

¿El argumento del federalismo vs. el argumento de igualdad? El derecho a la salud de las personas con discapacidad*

Laura Clérico

I.1. Introducción

El sistema de salud en Argentina fue objeto de un largo proceso de descentralización que implicó la provincialización de los hospitales públicos y otros centros de atención. La mayor parte de los estudios sobre política social coinciden en marcar que esta descentralización respondió a una lógica meramente fiscalista para disminuir el llamado “gasto público” nacional. La descentralización vino así acompañada del desfinanciamiento a ese sector, en especial, en el marco de transformación económica operado en la década de los noventa. El traspaso fue asimétrico, se traspasaron los hospitales y otros establecimientos públicos de salud pero no así los recursos necesarios.¹ Aún más la descentralización no tuvo mayormente en cuenta un diagnóstico completo y convincente de la desigualdad de armas (en términos de infraestructura, equipos de personal de la sanidad y técnicos, entre otros) con que cada una de las provincias recibían las transferencias. Así, los servicios transferidos encontraron a los estados provinciales con estructuras e institucionalidades dispares que no favorecieron a que esos estados pudieran hacerse cargo de las obligaciones de forma suficiente e igualitaria.

Así, la descentralización unida al desfinanciamiento en el contexto de un sistema de salud mixto caracterizado por la fragmentación,² la desarticulación y la falta de

• Agradezco a Guillermo Treacy, a Sebastián Scioscioli y a Martín Aldao la lectura crítica de este trabajo y a los participantes, del Seminario interno de ACIJ, del Seminario de Derecho e Instituciones de la Universidad Nacional del Sur sede Bahía Blanca, del Seminario de la Univ. de Palermo, respectivamente, que sometieron este texto a discusión. Por último, agradezco a la Revista Jurídica de Palermo el haber aceptado este artículo para su publicación. Una versión anterior de este escrito fue publicada como Clérico L., El derecho a la salud de las personas con discapacidad: ¿el argumento del federalismo como acelerador o como freno? Buenos Aires: La Ley, Suplemento de Derecho Constitucional, Julio 2009.

1. Algunos interpretan que el hecho de que en los momentos en que los recursos provinciales presentaban una sustancial recuperación, el Estado Nacional presionó a las provincias para que emprendieran un ajuste fiscal adicional, haciéndolas cargo de mayores funciones sin recibir nuevos recursos. Esta base hace más explícita la hipótesis mencionada sobre la atribución de transferencia a motivaciones fiscales antes que a razones de política sectorial u otras. A su vez, se identifica una ausencia de delimitación de especificidad de los fondos que las provincias reciben de la coparticipación: por ejemplo, algunas destinan el 8% y otras el 28% al área salud. Además, el traspaso se produjo en un contexto de escasa deliberación: ocurrió durante gobiernos de facto o durante gobiernos democráticos pero por decreto o por leyes pero sin mayor debate, lo que implicó poco margen de negociación y (des)acuerdo del traspaso.

2. En este sentido Anlló, G. y Cetrángelo, O., “Políticas sociales en Argentina: viejos problemas, nuevos desafíos”, en: Kosecoff, B., (ed.), Crisis, recuperación y nuevos dilemas. La economía argentina 2002-2007, CEPAL, Buenos Aires, 2007. V. apartado II.3.2 de este trabajo.

coordinación interjurisdiccional³ implicó en términos de derechos el incumplimiento de obligaciones estatales que en varios casos configuraron violaciones claras y graves⁴ al derecho a la salud tanto en el acceso como en la calidad del servicio.

Si bien la descentralización tiene mala prensa cuando responde a la lógica fiscalista, la descentralización en el contexto de estados federales podría ser justificada en clave del argumento democrático (cercanía de los habitantes respecto de las diferentes arenas políticas públicas y públicas estatales en las que se delibera y decide la política sanitaria lo que podría favorecer la participación más directa de los afectados)⁵ y del argumento de igualdad (determinación de las necesidades, intereses a través de la escucha atenta de grupos de personas que habiten determinadas regiones de un país, por ejemplo, pueblos originarios del NOA y NEA, entre otros). Ahora bien, ¿cuál es el peso que puede tener el argumento del federalismo - en el contexto del proceso de descentralización que respondió a una lógica meramente fiscalista -, cuando el estado nacional y/o provincial lo utiliza para eximirse de las obligaciones que surgen del derecho a la salud de las personas con discapacidad?

1.2. Planteo del problema

El derecho a la protección integral de la salud de las personas con discapacidad cuenta con un amplio reconocimiento normativo en el derecho argentino, sin embargo, el acceso real al ejercicio de este derecho es dispar, afectando aún con mayor intensidad a aquellas personas con discapacidad pertenecientes a algunos de los otros grupos desaventajados identificados en el art. 75 inc. 23 de la Constitución nacional. Por ejemplo, las personas con discapacidad en situación de indigencia residentes en El Impenetrable del Chaco que sólo tiene acceso al sistema público de salud se encuentran aun en peores condiciones que una persona con discapacidad que reside en el barrio de la Recoleta de la Ciudad de Buenos Aires y que posee obra social y está adherida al sistema de medicina prepaga.⁶

Esta conjetura se condice con el diagnóstico que habla de la “gran heterogeneidad” que presenta el llamado federalismo sanitario, lo que lleva a una gran desigualdad en el

3. Los controles nación-provincia y los mecanismos de coordinación interjurisdiccional son percibidos como complejos e ineficaces, como remedio se requiere una definición clara y precisa de las funciones que corresponden a los diversos actores provinciales y nacionales que protagonizan el sistema; además, se identifica una ausencia de delimitación de especificidad de los fondos que las provincias reciben de la coparticipación: algunas destinan el 8% y otras el 28% al área salud. V. Rodríguez Ricchieri/Tobar, El Consejo Federal de Salud Argentino (CO.FE.SA.), Buenos Aires, 2003; Tobar, F. et al. El gasto en salud en Argentina y su método de cálculo. Ediciones ISALUD No 5. Buenos Aires. 2002; “El sistema de salud argentino en un contexto federal”, CEDI/UDESA, Buenos Aires, 2002; Acuña/Chudnosky, El sistema de salud en Argentina, CEDI/UDESA, 2002, entre muchos otros.

4. Esta afirmación es en general y habla de una tendencia en el perfil de casos sobre derecho a la salud llegados a la Corte. V. apartado II.2 de este trabajo y notas al pie.

5. V. nota al pie Nro. 77 de este trabajo.

6. V. Clérico, L./Scioscioli, S., “El derecho a la salud de las personas con discapacidad y el impacto del derecho constitucional internacionalizado en la regulación de las actividades de las prepagas”, en JA 2/4/2008.

acceso al sistema de salud entre las diversas jurisdicciones locales. Como se adelantó, esta desigualdad obedece a diversas causas ampliamente estudiadas en informes de corte sociológico, político y económico. Por ejemplo, una de ellas se acrecienta por el traspaso a las provincias de los hospitales públicos unida al desfinanciamiento del sector en virtud de una lógica meramente fiscalista.

La otra causa se esconde tras el uso del argumento jurídico del federalismo. Algunos estados u obras sociales provinciales⁷ alegan la estructura federal del estado argentino para eximirse del cumplimiento de las obligaciones que surgen del bloque de constitucionalidad.

Este argumento es bifronte. Es utilizado tanto por las provincias como por el Estado nacional. Por un lado, las provincias se ampararían en las competencias que tendrían para reglamentar la materia salud, por lo que obligarlas en virtud del cumplimiento de estándares que surgen de normas de fuente nacional o federal - incluso con jerarquía constitucional - implicaría avasallar la autonomía provincial. Por su parte, la Nación alegaría que como es competencia de las provincias, las primeras en responder serían ellas y esto eximiría al estado nacional.⁸ La intervención de la Nación implicaría avasallar

7. Por ejemplo, este es el argumento implícito en la argumentación de la obra social provincial en "ICF", CSJN-30/11/2008. Cfr. "Romero, Silvina y en rep. de María Laura c. Instituto Provincial de Salud de Salta (I.P.S.)" C. Civ. y Com. Salta, SalalIII, 25/08/2009 LLNOA2009 (diciembre), 1071 AR/JUR/31273/2009; "Soleres Adriana Adelina c. IOSPER y otro", Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Entre Ríos, Sala I de procedimientos constitucionales y penal, "Soleres, Adriana Adelina c. IOSPER y otro", 31/10/2008, La Ley Online: AR/JUR/21082/2008; "Albornoz, José Luís y otra c. I.O.S.P.E.R", 03/11/2008, LL Litoral, 2009, 292; "Toconas, Juan Pedro c. Instituto Provincial De Salud De Salta", C. Civ. y Com. de Salta, Sala III, 20/08/2009, LLNOA2009 (noviembre), 970, AR/JUR/31274/2009; "Nievas, Mario R. y otra c. D.O.S.", C. C., Com. y Min. de San Juan, Sala I, 29/12/2004, LLGran Cuyo 2005 (octubre), 987; "Donadio, Laura Noemí c. O.S.E.P." 27/02/2009, C. C., Com., Min., de Paz y Tributario de San Rafael LLGran Cuyo 2009 (mayo), 399; "Bleynat, Héctor Juan c. Dirección de Ayuda Social del Congreso de la Nación", C. Nac. C. y Com. Fed., Sala I, 26/02/2009 La Ley Online; "Vera Tello, Paula María y otra", C. C., Com. Min. de San Juan, Sala I, 03/09/2008 LLGran Cuyo 2009 (marzo), 197.

8. Este fue el argumento que el Estado nacional utilizó en el caso "Passero de Barreira, Graciela N. c Estado Nacional", [CSJN- 18/09/2007] aunque sin éxito. En el caso, Passero inició un amparo como curadora de su hija mayor de edad que quedó totalmente incapacitada a raíz de un accidente automovilístico. Solicitó al Estado Nacional que adoptara las medidas necesarias para la prestación del servicio médico asistencial integral que exigía la situación de su hija. La Provincia de Santa Fe fue citada como tercero por haberse adherido al programa marco del Sistema Único de Prestaciones Básicas para Personas con Discapacidad. El juez de primera instancia hizo lugar al amparo y ordenó al Estado Nacional que garantizara la cobertura total y completa y controlara la continuidad y permanencia en la prestación del tratamiento de rehabilitación en internación domiciliaria a través del Programa Federal de Salud (PRO.FE) [este programa busca garantizar la cobertura médica a los sujetos titulares de las llamadas pensiones no contributivas, v. http://www.msal.gov.ar/htm/site/prog_profes.asp]. La Cámara confirmó la sentencia. *El Estado Nacional interpuso un recurso extraordinario aduciendo que el convenio celebrado entre la Provincia de Santa Fe y el Directorio del Sistema Único de Prestaciones Básicas para las Personas con Discapacidad por el cual están a cargo del programa Federal de Salud (PROFE) las prestaciones requeridas por la actora implica que es dicha jurisdicción la primera obligada al cumplimiento y no el Estado Nacional* (art. 8 ley 24.901). En este caso no se discutía la necesidad de atención médica integral que tenía la persona con discapacidad, sino que el problema radicaba en determinar quien debía hacerse cargo de los costos de esa atención: la provincia o el estado nacional. En "Passero", la Corte condenó al Estado Nacional a garantizar la cobertura médica requerida.

la autonomía provincial. Todo ello ha generado la necesidad de acudir a la justicia para exigir por el cumplimiento de las obligaciones que surgen del derecho a la salud de las personas con discapacidad.⁹

Ahora bien, si el reto es lograr igualdad real (mandato del art. 75 inc. 23 de la Constitución nacional), “un nivel aceptable” de igualdad territorial (art. 75 inc. 2 de la Constitución nacional), esto es, *un piso aceptable debería estar dado por el que surge de las normas que conforman el bloque de constitucionalidad (léase Constitución e Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos sobre salud y discapacidad) y las normas federales y nacionales que los complementan. Esta tendencia de aplicación de “principios” que surgen de normas federales para evaluar el accionar insuficiente u omisivo de las provincias puede ser vista en varios fallos de la Corte, en especial, por ejemplo, en “I.C.F.”¹⁰, en donde preventivamente ordena a una obra social no-adherida a la Ley 24.901 a que se haga cargo de las prestaciones en materia educativa que surgen de la interpretación de normas provinciales a la luz del derecho a la salud de rango constitucional (argumento art. 75 inc. 22 y 23 y art. 42 CN).*¹¹

Así, el punto central de este artículo es determinar el alcance de las obligaciones estatales que surgen del derecho a la salud de personas con discapacidad, en especial, del art. 75 inc. 23 CN, cuando el sujeto obligado a la prestación¹² es “el estado” (¿nacional?, ¿provincial?, ¿municipal?) o una obra social provincial no-adherida a las leyes 23.660 y 23.661 sobre sistema de salud. En este artículo jugaré con dos funciones del argumento del federalismo.

La *primera función es crítica*. Es necesario volver a pensar los lugares desde los que algunos siguen interpretando la distribución de competencias en materia de cumplimiento de los derechos. Estos lugares fueron pensados en su mayor parte con anterioridad a la reforma de 1994.¹³ Por ello no dan cuenta de los *nuevos principios* que atraviesan (incluso) a las normas constitucionales sobre competencia referidos a los derechos que hablan de:

a) la responsabilidad del estado en caso de incumplimiento de sus obligaciones de respetar, garantizar o proteger. El artículo 28 de la Conv. Amer. - cláusula federal - es claro en delimitar que es el *Estado nacional quien es responsable por el cumplimiento de las obligaciones que surgen de ésta*. El estado nacional no puede oponer como argumento eximente de su responsabilidad el diseño de derecho constitucional interno

9. V. Clérico, L./Scioscioli, S., op. cit.

10. CSJN-30/11/2008. V. nota al pie Nro. 56 de este trabajo.

11. V. extensión al I.PRO.S.S. de obligaciones que surgen de la ley 24.901 en: “Matar, Silvia s/amparo”, Superior Tribunal de Justicia de Río Negro, 26/11/2008.

12. Según jurisprudencia constante de la Corte, 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, Fallos: 321:1684; 323:1339 y 3229, “ICF” (2008).

13. Cfr. Mera, J., “Federalismo y Salud”, Medicina y Sociedad, Año 27, N° 4 2007; Rodríguez Ricchieri/Tobar, op. cit.

de distribución de competencias entre provincias y nación.¹⁴ Así la cláusula del art. 28 impone al estado dos obligaciones globales. La primera aclara que es *el estado nacional quien debe responder directamente por las violaciones* - sin importar si el acto u omisión estatal es de origen nacional o provincial. La segunda es claramente una obligación de hacer ya que le exige - incluso cuando no exista amenaza de incumplimiento y en forma preventiva - que con respecto a las competencias que corresponden a la jurisdicción de las entidades componentes de la federación, el *gobierno nacional debe tomar de inmediato las medidas pertinentes*, conforme a su constitución y sus leyes,¹⁵ a fin de que las autoridades competentes de dichas entidades puedan adoptar las disposiciones del caso para el cumplimiento de esta Convención.¹⁶ Por su parte, en el art. 4 apartado 5 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad se establece que las disposiciones de esa Convención se aplicarán a todas las partes de los Estados federales sin limitaciones ni excepciones (argumento del derecho internacional de los derechos humanos);

b) la *competencia expresa* atribuida al Congreso de la Nación de dictar medidas de acción positiva¹⁷ para lograr *igualdad real* de oportunidades para el ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad (argumento de derecho interno). Para que estos grupos vulnerables o desaventajados puedan ejercer sus derechos en condiciones de

14. V. desarrollo de este argumento y, además, bajo consideración de normas del derecho internacional general (v. arts. 27 y 46 de la Conv. de Viena sobre Derecho de los Tratados), en: Dulitzky, A., "Federalismo y derechos humanos: el caso de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la República Argentina", Anuario Mexicano de Derecho Internacional, Nro. 6, 2006 y publicado también en: Abramovich/Bovino/Courtis (comp.), "La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local". La experiencia de una década". CELS y Editores del Puerto, Buenos Aires, 2007.

15. Dulitzky, A., op. cit.

16. Por supuesto esta norma admite una suerte de interpretación miope: sólo prevería el supuesto de que el estado fuere denunciado ante la Comisión Interamericana, entonces es él y no el provincial quien responde de cara a la comunidad internacional. Esta interpretación miope no es convincente. Primero no toma en serio que los tratados de derechos humanos son ratificados por los estados para ser cumplidos también en el orden interno y frente a sus habitantes. Segundo, si es posible otorgar una interpretación más favorable a una mejor protección y alcance de los derechos, hay que inclinarse por ésta, de acuerdo a la cláusula de interpretación pro-homine y, por ejemplo, el art. 29 de la CADH. Una interpretación más convincente es la propuesta, por ejemplo, por la Corte Suprema en su jurisprudencia y buena parte de la doctrina (v. Dulitzky, A., op. cit, entre otros). Esta dice: la cláusula del art. 28 debe ser interpretada de forma tal que el estado nacional responda asimismo en el orden interno y a los efectos de evitar o interrumpir una violación grave a un derecho cometida por un acto u omisión provincial, por lo menos, para que se cumpla con las obligaciones que surgen de los IIDH con jerarquía constitucional y de las leyes federales complementarias. En el caso del derecho a la salud de las personas con discapacidad ese piso estaría dado por el PIDESC, la CADH y las leyes federales complementarias de sistema de salud y de discapacidad - ley 24.901, entre otras. Ahora bien, una vez remediada la violación ambos estados siguen estando obligados. El estado provincial por la distribución de las competencias internas. El estado nacional además porque el art. 28 de la CADH le exige que genere los mecanismos para que las provincias cumplan. La jurisprudencia de la Corte Suprema se ha ocupado de enfatizar la primera y en virtud de ella ha condenado en reiteradas oportunidades al estado nacional. La segunda obligación es sólo enunciada por la Corte pero no se detiene en una advertencia explícita a la Nación para que genere mecanismos de control eficaces.

17. Sobre medidas de acción positiva, v. Rodríguez, M. V., Igualdad, democracia y acciones positivas, en Gargarella, Teoría y Crítica del Derecho Constitucional, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008, p. 619.

igualdad real, entonces el constituyente determina que el Congreso *nacional* debe dictar *medidas de acción positiva*. Este mandato implica un empezar a hacer positivo, con lo que la norma se viola si el legislador (i) sigue omitiendo, si (ii) retrocede arbitrariamente sobre lo hecho, si (iii) lo hecho por acción es insuficiente o defectuoso, si (iv) no genera la organización y procedimiento para que se produzca, en su caso, un control eficaz del cumplimiento por las autoridades nacionales y locales, según el caso, de las medidas de acción positiva.¹⁸

La *segunda función* del argumento del federalismo es *constructiva*. El argumento del federalismo requiere ser interpretado como facilitador del cumplimiento de los derechos *para mejorar* el piso que fijan las normas de derecho federal y nacional. En ausencia de protección provincial eficaz se aplican los estándares que surjan de las normas federales y nacionales hasta que las provincias consoliden sus propios medios de protección que se acerquen y superen los estándares de fuente federal. Este parece ser el camino iniciado por la Corte en donde ordena a las obras sociales no-adheridas al sistema de la Ley 24.901¹⁹ a hacerse cargo de las prestaciones que surjan de los principios que sustentan a esa norma.²⁰

Así sostengo que las funciones del argumento del federalismo están fuertemente atravesadas por el diagnóstico del constituyente cuando incluyó la norma del art. 75 inc. 23 de la Constitución nacional que da cuenta de situaciones de desigualdad real a causa del sojuzgamiento de una clase o grupo de personas, como en este caso, las personas con discapacidad. Incluso este diagnóstico empeora para las personas que habitan ciertas regiones o provincias. Por ello, si se toma en serio que el mandato constitucional exige que el Congreso nacional dicte medidas de acción positiva para que las personas con discapacidad tengan acceso real al ejercicio de sus derechos (supuesto distinto a los arts.

18. Según interpreto este último punto es lo que trata de sostener la Corte cuando en el citado caso "Passero" [v. nota al pie Nro. 7 de este trabajo] advierte al estado nacional que *a él corresponde velar por el fiel cumplimiento* de los tratamientos requeridos, dada la función rectora que le atribuye la legislación nacional y 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 a fin de lograr la plena realización del derecho a la salud.

19. Las Provincias adheridas son: Catamarca, Chaco, Chubut, Corrientes, Córdoba, Formosa, Jujuy, La Pampa, La Rioja, Misiones, Rio Negro, Salta, San Juan, San Luis, Santa Cruz, Santa Fe y Tucumán. Fuente: http://www.cndisc.gov.ar/doc_publicar/spb.htm (última consulta: 12/7/2010); v. sin embargo, sobre el problema que plantea que adhiera la provincia pero no las obras sociales provinciales en, Rosales, P., La discapacidad en el sistema de salud argentino, LexisNexis, Buenos Aires, 2004.

20. El art. 8° de la ley 24.901 y su decreto reglamentario establece que el Poder Ejecutivo propondrá a las provincias que dicten normas que establezcan principios análogos a la presente ley, por su parte el decreto reglamentario estableció que las provincias podían adherir por convenio. Si esta invitación se interpreta en forma netamente facultativa, entonces se estaría otorgando a las provincias un alto margen de discrecionalidad para que establezcan prestaciones similares a la norma federal y sin plazo. Sin embargo, esta interpretación no resulta la más favorable a la protección de los derechos de las personas con discapacidad (principio pro-homine). La invitación podría ser entendida como una obligación de empezar a hacer en el marco de un plazo razonable de adaptación para que las provincias y las obras sociales nacionales y provinciales aún no-adheridas puedan modificar sus sistemas e infraestructura para hacerse cargo de las prestaciones debidas. Así el argumento del art. 8 no es concluyente para desligar a las provincias y obras sociales no-adheridas de las obligaciones impuestas en materia de discapacidad. V. argumento de igualdad en el apartado III de este trabajo.

75 incs. 18 y 19 CN), la ejecución de ese piso normativo no puede dejarse librado a la discrecionalidad de las provincias u obras sociales no adheridas (apartado III). Así el principio que consagra igualdad real cambia el paradigma de protección de los derechos. Esto lleva a revisar críticamente primero el modelo de derechos desde los que se concebían los de las personas con discapacidad (apartado II.1), para confrontarlo luego con el modelo robusto que surge de la reforma de 1994 (apartado II.2). Por último insistiré en el argumento de igualdad como razón sustantiva para extender la aplicación de los principios de la ley 24.901 a todo el territorio de la República y como expresión de las medidas de acción positiva del art. 75 inc. 23 de la Const. nacional (apartado III). A lo largo de este trabajo me detendré en algunos fallos de la Corte Suprema que me permitirán discutir las propuestas sugeridas.

II.1 ¿La salud como mera cuestión de política pública discrecional, contributiva o como cuestión de derechos?

Los deberes del estado en materia de salud parecen estar atravesados por tres principios estructurantes: el principio de discrecionalidad, el principio contributivo y el principio de ciudadanía. La política social en materia de salud puede ser reconstruida según haya primado o no cada uno de estos principios. Así, bajo el paraguas de la constitución 53/60 el principio de discrecionalidad ha sido el preponderante: quien genera la política da sin sentirse obligado, con lo cual puede interrumpir cuando lo considere conveniente y quien recibe no posee las herramientas jurídicas de exigibilidad frente a la interrupción. El principio contributivo es el que atraviesa la política social de promoción del sistema de obras sociales: el acceso al sistema de salud está condicionado por la relación de trabajo y por la contraprestación. Este principio fue preponderante a partir de la década del cuarenta. El principio de ciudadanía implica para el estado la obligación de asegurar el acceso a un sistema de salud para todos los habitantes, el estado está obligado, el habitante tiene derecho y en caso de incumplimiento de las obligaciones puede exigir su cumplimiento por vía administrativa y judicial. Este principio parece cobrar impulso a partir de la reforma de 1994 y es el argumento que levantan los sectores que hablan de políticas sociales integrales desde el enfoque de los derechos.

II.1. Antes de la reforma de 1949: la salud como cuestión de política pública discrecional

La constitución del 53/60, que en gran medida respondía al modelo de constitución liberal-burgués, no reconocía expresamente el derecho a la salud. En ese modelo de constitución no parecía haber espacio para un derecho a la salud que implicara deberes estatales positivos más o menos reglados. La concepción predominante (aunque sesgada) de los derechos respondía a los llamados de “derechos de defensa”.²¹

21. V. crítica general a este modelo sesgado de derechos y a la neutralidad como aparente “no-intervención” que a la postre justifica un status quo desigualitario en, Alexy, R., Teoría de los derechos fundamentales, CEC, Madrid, 2007, cap. IX, entre otros.

Por su parte la concepción predominante de igualdad era la jurídica formal. Así la discapacidad no era una preocupación constitucional y estaba invisibilizada bajo el velo de una concepción de igualdad insensible a la desigualdad real que afectaba el acceso igualitario de los derechos a las personas con discapacidad.

Descartada la salud como derecho, sólo aparecía como “razón” para su limitación o como objeto de una política pública discrecional. De acuerdo con la versión clásica del “ejercicio del poder de policía restringido” el estado podía reglamentar los derechos para la protección de este bien público.²² Según esta concepción el ejercicio del poder de policía en sentido restringido era una competencia del poder reglamentador (léase, legislaturas provinciales o municipalidades) local: cada provincia lo ejercía en su territorio y la nación para sus territorios. Con posterioridad la Nación entendió que podía dictar leyes para todo el territorio para proteger a la salud en virtud del ejercicio del llamado “poder de policía amplio” y para promover la prosperidad o el bienestar general. En este sentido la materia salud adquiriría claramente el carácter de concurrente entre la Nación y las provincias. Pero el ejercicio de este poder reglamentador no surgía de la validez del derecho a la salud, sino en virtud de una política pública del estado en materia de salubridad (de tono higienista o sanitarista, según el caso).

La cuestión cambia con la Constitución de 1949 que claramente responde al movimiento del constitucionalismo social, que a su vez coincide con una mayor presencia del estado como planificador y prestador en el sector salud que implicó, por ejemplo, la duplicación de la capacidad hospitalaria del país.²³ Por su parte, la nueva constitución reconoce expresamente el derecho, a la “preservación” de la salud,²⁴ del bienestar social y de la seguridad social, basada en una concepción de derechos sociales y de igualdad fáctica. La protección frente a situaciones de discapacidad se hace visible pero en función de la pérdida de capacidad para el trabajo.²⁵ Sin embargo, la vigencia de esta constitución fue reducida en el tiempo como para poder ponderar su efectividad, pues en 1956 fue abrogada inconstitucionalmente por un gobierno de facto.

Por su parte, la reforma de 1957 constitucionaliza el derecho a la salud a través de los derechos de los trabajadores y de la seguridad social. Esta materia por aplicación del actual 75 inc. 12 CN formaría parte del llamado derecho común, sea que se encuentre en las leyes laborales nacionales o en el formato de un código del trabajo. Así el poder de configuración de este derecho estaría en cabeza del Congreso de la Nación y formaría parte del llamado “derecho común”; con la salvedad que su aplicación quedaría en cabeza de las jurisdicciones locales o federales según que las cosas o las personas cayeren bajo sus respectivas jurisdicciones.

22. Sobre el llamado “poder de policía” v. Gelli, M. A., Constitución comentada, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2008, arts. 14, 75 incs. 18 y 19.

23. V. Tobar y Rodríguez, op. cit., 23.

24. V. Art. 37.I.5. y Art. 37.III.5 de la Const. 1949.

25. V. Art. 37.I.7. de la Const. 1949.

Ahora bien, el art. 14 bis se dirige a unos de los puntos centrales del derecho a la salud cuando determina que la “ley” establecerá el seguro social obligatorio que estará a cargo de entidades nacionales o provinciales. Respecto del deber de dictar esta medida, queda en cabeza de la Nación o las provincias según el caso. Sin embargo, esta ley no fue dictada en su forma literal: seguro social obligatorio general y universal, lo que hubiese implicado un cambio de la política social de la lógica contributiva a la lógica de una ciudadanía social basada en derechos. En cambio y en forma paulatina fue creciendo el sistema de obras sociales, los hospitales públicos nacionales y dictándose leyes nacionales reglamentarias. Otro tanto ocurría con las legislaturas provinciales y la legislación para regular las obras sociales provinciales. Sin embargo, pronto interpretó el Congreso Nacional que tenía competencia para dictar leyes federales que establecieran y regularan el sistema de salud nacional (19.032 - obra social para jubilados y pensionados -, 18.160 - obligación de los trabajadores de afiliarse a la obra social correspondiente a su rama de trabajo -, 23.660 y 23.661 - leyes sobre el sistema nacional de salud)²⁶ y un sistema de protección integral de la discapacidad (22.431).²⁷

Antes de la reforma de 1994, la Corte expresó frecuentemente que el “derecho a la vida y a la preservación de la salud”²⁸ se encontraban también reconocidos en los arts. 14 y 14 bis, 18 y en especial, en los arts. 19 y 33 de la Const. Nacional. Sin embargo, no se interpretaba que de ahí se siguieran fuertes deberes exigibles de prestación positiva en cabeza del estado nacional o provincial para aquellas personas no pertenecientes al sistema de obras sociales y más aún en situación de discapacidad.

II.2 Reforma de 1994: la salud como derecho, las obligaciones estatales y la desigualdad fáctica

Luego de la reforma de 1994, el derecho a la salud se encuentra explícitamente formulado en los arts. 41 (referido al medio ambiente), 42 (referido a la relación de consumo y de usuario de servicio público) y 75 incisos 22 (vinculado a la jerarquía constitucional de varios instrumentos internacionales de derechos humanos que involucran al derecho a la salud) e inc. 23 (referido a las medidas de acción positiva para promover los derechos y lograr *igualdad real*, entre otros, de las personas con discapacidad) de la Constitución nacional, más cercana a una lógica de ciudadanía social. Es decir, tienen derecho a la salud por la sola característica de ser habitante de un país (art. 12 PIDESC).

26. De acuerdo con el art. 38 de la ley 23661 la Superintendencia de Servicios de Salud (decreto 1615/1996) y los agentes del seguro estarán sometidos exclusivamente a la jurisdicción federal. V. Pareto, Marcia; Aren, Julio, “La competencia en materia del seguro de salud”, RDLSS 2008-22-1990, Lexis N° 0003/402003.

27. Esta ley fue dictada por un gobierno de facto en 1981 y complementada luego de 1994 por la 24.901.

28. “Saguir y Dib”, Fallos, 302:1284, consid. 8), entre otros.

El derecho a la salud consagrado es amplio en cuanto a su objeto y esto advierte sobre el alcance de las obligaciones estatales. No sólo se debe proteger la ausencia de enfermedad sino que se debe tender al disfrute del «más alto nivel posible de salud física y mental» (art. 12 del PIDESC). Así el derecho a la salud genera tanto deberes estatales de abstención (de no hacer) como deberes de hacer positivo. El mayor desarrollo jurisprudencial de la Corte en estos últimos años se refiere al derecho a la salud de las personas que se encuentran en situación de discapacidad como derecho que genera también obligaciones de prestación positiva.²⁹

¿En qué consisten los deberes positivos del estado, cuál es su alcance y *quiénes* responden por su cumplimiento en un estado federal? Aquí interesan, en especial, los que emanan de la validez del derecho a la salud de las personas con discapacidad. Para ello hay que considerar la interpretación de las obligaciones que surgen de los instrumentos internacionales de derechos humanos, por ejemplo, enumeradas en los arts. 1 y 2 de la CADH sumadas a las más específicas que surgen del derecho a la salud reconocida en el PIDESC y que ocasionó que el Comité de DESC se pronunciara en la Observación General (OG) Nro. 14 sobre el alcance de las obligaciones estatales de «respetar», «garantizar» y «promover»³⁰ y en especial en la OG Nro. 5 acerca de los deberes de adoptar medidas de acción para promover los derechos de las personas con discapacidad.³¹ De la reconstrucción de todos estos pronunciamientos, surge que los deberes positivos del estado, pueden ser, por lo menos, de tres tipos de hacer:

- a) de aprobar leyes u otras normas que terminen de generar las condiciones para que el sujeto titular pueda hacer uso de su derecho sin necesidad de tener que transitar la vía administrativa, judicial o de cualquier otro tipo para reclamar por el ejercicio efectivo de los derechos; por ejemplo, las leyes sobre sistema nacional

29. Sin embargo, también se pronunció en algún caso referido al derecho a la salud como derecho de no-intervención, v. «Bahamóndez», Fallos, 316:479 (1993), la Corte Suprema por mayoría declaró que la cuestión había devenido abstracta pues Bahamóndez había sido dado de alta y no había sido necesaria la transfusión de sangre diagnosticada. Sin embargo, los jueces Belluscio y Petracchi sostuvieron, en disidencia, que sería contraria a la constitución una resolución judicial que autorizara a someter a una persona adulta a un tratamiento sanitario en contra de su voluntad, cuando la decisión del individuo hubiera sido dada con pleno discernimiento y no implicara un perjuicio concreto a derechos de terceros.

30. La obligación de respetar el derecho a la salud refiere en particular a la abstención estatal de intervenir directa o indirectamente en el disfrute de este derecho así como de denegar o limitar el acceso igual de todas las personas o de imponer prácticas discriminatorias como política de estado. La obligación de proteger incluye, entre otras, la de adoptar leyes u otras medidas que resulten necesarias para impedir que terceros interfieran en el acceso igual a la atención de la salud y los servicios relacionados con la salud. Finalmente, la obligación de cumplir, apunta a la necesidad de que los estados reconozcan suficientemente el derecho a la salud en sus sistemas políticos y sus ordenamientos jurídicos nacionales y que adopten una política nacional de salud acompañada de un plan detallado para el ejercicio del derecho a la salud.

31. Así se debilita la objeción semántica contra los problemas de determinación del contenido de los derechos de prestación positiva, v. Alexy, R., op. págs. 443 y sgts.; Abramovich/Courtis, Los derechos sociales como derechos exigibles, Trotta, Madrid, 2002.

de salud (leyes 23.660 y 23.661), las normas sobre Plan Médico Obligatorio (PMO y PMOE), las leyes sobre programa de salud sexual y procreación responsable (ley 25.673 y Decreto 1282/03) y sobre anticoncepción quirúrgica (ley 26.130), la ley de protección integral de los derechos de las personas con discapacidad (ley 24.901) y sobre objetivos específicos (HIV, Plan Materno-Infantil, Plan Federal de Chagas, entre otros);

- b) de organización y procedimiento que exigen que el estado haga algo en el sentido de determinar y disponer de la organización y procedimientos indispensables para que se puedan realizar los derechos, controlar, fiscalizar y coordinar las acciones de los agentes de salud para prevenir incumplimientos y establecer procedimientos eficaces de exigibilidad para los casos de incumplimiento por acción u omisión de las obligaciones. Asimismo, implican obligaciones de organización y procedimiento para implementar acciones compensatorias para dar respuesta a las fuertes desigualdades en el «desarrollo humano» entre las provincias,³² generadas por fuertes diferencias en las estructuras político-administrativas, económicas y sociales de las diferentes provincias, que implican que no todas cuenten con las mismas armas para cumplir con las obligaciones que surgen del derecho a la salud. Si, por ejemplo, el estado nacional ponderó que las prestaciones - que surgen en forma enumerativa de la ley 24.901 -, estén a cargo de las obras sociales, tiene que generar un sistema de control eficaz para que aquellas obras sociales no-adheridas logren garantizar, por lo menos, prestaciones similares. De lo contrario no hace más que petrificar la desigualdad de las personas con discapacidad que el constituyente del 94 diagnosticó y que mandó a remediar, además, a través de medidas de acción positiva (argumento del art. 75 incs. 22 y 23 CN);³³ y
- c) de dar, por ejemplo, la entrega de medicamentos, prótesis, sillas de ruedas, etc.; la prestación directa de servicios de salud; financiamiento de tratamientos y operaciones.

Ahora bien, ¿por qué preguntarse por los deberes? ¿*Por qué pasar del discurso de los derechos al de los deberes?* Si la jurisprudencia se toma como un indicador del desarrollo de un derecho en general, entonces del análisis de la producción jurisprudencial de

32. PNUD, Informe de Desarrollo Humano, 2002, entre muchos otros informes y artículos.

33. El derecho a la salud en su función de derecho a la organización y procedimiento tiene como sujeto estatal obligado también al poder judicial. El procedimiento debe ser interpretado de forma tal que posibilite en la mayor medida posible la tutela efectiva del derecho a la salud. Esto obliga a volver la mirada sobre la forma en que los jueces y tribunales (inferiores) interpretan las normas de procedimiento para que de todas las posibles interpretaciones se inclinen por aquellas que tiendan a la mejor protección del derecho (incluida las cuestiones sobre la admisibilidad de la acción de amparo y la interpretación de la prueba, entre otras, como se tratan en los casos: "SMF" CSJN-18/6/2008; "Mosqueda" CSJN-7/11/2006, Fallos: 329:4918; "María" CSJN-30/10/2007); V. Clérico, L., El derecho a la salud de las personas con discapacidad además como un derecho de organización y procedimiento: "S.M.F.", "Martín" y "Gallardo", en JA 2010-II, Suplemento del fascículo n. 7, pp. 24-32.

la Corte en materia de derecho a la salud surge que en la mayor parte de los casos resueltos - aunque con excepciones³⁴ se trata de violaciones «claras».³⁵ En este sentido la judicialización revela un corrimiento del discurso hacia la disputa acerca de quién debe cumplir con las obligaciones de hacer y con cuál alcance.

En este contexto emerge el argumento del federalismo como excusa de los estados para eximirse del cumplimiento de las obligaciones - como se adelantó en la introducción de este trabajo. Por ello, ¿en cabeza de quién están esos deberes positivos? Si se aplican soluciones de «todo o nada» entonces:

- a) el estado nacional tiene todas las obligaciones positivas y ninguna las provincias, o
- b) los estados provinciales tienen todas las obligaciones positivas y ninguna la nación.

Ninguna de estas dos respuestas parece convincente si se toman en serio las disposiciones constitucionales incluidas las que surgen de los instrumentos internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional (argumento textual y sistemático), la interpretación realizada de ellas en el orden interno (argumento del precedente) y el argumento de la igualdad. Por ello, sugiero que la respuesta *depende* que el cumplimiento del *deber positivo del estado sea constructivo o reparador* y que, a su vez, este último requiera su cumplimiento de forma urgente debido a la situación particular en la que se encuentre la persona.

34. Como se sostiene [en Clérico, L., Proporcionalidad, prohibición de insuficiencia y la tesis de la alternatividad, en: Estudios sobre la ponderación, Ed. Univ. del Externado, Bogotá, 2011, versión original: Clérico, L., Das Untermaßverbot und die Alternativitätsthese: einige Überlegungen aus der Perspektive des Gesundheitsrechts), en Clérico/Sieckmann, *Grundrechte, Diskurs*. Baden-Baden, Alemania: Nomos. 2009], en menor medida se registran reclamos sobre la cobertura de terapias alternativas no asimilables a algunas de las prestaciones del PMO. En el grupo reducido de estos últimos casos se encuentra el reciente caso «Sureda» sobre relamo a la obra social del Poder Judicial de la Nación por una terapia no-convencional no incluida en el PMO. Si bien la Corte aún no se pronunció sobre el fondo de la cuestión ordenó a la Cámara que vuelva a dictar sentencia examinando la idoneidad del tratamiento ofrecido por la obra social para el caso del paciente reclamante, CSJN-26/03/2009. Otro tanto podría ser predicado del caso «Maldonado» [CSJN-23/11/2004, Fallos 327:5210]. Esta jurisprudencia aislada de la Corte podría convertirse en una tendencia, si los reclamos presentados en instancias judiciales inferiores llegan y son resueltos por la Corte, en especial, nos referimos a los relacionados con la cobertura de tratamiento de fecundación asistida por las obras sociales y prepagas. V. análisis de la argumentación en los casos sobre fecundación asistida en Ronconi, L., La aplicación del examen de proporcionalidad para determinar las obligaciones estatales de prestación: ¿Debe el Estado satisfacer los tratamientos de reproducción asistida? LL junio-2010. S. la aplicación del examen de proporcionalidad para la resolución de casos difíciles en materia de salud, v. Clérico, L., El principio de proporcionalidad en el Estado constitucional. *El examen de proporcionalidad: entre el exceso por acción y la insuficiencia por omisión o defecto*. Bogotá Colombia: Universidad del Externado. 2007. p. 100-133. [reimpresión 2008 en Ecuador por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos: <http://www.minjusticia-ddhh.gov.ec>; reimpresión 2010 en Lima, Perú, por Editorial Palestra].

35. V. explicación del apartado II.3.3. de este trabajo. Son, en general, *casos fáciles y urgentes* (aunque no por ello menos trágicos si se considera el sufrimiento que ocasiona al afectado la falta de cumplimiento de una obligación estatal que posibilita el acceso a los servicios de salud), Clérico, L., Las otras caras de los derechos sociales: las obligaciones iusfundamentales y la desigualdad estructural. *La Corte y los Derechos 2005/2007*. Buenos Aires: XXI Siglo veintiuno ed. 2008. págs. 479-494: En este contexto de litigio, la mayor parte de los reclamos son por incumplimiento de lo que se podría llamar el piso del derecho a la salud conformado en Argentina, por ejemplo, a través del Plan Médico Obligatorio (PMO), entre otros indicadores. V. excepciones a esta tendencia en nota al pie anterior.

II.3. Entre los deberes positivos estatales constructivos y los reparadores

Llamo deber positivo constructivo al referido al dictado, diseño, ejecución e implementación de normas de carácter general tendentes a cumplir con las obligaciones que surgen del derecho a la salud de las personas con discapacidad. Llamo **deber positivo reparador** al referido al cumplimiento de la obligación puntual para remediar una violación al derecho a la salud grave o urgente para evitar que se perpetúe esa violación una vez acontecida o para evitar la violación concreta frente a una amenaza inminente.

II.3.1 Deberes positivos constructivos: la concurrencia pero con un piso

Respecto del cumplimiento de los deberes positivos constructivos, del juego de la interpretación en general de las normas de los arts. 31, 75 incs. 22 y 23³⁶ de la Constitución nacional surge que *la Nación tiene la competencia para (y la obligación de) fijar el piso de*

36. Análisis del derecho a la salud en su relación con el derecho a la alimentación respecto de la aprobación de la ley 25.724 - de creación del programa de nutrición y alimentación nacional - por la Nación y su decreto reglamentario - arts. 75, incs. 22 y 23 CN - en el marco del caso «Rodríguez». La ejecución del programa «se ha puesto en cabeza de cada una de las provincias, con indicación de acciones precisas a cargo de los respectivos municipios.» La Corte entiende que el estado cumplió con su obligación de prestación positiva y que, por ende, la determinación de la violación al derecho pasaría por discutir el accionar del estado provincial y/o municipal. Así, parece circunscribir la cuestión a la discusión de un problema que interpretaría como de "derecho local" - aunque no lo diga expresamente. Por ello, concluye que no debe tramitar el caso por la vía originaria. El razonamiento de la Corte presenta, por lo menos, dos interrogantes. El primero se refiere a la competencia y el segundo al alcance de las obligaciones estatales cuando se trata de posibilitar el ejercicio de un derecho en su función de derecho de prestación positiva, en este caso, *el derecho a la alimentación suficiente y adecuada de los niños como presupuesto del derecho a la salud*. Se entiende que un derecho en su función de derecho de prestación positiva puede implicar para el sujeto obligado, por lo menos, diversos tipos de obligaciones de hacer. Así no basta con que haga algo sino que además ese hacer positivo sea adecuado. Por ello, ¿las obligaciones que establece la ley 25.724 no deben discutirse de *manera conjunta* a la luz de las obligaciones que surgen de la validez del derecho a la alimentación que está en juego? ¿No es una forma fácil de liberarse de la obligación estatal nacional de prestación positiva la creación de un sistema alimentario que luego no se sabe si será eficaz ya que su aplicación queda al libre arbitrio de las provincias y/o municipalidades? ¿Quién crea el sistema no tiene alguna obligación de control de funcionamiento del sistema, más aún cuando el incumplimiento nos habla de una restricción muy intensa al derecho a la alimentación de integrantes de un grupo especialmente vulnerable - los niños -, que requiere el cumplimiento de obligaciones estatales de forma urgente? La formulación de todas estas preguntas demuestra que, el caso «Rodríguez» pudo haber seguido su trámite en la instancia originaria de la Corte, después de todo no era tan claro que el estado nacional hubiera cumplido sus obligaciones respecto del derecho a la alimentación de los niños. Por último, no puede olvidarse que la discusión de la competencia se daba en el marco de una acción de amparo, *«institución (que) tiene por objeto una efectiva protección de derechos más que una ordenación o resguardo de competencias.»* v. Clérico, L., El derecho a la alimentación de los niños, la presunción de exclusión y la necesidad de cambiar el estándar de control de las obligaciones estatales iusfundamentales, en *Jurisprudencia Argentina*, 7/11/2007. Cfr., sobre la relación entre derecho nacional, derecho federal y derecho local, Beloff, M., *Constitución y derechos del niño*, en Baigún, et. al. *Estudios sobre la justicia penal*, ed. del Puerto, Buenos Aires, 2005.

protección del derecho a la salud³⁷ de las personas con discapacidad, ya sea a través de, por ejemplo, normas que remuevan las barreras visibles e invisibles más o menos sutiles que generan la discriminación contra las personas con discapacidad, medidas de acción positiva de trato preferente y para lograr igualdad real de oportunidades, normas federales reglamentarias de los tratados o a través de la aprobación de instrumentos internacionales de derechos humanos, normas federales de creación de órganos federales de articulación y control de la implementación de políticas públicas para el sector. Esta producción normativa nacional puede verse respecto del derecho a la salud en general (leyes 23.660 y 23.661) y respecto de las personas con discapacidad en particular (ley 24.901). Se trata de deberes positivos del estado federal³⁸ con validez en todo el territorio nacional.³⁹

El argumento es sencillo porque la constitución es en este punto clara. El dictado de medidas de acción positiva para promover igualdad real de oportunidades para las personas con discapacidad sería fruto del ejercicio de una atribución *especialmente* conferida al Congreso nacional sin que quedara realizada ninguna reserva expresa de las provincias (como si ocurriera respecto del artículo 75 inciso 12, inciso 17, inciso 19 o artículo 41 CN). Por ello, en tanto el Congreso nacional ejerció ya la competencia del art. 75 inc. 23 CN cuando dictó la ley 24.901 y sus complementarias, fijó un piso. *Así esta norma desplaza a cualquier norma local en materia de salud para personas en situación de discapacidad en tanto la norma provincial quede por debajo de este piso federal.*

37. Este argumento se encuentra trabajado, con anterioridad a la reforma de 1994, en: Bianchi/Garay/Gulco, «¿Las garantías individuales consagradas en la Constitución Nacional establecen un piso o un techo? Diálogo acerca de las garantías de la Constitución Nacional y de las constituciones provinciales, con particular referencia a la inviolabilidad del domicilio y de los papeles privados,» JA 1993-III-803; después de la reforma de 1994, en: Dulitzky, A., op. cit. con cita de los casos «Hooft» y «Lavado», entre otros; Treacy, G., “La protección de derechos en el derecho público local. Experiencias provinciales comparadas”, en IV Curso de Especialización para Abogadas/os sobre Derechos de la Niñez, UBA/UNICEF, Buenos Aires, 2009; y en materia de salud, cfr. Gutiérrez Colantuono, P., Derechos económicos, sociales y culturales, omisiones estatales y nuevos contornos del federalismo, JA 2007-III-187; Bonpland, V., «Evolución y contenido del llamado “derecho a la salud” y estado actual de la cuestión sanitaria en Argentina-Análisis sobre si esta tarea puede llevarse a cabo a través de la llamada Administración Pública Gerencial» (Ms).

38. No se me escapa que el derecho a la salud de las personas con discapacidad puede aparecer vinculado a otro derecho cuya regulación tenga una distribución específica de competencias entre nación y provincia (por ejemplo, arts. 41, 42, 75 incs. 17, 18 y 19 CN). Sin embargo, no parece convincente considerar la competencia del art. 75 inc. 23 CN como un supuesto del ejercicio del llamado poder de policía del bienestar (arts. 75 incs. 17 y 18 CN). Este último poder es de ejercicio discrecional y amplio depende en buena parte de la políticas públicas que adopte el Congreso. En cambio, en tanto el art. 75 inc. 23 CN se basa sobre un supuesto de reconocimiento de una desigualdad estructural que afecta el ejercicio del derecho de grupos desaventajados, esa atribución se traduce en una obligación de empezar a actuar de forma inmediata y de no-regresar en forma arbitraria sobre lo actuado - en tanto persista el diagnóstico que originó el art. 75 inc. 23 CN.

39. Esta posición es la que sustenta Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, Sala III, en: “González, María Laura c/ Instituto de Obra Médico Asistencial y otro s/amparo”, 21/10/2008. Si bien reconoce que la Provincia de Buenos Aires estableció un régimen jurídico básico e integral para las personas con discapacidad, en este caso, bajo responsabilidad del referido instituto la prestación de la asistencia, advierte que el régimen legal de la ley 24.901 es de orden público, entre otras cosas fundamentándolo en la aplicación de la llamada “cláusula federal” prevista en el art. 28 de la Convención Americana de Derechos Humanos, v. criterio similar aplicado por esa Sala en: causa 5890/05 del 26-6-2007.

Esto no obsta a que las provincias en forma concurrente dicten medidas de acción positiva con el mismo fin⁴⁰ y en uso de una suerte de autonomía funcional⁴¹ equivalente para garantizar y superar el piso federal. Sin embargo, cuando surja un conflicto de normas porque la norma federal protege en forma más extensa que la local, entonces hay que aplicar aquella que otorgue un mejor derecho, es decir la federal. En términos de resolución del conflicto de competencias implicaría decir (siguiendo la fórmula establecida en el caso «Boto»)⁴² que la puesta en ejercicio de la atribución local interfiere con los propósitos de la legislación federal que justamente procuró lograr igualdad real de oportunidades para un grupo históricamente sojuzgado y que de alguna forma más o menos sutil el accionar (por comisión u omisión) provincial tiende a burlar fijando un piso por debajo del federal.

Sin embargo, un supuesto especial parecería ser el del art. 125 II párrafo CN. Allí los gobiernos locales se reservan la facultad de conservar organismos de seguridad social para los empleados públicos y profesionales. Así conviven obras sociales provinciales, institutos de salud provinciales y obras sociales pertenecientes a las cajas de profesionales. No se discute que la regulación de la actividad de estos entes para suministrar el servicio de salud sea de origen local. Sin embargo, la pregunta se vuelve a imponer cuando estas normas se mueven por debajo del piso federal y en contra de la situación de discapacidad. En ese caso la norma provincial debería ser interpretada bajo la luz del principio que surge del art. 75 incs. 22 y 23 CN. Este exige, primero, reconocer la desigualdad estructural que afecta a que las personas con discapacidad accedan al servicio de salud; reconocer, segundo, que la insuficiencia de la norma provincial implica un retroceso en las posiciones ganadas en el ámbito nacional en términos de igualdad real a favor de las personas con discapacidad y, tercero, advertir que el argumento competencial del federalismo por sí solo no lograría justificar ese retroceso (en términos de una restricción intensiva al derecho de la persona con discapacidad) en el caso concreto.⁴³ Esto no obstaculiza que luego la obra social provincial discuta con la provincia o la nación por los canales institucionales pertinentes la devolución o no de lo pagado.

II.3.2 Deberes positivos constructivos: una reconstrucción del argumento jurisprudencial

La jurisprudencia se ha pronunciado sobre el alcance de estos deberes positivos⁴⁴ en cabeza del estado nacional y de los provinciales.⁴⁵ La reconstrucción de esa jurisprudencia sostiene que *los principios que sustentan la medida de acción positiva configurada en*

40. Las provincias pueden mejorar el piso federal tanto en su faz de producción normativa como en la etapa de ejecución. Como reflejo de esta obligación varias constituciones provinciales establecen que los derechos reconocidos en los instrumentos internacionales con jerarquía constitucional deben ser protegidos en el ámbito provincial o directamente establecen derechos en sus constituciones o normas inferiores.

41. Agradezco a Gustavo Maurino el haberme sugerido que esta autonomía podría ser llamada funcional.

42. Fallos 320:786 (1997).

43. V. apartado III de este trabajo sobre argumento de igualdad.

44. V. sobre las obligaciones de las entidades de medicina prepaga en Clérico/Scioscioli, op. cit.

45. La mayor parte de esta jurisprudencia se produjo en ocasión de la resolución de amparos tradicionales, no abundan los casos sobre derecho a la salud de personas con discapacidad presentados como de incidencia colectiva bajo el formato de litigios estratégicos v. Clérico, L., Las otras caras de los derechos sociales: las

la ley 24.901 y complementarias son el piso mínimo en materia de derecho a la salud de las personas con discapacidad. Así, el estado nacional tiene la obligación:

- *impostergable y de inversión prioritaria* de garantizar ese derecho con *acciones positivas*,⁴⁶ sin perjuicio de las obligaciones que corresponden a las jurisdicciones locales, obras sociales y entidades de medicina prepaga sobre el tema.⁴⁷ Esta obligación general sirvió para remarcar que el estado nacional no puede desentenderse de las obligaciones que derivan del cumplimiento de este derecho bajo pretexto de la inactividad de otras entidades públicas o privadas (provincias, municipios, obras sociales, empresas de medicina prepaga). Además, todas ellas participan de un mismo sistema sanitario y es el estado nacional el encargado de velar por el fiel cumplimiento de los derechos constitucionales y los compromisos internacionales asumidos;

- *primaria y principal* de “*articular y coordinar* los servicios asistenciales que prestan las obras sociales, los establecimientos públicos y los prestadores privados en un sistema

obligaciones iusfundamentales y la desigualdad estructural, en: La Corte y los derechos 2005/2007, XXI Siglo veintiuno ed./ADC, 2008, pp. 479-494. Tal vez esta tendencia se revierta cuando se empiece a explorar la aplicación de la doctrina del caso «Halabi» en materia de derecho a la salud, v. en este sentido, el caso reciente resuelto por un tribunal local sobre la interrupción de un programa provincial a través del cual se suministraba la llamada hormona del crecimiento, v. «Asociación Civil Creciendo c. Ministerio de Salud», J. contencioso-administrativo de La Plata, Nro. 1, 05/02/2010, La Ley Online: AR/JUR/52/2010. En este punto le asiste razón a G. Treacy cuando me sugiere que este último tipo de acción sería de especial relevancia para realizar planteos por incumplimiento de los llamados deberes positivos constructivos.

46. Como lo advirtió en el amparo de incidencia colectiva sobre derecho a la salud «Asociación Benghalensis», Fallos 323: 1339.

47. Si bien esta regla fue desarrollada en casos sobre reclamos individuales puntuales y concretos, esto no obstó a que se justificara la decisión sobre obligaciones de tipo general: “Policlínica” Fallos 321:1684, “Campodónico” Fallos 323:3229, op. cit.; “Monteserín” [Fallos 324: 3527. En el caso, un padre adoptivo de un menor afectado por parálisis cerebral y residente en la provincia de Santa Fe, solicitó a la justicia que el Estado Nacional prestara los servicios básicos de rehabilitación previstos en la ley 24.901. El juez de primera instancia hizo lugar a la acción de amparo y ordenó al Servicio Nacional de Rehabilitación y Promoción de la Persona con Discapacidad que otorgue una atención integral. Contra dicho pronunciamiento, que fue confirmado por la Cámara Federal de Apelaciones de Rosario, el Estado Nacional dedujo el recurso extraordinario cuyo rechazo originó la queja. La Corte, rechazó la queja y expresó que “carece de relevancia qué órgano del Estado Nacional es el responsable de brindar la asistencia requerida por el actor para su hijo menor, pues lo fundamental es, en el régimen legal, que aquél debe asistirlo y, para ello, la ley determina la forma de financiar tales actividades (...), sin que pueda servir de excusa para incumplir con el mandato legal la pretendida alegación – no demostrada por otra parte –, de falta de partida presupuestaria”. También argumentó respecto de la responsabilidad subsidiaria y solidaria del Estado por la inactividad o incumplimiento de las jurisdicciones locales, y la obligación asumida por las autoridades de garantizar el derecho a la salud mediante acciones positivas y progresivas y el derecho a solicitar la exigibilidad de este tipo de prestaciones en sede judicial.]; “Orlando” Fallos 325:519, op. cit.; “Martín” Fallos 327:2291 op. cit.; “Floreacing” [CSJN-11/7/06, en especial, punto V) del dictamen del Procurador que la Corte hace suyo. En el caso los padres del niño que padecía fibrosis quística promovieron acción de amparo contra el estado nacional, procurando que éste brindara los servicios médicos que necesitaba en atención a la omisión de cobertura por parte de la mutual a la que estaba afiliado como adherente, la que se encontraba en concurso preventivo. Llegado el caso a la Corte, ésta señaló que el estado nacional debía brindar toda cobertura médica que fuera requerida de manera urgente, sin perjuicio de que luego pudiera recuperar los costos de quien resultare obligado a afrontarlos. Agregó que, especialmente en casos de enfermedades graves, el derecho a la salud debía ser garantizado por la autoridad pública a través de acciones positivas]; “Passero” v. nota al pie Nro. 7 de este trabajo; “Díaz Brígida” (Fallos 326: 970), “Sánchez Norma” (CSJ N-8/6/04).

de cobertura universal, estructura pluralista y participativa y administración descentralizada que responda a la organización federal de nuestro país;⁴⁸

- *fiscalizar el actuar de las obras sociales*, a través de la Superintendencia de Servicios de Salud de la Nación, bajo la órbita del respectivo ministerio, que debe disponer medidas concretas para garantizar la continuidad y normalización de las prestaciones sanitarias a cargo de las obras sociales y, en especial, el cumplimiento del Programa Médico Obligatorio;

- *fiscalizar el cumplimiento de la ley 24.901*, por la que se ha creado un sistema de prestaciones básicas “de atención integral a favor de las personas con discapacidad” y se ha dejado a cargo de las obras sociales comprendidas en la ley 23.660 la obligatoriedad de su cobertura (arts. 1° y 2°). En el supuesto de las entidades que no puedan dar adecuada tutela asistencial, entonces se debe prestar preferente atención a las necesidades derivadas del derecho de las personas con discapacidad.⁴⁹

Si se cruza esta enumeración de deberes con los diagnósticos y propuestas provenientes de estudios de las ciencias sociales en materia de políticas sociales, parece que una de las principales deudas del estado nacional reside en el cumplimiento de estas obligaciones, aunque no dejen de advertir que esta tendencia parece querer ser revertida a partir del año 2002 por medio del fortalecimiento del accionar Ministerio de Salud y la revitalización del Consejo Federal de Salud, entre otras.⁵⁰ Ahora bien, estas últimas medidas no parecen ser suficientes teniendo en cuenta los problemas de fragmentación y desarticulación profunda que presenta el sistema de salud desde hace décadas, acrecentados aún más por la descentralización de los noventa. Estos problemas quedan plasmados en la mirada de conjunto propuesta por Anlló y Cetrángelo:⁵¹ “Como prueba de esta fragmentación regulatoria, basta decir que las obras sociales están reguladas por la Superintendencia de Seguros de Salud, que guarda bastante independencia del Ministerio de Salud de la Nación: el PAMI depende del Ministerio de Desarrollo Social; las obras sociales provinciales son instituciones que, según las provincias, tienen diferente nivel de dependencia de los gobiernos provinciales, pero en general son independientes de los Ministerios de Salud de sus provincias; éstos, finalmente, son los encargados de la salud pública en cada uno de sus territorios. Es así que al Ministerio de Salud de la Nación le corresponde la conducción del sector en su conjunto, a través del dictado de normas y del diseño de programas y ejecución de acciones. *Sin embargo, dada la estructura federal del país y los escasos fondos que integran el presupuesto de ese ministerio (menos de 0,4 % del PIB), los gobiernos provinciales cuentan con total autonomía en materia de políticas de salud, lo que hace que los lineamientos del nivel nacional tengan solamente*

48. Fallos 323:3229, consid. 23) y 27); Fallos 324: 3527, consid. 13); cfr. 328:1708; “Sánchez” CSJN-20/12/2005, Fallos: 328:4640; “Reynoso” CSJN-16/5/2006, Fallos: 329:1638; “Floreanci” CSJN-11/7/2006; reitera en “ICF” (2008) op. cit.

49. Fallos 323:3229, consid. 33).

50. Repetto, F., Hacia un sistema integral de protección social en Argentina: algunos retos políticos y administrativos, 2009, pp. 20; sobre el papel actual del Consejo Federal de Salud, v. Rey, M., Federalismo y políticas públicas: el funcionamiento de los consejos federales en Argentina, LASA, 2009.

51. Anlló y Cetrángelo, op. cit., págs. 416, 418, cursiva agregada.

un valor indicativo. Esto motiva que la mayor parte de responsabilidades en la provisión de servicios se encuentre a cargo de los gobiernos provinciales”. En el contexto de desigualdad territorial, en el que según los autores los indicadores sanitarios son fuertemente dependientes del desarrollo económico de cada región, las soluciones pasan por una sucesión de iniciativas tendentes a integrar los subsistemas y la coordinación de políticas a lo largo del territorio. Las soluciones pueden variar, pero lo cierto es que el estado nacional no se puede correr de su lugar de garante del sistema de salud, de implementador de medidas de acción positiva para compensar las desigualdades territoriales. De lo contrario no sólo estaría dando la espalda al diagnóstico proveniente de diferentes estudios e informes sobre el sector, sino que estaría incumpliendo, en especial, en el orden interno la manda del art. 75 inc. 23 CN y respecto de las de fuente internacional las que surgen del art. 28 de la CADH.

II.3.3 Deberes positivos reparadores

Ahora bien, de cara a los problemas que genera la fragmentación y falta de articulación, coordinación y fiscalización del sistema no es casual la judicialización de los reclamos de los particulares. En este sentido es difícil imaginar que dada la complejidad del problema sea el poder judicial la instancia de discusión adecuada para su solución general. Sin embargo, la posibilidad no suena del todo descabellada. La Corte Constitucional Colombiana el 31 de julio de 2008 dictó sentencia T-760,⁵² en la que se habían acumulado 22 acciones de tutela por temas de salud, ordenando obligaciones puntuales para resolver los reclamos individuales. Sin embargo, avanzó en la cuestión de fallas generales y ante la reiteración de casos sostuvo que los problemas no eran aislados y específicos de ciertos usuarios, sino que esos 22 casos representaban problemas estructurales de los diferentes niveles del sistema de salud colombiano. Concluyó que representaban violaciones generales a las obligaciones de respetar, promover y garantizar y dispuso una serie de *reparaciones estructurales* del sistema, entre otras, la actualización, aclaración y unificación de los planes de cobertura (también llamado POS, Plan Obligatorio de Salud). Por su parte, la Corte argentina no ha mostrado aún intención de arrojar alguna mirada general a las fallas estructurales del sistema a pesar de la reiteración de los reclamos que resuelve. Por ahora, funciona como instancia de discusión de la falta de cumplimiento de los deberes positivos reparadores y puntuales.

Así, la respuesta parece depender de la gravedad de la situación del afectado y de la urgencia con la que deba ser cumplido el deber positivo para remediar la violación. *El estado nacional debe responder para evitar incurrir en responsabilidad (también internacional). Debe proveer la prestación* (como por ejemplo la entrega del medicamento) *con la urgencia y oportunidad que el caso exige sin liberar al gobierno provincial o la obra social de sus obligaciones, ya que es el estado nacional el encargado de velar por el cumplimiento de los derechos constitucionales que amparan la vida y la salud de la persona con discapacidad y de asegurar la continuidad de su tratamiento*. Esta obligación se

52. www.corteconstitucional.gov.co

desprende con gran claridad, asimismo, de los casos «Asociación Benghalensis»⁵³ y de toda la jurisprudencia que la reitera⁵⁴ hasta el reciente caso «Passero».⁵⁵ Sin embargo, *esta regla tiene una excepción cuando la provincia u obra social obligada pueda responder de forma inmediata, eficaz y siempre y cuando garantice el piso fijado por las normas federales*.⁵⁶

La fórmula general se inicia con el caso «Campodónico»⁵⁷ y fue aplicada en reiteradas oportunidades por la Corte - y por otros tribunales inferiores -, en los casos «Orlando»,⁵⁸

53. Fallos 323: 1339. Si bien esta acción fue presentada como un amparo de incidencia colectiva, el remedio consistió, además, en la entrega de medicamentos.

54. En este sentido, además de los casos "Neira", "Díaz Brígida" y "Sánchez", v. "O., S.B. c. Pcia de Buenos Aires" (Fallos 325:419, del 4/4/2002), «Kastrup Philips» (Fallos 326:4572, del 11/11/2003), "S., E. G. c. Pcia. de Buenos Aires y otro" (CSJ, 18/12/2003), "Defensor del Pueblo de la Nación c. Pcia. de Buenos Aires y otro" (CSJ, 24/4/2007). También puede verse cómo esta obligación aparece en varios fallos de tribunales inferiores como "M.L. y otros", Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires, sentencia del 23/12/06; "L., C. P. v. Obra Social Bancaria Argentina", Superior Tribunal de Justicia de Entre Ríos, Sala Penal, sentencia del 5/7/04; "A. Z., R. v. Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados -Programa de Asistencia Médica Integral", Cámara Federal de Bahía Blanca, Sala 2da, sentencia del 5/7/06.

55. CSJN-18/9/07, v. nota al pie de página Nro. 7 de este trabajo.

56. «I., C. F. c/ provincia de Buenos Aires s/ amparo», CSJN-30/11/2008: Los padres de una niña con discapacidad, afiliada al IOMA, reclamaron por vía de amparo a la referida entidad, la cobertura integral (100 %) de la prestación «Formación Laboral, Jornada Doble» que la Escuela Especial «Redondel», brinda a la niña. Contra la sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, que desestimó la medida cautelar solicitada por los reclamantes, éstos interpusieron el recurso extraordinario cuya denegatoria motivó la queja. La Corte decidió que IOMA debe cubrir provisionalmente la prestación reclamada, sin perjuicio de que luego recupere los costos que ella devengue ya sea del Estado Provincial - que según la Corte no parece de imposible instrumentación dada la naturaleza jurídica del IOMA con cita de los arts. 27 y 28, ley 10.592, y arts. 11, 21 y 12, ley 6982) o, eventualmente, de los padres, en caso de que demuestre su aptitud económica y repita, así, contra ellos. Cfr. caso "Lifschitz" (CSJN-15/6/2004).

57. Fallos 323:3229 (2000), en el caso, la Corte Suprema ordenó al Banco Nacional de Drogas Antineoplásicas, a seguir entregando sin cargo una medicación especial para posibilitar el tratamiento de un niño que padecía una enfermedad grave en su médula ósea que disminuía sus defensas inmunológicas -enfermedad de Kostman. La acción atacada puede interpretarse como una acción por comisión (la interrupción de la entrega del medicamento a través del referido Banco). Este medio atacado no es idóneo en el caso concreto para proteger en forma adecuada la salud del niño, su enfermedad seguía siendo grave y requería el medicamento en forma urgente. Por lo demás, si bien poseía la cobertura de una obra social, ésta no estaba en condiciones de otorgar el medicamento según surgía del expediente. Además el niño no podía esperar a que se regularizara el funcionamiento eficaz de la obra social, ya que subsistía la situación de «urgencia y extrema necesidad que tenía el tratamiento prescripto para salvaguardar la vida y la salud del niño», por la que el referido Banco Nacional de Drogas había decidido prestar asistencia al menor, hasta que resolvió interrumpir injustificadamente la entrega de la medicación.

58. Fallos: 325:519 (2005). La actora, domiciliada en la Provincia de Buenos Aires, padecía esclerosis múltiple y esta le provocaba una discapacidad visual y motora. Su enfermedad era grave y progresiva y debía ser tratada de manera urgente y prolongada con la droga «Acetato de Glatiramer - Copolímero (Copaxone)», sin embargo, carecía de recursos económicos para solventarla. A pesar de que debía ser atendida urgentemente para evitar un brote, la provincia no le proveyó los medicamentos, alegaba que la esclerosis múltiple no resultaba ser una patología cubierta por la Dirección de Política del Medicamento, en tanto la mencionada droga no figuraba en el Vademécum. El Ministerio de Desarrollo Social de la Nación le entregó seis cajas pero dicha cantidad sólo le alcanzaba por un tiempo limitado. En agosto de 2001, la actora solicitó al ministerio nacional que continuara la entrega, sin embargo, éste no respondió hasta, por lo menos, abril de 2002. En razón de ello, inició un amparo contra la provincia (Ministerio de Salud) y el Estado Nacional (Ministerio de Salud y Ministerio de Desarrollo Social). Como medida cautelar, a su vez, requirió que le entregaran en forma inmediata las drogas. En «Orlando», la Corte hizo lugar al amparo y determinó la arbitrariedad de la interrupción y ordenó que la provincia continuara entregando el medicamento. En especial, tuvo en cuenta que ni la provincia ni la nación habían cuestionado el grave estado de salud de Orlando ni la situación de desamparo en la que se encontraba al momento de iniciar los reclamos.

«Sánchez», «Passero», «Floreancig». Si se abstraen las particularidades de los casos, entonces surge una regla más general que hace al piso mentado:

Cuando una persona con discapacidad (art. 75, inc. 23 de la Constitución Nacional) se vea imposibilitada de disfrutar el derecho a la salud, entre otros, y la restricción a ese derecho es grave y el actuar requerido es urgente, los Estados tienen la obligación impostergable de hacer algo adecuado y suficiente para posibilitar el ejercicio de esos derechos.

La fórmula del caso «Campodónico» es importante porque indica, además, una forma contrastable de determinar en parte el contenido mínimo del derecho a la salud.⁵⁹ El contenido mínimo del derecho no puede ser ponderado o graduado frente a otros principios.⁶⁰ Por ejemplo, el Estado no puede alegar:

- el argumento del federalismo (descentralización del servicio de salud y obligaciones de las provincias) o del carácter complejo de los obligados por la organización fragmentada del sistema de salud (obras sociales adheridas, no-adheridas). En todos ellos, la Corte remarca que el Estado nacional no puede desentenderse de las obligaciones que derivan del cumplimiento de este derecho bajo pretexto de la inactividad de otras entidades públicas o privadas (provincias, municipios, obras sociales, empresas de medicina prepaga);

- el argumento de los costos. Los casos llegados a la Corte se refieren, en su mayor parte, a la falta de cumplimiento de obligaciones de prestación positiva por el estado; por ejemplo, falta, de entrega de medicamentos, de prótesis o elementos similares, de intervenciones quirúrgicas, de infraestructura. Estos casos se caracterizan, en general, porque la obligación de hacer positiva se requiere de manera urgente, en caso contrario lo que se viola no es sólo el derecho a la salud sino también el derecho a la vida. Por ello se caracteriza a estas obligaciones como «impostergables» y de cumplimiento «inmediato», sin que se pueda alegar en estos supuestos «la escasez de recursos»,⁶¹ más aún cuando en

59. Esta regla supone un ejercicio complementario para determinar la gravedad de la restricción al derecho y la urgencia del cumplimiento de la obligación por parte del estado: basta con imaginarse cuáles serían las consecuencias fácticas del accionar omisivo del estado, cuando a pesar de estar en presencia de una situación concreta del afectado de necesidad y urgencia, el estado no actúa a través de un accionar positivo. El ejercicio que propone pensar en las consecuencias de la omisión en la situación de hecho que se encuentra el afectado y que se evalúa para determinar si hay violación a su derecho, se encuentra ya desarrollado en Arango, R., *Der Begriff der sozialen Grundrechte, Nomos, Baden-Baden, 2001*, pp. 152-153, 138, 216, 224-225.

60. Hablar de contenido mínimo digno de los derechos no significa negar la existencia de mayores alcances de los derechos, que también son exigibles judicialmente [trato el tema en: Clérico, L., op. cit., 2010]. Sin embargo, resalto que la mayor parte de los casos presentados respecto del derecho a la salud se refieren a la falta de satisfacción de un mínimo digno de los derechos lo que redundaría en favor de la urgencia con la que ha de ser satisfecho el reclamo.

61. V. «lo fundamental es, en el régimen legal, que [el estado nacional] debe asistirlo sin que pueda servir de excusa para incumplir con el mandato legal la pretendida alegación de falta presupuestaria”. *CSJN-Fallos*, 324: 3527, punto 6) del dictamen del Procurador General de la Nación. Además, Comité de DESC, Observación General (OG) N° 14 párr. 43, 47-48 y OG N° 15 párr. 42; OG N° 5; OG N° 17 párr. 27; cfr. OG N° 3 párr. 10; en especial, OG N° 14, párr. 47: «Un Estado que no esté dispuesto a utilizar el máximo de los recursos de que

la mayor parte de los casos se refieran a reclamos referidos al cumplimiento del PMO, el que es caracterizado como «un conjunto de servicios de carácter obligatorio como piso prestacional *por debajo del cual ninguna persona debería ubicarse en ningún contexto*».⁶²

III. El argumento de la igualdad. El federalismo no es un argumento de peso para justificar una desigualdad estructural. La desigualdad y las obligaciones estatales de dar, controlar y fiscalizar

La estructura federal del estado, el sistema complejo de organización de las obras sociales, ha obstaculizado que algunas obras sociales provinciales e incluso nacionales garanticen, por lo menos, el piso de derechos que queda configurado por las normas sobre protección integral de los derechos de las personas con discapacidad - leyes 23.660, 23.661 y 24.901. Sin embargo, el hecho de falta de adhesión a este sistema no exime al agente del sistema de salud de sus obligaciones de prestación nuevamente en atención a un argumento de igualdad real.⁶³ Así de la

disponga para dar efectividad al derecho a la salud viola las obligaciones que ha contraído en virtud del art. 12. Si la limitación de recursos imposibilita el pleno cumplimiento por un Estado de las obligaciones que ha contraído en virtud del Pacto, dicho Estado tendrá que justificar no obstante que se ha hecho todo lo posible por utilizar todos los recursos de que dispone para satisfacer, como cuestión de prioridad, las obligaciones [básicas] señaladas supra. *Cabe señalar sin embargo que un Estado Parte no puede nunca ni en ninguna circunstancia justificar su incumplimiento de las obligaciones básicas enunciadas en el párrafo 43, que son inderogables.*” Las obligaciones básicas son: a) garantizar el derecho de acceso a los centros, bienes y servicios de salud sobre una base no discriminatoria, en especial por lo que respecta a los grupos vulnerables o marginados; b) asegurar el acceso a una alimentación esencial ...; c) garantizar el acceso a una vivienda; d) facilitar medicamentos esenciales, ...; e) velar por una distribución equitativa de todas las instalaciones, bienes y servicios de salud; f) adoptar y aplicar, ... una estrategia y un plan de acción nacionales de salud pública para hacer frente a las preocupaciones en materia de salud de toda la población....” *Cursiva agregada.* Ahora bien, si se trata de «obligaciones de desarrollo progresivo», se aplica el estándar que surge de la Observación General Nro. 3 párr. 10 del Comité de DESC: el párr. 1 del art. 2 del Pacto de Derechos Económicos y Sociales, obliga a cada Estado Parte a tomar las medidas necesarias «hasta el máximo de los recursos de que disponga». Para que cada Estado Parte pueda atribuir su falta de cumplimiento de las obligaciones ... no basta con que simplemente lo alegue, debe demostrar en concreto que ha agotado todos los medios disponibles para utilizar todos los recursos que están a su disposición en un esfuerzo por satisfacer, con carácter prioritario, esas obligaciones...» Esta exigencia implica someter las razones justificatorias a una pauta de control bien estricta y agravada en el caso concreto. No es muy probable que, por ejemplo, un estado pueda demostrar que para satisfacer el derecho a la alimentación de los niños ha agotado todos los recursos disponibles, ya que como advierte el Comité en la OG N° 12, el problema no es la falta de alimentos sino «la falta de acceso a los alimentos disponibles» (párr. 5).

62. Consid. 3, Resolución 939/2000, cursiva añadida.

63. “La discriminación, de jure o de facto, contra las personas con discapacidad existe desde hace mucho tiempo y reviste formas diversas, que van desde la discriminación directa, como por ejemplo la negativa a conceder oportunidades educativas, a formas más “sutiles” de discriminación, como por ejemplo la segregación y el aislamiento conseguidos mediante la imposición de impedimentos físicos y sociales. A los efectos del Pacto, la “discriminación fundada en la discapacidad” puede definirse como una discriminación que incluye toda distinción, exclusión, restricción o preferencia, o negativa de alojamiento razonable sobre la base de la discapacidad, cuyo efecto es anular u obstaculizar el reconocimiento, el disfrute o el ejercicio de derechos económicos, sociales o culturales. Mediante la negligencia, la ignorancia, los prejuicios y falsas suposiciones, así como mediante la exclusión, la distinción o la separación, las personas con discapacidad se ven muy a menudo imposibilitadas de ejercer sus derechos económicos, sociales o culturales sobre una base de igualdad con las personas que no tienen discapacidad...”, Observación general 5, 09/12/94., párr. 8 y 15.

reconstrucción crítica de la jurisprudencia de “Martín”,⁶⁴ “Gallardo”,⁶⁵ “SMF”,⁶⁶ “I.C.F.”⁶⁷ surge que:

si la obra social no adhirió al sistema de las leyes 23.660, 23.661 y 24.901, igualmente tiene la carga de adoptar las medidas razonables a su alcance para lograr la realización plena de los derechos de la persona con discapacidad a los beneficios de la seguridad social, con el alcance integral que establece la normativa en la materia.

Esta regla se monta sobre dos argumentos. El primero se refiere a un mandato constitucional expreso. Del juego de los arts. 75 incs. 22⁶⁸ y 23 CN surge la obligación estatal de dictar medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce de los derechos de las personas con discapacidad, entre otros. Las medidas contenidas en la ley 24.901 que complementan a la 22.431 conforman, en parte,⁶⁹ ese accionar positivo estatal requerido. Estas normas no son simplemente expresión de derechos *legales*, son derechos *constitucionales* - su fuente es el bloque de constitucionalidad. De ahí que, por un lado, aquellas obras sociales que no adhieran al sistema de las leyes 23.660 y 23.661 quedan *igualmente* obligadas a garantizar, como mínimo, ese piso que surge de las leyes 24.901 y 22.431. De lo contrario las obras sociales no-adheridas gozarían de una suerte de privilegio carente, en principio, de fundamento alguno respecto de las restantes obras sociales⁷⁰ e incluso de las empresas de medicina prepaga.⁷¹ En todo caso pesa la carga de la argumentación y de la justificación (agravada)

64. Fallos: 327:2127, punto VIII del dictamen del Procurador que la Corte hace suyo. Los padres de una niña con discapacidad habían presentado un amparo contra la Fuerza Aérea Argentina para que la obra social correspondiente a esa fuerza cubriera la totalidad de las prestaciones médicas que necesitaba su hija. La Corte decidió hacer lugar al amparo. El voto de la mayoría de la Corte expresó que si bien la Fuerza Aérea no estaba legalmente obligada a brindar el tratamiento médico, esa repartición formaba parte del Estado Nacional, y que éste sí estaba obligado a realizar todas las acciones necesarias para garantizar, en forma prioritaria, la protección de la salud de los niños y las personas con discapacidad.

65. “Gallardo”, CSJN-20/2/2007, por remisión a Fallos: 327:2127 (“Martín”).

66. CSJN-18/6/2008, la Corte extendió al I.O.S.E. la obligación de hacerse cargo de los costos de la cuota del servicio de atención del centro de día que asistía a la persona con discapacidad. Para ello, aplicó el contenido del art. 4° de la ley 24.901, que dispone que las personas con discapacidad que carecieren de cobertura tendrán derecho a la totalidad de las prestaciones básicas comprendidas en la norma, a través de los organismos dependientes del Estado.

67. CSJN-30/11/2008.

68. Se “exige claramente de los gobiernos que hagan mucho más que abstenerse sencillamente de adoptar medidas que pudieran tener repercusiones negativas para las personas con discapacidad. En el caso de un grupo tan vulnerable y desfavorecido, la obligación consiste en adoptar medidas positivas ... Esto significa en la casi totalidad de los casos que se necesitarán recursos adicionales para esa finalidad, y que se requerirá la adopción de una extensa gama de medidas elaboradas especialmente.” Observación General Nro. 5, Personas con discapacidad, 09/12/94, párrs. 8 y 15.

69. V. otras medidas de acción positiva recopiladas en: http://www.cndisc.gov.ar/doc_publicar/marco.htm [última consulta: 14/7/2010].

70. V. esta argumentación en: Cám. Fed. Civ. y Com. Sala I, en “Gallardo, Guadalupe y otros c/ Dirección de Ayuda Social para el Personal del Congreso s/ Sumarísimo”, 01/04/04; Juzg. N°3 CAyT de la Ciudad, agosto de 2003, EXP 2958/0 “SOSA, Sergio Gustavo y otros c/ OSBA”.

71. Sobre las obligaciones de las entidades de medicina prepaga, v. CSJN-28/08/2007 “Cambiaso Perés de Nealón c. CEMIC”; Clérico/Scioscioli, op. cit.

en cabeza de la obra social no adherida al sistema; es ella quien debe demostrar y justificar en forma concluyente por qué no estaría en condiciones de hacerse cargo de ese mínimo de obligaciones. En este sentido no basta con alegar la simple discrecionalidad de su accionar, es decir, que exprese que aún no ha adherido al sistema.

Por el otro lado, si las obras sociales no adheridas al sistema no cumplen con las prestaciones similares a las que surgen de la ley 24.901, generan un trato desigualitario a las personas con discapacidad respecto de: a) aquellas que tienen una obra social adherida y que está cumpliendo con las referidas prestaciones, b) aquellas que no tienen cobertura de obra social y no poseen medios para solventar las prestaciones pero que reciben las prestaciones directamente del estado (en virtud del art. 4, ley 24.901). Es decir, el accionar doblemente omisivo de la obra social (no adhiere pero tampoco garantiza prestaciones similares a las previstas en la ley 24.901) cristaliza la desigualdad de las personas con discapacidad que el constituyente del 94 diagnosticó y que el legislativo trató de remediar - en parte - a través de una medida de acción positiva, la ley 24.901.

Incluso la desigualdad en el caso impactaría con mayor intensidad porque, como afirma la Corte en “SMF” *“en tanto no se produzca la adhesión” la obra social, “cuenta con un mercado cautivo de beneficiarios, ya que éstos se ven impedidos de elegir otra obra o cobertura social.”*⁷²

Por último, el segundo argumento tiene en cuenta los medios alternativos con que contaría la obra nacional o provincial no-adherida para reclamar por lo prestado al estado nacional o provincial, según el caso. Cuando se está en presencia de una violación grave que requiere un remedio urgente para proteger el derecho a la salud, resultaría desproporcionado imponer a la reclamante que acuda a otros medios para solicitar la cobertura de la prestación discutida (por ejemplo, subsidio directo del estado nacional); ya que la obra social demandada podría gestionar, en su caso, la compensación de los gastos que implique el tratamiento solicitado ante los órganos estatales competentes. Incluso podría gestionar y articular con aquellos un mecanismo que permita contar a la reclamante con las prácticas y servicios necesarios para su rehabilitación.⁷³

Este último argumento encierra consideraciones referidas al derecho a la salud como derecho que genera obligaciones de organización y control. En reiterados fallos se sostiene

72. “SMF”, CSJN-18/06/ 2008. Sin embargo, aunque tuviera la posibilidad de elección, la desigualdad no disminuiría en los hechos. La elección se ve restringida por la llamada “selección adversa” que practicarían las entidades de salud. Sólo admitirían a aquellos que les garantizan menores costos. Por ello, cualquier argumento referido a la libre elección debería reparar en cuáles remedios establece el sistema de salud para evitar la selección adversa que practicarían las entidades de salud y que afecta de hecho a las personas con discapacidad. V. el trabajo de este tema, en: Clérico, L., La jurisprudencia de la Corte sobre medicina prepaga en el contexto de un sistema de salud con fronteras “híbridas”, en trámite de publicación en Jurisprudencia Argentina.

73. V. “Martín”, Fallos: 327:2127.

que el estado nacional está obligado - a través de sus respectivas dependencias - a fiscalizar el cumplimiento de la ley 24.901. A su vez, el estado nacional tiene la obligación primaria y principal de “*articular y coordinar* los servicios asistenciales que prestan las obras sociales, los establecimientos públicos y los privados en un sistema de cobertura universal, estructura pluralista y participativa y administración descentralizada que responda a la organización federal de nuestro país”⁷⁴ - estén o no adheridas a las leyes 23.660 y 23661. Por todo ello, el estado nacional, como garante del sistema de salud, está obligado a controlar además si las obras sociales no-adheridas están cumpliendo con prestaciones similares a las establecidas en la ley 24.901. Ahora bien, si el estado no es exitoso en ese control, no parece proporcionado poner en cabeza de la persona con discapacidad la carga de esa deficiencia en el control, máxime cuando existen otros mecanismos para que la obra social, en su caso, le reclame a la administración central por los gastos incurridos.

IV. Consideraciones finales

Varios de los reclamos referidos al derecho a la salud de las personas con discapacidad ponen de manifiesto que el problema no radica tanto ni en la discusión del alcance del derecho ni en la falta de producción legislativa sino en la falta de cumplimiento de las obligaciones que estas generan en cabeza de las provincias, de las obras sociales, empresas de medicina prepaga, o de la administración nacional. En este sentido, habría que evaluar aún con mayor desconfianza el accionar omisivo, por defecto o insuficiente del estado. Se justificaría que los jueces ejercieran un control más intensivo de las razones o sinrazones del accionar por comisión u omisión de los órganos estatales en los reclamos puntuales.

Por ello, cuando una obra social no cumple con el sistema de prestaciones básicas establecido por la ley 24.901, piso federal, se incumple tres veces con las obligaciones de hacer positivo que emanan del derecho a la salud de las personas con discapacidad: el primer incumplimiento se verifica cuando la obra social a pesar de no haber adherido al sistema de salud establecido por las leyes 23.660 y 23.661 no garantiza, por lo menos, en igual medida las prestaciones básicas establecidas por la ley 24.901; el segundo incumplimiento deviene por la falta de fiscalización estatal⁷⁵ eficaz, a través de la dependencia del respectivo ministerio o consejo federal pertinente, del cumplimiento de las prestaciones básicas de la ley 24.901 o de una similar que establezcan las obras sociales no adheridas al sistema; el tercer incumplimiento deviene porque la omisión estatal desatiende el *deber de especial cuidado* en el cumplimiento de las obligaciones iusfundamentales cuando atañe a una persona perteneciente a uno - o varios - de los grupos desaventajados⁷⁶ del art. 75 inc. 23 CN, entre ellos las personas con discapacidad.

74. CSJN-Fallos, 323:3229, consid. 23) y 27); CSJN-Fallos, 324: 3527, consid. 13), entre muchos otros.

75. Aquí se interpreta al estado nacional como garante del sistema de salud.

76. Revisan este punto en relación con cada uno de los DESC, Parra Vera/Villanueva Hermida/Martin, Protección Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, IIDH, San José C.R., 2008, pp. 168 ss.

El argumento del federalismo a secas y como mera norma competencial no parece tener el peso suficiente para postergar la aplicación de una medida de acción positiva-competencia del Congreso Nacional de acuerdo con el art. 75 inc. 23 CN- para destrabar una situación de desigualdad estructural. Se requiere que la descentralización institucional que posibilitaría el federalismo sea utilizada “para reducir las desventajas estructurales y para dar el trato preferente apropiado a las personas con discapacidad, a fin de conseguir los *objetivos de la plena participación e igualdad dentro de la sociedad para todas ellas*”⁷⁷ que en parte coinciden con los argumentos del constituyente cuando en la reforma de 1994 intentó fortalecer el federalismo para lograr una sociedad más abierta y participativa.⁷⁸

Por último, es cierto que resulta más compleja la propuesta sobre cómo exigir que el estado nacional cumpla sus deberes constructivos generales para reducir la desigualdad territorial e incluso cuando el problema no es la falta de desarrollo legislativo sino la necesidad de fiscalizar, controlar y articular el cumplimiento de las obligaciones. En este sentido, el bloque de constitucionalidad permite pensar en varias respuestas complementarias que requieren ser analizadas a la luz de los diagnósticos provenientes de estudios de corte sociológico: a) fortalecimiento del papel del Ministerio de Salud nacional y de los ministerios provinciales, b) fortalecimiento del COFESA, ¿como órganos con mayores atribuciones de control y fiscalización del sistema que cumplan con la obligación del art. 28 II CADH en el orden interno? en coordinación con el Consejo Federal de Educación, con el Consejo Nacional de Derechos de las Personas con Discapacidad, con el Consejo de la Vivienda y otros afines, c) de comisiones bicamerales de seguimiento y evaluación del cumplimiento de las normas federales sobre salud y discapacidad, d) exploración del litigio estratégico al estilo de la Sentencia T-760 de 2008 de la Corte Constitucional Colombiana, e) de un papel más activo (y de cooperación interjurisdiccional) de los defensores del pueblo de las diversas jurisdicciones y de los defensores oficiales, f) fortalecimiento de la justicia federal con asiento en las provincias para que se interprete como garante de los derechos que surgen del bloque de normas constitucionales y federales; g) de fortalecimiento de los Servicios Jurídicos Gratuitos que prestan las Universidades, las ONG, reparticiones estatales, entre otros, en especial, para ampliar el acceso a la justicia en el interior del país; h) de ampliación de los canales de participación ciudadana en el ámbito de salud; en especial, a través del fortalecimiento de las organizaciones de bases y movimientos populares para que esa participación se consolide y sea canal de diálogo, deliberación, negociación, construcción y control de políticas públicas, entre otros.

77. OG Nro. 5 op. cit. Asimismo esta reinterpretación del federalismo implicaría revisar las razones que justifican la descentralización en términos de favorecer la participación y la defensa de los derechos de grupos minoritarios; el estudio de esta relación sería objeto de otro artículo, sin embargo, el presente trabajo guarda relación con lo dicho en tanto se encarga del argumento de igualdad de hecho presupuesto de la democracia para garantizar igualdad real de voz y participación en el debate especialmente de las personas pertenecientes a grupos desaventajados. Sobre federalismo y democracia, v. González Bertomeu, J., «Notas sobre Federalismo», en: Gargarella, Teoría y Crítica del Derecho Constitucional, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008, p. 439.

78. V. un argumento similar en la disidencia de Lorenzetti y Zaffaroni en «Telefónica» CSJN-11/7/2007, consid. 8.

