

Lautaro Ezequiel Pittier*

Derecho a la salud en el derecho interno y la acción de amparo en el derecho constitucional argentino¹

Right to the health in the national law and the “amparo” action in the Argentine constitutional law.

Fecha de recepción: 30 de mayo de 2013
Fecha de aceptación: 9 de agosto de 2013

RESUMEN

El amparo ha ido cobrando en la Argentina importancia a la hora de garantizar ciertos derechos. El nivel de cobertura a la salud queda librado a la determinación política y a la discrecionalidad de cada Estado para la formulación y ejecución de sus políticas públicas en la materia. Es el Estado el máximo y último responsable a cargo de velar por la salud de sus habitantes y así se ha comprometido en diversos instrumentos internacionales. En ese orden de responsabilidades, debe arbitrar los medios administrativos más rápidos y expeditos posibles para asegurar que sus habitantes gocen del derecho a la salud en forma plena y expedita. Es por ello que el Estado no pude ampararse en procedimientos burocráticos para justificar la ausencia de cobertura.

Palabras Clave: Amparo, Derecho, Salud, Constitución, Tratados.

ABSTRACT

The “amparo” has been gaining in importance in Argentina to guarantee certain rights. The level of health coverage is left to the political determination and the discretion of each State for the formulation and implementation of public policies in the field. The State is the supreme and ultimate person in charge of ensuring the health of its inhabitants and so is committed in various international instruments. Along these responsibilities, it shall devise means faster and expeditious administrative ways to ensure that its citizens enjoy the right to health. That is why the State could not rely on bureaucratic procedures to justify the lack of coverage.

Keywords: Amparo, Law, Health, Constitution, Covenant.

* Abogado, Abogado Consultor, Dirección General de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Ciencia Tecnología e Innovación Productiva de la Nación; Docente Adjunto de Derecho Comercial I Facultad de Ciencias Económicas de la UNLZ; Docente Derechos Humanos, y de Derecho Constitucional Argentino, de la Facultad de Derecho de UNLZ; y Docente SEUBE – CBC UBA; Ex Coordinador del Programa Empoderar “Responsabilidad ciudadana y Ciudadanía Universitaria”. Participación activa en la comunidad a través del aprendizaje servicio” Autor de diversos trabajos publicados y expuestos en diversos congresos y jornadas nacionales e internacionales.

¹ El presente Trabajo surge de una investigación personal motivada por los múltiples amparos que el autor ha tenido que interponer y que marcaron profundamente mi actividad profesional. A modo de ejemplo se citan dos: “MORELLI, MIRIAM C/ Ministerio de Salud de la Nación y Obra social

1. UN POCO DE HISTORIA SOBRE LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO A LA SALUD EN EL DERECHO ARGENTINO

Hasta la reforma de 1994, no existía texto alguno de jerarquía constitucional que consagrara explícitamente el derecho a la salud. El nuevo art. 42 de la CN dispone la protección de la salud, aunque en el contexto particular de la “relación de consumo”. El art. 75 inc. 22 de la CN establece la jerarquía constitucional del PIDESC² (Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), el cual estipula el derecho a la salud con un contenido y alcance más específico, refiriendo las obligaciones asumidas por el Estado³.

Cabe destacar que el Pacto no obliga a que el Estado se haga cargo de toda cobertura, basta para cumplir la obligación *que toda persona pueda acceder a servicios de salud*, teniendo en cuenta, si fuera necesario, su capacidad contributiva, dada la finalidad de equidad que caracteriza el paradigma del derecho social.

En efecto, el nivel de cobertura queda librado a la determinación política y a la discrecionalidad de cada Estado para la formulación y ejecución de sus políticas públicas en la materia. El Pacto fija los objetivos que deben ser

Bancaria Argentina s/ Acción de Amparo” (Fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación 08/09/2009); y, “LLOVERAS, Georgina Beatriz c/ IOMA s/ AMPARO”, Expte. Nro. 32.110, que tramitó por ante el Tribunal de Trabajo N° 4 del Departamento Judicial de Lomas de Zamora, Provincia de Buenos Aires.

² Pacto Internacional de Derechos, Económicos Sociales y Culturales, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, abierto a la firma en la ciudad de Nueva York, Estados Unidos de América, el 19 de diciembre de 1966. Aprobado por la República Argentina según ley 23.313 (sancionada el 17/4/86; promulgada el 6/5/86; publicada en BO 13/5/86), juntamente con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y su Protocolo Facultativo. A partir de la reforma en el año 1994, el nuevo art. 75 inc. 22 de la CN reconoce su jerarquía constitucional.

³ El art. 12 del PIDESC dispone que:

- “1. Los Estados Partes reconocen en el presente Pacto 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 mortalidad infantil 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 en caso de enfermedad.”

alcanzados por los Estados, mientras la discrecionalidad de estos radica, en la selección de los medios⁴ con los cuales cumplirá esas metas.

Por otra parte, en el orden internacional, cabe mencionar al Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, como aquel órgano al cual los Estados deben remitir sus informes periódicos, dando cuenta del cumplimiento de sus obligaciones bajo el PIDESC⁵.

2. LA DENOMINADA VÍA AMPARISTA

Cada vez son más y más habituales las acciones contra obras sociales y contra organismos gubernamentales para el efectivo reconocimiento del derecho a la salud. Si una obra social, prepaga u organismo público se niega o retarda en entregar medicamentos, o a autorizar una práctica o intervención quirúrgica, aunque se ponga en serio riesgo la salud de una persona, la única alternativa es la vía judicial. Este es el típico caso que

⁴ En el orden local, el sistema sanitario público, está integrado por el conjunto de obligaciones positivas constituido por las Leyes 23.660 y 23.661, Decretos 492/95 y 1615/96 –Adla LVII-A, 141-, Resolución Ministerial del MS y AS 247/96 y modificatorias (542/1999, 157/1998, 939/2000 y 1/2001), entre las más esenciales.

⁵ El objetivo propuesto por el Pacto se refiere al disfrute “del más alto nivel posible de salud física y mental”, noción compatible con la obligación de progresividad reglado en su art. 2.1. Ver en este sentido, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General Nº 14, Punto 43, donde se detallan las obligaciones básicas correspondientes, ver apartado 3º punto b) de esta parte I.

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales fue establecido en 1985 a través de una resolución del Consejo Económico y Social; se reunió por primera vez en 1987 y está integrado por dieciocho expertos que no representan a los gobiernos.

En los debates de 1990, el Comité insistió en el “contenido mínimo” de estos derechos afectados por los problemas de deudas, de los ajustes estructurales y del empobrecimiento generalizado. El informe del Comité en su sexta reunión especificaba, entre sus directrices revisadas sobre los informes presentados por los Estados, la necesidad que los mismos contengan informaciones sobre indicadores económicos y sociales e indicaciones sobre el estándar de vida no solo de la sociedad como un todo, sino también de determinados grupos, particularmente los más vulnerables, y sobre determinados derechos –vivienda, salud física y mental, educación-. En base a un estudio comparado de la judicabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. (Cfr. Albanese S., *op. cit.*).

El Comité ha pronunciado las siguientes Observaciones Generales: OG Nº 1 (1989) “Presentación de Informes de los Estados Partes”; OG Nº 2 (1990) “Medidas de Asistencia Técnica Internacional”; OG Nº 3 (1990) “La índole de las Obligaciones de los Estados Partes –párrafo 1 del art. 2º del PIDESC”; OG Nº 4 (1991) “El Derecho a la Vivienda Adecuada –párrafo 1º del art. 11 del PIDESC”; OG Nº 5 (1994) “Personas con Discapacidad”; OG Nº 6 (1995) “Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Personas de Edad”; OG Nº 7 (1997) “El derecho a una vivienda adecuada (párr. 1º del art. 11 del PIDESC): los desalojos forzados”; OG Nº 8 (1997) “Relación entre las sanciones económicas y el respeto a los derechos económicos, sociales y culturales” OG Nº 9 (1998) “La aplicación interna del Pacto”; OG Nº 10 (1998) “La función de las instituciones nacionales de derechos humanos en la protección de los derechos económicos, sociales y culturales”; OG Nº 11 (1999) “Planes de acción para la enseñanza primaria (art. 14)”; OG Nº 12 (1999) “El derecho a una alimentación adecuada (art. 11)”; OG Nº 13 (1999) “El derecho a la educación”; OG Nº 14 “El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (2000)”. Además de esta función, el Comité emite Observaciones Generales, que constituyen la interpretación autorizada de las cláusulas del Pacto, por parte del propio órgano de contralor.

se presenta en la actualidad en la Argentina y el que tomaremos como modelo de análisis.

El fenómeno del uso de la acción de amparo para lograr la plenitud del derecho a la salud puede transformarse en el futuro en otro “boom” de amparos como el que ocurrió en 2001, año en el que una catarata de amparos inundaba las Receptorías de Expedientes y los Juzgados y Tribunales de todos los fueros.

En efecto, se pueden hacer reclamos, intercambiar epístolas pero si no se recurre a la vía judicial el reclamo no es escuchado. En circunstancias como estas y ante la extrema violación al derecho a la salud, la falta de prestación del servicio, la falta de control del Estado en esta cuestión, hacen que la única vía admisible para el caso sea la de la acción de amparo. Es decir, dado que el amparo es un mecanismo utilizable en las delicadas y extremas situaciones en las que, por carecer de otras vías aptas, peligra la salvaguarda de derechos fundamentales; por esa razón su apertura exige circunstancias muy particulares caracterizadas por la presencia de arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, frente a las cuales los procedimientos ordinarios resultan ineficaces. (CSJN, 15-7-97, García Santillán c/ANSeS; CNCAF, 1^a, 27-2-98, Cichello c/Colegio Público de Abogados de Capital Federal; 5^a, 24-2-97, Gallegos c/ANA).

La jurisprudencia aplicable ha señalado que tanto la **ilegalidad** como la **arbitrariedad** deben ser manifiestas, ya que los vicios tienen que aparecer visibles al hacer un examen jurídico.

Así, el Estado Nacional es *garante* de la salud de todos sus habitantes y, en tal carácter, tiene la función esencial de controlar a las empresas prestatarias de servicios de salud. Tal como lo establece nuestra Carta Constitucional y los tratados internacionales sobre derechos humanos que la República Argentina ha decidido adoptar o ratificar, el Estado se ha obligado, en consecuencia, a garantizar a sus habitantes un nivel de salud adecuado conforme la dignidad humana y al derecho a una vida digna.

En tales circunstancias, el Estado Nacional debe disponer de los recursos necesarios para adquirir en última instancia, por ejemplo, los medicamentos oncológicos que aseguren a los pacientes de tal flagelo afrontar con éxito los tratamientos tortuosos y altamente costosos a los cuales se someten para preservar su vida y lograr obtener la ansiada cura.

Es el Estado el máximo y último responsable a cargo de velar por la salud de sus habitantes y así se ha comprometido en diversos instrumentos internacionales. En ese orden de responsabilidades, debe arbitrar los medios administrativos más rápidos y expeditos posibles para asegurar que sus habitantes gocen del derecho a la salud en forma plena y expedita. Es por ello que el Estado no puede ampararse en procedimientos burocráticos para justificar la ausencia de cobertura.

En este orden de ideas, el daño que se produce ante *un acto de naturaleza negativo (omisión)* que amenaza con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta el derecho al goce efectivo del equilibrio físico, psíquico y social que la Constitución Nacional garantiza, debe cesar de manera inmediata.

En casos como los reseñados se encuentran cumplidos los presupuestos sustanciales requeridos por la Constitución Argentina para la procedencia de la acción de amparo, en razón de tratarse de una omisión proveniente de una entidad prestataria de servicios de salud, -autorizada por el Estado Nacional para operar en el “mercado”- y de parte del Estado Nacional que amenaza, con arbitrariedad e ilegalidad el efectivo goce del derecho a un equilibrio físico, psíquico y social y pone en peligro la continuidad de la vida. Los efectos de la conducta lesiva y omisiva se prolongan en el tiempo resultando improcedente el requisito del art. 2 inc. De la ley 16.986.

3. VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA VIDA, DERECHO A LA SALUD, DERECHO A LA INTEGRIDAD FÍSICA, DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL, CONSAGRADOS EN LA CONSTITUCIÓN NACIONAL Y LOS TRATADOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS CON JERARQUÍA CONSTITUCIONAL

Se ha dicho que “(...) El derecho a la salud es un derecho multidimensional y está dentro de la categoría de los derechos personalísimos e implícitamente comprendido dentro del derecho a la vida vinculándose además con los derechos a la integridad y a la privacidad”.

La Organización Mundial de la Salud lo define como “un estado completo de bienestar físico, mental y social y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades”.

La protección a tal derecho esencial pone en cabeza del Estado y de las entidades autorizadas por el mismo para prestar servicios médicos obligaciones de hacer, es decir de garantizar y adoptar todas las medidas necesarias para que, en caso de las obras sociales los afiliados, y en caso del Estado Nacional todos los habitantes del país, gocen de tal derecho, en concordancia con lo expresamente previsto en el Preámbulo de la Constitución Nacional Argentina, referido a promover el bienestar general.

La Cámara Federal de Apelaciones de La Plata tiene dicho que “La protección de la salud es un corolario del propio derecho a la vida y la integridad física de la persona humana reconocido tanto en la Constitución Nacional como en los Tratados Internacionales que al ser incorporados en el art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional tienen también jerarquía constitucional” (Conforme Sala III, Exp. N° 2080/02, “Martín María Elsa c/ PAMI y PEN s/ amparo”; N° 11.834/05, “NIFOSI, Manuel Osvaldo y otro c/ Estado Nacional s/ amparo” (incidente de apelación).

El basamento de esta postura se encuentra en la Constitución Argentina en su preámbulo, y en los arts. 41, 42, 75, inc. 19, 22 y 23; art. XI referido al derecho a la preservación de la salud y el bienestar de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; art. 25 - 1) (derecho a la salud y al bienestar), de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre; art. 12 (reconocimiento del Estado al derecho del más alto nivel posible de salud física y mental, adoptando medidas de prevención y tratamiento de enfermedades para asegurar la efectividad de ese derecho) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; art. 5to., inc. e), IV (el Estado se compromete al goce del derecho a la salud pública, la asistencia médica, la seguridad social y los servicios sociales) de la Convención Interamericana sobre eliminación de todas las formas de discriminación racial; art. 4º (derecho a la vida) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica); arts. 1º y sig., Ley 22.269; arts. 1º y 3º de la Ley 23.660; art. 1º, 2º, 3º y sig., Ley 23.661; normas éstas todas tendientes a asegurar condiciones y asistencia médica y servicios médicos adecuados.

En la inteligencia interpretativa expuesta, se advierte que, en términos generales, cabe proceder con amplitud de criterio para admitir peticiones sobre el derecho a la salud, teniendo en cuenta su finalidad y para evitar la eventual frustración de un derecho de la magnitud como el que se discute.

La salud siendo un derecho humano de todos los seres humanos, tanto individual como social, debe incluir la protección de la integridad física.

En definitiva, el derecho a la salud implica pues fundamentalmente que todos estén en igualdad de condiciones para planificar su vida a fin de que cada persona pueda llevar a la práctica el plan que ha escogido.

El concepto de atención a la salud, reconocido en distintas maneras por constituciones, leyes y reglamentos, implica, además, que los ingresos de las personas, no deben constituir un elemento crítico para determinar quiénes reciben servicios de salud y en qué medida.

El Dr. Angel Tullio (1998), señalaba que “*el derecho a la salud se considera un derecho humano básico, a pesar que resulta evidente que no es posible garantizar a nadie una salud perfecta. Por consiguiente resulta más correcto hablar del derecho a la atención a la salud en su integridad. Se considera que esa atención comprende una variada gama de servicios: promoción de la salud, prevención, tratamiento y rehabilitación de la enfermedad, pero principalmente garantizando la digna calidad de vida.*”

De hecho, y gracias a la reforma de la Constitución Nacional Argentina, específicamente con el nuevo artículo 75 inc. 22, que incorpora al texto constitucional tratados internacionales de derechos humanos en el que se destaca el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que en su art. 12 expresa: “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....” Y el punto 2 inc. D establece que Los Estados Partes deberán, entre otras medidas a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, la creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad. Es dable señalar que el derecho a la salud se ve contemplado además en el art. 1.1. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que también goza de jerarquía constitucional.

No puede escapar del análisis de este caso en cuestión el silencio y el virtual abandono que deja en un estado de indefensión tal al afectado que obligan a utilizar el recurso de amparo como garantía rápida y expedita que les otorgue el tratamiento acorde a una grave enfermedad; enfermedad que de no ser tratada a la brevedad llevará seguramente a la víctima a enfrentarse a un peligro mortal.

5. LA COMPETENCIA

Unánimemente la jurisprudencia ha establecido que “Resulta competente para conocer en la acción de amparo todo juez o tribunal letrado de primera o única instancia en turno con competencia territorial y de materia con jurisdicción en el lugar (art. 4º, ley 7166), criterio que aparece ahora robustecido a la luz de la reforma constitucional provincial de 1994, pues ella establece que la acción de amparo procederá ante cualquier juez”. (SCJBA, 1998).

En la acción de amparo debe prevalecer, teniendo en cuenta que es una garantía constitucional dotada de un trámite sumarísimo y de excepción, el principio de celeridad. En virtud de éste es que se faculta a los magistrados de cualquier materia, aunque ello conspire con el principio de especialidad, a conocer del amparo interpuesto.

De la interpretación armónica, coherente y sistemática de los artículos 16 y 4º de la ley 16.986, surge que el juez puede y debe analizar su competencia en la acción de amparo. Esta diligencia no está ni expresa ni tácitamente prohibida por el aludido artículo 16. En el juicio de amparo, la declaración de incompetencia sólo es viable cuando resulta nítida y manifiesta, debiéndose evitar que se incurra en privación de justicia a quien promueve la acción. (CNCiv, H, 29-8-96, Lozano c/INAM).

¿Qué sucede en la provincia de Buenos Aires respecto de los amparos?

Si el reclamo corre la suerte de caer sorteado o llegar en el turno de un juez diligente, él mismo, personalmente, se pondrá a hacer su trabajo, proveyendo el primer despacho que solicita informes a las demandadas: que en su caso serán la obra social y el Ministerio de Salud. Si el Juez es aún más diligente hará eso y además se comunicará vía telefónica notificando del amparo a las contrarias e intentando conseguir se autorice la intervención quirúrgica, la práctica médica, la prótesis, la medicación, etcétera.

Si por el contrario, se tiene la desgracia de caer en un Juzgado poco diligente, lo que le sucederá con toda probabilidad es que rechazarán el amparo. El argumento puede llegar a ser “la falta de agotamiento de la vía administrativa.”

Sucede que hay jueces que creen que el amparo puede llegar a requerir el agotamiento de la vía administrativa. Así ha sucedido en muchos amparos⁶.

Cabe mencionar, en relación a los reclamos previos administrativos, la Doctrina de la Corte Suprema que establece: “....Cuando el requisito del reclamo administrativo, se convierte en una exigencia ritualista e injusta por su inutilidad, el recurso de Amparo es procedente”⁷.

Asimismo, tal cual surge de los hechos narrados en el amparo, la medicación que las Obras Sociales niegan son, en general, indispensables para la salud, la integridad física y en definitiva para la vida. Ya que las medicaciones que se solicitan siempre son vitales para una recuperación, tratamiento y supervivencia.

Además, el art. 2 de la ley 7.166 establece que “la acción de amparo sólo procederá cuando no exista otros procedimientos ordinarios administrativos o judiciales, que permitan obtener el mismo efecto”. Ante esto, es dable preguntarse: ¿cuál es la vía ordinaria que logre que se entregue la droga requerida en tan escaso tiempo?.

Cabe preguntarse: ¿resulta necesario requerir el agotamiento de la vía administrativa cuando el inicio de un expediente de reclamo en la Obra Social o en el Ministerio de Salud de la Nación demoraría no menos de 30 días? ¿Debe esperarse pacientemente ese lapso sabiendo que el precioso tiempo que transcurre hace peligrar un tratamiento y coloca en peligro de muerte al amparista?.

Resulta también casi innecesario agregar lo que también señala la doctrina al respecto: El Dr. Germán Bidart Campos considera que la acción de amparo es subsidiaria, y que por ello “la existencia de otras vías judiciales no obsta al uso del amparo si esas vías son menos aptas para la tutela inmediata que se debe deparar”. La Dra. María Angélica Gelli, afirma que partiendo del texto constitucional es indiscutible que

⁶ Morelli, Miriam c/Obra Social Bancaria Argentina y/o Ministerio de Salud de la Nación s/ Amparo” Sentencia del 17 de Septiembre de 2008 Causa 11590 que tramitó ante el Juzgado de Garantías Nro. 3 del Departamento Judicial de Lomas de Zamora, Recurso de apelación concedido el 18 de septiembre de 2008. Resuelto en forma favorable por la Cámara Contencioso Administrativa Federal de La Plata y por la Exma. Corte Suprema de Justicia de la Nación en el que el autor resultó patrocinante.

⁷ Doctrina de Fallos: t.238, p.550; t. 247, p. 176, 286,272 (Excma. Corte); La Ley t. 89, p.412; t. 253, p. 133; t. 268, p. 271.

ya no resulta exigible el agotamiento de la instancia administrativa para utilizar la vía del amparo. Y en suma sostiene que: a) la admisibilidad del amparo no exige la existencia ni agotamiento de las vías administrativas; b) la existencia de medios judiciales descarta, en principio la acción de amparo; c) el principio mencionado en (b) cedería cuando la existencia y empleo de los remedios judiciales impliquen demoras o ineficacias que neutralicen la garantía.

Asimismo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación recientemente ha dicho:

“El mero señalamiento de la existencia de otras vías procesales implica desconocer que no se debe resistir dogmáticamente la admisibilidad del amparo para ventilar un asunto que, como cualquier otro que se promueva a través de esa acción contaría, desde luego, con dichas vías alternativas, ya que de otro modo cabría considerar que la Constitución Nacional en su artículo 43 ha establecido una garantía procesal que, en definitiva, resultaría intransitable”⁸.

Y en otro fallo sostuvo:

“Siempre que se amerite el daño grave e irreparable que se causaría remitiendo el examen de la cuestión a los procedimientos ordinarios deben los jueces habilitar las vías del amparo (V. Fallos: 299:358; 305:307 y 327:2413), ya que la existencia de otras vías procesales que puedan obstar a su procedencia no puede formularse en abstracto sino que depende –en cada caso– de la situación concreta a examinar. (...). Que la acción de amparo es particularmente pertinente en materias como las que trata el sub lite relacionadas con la preservación de la salud y la integridad física. Y frente a graves problemas como los que rodean la garantía del derecho a la salud, no cabe extremar la aplicación del principio según el cual el amparo 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 esta índole⁹.

⁸ Conforme CSJN, Fallos 601 T XLII, RHE, Autos: Freidenberg de Ferreyra, Alicia Beatriz c/ Honorable Legislatura de Tucumán, del 12 de Agosto de 2008.

⁹ Fallos: 328:4640, Voto del Juez Lorenzetti). (M. 2648. XLI Recurso de Hecho, Autos: María, Flavia Judith c. Instituto de Obra Social de la Provincia de Entre Ríos y Estado Provincial,

Es dable señalar que no todo el Departamento Judicial de Lomas de Zamora o de la Provincia de Buenos Aires puede resolver de esta manera u observar este tan mal criterio. Sólo se cita un ejemplo anecdótico de cómo puede interpretarse la Constitución Nacional.

6. CONCLUSIONES

A lo largo del desarrollo del presente se ha intentado destacar la trascendencia que ha cobrado la reforma constitucional de 1994, a la luz de la cual ha modificado o esclarecido sustancialmente el criterio jerárquico de fuentes de nuestro derecho, supeditando los derechos fundamentales por sobre las razones de Estado.

Al parecer y si bien ya ha pasado mucho tiempo desde la reforma Constitucional, encontramos en el poder judicial muchos magistrados que siguen trabajando con la Constitución anterior o parecen no poder interpretar su contenido claramente.

Este trabajo ha pretendido analizar las pautas internacionales a las cuales el Estado argentino debe ajustarse, a fin de afianzar y promover un Estado de Derecho, tanto democrático como social, realizando una suerte de comprobación empírica. Es por ello, que la exposición se limitó a un desarrollo crítico de confrontación entre doctrina y jurisprudencia. A continuación, se exponen las conclusiones a las cuales se ha arribado:

1. La noción del derecho a la salud como especie del género derechos sociales, se caracteriza por su contenido, es decir; por el conjunto de obligaciones positivas asumidas por el Estado que atribuyen sentido y significado, estableciendo su alcance y aplicación.

Presenta dos perfiles delimitables: el primero, integrado por algunas obligaciones tendientes a evitar que la salud sea dañada, ya sea por terceros –ya sea el Estado u otros particulares– (obligaciones negativas), o por otros factores controlables –tales como epidemias, prevenir enfermedades evitables, a través de campañas de vacunación– (obligaciones positivas).

El segundo perfil está integrado por otras obligaciones tendientes a asegurar la asistencia médica una vez producida la afectación a la salud, es decir el “derecho a la atención o asistencia sanitaria”, cuyo contenido implica, entre algunas prestaciones, la complejísima tarea de planificación y previsión de recursos presupuestarios necesarios para llevar a cabo su satisfacción.

2. En nuestro sistema jurídico, el derecho está consagrado en el art. 42º de la CN y en los arts. 12 inc. c) del PIDESC; 4º incs. 1º y 5º de la CADH; 5º y 6º del PIDCP por aplicación del art. 75 inc. 22 de la CN, y decretos reglamentarios y resoluciones del Ministerio de Salud de la Nación.
3. La interpretación del derecho a la salud, desde la perspectiva del derecho internacional de los derechos humanos, atribuye un sentido más amplio al alcance y significado, de modo tal que se complementa con la reglamentación legal local. Por otra parte, cabe destacar que se encuentra regido por una pauta rectora de hermenéutica específica, el principio de progresividad.
4. La anemia administrativa no puede impedir la plena vigencia del derecho a la vida, la salud, integridad física y el derecho a la vida digna.
5. El Amparo se ha transformado en una herramienta para requerir a la Administración Pública mediante la intervención judicial que asegure al afectado su derecho a la salud y a la integridad física.
6. Debe darse mayor celeridad a los trámites de amparo y debe capacitarse a la justicia interveniente en materia de derechos humanos, garantías constitucionales y en Doctrina Judicial.

BIBLIOGRAFÍA

- Bidart Campos, Germán. “*Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*”, Buenos Aires, Ediar, 1989.
- Fayt, Carlos S. “*Nuevas Fronteras del Derecho Constitucional, La dimensión Político Institucional de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*”, Buenos Aires, La Ley, 1995.
- Gelli, María Angélica “*Constitución de la Nación Argentina Comentada y Concordada*”, Buenos Aires, La Ley, 3ra. Edición, 1ra. Reimpresión 2006.
- Recalde, María Cecilia, “*Nuestra Constitución*”, Buenos Aires, El Derecho, 2006.
- Sabsay, Daniel A. – Onaindia, José M, La “*Constitución de los Argentinos*”, Buenos Aires, Errepar 2004.
- Tullio, Ángel A., Ponencia en el *Congreso Internacional de Derechos Humanos Frente al Año 2000*, Lomas de Zamora, Instituto de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lomas de Zamora ED UNLZ, 1998.
- Organización de Estados Americanos *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*, aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana, en Bogotá, Colombia, 1948.
- Organización de las Naciones Unidas *Declaración Universal de Derechos Humanos*, aprobada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, 1948.
- Organización de las Naciones Unidas *Convención Internacional sobre eliminación de todas las formas de discriminación racial*, adoptada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas en 1964.
- Organización de las Naciones Unidas *Pacto Internacional de Derechos, Económicos Sociales y Culturales*, adoptado por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, 1966.
- Organización de Estados Americanos *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, aprobada en San José de Costa Rica, en 1969.
- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala: H, en autos “Lozano, Delfín c. I.N.A.M. s/ contencioso administrativo”, Sentencia del 29 de Agosto de 1996.
- Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, expediente B 59168 S del 1º de Octubre de 1998.
- Cámara Federal de Apelaciones de La Plata Sala III, Exp. N° 2080/02, “Martín, María Elsa c/ PAMI y PEN s/ amparo”.
- Cámara Federal de Apelaciones de La Plata, “Nifosi, Manuel Osvaldo y otro c/ Estado Nacional s/ amparo, expediente N°11.834/05.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, “Morelli, Miriam c/Obra Social Bancaria Argentina y/o Ministerio de Salud de la Nación s/ Amparo”, Sentencia del 17 de Septiembre de 2008.

Doctrina de *Fallos* de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, Tomo 299, página 358; Tomo 305, Página 307 y Tomo 327, página 2.413.

Doctrina de *Fallos* de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, Tomo 328, página 4.640, Voto del Juez LORENZETI, Recurso de Hecho, Autos: María, Flavia Judith c. Instituto de Obra Social de la Provincia de Entre Ríos y Estado Provincial, Sentencia del 30 de Octubre de 2007.

Doctrina de *Fallos* de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, página 601 del Tomo XLII, Recurso de Hecho, Autos: Freidenberg de Ferreyra, Alicia Beatriz c/ Honorable Legislatura de Tucumán, Sentencia del 12 de Agosto de 2008.