



El efecto expansivo del derecho a la salud, Vol. 26, (2014), Cartapacio de Derecho, Facultad de Derecho, UNICEN, ISSN 1850-0722.

EL EFECTO EXPANSIVO DEL DERECHO A LA SALUD EN LO CAUTELAR CONTRA EL ESTADO¹

FRANCISCO MARIANO SABALÚA²
UNIVERSIDAD NACIONAL DEL CENTRO

1. Palabras preliminares. Hipótesis

En el presente trabajo se intenta sostener *la siguiente hipótesis*: “existe la obligación jurídica a cargo de los jueces de otorgar ampliamente- por el principio in dubio pro actione- aquellas medidas cautelares de contenido positivo contra el Estado tendientes a proteger los derechos económicos, sociales y culturales (en adelante DESC)-*en especial el derecho a la alimentación, a la vivienda, al trabajo, y/o a la educación-*, lesionados o amenazados por omisiones de la autoridad administrativa, cuando éstos derechos se hallaren estrechamente vinculados con el derecho a la salud (en sentido integral), cuya tutela judicial se revela siempre como urgente”.

¹ El presente trabajo fue presentado por el autor en la Jornada “*Aspectos estructurales de las medidas cautelares frente al Estado*”, organizada por la Facultad de Derecho, UNICEN, el Colegio de Magistrados y el Instituto de Derecho Público del Colegio de Abogados del Departamento Judicial de Azul, realizada el día 27 de octubre de 2014 en la Facultad de Derecho, UNICEN.

² El autor es Abogado. Profesor adjunto en la asignatura Derecho Administrativo del Departamento de Derecho Público de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires.

Si bien se admite ampliamente el uso de estas medidas cautelares cuando se trata de personas enfermas y lo que se exige del Estado es una determinada prestación médica, como por ejemplo, un medicamento o determinado tratamiento médico; en cambio, parece más dificultoso su otorgamiento cuando se afecta el derecho a la salud- entendido éste en forma integral- mediante la afectación de otros DESC estrechamente vinculados a aquel derecho, como por ejemplo, el caso de una persona desocupada o sin techo. En éstos últimos supuestos, contra la admisibilidad de estas medidas, tanto los jueces como la Administración suelen argüir “carencias presupuestarias”, “discrecionalidad de la Administración”, o incluso, una interpretación restrictiva de derechos derivada del principio “progresividad y no regresividad” que rige respecto de los DESC.

2. Desarrollo de la temática

2.1 Antes de entrar en el meollo de la cuestión destacamos que toda norma jurídica, incluso las normas procesales, en su aplicación debe ser precedida de una interpretación acorde a los principios, valores y normas establecidos por los tratados internacionales de derechos humanos, hoy con jerarquía constitucional. Y en tal sentido, no sólo debe aplicarse el texto de los tratados de DD HH, sino también la interpretación y aplicación que de ellos hacen los organismos internacionales de derechos humanos, vg. la Corte Interamericana de DD HH o la Comisión Interamericana de DD HH.

Al respecto, nos dice Manili (2014) que:

Esa jurisprudencia internacional es vinculante para los jueces argentinos de todas las instancias y jurisdicciones en atención a lo resuelto por la Corte en el fallo "Gioldi, Horacio" en el cual afirmó que la frase "en las condiciones de su vigencia" de los tratados de derechos humanos (art. 75, inciso 22, CN) significa "tal como la convención citada efectivamente rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación.

Por ende, los jueces al evaluar el otorgamiento de esta clase de medidas cautelares contra el Estado deben aplicar la jurisprudencia de dichos organismos internacionales, adaptando sus decisiones- tal como explicitamos mas abajo- con los postulados, principios, reglas que surgen de dicha jurisprudencia respecto de “la exigibilidad de los DESC” y de la garantía de la “tutela judicial efectiva de derechos”. Los jueces deben apartarse de la norma procesal cuando ésta resulte violatoria de dichos preceptos constitucionales, en virtud del art. 75 inc. 22 CN.

2.2 La protección del derecho a la salud- acorde con la dignidad humana- exige que este derecho sea concebido de forma amplia e integral, tal como lo concibe la OMS, al

definirlo como un “estado de completo bienestar físico, mental y social y no solamente como ausencia de afecciones o enfermedades”.

Este también es el concepto que establece la constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CABA) en cuanto determina en su art. 20 que: “Se garantiza el derecho a la salud integral, que está directamente vinculada con la satisfacción de necesidades de alimentación, vivienda, trabajo, educación, vestido, cultura y ambiente...”.

Según lo expresara el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su observación general n° 14 del año 2000³:

La salud es un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos. Todo ser humano tiene derecho al más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente. "...El derecho a la salud está estrechamente vinculado con el ejercicio de otros derechos humanos y depende de esos derechos...en particular del derecho a la alimentación, a la vivienda, al trabajo, a la educación, a la dignidad humana, a la vida (...)

Respecto de ello, nos dice Rojas (2014):

Esta observación es sumamente clara: el derecho a la salud se encuentra en el centro, indisoluble e inevitablemente unido al ejercicio de otros derechos humanos, en tanto antecedentes necesarios del mismo (derecho a la alimentación, a la vivienda, etc), así como presupuesto de hecho necesario para la concreción de otros (derecho a la vida, a la dignidad, etc), todos amparados desde lo más alto de nuestro ordenamiento jurídico. En consecuencia de ello, la violación del mismo, así como la de cualquiera de los derechos de los cuales su concreción depende, deriva, inevitablemente, en una larga cadena de múltiples violaciones a los más básicos derechos del ser humano.

Esta conceptualización del derecho a la salud es que la se impone también por el principio hermenéutico de DD.HH pro homine, que según afirma Merlo (2014) establece que “se debe privilegiar la interpretación legal que más derechos acuerde al ser humano frente al poder estatal, en el sentido que toda disposición legal deba interpretarse de la manera que más beneficie a la persona humana (...)”

2.3 Los DESC que se propone tutelar con estas medidas cautelares contra el Estado de ninguna manera pueden ser considerados como de segundo orden, o de menor exigibilidad que los derechos individuales.

³ La Observación n° 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales se encuentra disponible en <http://www.derechos.org/nizkor/ley/doc/obgen1.html>. Consulta realizada el 5/11/2014.

Según afirma Corbalán (2014):

Todos los derechos humanos constituyen un conjunto indivisible, interdependiente y complementario de derechos que inexpugnablemente tiene como centro al ser humano. Por esta razón, la tutela judicial de éstos no puede ni debe experimentar distinciones en atención a la categoría a la que pertenezcan. Así las cosas, el órgano judicial debe asegurar el respeto y el pleno goce y ejercicio de todos los derechos y, de ese modo, evitará que éstos constituyan simples enunciados formales desprovistos de realidad.

En la Observación General n° 3⁴, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, establece que entre las medidas de carácter inmediato que los Estados deben adoptar, está la de proveer recursos judiciales efectivos. Y en la Observación General Nro. 9, en una interpretación de enorme trascendencia para la justiciabilidad de los DESC, concluyó que *“no hay ningún derecho reconocido en el Pacto que no se pueda considerar que posee en la gran mayoría de los sistemas algunas dimensiones significativas, por lo menos, de justiciabilidad”*.

Con relación a las condiciones de vigencia en que rige el derecho a la salud, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, tiene dicho en su observación general n° 14 del año 2000 que *“Si bien el Pacto establece la aplicación progresiva y reconoce los obstáculos que representan los limitados recursos disponibles, también impone a los Estados Partes diversas obligaciones de efecto inmediato. Los Estados Partes tienen obligaciones inmediatas por lo que respecta al derecho a la salud, como la garantía de que ese derecho será ejercido sin discriminación alguna (párrafo 2 del artículo 2) y la obligación de adoptar medidas (párrafo 1 del artículo 2) en aras de la plena realización del artículo 12. Esas medidas deberán ser deliberadas y concretas e ir dirigidas a la plena realización del derecho a la salud.”* *“La realización progresiva del derecho a la salud a lo largo de un determinado período no debe interpretarse en el sentido de que se priva de todo contenido significativo las obligaciones de los Estados Partes. Antes al contrario, la realización progresiva significa que los Estados partes tienen la obligación concreta y constante de avanzar lo más expedita y eficazmente posible hacia la plena realización del artículo 12.”* Y en lo que a omisiones estatales concierne el Comité de DESC ha declarado que el art. 12 contiene- entre otras- las siguientes obligaciones básicas: *“a) Garantizar el derecho de acceso a los centros, bienes y servicios de salud sobre una base no discriminatoria, en especial por lo que respecta a los grupos vulnerables o marginados; b) Asegurar el acceso a una alimentación esencial mínima que sea nutritiva, adecuada y segura y garantice que nadie padezca hambre; y c) Garantizar el acceso a un hogar, una vivienda y unas condiciones sanitarias básicas, así como a un suministro adecuado de agua limpia potable.*

⁴ La Observación General n° 3 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales se encuentra disponible en <http://www.derechos.org/nizkor/ley/doc/obgen1.html#La%20indole>

Según afirman Ivanega y Gutierrez Colantuono (2007):

Desde el plano jurídico, el valor de dichas directivas reside en que un Estado que no esté dispuesto a utilizar el máximo de los recursos de que disponga para dar efectividad al derecho a la salud viola las obligaciones que ha contraído en virtud del artículo 12. Si la limitación de recursos imposibilita el pleno cumplimiento por un Estado de las obligaciones que ha contraído en virtud del Pacto, dicho Estado tendrá que justificar no obstante que se ha hecho todo lo posible por utilizar todos los recursos de que dispone para satisfacer, como cuestión de prioridad, las obligaciones señaladas”. Y “un Estado Parte no puede nunca ni en ninguna circunstancia justificar su incumplimiento de las obligaciones básicas (...) que son inderogables.

Por ello, el derecho a la salud así como los otros DESC a él estrechamente asociados, tales trabajo, educación y vivienda, son derechos plenamente operativos y no programáticos.

Así, nos dice Rojas (2014), parafraseando a EIDE:

Cuando un Estado ratifica o incorpora un cuerpo jurídico de derechos económicos, sociales y culturales, adquiere lo que denomina obligaciones de resultado. Esto es, que el Estado no sólo que debe abstenerse de realizar cualquier conducta que pueda turbar el goce de los derechos reconocidos respecto de quienes efectivamente están en el goce y ejercicio de ese derecho, sino que debe realizar acciones positivas para posibilitar el acceso a ese goce y ejercicio a quienes están desposeídos del derecho reconocido en la norma jurídica. Es más, que esa obligación de resultado es exigible, porque de lo contrario no sería derecho. Por tanto, que todo derecho humano reconocido en un cuerpo normativo configura un resultado exigible.

2.4 Con relación a la tutela efectiva de derecho en sede administrativa, nos dicen Ivanega y Gutierrez Colantuono (2007):

El sistema internacional incorporado en nuestro ordenamiento ha derivado en la imposición de nuevos criterios de gestión que tienden a brindar contornos diferentes a la tradicional noción de las prerrogativas públicas.

Y en ese punto aparece como concepto central el de “tutela efectiva” de los derechos fundamentales, la cual ha sido entendida por la Corte Suprema no solo como un deber de los jueces sino también de la Administración.

Esta noción trae aparejada un claro deber de la Administración Pública de dar un contenido tuitivo a sus procedimientos y decisiones, los cuales no pueden limitarse a la mera aplicación de pasos rituales desprovistos de la finalidad puntual de garantizar una adecuada y oportuna tutela de la dignidad del hombre.

En este sentido, la idea misma de “tutela administrativa efectiva” obsta a que con fundamentos en cuestiones de organización interna o en la existencia de

plazos para resolver, pueda dejarse de dar una respuesta inmediata a lo protección solicitada por quienes se encuentran bajo una situación jurídica de especial protección desde el nuevo orden constitucional. La gestión administrativa, definitivamente, debe encontrarse guiada en todo momento por la premisa de tutela efectiva del derecho cuya protección se requiere, directiva que precisamente permite aproximarnos al segundo polo de la compleja relación entre derechos sociales y distribución de funciones estatales desde los específicos contornos que la materia presupuestaria supone. Ello implica que las obligaciones básicas establecidas en el Pacto se transforman en un piso mínimo de protección frente al cual el Estado no puede oponer cuestiones presupuestarias, criterios de discrecionalidad en la asignación de recursos o esquemas de distribución interna de competencias, para con ello pretender desentenderse del aseguramiento real y concreto de esas prestaciones.

2.5 Las medidas cautelares contra el Estado de contenido positivo para aquellos casos en que sean lesionados o amenazados derechos sociales estrechamente vinculados con el derecho a la salud, integran los mecanismos procesales previstos como parte de la tutela judicial efectiva, en el sentido que, si se coarta el otorgamiento de éstas medidas cautelares, se prolongan los procesos, no se obtienen resguardos rápidos y eficaces para los derechos y la protección de éstos, queda subordinada a una futura sentencia definitiva, que tardará años.

En lo relativo a la protección del derecho a la salud, ya la jurisprudencia de la Corte Nacional in re "Chamorro, Carlos c. Sociedad Argentina de Autores y Compositores de Música s/ amparo", (Fallos: 331:453), ha establecido que *"atañe a los jueces buscar soluciones que se avengan con la urgencia que conllevan las pretensiones, para lo cual deben encauzar los trámites por vías expeditivas y evitar que el rigor de las formas pueda conducir a la frustración de derechos que cuentan con tutela de orden constitucional"*.

Según afirma Corbalán (2014):

(...) encontrándose en juego la protección del derecho a la salud tal criterio tiene que ser puesto en práctica por el órgano judicial, pues resulta claro que en materia de tutela de ese derecho la pretensión que se articule a tales fines estará en la mayoría de los casos impregnada de urgencia. Es que la imposterabilidad es un rasgo congénito en la mayoría de las cuestiones de salud".

Respecto de la caracterización de la tutela judicial efectiva, nos dice Manili (2014):

Los tratados internacionales de derechos humanos, la jurisprudencia de los órganos por ellos creados y la de la Corte, han delineado el concepto de "tutela judicial efectiva" como uno de los institutos contenidos dentro del derecho al debido proceso." Y agrega: "Dichas normas consagran el derecho de los

particulares a: i) concurrir a los tribunales, ii) ser oídos por éstos y iii) disponer de acciones y recursos efectivos y rápidos para hacer valer sus derechos. Ello genera la correlativa obligación de los órganos judiciales de abrir las puertas de la jurisdicción y permitir que los particulares gocen de esos derechos. He ahí los conceptos de tutela judicial efectiva y de plazo razonable.

También nos dice Manili (2014):

Sin medidas cautelares o con medidas cautelares débiles, impotentes, raquílicas, tardías, los derechos humanos fundamentales que deben ser objeto de protección por parte de la jurisdicción, quedan a la intemperie. Además, una futura (muy futura) sentencia, por más que sea favorable, será inútil o de cumplimiento imposible si no se adoptan a tiempo, las medidas necesarias para resguardar los bienes jurídicos lesionados.

Según afirma Rojas (2014):

La función del juez es la de emplazar al órgano del poder político/administrador concernido por el reclamo del desposeído, se trate de empleo, vivienda, medicamentos o alimentos. En definitiva, que la acción judicial es la garantía final de la efectividad de realización del derecho comprometido.

Hay, entonces, una unidad inescindible entre derecho reconocido y vía judicial de reclamo de su efectividad, de lo que surge la importancia tuitiva para el derecho a la salud y otros estrechamente vinculados a él sobre la existencia de medidas cautelares contra el Estado de contenido positivo que ordenen al funcionario pertinente cumplir con la conducta debida, de hacer o de dar; trátase de un trabajo, alimento, educación y/o vivienda.

Ahora bien, para que la medida sea dictada, el interesado deberá acreditar una fuerte verosimilitud del derecho que invoca, vale decir que lo que se peticiona por dicho conducto procesal sea atendible por el órgano judicial.

En lo relativo al requisito de fundabilidad de la no afectación grave del interés público, debe aplicarse el criterio de la Suprema Corte de Buenos Aires in re “Asesoría de Incapaces Nro. 1, La Plata c/ Fisco de la Provincia de Buenos Aires” (2011) donde sostuvo que “*la sola inobservancia del orden legal, por parte de la administración, vulnera el interés público determinado por el pleno sometimiento de la misma al ordenamiento jurídico, como postulado básico del Estado de Derecho*”.

Aquí, al igual que en otros casos de tutela de DESC, según afirman Ivanega y Gutierrez Colantuono (2007):

La cuestión radica en establecer con criterios objetivos las necesidades que deben ser cubiertas, las prioridades y la equidad en la distribución de los fondos públicos, porque ni la falta de previsión presupuestaria original ni la insu-

ficiencia sobreviniente de recursos durante la ejecución, pueden seguir constituyendo la valla infranqueable de la efectivización de los derechos.

Y luego agregan que:

durante años hemos padecido un Estado de derecho presupuestario, en el cual aquellos eran reconocidos siempre que “el gasto que demandaban estuviera presupuestado” o si “lo estaba si los recursos eran suficientes para afrontar la erogación” y ello ha implicado olvidar que –como ya dijimos los tratados internacionales confieren derechos –naturalmente exigibles- a las personas y no facultan a los Estados para hacerlo.

Esta clase de medidas cautelares, por regla general, se tomarán inaudita parte, justificado ello en la cuestión de salud que se revela casi siempre como de urgencia impostergable. El Estado podrá ejercer su derecho de defensa por medio de la interposición del recurso de apelación contra la resolución que otorgó la medida. Claro que dicha impugnación sólo podrá tener efecto devolutivo para no obstaculizar o dilatar el cumplimiento de la medida que ya fue decretada.

A fin de asegurar el mandato judicial de esta clase de medidas, el juez deberá aperebrir al funcionario administrativo reticente mediante la imposición de multas o sanciones conminatorias (astreintes) sobre su patrimonio; ello es un imperativo necesario de la tutela judicial efectiva que ordena que las decisiones judiciales se cumplan eficaz y oportunamente, especialmente atendiendo a los derechos vitales en cuestión.

2.6 En caso de duda sobre la procedencia de estas medidas cautelares el órgano judicial deberá estar a favor de la misma. Pues, impera el principio hermenéutico de derechos humanos “in dubio pro actione”.

Según afirma Manili (2014) este principio importa que:

En cada caso el juez debe buscar la interpretación más favorable al ejercicio de la acción, eludiendo siempre su rechazo in limine. Este principio se encamina entonces a no entorpecer ni obstruir el derecho a la tutela judicial efectiva.

3. Conclusiones

En definitiva, no debemos olvidar el viejo principio según el cual "son las reglas procesales las que infunden vida a los derechos sustantivos, las que activan dichos derechos para hacerlos efectivos".

Estas medidas cautelares de contenido positivo contra el Estado constituyen entonces un mecanismo procesal imprescindible para alcanzar la tutela judicial del derecho a la salud

y los derechos a él vinculados estrechamente, y lograr resoluciones judiciales urgentes que aseguren una protección real y posible de estos derechos.

Los argumentos mencionados de “carencias presupuestarias” “discrecionalidad de la Administración” o incluso una interpretación restrictiva de derechos derivada del principio “progresividad y no regresividad” respecto de los DESC aquí analizados, deben ser superados bajo el paradigma de indivisibilidad, interdependencia y complementariedad de ambas clases de derechos humanos: individuales y colectivos.

Por eso, es imperativo constitucional posibilitar, mediante una amplia admisibilidad de estas cautelares, la tutela judicial efectiva del derecho a la salud y los derechos estrechamente vinculados a éste, cuando los funcionarios públicos en forma displicente u omisiva soslayan la satisfacción de necesidades sociales imperiosas y perentorias, como el trabajo, la educación o la vivienda.

El uso de estas cautelares permitirá a los seres humanos, verdaderos destinatarios de un torrente de DESC a partir de la reforma constitucional de 1994, una mejor calidad de vida y, en definitiva, que se respete y se preserve su dignidad.

Referencias Bibliográficas

CORBALÁN, Pablo S, “El derecho a la salud y la tutela judicial efectiva”, DJ 20/08/2014, 1

IVANEGA, Miriam Mabel y GUTIERREZ COLANTUONO, Pablo, “El reconocimiento y la tutela de los derechos económicos, sociales y culturales frente a las omisiones estatales. los límites presupuestarios”, pub. en *AFDUDC*, 11, 2007, 359-376

MANILI, Pablo Luis, “Las medidas cautelares contra el Estado frente al bloque de constitucionalidad”, pub. en Sup. Const. 2014 (octubre) , 112 , LA LEY 2014-E.

MERLO, Leandro Martín, “El principio pro homine en el derecho a la salud”, DJ 01/10/2014, 7.

ROJAS, Jorge A., “Tutela efectiva y realidad”, pub. en LA LEY 2014-C , 615

Jurisprudencia citada

CSJN, "Chamorro, Carlos c. Sociedad Argentina de Autores y Compositores de Música s/ amparo", sent. del día 01/04/2008, en fallos: 331:453.

SCBA, “Asesoría de Incapaces Nro. 1, La Plata c/ Fisco de la Provincia de Buenos Aires”, sent. del día 18/03/2011, pub. en JUBA.

