente[506].

9.3 La misma intención lleva las demandas dirigidas a *hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los derechos e intereses colectivos*.

La calidad del acto lesivo en materia de salud, es una cuestión que se debe estudiar caso por caso, toda vez que el amparo es una acción de reparación o restitución de derechos constitucionales, y por ello, es el único proceso constitucional que presenta el marco adecuado para el ejercicio del control constitucional por el juez. De lo contrario, muchos actos del poder público o de particulares que se amparen en una ley, decreto u ordenanza de carácter general, no serían susceptibles de control por vía del amparo. Este es el reparo que puede sufir un amparo en materia de salud.

En estos casos, debe quedar en claro que no es *cualquiera* quien tiene legitimación procesal sino aquellos que el art. 43 constitucional recepta, más allá de la vía procesal que seleccionen para dar curso a lo que piden.

---

[505] Fallos: 338:1492.

[506] C. Civ. y Com., San Isidro, Sala I, 1998/06/08, "*Fundación Pro Tigre y Cuenca del Plata c/ Municipalidad de Tigre y otro"*, LLBA, 1998-1118.

> La cuestión atinente a la legitimación de la demandante para promover el presente amparo, constituye un presupuesto necesario para que exista un caso o controversia que deba ser resuelto por el Tribunal, dado que la justicia nacional no procede de oficio y solo ejerce jurisdicción en los casos contenciosos en que es requerida a instancia de parte[507].

Otras veces, las acciones colectivas se deducen como amparo con el fin de lograr el cumplimiento de promesas o garantías constitucionales que se encuentran insatisfechas o pendientes de reglamentación, como son tantas facetas de la salud que, siendo programas a poner en acción, sufren dilaciones y repetidas postergaciones.

Estas demandas en defensa de la legalidad constitucional tienen cabida como acciones colectivas porque profundizando el análisis, no se trata de acciones individuales con finalidades que al particular le son intrascendentes. Aunque se pueden rechazar como acciones populares, lo cierto es que deberían tener recepción.

La diferencia con la acción popular está en que existe un interesado y hay un perjuicio directo, más allá de la omisión legislativa que torna inconstitucional la inacción del Poder que agravia.

> Claramente dice Eduardo P. Jiménez que […] "existe en el caso: *a)* un derecho afectado (a la eficiencia y regularidad de sistema constitucional); *b)* también hay partes adversas: un ciudadano y los legisladores que han cometido la inconstitucionalidad por omisión; *c)* hay daño efectivo provocado por la conducta del oponente (el agravio social que implica un patente funcionamiento irregular del Congreso en los años que pasa sin legislar como debe hacerlo); *d)* la omisión por parte del Congreso le impide al ciudadano el reconocimiento de un derecho propio; y *e)* es una acción incoada en defensa de los derechos humanos de tercera generación[508].

9.4 Otra pretensión es la *acción restitutiva* que tiene la finalidad de volver las cosas al estado anterior, donde se advierte la necesidad reglamentaria de concretar un plazo de caducidad por la eventual consolidación de los hechos, y la crisis que a veces trae la oposición de derechos adquiridos. Criterio que no es coincidente en la doctrina pues algunos sostienen que las acciones colectivas son posibles mientras esté vigente el perjuicio o la afectación.

---

[507] Fallos: 337:1447; 323:4098.

[508] Jiménez, Eduardo Pablo, *Los derechos humanos de tercera generación*. Ediar, Buenos Aires, 1996, ps. 23 y ss.

10. Cuestiones procesales

10.1 Hemos observado que la celeridad, siempre útil y necesaria, no puede frustrar necesidades más importantes como la eficacia de la sentencia. Esto sucede cuando en los procesos entre proveedores y adquirentes se aplican las reglas tradicionales de los procesos de conocimiento, sin advertir que la diversidad de pretensiones reclama métodos de exposición y análisis que trascienden los principios de la más absoluta bilateralidad y derecho a la contradicción.

> En España se advirtió parcialmente la influencia que tenía la transposición de las Directivas Comunitarias en materia de protección de intereses colectivos, y por ello son las remisiones al juicio verbal en materia de publicidad cuando se relacionan con el ejercicio de acciones de cesación. Dice González Cano que, para el caso de que junto con estas acciones colectivas de cesación se ejerciten pretensiones indemnizatorias, ya no operaría la regla de la remisión al procedimiento que por la cuantía corresponda, sino que ambas pretensiones irían por el juicio verbal, ya que la modificación de los artículos de la ley de enjuiciamiento civil no contempla esta regla diferenciadora[509].

En nuestro país no se ha previsto la eventual concurrencia de procesos de partes múltiples respecto de quienes persiguen reparaciones individuales en forma aislada y autónoma. Inclusive, las acciones que activa el Defensor del Pueblo se forman y debaten en los límites del art. 86 de la Constitución Nacional, es decir, admitiendo que tiene legitimación pero sin aplicar efectos expansivos a la sentencia condenatoria (es decir, cuando impone obligaciones de dar, hacer o no hacer; a diferencia de las sentencias declarativas que obtienen alcance general).

Los motivos por los que se auspicia el tratamiento conjunto de los reclamos colectivos obedecen a necesidades de seguridad jurídica y para igualar las razones y derechos de las partes que confronten.

Por eso, teniendo en cuenta las aclaraciones ya realizadas respecto a la eventual interposición de demandas individuales pero con finalidades colectivas, en realidad el objetivo principal es regular adecuadamente el mecanismo de intervención de los grupos (personas o asociaciones) donde el problema de la legitimación en la causa es apenas la punta saliente del iceberg.

---

[509] González Cano, ob. cit., p. 156.

10.2 La intención de reunir el conflicto de grupos o sectores en un solo proceso, además de evitar la probabilidad de dictar sentencias contradictorias si se permite que ellas sigan un cauce individual, tiene como objetivo resolver con un solo pronunciamiento la crisis que se denuncia.

Cabe tener en cuenta que la posible dispersión de los daños y de los afectados, a veces impide ordenar la reunión procesal por la indeterminación de sujetos, aunque se puede resolver el problema con una diligencia preliminar que informe al "colectivo" sobre la formación del expediente judicial con el fin de emplazarlos a que hagan valer en el mismo sus derechos.

> Cuando la intervención que se permite a través de ese llamamiento resulte inviable, será posible la incoación de múltiples procesos derivados del mismo hecho dañoso, instados por consumidores que no llegaron a tener acceso a la publicidad del pleito promovido por la asociación o grupo, o que no llegaron a tiempo para intervenir, o que simplemente entendieron más oportuno litigar individualmente. También la acumulación puede sufrir reparos técnicos, como son los problemas de articular procesos en estados procesales diferentes; o las cuestiones de competencia[510].

La acumulación por conexidad es claramente diferente a la litispendencia, pues a pesar de las similitudes, se diferencian no solamente por cuanto la acumulación de procesos no requiere que coincidan los tres elementos mencionados, sino también, por cuanto éste sólo determina el desplazamiento de la competencia y el dictado de una sentencia común; en tanto la litispendencia supone el archivo de las actuaciones, o las impide.

Lo importante de la litispendencia como camino para impedir la acumulación de procesos, es que ella, como la cosa juzgada, apuntan al ejercicio de una segunda acción ya ventilada en otro proceso (pendiente o sentenciado, respectivamente), razón por la cual el segundo proceso, o el que se inicia, deben concluir.

---

[510] En este aspecto, dice la Corte Suprema argentina que, la competencia originaria de ella proviene de la Constitución Nacional, y no es susceptible de ampliarse, restringirse ni modificarse mediante normas legales. Ello ocurriría si se la admitiera con sustento en lo dispuesto por el art. 188 del Código Procesal - como pretende en el caso Telefónica Argentina SA, al solicitar la acumulación de los autos con los procesos por acciones declarativas iniciados por diversas provincias ante la instancia originaria de la Corte-, atento a que el instituto de la acumulación de procesos sólo procede en los supuestos en que los jueces intervinientes sean de la misma competencia territorial (del voto del doctor Boggiano) (Fallos: 321:1187).

La acumulación, en cambio, se apoya en la existencia de acciones conexas -no idénticas- y su finalidad es poner ambas bajo la lente del mismo juez a fin de que componga las causas en una sola sentencia.

Además, es sabido que la acumulación de procesos, a los fines de evitar el pronunciamiento de sentencias diferentes respecto de algunas cuestiones comunes y procurar una mayor economía procesal, no quita a cada proceso su autonomía. De este modo aunque todos los procesos estén vinculados y de alguna manera pendiente de lo que entre ellos suceda, ninguno pierde individualidad.

La independencia es de trámites sin perjuicio de la reunión que se pueda disponer por razones de economía procesal y de adquisición común de la prueba; pero la singularidad responde al principio del interés que tiene cada parte en la defensa de sus respectivas pretensiones.

10.3 Si las reglas comunes se aplicaran al proceso colectivo, la integración de la litis sería un verdadero problema y difícil de superar. Ocurre que el proceso civil se desenvuelve sobre la idea de litigar con todos aquellos a quienes la sentencia puede alcanzar, de manera que la noción misma de litisconsorcio necesario está presidida por la necesidad de contar con la totalidad de quienes poseen vocación de parte en la misma (art. 89, Código Procesal).

Se advierte así que la integración de partes constituye un presupuesto necesario para la validez de la sentencia. De todos modos, la falta de integración de la litis, cuando ha sido procedente, no faculta al juez para abstenerse de decidir sino para emitir un pronunciamiento de mérito en virtud de carecer la pretensión de un requisito intrínseco de admisibilidad como lo es la legitimación.

Ahora bien, en los procesos colectivos una de las características principales es la indefinición de personas afectadas. Se puede individualizar el grupo o sector perturbado, pero es difícil establecer quienes o cuantos tienen interés en comparecer. Por eso, para facilitar el acceso a los jueces, suelen establecerse tres modalidades de intervención del afectado directo o de los entes representativos.

La primera oportunidad se ofrece a través de la *diligencia preliminar* que informa sobre la constitución del proceso, con la finalidad de convocar a todo interesado en coadyuvar en la misma como afectado y asumir calidad de parte dentro

del grupo representado. En el caso, el llamamiento suspende transitoriamente el curso de las actuaciones, aunque a veces se admite la continuación si el proceso versa sobre intereses colectivos o difusos.

En esta materia ni el llamamiento ni la presentación de la solicitud de intervención suspenden el procedimiento. Ello, independientemente de que en el proceso en materia de intereses difusos se prevea la suspensión a partir del llamamiento o publicidad, y que durante la misma, que puede ordenarse hasta un máximo de dos meses, se instaure un plazo preclusivo para la personación de afectados.

La segunda forma de comparecimiento no difiere en el modo de comunicación sino en la oportunidad para hacerlo. Aquí el plazo se amplía *hasta la apertura a prueba del proceso*, facultando al interesado a constituirse en parte mediante la presentación de un escrito en el que se indique el daño sufrido, su origen y el deseo de acogerse al fallo y de pertenecer al grupo.

La tercera forma de intervención sucede *después de dictada la sentencia,* siempre y cuando la acción individual no estuviera prescripta o hubiera caducado.

Por eso la finalidad perseguida es, de una parte, permitir a aquellas personas que sufrieron un mismo daño o perjuicio a un derecho o interés de la colectividad, y que por motivo de desinformación, desconocimiento u otro, no conocieron de la existencia del proceso puedan, previo el lleno de unos requisitos fijados en la norma, acogerse a los beneficios de la sentencia. Ello no sólo favorece al particular, sino también a la administración de justicia, pues evita que ésta se desgaste con un nuevo proceso por los mismos hechos y contra la misma persona. Además, es pertinente señalar, que dada la naturaleza reparadora de esta acción, es válido para quien no se hizo parte en el proceso antes del fallo, que lo haga con posterioridad, dentro de las condiciones fijadas en la norma. Ello no desconoce en ningún caso, el debido proceso, pues quien se acoge al fallo, lo hace a sabiendas del contenido del mismo y del respeto y garantía que al trámite del proceso le dio el juez, siempre avalado con la intervención del Ministerio Público.

Cabe señalar que esta convocatoria supone al mismo tiempo consagrar un derecho de exclusión, por el cual el proceso se forma con quienes hayan comparecido, sin que las individualidades sumadas conviertan al litigio en un proceso particular.

La integración de nuevos miembros al grupo, con posterioridad a la sentencia, no incrementará el monto de la indemnización contenida en ella. Las acciones individuales relativas a los mismos hechos podrán acumularse a la acción de grupo, a solicitud el interesado. En este evento, el interesado ingresará al grupo, terminará la tramitación de la acción individual y se acogerá a los resultados de la acción de grupo.

Es importante que el llamamiento esté suficientemente informado y sea totalmente masiva la comunicación, con el fin de evitar la inseguridad que tiene, por ejemplo, la notificación por edictos.

11. Etapa probatoria

11.1 La prueba en los procesos colectivos presenta grandes diferencias con aquella que se debe producir en una acción de clase (donde lo más importante es certificar la afectación común a derechos individuales homogéneos) y en el juicio de amparo en salud (porque el objeto a verificar es la comunidad del derecho alterado o amenazado).

No es preciso aquí agregar más de lo apuntado, porque no es objeto de este libro ese análisis. Basta con decir que, el beneficio de las presunciones, unido al deber de colaboración en la búsqueda de la verdad, torna razonable lo establecido en el *Código Modelo,* cuando expresa en el art. 12 (parágrafo único) que *la carga de la prueba incumbe a la parte que poseyera conocimientos técnicos o informaciones específicas sobre los hechos, o mayor facilidad en su demostración.*

Si en un proceso de conocimiento ordinario se pretende que las partes demuestren al juez la verdad de sus afirmaciones o confirmen las versiones que sostienen; en los juicios colectivos el objeto a probar también son los hechos u omisiones con la singularidad que tiene la extensión del daño o acto lesivo.

11.2 Significa, entonces, que ambas partes se deben esfuerzos mutuos para la obtención de la verdad, pero al trabajar el proceso con una fuerte presunción de verosimilitud, el juez esta facultado para resolver con los aportes que se entreguen con la demanda, si considera que ello es suficiente para quedar persuadido.

Este es un criterio receptado en múltiples legislaciones que toman en cuenta dos parámetros básicos:

a) La necesidad de solucionar rápidamente, aun con medidas provisionales y urgentes; y *b)* la potestad judicial para tener iniciativa probatoria si estima que la llevada al proceso es insuficiente, superficial o innecesaria.

La ampliación de los poderes y deberes de la jurisdicción son una característica de los procesos colectivos, porque anida en el activismo esperado la ansiada *tutela judicial efectiva,* que no tiene fundamento único en el respeto por el derecho de defensa en juicio.

Precisamente, esta lectura de vanguardia conspira contra el modelo clásico de la estructura procesal y abre brechas que resisten el ímpetu de estas realidades que emergen del reclamo social, antes que de una ilusión teórica sin fundamentos.

11.3 Los medios de prueba admitidos son todos los que tengan suficiente elocuencia para demostrar los hechos que se exponen, con la salvedad de aquellos que sean obtenidos por medios ilícitos. La prueba estadística o por muestrario tiene indicación particular aun pudiendo tratarse como una variable de la prueba instrumental o informativa.

La apreciación de la prueba rendida o aportada con los escritos constitutivos recibe el impacto de los equilibrios que busca el proceso colectivo. Recordemos que el fin de la prueba es comprobar la existencia de un derecho cierto o líquido, extremo que no está sujeto a un amplio debate y prueba sino a la mera verificación de la conducta lesiva y el consiguiente agravio.

> El sistema del Código Modelo no debe ser visto en sus resignaciones sino en el esfuerzo por compartir un esquema común de protección hacia derechos e intereses especialmente protegidos. La circunstancia de ser grupos los que se tutelan, no significa que se postergue el axioma de interpretación más favorable, que se explana en la regla "*pro homine*".
>
> Este principio, junto al "*pro libertate*", constituyen el meollo de la doctrina de los derechos humanos, según el primero, el derecho debe interpretarse y aplicarse siempre de la manera que más favorezca al ser humano; por el restante, se debe colegir extensivamente todo lo que favorezca y restrictivamente todo lo que limite la libertad.
>
> Por ello, no resulta acorde con el principio *pro homine* y *pro libertatis* de la interpretación constitucional, según los cuales, ante eventuales diferentes interpretaciones de un

> dispositivo legal, se debe optar por aquélla que conduzca a una mejor protección de los derechos fundamentales, descartando así las que restrinjan o limiten su ejercicio.

El principio *pro homine*, implica que la interpretación jurídica siempre debe buscar el mayor beneficio para el hombre, es decir, que debe acudirse a la norma más amplia o a la interpretación extensiva cuando se trata de derechos protegidos y, por el contrario, a la norma o a la interpretación más restringida, cuando se trata de establecer límites a su ejercicio.

11.4 Ahora bien, en una acción de clase la prueba principal a cumplir asienta en demostrar la afectación común de los hechos y el derecho aplicable, a una comunidad de personas cuya individualización deviene necesaria.

El temperamento abierto desde el caso "Halabi", sigue esta idea, solo que lo aplica dentro de una acción de inconstitucionalidad devenida en amparo colectivo. Vale decir, que la admisión de estas acciones requiere la verificación de una causa fáctica común, una pretensión procesal enfocada en el aspecto colectivo de los efectos de ese hecho y la constatación de que, en ausencia de un ejercicio colectivo, habría una afectación grave del acceso a la justicia.

> El primer elemento es la existencia de un hecho único o complejo que causa una lesión a una pluralidad relevante de derechos individuales. El segundo elemento consiste en que la pretensión debe estar concentrada en los efectos comunes y no en lo que cada individuo puede peticionar, como ocurre en los casos en que hay hechos que dañan a dos o más personas y que pueden motivar acciones de la primera categoría. De tal manera, la existencia de causa o controversia, en estos supuestos, no se relaciona con el daño diferenciado que cada sujeto sufra en su esfera, sino con los elementos homogéneos que tiene esa pluralidad de sujetos al estar afectados por un mismo hecho[511].
>
> El tercer elemento está dado por la constatación de una clara afectación del acceso a la justicia, en uno de sus aspectos, vinculado a las denominadas acciones de clase, cual es la existencia de un interés individual que, considerado aisladamente, no justifica la promoción de una demanda. En efecto, se trata de un grupo de personas para las cuales la defensa aislada de sus derechos no es eficaz, debido a que la medida de la lesión, individualmente considerada, es menos relevante que el costo de litigar por sí mismo [512]

---

[511] Fallos: 329:4741.

[512] Fallos: 329:4741 (Voto de Ricardo Lorenzetti donde cita Fallos: 322:3008, considerando 14, disidencia del juez Petracchi).

En cambio, en los amparos colectivos de salud hay elementos que difieren de las acciones de clase (modelo argentino) supuestamente reglamentadas con la sentencia exhortativa del caso mencionado y las Acordadas que siguieron el formato de orientación normativa del procedimiento.

> Si el tribunal *a quo* no examinó el cumplimiento de los recaudos que hacen a la viabilidad de toda acción colectiva ni dictó la resolución de certificación exigida en las acordadas del Tribunal (art. 3° de la acordada 32/2014 y arts. V y VIII de la acordada 12/2016), solo se limitó a describir los requisitos delineados en el caso "Halabi" y afirmó -sin dar fundamentos para ello- que correspondía "dar a este proceso alcance de acción colectiva y efectos *erga omnes* a lo que se decida", no surge con claridad la identificación del colectivo involucrado en el caso ni la individualización de los requisitos tenidos en cuenta para considerar que el representante es el adecuado[513].
>
> El criterio de preferencia temporal que consagró el Tribunal en la causa "Municipalidad de Berazategui" (Fallos: 337:1024) y en la acordada 32/2014 imponía a aquellos magistrados ante quienes se dedujeron demandas colectivas con pretensiones similares o idénticas que, una vez recibida la información por parte del Registro, remitiesen sus causas al magistrado que hubiese prevenido y de ese modo se hubiese evitado el escándalo jurídico que surge de la proliferación de procesos que se superponen en sus pretensiones con la posibilidad del dictado de sentencias contradictorias[514].
>
> Teniendo en cuenta que se ha advertido un incremento de causas colectivas con idénticos o similares objetos que provienen de distintos tribunales del país, lo que genera, además de un dispendio jurisdiccional, el riesgo cierto de que se dicten sentencias contradictorias y de que las decisiones que recaigan en uno de los procesos hagan cosa juzgada respecto de las planteadas en otro y también favorece la objetable multiplicación de acciones procesales con objetos superpuestos tendientes a ampliar las posibilidades de obtener alguna resolución -cautelar o definitiva- favorable a los intereses del legitimado activo o de interferir en la decisión dictada en el marco de otro expediente, se estima necesaria la creación de un Registro de Acciones Colectivas -a través de una acordada- en tanto los aludidos inconvenientes podrían conllevar a situaciones de gravedad institucional[515].

La salud es un derecho muy particular para instalarlo como exigible mediante un amparo colectivo. Pueden serlo aspectos del mismo, como el deber de cuidado; medidas de prevención; campañas de vacunación; pero otras atenciones de índole personal que

---

[513] Fallos: 342:1747.

[514] Fallos: 339:1077.

[515] CS, Municipalidad de Berazategui c/ Cablevisión S.A. s/amparo. Sentencia del 23 de setiembre de 2014, Fallos: 337:1024.

se pueden expresar como colectivas (v.gr.: procreacion asistida), al mismo tiempo y desde otra perspectiva, se podrían ver como derechos personalísimos.

Un ejemplo de cuanto decimos se constata en los resultados del caso I.V. vs. Bolivia resuelto por la Corte IDH, al que hemos referido varias veces dentro de esta obra. En aquél, la señora I.V. debio ser intervenida de urgencia, y para salvar su vida los médicos le ligaron las trompas de Falopio provocando un efecto colateral justificado como fue impedir la procreación a futuro. El asunto llegó al Sistema Interamericano disponiendo en las reparaciones, que hubiera una disculpa pública por haber actuado sin el consentimiento informado. Este, al cumplirse, pondría en el escenario un asunto que comenzó siendo particular, donde la sentencia proyectó desde el derecho a la salud un amplio contexto de situaciones, que la víctima presunta poco podía imaginar.

Cuanto queremos reflejar se justifica en el punto que sigue, porque la raíz del problema es el efecto general de la cosa juzgada colectiva. Dicho en otros términos y trabajando con ejemplos, en la ciudad autónoma de Buenos Aires y en varias jurisdicciones del país, se autoriza por vía jurisdiccional las intervenciones quirúrgicas de cambio de sexo, conjuntamente con la modificación de los datos registrales. Esta es una operación destinada a dar rasgos femenizantes que se encuentra obstruida, algunas veces por leyes en desuso (v.gr.: Ley 17.132) y en otras por normas provinciales que exigen para llevar a cabo la intervención médica, la autorización judicial expresa. La práctica original fue requerir esta aprobación por vía de amparo, pero la cuestión quedó establecida con un procedimiento simple y abreviado, de prueba completa y valorada unilateralmente, que se presenta como un requerimiento voluntario sin forma de controversia.

Por lo general, esta y otras intervenciones médicas de igual o diferente registro, tienen un tratamiento posterior de seguimiento y control; aquí se necesitan medicamentos y estudios complementarios que pueden quedar establecidos en la decisión judicial.

En el año 2019 una Resolución administrativa ministerial, ante la falta de cumplimiento de estas medidas complementarias de la sentencia, entendió que las obras sociales debían cubrir la totalidad del tratamiento hormonal del cambio de sexo[516], de

[516] Son drogas como el acetato de ciproterona, testosterona gel, 17ß-estradiol gel, valerato de estradiol, espironolactona, undecanoato de testosterona y triptorelina, todas ellas de costo accesible y sin riesgo de poner en crisis la estabilidad económica de una empresa de salud.

modo tal que, todos los pacientes bajo tratamientos hormonales integrales destinados a cambiar los caracteres secundarios que responden al sexo gonadal para adecuarlos a la imagen del género autopercibido, obtendrían el mismo derecho.

Esta es la diferencia. Por amparo colectivo puede tramitar el requerimiento de cumplir con esta medida administrativa de alcance a un colectivo identificado o identificable, destimado a que la provision de fármacos y la atención clínica especializada sea cubierta por el seguro de salud.

En cambio, es cuestionable que por la vía del amparo colectivo se persiga que todos los transexuales tengan este derecho por el solo hecho de pedirlo. La causa es la prueba de la transexualidad, que aun comportando un derecho de la persona a identificarse como tal, cada uno, o cada caso, requiere prueba convincente y una sentencia que valore todas las circunstancias.

12. La sentencia en el proceso colectivo

12.1 El pronunciamiento final en los procesos colectivos estructuralmente no es distinto al que emiten los juicios ordinarios, a excepción del alcance y efectos de la sentencia respecto de quienes han actuado en el proceso como partes.

La decisión puede ser condenatoria o declarativa, y en su caso, ordenará hacer una cosa, cesar en una conducta continua productora del vicio denunciado, disponer la realización de acciones necesarias para volver las cosas a un estado anterior al acto lesivo, o determinar una indemnización reparativa del daño colectivo.

En esta materia suele hablarse de *sentencias de condena abierta*, donde los otros que se encuentran en la situación colectiva se adhieren al fallo, sin haber sido partes en el proceso. En consecuencia, el fallo dictado en los procesos colectivos de trámite especial, tiene que ser congruente con las pretensiones deducidas en el juicio, y será diferente cuando se desenvuelva en un proceso constitucional como el “amparo colectivo”, donde el primer deber jurisdiccional es controlar la supremacía constitucional y la defensa efectiva de los derechos humanos.

12.2 Es cierto que, aplicando principios generales, puede haber coincidencia entre uno y otro proceso, pero también lo es que se persigue dotar de una especialidad

general a las acciones colectivas con el fin de ofrecer un cauce rápido, sencillo y eficaz a tono con las disposiciones del derecho procesal transnacional.

Desde esta perspectiva, mientras las acciones colectivas se orientan a la tutela de los grupos o sectores, y se extienden a la tutela de los intereses y derechos difusos; los procesos constitucionales persiguen acotar el marco de su deliberación a los problemas de inaplicación o violación de normas constitucionales y supranacionales.

Aunque exista entre ellos concurrencia –como en los amparos colectivos deducidos por afectación de derechos de incidencia colectiva-, la premisa mayor es: en uno, reparar el daño causado; y en el otro, restablecer el orden constitucional vulnerado.

12.3 La sentencia que pone fin al proceso tiene efectos *erga omnes*, ya que beneficia o perjudica a la colectividad en general o a sectores de ella, y produce cosa juzgada al respecto. Pero no se debe confundir la naturaleza de la extensión con los efectos que ella produce, como veremos más adelante.

La eficacia depende del resultado, en la medida que si con el fallo se modifican o cambian las situaciones de hecho en beneficio de la comunidad, el derecho se consolida y evita su la repetición o reiteración procesal. En cambio, si la sentencia determina inconsistencias de la pretensión, podrá renovarse la acción si nuevos hechos demuestran que persiste la amenaza o el acto lesivo.

13. La cosa juzgada

13.1 La directiva central de la sentencia que se dicta en las acciones colectivas es dar una solución a todo el grupo o sector afectado. Cuando la decisión es *declarativa*, el beneficio es inmediato y no exige de procedimientos adicionales para lograr que se aplique con plenitud, porque la cosa juzgada se extiende hacia todos.

Si el pronunciamiento es *condenatorio*, en cambio, cada uno de los afectados podrá resolver a través del procedimiento de ejecución de sentencia la extensión particular de la sentencia.

El quid a desentrañar está con las demandas rechazadas o desestimatorias, donde ha sido común utilizar el criterio de la cosa juzgada formal (es decir que permite reiterar

la demanda) frente a sentencias denegatorias; y de cosa juzgada material (que impide repetir el proceso) cuando hay sentencia que recibe y acoge la pretensión.

13.2 Esta es una solución clásica que en Latinoamérica tiene precedentes en la Ley de Acción Popular Constitucional de Brasil (1965), que tiende a evitar una eventual colusión entre las partes de un proceso colectivo, por el cual se lograría formar un precedente en contra de toda la comunidad.

Esta regla se conoce con el nombre de *secundum eventus litis*, que indica el alcance de la *res judicata* de acuerdo con el resultado obtenido en el proceso.

A ella se agrega otra particularidad que es el efecto *in utilibus* que significa beneficiar al afectado que litiga individualmente, suspendiendo el curso del proceso personal hasta que tenga sentencia la acción colectiva.

En consecuencia, el modelo muestra tres alternativas posibles:

a) Si la acción colectiva obtiene sentencia favorable, la eficacia del pronunciamiento es para todos los miembros del grupo colectivo.

b) Cuando la demanda se rechaza por falta de fundamentación suficiente, el Juez deberá indicar en los fundamentos del fallo las razones que lo llevan a tomar esa determinación. Los efectos son también generales, aunque se puede replantear con nuevos hechos.

c) Si la acción colectiva se deniega por falta de producción probatoria, la sentencia solamente tiene validez para las partes, y la cosa juzgada las somete solamente a ellas. Por ello, cualquier otra persona, grupo o entidad representativa, puede repetir la demanda aun cuando se acepta que para evitar reiteraciones abusivas, haya un plazo de caducidad para estos ejercicios.

13.3 El art. 31 del Código Modelo pone algo de luz en el intrincado problema de la litispendencia, aclarando que no influirá con sus reglas cuando la relación se dé entre un proceso colectivo y otro individual. Esto significa que el ejercicio de una acción colectiva no impide el progreso de procesos individuales aunque versen sobre el mismo bien jurídico. La pretensión, en los hechos, difiere sensiblemente. La primera tutela los

derechos individuales homogéneos, difusos o simplemente colectivos; y la segunda reclama por derechos subjetivos afectados de pertenencia individual.

Sin embargo hay un punto donde los intereses se reúnen, que se encuentra en la cosa juzgada y en los efectos que ella proyecta a quienes se encuentran en su ámbito de injerencia. El conflicto se suscita con la aplicación de la cosa juzgada colectiva en el proceso individual, porque el interés del afectado que actúa a título singular sigue un curso distinto al que decide agruparse y lograr un resultado común.

Cosa juzgada en sentido tradicional es el vínculo que se crea, sucesivamente, entre la persona, la cosa y las acciones desenvueltas. Así se desarrollan los sistemas codificados, sobre todo los que nacen a partir el código civil francés. En ellos, el derecho subjetivo es una propiedad que, como tal, debe acreditarse para dar lugar a la acción (*no hay acción sin derecho*, en la teoría procesal de la acción, hoy en desuso).

Por eso, en este sistema, la cosa juzgada adscribe a una pertenencia conseguida desde la sentencia, a la que suele instalarse como creadora de derechos. Sólo beneficia a la parte que se conoce y acredita, y no se extiende a terceros que no sean dueños de esa personalidad procesal.

13.4 La necesidad de proteger esos intereses dispersos o *anónimos*, fue el tránsito hacia una nueva etapa de protección procesal a los derechos difusos. Estos, fueron destinados a tutelar una diversidad de conflictos de masa, una generalidad de perjuicios que no tenían un particular damnificado, sino a todo un grupo o categoría social.

En estos casos, la cosa juzgada versa sobre un objeto o bien jurídico. Ya no se atiende al que pide, sino a la dimensión donde actúa la afectación denunciada, por eso la *res judicata* tiene connotaciones diferentes al derecho subjetivo. Deja de ser una cuestión de pertenencia para quedar en el campo de la transpersonalización que caracteriza el objeto.

13.5 Donde queremos detener el análisis es en un aspecto práctico que tiene la aplicación del modelo común de cosa juzgada para los procesos colectivos. En efecto, Argentina tiene particularidades propias del federalismo que inciden notoriamente en la

armonía legislativa. Ello significa que los procesos, y entre ellos también los colectivos, tienen un régimen local que conspira con el sistema diseñado, por ahora, por vía jurisprudencial.

Por eso, cuando una sentencia versa sobre "cuestiones colectivas", el alcance de la cosa juzgada puede abarcar a terceros, pero ello no se trata como un "efecto erga omnes", sino como una expansión de la *res judicata,* no siendo esto una cuestión puramente semántica.

El sistema de control de constitucionalidad impide darle a la sentencia efectos a terceros que no hayan tenido oportunidad de ser oídos, lo que significa que no se puede condenar a quien no fue parte o tuvo suficiente oportunidad para serlo. Ello no dificulta a que la expansión se resuelva desde los presupuestos de la legitimación procesal, en la medida que el concepto de "derechos de incidencia colectiva" que está contemplado en el art. 43 constitucional, permita ampliar la sentencia hacia todo beneficiado ("*pro homine*"). En caso contrario, si la sentencia desestima la pretensión, ella no comprenderá a los sujetos extraños al proceso.

14. Conclusiones

14.1 En consecuencia, el modelo nacional de proceso colectivo no es preciso, y muestra tres alternativas posibles:

a) Si la acción colectiva obtiene sentencia favorable, la eficacia del pronunciamiento es para todos los miembros del grupo colectivo.

La extensión de la cosa juzgada no supone beneficiar al grupo, clase o categoría que representa el derecho afectado, vale decir, que aquella se reduzca a la asociación que actúa como sujeto activo y a sus integrantes singularmente considerados. La eficacia ultra partes alcanza a todos aquellos que están en la misma situación que el grupo, la categoría o la clase titular del derecho colectivo.

b) Cuando la demanda se rechaza por falta de fundamentación suficiente, el Juez deberá indicar en los fundamentos del fallo las razones que lo llevan a tomar esa determinación. Los efectos son también generales, aunque se puede replantear con nuevos hechos.

> Dice Da Silva que […] "para que una improcedencia sea considerada *por insuficiencia de pruebas,* sería imperativo que el magistrado colocare en la propia sentencia de rechazo la cláusula *deficiencia de pruebas* u otra similar. Si no hubiese tal afirmación o, implícitamente al menos, no se puede decir que la insuficiencia ha sido indiscutiblemente reconocida en la propia decisión, interpretase que la demanda fue rechazada por <<infundada>> haciendo cosa juzgada *erga omnes*" ([517]).

c) Si la acción colectiva se deniega por falta de producción probatoria, la sentencia solamente tiene validez para las partes, y la cosa juzgada las somete solamente a ellas. Por ello, cualquier otra persona, grupo o entidad representativa, puede repetir la demanda aun cuando se acepta que para evitar reiteraciones abusivas, haya un plazo de caducidad para estos ejercicios.

Si la pretensión se rechaza por insuficiencia de pruebas, la eficacia de la sentencia solamente alcanza a quienes fueron partes en el proceso colectivo. Cualquier otro legitimado, inclusive, el que renunció a la acción individual para quedar dentro de la acción de grupo, puede replantear la causa.

La insuficiencia de pruebas obliga a demostrar con mejores argumentos y pruebas distintas el objeto que se denegó con los medios antes aportados.

Cuando el rechazo de la acción colectiva llega por inadmisión probatoria (rechazo del medio de verificación) o por apreciación que la considera insuficiente como medio persuasivo o de convicción suficiente, el replanteo es para quienes hubieran sido parte o para cualquier otro que ofrezca medios que no se hubieran producido en ese proceso.

En suma, no se trata de señalar que en estos casos haya cosa juzgada formal, sino que la cosa juzgada colectiva no puede perjudicar a los intereses del grupo por haber sido renuentes o inexpertos en la práctica probatoria eficaz y necesaria para demostrar los extremos fácticos de la denuncia.

15. Comentarios adicionales sobre jurisprudencia nacional

[517] Da Silva, José Alfonso, *Acao Popular constitucional.* Revista Dos Trbiunais, San Pablo, 2013, p. 273,

15.1 Desde el caso más conocido de “Halabi” cuando se dispuso convertir un proceso singular en una acción colectiva identificada como amparo de tal naturaleza, los casos se fueron espejando permitiendo aflorar ciertos estándares.

En la causa “Custet Llambi”[518] (2015), la Corte acentuó el problema de la disponibilidad de vías procesales, y del interés concreto para remediar una situación. Aquí, el tema de la salud se dio por impacto reflejo.

> Procede el remedio federal ante la ilusoria posibilidad de que la actora pueda replantear por otra vía procesal el análisis y resolución de la controversia y si el superior tribunal provincial omitió ponderar que en la instancia anterior, se había rechazado tácitamente las medidas de remediación de la zona afectada, máxime cuando la situación ambiental llevaba un prolongado tiempo sin ser resuelta e incidía negativamente en la salud de niñas, niños y adolescentes que habitan las zonas afectadas.

El recaudo esencial siempre parte desde la legitimación para obrar, y en lugar de medir la capacidad y representación con la vara del código procesal, se prefiere lo dispuesto por el código civil y comercial, en orden a que, los derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos que se alojan primariamente en el segundo párrafo del artículo 43 de la Constitución Nacional, también están dentro del artíiculado sustancial, dando espacio para que pueden ser objeto de tutela en el marco de acciones colectivas; ello, en la medida en que, quien persiga su protección, demuestre: la existencia de un hecho único susceptible de ocasionar una lesión a una pluralidad de sujetos; que la pretensión esté concentrada en los “efectos comunes” para toda la clase involucrada; y que de no reconocerse legitimación procesal podría comprometerse seriamente el acceso a la justicia de los integrantes del **colectivo** cuya representación se pretende asumir[519].

> La adecuada y detallada determinación del conjunto de perjudicados por una conducta o acto permite delimitar los alcances subjetivos del proceso y de la cosa juzgada y, además, aparece como un recaudo esencial para que los tribunales de justicia puedan verificar la efectiva concurrencia de los requisitos para la procedencia de la acción, ya que solo a partir de un certero conocimiento del colectivo involucrado (y de sus eventuales subcategorías) el juez podrá evaluar si la pretensión deducida se concentra en los efectos comunes que el

---

[518] Fallos: 339:1423.

[519] Fallos: 343:1259.

> hecho o acto dañoso ocasiona o si el acceso a la justicia se encuentra comprometido de no admitirse la acción colectiva (Voto de los jueces Maqueda y Lorenzetti)[520].
>
> La omisión de acreditar la inscripción del SUTPLA en el registro especial para las asociaciones sindicales obsta a la posibilidad de encuadrar el reclamo como una acción colectiva en los términos de la doctrina del precedente "PADEC" pues para accionar como asociación invocando la defensa de los intereses de los trabajadores la entidad, en los términos del art. 43 de la Constitución Nacional, el demandante debió -cuanto menos- demostrar que había cumplido con las normas legales que expresamente la habrían habilitado para ejercer dicha representación (Voto del juez Rosatti)[521].

15.2 El caso “Abarca” (2016) puede servir de guía para comparar que grupos pueden llevar adelante un amparo colectivo de salud. En aquel expediente, se negó legitimación a los diputados presentantes, al Secretario General de la Defensoría del Pueblo de la Provincia de Buenos Aires y el Partido Justicialista de la localidad, por que se dijo que ellos no podían ser representantes de un colectivo conformado por usuarios de un servicio publico[522]

Desde la sentencia se colige que no hay una representación adecuada por el solo hecho de invocar un derecho afectado y un grupo que sale en su defensa. En lo colectivo puede haber un derecho alcanzado, y varios afectados en condiciones diferentes, de forma tal que se podrían establecer categorías y sub-categorías, donde encontrar efectivamente cuáles son los intereses individuales homogéneos, cuya protección cierta y precisa, puede estar comprometida.

Este es un criterio que se mantiene, tal como vemos en los casos siguientes […]

> La adecuada y detallada determinación del conjunto de perjudicados por una conducta o acto permite delimitar los alcances subjetivos del proceso y de la cosa juzgada y, además, aparece como un recaudo esencial para que los tribunales de justicia puedan verificar la efectiva concurrencia de los requisitos para la procedencia de la acción, ya que solo a partir de un certero conocimiento del colectivo involucrado (y de sus eventuales subcategorías) el juez podrá evaluar si la pretensión deducida se concentra en los efectos comunes que el

---

[520] Fallos: 343:637; 339:1077.

[521] Fallos: 342:197.

[522] Fallos: 339:1223.

> hecho o acto dañoso ocasiona o si el acceso a la justicia se encuentra comprometido de no admitirse la acción colectiva[523].
>
> De acuerdo a las disposiciones del art. 43 de la Constitución Nacional, las asociaciones de usuarios y consumidores se encuentran legitimadas para iniciar acciones colectivas relativas a derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos, incluso de naturaleza patrimonial, siempre que demuestren: la existencia de un hecho único susceptible de ocasionar una lesión a una pluralidad de sujetos, que la pretensión esté concentrada en los "efectos comunes" para toda la clase involucrada y que de no reconocerse la legitimación procesal podría comprometerse seriamente al acceso a la justicia de los integrantes del colectivo cuya representación se pretende asumir[524].
>
> Para la admisión formal de toda acción colectiva se requiere la verificación de ciertos recaudos elementales que hacen a su viabilidad tales como la precisa identificación del grupo o colectivo afectado, pues resulta razonable exigir a quienes pretenden iniciar procesos colectivos una definición cierta, objetiva y fácilmente comprobable de la clase, lo cual exige caracterizar suficientemente a sus integrantes de forma tal que resulte posible a los tribunales corroborar, en la etapa inicial del proceso, tanto la existencia de un colectivo relevante como determinar quiénes son sus miembros[525].

15.3 No obstante, es importante observar que, en ciertos asuntos, se privilegia el alcance de la afectación aunque no sea el demandante una agrupación suficientemente reconocida en los términos que se exigen a otras asociaciones.

> Corresponde revocar la sentencia que rechazó la acción de amparo deducida por médicos y asociaciones profesionales contra la provincia con el objeto de que se diera solución a las graves insuficiencias del hospital ya que el sólo hecho de que la demanda trate del daño a un bien colectivo -y no a un interés individual de los actores- no resulta suficiente para descartar la configuración de una "causa" justiciable (Voto de la Dra. Carmen M. Argibay)[526].

En tiempos más recientes y con la actual integración de la Corte nacional, se han expresado más lineamientos, como el que sostiene que […]

> El decreto 432/97, reglamentario de la ley 13.478 se presenta como uno de los modos previstos en nuestra legislación para garantizar el goce de los derechos esenciales reconocidos en el texto constitucional y replicados en los tratados internacionales, entre los

---

[523] Fallos: 339:1077.

[524] Fallos: 338:1492.

[525] Fallos: 338:1291.

[526] Fallos: 329:4741.

que corresponde mencionar el derecho a la vida, a la salud, a la supervivencia y al desarrollo, a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social y, en definitiva, a gozar de igualdad de oportunidades y en este sentido, se pondera la vulnerabilidad vital del colectivo concernido, ya que la falta de consideración de esta circunstancia como pauta de diferenciación supone igualar a los vulnerables con quienes no lo son (Disidencia de los jueces Maqueda y Rosatti)[527].

[527] CS, Recurso Queja Nº 1 – Silva Leal Alicia c/ Comisión Nacional de Pensiones Asistenciales s/ amparo y sumarísimos. Sentencia del 3 de diciembre de 2020.

CAPÍTULO XIV

RECURSOS Y EJECUCIÓN DE LA SENTENCIA

1. Recursos contra la sentencia emitida

1.1 El juicio que resuelve derechos de la salud acomoda los recursos disponibles conforme fuera el trámite dispuesto. Los procesos de conocimiento se rigen por las vías de impugnación previstas en el codigo procesal civil; el amparo, por la ley 16.986 o la normativa local que tenga el proceso constitucional; siendo el amparo colectivo el que presenta mayores interrogantes.

Las dudas se responden siguiendo el camino del trámite inicial. Si fue un amparo colectivo con el molde de las acciones de clase o de grupos, el recurso de apelación será el medio por antonomasia; pero si el amparo individual fue convertido en un proceso colectivo, al tiempo de receptar la demanda o cuando se abrió a prueba, dependerán los medios de gravamen de aquellos que el juez disponga, recordando que toda sentencia tiene derecho al recurso (art. 8 inciso 2.h, de la CADH).

> Corresponde dejar sin efecto la sentencia si el tribunal a quo declaró inadmisible por causas formales el recurso local referido a un asunto constitucional idóneo -inteligencia de previsiones federales atinentes al derecho a la salud y la integridad psicofísica de las personas menores de edad y discapacitadas en el contexto del amparo-, de manera que no ha ingresado siquiera en el análisis del punto federal, omisión que comporta un obstáculo al correcto ejercicio de la competencia apelada, pues la decisión del caso federal no emana del tribunal superior de la causa[528].

1.2 La única particularidad que se encuentra en la teoría de los recursos, que puede cambiar en los temas de salud, sucede con el principio de personalidad de la impugnación, cuando la queja se realiza por quien resulta afectado con los efectos de la cosa juzgada sin haber sido parte del proceso.

---

[528] Fallos: 336:2333.

De otro modo, el requisito del gravamen como presupuesto para recurrir, se mantiene en toda su dimensión para quienes fueron actores o demandados del proceso cumplido.

> Si los amparistas solicitan que se condene al Ministerio de Salud a tomar acciones concretas tendientes a equipar y refaccionar el hospital en un plazo determinado, no puede válidamente afirmarse que la sentencia tendría un sentido meramente teórico o conjetural, ya que la decisión tendrá incidencia concreta en los intereses y derechos de las partes[529].

Inclusive, puede ocurrir que haya un solo apelante, donde el principio de congruencia, los límites de la alzada para resolver y la "reformatio en pejus", cobran relieve y especial consideración

> Si al admitirse la acción de amparo se condenó a la demandada a suministrar tratamiento médico domiciliario por el lapso que "el profesional interviniente diagnostique", la sentencia que -con motivo del único recurso intentado por la actora- redujo el plazo de cobertura a cuarenta y cinco días, término dentro del cual la recurrente debía ocurrir a las vías que considerase pertinentes, incurrió en una indebida reformatio in pejus al colocar a la única apelante en peor situación que la resultante del pronunciamiento recurrido, lo que implica una violación en forma directa e inmediata de las garantías constitucionales de la propiedad y la defensa en juicio[530].

1.3 El territorio de los sujetos con legitimación para recurrir puede llevarnos a plantear si es lugar adecuado para el derecho a la salud mantenerse dentro de los estándares del código procesal.

No importaría para el caso verificar si estamos en un proceso de conocimiento o en un juicio constitucional, porqué en ambos el derecho a la salud necesita ser interpretado más allá de la congruencia fáctica y jurídica que los litigantes establecen.

La judicialización del derecho a la vida y de la integridad personal enfatizan los objetivos que portan los reclamos por cumplir deberes de asistencia y previsión, de manera que el alcance de la sentencia se puede proyectar más allá del universo de las justas partes.

---

[529] Fallos: 329:4741.

[530] Fallos: 332:523.

En el derecho del consumo, toda sentencia que resuelva un conflicto de esta naturaleza tiene la intervención necesaria del Ministerio Público Fiscal, cuya participación es ineludible como representante del Estado en la controversia.

Con esta medida, la apelación fiscal no exige agravio personal porque cuanto moviliza el recurso es el gravamen al orden público, y la disidencia se sostiene en la inconformidad con una determinada interpretación constitucional.

La Corte Suprema tiene dicho que […]

> Incurre en exceso ritual el sentenciador que omitió tratar cuestiones planteadas con fundamentos y pruebas suficientes relativas al derecho a la salud, autodeterminación y resguardo familiar, que exigían una rápida solución que se vio postergada a resultas de un juicio posterior en el que sólo se reiterarían diligencias ya cumplidas y que no examinó por la supuesta extemporaneidad de su incorporación, pero de las que tuvo conocimiento y, por ende, debió considerar cuando emitió su sentencia.
>
> La sentencia que rechazó la acción de amparo solicitando autorización para ser sometida al acto quirúrgico de ligadura de trompas omitió considerar las situaciones fácticas invocadas -madre de cuatro hijos, falta de empleo fijo y un único ingreso proveniente del "Plan Jefes de Hogar"- y adoptó una decisión dogmática y genérica al negarse a considerar la prueba que demostraba la negativa de los profesionales médicos a realizar la intervención solicitada[531]

2. La personalidad del recurso

2.1 Los amparos de salud suelen encontrar como sujetos intervinientes a un individuo o grupo que acciona frente a un conjunto de involucrados que responden en base al principio de responsabilidad solidaria, donde el Estado es el principal comprometido.

Indirectamente, el derecho afectado muestra un segmento de la salud que es objeto de la pretensión, de manera que serán deberes prestacionales los que se reclamen, o el incumplimiento -tildado de inconstitucional- de obligaciones de cuidado y atención de los que emergen pedidos de dar o hacer. Estas pretensiones son importantes para definir el alcance de la cosa juzgada, y desde ella, deducir quienes son los legitimados para recurrir.

---

[531] Fallos: 329:2179.

Dicho esto porque en los procesos constitucionales puede haber, y de hecho es uno de los temas abiertos a la polémica, una diferencia entre agravio e interés, donde el primero permite recurrir solo a quienes son partes procesales, y el segundo se abre a todo aquél que resulta alcanzado por los efectos del pronunciamiento, aunque sea de manera indirecta.

2.2 Es verdad que, siguiendo principios de la teoría de la impugnación, el derecho al recurso lo tiene quien actuó en calidad de parte y la sentencia le provoca agravios. Estos, que son parte del gravamen o afectación sobre lo pedido o resistido, son el elemento para impugnar; a *contrario sensu*, quien triunfa en sus pretensiones no tiene agravios y,, en consecuencia, carece de interés para revisar la sentencia.

Estas características transmiten una peculiaridad general para la tesis de revelar el alcance de la personalidad necesaria para apelar. Todo comienza con la idea de vencimiento, por lo que el derrotado o vencido pareciera que es el único con agravios posibles.

En el proceso común o de conocimiento, son partes, no sólo los contradictores, sino también los litisconsortes, las partes accesorias (v.gr.: tercero adhesivo simple, [art. 90, inc. 1, Código Procesal]), los abogados, procuradores y a quienes les asista un derecho a percibir honorarios ocasionados por su intervención en la causa, los representantes de incapaces, y aun ciertos terceros.

Pero los terceros solamente son partes cuando se asocian en esa calidad acompañando al actor o al demandado. El tercero, *per se*, no tiene posibilidad de recurrir cuando comparece al solo efecto de impugnar la sentencia. De modo entonces que, como regla, el tercero puede confrontar siempre y cuando haya sido parte y tenga agravios que formular al decisorio por el gravamen que le produce.

En el amparo individual, el art. 15 de la ley federal de amparo, reglamenta plazos y condiciones, dando por supuesto que recurrirán los sujetos intervinientes, y en su caso, el Ministerio Público que haya tomado intervención.

> Si bien el recurso extraordinario interpuesto no constituye el estudio apropiado a la delicadeza de la materia en cuestión -impugnación de la ley de educación sexual 9501 de Entre Ríos, por violatoria de los derechos de la patria potestad, la salud y la vida-, corresponde solicitar la remisión de los autos principales y dar intervención al Procurador

> General, si la apelación cuenta con algunos fundamentos que bastan para sustentarla, considerando la trascendencia institucional de la materia federal[532].
>
> Si el menor oriundo de Guinea que arribó como polizón en un buque de bandera maltesa y fue autorizado a desembarcar por razones de salud ha solicitado permanecer en territorio nacional en calidad de refugiado, corresponde dar intervención al Comité de Elegibilidad para Refugiados (CEPARE) a fin de que dictamine al respecto, destacándose que la actividad judicial a realizarse se encuentra vinculada con datos o actos relativos a autoridades públicas del Estado, contra cuya decisión definitiva se atribuye competencia a la justicia federal[533].

Como es habitual seguir el reglamento del código procesal civil, la legitimación para recurrir queda acotada a los márgenes de la calidad de parte; pero si definimos qué es un proceso constitucional, y los efectos y alcances de la cosa juzgada constitucioal (como sería la que se dicta en un amparo de salud), podrían existir permisos recursivos diferentes.

> Con relacion a los plazos, se aclara que, ante la ausencia de una previsión expresa en la ley de amparo que regule la forma de cómputo de los plazos allí dispuestos, se debe recurrir a lo establecido en los arts. 152 y 156 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, que expresamente excluyen del cálculo de los términos procesales a los días inhábiles[534].

2.4 Aquí dejamos de hablar de terceros, para observar que hay sujetos que al encontrarse en el grupo del derecho individual homogéneo, lo resuelto los tiene como interesados. Si fuera el amparo de salud un proceso común, los límites subjetivos de las cosa juzgada serían un verdadero obstáculo para quejarse por la decisión adoptada; pero, si pertenece a aquellos a quienes la sentencia afecta, aun cuando no hayan litigado, entonces la vía de apelación queda abierta a su respecto.

> Como el PMO regula la cobertura mínima solo a las personas que poseen un seguro o cobertura de salud, sea con medicina prepaga o a través de Obras Sociales, las demandas dirigidas para que se amplíe la atención básica tienen a estas entidades como accionadas. Por tanto, tratar de obligar al PMO a esa ampliación de cobertura implica que el Estado sea también condenado.

---

[532] Fallos: 328:1098.

[533] Fallos: 327:3987.

[534] Fallos: 342:2125. Las cuestiones procesales de lugar, tiempo y forma de los recursos en el amparo, remitimos a nuestro libro: "*El juicio de amparo*", capítulo XXXIV.

Es una línea discutible, lo admitimos, pero está abierta desde las sentencias de la Corte IDH que refieren al recurso como una parte vital para el derecho de defensa en juicio, el que no debe ser un remedio cualquiera del ordenamiento procesal interno, sino un recurso ordinario accesible y eficaz, lo cual supone que debe ser garantizado antes de que la sentencia adquiera la calidad de cosa juzgada.

Nuestra Corte Suprema, sin entrar directamente en la cuestión, sostuvo que […]

> Corresponde dejar sin efecto la resolución que no hizo lugar al recurso de apelación con fundamento en que no revestía calidad de parte y en que la intervención de terceros en el amparo no está expresamente prevista en la ley 16.986, pues la falta de un adecuado encauzamiento del litigio conduce a una encrucijada cuyo corolario sería una sentencia de cumplimiento abstracto y que, no obstante, se pretende ejecutar contra quien no fue reconocido como parte, lo que importaría un grave menoscabo del derecho de la defensa en juicio (art. 18 de la Constitución Nacional)[535].
>
> El Estado está legitimado para recurrir la sentencia que reconoció a la mujer que convivía con el causante el derecho a percibir el 50% de la pensión que gozaba su viuda, en tanto los agravios se vinculan con el alcance que corresponde otorgar a normas de derecho federal y demuestran que la decisión recurrida vulnera derechos que cuentan con amparo constitucional, pues perjudica los fondos de la caja demandada y anula resoluciones que acordaron una prestación de naturaleza alimentaria en legal forma[536].
>
> Configuran cuestión federal los agravios dirigidos contra la sentencia que desconoció personería a los letrados de la Dirección General Impositiva y, en consecuencia, consideró firme a la medida de no innovar dictada en una acción de amparo, si el tribunal ha incurrido en un excesivo rigor formal con evidente menoscabo del derecho de defensa en juicio del recurrente[537].
>
> Cabe apartarse del principio según el cual la admisión o rechazo de los recursos locales constituye una cuestión procesal reservada a los jueces de la causa, cuando la improcedencia de la apelación puede restringir sustancialmente la defensa o conducir a la frustración de derechos que cuentan con amparo constitucional[538].
>
> Corresponde dejar sin efecto el pronunciamiento que desestimó una apelación del Instituto de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados, por considerar firme la providencia que le negaba intervención en los términos del art. 90 de Código Procesal, soslayando la clara voluntad impugnatoria del recurrente expresada en la interposición oportuna de

---

[535] Fallos: 332:2769.

[536] Fallos: 316:427.

[537] Fallos: 315:1265.

[538] Fallos: 315:761.

> la apelación directa prevista en el art. 15 in fine de la ley 16.986, en cuya virtud la cuestión no ha precluído sino que integra el ámbito de conocimiento del tribunal de alzada[539].

3. Ejecución de la sentencia

3.1 El deber de cumplimiento, a veces, debe sortear diferencias con la ley vigente; vuelve al escenario del conflicto la disputa entre la ley y la sentencia, y tangencialmente, revive la justiciabilidad de los derechos sociales. Ocurre que los amparos que persiguen en la justicia la obtención de un tratamiento especializado que el servicio médico, público o privado, no le dispensa, lo reclama como un deber prestacional y lo exige como un derecho a la salud.

El activismo imprudente tuvo oportunas reflexiones en la Corte nacional cuando un meditado voto sostuvo que […]

> Con arreglo a lo dispuesto por el art. 3° de la ley 26.862 de reproducción médicamente asistida la calidad de "autoridad de aplicación" incumbe al Ministerio de Salud de la Nación, que tiene la responsabilidad de autorizar los nuevos procedimientos y técnicas reproductivas que sean producto de los avances tecnológicos, por lo que deviene inadmisible que sean los jueces o tribunales -y más aún dentro del limitado marco cognoscitivo que ofrece la acción de amparo- quienes determinen la incorporación al catálogo de procedimientos y técnicas de reproducción humana autorizados de una práctica médica cuya ejecución ha sido resistida en la causa (Voto de Ricardo Lorenzetti)[540].

Este modelo de pretensiones, difiere de los que demandan la entrega de fármacos, donde lo complicado puede estar en la provisión y existencia del medicamento. En uno y otro caso, es posible que aparezcan inconvenientes legales para la rápida ejecución del fallo admisorio, que sucede si la terapia se encuentra en experimentación (y no todas las entidades se avienen a realizarla); o los insumos no están aprobados por las autoridades de control estatal. ¿Se debe cumplir una sentencia y confrontar con la ley o los hechos evidentes?

En estos tiempos de pandemia se plantea la entrega de vacunas necesarias para contrarrestar el COVID-19, sin que tenga aún el país los insumos, o dispuestos los centros de vacunación. El mismo dilema lo tienen aquellos amparos que reclaman dispositivos médicos para el cuidado y atención de ciertas discapacidades, motrices o de

---

[539] Fallos: 314:203.

[540] Fallos: 338:779.

otra índole, encontrándose que esos instrumentos de rehabilitación o asistencia tienen prohibido el ingreso al pais, por inducir al “compre nacional” estando la industria sin actividad productiva.

Asimismo, hay demandas colectivas que exigen la provisión de agua potable, o para conseguir una vivienda digna, o un hábitat que posibilite tener en el derecho a la vida, la necesaria complementariedad de la salud con la educación.

3.2 Asimismo, las partes originarias del proceso advierten que para el cumplimiento efectivo pueden necesitar que intervengan otros agentes, dando lugar a un planteo de eficacia expansiva de la cosa juzgada, o a la resistencia a cumplir basada en la violación al derecho de defensa.

Dicho esto, sin contar los enormes vacíos reglamentarios, o las repetidas confusiones normativas que ponen en contradicción a numerosas normas del plan nacional de salud.

Asimismo, una sentencia dictada contra una de las entidades prestadoras del servicio de salud, tiene injerencia en otros que sobre ellos ejercen un control que los responsabiliza, proyectando por natural implicancia, el deber de ejecutar la decisión judicial. En este sentido, el objeto del proceso principal pudo estar en el incumplimiento o en la deficiente o nula atención, pero será necesario adecuar la ejecución del pronunciamiento jurisdiccional al universo de actores propios y presentes en el derecho a la salud.

Con esta antesala, sostenemos que la ejecución de lo resuelto se puede implementar no solo desde lo puramente ejecutorio del pedido que comienza merced al principio dispositivo (dejaremos para otra oportunidad nuestra idea sobre la ejecución de sentencias de oficio)[541], sino a través de la oportuna indicación de modalidades y alcances que la providencia primera del ejecutivo puede ordenar.

---

[541] Gozaíni, *El debido proceso. Estándares de la Corte Interamericana de Derechos Humanos,* Tomo II, cit., ps. 345 y ss.

3.2 A partir del contexto, y con la sentencia dictada en el amparo, pueden ocurrir circunstancias de acatamiento diferente. Comencemos por las obligaciones de dar que son las más comunes.

Lo procedimental no tiene variaciones en el amparo respecto al trámite que se imprime en un proceso sumarísimo. La sentencia definitiva es título ejecutorio y admite compelir a su cumplimiento aun con recurso extraordinario interpuesto. Solamente la admisión de la queja puede suspender la ejecución, siempre que los argumentos expresados en el recurso extraordinario y mantenidos en el recurso directo, se relacionen estrictamente con las cuestiones de orden federal que se deben revisar en la instancia del art. 14 de la ley 48.

> Corresponde declarar la procedencia de la queja y disponer la suspensión de los procedimientos de ejecución si los argumentos expresados en el recurso extraordinario y mantenidos en la queja pueden *prima facie*, involucrar cuestiones de orden federal susceptibles de examen en la instancia del art. 14 de la ley 48, sin que ello implique pronunciamiento sobre el fondo del asunto (art. 285 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación)[542].
>
> Si los argumentos expresados en el recurso extraordinario y mantenidos en la queja, en cuanto se relacionan con la aplicación de normas de emergencia respecto de obligaciones expresadas originariamente en moneda extranjera, podrían prima facie involucrar cuestiones de orden federal susceptibles de examen en la instancia del art. 14 de la ley 48, corresponde declarar procedente la queja y disponer la suspensión de los procedimientos de ejecución, sin que esto implique pronunciamiento sobre el fondo del asunto (art. 285 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación)[543].
>
> Corresponde decretar la suspensión del incidente de ejecución si los argumentos aducidos en el recurso extraordinario y mantenidos en la queja, podrían, prima facie, involucrar cuestiones susceptibles de examen en la instancia del art. 14 de la ley 48, en tanto el a quo admitió la ejecución de la sentencia, en los términos del art. 258 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, requiriendo a tal efecto solamente la caución juratoria de la parte apelada, en una causa en la que se encuentra en juego un monto excepcionalmente elevado[544].

---

[542] Fallos: 328:3653.

[543] Fallos: 328:2424.

[544] Fallos: 327:3801.

3.3 La primera observación asienta en quienes deben cumplir. El PMO, como se ha dicho en varias oportunidades, contiene obligaciones de mínima cobertura, o asistencia básica y elemental, que todos deben acatar por ley, y mucho más cuando son condenados a ese menester.

> Si bien la Resolución N° 2584/2001 del INAES en su artículo 3° expresa que las asociaciones mutuales, por su naturaleza jurídica, no resultan comprendidas en la ley 24.754, dado que en su artículo 2° declara que de conformidad a lo establecido en los artículos 16 y 17 de la Ley 23.661, las asociaciones mutuales pueden ser Agentes del Seguro Nacional de Salud, se encuentran obligadas a dar las prestaciones del Programa Médico Obligatorio[545].

Los planes de salud, que involucran atenciones que el Estado resuelve como de orden público, los obliga a responder en tiempo y forma, bajo apercibimiento de tener que soportar medidas conminatorias o astreintes.

> La ley 23.798 reafirma que el derecho a la salud si bien es autónomo, deriva del derecho a la vida y no se reduce a la abstención de daño sino que trae aparejado la exigencia de prestaciones de dar y hacer, las que fueron delimitadas a los diferentes niveles de gobierno en el texto legal, por ser la lucha contra el SIDA un tema -común de todos ellos-, que requiere un tratamiento adecuado y eficaz a fin de proyectar los principios de la seguridad social, a la que el art. 14 nuevo de la Constitución Nacional confiere un carácter integral así como también, asegurar el debido respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales como elementos imprescindibles de la democracia[546].

Esta decisión no tiene seguimiento continuo, encontrándose otros precedentes que analizan si la provisión de medicamentos, la entrega de prótesis u otros elementos o, la misma medicación que se ordena, se encuentran en el PMO.

> La decisión de obligar a la entidad social a afrontar el 100 % de la cobertura de las prestaciones médicas, educativas y de transporte del menor discapacitado conforme con las prescripciones, recomendaciones y derivaciones que se le efectúen y con los medios elegidos por los responsables del menor para llevarlas a cabo, no resulta razonable en tanto desconoce la plataforma normativa cuya constitucionalidad no ha sido objetada y soslaya la competencia atribuida por ley a la autoridad de aplicación en la materia para reglamentar el alcance de las prestaciones dejando en manos de los profesionales que atienden al menor y de sus progenitores la determinación de lo que ha de entenderse por "atención integral" contemplada en el sistema[547].

---

[545] Fallos: 331:453.

[546] Fallos: 323:1339.

[547] Fallos: 340:1269.

> Corresponde revocar la sentencia apelada y rechazar la demanda si la actividad de tipo sociodeportiva que reclama la parte actora para su hijo que sufre discapacidad no es contemplada por la ley 24.901 entre las prestaciones que las instituciones asistenciales deben cubrirla obligatoriamente y tampoco está incluida en el Programa Médico Obligatorio (P.M.O.) cuyo acatamiento se impone a las obras sociales que integran el sistema de la ley 23.660 pues no se trata de un tratamiento médico asistencial sino de una actividad recreacional o deportiva que excede el marco reglamentario del sistema de protección general de la salud y el particular del de las personas con discapacidad[548].

Quiere decir que, al estar en tiempos de ejecución, la sentencia no se puede variar, ni comprometer su ejecución con excepciones que no se encuentran reglamentadas y que, en la práctica, responde a un planteo extemporáneo o, en su caso, a un fundamento propio del eventual juicio ordinario posterior.

> Cabe dejar sin efecto la sentencia que desestimó la acción de amparo deducida a fin de obtener la cobertura para una cirugía con endoprótesis en base a que no se hallaba incluida en el PMO, pues el Tribunal ha juzgado (Fallos: 325:677) que el derecho a obtener conveniente y oportuna asistencia sanitaria, se vería frustrado si se aceptara que la falta de exclusión de un tratamiento no importa su lógica inclusión en la cobertura, siendo inadmisible la referencia histórica al estado del conocimiento médico al tiempo de fijarse los términos de dicha cobertura, toda vez que se traduciría en la privación de los adelantos terapéuticos que el progreso científico incorpora al campo de las prestaciones médico asistenciales[549].

> Corresponde dejar sin efecto la sentencia que revocó la condena impuesta a la obra social para la provisión de una prótesis de cadera importada si, ante la medida para mejor proveer decretada por la cámara, el perito informó que no existían prótesis de origen nacional que tuvieran las características que requería la intervención quirúrgica de la actora y dicha conclusión no fue impugnada ni observada en modo alguno por la demandada[550].

3.4 En cuanto al objeto a cumplir, la ejecución de la sentencia prospera por todo lo resuelto en la condena, pero pueden darse algunos casos, verdaderamente excepcionales, donde el tribunal superior de la causa modula el cumplimiento exhorbitando la congruencia con lo pedido.

---

[548] Fallos: 341:919.

[549] Fallos: 337:471.

[550] Fallos: 336:421.

Por ejemplo, se debe suspender la ejecución cuando se advierte que la consumación de la sentencia ejecutiva importaría dar más de lo que se había pretendido en la demanda […]

> Corresponde dejar sin efecto la sentencia que admitió la ampliación de los alcances del amparo interpuesto a fin de que se provea a una menor discapacitada la cobertura integral de todas las prestaciones enunciadas en la ley 24.901, si el renglón "acompañante terapéutico" no integró la demanda ni la condena y la propia actora lo calificó como "ampliación", por lo que la introducción y el progreso del rubro con posterioridad a que la sentencia de fondo quedara firme implicó un exceso de los alcances tanto de la litis contestatio como de la cosa juzgada; máxime si la cámara no dio respuesta al agravio relativo a que la demandada no estaba legal ni contractualmente obligada a satisfacer dicha prestación, en tanto la ley 26.682 fue promulgada con posterioridad a la sentencia impugnada y carece de efectos retroactivos[551].
>
> Vulnera el principio de congruencia que, mientras la única cuestión que la demandada había planteado en su memorial hacía pie en la ausencia de obligatoriedad de la cobertura de la prótesis de origen importado reclamada -al existir similares de fabricación nacional que eran viables, a su entender, para el padecimiento de la actora-, la alzada haya sostenido su decisión abordando otras cuestiones que no fueron llevadas ante la instancia por ninguna de las partes, ya que mientras sólo correspondía decidir la sustancia probatoria y normativa de la pretensión, la cámara formuló un nuevo juicio sobre la admisibilidad formal del remedio al que había acudido la actora para encauzar la reclamación[552].

---

[551] Fallos: 335:1550.

[552] Fallos: 336:421.

CAPÍTULO XV

LAS OBRAS SOCIALES

1. Ley aplicable

1.1 El sistema nacional de salud organizado por el Estado federal, tiene el compromiso constitucional de velar por la salud pública. Es un deber prestacional que obliga a realizar acciones positivas, además de intervenir con exhortaciones y orientaciones para que las jurisdicciones locales actúen con sus propias instituciones.

Es un mecanismo articulado y solidario, donde el territorio no es un espacio incompatible para quien no reside en él, toda vez que la salud parte del derecho a la vida, y todos obran positivamente para la obtención del mejor cuidado que se pueda dispensar a la persona.

Ello no impide que entre los organismos que colaboran puedan existir compensaciones, tal como dijo la Corte cuando resolvió que […]

> El art. 20 *in fine* de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, autoriza a la compensación de los servicios prestados a personas con cobertura médica privada, de manera que el hecho de contar con esa protección no podría llevar a la comuna a dejar de suministrar el servicio, sin perjuicio de que la administración del hospital pueda recuperar del respectivo centro asistencial, como compensación económica, los gastos ocasionados por la atención del vecino en los límites de la obligación que tiene acordada dicho servicio con quien solicitó su atención[553].

El sistema trabaja desde el centralismo estatal, que resuelve la política sanitaria y administra los recursos presupuestarios, siendo al mismo tiempo, la autoridad de control sobre las provincias y sus municipios, obras sociales y entidades de medicina prepaga, dado que es natural la facultad del Estado de vigilar y controlar que cada uno de los prestadores cumplan con sus obligaciones.

---

[553] Fallos: 321:1684.

1.2 En este trabajo conjunto las obras sociales desempeñan un rol trascendental. Según la Ley 23.660, quedan comprendidas en esta calidad […]

a) Las obras sociales sindicales correspondientes a las asociaciones gremiales de trabajadores con personería gremial, signatarias de convenios colectivos de trabajo;

b) Los institutos de administración mixta, las obras sociales y las reparticiones u organismos que teniendo como fines los establecidos en la ley hayan sido creados por leyes de la Nación;

c) Las obras sociales de la administración central del Estado Nacional y sus organismos autárquicos y descentralizados;

d) Las obras sociales de las empresas y sociedades del Estado;

e) Las obras sociales del personal de dirección y de las asociaciones profesionales de empresarios;

f) Las obras sociales constituidas por convenio con empresas privadas o públicas y las que fueron originadas a partir de la vigencia del artículo 2° inciso g) punto 4 de la ley 21.476;

g) Las obras sociales del personal civil y militar de las Fuerzas Armadas, de seguridad, Policía Federal Argentina, Servicio Penitenciario Federal y los retirados, jubilados y pensionados del mismo ámbito, cuando adhieran en los términos que determine la reglamentación;

h) Toda otra entidad creada o a crearse que, no encuadrándose en la enumeración precedente, tenga como fin ofrecer prioritariamente a sus beneficiarios, prestaciones de atención médica y asistenciales.

Las obras sociales comprendidas en la norma, actúan como agentes del Seguro de Salud, debiendo inscribirse ante la autoridad de control. El cumplimiento de este requisito es una condición necesaria para aplicar los fondos percibidos con destino a las prestaciones de salud.

1.3 Es conveniente, para comprender el alcance de sus obligaciones, atender lo dispuesto en el artículo 12 de la ley […]

Art. 12. — Las obras sociales comprendidas en el régimen de la presente ley serán administradas conforme con las siguientes disposiciones:

a) Las obras sociales sindicales son patrimonio de los trabajadores que las componen. Serán conducidas y administradas por autoridad colegiada que no supere el número de cinco (5) integrantes, cuyos miembros serán elegidos por la asociación sindical con personería gremial signataria de los convenios colectivos de trabajo que corresponda, a través de su secretariado nacional, consejo directivo nacional o asamblea general de delegados congresales, conforme al estatuto de la obra social sindical. No existirá incompatibilidad en el ejercicio de cargos electivos entre las obras sociales comprendidas en el régimen de la presente ley y la correspondiente asociación sindical;

b) Las obras sociales e institutos de administración mixta, creados por leyes especiales al efecto, vigentes a la sanción de la presente ley, continuarán desarrollando sus funciones conforme a las disposiciones legales que le dieron origen, con las salvedades especificadas en los artículos 37, 38, 39 y 40 de la presente ley;

c) Las obras sociales de la administración central del Estado Nacional y de sus organismos autárquicos y descentralizados serán conducidas y administradas por un presidente propuesto por la Subsecretaría de Salud de la Nación, cuatro (4) vocales en representación del Estado propuestos por el respectivo organismo autárquico o descentralizado que corresponda y cuatro (4) vocales en representación de los beneficiarios que serán propuestos por la asociación sindical, con personería gremial pertinente. Todos serán designados por el Ministerio de Salud y Acción Social;

d) Las obras sociales de las empresas y sociedades del Estado serán conducidas y administradas por un directorio integrado según las normas del inciso c). En estos casos la mitad de los vocales estatales serán designados a propuesta de la respectiva empresa. El presidente será designado por el Ministerio de Salud y Acción Social;

e) Las obras sociales del personal de dirección y de las asociaciones profesionales de empresarios serán administradas por una autoridad colegiada de hasta cinco (5) miembros en representación de los beneficiarios designados conforme a lo establecido en sus respectivos estatutos;

f) Las obras sociales constituidas por convenio con empresas privadas o públicas -a la fecha de la presente ley- serán administradas de conformidad con lo dispuesto en los respectivos acuerdos o disposiciones mientras dure su vigencia;

g) Las asociaciones de obras sociales serán conducidas y administradas por cuerpos colegiados que no superen el número de siete (7) miembros elegidos por las obras sociales integrantes de la asociación;

h) Las obras sociales que adhieran a la presente ley mantendrán su propio régimen de administración y gobierno.

Tanto la ley de obras sociales anunciada y la siguiente (Ley nº 23.661) que crea el Seguro nacional de salud, llevan varios años de vigencia sin sufrir demasiadas reformas. Entre las más importantes, a los fines del estudio realizado, refiere a los sujetos beneficiarios (titulares), que son por regla, quienes se encuentran en relación de dependencia (pública o privada), excluyendo el seguro de salud cuando los empleados sean del Poder Legislativo o Judicial de la Nación.

A ellos se agrega el grupo familiar primario y algunas personas más que la norma aclara cuando corresponde su incorporación. Inclusive, la evolución normativa fue tolerando nuevos agregados con la inclusión de trabajadores autónomos en calidad de adherentes; y otros más que podríamos llamar como "trabajadores informales" que sin tener un salario mensual, aportes y contribuciones, fueron sumados al sistema.

> El grupo familiar se compone: a) El cónyuge del afiliado titular; b) los hijos solteros hasta los 21 años, no emancipados; c) los hijos solteros mayores 21 años y hasta los 25 años que estén a cargo del afiliado titular que cursen estudios regulares; d) los hijos incapacitados y a cargo del afiliado titular, mayores de 21 años; e) los hijos del cónyuge; f) los menores bajo guarda y tutela del titular: g) la persona que conviva con el afiliado titular en unión de hecho, sea o no de distinto sexo y sus hijos.

Con la Ley 26.682 se regularizó al "adherente" dando lugar a algunos conflictos que son los que referimos a continuación.

> Bien apunta la doctrina que, la situación recobra vigencia con el dictado de la ley 27.203 que regula la actividad actoral y su decreto reglamentario que incorporan la figura del "trabajo discontinuo", calificándolo como aquél que se presta en forma intermitente o alternada durante el año, con uno o varios empleadores. Es así que la ley que viene a regular la actividad de los actores coloca nuevamente sobre la mesa la discusión de aquellos trabajadores que -al igual que los de la actividad actoral- no cuentan con un mecanismo de relación de dependencia tradicional pero tampoco son trabajadores por cuenta propia (monotributistas o autónomos) ya que brindan su quehacer a las órdenes de alguien o son dirigidos u ordenados por personas que hacen las veces de empleador. Como califica la ley, de manera discontinua. Sin embargo, en materia de seguridad social y más específicamente de obras sociales, estos trabajadores no encajan en ninguna de las categorías vigentes, motivo por el cual hoy se encuentran en una situación de desprotección en materia de salud, tanto ellos como su grupo familiar primario[554].

---

[554] Bustos, José Pedro – Cochlar, Oscar, *La ley de Obras Sociales, la ley de Medicina Prepaga y los que quedaron en el medio.* Microjuris, 6 de agosto de 2016.

2. Características generales

2.1 Las obras sociales son entidades de pertenencia ideal de cada uno de los trabajadores del sector (art. 12 de la ley 23.660), sin diferenciar residencia ni localización del conflicto que se pueda disputar en sede jurisdiccional.

> Por lo tanto, no se trata de una organización cuyos miembros sean en su totalidad vecinos de una provincia distinta a aquella contra la cual se demanda y no se encuentra acreditada entonces la distinta vecindad que habilite la competencia originaria de esta Corte, de acuerdo con los arts. 116 y 117 de la Constitución y los arts. 1°, inciso 1°, 9°, 10 y 11 de la ley 48 y 24, inciso 1° del decreto-ley 1285/58 (Disidencia del juez Rosenkrantz)[555].

> Atañen al fuero de excepción las cuestiones que conducen, en último término, a la aplicación de normas inherentes al sistema nacional de salud o que puedan afectar la planificación o la instrumentación de las prestaciones médico asistenciales regladas por las leyes 23.660 y 23.661[556]. -Del dictamen de la Procuración General al que la Corte remite-.

Este principio, útil para definir cuestiones de competencia[557], no es tan preciso cuando se trata de verificar la legitimación para obrar (en calidad de sujeto actor o demandado), porque según lo establece el art. 2° de la ley 23.660, las obras sociales tienen personalidad jurídica propia y diferenciada del organismo, dependencia estatal, empresa o asociación sindical o profesional a las que se hallan vinculadas, y para el cumplimiento de su función reciben y administran recursos de la seguridad social, conformados por los aportes y contribuciones de los empleados y empleadores, empresa o dependencia pública cuya existencia determina la conformación del grupo de beneficiarios (art. 16 de la ley 23.661)[558].

> A la luz de la finalidad y espíritu que inspiraron el dictado de las normas que determinaron la competencia y funcionamiento de la Superintendencia de Servicios de Salud (arts. 22 de la ley 23.661 y 1° y 4° del decreto 1615/96), la decisión de negarle legitimación activa no se presenta como una razonable interpretación del derecho vigente en la materia, si se tiene en cuenta que entre las facultades que expresamente fueron atribuidas a la DGI por el decreto 507/93 y posteriormente a la AFIP por el decreto 1156/96, no se encuentra incluida

---

[555] Fallos: 342:860.

[556] Fallos: 341:1228.

[557] Si ha sido demandada una obra social -que, en principio, se encontraría comprendida en los términos de los arts. 1º de la ley 23.660 y 2º, segundo párrafo, de la 23.661-, resulta aplicable al caso el art. 38 de la ley citada en último término, en cuanto prevé el sometimiento exclusivo de sus agentes a la jurisdicción federal, pudiendo optar por la justicia ordinaria sólo cuando fueran actores (Fallos: 327:2865).

[558] Fallos: 331:1262.

aquella vinculada con el aporte cuyo cobro se persigue, que no puede calcularse sobre la nómina salarial y que originariamente se encontraba en cabeza de su antecesora[559].

Corresponde dejar sin efecto la sentencia que condenó a la accionada al pago de diferencias en concepto de aportes y contribuciones por obra social resultantes de aplicar los porcentajes previstos en la ley 23.660 sin base salarial máxima alguna pues al omitir toda consideración acerca de las defensas de falta legitimación activa y pasiva opuestas por la demandada desconoció las disposiciones del decreto 507/93, ratificado por la Ley de Presupuesto 24.447, que unificó las actividades de recaudación y fiscalización poniéndolas a cargo de la Dirección General Impositiva, junto con la titularidad de las acciones compulsivas de cobro de los recursos de seguridad social (art. 1°, 2° y 28)[560].

2.2 Cabe recordar que, sin que importe encontrar el principal obligado al cumplimiento del deber prestacional o de cuidados especializados, es el Estado Nacional quien asume directamente la responsabilidad.

Pero la cobertura también le corresponde a la entidad, pues la no adhesión de la asociación de que se trate, al sistema de las leyes 23.660 y 23.661, no determina que le resulte ajena la carga de adoptar medidas razonables a su alcance para lograr el acceso pleno del paciente a los beneficios, con el alcance integral que estatuye la normativa tutelar sobre la materia[561].

La Nación Argentina asumió compromisos internacionales explícitos encaminados a promover y facilitar las prestaciones de salud que requiera la minoridad y no puede desligarse válidamente de esos deberes so pretexto de la inactividad de otras entidades públicas o privadas, máxime cuando ellas participan de un mismo sistema sanitario y lo que se halla en juego es el interés superior del niño, que debe ser tutelado por sobre otras consideraciones por todos los departamentos gubernamentales (art. 3° de la Convención sobre los Derechos del Niño)[562].

2.3 Las obras sociales pueden ser nacionales o provinciales, con un régimen especial para jubilados y pensionados. Todos responden en la medida del deber de asistencia y prevención sin tener desigualdades en orden al alcance de la cobertura.

---

[559] Fallos: 331:1255.

[560] Fallos: 325:350.

[561] Fallos: 331:453.

[562] Fallos: 323:3229.

Por la importancia de los recursos que perciben y el número de beneficiarios que tienen, las obras sociales públicas constituyen la concentración más grande del presupuesto, así como tienen una diversidad notoria en los grupos alcanzados, al estar en su dimensión, trabajadores del sector público y privado, los grupos familiares y monotributistas.

La diferencia que tienen con las obras sociales provinciales no es solo económica, sino que se profundiza porque, en estos, el sector queda cautivo de la entidad sin tener otras opciones.

> La ley 23.660 y específicamente el art. 6° de la ley 23.661, excluyen del sistema asistencial nacional únicamente al personal dependiente de los gobiernos provinciales y sus municipalidades y a los jubilados y pensionados del mismo ámbito, carácter que no ostentan los docentes que prestan servicios en establecimientos privados de enseñanza en jurisdicción provincial […].
>
> Dado que los docentes que prestan servicios en establecimientos privados de enseñanza en jurisdicción provincial no están excluídos del sistema asistencial nacional previsto por la ley 23.660 y 23.661, la normativa local que dispone que los aportes patronales y personales fijados para dicho personal se efectúen obligatoriamente al Instituto de Obra Médico Asistencial de dicha provincia son violatorios de lo dispuesto por aquella normativa nacional y del principio de supremacía federal previsto en el art. 31 de la Constitución[563]. -

2.4 Asimismo, una obra social se distancia de la medicina prepaga, que tiene una operatoria exclusivamente particular regulada por la Ley 26.682 La diferencia es cualitativa y no tiene estándares de igualdad para responder a un mismo problema de salud, desde que la satisfacción de prestaciones depende del alcance de la cobertura contratada. De todos modos, suelen trabajar con las obras sociales a los fines de canalizar los aportes

Las coberturas se regulan por el PMO, que establece un piso de prestaciones mínimas para todos los planes nacionales (no para las provincias), y con simetría en otras atenciones comunes que se estandarizan (v.gr.: análisis clínicos; cirugías menores de urgencia; etc.).

> Corresponde revocar la sentencia apelada y rechazar la demanda si la actividad de tipo socio-deportiva que reclama la parte actora para su hijo que sufre discapacidad no es

[563] CS, Obra Social de Docentes Particulares c/ Mendoza, provincia de s/ accion declarativa de inconstitucionalidad, sentencia del 20 de noviembre de 2007.

> contemplada por la ley 24.901 entre las prestaciones que las instituciones asistenciales deben cubrirla obligatoriamente y tampoco está incluida en el Programa Médico Obligatorio (P.M.O.) cuyo acatamiento se impone a las obras sociales que integran el sistema de la ley 23.660 pues no se trata de un tratamiento médico asistencial sino de una actividad recreacional o deportiva que excede el marco reglamentario del sistema de protección general de la salud y el particular del de las personas con discapacidad[564].
>
> Aún cuando, a raíz de la medida anticipatoria decretada en autos, ya haya tenido lugar la intervención quirúrgica que la demanda procuraba obtener -cirugía con endoprótesis no prevista en el PMO-, queda subsistente un interés suficiente en la habilitación de la instancia extraordinaria, desde que el sentido de la resolución final tendrá directa influencia sobre la determinación del sujeto que en definitiva habrá de afrontar los costos de la operación[565].

3.5 Respecto a la afiliación, la obra social depende del sector donde se cumpla la actividad principal, pero es derecho del trabajador elegir una vez al año la entidad donde afiliarse.

La Corte nacional ha debido interpretar este derecho de opción poniendo énfasis en los derechos que se deben asistir. En efecto […]

> Corresponde revocar la sentencia que confirmó el rechazo -con fundamento en razones de autonomía negocial- de la solicitud de afiliación a una obra social efectuada por un antiguo afiliado, portador del virus del VIH-SIDA, pues si bien la actividad que asumen las empresas de medicina prepaga presenta rasgos comerciales, en tanto ellas tienden a proteger las garantías a la vida, salud, seguridad e integridad de las personas, adquieren también un compromiso que excede o trasciende el mero plano negocial, máxime si la accionada ha reivindicado su naturaleza predominante de obra social[566].
>
> La medida por la cual el Director de la Obra Social del Poder Judicial denegó la afiliación a la peticionaria es consecuencia de una norma fijada en ejercicio de facultades con que cuenta para imponer requisitos y límites razonables para el otorgamiento de las afiliaciones y demás coberturas y ello es así pues el régimen de recursos para el funcionamiento de dicha obra social se obtiene del aporte de los afiliados y el principio de solidaridad exige una correcta y cuidadosa administración de sus finanzas, ya que, de no ser así, tal solidaridad resultaría ilusoria[567].

---

[564] Fallos: 341:919.

[565] Fallos: 337:471.

[566] Fallos: 327:5373.

[567] Fallos: 327:3256.

Corresponde dejar sin efecto la sentencia que no da respuesta a la dilucidación de si, más allá de las cuestiones fácticas denunciadas, la vigencia del decreto 9/93 era suficiente para realizar el cambio de obra social como lo sostuvo la impugnante o si para hacer uso de la libre elección de la obra social había que observar los procedimientos establecidos por esa norma y otras complementarias (decreto 1141/96, ratificado por decreto 1560/96 y decreto 84/97 y concordantes) como lo sustuvieron y mantienen tanto la obra social como la AFIP[568].

La negativa al restablecimiento de la afiliación de la amparista como beneficiaria de la Obra Social Unión Personal de la Unión del Personal Civil de la Nación no tiene asidero en las normas que contemplan los datos fácticos del caso, ni encuentra sustento en el marco regulatorio respectivo, ya que el inc. h) del art. 10 de la ley 23.660 determina categóricamente que una vez vencido el plazo de tres meses desde la muerte del trabajador, los integrantes de su grupo familiar primario podrán optar por continuar en carácter de beneficiarios, cumpliendo con los aportes y contribuciones que hubieren correspondido al beneficiario titular, sin que la mera adscripción de la viuda del trabajador al plan privado organizado por la mencionada obra social resulte suficiente para presumir una renuncia efectiva al servicio de salud que amparaba a ella y a su hijo, ya que la voluntad inicial exteriorizada por ella se vio desvirtuada por la actuación de la propia demandada, al inducirla a adherir a un contrato que se le ofrecía como la única salida para conservar la cobertura de la que había gozado durante más de veinte años[569].

Cabe declarar la inconstitucionalidad del último párrafo del art. 4º de la ley 3341- según el texto que le otorgó el art. 16 de la ley provincial 3932, pues al permitir que los docentes que prestan servicios en establecimientos educativos de gestión privada local se incorporen como beneficiarios del Instituto de Obra Social de la Provincia violan lo dispuesto por las leyes nacional 23.660 y 23.661, manteniendo dicho personal un vínculo laboral de empleo privado ajeno por completo a las características del empleo público, sin que obste a dicha solución la circunstancia de que la afiliación de los docentes privados no resulte compulsiva u obligatoria en el marco de la previsión legal que se impugna[570].

Si la obra social puede incorporar adherentes ajenos a los cuadros de la administración, por lo que sus beneficiarios, con independencia de que la afiliación sea obligatoria o voluntaria, no provienen con exclusividad del sector público (art. 1°, inc. a, resolución 761/94), la integración del Consejo Directivo depende sólo de la asociación gremial sin representación del Estado Nacional, y el patrimonio de la obra social pertenece a los trabajadores (ley 23.660), la demandada no reúne las características necesarias para ser considerada obra

---

[568] CS, Alto Paraná S.A. c/ Administración Federal de Ingresos Públicos – D.G.I. s/ impugnación de deuda, sentencia del 6 de mayo de 2008.

[569] CS, - Mollanco, Marta Ofelia y otro c/ Unión Personal s/amparo, sentencia del 11 de marzo de 2004.

[570] Fallos: 332:1447.

social del sector público y queda excluida del ámbito de aplicación de las normas de consolidación[571].

3.6 Las obras sociales están obligadas a mantener el servicio médico aún cuando el titular haya fallecido. Este deber se conserva por espacio de tres (3) meses y ha dado lugar a muchas intervenciones de los tribumales. El mismo derecho conserva la persona que se jubila.

> La obra social se encuentra obligada a mantener la afiliación, incluso transcurrido el plazo de tres meses previsto en el artículo 10, inciso a, de la ley 23.660, si en ese lapso el afiliado se acoge a un beneficio previsional, salvo que opte, en forma expresa, por el régimen del INSSJP. […]
>
> La sentencia que obligó al Estado Nacional a brindar a la actora la cobertura de las prestaciones previstas en la ley 24.901 soslayó que no se hallaban cumplidos los requisitos exigidos por el ordenamiento en que se sustentó el reclamo - la falta de afiliación por parte del actor a una obra social y la imposibilidad de la peticionaria para afrontar por sí las prestaciones que solicita- lo que importó prescindir del texto legal extendiendo la cobertura integral de las prestaciones allí previstas a cargo del Estado, a un supuesto específicamente excluido por el legislador, mediante consideraciones indebidas que excedían las circunstancias expresamente contempladas por la norma que, al no exigir esfuerzo de interpretación, debe ser directamente aplicada[572]..
>
> Corresponde revocar la sentencia que ordenó la afiliación a la obra social de la hermana discapacitada de la actora, si tuvo por acreditado el requisito de estar "a exclusivo cargo del titular" en virtud de dos datos que carecen de peso decisivo -que la actora fue designada curadora de su hermana y que ésta vive en casa de aquella- pero descartó, sin dar razones suficientes, dos circunstancias relevantes y definitorias que también surgen de los elementos incorporados al expediente: que la pariente de la amparista percibe una pensión derivada del fallecimiento de su madre y que, como consecuencia de ser titular de ese beneficio previsional cuenta con la cobertura médico asistencial proporcionada por el Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados, PAMI[573].

3. Las empresas de medicina prepaga

---

[571] Fallos: 328:1766.

[572] CS, del precedente "P.A." Fallos: 338:488 al cual remitió la mayoría. S., J. L. c/ Comisión Nacional Asesora para personas discapacitadas y otro s/ amparo, sentencia del 5 de dieiembre de 2017.

[573] Fallos: 339:683.

3.1 La Ley 26.682 establece el marco regulatorio de la medicina prepaga que se integra con las leyes 23.660 y 23.661 complementando los planes de salud que ofrecen las obras sociales.

Las cooperativas, mutuales, asociaciones civiles y fundaciones, con los alcances establecidos en el segundo párrafo del artículo 1º de la Ley N° 26.682 y su modificación, están sujetas en todo lo relacionado con dicha ley, en forma exclusiva, a las disposiciones y medidas que tome la Autoridad de Aplicación, careciendo de competencia el Instituto Nacional de Asociativismo y Economóa Social.

> Tratándose de una asociación que opera mediante el pago de una cuota mutual de sus socios , pese a la diversa naturaleza de las mutuales, no es irrazonable la semejanza con las entidades de medicina prepaga, pues reúne los requisitos que tipifican a éstas, es decir, que exista una empresa que se compromete a dar asistencia médica, por sí o por terceros; que la obligatoriedad de la prestación esté sujeta a la condición suspensiva de que se dé determinada enfermedad en el titular o el grupo de beneficiarios; y que exista el pago anticipado como modo sustantivo de financiación aunque pueda ser complementado[574].

Se definen como empresas de medicina prepaga, a toda persona física o jurídica, cualquiera sea el tipo, figura jurídica y denominación que adopten cuyo objeto consista en brindar prestaciones de prevención, protección, tratamiento y rehabilitación de la salud humana a los usuarios, a través de una modalidad de asociación voluntaria mediante sistemas pagos de adhesión, ya sea en efectores propios o a través de terceros vinculados o contratados al efecto, sea por contratación individual o corporativa (art. 2).

Es Autoridad de Aplicación de la ley el Ministerio de Salud de la Nación. En lo que respecta a la relación de consumo y a la defensa de la competencia corresponde esa tarea a las dependencias establecidas en las leyes 24.240 y 25.156 y sus modificatorias, según corresponda (art. 4).

3.2 Los sujetos comprendidos en el artículo 1º mencionado deben cubrir, como mínimo en sus planes de cobertura médico asistencial, el PMO vigente según Resolución del Ministerio de Salud de la Nación y el Sistema de Prestaciones Básicas para Personas con Discapacidad prevista en la ley 24.901 y sus modificatorias.

---

[574] Fallos: 331:453.

La posibilidad de reducir la cobertura de mínima se permite únicamente en: a) Servicios odontológicos exclusivamente; b) servicios de emergencias médicas y traslados sanitarios de personas; c) aquellos que desarrollen su actividad en una única y determinada localidad, con un padrón de usuarios inferior a cinco mil (5.000).

En todos los planes de cobertura médico-asistencial y en los de cobertura parcial, la información a los usuarios debe explicitar fehacientemente las prestaciones que cubre y las que no están incluidas.

La jurisprudencia ha resuelto varias veces en este espacio, sosteniendo que […]

> Corresponde dejar sin efecto la sentencia que condenó a la demandada a brindar la cobertura de las prestaciones de escolaridad con formación laboral y transporte especial para una menor discapacitada si la entidad llevó a conocimiento de la cámara una serie de agravios entre los que se destaca, por su conducencia para incidir en el resultado del proceso, el concerniente a las circunstancias singulares de la relación contractual que la vinculaba con la actora mediante un "plan cerrado" de afiliación y el tribunal omitió toda consideración al respecto[575].
>
> Resulta improcedente el reclamo a la Obra Social del Poder Judicial para que esta otorgue cobertura total de medicación, terapia fisiológica, rehabilitación kinesiológica, escolarización en centro educativo terapéutico transporte escolar sin los topes, ni límites previstos en la resolución 428/1999 del Ministerio de Salud Acción Social, toda vez que no aparece demostrado que las limitaciones y topes fijados en la referida resolución importen el menoscabo o la desnaturalización del derecho del actor en la medida que no ha sido acreditado que los valores de los servicios asistenciales fijados en las citadas normas y en las resoluciones que los actualizan periódicamente, resulten insuficientes para afrontar las necesidades de aquel[576].
>
> La decisión de obligar a la entidad social a afrontar el 100 % de la cobertura de las prestaciones médicas, educativas y de transporte del menor discapacitado conforme con las prescripciones, recomendaciones y derivaciones que se le efectúen y con los medios elegidos por los responsables del menor para llevarlas a cabo no resulta razonable en tanto desconoce la plataforma normativa cuya constitucionalidad no ha sido objetada y soslaya la competencia atribuida por ley a la autoridad de aplicación en la materia para reglamentar el alcance de las prestaciones dejando en manos de los profesionales que atienden al menor y de sus progenitores la determinación de lo que ha de entenderse por "atención integral" contemplada en el sistema[577].

---

[575] Fallos: 342:1261.

[576] Fallos: 340:1995.

[577] Fallos: 340:1269.

> Si la demandada no ha mencionado ley o norma concreta alguna que imponga a los servicios de medicina prepaga el mantenimiento de enfermos en terapia intensiva por períodos superiores a los fijados en los contratos de adhesión suscriptos con sus clientes, no es posible -siquiera con una interpretación amplia del espíritu de la ley 24.754- entender que corresponda denegar la prestación de terapia intensiva en un nosocomio público, tal como hizo la comuna[578].
>
> Corresponde dejar sin efecto la sentencia que al decidir que la empresa de medicina prepaga debía cubrir la escolaridad de la niña con Síndrome de Down dio relevancia a algunos elementos que, aunque importantes, no son definitorios y, al propio tiempo, relativizó la existencia de otros que resultaban conducentes para demostrar la improcedencia de la obligación[579].

3.3 La funcionalidad y operatoria como trabajan las empresas de medicina prepaga lleva a que se vean con un co-seguro o función complementaria de tipo asegurador, sin ser compañías de seguros de riesgo. Esta confusión fue superada para eludir que se compare la salud con una inversión destinada a solventar ocasionales desventuras.

La respuesta de los tribunales es contundente al no tratar los conflictos emergentes de un problema de cuidado y atención con el deber económico de respaldarlo, partiendo de la base de tener a las compañias con el compromiso de proteger las garantías a la vida, salud, seguridad e integridad de las personas, como una parte importante del compromiso social con sus usuarios, que obsta a que puedan desconocer un contrato so consecuencia de contrariar su propio objeto que debe efectivamente asegurar a los beneficiarios las coberturas tanto pactadas como legalmente establecidas[580].

> Ante la iniciativa personal del particular que se abona a un sistema de medicina prepaga o afilia a una obra social, le corresponde al Estado no satisfacer la prestación en forma directa sino vigilar y controlar que las prestatarias cumplan su obligación (Voto del juez Vázquez)[581].
>
> En los casos de contratos con cláusulas predispuestas cuyo sentido es equívoco y ofrece dificultades para precisar el alcance de las obligaciones asumidas por el predisponente, en

[578] Fallos: 321:1684.

[579] Fallos: 341:585.

[580] Fallos: 324:677.

[581] Fallos: 324:754.

> caso de duda debe prevalecer la interpretación que favorezca a quien contrató con aquél o contra el autor de las cláusulas uniformes[582].
>
> El derecho a obtener conveniente y oportuna asistencia sanitaria se vería frustrado si se admitiera que la falta de exclusión de un tratamiento no importa su lógica inclusión en la cobertura pactada, siendo inadmisible la referencia histórica al estado del conocimiento médico existente al tiempo de la contratación, toda vez que se traduciría en la privación de los adelantos terapéuticos que el progreso científico incorpora al campo de las prestaciones médico asistenciales. Por ello, es descalificable el pronunciamiento que -al establecer que la interrupción del suministro de medicamentos no constituía incumplimiento por parte de la empresa de medicina prepagaconvalidó -con alcance retroactivo- una modificación unilateral de los términos contractuales, con un alcance que no se compadecía con la conducta observada por la empresa con posterioridad a la vigencia del convenio, al haber contribuido durante varios años al pago de dichos remedios[583].

3.4 Un tema importante son los llamados "períodos de carencia" que significan esperar el comienzo del contrato con la empresa después de transcurrir un cierto plazo de espera o antigüedad. Para la empresa es un artilugio de capitalización ante el riesgo de cumplir de inmediato con prestaciones inesperadas, pero ya no se admite este tipo de cláusulas cuando lo requerido se encuentra dentro de las prestaciones dispuestas en el Plan Médico Obligatorio.

En cambio, si no lo están, el perido de carencia no puede superar los doce (12) meses.

> La ley establece en el art. 10 que […]: *"*Los contratos entre los sujetos comprendidos en el artículo 1º de la presente ley y los usuarios no pueden incluir períodos de carencia o espera para todas aquellas prestaciones que se encuentran incluidas en el Programa Médico Obligatorio. Las otras modalidades prestacionales y los tiempos previstos en el contrato como período de carencia deben estar suficientemente explicitados en el contrato y aprobados por la Autoridad de Aplicación. Las enfermedades preexistentes solamente pueden establecerse a partir de la declaración jurada del usuario y no pueden ser criterio del rechazo de admisión de los usuarios. La Autoridad de Aplicación autorizará valores diferenciales debidamente justificados para la admisión de usuarios que presenten enfermedades preexistentes, de acuerdo a lo que establezca la reglamentación.

---

[582] Fallos: 325:677.

[583] Fallos: 325:677.

La justicia ha sido muy estricta con estas estipulaciones predispuestas que hacen referencia a dichos períodos de carencia, o que pudieran inducir a engaño a los usuarios sobre el momento a partir del cual tienen derecho a las prestaciones obligatorias comprendidas en el contrato[584]. Entre otras decisiones se resolvió que […]

> Corresponde dejar sin efecto la sentencia que rechazó el reclamo por gastos de internación, sin valorar adecuadamente que, de no ser por el proceso patológico sufrido, el parto se hubiera producido después del período de carencia y que el nacimiento pretérmino tuvo lugar como consecuencia de una intervención quirúrgica a la que la demandada brindó cobertura como estaba estipulado, el acabado examen de estas circunstancias era imprescindible a fin de mantener el equilibrio de las prestaciones salvaguardando la regla *pacta sunt servanda* frente a las limitaciones del poder de negociación de la adherente[585].

3.5 A estos fines el derecho a la información que exige el beneficiario se aplica con igual entidad para la empresa, haciendo uso para ello, de la declaración jurada que se ha de completar con el deber de veracidad y completa información. El dato falso o inexacto puede ser causa de resolución contractual.

De allí que sea obligatorio para el contratante informar enfermedades preexistentes y actuales, crónicas o de recidiva posible, pues estas condiciones de salud, que agravan el riesgo, le permite a la prestadora aumentar la cuota del plan, que de todos modos, debe estar autoridado por la autoridad de control.

> Si bien la actividad que asumen las empresas de medicina prepaga puede representar determinados rasgos mercantiles, en tanto ellas tienden a proteger las garantías constitucionales a la vida, salud, seguridad e integridad de las personas, también adquieren un compromiso social con sus usuarios, que obsta a que puedan desconocer un contrato, o invocar sus cláusulas para apartarse de obligaciones impuestas por la ley, so consecuencia de contrariar su propio objeto que debe efectivamente asegurar a los beneficiarios las coberturas tanto pactadas como legalmente establecidas […]. La ley 24.754 representa un instrumento al que recurre el derecho a fin de equilibrar la medicina y la economía, puesto que pondera los delicados intereses en juego, integridad psicofísica, salud y vida de las personas, así como también que más allá de su constitución como empresas los entes de medicina prepaga tienen a su cargo una trascendental función social que está por encima de toda cuestión comercial[586].

---

[584] Fallos: 331:563

[585] Fallos: 321:3493.

[586] Fallos: 330:3725.

> Cabe revocar la sentencia que rechazó la acción de amparo promovida contra una obra social a fin de que incorpore al cónyuge de la actora, por padecer una patología pre-existente, pues el pronunciamiento atacado no ha estudiado la aplicabilidad al caso de las leyes 23.660 Y 23.661 -y su relación con la normativa local-, como así tampoco los aspectos referidos a la grave afectación de los derechos a la vida y a la preservación de la salud reconocidos por tratados internacionales con jerarquía constitucional (art. 75, inciso 22 de la Constitución Nacional), susceptibles de incidir en el resultado del litigio, lo cual produce un desmedro de la garantía de defensa en juicio normada por el artículo 18 de la Constitución Nacional[587] .

3.6 Un aspecto final, que es un conflicto común en las prestaciones de salud, son el alcance de las coberturas a satisfacer y las limitaciones que ellas pueden sufrir. Podría decirse que hay dos líneas bien definidas, la que orienta sobre el deber de cuidado y protección que enfatiza a la salud como un derecho a la vida independientemente de las circunstancias, en cuyo caso lo esencial y primero, es cumplir con los deberes internacionales que ponen al Estado como responsable principal ante la inejecución de ese mandato; mientras que por otro, aparecen las contingencias que separan la exigencia que se reclama en la vía del amparo, según sea el sujeto pasivo una obra social, una empresa de medicina prepaga o un programa provincial específico.

En el medio de esta diatriba están los jueces y el deber de resolver con fundamentos y razones, donde cualquiera de estas posiciones puede definir la suerte del proceso constitucional.

Algunas veces, por ejemplo, se dice […]

> Lo señalado por el *a quo* para sostener que la empresa demandada estaba obligada a cubrir el costo total de las prestaciones médicas solicitadas no sólo prescindió inequívocamente de examinar el régimen aplicable para dicho tipo de empresas sino que, además, omitió exponer fundamentos razonados que sostengan jurídicamente la obligación de cobertura de dichas pretensiones[588].
>
> La sentencia que condenó a la entidad médica a proveer la cobertura integral de las prestaciones reclamadas luce dogmática y se apoya en un conjunto de normas superiores que aparecen palmariamente desvinculadas de la concreta situación fáctica si la demandada llevó a conocimiento de la cámara una serie de agravios entre los que se destacaban, por su conducencia para modificar el resultado del proceso, los concernientes a las circunstancias

---

[587] Fallos: 335:871.

[588] Fallos: 339:423.

singulares de la relación contractual que la vinculaba con la actora a través de un "plan cerrado" de afiliación[589].

Corresponde dejar sin efecto la sentencia que hizo lugar a la acción de amparo que tenía como objeto que la empresa de medicina prepaga a la que se encuentra afiliada la demandante le provea la cobertura del medicamento prescripto por la médica tratante si se apartó de manera inequívoca del régimen aplicable entonces para empresas como la demandada, además de que omitió exponer fundamentos razonados que sostengan jurídicamente la obligación de cobertura del medicamento pretendido y puesta en cabeza de la contratante, señalando que correspondía a la recurrente asumir el costo de la prestación sin apoyar en norma alguna -legal ni contractual- la causa de dicha obligación e incurriendo así en una afirmación dogmática[590].

En la base de estas decisiones aparece prevalente el contrato, y la necesidad de resguardar lo pactado para evitar excesos o aprovechamientos irrazonables.

Es arbitraria la sentencia que ordenó a una empresa de medicina prepaga proveer la cobertura de un medicamento, pues pese a destacar que para la empresa demandada la obligación de cobertura se hallaba delimitada por las prestaciones tanto pactadas como legalmente establecidas, el tribunal *a quo* contradijo la premisa que fijó al apartarse del contenido del contrato celebrado entre las partes y de las normas aplicables al sub lite, al afirmar después que no era razonable la decisión de negar la cobertura de un tratamiento novedoso por el solo hecho de no encontrarse entre los obligatorios, cuando el eje controversial que debía definir no era ese sino si la cobertura del medicamento de que se trata era un mandato obligatorio incorporado al específico plan prestacional de la demandada frente a la actora[591].

Cabe revocar la sentencia que hizo lugar al reclamo indemnizatorio contra la empresa de medicina prepaga -por no proveer a dos menores las prestaciones médicas que no están cubiertas por el contrato celebrado con dicha entidad- y modificó el monto de la condena, no obstante lo cual, a fin de reparar el perjuicio experimentado por los accionantes -costos de medicación y tratamiento- como consecuencia de la omisión del Estado- que no fue demandado- , la demandada deberá pagar el importe diferido a condena- cuya cuantía no es susceptible de revisión (art. 280 CPCCN), que constituirá un crédito de la empresa contra el Estado que ésta podrá recuperar, ello en atención a que la demandada no estaba alcanzada subjetivamente por ninguna obligación de causa contractual o legal que impusiera el deber de satisfacer las prestaciones solicitadas y, en cambio, era el Estado quien debió dar satisfacción plena al derecho de la actora a prestaciones constitucionales (Disidencia del

---

[589] Fallos: 339:389; 339:290 entre otros.

[590] Fallos: 337:580

[591] Fallos: 337:580.

juez Ricardo L. Lorenzetti). -La Corte, por mayoría, declaró inadmisible el recurso (art. 280 CPCCN)-[592].

Con otra perspectiva, la vida sola tiene un valor superlativo que privilegia el deber de asistencia y cuidado por sobre cualquiera otra circunstancia. Con simpleza se afirma que, el costo de los cuidados médicos requeridos puede ser soportado por el Estado o por la empresa de medicina privada, pero nunca por el enfermo, pues éste no tiene ninguna posibilidad de absorber ese costo, y ello conduciría a una frustración de su derecho fundamental a las prestaciones adecuadas de salud; en cambio la empresa puede absorber los gastos de modo transitorio, puede difundirlos convenientemente y, finalmente, puede recuperarlos de las finanzas públicas[593] (Disidencia del Dr. Ricardo Luis Lorenzetti). -La Corte, por mayoría, declaró inadmisible el recurso (art. 280 CPCCN)-.

> La autoridad pública tiene la obligación impostergable de garantizar el derecho a la salud-comprendido dentro del derecho a la vida, con acciones positivas, sin perjuicio de las obligaciones que corresponden a las jurisdicciones locales, obras sociales y entidades de medicina prepaga, supuestos en los que es evidente la facultad del Estado de vigilar y controlar que las prestadoras cumplan su obligación, estando habilitado por las leyes respectivas y a través de sus organismos competentes, a imponer las sanciones establecidas por dichas normas para el caso de incumplimiento[594].
>
> Corresponde que la entidad de medicina prepaga atienda a la prestación que se solicita-alimentación parenteral-, comprendida en el Anexo II, Catálogo de Prestaciones de la Resolución 201/02 del Ministerio de Salud, pues el elenco de prestaciones contempladas en la ley 24.754 no hace "acepción de etiologías", o sea, no remite a la causa de las dolencias[595].
>
> No corresponde avalar una lectura de las normas de la seguridad social que conduzca a que la persona quede temporalmente sin cobertura médico asistencial cuando cesa la vida laboral y mientras se encuentra en trámite el beneficio jubilatorio, lo que provoca la discontinuidad de los tratamientos que recibe del agente del seguro de salud, así como la pérdida del derecho a mantenerse afiliada a la obra social de origen previsto en el artículo 16 de la ley 19.032 y en el artículo 8, inciso b, de la ley 23.660[596].

---

[592] Fallos: 336:1378.

[593] Fallos: 336:1378 Disidencia de Ricardo L. Lorenzetti.

[594] Fallos: 331:2614.

[595] Fallos: 331:1987.

[596] CS, Andrada, Martina c/ OSPAT s/ amparo contra actos de particulares, sentencia del 5 de noviembre de 2020.

CAPÍTULO XVI

EL PAMI

1. El Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados

1.1 En el año 1971 se creó el llamado PAMI (Ley 19.032) que, como verán, no se asocia en sus siglas con el instituto donde adscribe. PAMI quiere decir "Programa de Atención Medica Integral para jubilados y pensionados de Argentina". Es la entidad que agrupa a la mayor parte (casi el 50%) del sector, cubriendo la salud de jubilados y pensionados y su grupo familiar.

Es una obra social diferente, que se regula con normas propias; tiene autarquía financiera y es administrativamente independiente.

> En el año 1991, se instituyó el Sistema Único de Seguridad Social (S.U.S.S.), expresión del criterio unificador en la materia, que absorbió al Instituto Nacional de Previsión Social y, por su intermedio, a las cajas nacionales de previsión; asimismo, se creó la contribución única de la seguridad social (C.U.S.S.), denominación que abarca a todos los aportes y contribuciones al S.U.S.S., los correspondientes al régimen previsional, así como también los del Instituto Nacional de Obra Social para Jubilados y Pensionados (P.A.M.I.), Administración Nacional del Seguro de la Salud (A.N.S.S.A.L.), Fondo Nacional de Empleo, Régimen Nacional de Obras Sociales y Caja Nacional de Subsidios y Asignaciones Familiares (v. leyes 18.037 y 18.038 y decreto 2284/91)[597].

1.2 El programa devino como respuesta a una realidad social. Cuando una persona se acogía a los beneficios de la jubilación, su condición de adulto mayor que pasaba a percibir un haber de retiro le hacía perder la obra social que tenía o le proporcionaba el lugar donde prestaba servicios. El PAMI vino a cubrir esta carencia.

---

[597] Fallos: 330:1927.

Pero es una creencia errónea pensar que es un tránsito obligado, toda vez que la decisión de cambiar la cobertura a favor del PAMI es facultativa y requiere una manifestación inequívoca para afiliarse.

> La obra social se encuentra obligada a mantener la afiliación, incluso transcurrido el plazo de tres meses previsto en el artículo 10, inciso a, de la ley 23.660, si en ese lapso el afiliado se acoge a un beneficio previsional, salvo que opte, en forma expresa, por el régimen del INSSJP […]. En virtud de la resolución 1100/2006 del INSSJP, y dado que la jubilación se reconoce, al menos, desde la presentación de la solicitud, el beneficiario se encuentra incorporado desde ese momento al sistema de la seguridad social para jubilados y pensionados previsto por las leyes 19.032 y 23.660, que le otorgan el derecho de permanecer en la obra social de origen o de traspasarse, mediante expresión inequívoca de su voluntad, al INSSJP[598].
>
> La opción establecida en el art. 16 de la ley 19.032 no autoriza a presumir la renuncia tácita del jubilado al servicio de salud que lo amparaba y la ausencia de constancias acerca de esa opción obsta a tener por válida la transferencia producida sin una expresa voluntad en tal sentido[599].

1.3 El organismo es un ente público no estatal, sus compromisos financieros están garantizados y, eventualmente, quedan solventados por el Estado Nacional; además, la garantía se extiende, inclusive, al caso en que el instituto sea liquidado o disuelto, lo que evidencia que el Estado pueda disponer de sus fondos, característica que es propia de las entidades estatales[600].

La naturaleza de derecho público y los objetivos de protección social que debe cumplir la institución, se acentúa con la incorporación de los derechos de la seguridad social al catálogo de los derechos del trabajador, de manera que al ser un organismo de tutela tiene el deber de garantizar los derechos sociales en su faz previsional y asegurar el derecho a mantener un nivel de vida concordante con la dignidad humana, la salud y el bienestar mínimo a los jubilados de nuestro país[601].

---

[598] CS, Andrada, Martina c/ OSPAT s/ amparo contra actos de particulares, sentencia del 5 de noviembre de 2020.

[599] Fallos: 324:1550.

[600] Fallos: 324:4275.

[601] Fallos: 340:483.

Esta es la parte débil del PAMI, pues su actividad como prestadora genera numerosa desconfianza interna (casos de corrupción que demandó decenas de intervenciones), y reclamos de sus afiliados por la ineficiencia de los servicios de cuidado y atención.

2. La atención mínima e igualitaria con las demás obras sociales

2.1 El debate sobre la igualdad en materia de salud toca aristas muy conflictivas que no encuentran rumbo adecuado en la doctrina ni en jurisprudencia. El estándar que proviene de tener todos el mismo derecho al mejor cuidado y atención que el Estado pueda ofrecer, confronta con el presupuesto que se dispone en el área pública, y con la relación costos invertidos respecto a las prestaciones que el sector privado puede financiar.

Suele ocurrir, entonces, que sentencias que acuerdan ciertas coberturas en base a algunos parámetros subjetivos o "de principios", no suelen comprenderse cuando con esa decisión individual se altera el derecho de otros que se encuentran en la misma situación.

Por ejemplo, la Corte nacional se pronuncia diciendo que […]

> Se debe revocar la sentencia que dejó sin efecto el beneficio que el juez de grado le había otorgado a la actora-persona con discapacidad- a fin de que perciba una suma para la cobertura de auxiliar domiciliario, sobre la base de considerar no acreditada la imposibilidad de la familia de pagar el costo de tal asistencia, pues frente a la finalidad de dicha ley y el derecho que le asiste a las personas con discapacidad y de edad avanzada a gozar del nivel más elevado posible de salud física y mental, sin discriminación basada en la edad o en el ingreso económico, y la urgencia en encontrar una solución acorde con la situación planteada, no parece razonable ser tan rigurosos con la exigencia indefectible de una prueba negativa que resulta de muy difícil producción y que en todo caso debió ser aportada por la entidad obligada[602]

Criterio que no es uniforme, pues con otros argumentos aplicados en casos de jubilados y pensionados, se recuerda que el aporte de dinero público al Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados (PAMI), le obliga al organismo a seguir una lógica distributiva más intensa, pues lo contrario implica concentrar la ayuda en el sector de beneficiarios con capacidad económica bastante para

[602] Fallos: 334:1869.

soportar el porcentaje del costo sanitario no alcanzado por la cobertura, pero no llegaría a los sectores cuya posibilidad de acceder a dicha asistencia dependería completamente del financiamiento de dicho instituto[603].

A este temperamento, en el mismo lugar la disidencia afirma que corresponde confirmar la sentencia en cuanto al rechazo de los pañales descartables si se encuentran dentro de aquellas prestaciones que están fuera de la cobertura que ofrece el Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados

> Si bien toda obra social debe aplicar sus recursos con algún efecto distributivo (art. 3° de la ley 23.660, in fine), el Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados, por recibir fondos estatales, debe incluir en esa regla de distribución el dato referido a la carencia total de recursos propios e imposibilidad de trabajar de sus afiliados.
>
> […]
>
> Al Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados le corresponde financiar un porcentaje tal que permita el acceso efectivo de todos los afiliados a las mismas prestaciones incluidas en la cobertura y, en caso de que, por razones presupuestarias, esa cobertura no pueda ser igual para todos, es decir el mismo porcentaje del costo final, entonces deberá ser diferencial hasta alcanzar las posibilidades económicas del afiliado y si, finalmente éstas son nulas, entonces deberá financiar el cien por ciento del medicamento, pese a que otros afiliados tengan sólo una cobertura parcial (Disidencia parcial de la Dra. Carmen M. Argibay) [604].

2.2 La tendencia en obras sociales sigue, mayoritariamente, otra corriente de pensamiento. El Alto Tribunal nacional lo acepta y, por tanto, desecha aceptar que se viola el principio de igualdad cuando alguien no recibe las mismas prestaciones a consecuencia de un plan social que los diferencia por el origen de los aportes.

La idea aquí es recurrir a la contratación como marco principal de referencia, y siendo el PAMI un ingreso voluntario del afiliado, se puede interpretar que la igualdad se mide por el estándar de todos los que integran la misma comunidad.

Vale decir que, habiendo una afiliación, el cuadro de la justicia conmutativa que es propia en un modelo abierto del derecho a la salud (derecho de principios), puede quedar inerte cuando esa igualdad estricta se altera con el uso de un nuevo modelo

---

[603] Fallos: 329:1638.

[604] Caso Reynoso, citado supra, disidencia parcial de la Dra. Carmen M. Argibay, Fallos: 329:1638.

proveniente de la justicia social, cuya exigencia fundamental consiste en la obligación, de quienes forman parte de una determinada comunidad, de contribuir al mantenimiento y estabilidad del bien común propio de ella[605].

Con esta base se afirma que […]

> A fin de no comprometer un fondo como el de la obra social , que pertenece por igual a la totalidad de los afiliados, corresponde ponderar prudentemente su empleo, no solo por la alta finalidad que supone, sino también por las facultades limitadamente administrativas y no dispositivas que informan la competencia de la Corte en el asunto, máxime por no tratarse de dineros públicos dotados por el Congreso, que llevarían a la aplicación de los arts. 113 y 114 de la Constitución Nacional (Resolución nº 1699/01)[606].

2.3 Claro está que no es inadvertido en la Corte que la atención primaria y las prestaciones que el PAMI ofrece son altamente deficitarias y que, por tanto, es obligacion de los jueces analizar caso por caso, con la finalidad de no alterar la justicia con criterios matemáticos o financieros.

> La circunstancia de que la actora tiene 71 años y que, tanto ella como su cónyuge se ven obligados a cambiar sus "médicos de confianza" colocándoselos "a la fuerza" dentro de un sistema de salud totalmente deficitario como es el del PAMI, y la naturaleza asistencial de la cuestión debatida, hacen que la acción de amparo aparezca, al menos *prima facie*, como la vía judicial más idónea para remediar la situación, por lo cual requiere una interpretación que no frustre su uso atendiendo sólo a razones formales[607].

Afirmaciones como estas, nos obligan a verificar la verdad implícita en ellas, y los trabajos que se vienen realizando para esclarecer el derecho a la salud de los adultos mayores, más allá de su inclusion en el programa que se analiza en este capítulo.

3. La Convención Interamericana sobre protección de Derechos Humanos de las personas mayores

3.1 La tarea de la Organización de los Estados Americanos (O.E.A.) en esta área, culmina con la aprobación de la Convención Interamericana sobre la Protección de Derechos Humanos de las Personas Mayores.

---

[605] Fallos: 322:215.

[606] Fallos: 324:398.

[607] Fallos: 324:3074.

Argentina tuvo un rol protagónico y fue de los primeros países en llevarla a su derecho interno (Ley 27.360), de manera que siendo un pacto que forma parte del "Corpus Iuris Internacional", no cabe dudas que sobre sus preceptos se acoplan los estándares que la Corte IDH realiza con el control de convencionalidad.

> La Convención Interamericana sobre Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores (CIPDHPM) incorporada a nuestro ordenamiento jurídico mediante ley 27.360 consagra el compromiso de los Estados Partes de adoptar y fortalecer "todas las medidas legislativas, administrativas, judiciales, presupuestarias y de cualquier otra índole, incluido un adecuado acceso a la justicia a fin de garantizar a la persona mayor un trato diferenciado y preferencial en todos los ámbitos", como así también "a garantizar la debida diligencia y el tratamiento preferencial a la persona mayor para la tramitación, resolución y ejecución de las decisiones en procesos administrativos y judiciales"[608].

¿Cómo impacta este tratado en el derecho a la salud?

3.2 En el Anexo I de la ley mencionada, se suscribe el tratado, cuyo artículo 19 es esencial para explicar cuanto sigue. La norma, amplia y extensa, dice […]

> La persona mayor tiene derecho a su salud física y mental, sin ningún tipo de discriminación. Los Estados Parte deberán diseñar e implementar políticas públicas intersectoriales de salud orientadas a una atención integral que incluya la promoción de la salud, la prevención y la atención de la enfermedad en todas las etapas, y la rehabilitación y los cuidados paliativos de la persona mayor a fin de propiciar el disfrute del más alto nivel de bienestar, físico, mental y social.
>
> Para hacer efectivo este derecho, los Estados Parte se comprometen a tomar las siguientes medidas:
>
> a) Asegurar la atención preferencial y el acceso universal, equitativo y oportuno en los servicios integrales de salud de calidad basados en la atención primaria, y aprovechar la medicina tradicional, alternativa y complementaria, de conformidad con la legislación nacional y con los usos y costumbres.
>
> b) Formular, implementar, fortalecer y evaluar políticas públicas, planes y estrategias para fomentar un envejecimiento activo y saludable.
>
> c) Fomentar políticas públicas sobre salud sexual y reproductiva de la persona mayor.
>
> d) Fomentar, cuando corresponda, la cooperación internacional en cuanto al diseño de políticas públicas, planes, estrategias y legislación, y el intercambio de capacidades y

[608] Fallos: 343:264.

recursos para ejecutar planes de salud para la persona mayor y su proceso de envejecimiento.

e) Fortalecer las acciones de prevención a través de las autoridades de salud y la prevención de enfermedades, incluyendo la realización de cursos de educación, el conocimiento de las patologías y opinión informada de la persona mayor en el tratamiento de enfermedades crónicas y otros problemas de salud.

f) Garantizar el acceso a beneficios y servicios de salud asequibles y de calidad para la persona mayor con enfermedades no transmisibles y transmisibles, incluidas aquellas por transmisión sexual.

g) Fortalecer la implementación de políticas públicas orientadas a mejorar el estado nutricional de la persona mayor.

h) Promover el desarrollo de servicios socio-sanitarios integrados especializados para atender a la persona mayor con enfermedades que generan dependencia, incluidas las crónico-degenerativas, las demencias y la enfermedad de Alzheimer.

i) Fortalecer las capacidades de los trabajadores de los servicios de salud, sociales y socio-sanitarios integrados y de otros actores, en relación con la atención de la persona mayor, teniendo en consideración los principios contenidos en la presente Convención.

j) Promover y fortalecer la investigación y la formación académica profesional y técnica especializada en geriatría, gerontología y cuidados paliativos.

k) Formular, adecuar e implementar, según la legislación vigente en cada país, políticas referidas a la capacitación y aplicación de la medicina tradicional, alternativa y complementaria, en relación con la atención integral de la persona mayor.

l) Promover las medidas necesarias para que los servicios de cuidados paliativos estén disponibles y accesibles para la persona mayor, así como para apoyar a sus familias.

m) Garantizar a la persona mayor la disponibilidad y el acceso a los medicamentos reconocidos como esenciales por la Organización Mundial de la Salud, incluyendo los fiscalizados necesarios para los cuidados paliativos.

n) Garantizar a la persona mayor el acceso a la información contenida en sus expedientes personales, sean físicos o digitales.

o) Promover y garantizar progresivamente, y de acuerdo con sus capacidades, el acompañamiento y la capacitación a personas que ejerzan tareas de cuidado de la persona mayor, incluyendo familiares, con el fin de procurar su salud y bienestar.

Poniéndose en tándem con este emplazamiento, el PAMI resolvió crear una Secretaría General de Derechos Humanos, directamente asignada a realizar actividades de gerontología comunitaria, políticas de género y cuidados. La dependencia pretende materializar los derechos que surgen de los instrumentos mencionados, generando

dentro de la estructura una Gerencia de Políticas de Cuidado· y otras cinco subgerencias destinadas a la comunidad; aspectos institucionales; desarrollo; cuidados psicosociales, y capacitación en gerontología y planificación, entre otras actividades proyectadas.

3.3 El trabajo a cumplir afronta ahora un nuevo desafío con las desigualdades estructurales, porque en el sector de los adultos mayores las acciones positivas del Estado no se han visto más que en declamaciones, y la justicia poco hizo para resolver la asimetría general.

No descalificamos la sentencia individual como respuesta a la urgencia o la necesidad imperiosa para salvar la vida, solo acentuamos la necesidad de provocar en los amparos de salud, un vuelco hacia las sentencias estructurales que tengan eficacia para todos, y no solo para el amparista.

Algunos lo llaman "igualdad estructural" a este camino que vislumbra un cambio remozado del derecho de igualdad ante la ley, habiéndose dado pasos importantes al seguir las Reglas de Brasilia y encumbrar el derecho de los desventajados o discapacitados, que también se alojan en el artículo 75.23 de la Constitución Nacional.

Lo mismo se constata con el cuidado especial que, siendo prenisa del artículo 12 de la ley 27.360 (anexo I) se verifica en las propuestas del órgano de asistencia que estudiamos en este capítulo final.

3.4 En suma, el derecho a la salud, física y mental, no admite discriminaciones de sexo, género autopercibido, franjas etáreas, o cualquiera otra clase que se invente. Lo que se necesita es identificar la necesidad, el tratamiento, la protección, los medicamentos y darle a todos, por igual, el derecho a que obtenga el mejor cuidado que se estandariza con el fin de ponerlo en el grado de garantías.

La medicina, por su parte, debe salir de sus reservas por miedo al juicio de responsabilidad, que ha llevado a la emergencia al grado de la máxima ineficacia, o a un acto de valentía hipocrático. De su lado, el temor a la judicialización del acto médico, derivó en los tratamientos, a un preventivismo exagerado con la investigación disponible.

Quizás por ello, haya que volver al criterio de la Corte nacional que utiliza el "escrutinio estricto" como un molde donde encontrar la efectiva protección de los derechos humanos.

> Ante la existencia de una categoria sospechosa de discriminación, el juicio de razonabilidad de la norma (arts. 14 y 28 de la Constitución Nacional), deberá estar guiado por un escrutinio estricto, que implica una inversión en la carga de la prueba, de modo tal que es la parte que defiende la constitucionalidad de la norma la que deberá realizar una cuidadosa prueba sobre los fines que había intentado resguardar y sobre los medios que había utilizado a tal efecto, los primeros, deben ser sustanciales y no bastará que sean meramente convenientes y con respecto a los segundos, será insuficiente una genérica "adecuación" a los fines, sino que deberá juzgarse si los promueven efectivamente y, además, si no existen otras alternativas menos restrictivas para los derechos en juego que las impuestas por la regulación cuestionada (Voto de los Dres. Enrique Santiago Petracchi y Carmen M. Argibay)[609].

En otras palabras, estudiar el caso en el derecho a la salud puede confrontar con dos escenarios posibles. La urgencia que reclama resolver por estar en juego el derecho a la vida, donde el amparo es, sin lugar a dudas, la vía judicial más idónea; o razonar con pruebas y argumentos que obliguen al juicio de conocimiento, aunque sea abreviado o sumarísimo. Pero en ninguno de ellos se podrá desalojar el efecto de la decisión y los afectados directos e indirectos. Por eso, la sentencia individual podrá resolver, es cierto, pero la sentencia estructural, produce la esperanza de hacer una mejor justicia.

[609] Fallos: 330:3853.