

**VIVIANA JANNETH ROMERA**

D.N.I. N° 14.598.711



**ANALISIS DE LA COBERTURA INTEGRAL EN  
MATERIA DE SALUD POR DISCAPACIDAD:  
DEMANDA DIRECTA AL ESTADO NACIONAL**

Trabajo Final de Graduación

Universidad Empresarial Siglo 21

Carrera de Abogacía

Año 2019

## **AGRADECIMIENTOS**

*Se lo dedico a mi hija Bianca, con Síndrome de Down, hoy de casi 18 años y por quien debo luchar todos los días para que se respeten sus derechos*

*Viviana Janneth Romera*

## RESUMEN

El presente trabajo estará destinado a realizar un “análisis de la cobertura integral en materia de salud por discapacidad: demanda directa al Estado Nacional”. En el último tiempo, se ha discutido la responsabilidad que tiene el Estado para hacer efectivo el derecho a la salud, como derivación de un derecho humano fundamental de la persona. La “salud” es definida por la OMS como el completo bienestar físico, psíquico y social. Ahora bien, para garantizar de forma urgente la cobertura integral en materia de salud por discapacidad es necesario comprender que el Estado Nacional es garante de la salud de los individuos, tengan o no una obra social activa (que resuelva los conflictos de sus afiliados). En la actualidad la salud es un derecho humano esencial y los Estados deben asegurar su acceso a la comunidad. Ahora bien, para garantizar de forma urgente la cobertura integral en materia de salud por discapacidad: *¿se puede demandar en un proceso de amparo de manera directa al Estado Nacional?* La Constitución Nacional a través del art. 43 dispone que toda persona puede interponer la acción de amparo, es decir, que la redacción del texto constitucional y la idea de los constituyentes de 1994 fue ampliar la legitimación para el inicio de la acción de amparo individual, ampliándola incluso a quienes no resultasen afectados directos. En cambio, la legitimación pasiva se encuentra debatida, más aún cuando el co-legitimado es el Estado Nacional. En definitiva, uno de los problemas más discutidos en la doctrina y en la jurisprudencia actual es la interposición de amparo contra obras sociales y consecuentemente, la procedencia o improcedencia de co-demandar de manera eventual al Estado Nacional, o en su defecto demandar directamente cuando la persona no goza de una obra social.

**Palabras claves:** cobertura integral de salud – discapacidad – demanda – legitimación pasiva - Estado Nacional

## **ABSTRACT**

The present work will be destined to carry out an “analysis of the integral coverage in the matter of health by disability: direct demand to the National State”. In recent times, the responsibility of the State to implement the right to health, as a derivation of a fundamental human right of the person, has been discussed. "Health" is defined by the WHO as the complete physical, psychological and social well-being. However, in order to urgently guarantee comprehensive coverage in the area of health due to disability, it is necessary to understand that the National State is the guarantor of the health of individuals, whether or not they have active social work (which resolves the conflicts of its members). Currently, health is an essential human right and States must ensure their access to the community. Now, to urgently guarantee comprehensive coverage in the field of health due to disability: can the National State be sued directly in an amparo proceeding? The National Constitution through art. 43 provides that everyone can file a writ of amparo, that is, that the wording of the constitutional text and the idea of the constituents of 1994 was to extend the legitimacy for the initiation of the action of individual protection, extending it even to those who are not affected direct On the other hand, passive legitimation is debated, especially when the co-legitimized is the National State. In short, one of the most discussed problems in current doctrine and jurisprudence is the filing of amparo against social works and consequently, the origin or inadmissibility of co-sued eventually the National State, or failing to sue directly when the person does not enjoy a social work.

**Keywords:** comprehensive health coverage - disability - demand - passive legitimation - National State

## ÍNDICE

- ❖ **Introducción..... pág. 7**
  
- ❖ **Capítulo I: La acción de amparo como herramienta individual para demandar de manera directa al Estado Nacional..... pág. 12**
  - 1. Introducción..... pág. 12
  - 2. El fundamento constitucional de la acción de amparo..... pág. 13
  - 3. La acción de amparo como herramienta individual..... pág. 14
    - 3.1. Toda persona puede interponer la acción de amparo..... pág. 15
    - 3.2. Acción expedita y rápida de amparo..... pág. 17
    - 3.3. Siempre que no exista otro medio judicial más idóneo..... pág. 18
    - 3.4. Contra todo acto u omisión de autoridades públicas..... pág. 19
    - 3.5. Otros presupuestos que debe acreditar la persona afectada. pág. 20
  - 4. El juez puede declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva..... pág. 21
  - 5. Conclusiones parciales..... pág. 22
  
- ❖ **Capítulo II: La cobertura integral en materia de salud por discapacidad: demandar en un proceso de amparo de manera directa al Estado Nacional..... pág. 25**
  - 1. Introducción..... pág. 25
  - 2. La Responsabilidad del Estado como obligación de brindar el servicio de salud..... pág. 27

3.	El Estado Nacional como garante de la cobertura integral en materia de salud.....	pág. 29
4.	Un análisis de los fundamentos para demandar de manera directa al Estado Nacional en casos urgentes.....	pág. 31
4.2.	Afectación del derecho a la salud por discapacidad.....	pág. 32
4.3.	El derecho a la salud y el principio de igualdad.....	pág. 36
4.4.	El principio de subsidiariedad en materia de salud.....	pág. 37
5.	Conclusiones parciales.....	pág. 40
❖	<b>Capítulo III: Un análisis de la jurisprudencia en torno al Estado Nacional como garante de las coberturas por discapacidad.....</b>	<b>pág. 44</b>
1.	Introducción.....	pág. 44
2.	Un análisis de la jurisprudencia argentina.....	pág. 45
2.1.	Los precedentes de la C.S.J.N.....	pág. 46
2.1.1.	Fallo “Campodónico de Beviacqua” (2000) .....	pág. 46
2.1.2.	Fallo “Asociación Benghalensis y otros” (2000) .....	pág. 50
2.2.	El precedente de la Cám. Fed. A. de Córdoba, Sala A: “H. V. D. A. y otro”(2017) .....	pág. 52
3.	Otros precedentes jurisprudenciales que analizan la viabilidad de demandar de manera directa en un proceso de amparo al Estado Nacional en casos de cobertura social.....	pág. 54
4.	Conclusiones parciales.....	pág. 58
❖	<b>Conclusiones Finales.....</b>	<b>pág. 61</b>
❖	<b>Bibliografía.....</b>	<b>pág. 69</b>

# INTRODUCCIÓN

## INTRODUCCIÓN

El presente Trabajo Final de Graduación estará destinado a realizar un “análisis de la cobertura integral en materia de salud por discapacidad: demanda directa al Estado Nacional”. En el último tiempo, se ha discutido la responsabilidad que tiene el Estado para hacer efectivo el derecho a la salud, como derivación de un derecho humano fundamental de la persona. La “salud” es definida por la OMS como el completo bienestar físico, psíquico y social. Ahora bien, para garantizar de forma urgente la cobertura integral en materia de salud por discapacidad es necesario comprender que el Estado Nacional es garante de la salud de los individuos, tengan o no una obra social activa (que resuelva los conflictos de sus afiliados). En la actualidad la salud es un derecho humano esencial y los Estados deben asegurar su acceso a la comunidad.

El problema de investigación es el siguiente: el Estado Nacional debe brindar el derecho a la salud a raíz de las normas constitucionales que lo imponen como mandato, puesto que, es un derecho humano universal de las personas. Al mismo tiempo, en ocasiones el Estado deslinda su responsabilidad producto de la indeterminación de responsabilidades y regulaciones específicas para hacer efectivo este derecho en situaciones inmediatas. Por lo tanto, una persona para lograr que se garantice de forma urgente la cobertura integral en materia de salud por discapacidad: ¿podrá demandar en un proceso de amparo de manera directa al Estado Nacional? Por consiguiente, la hipótesis de trabajo es que para garantizar de forma urgente la cobertura integral en materia de salud por discapacidad si se puede demandar en un proceso de amparo de manera directa al Estado Nacional o, en su defecto en forma subsidiaria junto con la obra social (cobertura de salud privada).

El trabajo tiene diferentes objetivos, por un lado, el *objetivo general* es el siguiente: analizar si se puede demandar en un proceso de amparo de manera directa al Estado Nacional para garantizar de forma urgente la cobertura integral en materia de salud por discapacidad; y, por otro lado, los *objetivos específicos* son: analizar y describir los presupuestos necesarios para interponer una acción de amparo en el sistema legal argentino; analizar la interpretación (restringida y amplia) de la norma jurídica del art. 42 de la Constitución Nacional referida al derecho a la salud; explicar el derecho a la salud y su vínculo con el principio de igualdad (art. 16 de la Constitución Nacional); analizar la responsabilidad del Estado como obligación de brindar el servicio de salud y examinar el alcance constitucional del principio de subsidiariedad en materia de salud.



La justificación y relevancia del tema radica exclusivamente en la discusión actual que se ha generado en estos últimos años en doctrina y jurisprudencia en torno al tema, es decir, sobre la responsabilidad que tiene el Estado para hacer efectivo el derecho a la salud, como derivación de un derecho humano fundamental de la persona. En definitiva, para garantizar de forma urgente la cobertura integral en materia de salud por discapacidad se puede demandar en un proceso de amparo de manera directa al Estado Nacional de acuerdo con nuestro sistema legal argentino. La relevancia y lo que justifica indagar en un problema que netamente afecta el derecho a la justicia y a la tutela judicial efectiva de los ciudadanos argentinos (derechos humanos por excelencia en estos tiempos actuales), puede abrir un paradigma novedoso en materia de ampliación de derechos para los más débiles (vulnerables) que requieran una respuesta rápida y efectiva por parte del Estado en el ámbito de la cobertura social por discapacidad como derivación del derecho a la salud con raigambre constitucional e internacional. Las contrariedades y discusiones por parte de la doctrina y jurisprudencia actual, nos permitirá sumergirnos en un problema de importancia jurídica.

En virtud de ello, el Trabajo Final de Graduación está dividido en tres apartados fundamentales para desarrollar las cuestiones jurídicas centrales derivados de la problemática de propuesta. A continuación, se determinará como quedo conformado lo antes mencionado:

En el Capítulo I: *“La acción de amparo como herramienta individual para demandar de manera directa al Estado Nacional”*, tiene como objetivo central explorar y describir las nociones generales del amparo. Desde esta perspectiva, se desarrollarán y analizarán los siguientes temas: el fundamento constitucional de la acción de amparo; la acción de amparo como herramienta individual: Toda persona puede interponer la acción de amparo, Acción expedita y rápida de amparo, Siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, Contra todo acto u omisión de autoridades públicas, Otros presupuestos que debe acreditar la persona afectada; y por último, se examinará si el juez puede declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva.

Y seguidamente, en el Capítulo II: *“La cobertura integral en materia de salud por discapacidad: demandar en un proceso de amparo de manera directa al Estado Nacional”*, tiene el designio de observar las cuestiones relativas a la responsabilidad del Estado y la posibilidad de demandar directamente (o en su defecto de forma subsidiaria)

en miras de asegurar en casos urgentes de discapacidad la cobertura de salud de una persona. En virtud de ello, se desarrollarán y examinarán los siguientes temas: la responsabilidad del Estado como obligación de brindar el servicio de salud; el Estado Nacional como garante de la cobertura integral en materia de salud; un análisis de los fundamentos para demandar de manera directa al Estado Nacional en casos urgentes: afectación del derecho a la salud por discapacidad, el derecho a la salud y el principio de igualdad, y para cerrar, el apartado se explorará el principio de subsidiariedad en materia de salud.

En el Capítulo III: *“Un análisis de la jurisprudencia en torno al Estado Nacional como garante de las coberturas por discapacidad”*, tiene como finalidad explorar y describir los precedentes más relevantes en materia de jurisprudencia de nuestro país referente a la posición de garante que ocupa el Estado en el ámbito de la protección de la salud para las personas (cobertura integral de salud). A partir de esto, se analizarán y desarrollarán los siguientes temas: un análisis de la jurisprudencia argentina: los precedentes de la C.S.J.N. (fallos “Campodónico de Beviacqua” y “Asociación Benghalensis y otros”; el precedente de la Cám. Fed. A. de Córdoba, Sala A: “H. V. D. A. y otro”(2017); y, por último, se examinarán otros precedentes jurisprudenciales que analizan la viabilidad de demandar de manera directa en un proceso de amparo al Estado Nacional en casos de cobertura social.

Por último y para ponerle un punto final al trabajo, se efectuarán las conclusiones de carácter personal que confirmará o desechará la hipótesis de trabajo. Al mismo tiempo, se expresará una visión personal sobre la temática con el fin de justificar la solución arribada en las consideraciones personales.

En relación con el “marco metodológico”: el tipo de estudio o investigación que se utilizó es el “método descriptivo” puesto que se analizó si se puede demandar en un proceso de amparo de manera directa al Estado Nacional para garantizar de forma urgente la cobertura integral en materia de salud por discapacidad. Según el tipo de problema de investigación y los objetivos trazados se usó la “estrategia cualitativa”. En cuanto a la delimitación temporal, se examinó la Constitución Nacional desde la reforma constitucional de 1994 que incorpora el amparo en el art. 43 y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos (art. 75 inc. 22 de la CN). Igualmente, se analizó las posteriores leyes que se relacionan con el derecho a la salud, la cobertura social y la responsabilidad del Estado (leyes N° 16.986, 23.661 y 26.944). En el ámbito espacial, se analizó el art. 43

(en función del art. 42) del plexo constitucional para poder desentrañar si el amparo por salud (cobertura de la discapacidad) permite demandar de manera directa al Estado Nacional como garante esencial de los derechos de las personas.

La Constitución Nacional a través del art. 43 dispone que toda persona puede interponer la acción de amparo, es decir, que la redacción del texto constitucional y la idea de los constituyentes de 1994 fue ampliar la legitimación para el inicio de la acción de amparo individual, ampliándola incluso a quienes no resultasen afectados directos. En cambio, la legitimación pasiva se encuentra debatida, más aún cuando el co-legitimado es el Estado Nacional. En definitiva, uno de los problemas más discutidos en la doctrina y en la jurisprudencia actual es la interposición de amparo contra obras sociales y consecuentemente, la procedencia o improcedencia de co-demandar de manera eventual al Estado Nacional.

Al mismo tiempo, se ha considerado que resulta inadmisibile co-demandar en un proceso de amparo por salud al Estado Nacional, por no componer este último la relación jurídica sustancial que vincula al legitimado activo con la obra social a la que se encuentra afiliado (legitimado activo). La eventual responsabilidad del Estado resulta esencialmente de diversa naturaleza jurídica, por lo que deviene improcedente su composición en la litis. En consecuencia, las relaciones que atan al legitimado activo (afiliado) con la obra social y con el Estado Nacional son sustancialmente distintas, desde sus responsabilidades y obligaciones (Rodríguez Traversa, 2014).

Por último, la Corte Suprema de Justicia de la Nación abre un nuevo paradigma puesto que ha resuelto en distintas sentencias (*“Campodónico de Beviacqua”*, 2000; *“Asociación Benghalensis y otros”*, 2000) que existe una obligación del Estado Nacional de garantizar el derecho y acceso efectivo a la salud, y en especial el de las personas discapacitadas. Por último, debemos tener presente que existen casos urgentes de salud (por ejemplo: discapacidad), y ello deriva en analizar si se puede demandar en un proceso de amparo de manera directa al Estado Nacional.

# CAPÍTULO I

## CAPÍTULO I

### LA ACCIÓN DE AMPARO COMO HERRAMIENTA INDIVIDUAL PARA DEMANDAR DE MANERA DIRECTA AL ESTADO NACIONAL

#### 1. Introducción

En el Capítulo I: “*La acción de amparo como herramienta individual para demandar de manera directa al Estado Nacional*”, tiene como objetivo central explorar y describir las nociones generales del amparo. Desde esta perspectiva, se desarrollarán y analizarán los siguientes temas: el fundamento constitucional de la acción de amparo; la acción de amparo como herramienta individual: Toda persona puede interponer la acción de amparo, Acción expedita y rápida de amparo, Siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, Contra todo acto u omisión de autoridades públicas, Otros presupuestos que debe acreditar la persona afectada; y por último, se examinará si el juez puede declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva.

En Argentina, la acción de amparo representa uno de los mecanismos tendientes a efectivizar el principio de supremacía y la protección de los derechos constitucionales. Es a través de ella que se procura asegurar la supremacía constitucional, con independencia del órgano judicial ante el cual se sustancian.

Se trata de una acción que tiene por fin proteger todos los derechos constitucionales, ya sean explícitos o implícitos, en donde la posibilidad de interponerla puede surgir por la tutela de los derechos y garantías emergentes tanto de la Constitución Nacional, de un Tratado o de una Ley.

En ese sentido, el art. 43 de la Constitución Nacional argentina reza:

Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva.

Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización...<sup>1</sup>

Por ello, en el presente capítulo se pretende realizar un análisis sobre los siguientes aspectos relacionados con la figura en estudio: fundamento constitucional de la acción de amparo; la acción de amparo como herramienta individual; toda persona puede interponer acción de amparo; acción expedita y rápida de amparo; siempre que no exista otro medio judicial más idóneo; contra todo acto u omisión de autoridades públicas; contra todo acto u omisión de autoridades públicas; otros presupuestos que debe acreditar la persona afectada; y la potestad del juez para declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva. Finalmente, se esbozarán las conclusiones parciales del capítulo.

Seguidamente desarrollamos el instituto en cuestión, a los fines de analizar sus características y requisitos de procedencia como herramienta individual apta para demandar de manera directa al Estado Nacional.

## **2. El fundamento constitucional de la acción de amparo**

Como se ha mencionado, fue a través del artículo 43 de la Constitución Nacional argentina que se dio rango constitucional a la acción de amparo como un procedimiento

---

<sup>1</sup> Constitución Nacional. Art. 43

destinado a garantizar a cada individuo la defensa de sus derechos, cuando éstos sean atacados. Así, la supremacía de la Constitución Nacional se encuentra tutelada por la acción de amparo en los casos de obstáculos de hecho que impidan el ejercicio de los derechos de los individuos.

La acción de amparo encuentra su mayor fundamento en la protección de garantías constitucionales de las personas, que incluye como derivación, por ejemplo, el derecho a la salud y la obligación del Estado de asegurar su realización. Como bien señala la Dra. María Angelica Gelli, “el amparo nació en la Argentina por creación jurisprudencial y desarrollo legislativo, aunque se le reconoció raíz constitucional en el derecho a la jurisdicción” (Gelli, 2004, p. 387).

Se trata de una acción que tiene por fin proteger todos los derechos constitucionales, ya sean explícitos o implícitos, como también los derechos patrimoniales (excluyendo la protección de la libertad corporal, lo cual queda bajo el ala de la acción de Habeas Corpus).

Asimismo, tenemos que la posibilidad de interponer una acción de amparo abarca la tutela de los derechos y garantías emergentes tanto de la Constitución Nacional, de un Tratado o de una Ley.

### **3. La acción de amparo como herramienta individual**

La Carta Magna de la República Argentina contempla la posibilidad de interponer dos clases de amparo, dependiendo de los sujetos que se encuentren legitimados para ello.

Así, dicho cuerpo normativo regula el *amparo individual*, también conocido como amparo personal o clásico, estableciendo que "toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley”.

En ese sentido, tenemos que se considera “persona” a todo ente susceptible de adquirir derechos y contraer obligaciones, y aquí se comprende tanto a las personas humanas como a las jurídicas.

Por lo tanto, se reconoce expresamente el derecho de interponer acción de amparo, a todas las personas (físicas o jurídicas), las cuales, según se desprende de la Constitución argentina, podrán interponer acción individual de amparo, en las condiciones del artículo 43 de la misma, en caso de encontrarse frente a una lesión de sus derechos subjetivos, y se refiera a daños concretos.

Según lo expresa Quiroga Lavié al respecto:

La fórmula empleada por el comienzo del artículo 43 CN (en lugar de perjudicada o afectada) denota una concepción amplia en materia de amparo como género de tutela, con aptitud suficiente para abarcar la totalidad de las situaciones jurídicas que comprenden los demás párrafos (ver legitimación en amparo colectivo, hábeas data y hábeas corpus). Se refiere tanto a las personas físicas como a las jurídicas. En lo relativo al amparo individual, la nueva fórmula constitucional de “Toda persona” debe entenderse en los términos de lo establecido por el artículo 5° de la hasta ahora vigente ley de facto 16.986, de acuerdo con el cual “La acción de amparo podrá deducirse por toda persona individual o jurídica [...] que se considere afectada”. (Quiroga Lavié, 2009, p. 623)

A los fines de brindar una explicación acabada sobre las características y procedencia de este tipo de acción de amparo, es bueno desgranar el contenido del artículo en estudio, específicamente su párrafo primero, lo cual en lo sucesivo se pasa a desarrollar.

### **3.1. Toda persona puede interponer la acción de amparo**

El texto en estudio (art. 43 de la Constitución Nacional), establece expresamente que toda persona puede interponer una acción de amparo. De ello, podemos inferir que, con dicha redacción, el constituyente ha buscado ampliar la legitimación para poder iniciar la acción de amparo individual, extendiéndose aún a aquellos que no hayan resultado directamente afectados.

Ello se desprende tanto de la literalidad del texto, como también de la comparación con el texto de la Ley N° 16.986 (ley reglamentaria de la acción de amparo, la cual estaba vigente al tiempo de la reforma, toda vez que la mencionada norma legal establece que esta acción puede deducirse por toda persona que se considere “afectada”, en tanto que el



texto constitucional luego de la reforma se refiere a “toda persona”, descartando el requisito de que el actor se haya visto afectado en ‘sus’ derechos.<sup>2</sup>

Ahora bien, en relación a la jurisprudencia argentina, la Corte Suprema de Justicia de la Nación (C.S.J.N.) se ha pronunciado al respecto en el fallo “*Mosquera*”<sup>3</sup> del año 2003, fijando que en el marco de las acciones de amparo, según el texto constitucional (art. 43), presupone la existencia de un caso con un interés lesionado y legítimo, con una parte que será quien reclama o se defiende y, por ende, será quien se beneficia o perjudica con la resolución adoptada al cabo del proceso y que al decidir sobre la legitimación resulta necesario determinar si hay un nexo lógico entre el status afirmado (por el litigante) y el reclamo que se procura satisfacer.

En la causa “*Mosquera*”, se determinó los alcances de la legitimación del amparo entre otras cuestiones. Los hechos fueron los siguientes: la actora Sra. Lucrecia Rosa Mosquera interpuso una acción de amparo, conforme el art. 43 de la Constitución Nacional con la finalidad de que se declare inconstitucional las Leyes N° 23.018 y 24.490. Las normas jurídicas perjudicaban el patrimonio de la accionante y favorecía al Estado, por ende, se solicitaba el cese en el pago de los beneficios discriminatorios concedidos por ambas leyes y el reembolso. En consecuencia, el Estado contestó la demanda de amparo y se defendió diciendo que era improcedente, ya que la actora debió agotar la vía administrativa previa y que, la acción de amparo además protege el interés general y no uno particular, como el que se plantea.

Sin embargo, la C.S.J.N. considero expresamente que la legitimación debe ser entendida en sentido amplio, ya que se identifica con el generalizado interés de todos los ciudadanos en el ejercicio de los poderes de gobierno (buen y normal funcionamiento de los tres poderes del Estado). Asimismo, se consideró que la actora cumplió con los extremos que exige la acción de amparo, especialmente, porque se está afectando una garantía constitucional y un derecho legítimo, que se ve plasmado por el interés lesionado en el presente caso a través de las leyes dictada por el Estado. Por último, los magistrados enunciaron que la acción de amparo protege un interés individual o colectivo de acuerdo al texto constitucional vigente.

---

<sup>2</sup> Véase, Ley N° 16.986 de Acción de Amparo (Ley-Reglamentaria)

<sup>3</sup> Véase, C.S.J.N.: “*Mosquera, Lucrecia Rosa c/Estado Nacional (Mrio. de Economía) s/acción meramente declarativa – sumarísimo*” (2003)

Por lo tanto, es la *parte* la cual debe demostrar la existencia de un *interés especial* en el proceso, o bien, que los agravios alegados la afecten de forma sustancial; de lo cual se desprende que las reglas de legitimación del sistema procesal argentino (requisito de la ‘afectación’ para la procedencia de la jurisdicción de los tribunales).

Además, si no hay parte en sentido técnico tampoco hay caso ni jurisdicción para la intervención de los tribunales, llevándonos ello a determinar que, a pesar de las diferencias de redacción mencionadas entre lo establecido en la ley reglamentaria de la acción de amparo, y lo prescripto por la Constitución, ambas previsiones resultan análogas, y que la mera eventualidad de un daño, el agravio meramente conjetural o hipotético no basta para reconocer la existencia de legitimación procesal en quien pretende invocar una acción de amparo.

### **3.2. Acción expedita y rápida de amparo**

Debido a la necesidad de que se provea de una acción rápida y libre de obstáculos para proteger los derechos de las personas, la cláusula constitucional incorpora este requisito.

Al respecto, el Dr. Germán Bidart Campos explica que:

El actual art. 43 vino a disipar numerosos problemas y dudas. Según el texto, toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo (en rigor, los calificativos de “expedito” y “rápido” corresponden más bien al proceso de amparo que a la acción) cuando no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridad pública o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos en la constitución, un tratado o una ley; el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesivos. (Bidart Campos, 2008, p. 210)

Se trata de una acción que busca descartar demoras en el proceso, a la vez que se orienta a obtener sensatez y presteza en su articulación, lo cual aparece relacionado con la necesidad de que, al momento de la interposición de la demanda, deben permanecer las condiciones para su procedencia, de lo contrario, si por ejemplo la acción es interpuesta un año después de haber tomado conocimiento del acto que se impugna, se podría

considerar que las condiciones mencionadas desaparecieron, o bien, que se puede recurrir a otros trámites personales para reclamar.

Si bien no se fija expresamente en la Constitución un plazo para el inicio de la acción, sí lo hace la Ley N° 16.986, la cual establece en su art. 2, inc. e): la acción de amparo no será aceptable cuando la demanda no hubiese sido interpuesta dentro de los quince días hábiles a partir de la fecha en que el acto fue ejecutado o debió producirse.<sup>4</sup>

Así, se evidencia que la acción interpuesta por el amparista se trata de una vía que debe estar libre de todo obstáculo en lo procesal, a fin de que los derechos constitucionales se puedan defender por dicho medio. Al ser un proceso urgente, esta necesidad de protección de derechos lesionados no se puede ver demorada ni trabada.

### **3.3. Siempre que no exista otro medio judicial más idóneo**

En el camino hacia la protección de los derechos que recorren las acciones en estudio, es importante, para que las mismas puedan ser admitidas como remedios sumarísimos y excepcionales, que quien requiere dicha protección, demuestre debidamente que las demás vías procesales a las cuales podría recurrir son inoperantes para la reparación del perjuicio invocado.

Según lo expresa, el Dr. Sagües:

Dicho de otro modo, el promotor del amparo debe cubrir, cuando lo interpone, un presupuesto de admisibilidad: demostrar, siquiera prima facie, que no tiene otros procedimientos útiles para proteger su derecho constitucional (CNCiv, Sala C, "Villegas", LL, 1986-E-176). El amparo cumple, entonces, un papel supletorio, residual o subsidiario: no opera si hay otras rutas procesales idóneas para atacar a la lesión o amenaza. Por lo común, se entiende que éstas no son eficaces si su tránsito ocasiona un daño irreparable (p.ej., por la demora en su diligenciamiento), caso en el cual sí es viable al amparo. (Sagües, 2007, p. 190)

---

<sup>4</sup> Véase, Ley N° 16.986 de Acción de Amparo (Ley-Reglamentaria). Art. 2 inc. e)

De esta manera, el requisito de que no exista otro medio judicial más idóneo significa que, en caso de que exista otra vía judicial capaz de dar respuesta útil a la pretensión procesal, debe optarse por ella.

Ello es así debido a que el amparo sólo procede cuando el sistema procesal ordinario resulta inidóneo, lo cual coincide con lo señalado por el constituyente en oportunidad de fundar la redacción, durante la Convención de 1994, el dictamen de la mayoría considera la acción de amparo como una vía excepcional (Sagües, 2007).

Este requisito (falta de idoneidad del sistema procesal ordinario) para recurrir a las vías del amparo, no se agota con la sola demostración de que se causaría un daño grave e irreparable remitiendo el examen de la cuestión a los procedimientos comunes de conocimiento, sino que además se debe acreditar que dichos procedimientos no son suficientes, ya que, por del grado de concreción y gravedad de la lesión, los remedios procesales comunes resultan inidóneos para brindar una respuesta jurisdiccional útil, resultando finalmente el camino sumarísimo de la acción de amparo el modo en que el daño será reparable.

Asimismo, a partir de la reforma, el amparo ha pasado a ser una vía directa que no exige un previo recorrido de la instancia administrativa.

#### **3.4. Contra todo acto u omisión de autoridades públicas**

Tal como lo establece la norma constitucional, la acción de amparo podrá originarse contra todo acto u omisión de autoridades públicas, procediendo la acción contra actos u omisiones de autoridades públicas, esto es, contra conductas provenientes de cualquiera de los poderes estatales (ejecutivo, legislativo y judicial).

En ese entendimiento, tenemos que al ser el amparo una medida judicial de protección de los derechos fundamentales constitucionales, esto significa que lo es frente a cualquier tipo de acción de cualquier funcionario público o ente público, lo cual llevaría a concebir que no debería haber actividades del Estado que queden excluidas de la protección constitucional que conlleva la acción en estudio.

Ahora bien, vale aclarar que, en los casos en que el amparo se dirige contra una omisión estatal, no es necesario para la procedencia de la acción, que la norma que establece la conducta debida haya fijado expresamente un plazo para su cumplimiento,

ya que ello no es impedimento para determinar la existencia de una omisión en cabeza de la administración accionada.

### **3.5. Otros presupuestos que debe acreditar la persona afectada**

A continuación, se analizarán y describirán otros presupuestos que debe acreditar la persona afectada para interponer una acción de amparo y que la misma resulte viable. Ellos son los siguientes:

#### ***a) Que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace derechos***

El amparo procede únicamente en caso de haberse sucedido la lesión constitucional al derecho, con el objetivo de restituirlo, o en el supuesto de tratarse de una amenaza de daño inminente, no quedando abarcados en estos supuestos los daños futuros, hipotéticos y conjeturales. Es así como, por ejemplo, todo posible reclamo diferente a la restitución del derecho en su naturaleza, como una reparación patrimonial accesoria a la pretensión principal, debía ser objeto de otro proceso.

Se observa como requisito que el daño no sólo debe ser actual, sino también cierto. Asimismo, lo que se resuelva debe ser apto para modificar la situación de quien invoca la lesión, ya que, si se hace lugar a la pretensión y la esfera de derechos del actor no se ve directamente incidida por la sentencia, quedaría claro que el amparo no es la vía pertinente.

En síntesis, la acción de amparo procederá cuando se acredite un daño cierto, concreto, actual o inminente a un derecho del cual es titular el amparista; y no lo será cuando el agravio sea conjetural o hipotético, no inminente, o sea aducido por quien no acredite una situación jurídica calificada. En ese sentido, el objeto de la sentencia será hacer cesar, remover o eliminar la interferencia o intromisión manifiestamente ilegítima y lesiva, protegiendo el derecho constitucional en juego.

#### ***b) Con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta***

La norma constitucional -art. 43 CN- al respecto señala que, para que proceda el amparo, la conducta debe ser manifiestamente contraria a derecho. No se trata de una vía

idónea para ser interpuesta por materias o cuestiones meramente opinables, ni es el medio adecuado para dilucidar el sentido de preceptos legales complejos y encontrados.

A su vez, es necesario que el acto esté desprovisto de todo sustento normativo que le permita tener efectos válidos, de modo que ostensiblemente no concuerde con la norma que prescribe lo debido.

#### **4. El juez puede declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva**

Durante la vigencia de la ley reglamentaria de la acción de amparo (Ley N° 16.986), antes de la reforma constitucional del año 1994, se prohibía al juez la atribución de facultades para declarar la inconstitucionalidad de la norma en la cual se funda todo acto lesivo reclamado.

Fue el constituyente de la mencionada reforma quien introdujo esta posibilidad a los jueces que intervengan en la materia.

Ahora bien, en los casos en que se crea que el agravio al derecho que motiva el amparo proviene de la norma reglamentaria en la cual el acto se funda, es necesario acreditar que aquélla lo ha desnaturalizado, desvirtuado, prohibido o alterado, debiendo destruirse la presunción de constitucionalidad de las leyes mediante prueba clara y precisa de su oposición con el texto fundamental, considerando que aquélla constituye la última ratio del ordenamiento jurídico y que representa un caso extremo de gravedad institucional.

Al respecto, señala Bidart Campos que:

En el amparo clásico del primer párrafo se esboza un lineamiento amplio, del que se infiere que para interponer la acción no es menester agotar ninguna vía previa. Asimismo, si el acto lesivo tiene apoyo en una norma general -por ej., una ley- el juez está habilitado para declarar la inconstitucionalidad de esa norma. Si la lesión deriva directamente de una ley autoaplicativa que no es intermediada por un acto concreto, creemos que también procede el amparo y la declaración de inconstitucionalidad. (Bidart Campos, 2008, p. 211)

Finalmente, es de recordar que en toda acción de amparo se requiere que la inconstitucionalidad alegada sea manifiesta, ya que, de lo contrario, la acción no procede.

## 5. Conclusiones parciales

De lo desarrollado a lo largo del presente capítulo, se observa que la “acción de amparo” ha pasado de estar, a lo largo de la historia argentina, primeramente, establecida y reglamentada por la ley N° 16.986, período en el cual se buscaba limitarla, por ejemplo con la prohibición de declaración de inconstitucionalidad de las normas en las que se fundara el acto lesivo; o bien con la limitación a su procedencia cuando se pudieren afectar un servicio público o actividades esenciales del Estado; entre otros supuestos. Ahora bien, la situación fue diversa desde el momento en que el instituto en estudio pasa a ser incorporado expresamente en el articulado de la Carta Magna argentina, en donde se amplía el mismo a través de una regulación precisa.

Se ha visto, asimismo, en cuanto al fundamento constitucional de la acción de amparo, que éste se relaciona con su reconocimiento a través del art. 43 de la Constitución Nacional, el cual otorgó rango constitucional a la acción de amparo como un procedimiento destinado a garantizar a cada individuo la defensa de sus derechos, cuando éstos sean atacados. Así, la supremacía de la Constitución Nacional se encuentra tutelada por la acción de amparo cuando existan obstáculos de hecho que impidan el ejercicio de los derechos de los individuos.

Sobre la acción de amparo como herramienta individual: se reconoce expresamente el derecho de interponer acción de amparo a todas las personas (físicas o jurídicas), las cuales, según se desprende de la Constitución Nacional Argentina, podrán interponer acción individual de amparo, en las condiciones del artículo 43 de la misma, en caso de encontrarse frente a una lesión de sus derechos subjetivos, y se refiera a daños concretos.

Ahora bien, con respecto al enunciado del plexo constitucional que instituye que “toda persona puede interponer la acción de amparo” (art. 43 CN), podemos inferir que con dicha redacción el constituyente ha buscado ampliar la legitimación para poder iniciar la acción de amparo individual, extendiéndose aún a aquellos que no hayan resultado directamente afectados, se ha dejado en claro que es *la parte* la cual debe demostrar la existencia de un interés especial en el proceso, o bien, que los agravios alegados la afecten de forma sustancial; y que la mera eventualidad de un daño, el agravio meramente

conjetural o hipotético no basta para reconocer la existencia de legitimación procesal en quien pretende invocar una acción de amparo.

Considero que el amparo es una “acción expedita y rápida”, debido a la necesidad de que se provea de una acción rápida y libre de obstáculos para proteger los derechos de las personas, y que se busca descartar demoras en el proceso, a la vez que se orienta a obtener sensatez y presteza en su articulación, ya que, al ser un proceso urgente, esta necesidad de protección de derechos lesionados no se puede ver demorada ni trabada.

La cuestión del requisito de que no exista otro medio judicial más idóneo, toda vez que, para que la acción de amparo sea admitida, se debe demostrar debidamente que las demás vías procesales a las cuales se podría recurrir son inoperantes para la reparación del perjuicio invocado.

Entre otros supuestos, según la norma constitucional, el amparo puede interponerse contra todo acto u omisión de autoridades públicas, es decir, contra conductas provenientes de cualquiera de los poderes estatales (ejecutivo, legislativo y judicial). Además, se debe tratar de un acto u omisión que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace derechos (no quedando abarcados en estos supuestos los daños futuros, hipotéticos y conjeturales), y los mismos deben reflejar arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, ya que no se trata de una vía para ser interpuesta por materias o cuestiones meramente opinables, ni es el medio adecuado para dilucidar el sentido de preceptos legales complejos y encontrados.

Finalmente, se puede observar que el juez tendrá la facultad para declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva, y que, en los casos en que se crea que el agravio al derecho que motiva el amparo proviene de la norma reglamentaria en la cual el acto se funda, es necesario acreditar que aquélla lo ha desnaturalizado, desvirtuado, prohibido o alterado, debiendo destruirse la presunción de constitucionalidad de las leyes mediante prueba clara y precisa de su oposición con el texto fundamental.



## CAPÍTULO II

## CAPÍTULO II

### LA COBERTURA INTEGRAL EN MATERIA DE SALUD POR DISCAPACIDAD: DEMANDAR EN UN PROCESO DE AMPARO DE MANERA DIRECTA AL ESTADO NACIONAL

#### 1. Introducción

En el Capítulo II: “*La cobertura integral en materia de salud por discapacidad: demandar en un proceso de amparo de manera directa al Estado Nacional*”, tiene el designio de observar las cuestiones relativas a la responsabilidad del Estado y la posibilidad de demandar directamente (o en su defecto de forma subsidiaria) en miras de asegurar en casos urgentes de discapacidad la cobertura de salud de una persona. En virtud de ello, se desarrollarán y examinarán los siguientes temas: la responsabilidad del Estado como obligación de brindar el servicio de salud; el Estado Nacional como garante de la cobertura integral en materia de salud; un análisis de los fundamentos para demandar de manera directa al Estado Nacional en casos urgentes: afectación del derecho a la salud por discapacidad, el derecho a la salud y el principio de igualdad, y para cerrar, el apartado se explorará el principio de subsidiariedad en materia de salud.

Según se encuentra establecido en el Preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud, la misma adopta una concepción íntegra de la acepción “salud”, y la define como un “*estado completo de bienestar físico, mental y social y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades*”.<sup>5</sup> Lo dicho es aplicable a todas las personas humanas.

Vinculado a ello, tenemos la existencia de los derechos pertenecientes a las personas discapacitadas, los cuales abarcan tanto a niños como adultos, *que se encuentren marginados por diferencias físicas, psíquicas o mentales*. Los mismos se encuentran

---

<sup>5</sup> Constitución de la Organización Mundial de la Salud.

consagrados en diversas fuentes normativas de nuestro derecho, los cuales, a su vez, originan responsabilidades por parte del Estado, a fin de que se evite su afectación.

En la actualidad encontramos dos normativas importantes: por un lado, la Convención Internacional Para Las Personas con Discapacidad y, por otro lado, la Ley N° 24.901 de sistema de prestaciones básicas en habilitación y rehabilitación integral a favor de las personas con discapacidad.<sup>6</sup>

En Argentina, el derecho a la salud se encuentra reconocido desde la reforma constitucional de 1994, desde la incorporación con jerarquía constitucional de declaraciones y tratados internacionales de derechos humanos.

Los derechos de las personas discapacitadas son aplicables tanto a niños como adultos, ya sea que se encuentren marginados por diferencias físicas, psíquicas o mentales.

Asimismo, la Constitución Nacional establece que las medidas de acción positiva a favor de toda la población se deben particularizar en sectores determinados, como ser con respecto a los niños, las mujeres, los ancianos y las *personas con discapacidad*, ya que el constituyente de 1994 los ha considerado como los sectores sociales que tradicionalmente se han encontrado en situación de discriminación e imposibilidad efectiva de gozar y ejercer sus derechos, sumado al hecho de que, además, no contaban, hasta entonces, con derechos especiales.

El presente capítulo contiene el desarrollo de los siguientes temas, a los fines de lograr un tratamiento o aproximación a la cuestión de la cobertura integral en materia de salud por discapacidad, y la posibilidad que existe para demandar en un proceso de amparo de manera directa al Estado Nacional.

En ese sentido, se abordarán los siguientes temas: la Responsabilidad del Estado como obligación de brindar el servicio de salud; el Estado Nacional como garante de la cobertura integral en materia de salud; un análisis de los fundamentos para demandar de manera directa al Estado Nacional en casos urgentes (la afectación del derecho a la salud

---

<sup>6</sup> Véase, Convención Internacional Para Las Personas con Discapacidad y Ley N° 24.901 de sistema de prestaciones básicas en habilitación y rehabilitación integral a favor de las personas con discapacidad.

por discapacidad, el derecho a la salud y el principio de igualdad y el principio de subsidiariedad en materia de salud).

Finalmente, se brindarán conclusiones parciales obtenidas de la lectura integral del presente capítulo.

## **2. La Responsabilidad del Estado como obligación de brindar el servicio de salud**

En Argentina, el derecho a la salud se ha reconocido desde la reforma constitucional de 1994, mediante la incorporación con jerarquía constitucional de declaraciones y tratados internacionales de derechos humanos (art. 75, inc. 22, CN).

En este contexto, podemos decir que dichos cuerpos legales internacionales, en su mayoría, incorporan expresamente el derecho a la salud, como ser: la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (1948), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC, 1966), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969), la Convención sobre los Derechos del Niño (1989), la Convención Internacional para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, 1979) y la Convención Internacional para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (1984), estableciendo en cada caso las consideraciones específicas para grupos que requieren una protección especial.<sup>7</sup>

Asimismo, el art. 14 bis de la Constitución Nacional Argentina hace referencia a que el estado debe otorgar “los beneficios de la seguridad social”, agregando que tienen carácter integral e irrenunciable.<sup>8</sup>

En ese entendimiento, mediante el art. 12 del PIDESC, se establece que los Estados parte reconocen el derecho de toda persona al disfrute de las facilidades, bienes y servicios necesarios para alcanzar el más alto nivel posible de salud física y mental, lo cual incluye la atención de la salud; la transformación de los determinantes que condicionan los procesos de salud-enfermedad-atención en una comunidad, como el saneamiento ambiental, el acceso al agua potable y la educación; la participación de la

---

<sup>7</sup> Véase, Constitución Nacional. Art. 75 inc. 22

<sup>8</sup> Véase, Constitución Nacional. Art. 14 bis

comunidad; y la elaboración de un plan integral de manera participativa y transparente que responda a las prioridades nacionales (Rosales, 2002).

Así también, es de remarcar que, en cada una de las provincias argentinas, las respectivas Constituciones tratan el derecho a la salud como esencial. De lo cual se desprende que la no prestación adecuada del servicio sea por defecto u omisión, genera la consiguiente responsabilidad del Estado.

Algunos de los preceptos encontrados al respecto van desde establecer que la asistencia sanitaria será gratuita, universal, igualitaria, integral, adecuada y oportuna; la prioridad de la inversión en salud, así como la formación y capacitación; la implementación de un seguro provincial de salud para toda la población y una progresiva descentralización hospitalaria; el medicamento como bien social básico; la protección y reconocimiento de los derechos de personas con discapacidad y sus familias (la igualdad real de oportunidades; la atención integral de la salud orientada a la prevención y rehabilitación; la extensión de los beneficios de la seguridad y previsión social del titular que los tuviera a su cargo; el contralor de todo centro público o privado de asistencia y alojamiento; el desarrollo de un ambiente libre de barreras físicas; la gratuidad y accesibilidad al transporte público; el acceso a la educación en todos los niveles con la infraestructura necesaria, etc.).

Continuando con los preceptos establecidos a nivel internacional, la Convención sobre los Derechos del Niño incluye además las obligaciones de los Estados de alentar y garantizar a los menores con impedimentos físicos o mentales, el acceso efectivo a los servicios sanitarios y de rehabilitación, de esforzarse para que no sean privados de esos servicios, etc.

Ahora bien, y continuando con la cuestión del Estado y su responsabilidad en materia de salud, podemos decir que, si tomamos a la palabra responsabilidad en un sentido amplio, es decir, como sinónimo de obligación, llegaríamos a la conclusión de que podríamos distinguir dos tipos de “responsabilidad” del Estado (Rodríguez Traversa, 2014).

Por un lado, una “responsabilidad” (como sinónimo de obligación), la cual prescribe brindar un servicio de salud adecuado, según lo establece el mandato constitucional. Es que el Estado tiene la obligación de remover todo obstáculo que impida

el acceso a una salud pública gratuita, universal, igualitaria, integral, adecuada y oportuna por parte de toda la población.

Por otro lado, se sitúa “otra” responsabilidad, o responsabilidad del Estado por la prestación de salud propiamente dicha, la cual se vincula al hecho de que, producido un daño concreto, ya sea por falta en el servicio o por la actividad lícita que realiza, que provoque un daño o que no resulte un esfuerzo esperable del particular, el Estado es el que debe reparar el perjuicio siguiendo determinados parámetros.

### **3. El Estado Nacional como garante de la cobertura integral en materia de salud**

El Estado Nacional tiene la indelegable obligación de garantizar el pleno goce del derecho a la salud y a una vida digna. Se trata de un derecho que ha ido expandiendo su ámbito hasta llegar a abarcar a todas las personas, incluyendo la potestad de estas para interponer recursos de amparo al respecto (Rodríguez Traversa, 2014).

Ya en épocas del constitucionalismo liberal, este derecho se ejercía por parte de la salud pública, la cual habilitaba la habilitación estatal en busca de su resguardo. Las personas se beneficiaban indirectamente, pero no como titulares de derechos subjetivos. Incluso, estos derechos personales podían verse restringidos por esa intervención pública.

Por todo ello, se puede decir que la Constitución histórica no incluía el derecho a la salud específicamente, considerándolo como un derecho no enumerado.

Será con el constitucionalismo social, y de la mano de los llamados derechos de segunda generación, cuando aparece la salud como un derecho subjetivo: primeramente, limitado al ámbito profesional como derecho de los trabajadores a trabajar en condiciones salubres y a recibir atención médico-sanitaria frente a accidentes o enfermedades contraídas con motivo u ocasión de la actividad laboral, y en su caso, a ser indemnizados por sus efectos dañosos; y, luego, expandiendo su ámbito, se universaliza y aparece como derecho de “toda persona”, no sólo del trabajador (Quiroga Lavié, 2009).

Continuando con el tratamiento de esta garantía que proviene del Estado, es de mencionar que la misma aparece en nuestra Constitución implícitamente con la reforma de 1957 en el artículo 14 bis al referirse tanto a las “condiciones dignas” y al “descanso” del trabajador, como a la “seguridad social” de toda persona. Así también, la reforma constitucional de 1949 avanzó al prever expresamente el “derecho a la preservación de la

salud”, reducido al hecho del trabajo. Luego, tenemos el surgimiento de una nueva dimensión de este derecho, con la posibilidad de negarse a recibir tratamientos que puedan afectar la esfera personalísima del individuo. A partir de este momento en nuestra historia, el Estado tiene respecto a la salud una doble obligación: activa o positiva (dimensión social), pero también pasiva y respetuosa de un nuevo sujeto titular (dimensión personalísima). Se trata de la persona enferma y de su derecho a disponer del propio cuerpo y de todo lo referido a su salud.

Finalmente, se ha producido una nueva expansión de este derecho también a partir de considerarlo sólo como personal y exclusivo, del trabajador o de toda persona física, a lo supraindividual (un conjunto o categoría de personas afectadas actual o potencialmente). Es decir, además de derecho social, con carácter prestacional, y personalísimo, orientado al respeto por la dignidad de la persona, juega también como derecho colectivo a la salud. Aparece así de manera explícita en la Constitución con la reforma de 1994, con la palabra “sano”, la cual califica al ambiente, como derecho de los consumidores y usuarios a “la protección de su salud”, y asimismo al regularse el amparo colectivo en protección de los derechos de incidencia colectiva en general (Quiroga Lavié, 2009).

Por lo dicho en cuanto a la ampliación o expansión del ámbito de actuación de este derecho, lo cual incluye la posibilidad de interponer acciones de amparo frente a los obstáculos que impidan su ejercicio normal, se puede observar que, si bien la responsabilidad por la prestación recae normalmente en la parte demandada, se considera asimismo la responsabilidad subsidiaria del Estado, algunas veces aun cuando no ha sido parte demandada. Es decir, que cuando no existen garantías de cumplimiento de las prestaciones por parte de los agentes demandados, se fija la responsabilidad subsidiaria del Estado a fin de proteger el derecho a la salud.

Ahora bien, por mencionar específicamente algunos aspectos que devienen de la calidad de garante del Estado en materia de salud, se pueden mencionar las siguientes situaciones con los derechos que conllevan cada una de ellas:

Desde un aspecto negativo, tenemos, entre otros, el derecho a negarse a ser objeto de tratamiento o prácticas médicas, exigir la confidencialidad acerca de la salud del paciente, no ser discriminado por motivo de salud, no sufrir los efectos dañinos de la contaminación ambiental, etc.

Desde un aspecto positivo, pueden mencionarse, entre tantos otros, la facultad de exigir servicios médico-hospitalarios, el derecho al suministro de medicamentos, derecho a recibir la información adecuada y suficiente relativa al diagnóstico y tratamiento que se propone a fin de que el paciente pueda decidir libre y esclarecidamente, etc.

#### **4. Un análisis de los fundamentos para demandar de manera directa al Estado Nacional en casos urgentes**

Se han elaborado numerosas teorías que intentan fundamentar la responsabilidad del Estado, y la posibilidad de demandarlo en casos urgentes.

Antes de mencionar dichas teorías, es de resaltar que existen autores que critican este intento de buscar el fundamento de la responsabilidad en distintas teorías, sosteniendo que ninguna es suficiente para abarcar todos los supuestos de responsabilidad posible.

Los Dres. Luis M. Campos, y Federico F. Tomas, remiten al Dr. Alberto Bianchi señalando que:

En última instancia el fundamento de la responsabilidad del Estado radica pura y simplemente en los postulados y principios del Estado de derecho, recogidos en muchas de las normas de nuestra Constitución. Es que no puede decirse que alguien está sometido al ordenamiento jurídico si no es responsable por los daños que ocasiona y los indemniza debidamente; y el Estado, obviamente, no es ajeno a esta regla esencial (Campos y Tomas, 2014, p. 5)

Dicho esto, se describirán las teorías mencionadas:

- Teoría de la expropiación: la misma sostiene que cuando el derecho de propiedad del ciudadano es lesionado, en aras del bien común, el Estado está obligado a repararlo.

- Teoría del sacrificio especial: elaborada por el jurista alemán Otto Mayer. Establece que la obligación del Estado de indemnizar surge por la afectación del derecho de igualdad cuando un ciudadano soporta un sacrificio injusto y superior a las cargas generales que pesan sobre el resto de la comunidad, lo cual conlleva a que se debe compensarlo a través de una “caja común” (Campos y Tomas, 2014).



- Enriquecimiento sin causa y abuso de derecho: Para los casos en que el estado actúa sin culpa. Se trata de una postura mantenida por Hauriou, en Francia (Campos y Tomas, 2014).

- Derechos adquiridos: Considera que, como un derecho adquirido es aquel incorporado al patrimonio y frente al cual se opone siempre una obligación, el mismo no puede ser modificado o alterado sino es por medio de una ley y por causa de utilidad pública (como por ejemplo la expropiación), y si el mismo es violado o desconocido, se debe indemnizar el daño ocasionado (Balbín, 2015).

- Teoría del riesgo y del seguro social: Según esta postura, el Estado es un patrimonio común al que pueden cargarse todos los daños causados por los servicios públicos, en donde el riesgo es el fundamento de la reparación.

- Doctrina de la falta de servicio: Se diferencia la falta personal de los funcionarios de la falta de servicios del Estado. Cualquier funcionamiento irregular o defectuoso de un servicio, sin importar la conducta del funcionario puede derivar en una indemnización. Se trata de una doctrina que ha originado la cuestión de la responsabilidad del Estado en Francia, y que fue receptada posteriormente en Argentina (Gordillo, 2012, 2013, 2014).

- La teoría de la confianza legítima: Sostiene que el Estado debe reparar la frustración de expectativas que el mismo ha creado, con relación al seguimiento de una política o el mantenimiento de una norma.

Nuestra C.S.J.N. ha adoptado como fundamento de la responsabilidad dos de estas teorías: la de la falta de servicio y la del sacrificio especial (Balbín, 2015).

#### **4.2. Afectación del derecho a la salud por discapacidad**

Los derechos pertenecientes a las personas discapacitadas abarcan tanto a niños como adultos, que se encuentren marginados por diferencias físicas, psíquicas o mentales.

Los mismos se encuentran consagrados en diversas fuentes normativas de nuestro derecho, los cuales, a su vez, originan responsabilidades por parte del Estado, a fin de que se evite su afectación.

En el ámbito internacional de los derechos humanos, el Protocolo de San Salvador de 1988 regula en su artículo 18 la denominada Protección de los minusválidos,

definiéndolos como “toda persona afectada por una disminución de sus capacidades físicas o mentales”, y expresamente se fija que el objetivo central de la protección es que éstos alcancen el máximo desarrollo de su personalidad o desarrollar una vida plena. Asimismo, se utiliza una fórmula hiperprogramática, que exige al Estado la adopción de medidas específicas, tal como se observa en la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad de 1999.

Continuando con la legislación en la materia, que da origen a la responsabilidad del Estado a la hora de evitar la afectación a los derechos de las personas con discapacidad, debemos mencionar que, en 1997 la Ley 24.901 crea el sistema de prestaciones básicas integral a favor de las personas con discapacidad, la cual individualiza a estos verdaderos titulares de derechos como toda persona que padezca una alteración funcional permanente o prolongada, motora, sensorial o mental, que en relación a su edad y medio social implique desventajas considerables para su integración familiar, social, educacional o laboral.<sup>9</sup> (Quiroga Lavié, 2009)

En el fallo “*F. J. M.*”<sup>10</sup> del año 2015, el Tribunal Superior de Justicia de Neuquén, Sala Procesal Administrativa, analizó que las actoras (madre e hija) presentaron una acción de amparo que tramitó ante el Juzgado de Familia, del Niño y el Adolescente N° 2 de la ciudad de Neuquén, a cargo de la Dra. Isabel Kohon en autos caratulados “*F.J.M. y otro c/ISSN s/acción de amparo*” (Expte. 13125/03), donde se condenó al I.S.S.N. a otorgar cobertura integral del 100% a la niña B. F. en las instituciones elegidas por sus padres, sin abonar coseguros.

Una vez firme el fallo, la demandada comenzó a brindarle la cobertura correspondiente. Ahora bien, la dilación para la cobertura de la salud por parte del organismo hizo que las damnificadas tuvieran que abonar los gastos que su patrimonio, ocasionando un daño patrimonial y moral por la obligación incumplida (la obra social les adeuda en concepto de daño patrimonial el reintegro de las sumas abonadas, con más un resarcimiento por el daño moral padecido en consideración a todos los pormenores que tuvieron que sortear hasta obtener la cobertura adecuada).

---

<sup>9</sup> Véase Ley N° 24.901. Art. 9.

<sup>10</sup> T.S.J., Sala Procesal Administrativa, Neuquén: “*F. J. M. y otra C/Instituto de Seguridad Social del Neuquén s/Acción Procesal Administrativa*” (2015)

Los magistrados expresaron que:

En este sentido, en nuestra Constitución Nacional se ha reconocido que el Estado debe otorgar los beneficios de la seguridad social “que tendrá carácter de integral e irrenunciable” (art. 14 bis). A su vez la reforma operada en 1994, reforzó el mandato constitucional de tutela para situaciones de vulnerabilidad como la que es objeto de examen al advertir que el Congreso debe “legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen (...) el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños (...) y las personas con discapacidad (...) (primer párrafo del artículo 75 inciso 23). “Esta norma dirigida específicamente al legislador federal, debe igualmente servir de pauta de orientación para toda autoridad estatal en su ámbito de competencia, que además deberá contemplar –por expreso mandato constitucional –el diseño de un régimen de seguridad social, especial e integral para proveer a “la protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza elemental...”(segundo párrafo del art. citado)” (CSJN, Q. 64 XLVI. Recurso de hecho “Q. C., S. Y. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo” sentencia del 24/04/12).<sup>11</sup>

Al mismo tiempo, los jueces hacen alusión a normativas constituciones e internacionales con jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22, CN) en la sentencia, y manifiestan que Ley N° 24.901 dice:

El derecho a la vida es el primer derecho de la persona que resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional (...). Es entonces que adquiere relevancia garantizar a los menores discapacitados el acceso efectivo a los servicios de salud y de rehabilitación y más allá de lo expresamente normado por la ley referida, los servicios que se deben a las personas discapacitadas comprenden las prestaciones de rehabilitación, de educación, asistenciales, terapéuticas educativas y las especiales que requiera la patología. Ello, con el fin de lograr la integración social de las personas con discapacidad a la sociedad tal como está constituida. Ahora bien, ha quedado sobradamente probado que la niña requiere prestaciones que no pueden calificarse como estrictamente médicas, sino que son de orden psicopedagógico y asistencial, que hacen a su rehabilitación

---

<sup>11</sup> T.S.J., Sala Procesal Administrativa, Neuquén: “F. J. M. y otra C/Instituto de Seguridad Social del Neuquén s/Acción Procesal Administrativa” (2015)

integral y evidentemente a su más alto y completo desarrollo en el límite de sus capacidades para posibilitar la integración en la sociedad de las personas con capacidades diferentes. Y este es un derecho que debe ser reconocido y respetado.<sup>12</sup>

En consecuencia, se sostuvo con razón que No hay margen para interpretar algo distinto a lo que se sustentó en aquel resolutorio, puesto que reconoció y debió ser cubierto por la demandada desde el momento del requerimiento de la cobertura (es decir, desde la interposición del amparo), sin necesidad de accionar judicialmente. Por ende, se resolvió hacer lugar a la demanda incoada por J. M. F. y V. J. R. contra el Instituto de Seguridad Social del Neuquén y, en consecuencia, condenar a este último a abonarles la suma de \$12.623,20 en concepto de resarcimiento por el daño (patrimonial y moral) sufrido por los accionantes, por la falta de cobertura integral de las prestaciones asistenciales requeridas por su hija B. F. con más los intereses.

La Constitución Nacional establece que las medidas de acción positiva a favor de toda la población se particularicen en sectores determinados: “los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad”, toda vez que el constituyente de 1994 los ha considerado como los sectores sociales que tradicionalmente se han encontrado en situación de discriminación e imposibilidad efectiva de gozar y ejercer sus derechos, además de que no contaban, hasta entonces, con derechos especiales.

El texto constitucional propicia a favor de los discapacitados, normas protectoras de las personas mayores y de los individuos con problemas de capacidad, mediante mecanismos de "discriminación inversa". Es decir que se constitucionalizan actos de desigualdad en busca de dar beneficio a personas que requieren un apoyo estatal mayor que el brindado a sujetos con plenas aptitudes psicofísicas.

Finalmente, la Ley N° 22.431 instrumentó el "sistema de protección integral de las personas discapacitadas", con normas especiales sobre salud, asistencia social, trabajo, educación, transporte y arquitectura diferenciada.<sup>13</sup> (Sagües, 1997)

---

<sup>12</sup> T.S.J., Sala Procesal Administrativa, Neuquén: “F. J. M. y otra C/Instituto de Seguridad Social del Neuquén s/Acción Procesal Administrativa” (2015)

<sup>13</sup> Ley N° 22.431, establece en las siguientes normas:

Art. 6: “El Ministerio de Desarrollo Social y Medio Ambiente de la Nación pondrá en ejecución programas a través de los cuales se habiliten, en los hospitales de sus jurisdicciones, de acuerdo a su grado de

### 4.3. El derecho a la salud y el principio de igualdad

Como se ha dicho, al respecto de la responsabilidad del Estado para actuar removiendo obstáculos que limiten el pleno ejercicio de los derechos de las personas, no escapa a ello la idea de la *igualdad*, vinculada asimismo a la demanda que surge toda vez que se espera del Estado que el mismo garantice a los hombres una igualdad real de oportunidades o de posibilidades, en todos los aspectos de su vida. Ello conlleva a afirmar que el derecho a la salud no escapa a estos postulados.

El derecho a la salud implica la obligación de los gobiernos y las autoridades públicas a establecer políticas y planes de acción destinados a que *todas* las personas tengan acceso a la atención de la salud.

Es que el Estado se debe encargar de remover los obstáculos de tipo social, cultural, político y económico que limitan la igualdad mencionada, teniendo la capacidad, para ello, de hacer viable un orden socioeconómico justo que iguale las posibilidades de todos los hombres, como también de promover, con políticas adecuadas, el acceso efectivo al goce de los derechos para todos los hombres de todos los sectores sociales.

En ese sentido, la Carta Magna argentina se refiere a la igualdad cuando faculta al Congreso a legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades.<sup>14</sup>

El derecho a la salud y su alcance con respecto a las personas con discapacidad debe señalarse que el Estado Nacional se ha obligado a cubrir la cobertura integral de la salud a través de dos normativas: por un lado, la Convención Internacional Para Las

---

complejidad y al ámbito territorial a cubrir, servicios especiales destinados a las personas discapacitadas. Promoverá también la creación de talleres protegidos terapéuticos y tendrán a su cargo su habilitación, registro y supervisión.”

Art. 7: “El Ministerio de Desarrollo Social y Medio Ambiente de la Nación apoyará la creación de hogares con internación total o parcial para personas discapacitadas cuya atención sea dificultosa a través del grupo familiar, reservándose en todos los casos la facultad de reglamentar y fiscalizar su funcionamiento. Serán tenidas especialmente en cuenta, para prestar ese apoyo, las actividades de las entidades privadas sin fines de lucro.”

<sup>14</sup> Constitución Nacional. Art. 75. Inc. 23.

Personas con Discapacidad<sup>15</sup> y por el otro la Ley N° 24.901 de sistema de prestaciones básicas en habilitación y rehabilitación integral a favor de las personas con discapacidad.<sup>16</sup>

#### **4.4. El principio de subsidiariedad en materia de salud**

Según el principio de subsidiariedad, los individuos o comunidades predominantes adoptan una actitud de ayuda, apoyo y respeto) respecto de las menores, promoviendo la dignidad de la persona, como ser individual y social, y reconociendo como primario al bien de la persona individual.

Según la Dra. Graciela Moya, se trata de un principio que:

---

<sup>15</sup> Convención Internacional Para Las Personas con Discapacidad, dispone en las siguientes normas:

Art. 22: "... 2. Los Estados Partes protegerán la privacidad de la información personal y relativa a la salud y a la rehabilitación de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con las demás".

Art. 25: "Los Estados Partes reconocen que las personas con discapacidad tienen derecho a gozar del más alto nivel posible de salud sin discriminación por motivos de discapacidad. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para asegurar el acceso de las personas con discapacidad a servicios de salud que tengan en cuenta las cuestiones de género, incluida la rehabilitación relacionada con la salud. En particular, los Estados Partes: a) Proporcionarán a las personas con discapacidad programas y atención de la salud gratuitos o a precios asequibles de la misma variedad y calidad que a las demás personas, incluso en el ámbito de la salud sexual y reproductiva, y programas de salud pública dirigidos a la población; b) Proporcionarán los servicios de salud que necesiten las personas con discapacidad específicamente como consecuencia de su discapacidad, incluidas la pronta detección e intervención, cuando proceda, y servicios destinados a prevenir y reducir al máximo la aparición de nuevas discapacidades, incluidos los niños y las niñas y las personas mayores; c) Proporcionarán esos servicios lo más cerca posible de las comunidades de las personas con discapacidad, incluso en las zonas rurales; d) Exigirán a los profesionales de la salud que presten a las personas con discapacidad atención de la misma calidad que a las demás personas sobre la base de un consentimiento libre e informado, entre otras formas mediante la sensibilización respecto de los derechos humanos, la dignidad, la autonomía y las necesidades de las personas con discapacidad a través de la capacitación y la promulgación de normas éticas para la atención de la salud en los ámbitos público y privado; e) Prohibirán la discriminación contra las personas con discapacidad en la prestación de seguros de salud y de vida cuando éstos estén permitidos en la legislación nacional, y velarán por que esos seguros se presten de manera justa y razonable; f) Impedirán que se nieguen, de manera discriminatoria, servicios de salud o de atención de la salud o alimentos sólidos o líquidos por motivos de discapacidad".

<sup>16</sup> Véase. Ley N° 24.901 de sistema de prestaciones básicas en habilitación y rehabilitación integral a favor de las personas con discapacidad. Arts. 1, 2, 3, 7 y sgtes.

Puede ser utilizado como un parámetro para comprender el concepto de empoderamiento de los pacientes para el cuidado de la salud. Para que este proceso pueda establecerse se requiere, por un lado, una relación médico-paciente, centrada en el paciente y su familia, en la que reciban las herramientas necesarias para la toma de decisiones en salud y, por otro, se creen entidades sociales intermedias en las que los pacientes y sus familias puedan desarrollar estrategias que permitan mejorar el cuidado de salud. (Moya, 2012, p. 181)

Este principio incluye la idea de que una estructura mayor y más extensa no debe ejercer funciones que pueden ser llevadas a cabo eficientemente por una menor y más pequeña. Asimismo, la primera estructura debe apoyar a la segunda, ayudándola a coordinar su actividad con las de la comunidad como un todo, pero sin interferir con ella.

Ahora bien, lo que se busca mediante la implementación de este principio es que la entidad o institución política o social más pequeña reciba prioridad, y esto se aplique en todos los niveles de la coexistencia humana. Así, por ejemplo, el individuo debe ubicarse antes de la comunidad, la comunidad antes que el Estado, etc.

En ese entendimiento, la autora Graciela Moya, citando a Sgreccia, define el principio en estudio en el área de la salud como el principio por el cual:

La comunidad, por una parte, debe ayudar más allá donde es mayor la necesidad -cuidar más a quien está más necesitado de cuidados, y gastar más con quien está más enfermo— y, por otra, no debe suplantar o sustituir la libre iniciativa de los particulares o de grupos, sino garantizar su funcionamiento (Moya, 2012, p. 184)

Hablar de subsidiariedad en este ámbito refiere al hecho de que el bien para la persona individual es primario en todas las argumentaciones referidas a las organizaciones políticas y sociales, y que, por ello, este principio no puede interpretarse en forma aislada del principio del bien común y el de socialidad.

El “principio de socialidad”, quiere significar la necesidad de la persona humana de vivir en sociedad, como una característica natural, ya que solo de esa se realiza a sí misma participando en la realización de sus semejantes en la búsqueda del bien común. Se trata del compromiso de todas y cada una de las personas en su propia realización, a fin de participar de la realización del bien de sus semejantes.

Dicho de esta manera, se evidencia que se trata de un aspecto que se complementa con el principio de subsidiariedad, el cual establece que una estructura social de orden superior no debe interferir en la vida interna de un grupo social de orden inferior, ni privarla de sus competencias, sino que más bien debe sostenerle en caso de necesidad, y ayudarlo a coordinar su acción con la de los demás componentes sociales, con miras al bien común (Moya, 2012).

La socialidad apunta a que se logre el bien común, mediante la consideración de los bienes individuales, ya que, existen ocasiones en que las personas requieren del apoyo de la sociedad para alcanzar sus bienes individuales. Es así que el bien común de todos los miembros de la comunidad es el conjunto del bien de todos y cada uno, debido a que al mismo se llega solidariamente.

Continuando con el desarrollo del principio en estudio, es de mencionar que el mismo abarca la asistencia, la prohibición de interferencia, y la regla de ayudar a otros a que se ayuden a sí mismos. Además, el médico, como poseedor de los conocimientos y quien dispone de las herramientas para el cuidado de la salud, tiene el deber de colaborar en los tres sentidos mencionados con su paciente y la familia a la hora de tomar decisiones.

Y, por otro lado, el gobierno, las instituciones intermedias, la academia y la industria, como instituciones mayores, se deben encargar de sostener, ayudar y respetar la coordinación de las acciones de las instituciones menores o de los pacientes individuales.

Ahora bien, a los fines de lograr el empoderamiento de la comunidad para la salud, se debe entender que el bien propio de un individuo sólo puede ser alcanzado por su adaptación al orden social existente. Por bien común se entiende la prosperidad de todos los miembros de la comunidad, la cual se alcanza, por un lado, ayudando más donde es mayor la necesidad (cuidar más a quien más lo necesita, e invertir más en gastos con quien se encuentra más enfermo) y, por otro, no suplantando la libre iniciativa de los particulares o de grupos.

En la misma línea, el empoderamiento al cual nos referimos favorece a que el paciente y su familia ejerzan autonomía en la toma de decisiones acerca del cuidado de su salud, y, asimismo, requiere una mayor responsabilidad de las personas para tomar las mejores decisiones para ellos mismos y su comunidad. A su vez, y ligado a ello, el



gobierno debe promover el acceso a la información de las comunidades sobre la prevención y tratamiento de las enfermedades, y orientar la práctica médica con enfoque en la capacitación del paciente para la toma de decisiones.

Podemos concluir al respecto de este apartado, diciendo que el concepto de subsidiariedad surge desde una visión antropológica del hombre, la cual debe basarse en el respeto por la vida humana, su dignidad inherente, su autonomía y el compromiso de cada una de las personas de participar continuamente en la contribución del bien común y de la persona humana.

## **5. Conclusiones parciales**

Durante el desarrollo del siguiente capítulo, se ha ido avanzando en la cuestión de la responsabilidad del Estado en materia de salud, a fin de llegar en ese camino hasta tratar la cuestión de la cobertura integral en materia de salud por discapacidad, y, ligado a ello, la posibilidad de demandar en un proceso de amparo de manera directa al Estado Nacional

Con respecto a la responsabilidad del Estado como obligación de brindar el servicio de salud, se ha dicho que la misma se encuentra reconocido tanto a nivel nacional como internacional; tanto en la Carta Magna argentina, como en convenciones internacionales orientadas a su tratamiento expreso y a asegurar, mediante regulaciones específicas, que se efectivice dicha responsabilidad.

En cuanto a la calidad del Estado Nacional como garante de la cobertura integral en materia de salud, es de destacar que es el Estado Nacional el cual posee la indelegable obligación de garantizar el pleno goce del derecho a la salud y a una vida digna, y que, además, se trata de un derecho que ha ido expandiendo su ámbito hasta llegar a abarcar a todas las personas, incluyendo la potestad de las mismas para interponer recursos de amparo al respecto. En este sentido, bueno ha sido mencionar algunos de los aspectos que devienen de la calidad de garante del Estado en materia de salud, como ser, desde un aspecto negativo, el derecho a negarse a ser objeto de tratamiento o prácticas médicas, exigir la confidencialidad acerca de la salud del paciente, no ser discriminado por motivo de salud, no sufrir los efectos dañinos de la contaminación ambiental, etc. Y desde un aspecto positivo, la facultad de exigir servicios médico-hospitalarios, el derecho al

suministro de medicamentos, derecho a recibir la información adecuada y suficiente relativa al diagnóstico y tratamiento que se propone a fin de que el paciente pueda decidir libre y esclarecidamente, etc.

Ahora bien, específicamente adentrados en cuanto al tema de la afectación del derecho a la salud vinculado a las personas con discapacidad, podemos observar que, primeramente, abarcan tanto a niños como adultos, que se encuentren marginados por diferencias físicas, psíquicas o mentales, y que, además de ello, los mismos se encuentran consagrados en diversas fuentes normativas de nuestro derecho, los cuales, a su vez, originan responsabilidades por parte del Estado, a fin de que se evite su afectación (tanto a nivel nacional como internacional).

En ese sentido, el texto constitucional propicia a favor de los discapacitados, normas protectoras de las personas mayores y de los individuos con problemas de capacidad, mediante mecanismos de "discriminación inversa". Es decir que se constitucionalizan actos de desigualdad en busca de dar beneficio a personas que requieren un apoyo estatal mayor que el brindado a sujetos con plenas aptitudes psicofísicas. También, se ha resaltado que con la sanción de la ley 22.431 se ha logrado instrumentar a nivel nacional en Argentina, el "sistema de protección integral de las personas discapacitadas", con normas especiales sobre salud, asistencia social, trabajo, educación, transporte y arquitectura diferenciada.

Necesario ha sido tratar la cuestión de la relación existente entre el derecho a la salud y el principio de igualdad. Así, al respecto de la responsabilidad del Estado para actuar removiendo obstáculos que limiten el pleno ejercicio de los derechos de las personas, se evidencia que no escapa a ello la idea de la igualdad, la cual debe ser camino y objetivo del Estado en la búsqueda de la igualdad real de oportunidades en todos los aspectos de las personas, lo cual incluye, por supuesto, a la salud.

Y es que, es precisamente el Estado el cual se debe encargar de remover los obstáculos de tipo social, cultural, político y económico que limitan la igualdad mencionada, teniendo la capacidad, para ello, de hacer viable un orden socioeconómico justo que iguale las posibilidades de todos los hombres.

Finalmente, vinculado al "principio de subsidiariedad" en materia de salud, bien se han expuesto las características del mismo, dejando en claro que, lo que realmente interesa a la comunidad en general, y a las personas en particular, en lo referente al

derecho de salud, discapacidad y responsabilidad del Estado, es que se concreten los siguientes postulados: que la comunidad, por una parte, ayude más en donde es mayor la necesidad -cuidar más a quien está más necesitado de cuidados, y gastar más con quien está más enfermo- y, por otra, que no se sustituya la libre iniciativa de los particulares o de grupos, sino que se garantice su funcionamiento.

El principio de subsidiariedad establece que una estructura social de orden superior no debe interferir en la vida interna de un grupo social de orden inferior, ni privarla de sus competencias, sino que más bien debe sostenerle en caso de necesidad, y ayudarle a coordinar su acción con la de los demás componentes sociales, con miras al bien común; y el mismo refleja una visión antropológica del hombre, la cual debe basarse en el respeto por la vida humana, su dignidad inherente, su autonomía y el compromiso de cada una de las personas de participar continuamente en la contribución del bien común y de la persona humana.

## CAPÍTULO III

## CAPÍTULO III

### UN ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA EN TORNO AL ESTADO NACIONAL COMO GARANTE DE LAS COBERTURAS POR DISCAPACIDAD

#### 1. Introducción

En el Capítulo III: “*Un análisis de la jurisprudencia en torno al Estado Nacional como garante de las coberturas por discapacidad*”, tiene como finalidad explorar y describir los precedentes más relevantes en materia de jurisprudencia de nuestro país referente a la posición de garante que ocupa el Estado en el ámbito de la protección de la salud para las personas (cobertura integral de salud). A partir de esto, se analizarán y desarrollarán los siguientes temas: un análisis de la jurisprudencia argentina: los precedentes de la C.S.J.N. (fallos “Campodónico de Beviacqua” y “Asociación Benghalensis y otros”; el precedente de la Cám. Fed. A. de Córdoba, Sala A: “H. V. D. A. y otro”(2017); y, por último, se examinarán otros precedentes jurisprudenciales que analizan la viabilidad de demandar de manera directa en un proceso de amparo al Estado Nacional en casos de cobertura social.

Se abordará este capítulo con la intención de realizar un análisis a la mirada e interpretación que han realizado distintos cuerpos de magistrados a los cuales han llegado cuestiones vinculadas con la cuestión del Estado Nacional y su posición frente a las coberturas por discapacidad.

En ese entendimiento, se indagará sobre el tratamiento que han dado en los últimos años distintos cuerpos que se han pronunciado al respecto, a fin de analizar dicha doctrina judicial y determinar la posición los tribunales intervinientes sobre la responsabilidad del Estado Nacional a la hora de garantizar las coberturas de salud, en especial cuando se trata de cuestiones de discapacidad.

El presente capítulo contiene el desarrollo y análisis de los siguientes temas y fallos: por un lado, se analizarán las apreciaciones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los que se ha tratado la postura respecto de la responsabilidad del Estado Nacional a la hora de garantizar el derecho y el acceso efectivo a la salud; y, por otro lado, se hará una revisión de dictámenes provenientes de diversas Cámaras Federales de apelaciones, a fin de obtener diferencias o similitudes que versen sobre una misma temática evaluada por distintos cuerpos de magistrados.

Para finalizar, y como conclusiones parciales del presente capítulo, se hace una evaluación parcial de los contenidos que surjan por el análisis de los diversos fallos que a continuación de desarrollará, en espera de obtener algunas reflexiones que podrán resultar constructivas.

## **2. Un análisis de la jurisprudencia argentina**

La jurisprudencia argentina no ha sido uniforme a los reclamos de los particulares en materia de salud, es decir, que algunas personas han sufrido alguna falta de inactividad por parte del Estado en la cobertura médica por discapacidad u otro motivo justificable en esta área.

En principio, debe distinguirse quienes tienen una obra social y no han recibido respuesta, ya sea porque le negaron la cobertura de salud, o directamente omitieron el reclamo del afiliado (o de sus representantes legales, tutores o guardadores), etc.; de los que ni siquiera tienen una obra social.

En ambos casos, el Estado resulta responsable de la cobertura de salud, los primeros, deben interponer una demanda urgente -acción de amparo- contra la obra social y subsidiariamente al Estado Nacional; en cambio, los segundos, aquellos que no tienen una obra social (cobertura de salud para casos graves y urgentes donde se necesita un tratamiento médico urgente y especial) deben interponer la acción de amparo

directamente al Estado Nacional (conjuntamente se podría responsabilizar y demandar también la provincia, aquí la obligación sería subsidiaria).

Con el correr de los años, la jurisprudencia argentina se ha ocupado de abordar la cuestión de la responsabilidad del Estado Nacional como garante de las coberturas por discapacidad. De esta manera, se puede observar que la temática de mención ha sido receptada por la jurisprudencia de los tribunales argentinos, regulando cuestiones sobre la indelegable obligación del Estado Nacional de garantizar el pleno goce del derecho a la Salud y a una vida digna.

A continuación, se analizarán algunos casos referidos a la cuestión del Estado Nacional como garante de las coberturas por discapacidad, los cuales han llegado a los juzgados argentinos, a fines de observar de qué manera éstos últimos se han pronunciado en supuestos en donde se reclaman, por ejemplo, porcentajes a cubrirse en medicamentos proveídos por el Estado o las obras sociales, la obligación del Estado Nacional de cumplir con la asistencia, tratamiento, rehabilitación y suministro de medicamentos a los enfermos que padezcan determinadas dolencias, y otras cuestiones semejantes.

## **2.1. Los precedentes de la C.S.J.N.**

En el presente apartado, se desplegará un análisis acerca del tratamiento y dictado de dos de los fallos por parte de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina, en los cuales se ha sentado y reiterado la postura respecto de la responsabilidad del Estado Nacional a la hora de garantizar el derecho y el acceso efectivo a la salud, particularmente, a las personas que se ven afectadas en sus capacidades, en lo que a la salud respecta.

En esa orientación, se analizará la doctrina judicial mencionada, siguiendo un hilo conductor en la misma, con una mirada hacia la determinación de cómo ha entendido el Alto Tribunal en casos en donde se trata la cobertura de salud de las personas con discapacidad, y su relación con los sistemas médicos determinados. Para ello, se analizarán los fallos que a continuación se detallan.

### **2.1.1. Fallo “Campodónico de Beviacqua” (2000)**

En el fallo “*Campodónico de Beviacqua*”,<sup>17</sup> pronunciado en el año 2000, la Corte Suprema de Justicia de la Nación (C.S.J.N.) se ha ocupado de analizar un caso en el cual la madre de un menor que nació con un padecimiento grave en su médula ósea dedujo acción de amparo contra el Ministerio de Salud y Acción Social, el cual privó a su hijo de la prestación necesaria que le era suministrada sin cargo por dicho organismo.

Una vez que ha sido condenada la Nación, en ambas instancias, a la entrega de las dosis requeridas, ésta interpuso recurso extraordinario que en queja motivó el pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Finalmente, el Alto Tribunal, por mayoría, confirmó la sentencia apelada.

Profundizando más en detalles, las cuestiones del fallo comienzan en el año 1996, cuando nace en Córdoba, Adelqui S. Beviacqua con un grave padecimiento en su médula ósea que disminuye sus defensas inmunológicas (enfermedad de Kostman) cuyo tratamiento depende de una medicación especial, que le fuera suministrada sin cargo por el Ministerio de Salud y Acción Social hasta el año 1998, cuando dicho organismo puso de manifiesto a sus padres que entregaba el fármaco por última vez. Frente a ello, la madre interpuso un recurso de amparo que llegó a la Corte Suprema.

Como se ha mencionado, tanto en primera instancia como en la Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba se condenó al Estado Nacional con el argumento de que hacer recaer esta responsabilidad en la obra social o en la autoridad pública local resultaba incompatible con las obligaciones primarias puestas a cargo del Estado Nacional como “garante” del sistema.

Contra esa decisión, la vencida interpuso el recurso extraordinario cuyo rechazo dio lugar a la queja. Fundó su agravio principal en que el fallo ha trasladado indebidamente a la Nación la responsabilidad de atender la dolencia del menor y ha liberado a la obra social y a la autoridad local de las obligaciones legales que pesaban a su cargo, lo que contradice el principio de actuación subsidiaria del Estado, los derechos de propiedad y defensa en juicio y las facultades reservadas de las provincias en materia de salud a de salud.

---

<sup>17</sup> C.S.J.N.: “Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa *Campodónico de Beviacqua, Ana Carina c/ Ministerio de Salud y Acción Social - Secretaría de Programas de Salud y Banco de Drogas Neoplásicas*” (2000)



En base a estos hechos, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha afirmado que:

El principio de actuación subsidiaria que rige en esta materia se articula con la regla de solidaridad social, pues el Estado debe garantizar una cobertura asistencial a todos los ciudadanos, sin discriminación social, económica, cultural o geográfica (art. 1 ley 23661 [LA 1989A-58]), y ello impone su intervención cuando se encuentra superada la capacidad de previsión de los individuos o pequeñas comunidades... Frente a la actuación deficiente de la entidad médica sindical, la situación de precariedad laboral y económica de la familia y el estado de extrema urgencia que reviste el suministro del remedio requerido, es el Estado Nacional -mediante el ministerio demandado- el que debe intervenir subsidiariamente para dar adecuada tutela a los derechos del menor, sin perjuicio de que efectúe los trámites necesarios para lograr que esa asistencia sea realizada de modo regular y efectivo por los organismos que correspondan.<sup>18</sup>

De ello se puede inferir, por un lado, que la C.S.J.N. impuso al Estado Nacional un deber de garantía respecto a los derechos esenciales, particularmente al derecho a la preservación de la salud, comprendido dentro del derecho a la vida, y, por otro lado, que el voto de la mayoría asume una postura concreta respecto a cuáles son las obligaciones del Estado Nacional; si los demás prestadores del sistema se encuentran obligados o no y si dicha obligación es directa o subsidiaria.

Asimismo, han afirmado los magistrados que:

A partir de lo dispuesto en los tratados internacionales que tienen jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22 ley suprema), ha reafirmado en recientes pronunciamientos el derecho a la preservación de la salud -comprendido dentro del derecho a la vida- y ha destacado la obligación impostergable que tiene la autoridad pública de garantizar ese derecho con acciones positivas, sin perjuicio de las obligaciones que deban asumir en su cumplimiento las jurisdicciones locales, las obras sociales o las entidades de la llamada medicina prepaga (Fallos 321:1684 y causa A.186 XXXIV, "Asociación Benghalensis y otros v. Ministerio de Salud y Acción Social - Estado Nacional s/amparo ley 16986 " del 1/6/2000

---

<sup>18</sup> Véase, C.S.J.N.: "Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa Campodónico de Beviacqua, Ana Carina c/ Ministerio de Salud y Acción Social - Secretaría de Programas de Salud y Banco de Drogas Neoplásicas" (2000)

, mayoría y votos concurrentes y dictamen del procurador general de la Nación a cuyos fundamentos se remiten) ... Los Estados parte se han obligado "hasta el máximo de los recursos" de que dispongan para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos reconocidos en dicho tratado (art. 2 inc. 1).<sup>19</sup>

De allí, se puede observar el tratamiento que se da por parte de los magistrados a la cuestión de los límites de la obligación del Estado Nacional, como también al rol de las obras sociales y de las empresas de medicina prepaga en las coberturas de discapacidad.

Del presente fallo se desprende que el “Máximo Intérprete de la Constitución Nacional” afirma que, el Estado Nacional es garante del derecho de preservación de la salud -incluso a través de acciones positivas- "sin perjuicio de las obligaciones que deban asumir en su cumplimiento las jurisdicciones locales, las obras sociales o las entidades de medicina prepaga.

También se hace referencia a ello cuando, en el fallo se afirma que:

El niño se halla amparado por las disposiciones de la ley 24431 de protección integral de las personas discapacitadas" -a que adhirió la provincia de Córdoba- y ello obliga también a asegurarle los tratamientos médicos en la medida en que no puedan afrontarlos las personas de quienes depende o los entes de obra social a los que esté afiliado (conf. certificado de f. 6; arts. 1 , 3 y 4 ley 24431 y ley provincial 7008), lo cual corrobora la sinrazón del actor de la autoridad pública que amenazó con grave riesgo sus derechos a la vida y a la salud.<sup>20</sup>

Finalmente, es de remarcar que en la sentencia la Corte Suprema de Justicia determina que el Estado Nacional siempre está obligado a garantizar el derecho a la salud, principalmente cuando los demás actores del sistema no pueden afrontarlos, y en consonancia con la reforma de 1994 de la Constitución Nacional, menciona que la forma de hacerlo es a través de las “acciones positivas”, imponiendo al Estado Nacional un rol

---

<sup>19</sup> C.S.J.N.: “Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa Campodónico de Beviacqua, Ana Carina c/ Ministerio de Salud y Acción Social - Secretaría de Programas de Salud y Banco de Drogas Neoplásicas” (2000)

<sup>20</sup> C.S.J.N.: “Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa Campodónico de Beviacqua, Ana Carina c/ Ministerio de Salud y Acción Social - Secretaría de Programas de Salud y Banco de Drogas Neoplásicas” (2000)

activo, es decir, reclamando políticas concretas de acción positiva, y no siendo un mero espectador.

### **2.1.2. Fallo “Asociación Benghalensis y otros” (2000)**

A fin de dar una sucinta introducción al lector, se debe decir que en el fallo “*Asociación Benghalensis y otros*”<sup>21</sup> del año 2000, se analizó el caso de un grupo de entidades no gubernamentales que desarrollaban actividades contra la epidemia del Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida. Los mismos promovieron acción de amparo a fin de obligar al Estado Nacional a cumplir con la asistencia, tratamiento, rehabilitación y suministro de medicamentos a los enfermos que padezcan aquella dolencia. Contra la decisión de la Cámara que confirmó la del a quo haciendo lugar a lo solicitado, el Estado nacional interpuso recurso extraordinario. Finalmente, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, por mayoría, confirmó la sentencia apelada.

En el presente fallo, el Ministerio de Salud y Acción Social se agravia por considerar que las asociaciones que dedujeron esta acción de amparo carecen de legitimación activa para interponerla. Afirma que el a quo interpreta erróneamente la Ley Nº 23.798 al condenar al Estado Nacional exclusivamente a proveer medicamentos, desconociendo de ese modo, lo dispuesto por los arts. 3 y 21 de la norma cuestionada que ponen también a cargo de las provincias la ejecución y los gastos que demande el cumplimiento del programa de lucha contra el SIDA. Agrega que el sistema de salud tiene en nuestro país una organización de tipo federal y compartida, y que existe en esta materia una responsabilidad conjunta de la Nación, las provincias y los municipios, destacando que el Estado Nacional cumple acabadamente con las disposiciones de la ley dentro del presupuesto asignado.

Según el voto del vicepresidente, Eduardo Moline O’Connor, y el Ministro Antonio Boggiano, han dicho que:

El Estado Nacional está obligado a "proteger la salud pública" (Fallos: 31:273) pues el derecho a la salud está comprendido dentro del derecho a la vida que es el primer derecho natural de la persona humana preexistente a toda legislación positiva que, obviamente, resulta reconocido y garantizado por la

---

<sup>21</sup> C.S.J.N.: “Asociación Benghalensis y otros c/ Estado Nacional” (2000)

Constitución Nacional." (Fallos: 302:1284; 310:112) ...Que, a partir de la reforma constitucional de 1994, el derecho a la salud se encuentra expresamente reconocido con jerarquía constitucional en el art. 75 inc. 22. En este sentido, el art. XI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre establece que toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad... En tales condiciones, se infiere que la protección del derecho a la salud, según esta Corte, es una obligación impostergable del Estado Nacional de inversión prioritaria... Que, en tales condiciones, resulta fundado el reproche que el a quo imputa al Estado Nacional al señalar que incurrió en una conducta omisiva... Que respecto a si esta obligación se encuentra exclusivamente a cargo del Estado Nacional o en concurrencia con las provincias, este Tribunal... concluye, al hacer mérito del art. 1° de la ley que declara de interés nacional la lucha contra el SIDA, que es el Estado Nacional en su carácter de autoridad de aplicación de la ley (art. 3°) el responsable del cumplimiento de dicha norma en todo el territorio de la República, sin perjuicio de que los gastos que demande tal cumplimiento sean solventados por la Nación y los respectivos presupuestos de cada jurisdicción (art. 21).<sup>22</sup>

Según la cita precedente, y lo concordantemente dictaminado por el Procurador General de la Nación, los magistrados de mención confirmaron la sentencia. Como se observa, se ha remarcado la calidad del derecho a la vida como primer derecho natural de la persona humana, aun preexistente a toda legislación positiva, y la obligación impostergable que tiene el Estado nacional en relación con la protección del derecho a la salud, lo cual es aplicable para todo el territorio del país, debiendo ser solventados los gastos, sin perjuicio de que estos provengan de la Nación o de presupuestos de distintas jurisdicciones.

A su turno, el Dr. Afolfo Vázquez ha manifestado en su voto que la Constitución Nacional encarga al gobierno federal proveer lo conducente a la prosperidad del país, el adelanto y el bienestar de todas las provincias, en consonancia con el elevado propósito contenido en el Preámbulo de promover el bienestar general, encargo que está dado a la

---

<sup>22</sup> C.S.J.N.: "Asociación Benghalensis y otros c/ Estado Nacional" (2000)

Nación, y que la problemática del SIDA no se circunscribe a una provincia en particular o a varias de ellas sino que afecta a la vasta extensión territorial de nuestro país.

Continuó el magistrado de referencia mencionando que:

En los casos en que exista un incumplimiento concreto y probado de los gobiernos locales (vgr. falta de entrega en tiempo y forma de la medicación), el Gobierno Nacional debe responder frente a los damnificados. Ahora bien, su obligación en tales supuestos es subsidiaria de la que les compete a las provincias, por lo que no existe óbice alguno para que luego de cumplida les efectúe el reclamo pertinente a éstas.<sup>23</sup>

Es así como, el Dr. Vázquez termina coincidiendo con el Procurador General de la Nación, y declara admisible el recurso extraordinario, confirmando la sentencia apelada con los alcances indicados, destacando la obligación subsidiaria del Gobierno Nacional en los casos en que se compruebe el incumplimiento de los gobiernos locales.

## **2.2. El precedente de la Cám. Fed. A. de Córdoba, Sala A: “H. V. D. A. y otro” (2017)**

En el fallo “*H. V. D. A. y otro*”<sup>24</sup>, del año 2017, la Cámara ha resuelto que correspondía modificar la resolución del juez a-quo en cuanto a los porcentajes a cubrir de los medicamentos que necesita un menor que padece atrofia muscular espinal, correspondiéndole a la obra social la cobertura del 10% de su costo total, y el restante 90% de la cobertura a cargo del Estado Nacional (Ministerio de Salud).

El fundamento del caso establecía que el Estado Nacional es solidariamente responsable y garante del efectivo cumplimiento de las prestaciones necesarias para resguardar la salud o la vida de los menores como máximo interés jurídico protegido por la CN.

Así, y relacionado con el principio de la subsidiariedad, se obligó al Estado Nacional y Provincial, como también a la obra social, a la cobertura integral del tratamiento del menor, quien padece atrofia muscular espinal, entendiendo que estos últimos resultaban responsables solidarios para cubrir las posibles contingencias que

---

<sup>23</sup> C.S.J.N.: “Asociación Benghalensis y otros c/ Estado Nacional” (2000)

<sup>24</sup> Cám. Fed. A. de Córdoba, Sala A: “H. V. D. A. y otro c/ Parque Salud Sociedad Anónima y otro s/ prestaciones farmacológicas” (2017)

pudieran resultar de la atención médica costosa a favor del menor por las particularidades de la enfermedad y su tratamiento.

Adentrándonos más en los antecedentes del caso, podemos decir que, en la ciudad de Córdoba, durante el año 2017, la Cámara Federal de Apelaciones de la Cuarta Circunscripción Judicial se reunió a fin de dictar sentencia en los autos caratulados: “H. V. D. A. Y OTRO c/ Parque Salud S.A. y otro s/ Prestaciones Farmacológicas” (Expte. N° 31335/2017/CA1/CA2), virtud del recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la codemandada “Parque Salud S.A.” en contra de la providencia dictada por el Juez Federal N° 2, la cual en su parte pertinente decidió que: *“Parque Salud S.A. deberá cubrir un 30% de los medicamentos en cuestión y el Estado Nacional-Ministerio de Salud un 70% del monto total; ello dentro del término de 48 hs. de noticiado...”*.<sup>25</sup>

La apelante reclama específicamente que la cobertura ordenada a su parte impediría la continuidad en el cumplimiento de la prestación de servicios médicos y provisión de medicamentos para la totalidad de los afiliados pertenecientes a Parque Salud, lo que implicaría el cierre de la expresa, y que la cautelar ordenada en cumplimiento del pago del porcentaje del treinta por ciento del valor de la medicación se deje sin efecto, y en caso de corresponder su cobertura debe ser a cargo del Estado Nacional.

Una vez radicada la causa en la Cámara, se resuelve hacer la salvedad de que en el caso que la condenada Parque Salud S.A. demuestre la imposibilidad económica de afrontar el costo de la medicación, el Juez de grado deberá evaluar de manera urgente, hacer extensiva la medida a la codemandada Estado Nacional, Ministerio de Salud, como garante del sistema de salud.

Así las cosas, luego de acompañar los estados contables Parque Salud S.A., y manifestar su imposibilidad económica para cumplir con la medida cautelar, el Inferior dispuso extender la obligación de cumplimiento efectivo de la medida cautelar al Estado Nacional, Ministerio de Salud de la Nación; ordenando en definitiva que luego de: “analizada la situación patrimonial de la prepaga, en particular el patrimonio neto total conforme constancias de fs. 205, este Tribunal dispone que Parque Salud SA deberá

---

<sup>25</sup> Cám. Fed. A. de Córdoba, Sala A: “H. V. D. A. y otro c/ Parque Salud Sociedad Anónima y otro s/ prestaciones farmacológicas” (2017)

cubrir un 30% de los medicamentos en cuestión y el Estado Nacional – Ministerio de Salud un 70% del monto total.”, resolución que resultó objeto de recurso de apelación por parte de la Empresa codemandada.

Radicada la causa nuevamente en la Cámara Federal de Córdoba, correspondía entonces determinar si los porcentajes dispuestos por el Juez de grado a los fines del cumplimiento de la medida cautelar en favor de los accionantes, esto es en un 30% a cargo de Parque Salud S.A. y el 70% restante al Estado Nacional, Ministerio de Salud, se ajustaban a los estados contables adjuntados a la causa. Así, se dispuso por parte de los magistrados intervinientes que:

Corresponde modificar la resolución dictada por el señor Juez Federal N° 2 de Córdoba, en cuanto a los porcentajes a cubrir de los medicamentos en cuestión, correspondiéndole a Parque Salud S.A. la cobertura del 10% de su costo total, y el restante 90% de la cobertura a cargo del Estado Nacional -Ministerio de Salud...<sup>26</sup>

En resumidas cuentas, la sentencia sigue sosteniendo un paradigma en materia de cobertura integral de salud, y la posibilidad de reclamar -la cobertura de medicamentos, tratamientos, entre otros- de manera directa al Estado Nacional o subsidiariamente con la obra social del afiliado, por ende, la obra social y el Estado Nacional son solidariamente responsables siempre frente al afiliado, y en el caso de que la persona no tenga obra social únicamente es el Estado Nacional el responsable directo de la cobertura integral de la salud. Desde este punto de vista, la interposición de un amparo por cuestiones de salud en casos urgentes, como el de discapacidad, es totalmente viable, y no se puede alegar la falta de legitimación que tiene el Estado en estos asuntos, pues, su posición es de garante en el ámbito de la salud de los ciudadanos que habiten el suelo argentino.

### **3. Otros precedentes jurisprudenciales que analizan la viabilidad de demandar de manera directa en un proceso de amparo al Estado Nacional en casos de cobertura social**

---

<sup>26</sup> Cám. Fed. A. de Córdoba, Sala A: “H. V. D. A. y otro c/ Parque Salud Sociedad Anónima y otro s/ prestaciones farmacológicas” (2017)

La Constitución Nacional a través del art. 43 dispone que toda persona puede interponer la acción de amparo, es decir, que la redacción del texto constitucional y la idea de los constituyentes de 1994 fue ampliar la legitimación para el inicio de la acción de amparo individual, ampliándola incluso a quienes no resultasen afectados directos. En cambio, la legitimación pasiva se encuentra debatida, más aún cuando el co-legitimado es el Estado Nacional.

El amparo de los derechos ha explicado Humberto Quiroga Lavié es utilizado si frente a un obstáculo de hecho que impide el ejercicio de un derecho, la supremacía de la Constitución Nacional tutelada no por la declaración de inconstitucionalidad sino por la acción de amparo (art. 43). Desde la reforma constitucional de 1994 permite que, en el caso, es decir, en el trámite de una acción de amparo, el juez pueda declarar la inconstitucionalidad de la norma que funde el acto u omisión que lesione el derecho constitucional que se pide al juez restituya en su plenitud de ejercido (Quiroga Lavié, 2009).

En definitiva, uno de los problemas más discutidos en la doctrina y en la jurisprudencia actual es la interposición de amparo contra obras sociales y consecuentemente, la procedencia o improcedencia de co-demandar de manera eventual al Estado Nacional. Al mismo tiempo, se ha considerado que resulta inadmisibles co-demandar en un proceso de amparo por salud directamente al Estado Nacional, por no componer este último la relación jurídica sustancial que vincula al legitimado activo con la obra social a la que se encuentra afiliado (legitimado activo).

Esto permite inferir que menos aún resulta viable demandar de manera directa al Estado Nacional. La eventual responsabilidad del Estado resulta esencialmente de diversa naturaleza jurídica, por lo que deviene improcedente su composición en la litis.

En consecuencia, las relaciones que atan al legitimado activo (afiliado) con la obra social y con el Estado Nacional son sustancialmente distintas, desde sus responsabilidades y obligaciones (Rodríguez Traversa, 2014).

La Corte Suprema de Justicia de la Nación abre un nuevo paradigma puesto que ha resuelto en distintas sentencias: “*Campodónico de Beviacqua*”, 2000; “*Asociación Benghalensis y otros*”, 2000, que existe una obligación del Estado Nacional de garantizar el derecho y acceso efectivo a la salud, y en especial el de las personas discapacitadas.



Por consiguiente, existen casos urgentes de salud, por ejemplo: discapacidad, tratamiento médico oncológico, neurológicos, procedimiento médico a la espera de un trasplante de órgano, entre otros, que sumados a los argumentos de la C.S.J.N, permiten demandar en un proceso de amparo de manera directa al Estado Nacional o, también demandar directamente a la obra social y subsidiariamente al Estado Nacional, esta última opción, parece empezar a predominar en la práctica judicial antes la falta de respuesta del servicio de salud privado.

Entre otros precedentes vinculados estrechamente a la temática en estudio, podemos mencionar los que a continuación se detallan.

Durante el correr del año 2001, la Corte Suprema de Justicia de la Nación se pronuncia en el caso “*Monteserin*”<sup>27</sup>. Aquí, el reclamante, en representación de su hijo (quien padecía una parálisis cerebral con compromiso psicomotriz y retardo cerebral, y que a su vez carecía de cobertura alguna), reclamaba al Estado Nacional, a partir de la sanción de la Ley N° 24.901 sobre sistemas de prestaciones básicas en habilitación y rehabilitación integral a favor de las personas con discapacidad, los beneficios de esta.

El demandado en este caso era la Comisión Nacional Asesora para la integración de personas discapacitadas -Servicio Nacional de Rehabilitación y Promoción de la Persona con Discapacidad-.

Tanto en primera instancia como en la Cámara Federal de Apelaciones de Rosario, la demandada es condenada y recurre a la instancia extraordinaria, expresando que fue condenada por obligaciones que no están a su cargo.

Al respecto, la C.S.J.N. ha señalado 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 (en el caso, la prevista en el art. 7 inc. e (6) .... Lo expuesto, claro está, en modo alguno impide que el Estado Nacional, si corresponde, recupere los costos que le insuma la atención del menor,

---

<sup>27</sup> C.S.J.N.: “*Monteserin, Marcelino c/ Estado Nacional - Ministerio de Salud y Acción Social — Comisión Nacional Asesora para la Integración de Personas Discapacitadas—Servicio Nacional de Rehabilitación y Promoción de la Persona con Discapacidad*” (2001)

por las vías pertinentes de quien, en definitiva, resulte obligado a afrontarlas financieramente... de la responsabilidad que debe asumir el Estado Nacional en la asistencia y atención del niño discapacitado no cabe sustraerse en razón de demoras contingentes en la puesta en funcionamiento del respectivo sistema sanitario en las provincias.<sup>28</sup>

Como es posible apreciar, en este fallo el alto tribunal asienta que el Estado Nacional debe garantizar los derechos de salud de que se trata, a través de acciones positivas.

Una de las causas más relevantes en la temática es el que acontece por una acción de amparo interpuesta por un particular a la obra social OSDE con el fin poder acceder de manera expedita y rápida a la cobertura integral de su salud. Así, la Cámara Federal de Apelaciones de La Plata, en el fallo “*A G., L.*”<sup>29</sup>, del año 2008, se trató la cuestión del recurso de apelación promovido por el actor en representación de su hijo, contra OSDE (Organización de Servicios Directos Empresarios) y el Poder Ejecutivo Nacional., debido a la negativa de la entidad de medicina prepaga de otorgar la asistencia indispensable para el desarrollo motriz y cognoscitivo de su hijo.

En este marco, se solicitó se ordene a OSDE y al Poder Ejecutivo Nacional, en su carácter de garante del derecho a la salud, la urgentísima asistencia de los servicios pactados y a cubrir el tratamiento de salud reclamado. En el transcurso del proceso, la amparista obtuvo una medida cautelar, por medio de la cual se ordenó a OSDE suministrar de inmediato la cobertura médico asistencial requerida. Contra ello, el Ministerio de Salud interpuso recurso de apelación, alegando que resulta errado que se le haga responsable subsidiario de los deberes impuestos en autos.

Así las cosas, el recurrente mantenía que la sentencia facilitaba el incumplimiento para los verdaderos obligados, y que es más cómodo aplicar el principio de subsidiariedad y recurrir al Estado Nacional que obligar a los verdaderos responsables.

El juzgado actuante (Juzgado Federal de Primera Instancia de Lomas de Zamora) estableció la necesidad de precisar cuál es el rol del Estado en esta materia, remarcando

---

<sup>28</sup> C.S.J.N.: “Monteserin, Marcelino c/ Estado Nacional - Ministerio de Salud y Acción Social — Comisión Nacional Asesora para la Integración de Personas Discapacitadas—Servicio Nacional de Rehabilitación y Promoción de la Persona con Discapacidad” (2001)

<sup>29</sup> Cám. Fed. de A. de La Plata: “*A G. L. c/ OSDE y otro s/ amparo*” (2008)

que el Estado Nacional ha asumido compromisos internacionales explícitos orientados a promover y facilitar las prestaciones en esta materia y dicha obligación se extiende a sus subdivisiones políticas y a otras entidades que participan del sistema sanitario, y que, sumado a ello, y vinculado con este derecho, se encuentra otro aspecto no menos importante en este caso, que es el tema de la discapacidad.

Ahora bien, en cuanto a los aspectos de la decisión que motivaron los agravios del Estado Nacional, la Cámara actuante ha dicho que:

Resultan insustanciales frente a las urgencias señaladas, las que requieren soluciones rápidas, simples y eficaces para preservar el derecho a la salud y a la vida digna, teniendo particularmente en cuenta que se halla en juego el interés superior de un niño tutelado por sobre otras consideraciones...<sup>30</sup>

Asimismo, y específicamente en cuanto a la obligación del Estado Nacional, han remarcado los magistrados que, llegado el caso, el Estado, ante el incumplimiento de las prestaciones, debe suplir la omisión de la empresa ante la importancia del tratamiento, y que el sentido de la obligación del Estado Nacional se debe a que, en última instancia, es el garante del cumplimiento a través de acciones positivas, por lo cual, no puede desobligarse aludiendo al carácter subsidiario de su deber, correspondiendo por medio del Ministerio de Salud cumplir integralmente las prestaciones que, llegado el caso, puedan reclamarle. Finalmente, se ha dicho que, lo contrario, colocaría al Estado Nacional en flagrante violación de los compromisos asumidos en el cuidado de la salud.

#### **4. Conclusiones parciales**

Como consecuencia de todo lo expuesto en el capítulo presente, en lo referente a la posición y responsabilidad que debe o debería asumir el Estado Nacional en situaciones que involucran garantizar el derecho a la salud y responder al efecto, podemos decir que se ha tejido a través de los años, tanto por parte de los precedentes que ha dejado la Corte Suprema de Justicia de la Nación, como por parte de distintas Cámaras de Apelaciones del país, posturas similares tendientes a confirmar la mencionada responsabilidad.

---

<sup>30</sup> Cám. Fed. de A. de La Plata: “A G. L. c/ OSDE y otro s/ amparo” (2008)

Frente a la evidencia resultante del análisis efectuado, se puede apreciar, al respecto de los compromisos asumidos por el Estado Nacional, la constante remisión a los mandamientos constitucionales y a los postulados de los instrumentos internacionales sobre la obligación impostergable del mismo.

Asimismo, se ha visto que los pronunciamientos en estudio afirman y confirman obligaciones de solventar gastos de medicamentos, tratamientos y demás gastos que demanden el cumplimiento de tan importante derecho reconocido en todo el territorio de la República, como también, afirmaciones vinculadas con el derecho a la salud como un derecho que se encuentra comprendido dentro del derecho a la vida, primer derecho natural de la persona humana preexistente a toda legislación positiva.

En particular, se ha evidenciado como denominador común de varios de los fallos analizados, que se ha asentado y resaltado por parte de diversos cuerpos de magistrados del país, que el Estado Nacional se encuentra obligado a garantizar el derecho a la salud, principalmente cuando los demás actores del sistema no pueden afrontarlos, y en consonancia con la reforma de 1994 de la Constitución Nacional, se menciona que la forma de hacerlo es a través de las "*acciones positivas*", imponiendo al Estado Nacional un rol activo, esto es, reclamando políticas concretas de acción positiva, y no comportándose como un mero espectador.

Finalmente, se puede observar el hincapié que se hace en ocasión de tratar la subsidiariedad de la actuación del Estado en las situaciones sobre derecho a la salud y discapacidad analizadas, y que se ha remarcado en diversos fallos por parte de los magistrados que, llegado el caso, el Estado, ante el incumplimiento de las prestaciones, debe suplir la omisión de la empresa de que se trate, y que el sentido de la obligación del Estado Nacional se debe a que, en última instancia, es el garante del cumplimiento a través de acciones positivas, por lo cual, no puede desobligarse aludiendo al carácter subsidiario de su deber.

De este modo, no se puede ignorar que es el Estado Nacional el cual debe respetar los derechos de la persona en forma efectiva, garantizando la promesa de una vida digna y cubierta frente a las contingencias que se presente en cuanto a la salud de las mismas.

## **CONCLUSIONES FINALES**

## CONCLUSIONES FINALES

Se ha llegado a las conclusiones personales y finales del presente trabajo que realizo un análisis de la cobertura integral en materia de salud por discapacidad: demanda directa al Estado Nacional”. En ese contexto, nos sumergimos en el debate de la responsabilidad que tiene el Estado para hacer efectivo el derecho a la salud, como derivación de un derecho humano fundamental de la persona.

Recordemos que el problema de investigación fue el siguiente: para garantizar de forma urgente la cobertura integral en materia de salud por discapacidad: ¿se puede demandar en un proceso de amparo de manera directa al Estado Nacional? Por consiguiente, confirmamos la hipótesis de trabajo: es que para garantizar de forma urgente la cobertura integral en materia de salud por discapacidad si se puede demandar en un proceso de amparo de manera directa al Estado Nacional o, en su defecto en forma subsidiaria junto con la obra social (cobertura de salud privada). Esta afirmación se sustenta y se justifica en las diferentes normativas constitucionales e internacionales de derechos humanos como en los precedentes judiciales que abrieron un paradigma en este ámbito de aplicación. Por lo tanto, consideramos que la “salud” es el completo bienestar físico, psíquico y social (concepto sostenido por la OMS) y que para garantizar de forma urgente la cobertura integral en materia de salud por discapacidad es necesario comprender que el Estado Nacional es garante de la salud de los individuos, tengan o no una obra social activa (que resuelva los conflictos de sus afiliados). En la actualidad la salud es un derecho humano esencial y los Estados deben asegurar su acceso a la comunidad.

A continuación, la argumentación y las conclusiones personales que permiten arribar a lo antes mencionado con más detalles:

Se considera que la “acción de amparo ha pasado de estar, a lo largo de la historia argentina, primeramente, establecida y reglamentada por la ley N° 16.986, período en el cual se buscaba limitarla, por ejemplo, con la prohibición de declaración de inconstitucionalidad de las normas en las que se fundara el acto lesivo; o bien con la limitación a su procedencia cuando se pudieren afectar un servicio público o actividades esenciales del Estado; entre otros supuestos. Ahora bien, la situación fue diversa desde el momento en que el instituto en estudio pasa a ser incorporado expresamente en el

articulado de la Carta Magna argentina, en donde se amplía el mismo a través de una regulación precisa.

Se ha visto, asimismo, en cuanto al fundamento constitucional de la acción de amparo, que éste se relaciona con su reconocimiento a través del art. 43 de la Constitución Nacional, el cual otorgó rango constitucional a la acción de amparo como un procedimiento destinado a garantizar a cada individuo la defensa de sus derechos, cuando éstos sean atacados. Así, la supremacía de la Constitución Nacional se encuentra tutelada por la acción de amparo cuando existan obstáculos de hecho que impidan el ejercicio de los derechos de los individuos.

Sobre la acción de amparo como herramienta individual: se reconoce expresamente el derecho de interponer acción de amparo a todas las personas (físicas o jurídicas), las cuales, según se desprende de la Constitución Nacional Argentina, podrán interponer acción individual de amparo, en las condiciones del artículo 43 de la misma, en caso de encontrarse frente a una lesión de sus derechos subjetivos, y se refiera a daños concretos.

Ahora bien, con respecto al enunciado del plexo constitucional que instituye que “toda persona puede interponer la acción de amparo” (art. 43 CN), podemos inferir que con dicha redacción el constituyente ha buscado ampliar la legitimación para poder iniciar la acción de amparo individual, extendiéndose aún a aquellos que no hayan resultado directamente afectados, se ha dejado en claro que es *la parte* la cual debe demostrar la existencia de un interés especial en el proceso, o bien, que los agravios alegados la afecten de forma sustancial; y que la mera eventualidad de un daño, el agravio meramente conjetural o hipotético no basta para reconocer la existencia de legitimación procesal en quien pretende invocar una acción de amparo.

Considero que el amparo es una “acción expedita y rápida”, debido a la necesidad de que se provea de una acción rápida y libre de obstáculos para proteger los derechos de las personas, y que se busca descartar demoras en el proceso, a la vez que se orienta a obtener sensatez y presteza en su articulación, ya que, al ser un proceso urgente, esta necesidad de protección de derechos lesionados no se puede ver demorada ni trabada.

La cuestión del requisito de que no exista otro medio judicial más idóneo, toda vez que, para que la acción de amparo sea admitida, se debe demostrar debidamente que

las demás vías procesales a las cuales se podría recurrir son inoperantes para la reparación del perjuicio invocado.

Entre otros supuestos, según la norma constitucional, el amparo puede interponerse contra todo acto u omisión de autoridades públicas, es decir, contra conductas provenientes de cualquiera de los poderes estatales (ejecutivo, legislativo y judicial). Además, se debe tratar de un acto u omisión que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace derechos (no quedando abarcados en estos supuestos los daños futuros, hipotéticos y conjeturales), y los mismos deben reflejar arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, ya que no se trata de una vía para ser interpuesta por materias o cuestiones meramente opinables, ni es el medio adecuado para dilucidar el sentido de preceptos legales complejos y encontrados.

Finalmente, se puede observar que el juez tendrá la facultad para declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva, y que, en los casos en que se crea que el agravio al derecho que motiva el amparo proviene de la norma reglamentaria en la cual el acto se funda, es necesario acreditar que aquélla lo ha desnaturalizado, desvirtuado, prohibido o alterado, debiendo destruirse la presunción de constitucionalidad de las leyes mediante prueba clara y precisa de su oposición con el texto fundamental.

Se concluye personalmente que se ha ido avanzando en la cuestión de la responsabilidad del Estado en materia de salud, a fin de llegar en ese camino hasta tratar la cuestión de la cobertura integral en materia de salud por discapacidad, y, ligado a ello, la posibilidad de demandar en un proceso de amparo de manera directa al Estado Nacional

Con respecto a la responsabilidad del Estado como obligación de brindar el servicio de salud, se ha dicho que la misma se encuentra reconocido tanto a nivel nacional como internacional; tanto en la Carta Magna argentina, como en convenciones internacionales orientadas a su tratamiento expreso y a asegurar, mediante regulaciones específicas, que se efectivice dicha responsabilidad.

En cuanto a la calidad del Estado Nacional como garante de la cobertura integral en materia de salud, es de destacar que es el Estado Nacional el cual posee la indelegable obligación de garantizar el pleno goce del derecho a la salud y a una vida digna, y que, además, se trata de un derecho que ha ido expandiendo su ámbito hasta llegar a abarcar a todas las personas, incluyendo la potestad de las mismas para interponer recursos de



amparo al respecto. En este sentido, bueno ha sido mencionar algunos de los aspectos que devienen de la calidad de garante del Estado en materia de salud, como ser, desde un aspecto negativo, el derecho a negarse a ser objeto de tratamiento o prácticas médicas, exigir la confidencialidad acerca de la salud del paciente, no ser discriminado por motivo de salud, no sufrir los efectos dañinos de la contaminación ambiental, etc. Y desde un aspecto positivo, la facultad de exigir servicios médico-hospitalarios, el derecho al suministro de medicamentos, derecho a recibir la información adecuada y suficiente relativa al diagnóstico y tratamiento que se propone a fin de que el paciente pueda decidir libre y esclarecidamente, etc.

Ahora bien, específicamente adentrados en cuanto al tema de la afectación del derecho a la salud vinculado a las personas con discapacidad, podemos observar que, primeramente, abarcan tanto a niños como adultos, que se encuentren marginados por diferencias físicas, psíquicas o mentales, y que, además de ello, los mismos se encuentran consagrados en diversas fuentes normativas de nuestro derecho, los cuales, a su vez, originan responsabilidades por parte del Estado, a fin de que se evite su afectación (tanto a nivel nacional como internacional).

En ese sentido, el texto constitucional propicia a favor de los discapacitados, normas protectoras de las personas mayores y de los individuos con problemas de capacidad, mediante mecanismos de “discriminación inversa”. Es decir que se constitucionalizan actos de desigualdad en busca de dar beneficio a personas que requieren un apoyo estatal mayor que el brindado a sujetos con plenas aptitudes psicofísicas. También, se ha resaltado que con la sanción de la Ley N° 22.431 se ha logrado instrumentar a nivel nacional en Argentina, el “sistema de protección integral de las personas discapacitadas”, con normas especiales sobre salud, asistencia social, trabajo, educación, transporte y arquitectura diferenciada.

Necesario ha sido tratar la cuestión de la relación existente entre el derecho a la salud y el principio de igualdad. Así, al respecto de la responsabilidad del Estado para actuar removiendo obstáculos que limiten el pleno ejercicio de los derechos de las personas, se evidencia que no escapa a ello la idea de la igualdad, la cual debe ser camino y objetivo del Estado en la búsqueda de la igualdad real de oportunidades en todos los aspectos de las personas, lo cual incluye, por supuesto, a la salud.

Y es que, es precisamente el Estado el cual se debe encargar de remover los obstáculos de tipo social, cultural, político y económico que limitan la igualdad mencionada, teniendo la capacidad, para ello, de hacer viable un orden socioeconómico justo que iguale las posibilidades de todos los hombres.

Finalmente, vinculado al “principio de subsidiariedad” en materia de salud, bien se han expuesto las características del mismo, dejando en claro que, lo que realmente interesa a la comunidad en general, y a las personas en particular, en lo referente al derecho de salud, discapacidad y responsabilidad del Estado, es que se concreten los siguientes postulados: que la comunidad, por una parte, ayude más en donde es mayor la necesidad -cuidar más a quien está más necesitado de cuidados, y gastar más con quien está más enfermo- y, por otra, que no se sustituya la libre iniciativa de los particulares o de grupos, sino que se garantice su funcionamiento.

El principio de subsidiariedad establece que una estructura social de orden superior no debe interferir en la vida interna de un grupo social de orden inferior, ni privarla de sus competencias, sino que más bien debe sostenerle en caso de necesidad, y ayudarle a coordinar su acción con la de los demás componentes sociales, con miras al bien común; y el mismo refleja una visión antropológica del hombre, la cual debe basarse en el respeto por la vida humana, su dignidad inherente, su autonomía y el compromiso de cada una de las personas de participar continuamente en la contribución del bien común y de la persona humana.

Entiendo, en lo referente a la posición y responsabilidad que debe o debería asumir el Estado Nacional en situaciones que involucran garantizar el derecho a la salud y responder al efecto, podemos decir que se ha tejido a través de los años, tanto por parte de los precedentes que ha dejado la Corte Suprema de Justicia de la Nación, como por parte de distintas Cámaras de Apelaciones del país, posturas similares tendientes a confirmar la mencionada responsabilidad.

Frente a la evidencia resultante del análisis efectuado, se puede apreciar, al respecto de los compromisos asumidos por el Estado Nacional, la constante remisión a los mandamientos constitucionales y a los postulados de los instrumentos internacionales sobre la obligación impostergable del mismo.

Asimismo, se ha visto que los pronunciamientos en estudio afirman y confirman obligaciones de solventar gastos de medicamentos, tratamientos y demás gastos que

demanden el cumplimiento de tan importante derecho reconocido en todo el territorio de la República, como también, afirmaciones vinculadas con el derecho a la salud como un derecho que se encuentra comprendido dentro del derecho a la vida, primer derecho natural de la persona humana preexistente a toda legislación positiva.

En particular, se ha evidenciado como denominador común de varios de los fallos analizados, que se ha asentado y resaltado por parte de diversos cuerpos de magistrados del país, que el Estado Nacional se encuentra obligado a garantizar el derecho a la salud, principalmente cuando los demás actores del sistema no pueden afrontarlos, y en consonancia con la reforma de 1994 de la Constitución Nacional, se menciona que la forma de hacerlo es a través de las "*acciones positivas*", imponiendo al Estado Nacional un rol activo, esto es, reclamando políticas concretas de acción positiva, y no comportándose como un mero espectador.

Finalmente, se puede observar el hincapié que se hace en ocasión de tratar la subsidiariedad de la actuación del Estado en las situaciones sobre derecho a la salud y discapacidad analizadas, y que se ha remarcado en diversos fallos por parte de los magistrados que, llegado el caso, el Estado, ante el incumplimiento de las prestaciones, debe suplir la omisión de la empresa de que se trate, y que el sentido de la obligación del Estado Nacional se debe a que, en última instancia, es el garante del cumplimiento a través de acciones positivas, por lo cual, no puede desobligarse aludiendo al carácter subsidiario de su deber.

De este modo, no se puede ignorar que es el Estado Nacional el cual debe respetar los derechos de la persona en forma efectiva, garantizando la promesa de una vida digna y cubierta frente a las contingencias que se presente en cuanto a la salud de estas.

Considero personalmente que el "amparo de salud" como medida para conseguir una solución rápida y expedita en contextos de salud por discapacidad es reconocida en la actualidad por los alcances que deben darse al art. 43 de la Constitución Nacional (en función del art. 42 CN, "derecho a la salud"): toda persona puede interponer una acción de amparo contra cualquier persona que restrinja arbitrariamente un derecho, más aún contra el Estado puesto que es garante de los derechos humanos fundamentales de los individuos, como, por ejemplo, el derecho a la salud. Asimismo, cumplidos los presupuestos exigidos para interponer una acción de amparo, claramente el Estado Nacional puede ser codemandado eventualmente ya que tiene la mayor garantía y

obligación sobre la cobertura de salud (exigencia según la interpretación del art. 42 de la CN), particularmente, en personas discapacitadas puesto que son sujetos con necesidades especiales que requieren una solución pronta y urgente por parte de los organismos estatales, desde la respuesta judicial a la solución del problema.

De ello puede inferirse, confirmando la hipótesis de trabajo, que existe una obligación del Estado Nacional de garantizar el derecho y acceso efectivo a la salud, y en especial con las personas discapacitadas, por lo tanto, resulta aceptable jurídicamente demandar directamente al Estado Nacional (supuesto que puede presentarse en personas que no tienen una obra social y además, están en situaciones de vulnerabilidad y urgencia en salud y discapacidad) o, en su defecto co-demandar eventualmente al Estado Nacional cuando la obra social omite respuesta sobre el derecho del afiliado (supuesto de persona que tiene obra social y necesita una solución urgente e inmediata). Al mismo tiempo, es posible co-demandar a la obra social y al Estado Nacional, sin importar la naturaleza jurídica que este en juego, puesto que el principio de actuación subsidiaria del Estado que rige en el sistema de salud argentino se vincula con la regla de solidaridad social, ya que el Estado debe garantizar una cobertura asistencial a todos los ciudadanos, sin discriminación social, económica, cultural o geográfica (interpretación amplia de la Ley N° 23.661, particularmente el art. 1).

## **BIBLIOGRAFÍA**

## BIBLIOGRAFÍA

### Doctrina

- Balbín, C. F. (2015). *Manual de Derecho Administrativo*. 3 ed., Buenos Aires: La Ley.
- Badeni, G. (2006). *Tratado de Derecho Constitucional*. Tomo I y II. 2° ed., Buenos Aires: La Ley.
- Bidart Campos, G. (2006). *Manual de la Constitución Reformada*. Tomo I, II y III. 4° ed., Buenos Aires: Ediar.
- Bidart Campos, G. (2008). *Compendio de Derecho Constitucional*. 1° ed., Buenos Aires: Ediar.
- Bürgin Drago, T. (2013). *El Amparo Judicial como Instrumento de Ampliación del PMO: el Estado Nacional como Garante de la Salud*. 1° ed., Buenos Aires: Fundación Sanatorio Güemes.
- Cassagne, J. C. (1998). *Derecho Administrativo*. Tomo I y II, 7° Edición Actualizada, Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Campos, L. M. y Tomas, F. F. (2014). *La Responsabilidad del Estado en Materia de Salud*. Publicado en “*XXIII Jornadas Nacionales de Actualización Doctrinaria*”, Villa Carlos Paz, 29y 30 Septiembre y 01 Octubre, Córdoba.
- Dromi, R. (1998). *Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina.
- Gelli, M. A. (2004). *Constitucion de la Nación Argentina. Comentada y Concordada*. 2° ed., Buenos Aires: La Ley.
- Gordillo, A. (2007). *Derechos Humanos*. 6° ed., Buenos Aires: Fund. de Derecho Administrativo.
- Gordillo, A. (2012). *Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas*. Tomo 5. 1° Ed. Buenos Aires: F.D.A.

- Gordillo, A. (2013). *Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas*. Tomo 8: Teoría general del derecho administrativo, 1° ed. Buenos Aires: F.D.A.
- Gordillo, A. (2014). *Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas*. Tomo 2: La defensa del usuario y del administrado, 1° ed. Buenos Aires: F.D.A.
- Gordillo, A. (2016). *Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas*. Tomo 4: El Procedimiento Administrativo. 1° ed. Buenos Aires: F.D.A.
- Moya, G. (2012). La aplicación del principio de subsidiariedad en el empoderamiento de los pacientes para el cuidado de la salud: el caso de las enfermedades raras en Argentina. Publicado en la *Revista Acta Bioethica*, Chile, pp. 181-188
- Nino, C. S. (2002). *Fundamentos de Derecho Constitucional. Análisis Filosófico, Jurídico y Politológico de la Práctica Constitucional*. 1° ed., 2° Reimp., Buenos Aires: Astrea.
- Orihuela, A. M. (2008). *Constitución Nacional Comentada*. 4° ed., Buenos Aires: Editorial Estudio S.A.
- Omar Canda, F. (2012). Acción de Amparo. Requisitos de procedencia de la acción de amparo individual. Publicado en Marcelo A. Bruno Dos Santos *Una mirada desde el fuero contencioso administrativo federal sobre el derecho procesal administrativo*, 1° ed., Buenos Aires: FDA.
- Quiroga Lavié, H. (1995). *Lecciones de Derecho Constitucional*. 1° ed., Buenos Aires: Depalma.
- Quiroga Lavié, H. (2009). *Derecho Constitucional Argentino*. Tomo I y II, 2° ed., Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.
- Rodríguez Traversa, M. L. (2014). Amparo contra obras sociales: acerca de la improcedencia de demandar de manera directa al Estado Nacional. Publicado por el *Sistema Argentino de Información Jurídica (SAIJ)*, el 21 de octubre de 2014, Id SAIJ: DACF140766, Buenos Aires.

- Rosales, P. O. (2002). La Corte Suprema y la obligación de la cobertura de la discapacidad (Análisis de la reciente jurisprudencia del alto tribunal y las obligaciones del Estado Nacional, las obras sociales y las empresas de medicina privada). Publicado en *J.A.* 2002-II-431, Lexis N° 0003/008782 ó 0003/008848, Buenos Aires.
- Sagües, N. P. (1997). *Elementos de Derecho Constitucional*, Tomo I y II, 2° ed., Buenos Aires: Astrea.
- Sagües, N. P. (2007). *Manual de Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Astrea.

### Legislación

- Constitución Nacional
- Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica)
- Convención Internacional Para Las Personas con Discapacidad
- Ley N° 16.986 de Acción de Amparo (Ley-Reglamentaria)
- Ley N° 23.661 de Sistema Nacional del Seguro de Salud
- Ley N° 26.944 de Responsabilidad Estatal
- Ley N° 24.901 de sistema de prestaciones básicas en habilitación y rehabilitación integral a favor de las personas con discapacidad

### Jurisprudencia

- C.S.J.N.: “Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa Campodónico de Beviacqua, Ana Carina c/ Ministerio de Salud y Acción Social - Secretaría de Programas de Salud y Banco de Drogas Neoplásicas” (2000)
- C.S.J.N.: “Asociación Benghalensis y otros c/ Estado Nacional” (2000)



- C.S.J.N.: “Monteserin, Marcelino c/ Estado Nacional - Ministerio de Salud y Acción Social — Comisión Nacional Asesora para la Integración de Personas Discapacitadas—Servicio Nacional de Rehabilitación y Promoción de la Persona con Discapacidad” (2001)
- C.S.J.N.: “Mosquera, Lucrecia Rosa c/Estado Nacional (Mrio. de Economía) s/acción meramente declarativa – sumarísimo” (2003)
- Cám. Fed. de A. de La Plata: “A G. L. c/ OSDE y otro s/ amparo” (2008)
- T.S.J., Sala Procesal Administrativa, Neuquén: “F. J. M. y otra C/Instituto de Seguridad Social del Neuquén s/Acción Procesal Administrativa” (2015)
- Cám. Fed. A. de Córdoba, Sala A: “H. V. D. A. y otro c/ Parque Salud Sociedad Anónima y otro s/ prestaciones farmacológicas” (2017)