

## EL “BIOAMPARO” ARGENTINO COMO OBJETO DEL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

Walter F. CARNOTA\*

### I

Las ricas y grandes variedades que exhibe la institución amparista en Argentina, desde su inicio por vía del derecho judicial en los ejemplares fallos de “Angel Siri”<sup>1</sup> y de “Samuel Kot”,<sup>2</sup> son notables, recogidas tanto por la normativa constitucional y legal, como así también por obra de la doctrina judicial y de los autores. Si bien el amparo argentino no ha logrado, desde el punto de vista normativo, tener la suerte de estar incluido en un “código procesal constitucional”<sup>3</sup> en donde fuera desarrollado legislativamente, tal como acontece por ejemplo, en Perú,<sup>4</sup> la praxis y una regulación dispersa le han dado realce, tanto antes, como, sobretodo, *a posteriori* de la reforma constitucional operada en 1994 (artículo 43).<sup>5</sup>

\* Doctor en derecho, por la Universidad de Buenos Aires; catedrático de las Universidades de Buenos Aires, Salvador y Lomas de Zamora; director del Programa de Actualización en Derecho Constitucional Práctico de la Facultad de Derecho UBA, y Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional.

<sup>1</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, fallos: 239: 459, 1957.

<sup>2</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, fallos: 241: 291, 1958.

<sup>3</sup> Sobre este tema, véase Sagüés, Néstor P., “Reflexiones sobre la codificación procesal constitucional”, en varios autores., “Derecho procesal constitucional”, Buenos Aires, 2006, p. 35; Asimismo, del mismo autor, “Los desafíos del derecho procesal Constitucional”, Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Derecho procesal constitucional*, México, 2003, t. I, p. 499.

<sup>4</sup> Ley 28.237. Véase Espinosa-Saldaña Barrera, Eloy, “Código Procesal Constitucional, Proceso contencioso administrativo y derechos del administrado”, Lima, 2004.

<sup>5</sup> Véase Carnota, Walter F., “Dos visiones divergentes sobre el amparo: los casos argentino y español”, *Cuestiones Constitucionales* (Revista Mexicana de Derecho Constitucional), México, núm. 9, julio-diciembre de 2003, p. 57. Véase, asimismo, Recalde, María Cecilia, *Nuestra Constitución*, Buenos Aires, 2006, p. 80.

Cabe destacar que esta verdadera “profusión de amparos”, tanto en cantidad como en calidad, en sede federal y en la órbita del llamado “derecho público provincial”,<sup>6</sup> responde a múltiples factores, pero encontramos uno que a nuestro juicio es categórico y contundente, y que ayuda, en mucho, a explicar al apuntado fenómeno.

Tradicionalmente, la administración de justicia en Argentina ha sido lenta y tortuosa, con “tiempos” bastante difíciles de poder vaticinar o pronosticar de antemano. El proverbial ingenio de la comunidad forense argentina ha hecho que se haya encontrado en la acción de amparo un remedio bastante rápido —al menos en términos relativos— y lo suficientemente eficaz como para procesar pretensiones que de otro modo hubieran quedado en el camino. Las instituciones, como quiera que se las interprete y explique, responden a necesidades sociales.<sup>7</sup> El amparo argentino ha servido para mitigar, en parte, la “sed de justicia” que muchas veces se ha constatado empíricamente en una sociedad signada por las arbitrariedades —públicas y privadas— de la más diversa laya.<sup>8</sup>

## II

Uno de esos rubros precisamente ha sido el relativo al *derecho humano a la salud*. En múltiples causas, cada vez que se ha detectado una falencia o discontinuidad en la provisión de un medicamento o de un tratamiento médico complejo, los litigantes no han vacilado en acudir y echar mano del remedio del amparo (eventualmente, de medidas cautelares y hasta de las apodadas “medidas autosatisfactivas”), para tratar de lograr

<sup>6</sup> Tal vez podríamos hacer alusión, como hacen algunos autores, al “derecho constitucional provincial” para denotar los ordenamientos jurídicos fundamentales que rigen a las unidades subnacionales.

<sup>7</sup> La prensa argentina ha retratado este fenómeno de judicialización del derecho a la salud. V. Capiello, Hernán, “Cuando la salud se resuelve en la justicia”, *La Nación*, Buenos Aires, 5 de septiembre de 2006.

<sup>8</sup> Como ejemplo, consúltense los guarismos referidos a la violación a las leyes en la Argentina. Véase Hernández, Antonio M. *et al.*, *Encuesta de cultura constitucional. Argentina: una sociedad anómica*, México, 2005, p. 128. Pero también debe constatarse que la población muchas veces detecta en el amparo a un remedio útil, una especie de “espejismo de justicia” en un contexto de injusticia. Los conocimientos suelen ser primarios y embrionarios, casi intuitivos. Véase para el caso mexicano, Concha Cantú *et al.*, *Cultura de la Constitución en México (Una encuesta nacional de actitudes, percepciones y valores)*, México, 2004, p. 41.

su objetivo, y las jurisdicciones, hasta la propia Corte Suprema de Justicia, lo han aceptado.<sup>9</sup> A esta familia de casos la hemos rotulado “bioamparos”,<sup>10</sup> por su estrecha relación y conexión con el derecho fundamental a la vida.<sup>11</sup>

Sin duda que ello ha formado parte del más vasto movimiento por la judicialización y efectiva vigencia de los derechos sociales.<sup>12</sup> Empero, detectamos ciertos caracteres singulares que son dables resaltar.

Es que esta temática tuvo rápido desarrollo y anclaje en el medio jurídico argentino, *donde las pretensiones de salud han sido muchas veces despachadas por los órganos jurisdiccionales*.<sup>13</sup>

Al respecto, se ha señalado que: “de entre los procedimientos vigentes, el elogio es para el *sabio y rendidor amparo* (que involucra, dentro de su esfera, a la declaración de inconstitucionalidad y a las medidas autosatisfactivas y cautelares). Ahora, en la modalidad... *amparo salutífero*, se muestra todo su voltaje *útil*”.<sup>14</sup>

<sup>9</sup> Así, el Tribunal cimero ha señalado que el amparo es “...el procedimiento judicial más simple y breve para tutelar real y verdaderamente los derechos consagrados por la ley fundamental”, para luego recalcar la aptitud de este mecanismo para proteger el derecho a la salud (Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, “Asociación de Esclerosis Múltiple de Salta”, sentencia del 18 de diciembre de 2003, fallos: 326: 4939). Asimismo, ha subrayado “la imprescindible necesidad de ejercer esa vía excepcional para la salvaguarda del derecho fundamental a la vida y de la salud”. Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, fallos: 325:292 (2002) y más recientemente, en “Floreancig, Andrea Cristina y otro por sí y en representación de su hijo menor c. Estado nacional s/amparo”, sentencia del 11 de julio de 2006.

<sup>10</sup> De acuerdo a la denominación que hemos seguido en Carnota, Walter F., “El «bioamparo» en el juicio de invalidez y el Ministerio Público previsional”, *Trabajo y seguridad social*, t. 2000, p. 135. Véase, asimismo, del mismo autor, “De nuevo sobre el bioamparo”, *Derecho del trabajo*, t. 2001-A, p. 674.

<sup>11</sup> El artículo 37 inciso 24 del Código Procesal Constitucional peruano habilita la interposición de amparos en materia de derecho a la salud, véase Sáenz Davalos, Luis R., “Las innovaciones del Código Procesal Constitucional en el proceso constitucional de amparo”, varios autores, *Código Procesal Constitucional comentado*, Trujillo, 2005, p. 91.

<sup>12</sup> Véase la difundida obra de Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, 2002.

<sup>13</sup> Véase Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *El umbral de la ciudadanía (El significado de los derechos sociales en el Estado social constitucional)*, Buenos Aires, 2006, p. 108.

<sup>14</sup> Véase Morello, Augusto M. y Cafferatta, Néstor A., “Dimensión social del derecho a la salud. Problemas, enfoques y perspectivas”, *El derecho*, 2005, t. 213, p. 944, énfasis en el original.

Veremos que la diversa gama de situaciones e hipótesis contempladas da pie para realizar un estudio científico de esta área que, sin lugar a dudas, pertenece al *derecho procesal constitucional*.

Y nos pareció atinente su inclusión en un homenaje al ilustre maestro mexicano don Héctor Fix-Zamudio, dado que fue él quien reivindicó al instituto amparista como un instrumento procesal.<sup>15</sup> En este sentido, también recordamos la definición que el insigne jurista aporta del derecho procesal constitucional, como “disciplina jurídica situada dentro del campo del derecho procesal que se ocupa del estudio sistemático de las instituciones, los procesos y de los órganos por medio de los cuales pueden resolverse los conflictos relativos a los principios, valores y disposiciones fundamentales, con el objeto de reparar las violaciones a los mismos”.<sup>16</sup> La alusión a los “principios y valores”<sup>17</sup> es de suyo feliz, estando en juego la vida y la salud de las personas.

### III

Para entrar a considerar la importancia del amparo en este sector del mundo jurídico argentino, previamente es menester hacer un análisis de las vicisitudes que ha tenido la problemática del llamado “derecho a la salud” a nivel constitucional.

Cabe señalar, entonces, de manera liminar, que dentro de las previsiones de la Constitución histórica u originaria de 1853 no se encontraba ninguna referencia a este derecho, fruto de la etapa del constitucionalismo en la que fue redactada (liberalismo decimonónico). Pero lo que es

<sup>15</sup> Bien aclara Ferrer Mac-Gregor que Fix concluye que el amparo es un “genuino y auténtico proceso jurisdiccional, apoyándose en las teorías publicistas, que se inician bajo la concepción del proceso como relación jurídica”. Véase Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “Aportaciones de Héctor Fix-Zamudio al derecho procesal constitucional”, en Palomino Manchego, José F. y Eto Cruz, Gerardo (coords.), *El pensamiento vivo de Héctor Fix-Zamudio (con especial referencia al derecho procesal constitucional)*, Lima, 2005, p. 105.

<sup>16</sup> Su respuesta en García Belaúnde, Domingo y Espinosa-Saldaña Barrera, Eloy (coords.), *Encuesta sobre derecho procesal constitucional*, Lima, 2006, p. 115; obra dedicada precisamente a Héctor Fix-Zamudio.

<sup>17</sup> En sentido concordante, se afirmó que “la función de los derechos como principios objetivos constituye un reforzamiento de la fuerza de validez de ellos en cuanto derechos subjetivos”. Véase Nogueira Alcalá, Humberto, *Dogmática constitucional*, Talca, 1997, p. 132.

más grave, quizás, es que tampoco hallamos soporte expreso para detectar al “derecho a la vida” que, sin mayores esfuerzos, podemos estimarlo como prevaleciente en sentido axiológico por sobre todos los demás derechos fundamentales. La prohibición de dañar que se desprende del artículo 19 (reconocimiento constitucional del principio del *alterum non laedere*) o el delito constitucional tipificado en el artículo 29 de la CN), pueden dar base a la vida como derecho fundamental, aunque sea tangencialmente reconocido.

Es precisamente la apodada “reforma de 1860” que, con la inclusión de los “derechos implícitos o no enumerados” (artículo 33), admite una regla de interpretación, capaz de posibilitar la inclusión de aquellas facultades subjetivas no enumeradas expresamente pero que surgen de la “soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno”. Dentro de esta matriz no tendríamos dificultad en colocar al derecho a la vida, como clásicamente se ha interpretado.<sup>18</sup>

Puede entenderse que como derivación del derecho a la vida, emerge —desde antaño—<sup>19</sup> el derecho a la salud. Así, tradicionalmente, lo ha entendido la Corte Suprema de Justicia argentina, en diversas ocasiones que tuvo que fallar sobre el tema.

Los debates de la Asamblea constituyente de 1957 —con antecedente en el punto en la fallida reforma de 1949— muestran las preocupaciones de sus miembros por aspectos preventivos y de rehabilitación. Sin embargo, como es sabido, el producto sancionado en 1957 consagró un constitucionalismo social “de mínima”, que muy lejos estaba de satisfacer las aspiraciones que ya documentos internacionales reflejaban sobre la materia sanitaria, como por ejemplo el artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948.

Tampoco, a nuestro criterio, la vasta empresa reformista encarada en 1994 ayudó en el punto, desperdiciando una valiosísima oportunidad para incluir con todas las letras al derecho a la salud.

<sup>18</sup> Véase Gelli, María Angélica, “El derecho a la vida en el constitucionalismo argentino: problemas y cuestiones”, en varios autores, *La reforma de la Constitución argentina en perspectiva comparada*, Madrid, 1996, pp. 127 y 128.

<sup>19</sup> Decía Bidart Campos: “en las Provincias Unidas la salud, como derecho anexo a la vida, hacia presencia indudable”. *Cf.* Bidart Campos, Germán J., “Lo viejo y lo nuevo en el derecho a la salud: entre 1853 y 2003”, *La ley*, t. 2003-C, p. 1235.

Solamente, de manera refleja, en diversas normas del nuevo texto constitucional pueden constatarse referencias al derecho a la salud. La técnica constitucional usada es desprolija si se advierte que, desde un punto de vista lógico, hubiera sido preferible partir de un reconocimiento genérico y expreso, para luego descender a ramificaciones posteriores.

Más allá, entonces, de las normas de la Constitución originaria, mentadas “supra”, hallamos los siguientes enunciados con relevancia para la temática bajo examen.

En primer lugar, merece destacarse el artículo 41 de la Constitución, según la reforma de 1994. Dicha norma comienza por hablar del derecho que tiene todo habitante a un “ambiente sano y equilibrado, apto para el desarrollo humano”.<sup>20</sup> En diversas partes de la revisión constitucional producida en ese año (por ejemplo en el artículo 75, inciso 19) queda evidenciado un “paradigma del desarrollo” que adoptó el constituyente reformador, que algunos autores han rebautizado también “del desarrollo sustentable”, para estar a tono y en sintonía con las distintas elaboraciones provenientes del derecho ambiental internacional.

Se observa, con nitidez, el énfasis puesto en el desarrollo humano, que se condice con la ya mencionada directiva del artículo 25 de la Declaración Universal, en cuanto reafirma el reconocimiento a un “nivel de vida adecuado”, y entre cuyas derivaciones menciona específicamente a la salud.

También integra el repertorio de nuevos derechos la cláusula contenida en el artículo 42 de la norma de base, igualmente incorporada en 1994. En dicho enunciado normativo se contempla que los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, entre otros aspectos, a la protección de su *salud*. Ésta es una arista más de la rica y vasta problemática que ofrece el derecho a la salud, por cierto, ni exclusiva ni excluyente. Empero, ciertas cuestiones que relacionan a la actividad privada de prestadores de servicios de salud (por ejemplo obras sociales, la llamada “medicina pre-paga”, etcétera) tienen mucho que ver con esta regla que se ha venido a sumar al edificio de los

<sup>20</sup> Es de destacar los tres fallos pronunciados a lo largo de 2006 en la causa “Mendoza, Beatriz”, sobre el saneamiento de la infestada Cuenca Matanza Riachuelo, del 20 de junio, 24 de agosto y 30 de agosto.

derechos fundamentales, *incluso en su eficacia frente a particulares*<sup>21</sup> (véase *infra*, punto VIII).

Resulta de mucha relevancia para nuestro tema, la nueva redacción que ofrece el citado artículo 43, que recepta a nivel supremo a la acción de amparo. En especial, concita nuestra atención su segundo párrafo que regula a la acción de amparo colectivo. El precepto indica:

Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al 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, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de organización.

Como veremos, en Argentina la protección “urgente”, en términos procesales, va a ser canalizada centralmente por la vía sumarísima del amparo, sin perjuicio de la incidencia de las medidas cautelares, como ya expresamos. Y es objeto de especulación doctrinaria, si el derecho a la salud es integrativo de esta nueva amplia categoría de los “derechos de incidencia colectiva”, verdaderos sucesores institucionales de lo que en la década de los ochenta se apodaban “intereses colectivos o difusos”.

Hay una corriente, desde una lectura “ambiental” del derecho, que postula que el derecho a la salud, en cuanto contiene una faz individual y otra social, presentaría rasgos distintivos de esta conceptualización de la *incidencia colectiva*. En cuanto evidencia un cariz netamente prestacional, preferimos seguir ubicando al derecho a la salud como *derecho social exigible*, sin perjuicio de admitir su “incidencia colectiva” a los fines sobre todo procesales.

Otra norma muy interesante que se acopla en 1994 es la del artículo 75 inciso 23. La misma reza que es atribución del órgano Congreso:

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 inter-

<sup>21</sup> Aquí viene a colación la cuestión de la *drittwirkung*. Véase Morello, Augusto M. y Vallefin, Carlos A., *El amparo. Régimen procesal*, La Plata, 2004, p. 346. También véase Vega García, Pedro de, “La eficacia frente a los particulares de los derechos fundamentales (la problemática de la *Drittwirkung der Grundrechte*)”, *Pensamiento constitucional*, Lima, año IX, núm. 9, 2003, p. 25. Nótese que el amparo del artículo 43 constitucional abarca e incluye a los actos tanto de autoridad pública como de particulares.

nacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad. Dictar un régimen de seguridad social especial e integral en protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del periodo de enseñanza elemental, y de la madre durante el embarazo y el tiempo de lactancia.

La importancia de este inciso es evidente por diferentes causas. En primer lugar, se prevé la necesidad de actuar los dispositivos constitucionales para que no permanezcan como “letra muerta”, práctica patológica tan común en nuestra región. En segundo término, se da hospedaje constitucional a los problemas de la discapacidad, que hasta ahora sólo contaban con apoyatura legal (Ley 22.341 y luego Ley 24.901). En tercer lugar, se da asidero a la tutela del derecho a la vida mediante una especial protección al embarazo.

Pero realmente la norma que más ha ayudado al desarrollo del derecho a la salud en los últimos años en Argentina es, sin duda, el artículo 75 inciso 22, que es la gran innovación jurídica<sup>22</sup> de la reforma constitucional. La norma aclara, de una vez por todas, las prelación en el sistema normativo, dejando en claro:

a) Que, a la par de la Constitución y compartiendo su misma *supremacía* (artículo 31 constitucional), existen ocho tratados internacionales de derechos humanos, dos declaraciones y un protocolo facultativo, que el Congreso puede ampliar o reducir. Ello se produce bajo ciertos condicionantes que contiene la norma: 1. Que estas normas internacionales no derogan artículo alguno de la parte dogmática del texto constitucional; 2. Que son complementarios de los derechos y garantías allí reconocidos; 3. Que ese ingreso a la cima de la pirámide jurídica se realiza “en las condiciones de su vigencia”, es decir, tal como Argentina los aceptó en su momento en sede internacional (con sus reservas, etcétera).

b) Los tratados internacionales comunes tienen jerarquía superior a la ley, poniendo fin, de ese modo, a una vieja querrela doctrinaria y jurisprudencial.

<sup>22</sup> Ya que en términos políticos mucho se podría hablar del antecedente del “Pacto de Olivos” y de su plasmación en el llamado “Núcleo de Coincidencias Básicas”, entre cuyos aspectos salientes figuró, como se sabe, la reelección presidencial.

Obviamente, la elevación al máximo rango de tratados y de declaraciones que tienen origen en el derecho internacional de los derechos humanos hace ingresar a una cantidad de normas que sí han profusamente desarrollado al derecho a la salud.

De todo este entramado normativo, hay autores que han colegido que la reforma constitucional de 1994 recepta expresamente al derecho a la salud. Por nuestra parte, desde antaño,<sup>23</sup> hemos sostenido que el derecho a la salud en Argentina goza de “implicitud constitucional y explicitud internacional”, en la medida en que no hay una exacta equivalencia, aunque nos pese, entre el derecho constitucional interno y el derecho internacional de los derechos humanos, frente a los condicionantes que hemos analizado. No llegamos a sostener, como hizo la disidencia del entonces juez Augusto C. Belluscio en el caso “Petric”,<sup>24</sup> que los derechos oriundos de sede internacional son “derechos de segundo grado”. Pero más allá de afinidades, de simetrías y de complementariedades, el constituyente revisor introdujo un matiz, aunque leve, que el intérprete no puede ni soslayar ni desconocer.

Sin dejar de aceptar la gran transformación operada en el horizonte jurídico a partir de la reforma constitucional de 1994, el derecho a la salud sigue sin tener, al menos en el plano interno propiamente dicho, un reconocimiento expreso y puntual, como sí lo ofrecen muchas Constituciones provinciales de la Federación.

#### IV

Todo ello ha hecho que se aumente, lo que los autores denominan, el “parámetro de constitucionalidad”, y que los márgenes del control sean, como veremos, más plásticos y flexibles.

Desde la óptica de los cánones empleados por la Corte Suprema,<sup>25</sup> vemos que el alto tribunal, en “Asociación Benghalensis y otros” (senten-

<sup>23</sup> Véase Carnota, Walter F., “El derecho a la salud: entre la implicitud constitucional, la explicitud internacional y la insipiente jurisdiccional”, *Derecho del trabajo*, t. 1996-B, p. 2964.

<sup>24</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación, fallos: 321: 956, considerando núm. 7, 1998.

<sup>25</sup> Sobre el desarrollo “canónico” del derecho constitucional, véase Balkin, J. M. y Levinson, Sanford, “Los cánones del derecho constitucional”, *Academia*, Buenos Aires, año 3, núm. 5, otoño de 2005, p. 9. Claro que *for every canon, there is a counter-cano*.

cia del 1o. de junio de 2000, fallos: 323:1339), sostuvo en su voto inicial —con remisión al dictamen del Ministerio Público— que:

el derecho a la salud, desde el punto de vista normativo, está reconocido en los tratados internacionales con rango constitucional (artículo 75, inciso 22 de la Constitución nacional), entre ellos el artículo 12 inciso c del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; inciso 1 artículos 4o. y 5o. de la Convención sobre Derechos Humanos —Pacto de San José de Costa Rica— e inciso 1 del artículo 6o. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, extensivo no sólo a la salud individual sino también a la salud colectiva. El Estado no sólo debe abstenerse de interferir en el ejercicio de los derechos individuales, sino que tiene, además, el deber de realizar prestaciones positivas, de manera tal que el ejercicio de aquéllos no se torne ilusorio.

También el voto concurrente de los entonces jueces Moline O'Connor y Boggiano hizo mérito de esta recepción normativa. Así, en el considerando décimo de esa opinión, puede leerse:

Que, a partir de la reforma constitucional de 1994, el derecho a la salud se encuentra expresamente reconocido con jerarquía constitucional en el artículo 75 inciso 22. En tal sentido, el artículo XI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre establece que toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, al vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad. El artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos dispone que 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 asistencia médica y los servicios sociales necesarios. El artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales estableció que entre las medidas que los estados parte deberían adoptar a fin de asegurar la plena efectividad del derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, deberían figurar la prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas (inciso c) y la creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad.

Véase López Bofill, Héctor, *Decisiones interpretativas en el control de constitucionalidad*, Valencia, 2004, p. 262.

En dirección muy similar, se orienta el voto convergente del juez Vázquez, en su séptimo considerando.

Recordemos que en esos actuados se discutió, dentro del contexto de esta acción amparista articulada por este ente colectivo, la obligación del Estado nacional (Ministerio de Salud y Acción Social) de proveer los medicamentos y reactivos necesarios en la lucha contra el sida, de acuerdo a lo dispuesto por la Ley 23.798.

Agreguemos que *in re* “Campodónico de Beviacqua”,<sup>26</sup> la mayoría del Tribunal refiere que:

los aludidos pactos internacionales contienen cláusulas específicas que resguardan la vida y la salud de los niños, según surge del artículo VII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, del artículo 25, inciso 2, de la Declaración Universal de Derechos Humanos, de los artículos 4o., inciso 1o. y 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos —Pacto de San José de Costa Rica—, del artículo 24, inciso 1o., del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y del artículo 10, inc. 3o. del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, vinculados con la asistencia y cuidados especiales que se les deben asegurar” (considerando diecisiete), [para señalar a renglón seguido que] ese último tratado reconoce, asimismo, 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. 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 (artículo 12, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (considerando dieciocho).

Más recientemente, y en líneas muy similares, en autos “Sánchez, Norma Rosa c. Estado Nacional” (sentencia del 20 de diciembre de 2005), la mayoría del más alto tribunal federal insistió en la ya apuntada ligazón del derecho a la salud con el derecho a la vida

que está reconocido por la Constitución nacional y los tratados internacionales que tienen jerarquía constitucional (artículo 75, inciso 22 de la ley suprema” (considerando cuarto), [para agregar que] “el Estado nacional ha

<sup>26</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina, fallos: 323:3229, 2000.

asumido compromisos internacionales explícitos orientados a promover y facilitar las prestaciones de salud, y que dicha obligación se extiende a sus subdivisiones políticas y otras entidades públicas que participan de un mismo sistema sanitario (considerando quinto, *in limine*).<sup>27</sup>

## V

Los usos forenses anglonorteamericanos señalan que “los casos difíciles hacen mal derecho” (*hard cases make bad law*), en alusión a las contorsiones intelectuales que el operador judicial del sistema debe realizar para acomodar la realidad compleja del caso al marco normativo aplicable (subsunción). Aquí parece que si bien son situaciones humanamente muy complicadas, no ofrecen muchas dudas desde la angulatura del derecho. ¿Los casos fáciles<sup>28</sup> hacen buen derecho? Parecería que el opuesto contradictorio de la célebre máxima también es verdadero.

Se ha consignado que: “la vía jurídica viene impuesta, por tanto, por la propia dinámica de las acciones humanas, en la que el hombre, además, comparece como un fin en sí mismo que posee una naturaleza racional. Frente a cualquier conflicto, la solución será verdaderamente tal si es razonable”.<sup>29</sup>

Precisamente, el movimiento apodado neoconstitucionalismo se caracteriza por una mayor participación del juez frente a enunciados normativos más amplios o de textura abierta. Ello es lo que ha acontecido en la familia de casos atinentes al derecho a la salud. En este orden de ideas, se ha expresado que la ponderación, técnica preferida por sobre la subsunción en el marco del neoconstitucionalismo aludido, “conduce a una

<sup>27</sup> Esta línea de doctrina judicial no ha impedido al más Alto Tribunal federal argentino considerar que “la tutela del derecho a la salud, no postula de modo exclusivo una materia federal sino concurrente con el derecho público local”. Véase Corte Suprema de Justicia de la nación argentina, “Gil, Facundo Martín y otra c. Asociación Francesa Filantrópica y de Beneficencia y otro s/amparo Ley 7166”, sentencia del 18 de julio de 2006, considerando núm. 3.

<sup>28</sup> Ello desde un plano normativo, más allá de las profundas opciones éticas que puedan entrañar. Véase Carnota, Walter F., “Proyecciones del derecho humano a la salud”, *El derecho*, 1988, t. 128, p. 884.

<sup>29</sup> Véase Cianciardo, Juan, “Los fundamentos de la exigencia de la razonabilidad”, en varios autores, *La interpretación en la era del neoconstitucionalismo*, Buenos Aires, 2006, p. 36.

exigencia de proporcionalidad que implica establecer un orden de preferencia relativo al caso concreto”.<sup>30</sup>

En estas hipótesis, el juez subsume y pondera, ya que hay diversos valores en juego (por ejemplo atención sanitaria *vis-a-vis* orden público económico en materia de gastos y de recursos), existiendo en la mayoría de los casos una *opción preferencial por la primera, en función del diagrama axiológico establecido por el constituyente*.<sup>31</sup>

## VI

A todo lo anterior debe agregarse que lo *procesal*, que muchas veces es visto como algo puramente accesorio, ritual o formal, adquiera en esta temática especial significación, ya que ha sido un *sano activismo judicial*, producido en las tres instancias de la judicatura, el que, en general, ha dado ímpetu y dinamismo al derecho a la salud.

Hay que destacar, en este punto, que no sólo sobresalen casos que ha decidido la Corte Suprema de Justicia, sino que encontramos también loables precedentes judiciales tanto en el primer grado como en el segundo, en sede federal, en la provincial y en la de la ciudad autónoma de Buenos Aires.

Además, acotemos que los fundamentos que han vertido las jurisdicciones inferiores no siempre han espejado los que suministró la Corte federal. Mal, entonces, se podría hablar de un “efecto derrame” (*trickle down*) de criterios o cánones fijados por el Tribunal cimero, como podría acontecer de ordinario, sino que el derrame ha sido bidireccional (*trickle down y trickle up*).

La *patencia* que asume frente a la jurisdicción, la problemática de la salud, hace que generalmente los operadores judiciales del sistema no se hayan detenido en óbices o ápices procesales frustratorios a sus requerimientos, sino que centraron su atención en la inmediata satisfacción de la pretensión articulada, a fin de evitar discontinuidades o carencias en la entrega de los medicamentos y/o tratamientos solicitados.

<sup>30</sup> Véase Prieto Sanchís, Luis, “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial”, en Carbonell, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, 2005, p. 143.

<sup>31</sup> Véase Bidart Campos, Germán J., *El orden socioeconómico en la Constitución*, Buenos Aires, 1999, p. 308, nota 2.

Ello explica la rapidez con que se ha aceptado en estos litigios la vía amparista. Es que “no caben dudas de que el carácter acuciante que generalmente exhiben las cuestiones relativas al derecho a la salud se compadece con el carácter de *pretensión urgente* que, como objeto de la acción de amparo, se disciplina en los párrafos primero y segundo del artículo 43 del plexo de base”.<sup>32</sup>

Se destaca en estos litigios una especial postura asumida por el juzgador, consistente en un compromiso más elevado y en una actitud proactiva en defensa del bien salud, similar a la que tienen los otros poderes del Estado, sobre todo la administración sanitaria.<sup>33</sup>

No es ocioso recordar que todas las cuestiones que atañen al derecho a la salud están cargadas de profunda sensibilidad (individual y social), como que pueden llegar a significar, lisa y llanamente, la diferencia entre la vida y la muerte de una persona.<sup>34</sup> Lo que suele estar en juego en esa familia de casos es mucho, y generalmente no hay tiempo para perder.

Estos pleitos, por ejemplo, han obligado a los tribunales a habilitar la feria judicial, práctica, por cierto, por lo general bastante excepcional.<sup>35</sup>

Analizado el asunto en clave macroinstitucional, no es de extrañar que la Corte Suprema argentina, en su anterior integración, buscara de-

<sup>32</sup> Véase Carnota, Walter F., “La salud como bien constitucionalmente protegido”, en Garay, Oscar Ernesto, *Responsabilidad profesional de los médicos (Ética, bioética y jurídica: civil y penal)*, Buenos Aires, 2002, pp. 144 y 145.

<sup>33</sup> El Tribunal cimero ha enfatizado “la obligación impostergable que tiene la autoridad pública 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”. Corte Suprema de la nación argentina, “Orlando, Susana Beatriz”, sentencia del 24 de mayo de 2005, fallos: 328: 1714, considerando 3 y sus citas.

<sup>34</sup> Bien se ha dicho que “si se resolviera que la vía no es apta, habría que intentar la vía ordinaria, complicándose la situación del paciente”. Véase Caputi, María Claudia, “La tutela judicial de la salud y su reivindicación contra los entes estatales”, *La ley*, t. 2005-B, p. 1467.

<sup>35</sup> Por ejemplo en Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina, fallos: 324: 5, 2001. También, Cámara Federal de la Seguridad Social de la República, Sala de Feria, “Odierna, Jorge”, sentencia del 21 de enero de 2000, publicada con nota de Carnota, Walter F., “De nuevo sobre la constitucionalidad de la Ley 24.754”, *Trabajo y seguridad social*, t. 2000, p. 215. Sobre el carácter urgente de estas pretensiones, veáse Caputi, María Claudia, “Procesos urgentes y derecho a la salud”, en *www.dialogojuridico.org*, doctrina, p. 11.

nodadamente mayores cuotas de legitimidad política y social, al fallar casos individuales de hondo calado emocional.

Hasta el Ministerio Público, órgano en la praxis institucional argentina más preocupado muchas veces por la legalidad que por la constitucionalidad, se evade de la postura refractaria asumida en “Campodónico”,<sup>36</sup> y se pliega a los nuevos ritmos fijados por la Corte en esa causa al dictaminar, por ejemplo en “Monteserin”.<sup>37</sup>

## VII

La sana tendencia que se registra en esta área es a sortear ápices u óbices procesales frustratorios de la pretensión de salud.

En el caso tanto de los “bioamparos” como en las medidas cautelares se verifica un empeño por parte de los magistrados en no detenerse en los detalles o exquisiteces del microcosmos del rito.

Así, la generosidad con la que se dispensa, tanto la vía sumarísima elegida cuanto la legitimación activa para su interposición<sup>38</sup> y la legitimación pasiva, son buenos ejemplos de esta afirmación.

Si se compulsa el derecho sentencial habido en esta área, se podrá colegir que los jueces no se han detenido en cuestiones atinentes a su competencia.

Es así que el repertorio de casos, por ejemplo en la justicia federal de la ciudad de Buenos Aires, se desparrama en una serie de tribunales, desde los juzgados contencioso-administrativos, los civiles y comerciales federales y los federales de la Seguridad Social. Todos ellos han emitido resonantes casos en la materia. Se ha verificado, por ejemplo, un gran

<sup>36</sup> Que acompañaba al ritualismo de la Administración en la materia. Sobre esto último, véase Carnota, Walter F., “¿Es necesario argumentar al extremo el derecho a la salud?”, *La ley*, 2001-B, p. 32.

<sup>37</sup> Véase dictamen del procurador general de la nación del 30 de marzo de 2001, especialmente su considerando VII, fallos: 324: 3576 y 3577. Ya al opinar en “Asociación Benghalensis”, el Ministerio Público había tenido un amplio criterio. Véase dictamen del 22 de febrero de 1999, fallos: 323:1345.

<sup>38</sup> Tal como vimos en el texto en el mentado caso “Asociación Benghalensis”, y en sus continuadores.

caudal de “bioamparos” resueltos en un juzgado penal de la ciudad de Mar del Plata, sede jurisdiccional no ortodoxa para este tipo de reclamos.<sup>39</sup>

La característica existencial de casos singulares de alto voltaje emocional por su conexión con el derecho a la vida<sup>40</sup> han tornado más viables estos amparos que en otra clase de litigios claramente de contenido patrimonial, como ser los juicios por los ahorros “acorralados”, fuertemente estigmatizados por la Corte en “Bustos”.<sup>41</sup> Parecería, para el Tribunal, más fácil digerir estos avances que los otros, más frontales si se quiere —y más costosos en su masividad—<sup>42</sup> a la política económica del gobierno.<sup>43</sup>

Resulta, por lo demás, interesante destacar, en el análisis de estos dos últimos pronunciamientos, cómo el Tribunal no se enreda en consideraciones falsamente autonomistas o federalistas, para exonerar de sus obligaciones al Estado nacional.

En “Campodónico”, el alto tribunal claramente para insistir en la obligación del Estado federal (en los términos del artículo 28 de la CADH) al respecto, ya que:

el Estado nacional ha asumido, pues, 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 (artículo 3o., Convención sobre los Derechos del Niño, ya citada) (considerando vigésimoprimer).

<sup>39</sup> Con fecha 14 de junio de 2006, la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires dispuso una distribución *across the board* entre todos los fueros de las acciones de amparo (resolución 1358).

<sup>40</sup> Se ha dicho con acierto que el derecho a la salud en la jurisprudencia amparista es el corolario del derecho a la vida. Véase Rivas, Adolfo, *El amparo*, Buenos Aires, 2003, p. 306.

<sup>41</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, fallos: 327: 4495, 2004.

<sup>42</sup> La tensión entre el presupuesto de gastos fijado por el Congreso y la actividad jurisdiccional en defensa de los derechos fundamentales es retratada en Sagüés, Nestor P., *El sistema de derechos, magistratura y procesos constitucionales en América Latina*, México, 2004, p. 18.

<sup>43</sup> Véase el elusivo consenso en Corte Suprema de la Nación Argentina, “Fowler Newton, Enrique”, sentencia del 11 de octubre de 2005.

No debe olvidarse que a tenor de lo prescrito por el artículo 28 de la Convención Americana de Derechos Humanos (o Pacto de San José de Costa Rica), que lleva por rúbrica el mote de “cláusula federal”,<sup>44</sup> quien se obliga internacionalmente es el Estado federal. Es él quien tiene personería jurídica internacional para actuar en los diversos foros, ya que correlativamente es quien ostenta el poder de conducción de las relaciones exteriores. Aparece así internacionalmente obligado, más allá de las acciones de repetición que se puedan desencadenar en el ámbito de la Federación.

El “federalismo sanitario”<sup>45</sup> requiere de ese modo de políticas propias del “federalismo de concertación”,<sup>46</sup> en donde todos los poderes —los centrales y los locales— deben coadyuvar a la realización del derecho a la salud.

## VIII

Téngase presente que el citado artículo 75 inciso 23 de la Constitución argentina reformada prevé como grupos de preferente tutela a los niños, a los ancianos, a las mujeres y a las personas con discapacidad. Para estos colectivos, tradicionalmente desaventajados, la referida norma constitucional requiere del Congreso (y, por extensión, de los otros poderes públicos) el despliegue de medidas de acción positiva que eventualmente lleguen a la discriminación (benigna) para igualar, tal como ha acontecido con la *affirmative action* en los Estados Unidos.

Dentro de estos casos, muchas veces vemos involucrados a menores de edad, con lo cual, adicionalmente, viene a jugar la Convención de los Derechos del Niño, también con jerarquía constitucional a tenor de lo reglado por el artículo 75 inciso 22 de la ley fundamental.

<sup>44</sup> Véase Carnota, Walter F., “Federalismo y derechos humanos”, *El derecho*, 1988, t. 127, p. 909.

<sup>45</sup> Véase Tobar, Federico y Rodríguez Ricchieri, Pilar, *Hacia un federalismo sanitario efectivo*, Buenos Aires, 2004.

<sup>46</sup> Véase Carnota, Walter F., *Derecho federal (Sus implicancias prácticas)*, Buenos Aires, 2005.

Así, hay toda una línea de precedentes de la Corte que recuerda la especial protección a la niñez en relación con la tutela de su salud.<sup>47</sup>

## IX

Finalmente, así como el alto tribunal argentino ha sido generoso en deparar legitimación activa a entes colectivos cuyos fines propendían a la defensa del bien salud, también extendió la responsabilidad del Estado nacional a casos en que el accionante se hallaba vinculado contractualmente con un gestor sanitario privado.

Así se observa en el dictamen del entonces procurador general de la Nación al que la Corte Suprema remitió en la causa “Etcheverry, Roberto” (sentencia del 13 de marzo de 2001, fallos: 324: 677), que se expresa:

El amparista, situado como consumidor en una posición de subordinación estructural y urgido ciertamente de tutela, acude por esta vía sumaria ante los tribunales de justicia postulando, en definitiva, que so pretexto de un argumento de autonomía contractual, la demandada le ha negado la cobertura médico-asistencial a la que se había comprometido. Reclama, por este medio, la protección de su derecho a la salud, en el contexto de los llamados “derechos humanos de la tercera generación”, los que, como se vio, no se encuentran, al menos básicamente, declarados frente al Estado, sino, antes bien, respecto de los particulares, aun cuando —como se ha dicho— anudados a situaciones de subordinación negocial determinadas tanto por el hecho de la “adhesión” como del “consumo”. Situados en este plano y en un marco de indeterminaciones tanto fácticas como normativas respecto de las cuales ya se prodigó detalle, y de una contratación, además, de naturaleza atípica a propósito de cuyos rasgos más destacados igualmente se hizo hincapié, es que estimo que asiste razón al actor en su pretensión de amparo jurisdiccional.

Es que las actividades mercantiles de las obras sociales y de la medicina prepaga no dejan de “proteger las garantías a la vida, salud, seguridad e integridad de las personas, por lo que adquieren un cúmulo de com-

<sup>47</sup> Entre muchos otros, véase Corte Suprema de la Nación argentina, “Policlínica Privada de Cirugía”, sentencia del 11 de junio de 1998, considerando 8, fallos: 321: 1687.

promisos que exceden o trascienden el mero plano negocial”.<sup>48</sup> Ello es así, dado que “el derecho a la salud —que no es un derecho teórico, sino uno que debe ser examinado en estrecho contacto con los problemas que emergen de la realidad social, para lograr así contornear su genuino perfil— penetra inevitablemente tanto en las relaciones privadas como en las semipúblicas”.<sup>49</sup>

## X

A lo largo de la presente contribución se ha intentado delinear la figura del “amparo sanitario” o “bioamparo”, en la inteligencia que muchas de sus experiencias puedan servir de fructífera lección para el desarrollo del derecho procesal constitucional argentino.

El amparo, en cuanto se revela como *garantía estratégica*<sup>50</sup> en este ordenamiento jurídico, ha sabido estar a la altura de las circunstancias, y tiene aún mucho más para ofrecer de cara a la sociedad que le dio cabida.

<sup>48</sup> Del dictamen del procurador general de la nación *in re* “Hospital Británico”, del 29 de febrero de 2000, fallos: 324: 768, cuyos fundamentos son compartidos por la Corte Suprema en su sentencia del 13 de marzo de 2001, fallos: 324: 772.

<sup>49</sup> *Idem*.

<sup>50</sup> Véase Carnota, Walter F., “Nuevas dimensiones de los procesos constitucionales. La acción de amparo colectivo”, en Bidart Campos, Germán J. *et al.*, *El derecho constitucional del siglo XXI. Diagnóstico y perspectivas*, Buenos Aires, 2000, p. 404.