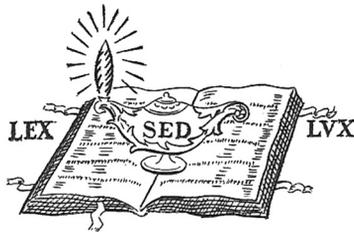


ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y
CIENCIAS SOCIALES DE BUENOS AIRES

ANALES

SEGUNDA ÉPOCA
AÑO LXV - NÚMERO 58
2020



BUENOS AIRES

**ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS
SOCIALES DE BUENOS AIRES**

Presidente

Académico Dr. ROBERTO E. LUQUI

Vicepresidente

Académico Dr. EMILIO P. GNECCO

Secretarios

Académico Dr. JOSÉ W. TOBIÁS
Académico Dr. EDUARDO A. SAMBRIZZI

Tesorero

Académico Dr. ALBERTO B. BIANCHI

COMISIÓN DE PUBLICACIONES

Director Honorario

Académico Dr. JAIME L. ANAYA

Director de Publicaciones

Académico Dr. GREGORIO BADENI

Vocales

Académico Dr. JOSÉ W. TOBIAS

Académico Dr. ALBERTO B. BIANCHI

ÍNDICE

ANALES 2020

I. COMUNICACIONES EN SESIONES PRIVADAS

<i>El enriquecimiento sin causa y la compensación económica como instrumentos usados por la jurisprudencia para decidir cuestiones patrimoniales derivadas de la unión convivencial.</i> Comunicación de la Académica doctora Aída R. Kermelmajer de Carlucci, en la sesión plenaria del 13 de agosto de 2020	17
<i>Balance de la aplicación del Código Civil y Comercial a cinco años de su entrada en vigencia.</i> Comunicación del Académico Julio César Rivera, en la sesión plenaria del 27 de agosto de 2020	47
<i>La Terapia Experimental y la Pandemia.</i> Comunicación del Académico José W. Tobías, en la sesión plenaria del 24 de septiembre de 2020	91
<i>La anomia argentina y una tarea impostergable.</i> Comunicación del Académico Carlos A. Etala, en la sesión plenaria del 8 de octubre de 2020	115
<i>El Juicio por Jurados ante la reforma judicial.</i> Comunicación del Académico Alberto Ricardo Dalla Vía, en la sesión plenaria del 22 de octubre de 2020	127

<i>La cuestión de la justicia en el Edipo rey de Sófocles.</i> Comunicación del Académico Siro M. A. de Martini, en la sesión plenaria del 12 de noviembre de 2020	143
<i>Del voluntarismo jurídico a la razón práctica en el derecho.</i> Comunicación del Académico Rodolfo Vigo, en la sesión plenaria del 26 de noviembre de 2020	171
<i>El cuidado y control de las instituciones del Estado mediante el Derecho.</i> Comunicación del Académico Jorge Reinaldo Vannossi, en la sesión plenaria del 3 de diciembre de 2020 . .	191

II. ACTIVIDADES DE LOS INSTITUTOS

Instituto de Derecho Administrativo	211
Instituto de Derecho Civil	221
Instituto de Derecho Constitucional <i>Segundo V. Linares Quintana</i>	225
Instituto de Derecho Internacional Público	229
Instituto de Derecho Penal	231
Instituto de Derecho Procesal	233
Instituto de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social	235

III. OTRAS DISERTACIONES Y TRABAJOS

<i>Transformaciones Sociales y ¿Crisis del Derecho?</i> Comunicación preparada por el Académico Mariano Gagliardo, para la sesión plenaria del 23 de abril de 2020, que luego fue suspendida por razones de COVID-19	239
<i>La Autonomía en jaque... y la Constitución también.</i> Comentario al fallo “Lanzieri” y otras consideraciones, trabajo inédito del Académico Julio César Rivera, que forma parte de una obra que dirige el Académico de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Daniel Pizarro .	255

- ¿Es constitucional la norma que impone a los empleadores privados el pago íntegro de sus remuneraciones a los trabajadores afectados por el aislamiento preventivo y obligatorio?*, trabajo elaborado por el Académico Carlos Alberto Etala ante la propuesta de la Presidencia del 21 de abril de 2020 de abordar temas vinculados con la pandemia de COVID-19 281
- La crisis y la incertidumbre en la época del COVID-19.* Texto elaborado por el Académico Enrique M. Falcón, ante la propuesta de la Presidencia del 21 de abril de 2020 de abordar temas vinculados con la pandemia de COVID-19. 287
- Los recursos limitados y el «amparo» como instrumento de acceso a la salud.* Texto elaborado por la Académica Aída R. Kemelmajer de Carlucci, ante la propuesta de la Presidencia del 21 de abril de 2020 de abordar temas vinculados con la pandemia de COVID-19. 293
- Pandemia y dignidad de la persona humana.* Texto enviado por el Académico Alfonso Santiago, para la Revista de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional y presentado a la Academia ante la propuesta de la Presidencia del 21 de abril de 2020 de abordar temas vinculados con la pandemia de COVID-19 341
- Una sociedad cada vez más desprotegida ante un Leviatán cada vez más poderoso.* Disertación del Académico Alberto B. Bianchi, en representación de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en el IX Encuentro Interacadémico 2020 sobre “Pandemia. Los múltiples desafíos que el presente le plantea al porvenir” 351

IV . HOMENAJES

- Doctor Gregorio Badeni.* Resolución del 15 de septiembre de 2020 373

<i>Palabras pronunciadas por el presidente, Académico Roberto E. Luqui</i>	375
Con motivo del fallecimiento del expresidente Dr. Gregorio Badeni. “ <i>De un Presidente a otro Presidente</i> ”, por el Académico Jorge Reinaldo Vanossi	377

VI. DECLARACIONES Y DICTÁMENES

Declaración en defensa de la vida y petición de veto	383
Declaración de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires sobre el papel del Equipo de Salud durante la pandemia COVID-19	385
Declaración sobre la creación de un Observatorio de la Desinformación y la Violencia Simbólica en Medios y Plataformas Digitales (NODIO)	387

LOS RECURSOS LIMITADOS Y EL «AMPARO» COMO INSTRUMENTO DE ACCESO A LA SALUD.

POR AÍDA KEMELMAJER DE CARLUCCI¹

*La enfermedad es el lado nocturno de la vida, una ciudadanía más cara. A todos, al nacer, nos otorgan una doble ciudadanía: la del reino de los sanos, y la del reino de los enfermos. Y aunque preferimos usar el pasaporte bueno, tarde o temprano cada uno de nosotros se ve obligado a identificarse, al menos por un tiempo, como ciudadano de aquel otro lugar”.*²

1. El derecho a la salud. Base normativa³.

El derecho a la salud integra, junto a los derechos al agua, la seguridad social, la vivienda, la alimentación, la educación, el ambiente adecuado y saludable, y a los derechos culturales, los hoy llamados Derechos econó-

¹ Texto elaborado por la autora ante la propuesta de la Presidencia del 21 de abril de 2020 de abordar temas vinculados con la pandemia de COVID-19.

² SONTAG, Susan, *La enfermedad y sus metáforas*.

³ Estas reflexiones surgieron a propósito de la invitación formulada por el profesor Christian Byk para participar en una obra colectiva que se publicará en Francia con el título “*COVID-19: Hacia un nuevo mundo? Un análisis de la pandemia a través de la mirada de las ciencias sociales y humanísticas*”. Conocedor de nuestro país, el prestigioso bioeticista y juez francés me solicitó escribiera sobre cómo funciona el “amparo salutífero”, durante la pandemia.

micos, sociales, culturales y ambientales (DESCA), previstos en diferentes convenciones internacionales.

Así lo reconoce la Corte Suprema de Justicia de la Nación de la Argentina (de ahora en adelante CSN o la Corte), quien reiteradamente afirma que el derecho a la salud está reconocido en los tratados internacionales con rango constitucional (art. 75, inc. 22) entre ellos, art. 12, inc. c, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; arts. 4 y 5, Convención Americana sobre Derechos Humanos —Pacto de San José de Costa Rica—; art. 6 inc. 1, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; art. 11 Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, art. 25 Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Internacional de los derechos del niño, el Protocolo adicional a la Convención americana sobre Derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales “Protocolo de San Salvador”, etc⁴.

A esta normativa debe sumarse el art. 42 de la C.N. que expresamente dice:

“Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la *protección de su salud*, seguridad e intereses económicos”.

Las constituciones provinciales no son ajenas. En este sentido, por ej., la Suprema Corte de Tucumán ha recordado que “La Constitución Provincial reconoce a la salud como derecho fundamental de la persona y consagra, como una obligación ineludible del Estado, la de garantizar el derecho a la salud integral, pública y gratuita a todos sus habitantes, sin distinción alguna, mediante la adopción de medidas preventivas, sanitarias y sociales adecuadas; a la vez, establece una especial protección a las personas con discapacidad, que asegure la prestación de atención médica, servicios de rehabilitación y de apoyo⁵.”

El panorama se completa con una serie de leyes nacionales que garantizan las prestaciones de salud en diferentes sectores; así, por ej., leyes n°

⁴ CSN, 30/10/2007, DJ16/01/2008, 98, Cita Online: AR/JUR/6677/2007 y en Foro de Córdoba, n° 124, agosto 2008, p. 91.

⁵ Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Tucumán, sala laboral y contenciosoadministrativa, 17/02/2012, LLNOA 2012 (junio), 525 – DJ 15/08/2012, 58, Cita Online: AR/JUR/3704/2012.

22.431 sobre personas con discapacidad (1981); n° 23.660 (1989) Obras sociales; n° 23.661 Sistema Nacional del Seguro de Salud (1989); n° 23.753 Diabetes (1989/2013); n° 23.798 Lucha contra el SIDA (1990); n° 24.091 Sistema de Prestaciones Básicas en habilitación y rehabilitación integral a favor de las Personas con Discapacidad (1997); n° 25.415 Hipoacusia (2001); n° 25.649 medicamentos genéricos (2002); n° 25.673 Salud Sexual y Procreación responsable (2002); n° 25.929 Embarazo, parto y post parto. Prestaciones y derechos (2004); n° 26.061 Protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes; N° 26.130 Régimen para las intervenciones de contracepción quirúrgica (2006); n° 26.150 Programa Nacional de Educación Sexual Integral (2006); n° 26.396 Trastornos alimentarios (2008); n° 26.485 Protección integral a las mujeres (2009); n° 26.529 Derechos del paciente (2009); n° 26.588 Enfermedad celíaca (2009); n° 26.657 Salud mental (2010); n° 26.682 Medicina prepaga (2011); n° 26.689 Enfermedades poco frecuentes (2011); n° 26.743 Identidad de género (2012); n° 26.862 Reproducción asistida (2013), entre otras.

De este conjunto normativo resulta la estrecha relación existente entre los derechos económicos, sociales y culturales y los derechos civiles y políticos; ambas categorías de derechos constituyen un todo indisoluble que encuentra su base en el reconocimiento de la dignidad de la persona humana, cuya tutela y promoción permanente es exigible con el objeto de lograr su vigencia plena, sin que pueda justificarse la violación de unos en aras de la realización de otros.

2. ¿Hasta qué punto los jueces son *garantes* del cumplimiento de ese conjunto de normas?

Normalmente, garantizar estos derechos implica costos económicos significativos. Conforme la mayoría de las normas enumeradas, los Estados se obligan a adoptar todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole hasta “*el máximo de los recursos de que dispongan*” (art. 4 de la Convención internacional de los derechos del niño), para lograr *progresivamente*, por todos los medios apropiados, la plena efectividad de los DESCA (art. 2 del PIDESC).

En numerosas ocasiones, el cálculo de ese costo no es fácil, pues no se trata de un gasto único (por ejemplo. una operación quirúrgica) sino de prestaciones *múltiples* que se suceden por tiempo *indeterminado*, como acaece con las prestaciones debidas a personas con discapacidad permanente y grave;

a esa causa se agregan las frecuentes variaciones del grupo familiar del afiliado⁶.

Como dice Juan I. Callejas, “la solidaridad, económicamente no es gratis, políticamente no es inocente y moralmente no es opcional sino justicia debida”⁷.

¿Cuál es, entonces, el rol de los jueces cuando este tipo de prestaciones se reclaman judicialmente?

Hace más de un cuarto de siglo, la CSN acuñó esta fórmula: “La misión más delicada del órgano judicial es la de saber mantenerse dentro de la órbita de su jurisdicción sin menoscabar las funciones que incumben a los otros poderes o jurisdicciones”⁸.

Desde entonces, por aplicación de esta regla, en materia de salud, la Corte afirma, por ej., que “sin negar ni afirmar las eventuales propiedades de una sustancia, su puesta en el mercado no es función que compete a los jueces, sino al organismo administrativo encargado de cuanto compete a la farmacología”⁹. Se trata, pues, de un supuesto en el que el máximo Tribunal del país se autolimita por razones científicas o técnicas, que reserva a otro poder del Estado.

Además, la atribución judicial de intervenir se abre si el administrador *no* cumple, porque no hay razón para que los jueces dispongan medidas relativas a la salud que ya está realizando el poder constitucional y legalmente obligado. Por eso, “corresponde rechazar sin sustanciación la demanda de amparo interpuesta por una persona que solicita se respete su derecho y el de sus hijos a la alimentación, la vivienda y la salud *si no resulta que se les hayan negado las prestaciones requeridas*”¹⁰. En lo que aquí interesa (la salud), la actora solicitaba que “el Ministerio de desarrollo social y ambiente

⁶ Ver, por ej., CNCiv. Com. Fed. Sala de Feria; 23/04/2020, Rubinzal Online; 7561/2019 RC J1885/20.

⁷ <https://caritas-web.s3.amazonaws.com/main-files/uploads/1995/01/COR00075-HACIA-UNA-CULTURA-DE-LA-SOLIDARIDAD-02.pdf>

⁸ CSN, 31/8/1999, Guadalupe Hernández s/ Acción de amparo, JA 2000-III-673 y sus citas.

⁹ CSN 27/1/1987, JA 1987-II-331 con nota de MORELLO, Mario, *La respuesta de la Corte al pedido de suministro de crotoxina*.

¹⁰ CSN 12/3/2002, Votaron en disidencia Fayt y Boggiano, JA 2002-IV-466, con nota de ALBANESE, Susana, *Indivisibilidad e intangibilidad de los derechos: el derecho a condiciones dignas de vida*.

de la Nación, la provincia de Bs. As. y el hospital de pediatría Garrahan otorguen a una de sus hijas las prestaciones médicas necesarias a su estado de salud y se remuevan los condicionamientos que han impedido la plena y efectiva concesión de su derecho”. La CSN justificó el rechazo *in limine* en que la propia actora reconoció que la niña era atendida por su cardiopatía congénita en el hospital mencionado, de forma gratuita, y que se le había asignado un turno quirúrgico que desaprovechó por motivos no suficientemente aclarados en la demanda. Por mi parte, señalo la excepcionalidad del caso; la Justicia argentina, como la de otros países, acusa un desprestigio importante; causa extrañeza, entonces, que una persona reclame al juez si el administrador está cumpliendo correctamente con las obligaciones normativamente impuestas.

Por el contrario, la jurisprudencia mencionada a lo largo de estas líneas¹¹ da prueba de la alta judicialización que el tema tiene en la Argentina a causa del incumplimiento de los organismos encargados de las prestaciones de salud. Quizás, por eso, con frecuencia, la demandada invoca la llamada teoría de la “*presupuestarización*” de los derechos que sostiene —erróneamente como se verá— que la existencia o reconocimiento de un derecho “queda supeditada a la estimación de las consecuencias económicas que de ello resulte para el fisco”¹².

Los criterios amplios de interpretación que se comentan han generado que algunos autores, con algo de exageración, se pregunten si el derecho a la salud no se está transformando en un derecho *absoluto*¹³, y otros hablan de una “*tutela judicial preferente*” en los procesos relativos al derecho a la salud¹⁴.

¹¹ El muestreo se limita a la jurisprudencia de la CSN. Otros tribunales aparecen cuando el tema tratado tiene alguna peculiaridad.

¹² CSN, 14/9/2004, LL 2004-F-196, Doc. Jud. 2004-3-1211, DT 2004-B-322. Aclaro que el tema de esta sentencia no está vinculado al derecho a la salud.

¹³ SORIA GUIDONE, Esteban y CARIGNANI, Agustín, *El derecho a la salud ¿hacia un derecho absoluto?* En Rev. DFyP, año VII, n° 3, abril 2015, p. 157.

¹⁴ CARRANZA TORRES, Luis, *Derecho a la tutela judicial preferente o diferenciada en los procesos de salud*, ED 284-698.

3. Un sistema complejamente integrado. El régimen federal de gobierno.

El sistema de salud en la Argentina es complejo. Tiene distintos subsectores¹⁵. Está a cargo del Estado (Nacional y provincial), las obras sociales, las asociaciones mutuales y las empresas de medicina prepaga. Una parte muy importante recae sobre las obras sociales sindicales, que son más de 200¹⁶.

La extensión de las obligaciones de las *empresas de medicina prepaga* dio lugar a jurisprudencia vacilante, incluso, entre los propios integrantes de la CSN¹⁷, hasta la sanción de la ley 26.682, en mayo de 2011. Cesado el debate, actualmente, en diversas ocasiones, se las condena *solidariamente* con la obra social u otro obligado. Así, se ha ordenado al Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados en forma solidaria con la empresa prepaga de salud, a brindar el 100 % de cobertura y la estadía en la clínica de internación, por el período que fuera necesario para el tratamiento de la enfermedad, a favor de una persona que padece esquizofrenia residual y es portadora de HIV, “toda vez que ambos tienen la obligación de brindar cobertura”¹⁸.

Como regla, el *Estado, nacional o provincial*, responde en forma *subsidiaria*, cuando la persona no tiene obra social, ni asociación mutua, ni contrato con empresa de medicina prepaga que la cubra.

De cualquier modo, esta complejidad ha sido bastante simplificada por la jurisprudencia.

Así, la CSN argumenta que “Estado nacional debe promover y facilitar el acceso efectivo a los servicios médicos y de rehabilitación que requieren los niños con impedimentos físicos o mentales —en el caso, uno sin cobertura médica que sufre parálisis cerebral— por aplicación de los arts. 23, 24

¹⁵ Una buena explicación de cómo funciona este complejo sistema se encuentra en IÑIGUEZ, Marcelo D., *Contratos de prestaciones de salud y derechos humanos*, Bs As, ed. Rubinzal, 2005.

¹⁶ <https://www.miobrasocial.com.ar/obras-sociales/>

¹⁷ Ver, por ej., CSN, 28/08/2007, Cita Online: 70039319, ED 225-668, JA 2008-II-426, Resp. Civil y seguros 2008-4-42.

¹⁸ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal Sala III, 18-dic-2019 Cita: Micro Juris -JU-M-123487-AR | MJJ123487.

y 26 de la Convención sobre los Derechos del Niño, incorporada a la Constitución Nacional por la reforma de 1994 en su art. 75 inc. 22. En consecuencia, el Servicio Nacional de Rehabilitación y Promoción de la Persona con Discapacidad no puede invocar la inactividad de otras entidades públicas o privadas ni la demora en la implementación del sistema sanitario provincial para justificar la falta de acceso efectivo a la atención médica que el niño requiere”¹⁹. En el mismo sentido ha dicho que “El derecho a la preservación de la salud —comprendido dentro del derecho a la vida y reafirmado en los tratados internacionales (art. 75. incs. 22 y 23 de la CN) involucra no sólo a las autoridades públicas, sino también, en la medida de sus obligaciones, a las jurisdicciones *locales*, obras sociales y entes de medicina prepaga”²⁰.

También ha flexibilizado razonablemente la subsidiariedad al declarar procedente el amparo promovido para que el Estado nacional preste la asistencia en forma integral al niño con discapacidad (tiene fibrosis quística, mucoviscidosis), en tanto, “por estar la *mutual en concurso preventivo* y toda vez que el grupo familiar no tiene los recursos necesarios para afrontar el tratamiento”, debe considerarse que *no cuenta con cobertura de la obra social*²¹.

En el mismo sentido, en el marco de un proceso contra el Estado nacional para que provea y asegure el tratamiento integral y medicación necesarios para un niño que fuera sometido a un trasplante renal, declaró que “carece de sentido la alegación del Estado nacional en punto a que la responsabilidad le corresponde a otro órgano o jurisdicción, porque conforme al régimen legal, éste debe asistirlo, sin perjuicio de que recupere los costos por las vías pertinentes de quien en definitiva resulte obligado a afrontarlas o que ejerza la actividad que crea necesaria para lograr la adecuada participación de la autoridad local”²².

¹⁹ CSN, 16/10/2001, LA LEY 2001-F, 505 – DJ 2001-3, 657 Cita Online: AR/JUR/1547/2001.

²⁰Del dictamen de la Procuración que la Corte hace suyo; CSN, 23/02/2012, Cita Online: AR/JUR/326/2012, LA LEY 2012-C, 330 - DJ 21/06/2012, 29, con nota de GHERSI, Carlos, *De la formalidad y lo dogmático a los derechos en serio, como dice Ronald Dworkin*,

²¹ CSN 11/7/2003, JA 2007-III-282, con nota de GAUNA, Juan O., *La tutela del derecho a la salud de un menor con discapacidad y el rol subsidiario del Estado Nacional*.

²² CSN, 02/03/2011, JA 2011-III-384, Cita Online: 20110445.

Con igual criterio se ha decidido que el Ministerio de Salud y Desarrollo Social debe otorgar cautelarmente a una niña que no posee cobertura médica y sufre una enfermedad categorizada como poco frecuente —hipertensión pulmonar idiopática— la medicación que se le prescribió en un hospital provincial, pues se encuentra en peligro su salud y es de necesidad su aplicación para evitar el progreso de la patología por ser el Estado Nacional *solidariamente responsable y garante* del efectivo cumplimiento de las prestaciones para resguardar la vida y la salud²³.

En definitiva, como la Corte sostuvo en un muy conocido caso del año 2000, el Estado nacional debe garantizar la regularidad de los tratamientos sanitarios *coordinando sus acciones con las obras sociales y los estados provinciales*, sin mengua de la organización federal y descentralizada que corresponda para llevar a cabo tales servicios; por esa razón, “es inadmisibles la interrupción del suministro de medicamentos a un niño que los necesita para salvaguardar su vida y su salud, desde que él está amparado por la ley de protección integral de las personas con discapacidad que obliga a la *autoridad nacional* a asegurarle los tratamientos médicos en la medida en que no puedan afrontarlos las personas de quienes dependa o la obra social a la que esté afiliado”²⁴.

En general, los superiores tribunales provinciales aplican el criterio de subsidiariedad con pautas similares. Por ej., la Corte de Justicia de Salta condenó al Instituto Provincial de salud de esa provincia a cubrir el 100 % del valor final de la hormona de crecimiento más los estudios médicos afines a la enfermedad, “si está acreditado que los padres no se encuentran en condiciones económicas para afrontar el porcentaje de cobertura negado por la empresa, en tanto la salud del niño no puede quedar en manos de la fortuna a la espera de una mejor situación patrimonial de su familia”²⁵.

²³ Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba, sala A, 05/07/2019, Cita Online: AR/JUR/22865/2019, RCyS 2020-I, 75, LA LEY 2019-D, 269; LA LEY 2019-E, 165, con nota de SOSA, Guillermina L. *Perspectiva de vulnerabilidad y trascendencia del principio del effet utile*.

²⁴ CSN, 24/10/2000, Cita Online: AR/JUR/1385/2000. LA LEY 2001-C, p. 32, LA LEY LA LEY 2001-D, 22, con nota de ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian, *El derecho a la atención sanitaria como derecho exigible*, Cita Online: AR/DOC/233/2001, DJ 2001-2, p. 94.

4. El principio de eficacia.

Joaquín V González, autor clásico del Derecho constitucional argentino, enseñó: “Las declaraciones, derechos y garantías no son, como puede creerse, simples fórmulas teóricas; cada uno de los artículos y cláusulas que los contienen poseen fuerza obligatoria para los individuos, para las autoridades y para toda la nación. Los jueces deben aplicarlos en la plenitud de su sentido, sin alterar o debilitar con vagas interpretaciones o ambigüedades la expresa significación de su texto”²⁶.

En esa línea de pensamiento, la CSN sostiene que “el derecho a la salud *no* es un derecho teórico, debe ser examinado en estrecho contacto con los problemas que emergen de la realidad social y penetra, inevitablemente, tanto en las relaciones privadas como en las semipúblicas”²⁷; “La Constitución Nacional en cuanto reconoce derechos, lo hace para que éstos resulten efectivos y no ilusorios, sobre todo si se encuentra en debate un derecho humano”²⁸; “Si la constitución de una provincia —en el caso art. 48 de la

²⁵ Corte Justicia de Salta, sala 2°, 10/12/2015, LL 2017-I-476.

²⁶ GONZÁLEZ, Joaquín, *Manual de la Constitución argentina*, Bs. As., ed. Angel Estrada, 1897, n° 82, p. 102.

²⁷ CSN, 13/3/2001, Hospital Británico de Buenos Aires c. M.S. y A.S. Dictamen de la procuración general, punto VI, al que remite los votos de los Dres. Fayt y Belluscio, LA LEY 2001-C, 385; LA LEY 2001-D, 363; RCyS 2001, 736 – DJ 2001-3, 87, LA LEY 2001-F, 906, con nota de BIDART CAMPOS, Germán, *La dimensión de la salud como bien colectivo y los servicios de salud* Cita Online: AR/JUR/2936/2001, Fallos, 324:754; elDial – AA74C. El mismo día, 13/3/2001, la CSN emitió otra decisión en el mismo sentido, Etcheverry, R. E. c. Omint S. A. de Servicios, LA LEY 2001-B, 687, LA LEY 2001-E, 22, DJ 2001-2, 86, Cita Online: AR/JUR/2981/2001. En ambos casos, se declaró constitucional la ley 24.754, que extendió a las empresas de medicina prepaga la cobertura que las obras sociales deben brindar en materia de drogadicción y contagio del virus HIV, aun cuando esas prestaciones no estuviesen previstas en el contrato. En apoyo del fallo, Bidart Campos dice: “Es hora de que, respetado el contenido esencial (o contenido mínimo) de la libertad de contratar y de la recíproca autonomía de la voluntad, sepamos discernir los supuestos –excepcionales por cierto– en que una ley razonable puede imponer a las partes una obligación no pactada que emerge de valores y principios constitucionales.

²⁸ CSN 4/9/2007, JA 2007-IV-719.

²⁹ CSN 06/03/2012, JA 2012-III-525; ED 248-579, con nota de MARRAMA, Silvia, *Reconocimiento de los derechos de las personas con padecimientos mentales*, Cita Online: AP/JUR/50/2012.

³⁰ S.C.Mza, sala I, 1/3/1993, ED 153-164, con nota de ALBANESE, Susana, *El amparo y el derecho a la salud (las complejas contrataciones emergentes del ejercicio de la medicina)*, LL 1993-E-37.

constitución de Jujuy— garante el derecho a la salud, la protección no constituye una mera enunciación programática, sino que pesan sobre la estructura local responsabilidades semejantes a las que incumben a la Nación en la esfera federal, lo cual no implica desconocer el rol que tiene el Estado nacional en subsidio de las prestaciones de salud a cargo de la jurisdicción provincial para el caso en que éstas no pudieran ser provistas”²⁹.

En el mismo sentido, en 1993, siendo jueza de la sala I de la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Mendoza dije: “El derecho a la salud no es un derecho abstracto, teórico, sino que exige el análisis directo de qué problemas emergen de la realidad social para individualizarlos y subsumirlos en la perspectiva social”³⁰.

5. El amparo como vía procesal para hacer efectivo el derecho a la salud. Las medidas cautelares en el proceso de amparo

El principio de eficacia al que me he referido impone vías procesales apropiadas.

La reforma constitucional de 1994 hizo del amparo un instrumento relevante para la defensa de los derechos fundamentales. En efecto, el art. 43, en su primera parte y en lo que aquí interesa, dispone:

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.

Con el mismo criterio práctico usado por los jueces ingleses, la CSN dice que “Reconocer un derecho, pero negarle un remedio apropiado equivale a desconocerlo”³¹.

Tratándose de derecho a la salud, esa vía es el amparo. Como adelanté, los casos son tan numerosos que, con bastante razón, se afirma que “en la Argentina, forma parte del saber popular que, ante la negativa de brindar determinada cobertura por parte de una obra social o empresa de medicina prepaga, la alternativa primera (y más popular) es plantear un *amparo*”³², al que se califica de “*salutífero*”, expresión difundida exitosamente por el maestro Augusto M. Morello quien, en 2005, decía que “el tema es prioritario y va poblando los repertorios jurisprudenciales”³³; quince años después, así lo acreditan numerosas sentencias y comentarios doctrinales³⁴.

La CSN tiene decidido que “La acción de amparo es particularmente pertinente en materias relacionadas con la preservación de la salud y la integridad física, por lo que, frente a un problema grave, no cabe extremar la aplicación del principio según el cual el amparo no procede cuando el afectado tiene a su alcance una vía administrativa a la cual acudir, pues los propios valores en juego y la normalmente presente urgencia del caso, se contraponen al ejercicio de soluciones de esa índole”³⁵. Por eso, declaró irrazonable la sentencia que, “al rechazar parcialmente un recurso de apelación, colocó a la madre de una niña con discapacidad (niña Down)

³¹ CSN, 9/4/2002, ED 198-187.

³² BUSTOS, José P. y COCHLAR, Oscar, *La judicialización de la salud. Una propuesta para evitar la coadministración del sistema*, MJ-DOC-10589-AR | MJD10589, 19-dic-2016.

³³ Ver, entre otros, MORELLO, Augusto, *Acceso al derecho procesal civil*, Bs. As, ed. La-jouane/ Platense, 2007, t. II, p.1131; del mismo autor, *El amparo, escudero del derecho a la salud*, en Academia Nacional de Derecho y Ciencias sociales de Córdoba, *El derecho a la salud*, Bs As, ed. La Ley, 2007, p. 21; *El amparo como técnica procesal principal de protección de la salud*, La Ley Bs As, 2002-405.

³⁴ Entre muchos, CANTAFIO, Fabio Fidel, *Amparos de salud; actualización en doctrina y jurisprudencia*, Rev. D.F y de las Personas, año VII, n° 5, junio 2015, p. 166; ROSALES CUELLO, Ramiro y otro, *El derecho a la salud: la acción de amparo (como medio específico de resguardo) y los plazos de caducidad*, JA 2018-III-1016; LUNA, Virginia, *Acciones de amparo de salud: humanizar la justicia*. Microjuris MJ-DOC-6612-AR. Algunos autores han propiciado no recurrir al amparo sino a las medidas autosatisfactivas; ver DE LA TORRE, María de los Milagros, *Las medidas autosatisfactivas como alternativa al proceso de amparo en salud Ventajas y utilidades*, RC D 1432/2017.

³⁵ CSN, 30/10/2007, DJ16/01/2008, 98, Cita Online: AR/JUR/6677/2007 y en Foro de Córdoba, n° 124, agosto 2008, p. 91.

ante la única alternativa de acudir a un juicio ordinario para obtener una prestación integral educativa de la que su hija es clara acreedora, cuando por la vía expedita lleva más de dos años litigando, ya que corresponde a los jueces buscar soluciones que se avengan a la índole de este tipo de pretensiones, para lo cual deben encauzar los trámites por vías expeditivas y evitar que la incorrecta utilización de las formas pueda conducir a la frustración de los derechos fundamentales —en el caso, el derecho a la salud y a la protección de la niñez discapacitada— cuya suspensión, a las resultas de nuevos trámites administrativos, resulta inadmisibles³⁶. Es que “siempre que se amerite el daño grave e irreparable que se causaría remitiendo el examen de la cuestión a los procedimientos ordinarios, los jueces deben habilitar la vía del amparo, ya que la existencia de otras vías procesales que puedan obstar a su procedencia no puede formularse en abstracto, sino que depende —en cada caso— de la situación concreta a examinar³⁷.”

La CSN ha abierto la vía también a otros temas, como el discutido “período de carencia” dentro del cual la empresa de medicina prepaga está contractualmente autorizada a no cubrir las prestaciones³⁸.

Más aún, en el amparo es posible solicitar y disponer *cautelares* de modo que, mientras tramita el juicio, la prestación de salud se va brindando, siempre que se reúnan los requisitos que las leyes procesales requieren para estas medidas. Alguien podría preguntarse ¿qué utilidad tienen los procedimientos cautelares o de urgencia en un proceso que por su naturaleza o debiera ser rápido? El gran procesalista Piero Pajardi, a quien se atribuye haber instalado la categoría de la llamada jurisdicción de urgencia en la Casación italiana, responde: “No hay ningún tipo de procedimiento que en algún momento no tenga que acudir a una medida de urgencia; por ej., se supone que el proceso ejecutivo es rápido; sin embargo, requiere de medidas

³⁶ Del dictamen de la Procuración que la Corte, por mayoría, hace suyo. CSN, 09/06/2009, Cita Online: AR/JUR/14854/2009, DJ 19/08/2009, p. 2296, LA LEY 2010-C, p.136, con nota de GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo, *La judicialización de los derechos económicos, sociales y culturales*.

³⁷ Del dictamen de la Procuración que la Corte, por mayoría, hace suyo. Cita Online: AR/JUR/1971/2006, CSN, 06/06/2006, LA LEY 2006-D, 402, ED 218-240.

³⁸ CSN, 8/4/2008, ED 227-373; JA, 2008-III-336, con nota de CLÉRICO, Laura y otra, *El derecho a la salud, los períodos de carencia respecto del PMO y las prepagas; el caso Euro-médica*; LL 2008-C-337, con nota de GARAY, Oscar E., *Medicina prepaga: los períodos de carencia y las exclusiones de enfermedades preexistentes*.

urgentes; aún en la cirugía de urgencia puede presentarse una situación que puede calificarse de cirugía urgentísima³⁹.

Por otro lado, conforme jurisprudencia reiterada de la CSN, las sentencias deben ceñirse a las circunstancias existentes al momento de ser dictadas⁴⁰, por lo que, en cuestiones de salud, fácticamente cambiantes, esperar a la sentencia puede significar que la labor judicial quede privada de todo efecto. Por eso, es criterio mayoritario que, si bien algunas medidas juegan como un verdadero anticipo de la garantía jurisdiccional y por eso deben ser juzgadas con mayor estrictez, “cuando el objeto último de la acción es la protección de la salud de una persona, el criterio para examinar la procedencia de una medida precautoria —aun cuando ella sea innovativa— debe ser menos riguroso, habida cuenta de las consecuencias dañosas que podría traer aparejada la privación de cobertura médica”⁴¹.

De allí que no faltan decisiones de la Corte que acogen estas medidas cautelares. Así, por ej., se ha ordenado a los demandados que provean “en forma inmediata una silla con respaldo en dos posturas, con plegado anterior, de material lavable, butaca desmontable, apoya cabeza y frenos y comandos manuales. Una vez obtenida se deberá denunciar en el expediente a fin de evitar la superposición del cumplimiento de la decisión por parte de los codemandados”⁴². En igual sentido, se ordenó al Estado Nacional y a la provincia de Bs As. a proveer de forma urgente a la actora, que padece esclerosis múltiple, el medicamento que requiere, en tanto éste debe serle administrado sin interrupción para evitar los brotes de la enfermedad”⁴³.

6. Personas especialmente protegidas por la Constitución Nacional

La reforma constitucional de 1994 incorporó expresamente las denominadas “acciones positivas”. En efecto el art. art. 75 inc. 23, ordena al Congreso:

³⁹ PAJARDI, Piero, *Introduzione*, en *La tutela cautelare nelle procedure concorsuali*, Milano, ed. Giuffrè, 1991, p.4-5.

⁴⁰ Fallos: 301:947; 306:1160; 318:342, entre muchos otros, criterio aplicable al amparo, Fallos:300:844.

⁴¹ Cámara Federal de Apelaciones de San Martín, sala I, 18-mar-2020, MJ-JU-M-124620-AR | MJJ124620 | MJJ124620.

⁴² CSN, 18/12/2003, LL 2004-C-465, Cita Online: 70020095.

⁴³ CSN, 4/4/2002, LL 2002-E-620.

“Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato y el pleno goce de los derechos reconocidos por esta Constitución y los Tratados Internacionales vigentes sobre Derechos Humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad”.

La CSN recuerda reiteradamente esta norma. Así dice:

“Constituye un deber de los tribunales dar consideración primordial al interés superior del *niño* en todas las medidas concernientes a él, siendo una de sus claras expresiones el derecho que aquel tiene a la atención integral de su salud, a recibir la asistencia médica necesaria y a acceder en igualdad de oportunidades a los servicios y acciones de prevención, promoción, información, protección, diagnóstico precoz, tratamiento oportuno y recuperación de la salud”⁴⁴.

Más aún, se ha ordenado cubrir prestaciones de salud a prestarse en el extranjero: “La Provincia de Mendoza y el Estado Nacional deben otorgar *cauteladamente y de forma inmediata* la cobertura integral del tratamiento quirúrgico y reparación bi-ventricular a realizarse en un hospital de Boston, Estados Unidos, a favor de un *niño con discapacidad*, teniendo en cuenta que se trata de un menor de corta edad que se encuentra en un estado de máxima vulnerabilidad y de inestabilidad física, aun cuando los padres hayan declarado que actualmente está estable, pues la patología sufrida puede en cualquier momento revertir la situación de estabilidad actual, lo que exige una mayor premura”⁴⁵.

Es que “la atención y asistencia integral de la *discapacidad* constituye una política pública de nuestro país”⁴⁶. “Negar la cobertura total de las prestaciones compromete el interés superior de un discapacitado, cuya tutela encarece la Convención sobre los Derechos del Niño elevando su *interés*

⁴⁴ CSN, 8/6/2004, JA 2005-II-333, con nota de CAMELO DÍAZ, Gustavo, *La Corte Suprema y el derecho a la salud de los niños discapacitados*. El autor señala el tiempo lamentablemente transcurrido; la sentencia de primera instancia se dictó el 19/3/2002 y el nuevo pronunciamiento de la Cámara posterior a la sentencia de la CSN que se relata en el texto se dictó recién el 9/12/2004. Conf. Cámara Federal de Apelaciones de La Plata, 27-jun-2019, Cita: Microjuris MJ-JU-M-119923-AR | MJJ119923.

⁴⁵ Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba, sala A, 01/11/2019, LA LEY 2019-F, 223 - JA 01/01/2020, 01/01/2020, 56, Cita Online: AR/JUR/37179/2019.

⁴⁶CSN, 15/6/2004, LL 2004-E-394.

superior al rango de *principio*, ya que los niños y/o personas con discapacidad, a más de la especial atención que merecen de quienes están directamente obligados a su cuidado, requieren también la de los jueces y de la sociedad toda⁴⁷. Al comentar la decisión, Morello señala que “el activismo de la Corte Suprema de la Nación es el mayor adelantado de la justicia de protección o acompañamiento, de su difusión y expansión de fronteras, para que el Estado argentino no incurra en responsabilidad internacional”.

Efectivamente, en este sentido, evita este tipo de condena internacional al declarar arbitraria la decisión de una Corte provincial que, sin ninguna apreciación de las características del caso concreto, ciñéndose a una cuestión de forma, en claro detrimento de los derechos fundamentales de una persona en situación de especial vulnerabilidad, cierra la vía del amparo a un niño con discapacidad⁴⁸.

7. Pautas generales que ensanchan las obligaciones del sistema de salud.

7.1. Improcedencia de la mera alegación de la insuficiencia presupuestaria

Como adelanté, no basta invocar la carencia de fondos; como la dicho la CSN, “el argumento relativo al área de los costos exige una *demonstración del desequilibrio que se generaría con el otorgamiento de la cobertura*”⁴⁹. Por eso, cabe condenar a la demandada a tomar todas las medidas pertinentes “para la inmediata intervención quirúrgica de cirugía cardiovascular por el procedimiento T.A.V.I., según recomendaciones de su médico tratante, pues no ha acreditado que la suma de dinero que debe gastar para cumplir con la cobertura peticionada pueda desequilibrar sus finanzas al extremo de privar de prestaciones a los restantes afiliados y beneficiarios del sistema⁵⁰.”

⁴⁷CSN, 18/06/2008, Cita Online: 70046214; JA 2008-IV-452; Rev. Derecho de Familia 2009-1-1, con nota de MORELLO, Augusto, *La Corte Suprema convalida definitivamente la vigencia expansiva del modelo de justicia de protección o acompañamiento*.

⁴⁸CSN 10/12/2013, Cita Online: AR/JUR/84180/2013, LA LEY 2014-B, 110, con nota de CIOLLI DE AGUIRRE, María L., *El rigor formal y los derechos del niño*, y en DJ 03/04/2014, p. 30.

⁴⁹Dictamen de la Procuración, al que adhiere el tribunal, CSN, 29/4/2014, ED 258-381, Cita Online: AR/JUR/11456/2014; LA LEY 2014-D, 587 y LA LEY 2014-E, 266, con nota de GREGORINI CLUSELLAS, Eduardo L. *Las empresas de medicina prepaga y la cobertura de prestaciones implícitas*.

⁵⁰Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Salta, Sala III, 4-oct-2018, Cita: Microjuris MJ-JU-M-114828-AR | MJJ114828.

7.2. Principio de igualdad

Las dificultades presupuestarias, si existieran, no pueden discriminar entre nacionales y extranjeros y afectar sólo a estos últimos”⁵¹.

7.3. Flexibilización del principio de congruencia.

Los jueces se muestran flexibles en la interpretación de la demanda. Así, se condenó a entregar una silla motora, no mencionada expresamente en la demanda, si el actor utilizó la frase “y los demás tratamientos, servicios o insumos necesarios para su salud”, y la mentada silla “fue requerida por sus médicos tratantes en función de la cuadriplejía espástica que lo afecta, no sólo para facilitar al actor la práctica de powerchair football, como insiste el apoderado de la parte demandada, *sino para permitirle una mejor calidad de vida.*”⁵²

7.4. Extensión de la sentencia a otras personas que se encuentran en la igual situación.

En alguna ocasión, en el trámite de ejecución de sentencia, se ha extendido lo resuelto en la causa principal a otras peticionantes de prestaciones idénticas. Así, por ej., se ordenó “adoptar las medidas necesarias para proveer dispositivos comunitarios aptos para la continuación del tratamiento del paciente psiquiátrico, a partir del momento que se lo externa”⁵³.

7.5. Inexistencia de la caducidad de instancia.

En ocasiones, el trámite del amparo, un procedimiento esencialmente rápido, se dilata tanto, que ha dado lugar a pedidos de perención de instan-

⁵¹ CSN 4/9/2007, JA 2007-IV-719 (voto de los Dres. Petracchi y Argibay). Aclaro que el caso se refiere a las pensiones de los extranjeros y votaron en disidencia dos de sus integrantes. Para una crítica a la minoría que adhirió al dictamen de la Procuración, ver GARGARELLA, Roberto, *Cómo no debería pensarse e derecho a la igualdad. Un análisis de las opiniones disidentes en el fallo Reyes Aguilera*, JA 2007-IV-731.

⁵² Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba, sala B, 23/06/2017, Cita Online: AR/JUR/40622/2017 DFyP 2018 (abril) , 208, con nota de YANKIELEWICZ, Daniela y COPELLO BARONE, Natalia P., *Prestaciones amplias de salud a favor de las personas con discapacidad. Derecho a la tutela judicial efectiva.*

⁵³ Juz. Nac. Fed. Contencioso Administrativo n° 9, 3/5/2017, Rev. Derecho de Familia, 2017-V-23, con nota de RODRÍGUEZ, Marisa, *El efecto expansivo de una sentencia a partir de una acción de amparo. Un novedoso fallo acerca de la obligación del Estado de proveer dispositivos comunitarios de salud mental.*

cia. Mayoritariamente, la jurisprudencia sostiene que, si se reclaman prestaciones de salud a favor de personas con discapacidad, o de niños, niñas o adolescentes (en adelante NNA), no procede este modo de conclusión del proceso⁵⁴; tampoco si se reclama contra la afiliación de una obra social y la persona queda sin cobertura⁵⁵.

7.6. Aplicación flexible de los plazos de prescripción.

La CSN ha decidido que “corresponde salvar el escollo que se deduce de la prescripción del art. 2 inc. e) ley 16986 tratándose de un anciano que tiene 74 años, con discapacidad motora como consecuencia de un accidente cerebro vascular de nueve años de evolución, que lo obliga a desplazarse en silla de ruedas y que, a la fecha de interposición del amparo, hacía dos años que se había interrumpido la rehabilitación brindada a su persona por la prestataria”⁵⁶.

7.7. Aplicación flexible de los plazos procesales para interponer el amparo contra la decisión administrativa que causa una ilegalidad continuada.

La Corte también ha flexibilizado el cómputo de los plazos establecidos en las leyes procesales para interponer la acción de amparo. En este sentido, dejó sin efecto la sentencia que rechazó por extemporánea la acción de amparo interpuesta contra una obra social a efectos de que restablezca al actor la cobertura de las prestaciones interrumpidas —en el caso, rehabilitación kinesiológica por discapacidad motora— ya que la norma que impone la necesidad de presentar la demanda de amparo dentro de los 15 días hábiles a partir de la fecha en que el acto fue ejecutado o debió producirse, no es un escollo insalvable cuando con la acción incoada se enjuicia una arbitrariedad o *ilegalidad continuada*, originada tiempo antes de recurrir a la justicia, pero mantenida al momento de accionar y también en el tiempo siguiente⁵⁷.

⁵⁴ Cám. Nac. Fed. Civ. y Com. Sala I, 18/2/2016, cita on line AR/JUR/10234/2016, LL 2016-D-177, con nota de JAIMARENA BRION, Guillermo, *La caducidad de instancia en los amparos de salud*

⁵⁵ Dictamen de la Procuración que la Corte hace suyo CSN, 23/2/2012, JA 20102-II-468.

⁵⁶ CSN, 07/11/2006, Cita Online: 35004443.

⁵⁷ Dictamen de la Procuración que la Corte hace suyo; CSN, 07/11/2006, Cita Online: AR/JUR/6855/2006, LA LEY 2007-A, 62 – DJ 2006-3, 1239, LA LEY 2007-B, 128, con nota de SAGÜÉS; Néstor P, *El derecho a la vida y el plazo para interponer la acción de amparo*.

8. El cumplimiento estricto del deber judicial de fundar razonablemente la sentencia y atender a las razones invocadas por la demandada.

La flexibilización a la que he hecho mención en el punto anterior no implica incumplir con la obligación de motivar razonablemente la decisión. En diversos pronunciamientos, la CSN recuerda que, según la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁵⁸ (en adelante CorteIDH), la exigencia de que una sentencia cuente con fundamentos consistentes y racionalmente sostenibles “arraiga en el derecho a la tutela judicial efectiva y en las garantías judiciales que, sistemáticamente, consagran los arts. 25 y 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos. Tal obligación trasciende el interés de las partes del proceso para contribuir a la profundización del estado de derecho, pues al expresarse las razones que el derecho suministra para la resolución de controversias se favorece la credibilidad de las decisiones tomadas por el Poder Judicial en el marco de una sociedad democrática”⁵⁹. En el marco de los juicios relacionados a la tutela al derecho a la salud, dice la Corte argentina, “no hay razones que justifiquen eximir ni mitigar el deber de fundar las sentencias que pesa sobre los tribunales judiciales de la República. Una fundamentación idónea de la sentencia tiene por finalidad garantizar el examen por parte de los justiciables de la interpretación y aplicación del derecho al caso concreto, como así también, desde una perspectiva constitucional, hacer posible un control democrático por parte de la sociedad sobre el ejercicio del poder jurisdiccional, estándar recogido por el art. 3, Código Civil y Comercial”⁶⁰.

Con base en esa premisa, revocó la sentencia que:

- * condenó a una empresa de medicina prepaga a proveer la cobertura de un medicamento, toda vez que omitió exponer fundamentos razonados que sostengan jurídicamente la obligación, es decir, impuso una obligación sin apoyo en norma alguna, ni legal ni contractual⁶¹;

⁵⁸ Corte IDH casos “Cantos”, 28 de noviembre de 2002, n° 63; “Claude Reyes”, 19 de septiembre de 2006, n° 135 y 153.

⁵⁹ Corte IDH caso Apitz Barbera, de 5 de agosto de 2008, n° 77 y 78.

⁶⁰ CSJN, 16/07/2019; Rubinzal Online; 210/2014 RC J 7345/19.

⁶¹ CSN, 20/05/2014, Cita Online: AR/JUR/18656/2014, LA LEY 2014-D, 512, con nota de RAMÍREZ BOSCO, Luis, *Alcance de los servicios a cargo de las obras sociales y las prepagas médicas*, Cita Online: AR/DOC/2721/2014; en DJ 19/11/2014, 48 y en elDial.com - AA8766, publicado el 28/05/2014.

- * no fundamentó debidamente por qué la empresa de medicina prepaga debía proveer la cobertura integral de las prestaciones, consistentes en acompañante domiciliario e internación en una institución geriátrica que *no es prestador de su cartilla*⁶².

Por esas mismas razones, el juez tiene la obligación de pronunciarse tanto sobre las pretensiones como sobre *las defensas opuestas por la demandada*. Por incumplimiento de este deber, la CSN ha *revocado* sentencias que hicieron lugar al amparo o a medidas cautelares y ordenó que el expediente vuelva al tribunal de origen a fin de que se dicte un nuevo fallo si:

- * Desoyó el único argumento esgrimido al apelar, cual era, que existían prótesis similares de fabricación nacional que eran viables y, a ese fin, prescindió de las conclusiones de la prueba pericial producida como medida de mejor proveer cuya ampliación la propia cámara había ordenado, con la excusa que ese medio de prueba excedía el objeto del amparo, configurando, de este modo, una manipulación del proceso que desconoce principios elementales que el tribunal debe garantizar para que los litigantes conozcan de antemano “reglas claras de juego” a las que atenerse⁶³.
- * Condenó a una obra social, mediante una cautelar, a cubrir el 100% de una *prótesis importada, sin atender al cuestionamiento realizado por la demandada*, quien impugnó su adecuación al derecho vigente e indicó las normas que se reputaban aplicables, especialmente el estatuto social, en concordancia con el Plan Médico Obligatorio (de ahora en adelante PMO), planteos que fueron también soslayados por el juez de grado⁶⁴.
- * No abordó la cuestión planteada por la demandada, cual es, que la niña no cumple con los requisitos exigidos por el PMO para la provisión de la hormona de crecimiento, conforme la resolución del Ministerio de Salud de la Nación, a cuyas exigencias esa parte dijo haber ajustado su conducta y sobre cuyos términos estructuró su defensa⁶⁵.
- * Condenó a brindar la cobertura del 100 % de las prestaciones de escolaridad con formación laboral, en la modalidad doble turno, y trans-

⁶² CSJN, 05/04/2016, Rubinzal Online Cita: RC J 1620/16.

⁶³ CSN, 30/4/2013, JA 2013-II-543.

⁶⁴ CSN 10/09/2019, LA LEY 2019-E, 438 Cita Online: AR/JUR/27670/2019.

⁶⁵ CSN, 26/12/2019, LA LEY boletín 03/02/2020, p. 6; JA 19/02/2020, p. 43, Cita Online: AR/JUR/53586/2019; Cita: Microjuris MJ-JU-M-122720-AR | MJJ122720.

porte especial, en la modalidad de ida y vuelta desde el domicilio particular hacia el centro educativo, pero no se expidió sobre las particulares circunstancias de contratación entre las partes, ni sobre la aplicación de leyes que, según la recurrente, disponen en contra de lo ordenado⁶⁶.

- * Condenó a un centro asistencial de salud a brindar cobertura total de prestaciones a favor de una persona declarada incapaz, pero omitió tratar los agravios concernientes a las circunstancias singulares de la relación contractual que vinculaba a la entidad con la reclamante a través de un “plan cerrado” de afiliación, que comprende los servicios médicos, pero no los sociales⁶⁷ (en el caso, la peticionante, de 82 años, está afectada por la enfermedad de Alzheimer avanzada, con demencia; reside, desde hace cinco años en un instituto geriátrico, donde es asistida por un acompañante provisto por otra empresa).

A veces la revocación de la sentencia por violación del principio de congruencia favorece al amparista. Así, la Corte ha decidido que si al admitirse la acción de amparo se condenó a la demandada a suministrar tratamiento médico domiciliario por el lapso que “el profesional interviniente diagnosticó”, la sentencia que —con motivo del único recurso intentado por la actora— redujo el plazo de cobertura a cuarenta y cinco días, término dentro del cual la recurrente debía ocurrir a las vías que considerase pertinentes, incurrió en una indebida *reformatio in pejus* al colocar a la única apelante en peor situación que la resultante del pronunciamiento recurrido, lo que implica una violación en forma directa e inmediata de las garantías constitucionales de la propiedad y la defensa en juicio⁶⁸.

9. Tipo de acciones

Los amparos “salutíferos” comprenden no sólo acciones individuales; en algunos casos, se trata de acciones colectivas. Relato algunos precedentes correspondientes a ambos tipos.

⁶⁶ CSN, 16/07/2019; Rubinzal Online; 210/2014 RC J 7345/19.

⁶⁷ CSN, 5/4/2016, JA 2016-II-502.

⁶⁸ CSN, 17/03/2009, ED 233-245, Cita Online: 4/68319.

9.1. Acciones colectivas

a) Amparos a favor de médicos que trabajan en situación de riesgo y que reclaman medidas de bioseguridad

Un caso pionero se presentó en 1993 ante el juez marplatense Pedro Hooft, magistrado que ha hecho mucho por mejorar la formación de los jueces en casos bioéticos. El magistrado legitimó a los médicos que hicieron el reclamo y declaró que el amparo es la vía idónea para la efectiva protección del derecho a la salud de los enfermos internados en el servicio de salud mental (pacientes psiquiátricos HIV), salud que podría verse seriamente afectada por la inexistencia de condiciones mínimas de bioseguridad⁶⁹.

En el mismo sentido, la Corte de la Nación dejó sin efecto la sentencia que había rechazado la acción de amparo deducida por los médicos de un hospital público y por dos asociaciones profesionales con el fin de que el Estado Provincial brindara una solución a las graves insuficiencias de infraestructura, equipamientos y recursos humanos padecidos por el nosocomio. Según la CSN, ese rechazo fue decidido sobre la base de apreciaciones meramente rituales y sin brindar una adecuada respuesta a los planteos conducentes de los amparistas tendientes a demostrar la admisibilidad de la acción (el juez de grado había argumentado, erróneamente, que la pretensión de los amparistas no constituía una causa concreta en los términos del art. 116 de la Constitución Nacional y que el amparo no era la vía apta para realizar el planteo)⁷⁰. El voto del Dr. Ricardo Lorenzetti profundizó sobre la legitimación de los médicos y de las asociaciones profesionales e insistió en que “quienes tienen a su cargo la administración de los asuntos del Estado deben cumplir con la Constitución garantizando un contenido mínimo a los derechos fundamentales y muy especialmente en el caso de las prestaciones de salud, en los que están en juego tanto la vida como la integridad física de las personas”. Por su parte, la Dra. Argibay sostuvo que la sentencia de grado desoía el art. 43 de la

⁶⁹ Juz. Criminal y Correccional de Mar del Plata, 22/10/1993, JA 1994-III-3, con nota de MORELLO, *Augusto M., Bioética y amparo* y de PADILLA, Miguel M., *Legitimación activa en el amparo surgida de la incapacidad del afectado*.

⁷⁰ CSN 31/10/2006, Cita Online: AR/JUR/6249/2006- LA LEY 2006-F, 422, LEY 2006-F, 509, con nota de PIZZOLO, Calogero, *La salud pública como un bien colectivo*.

Constitución Nacional pues “el solo hecho de que la demanda trate del daño a un bien colectivo, y no a un interés individual de los amparistas, no resulta suficiente para descartar la configuración de una “causa” justiciable”.

b) Tratamientos de esclerosis múltiple.

Otros antecedentes también legitiman a las asociaciones.

En este sentido, la CSN decidió que “la asociación civil que propende a la defensa de los derechos de las personas que padecen determinada patología —en el caso, esclerosis múltiple y síndrome desmielinizante aislado— ostenta legitimación activa para impugnar, por la vía de la acción de amparo, las normas relativas al tratamiento de aquélla que excluye del PMO a ciertos enfermos. Sobre el fondo, sostuvo que la resolución atacada era arbitraria en tanto la autoridad no probó cuál era la razón por la que una enfermedad discapacitante, que tenía el 100% de la cobertura en los medicamentos, ya no la tenía, afectando directamente el derecho de los enfermos⁷¹.”

c) Provisión de agua potable

La penosa situación en la que algunas comunidades originarias viven, con grave afectación de su salud, ha llegado a la CSN en diversas oportunidades.

En una, se resolvió que “acreditada la verosimilitud en el derecho y la posibilidad de perjuicio inminente o irreparable, corresponde ordenar al Estado Nacional y a la Provincia del Chaco suministrar *agua potable y alimentos* a las comunidades indígenas que habitan en la región sudeste del Departamento de General Güemes y noroeste del Dto. de Libertador General San Martín, como así también un medio de *transporte* y comunicación adecuados, a cada uno de los puestos sanitarios”⁷².

9.2. Acciones individuales.

Intento reseñar algunas de las decisiones más significativas de una riquísima jurisprudencia; en ocasiones, parece contradictoria, pero no lo es si se atiende a las circunstancias del caso.

⁷¹ CSN 18/12//2003, JA 2004-II-416, DJ 2004-2, 173, LA LEY 2004-D, 30; Cita Online: AR/JUR/5234/2003.

⁷² CSN 18/9/2007, LL 2007-F-110 y RDF 208, n° 63 pág. 167. Votaron en disidencia las Dras. Highton y Argibay quienes, en seguimiento al dictamen de la procuración, entendieron que la Corte era incompetente para dictar esa medida.

a) Médicos de la plantilla.

Como regla, el obligado cubre las prestaciones con sus propios profesionales o aquellos con los cuales tiene vínculos jurídicos o económicos.

Por eso, una empresa de medicina prepaga no está obligada a cubrir la atención a una afiliada que padece bulimia nerviosa en otro centro si de las pruebas arrimadas no surge que la necesidad de contratar profesionales ajenos, ni que se encuentre en la imposibilidad de atender a la patología con prestadores propios o que los mismos no son idóneos⁷³. En cambio, debe brindar la cobertura total de un *tratamiento con profesionales ajenos* a su cartilla, a favor de una adolescente “que padece anorexia nerviosa, que fue sometida a uno con prestadores propios sin resultados positivos, la derivación a un centro especializado en alimentación fue prescripta por un galeno de la propia demandada y desconocer la cobertura del tratamiento que viene realizando podría conllevar obvias consecuencias perjudiciales para su salud”⁷⁴.

Por las mismas razones, es arbitraria la sentencia que si bien dispuso que la demandada debe otorgar íntegramente la cobertura legalmente prevista a favor de un niño autista, ordenó que se realizara a través de los servicios propios o contratos que dispusiese, ya que, al pronunciarse de tal modo, dejó sin resolver un aspecto central y específico de la causa, objeto de reclamo, debate y prueba, como es el relativo a las modalidades o características del tratamiento y al tipo de prestaciones a ser otorgadas; en consecuencia, el niño debe continuar bajo la cobertura del equipo interdisciplinario que lo viene tratando con buenos resultados”⁷⁵.

b) Tratamientos y medicamentos no autorizados o en etapa experimental

Como adelanté, cuando se reclaman medicamentos o tratamientos, como regla, éstos deben haber sido autorizados por la autoridad administrativa. Pero la cuestión no es sencilla ni uniforme.

Un sector de la jurisprudencia considera que “no es un argumento atendible que el tratamiento pueda hallarse en una fase de experimentación cien-

⁷³ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, Sala III, 6-feb-2018, Cita: Microjuris MJ-JU-M-113084-AR | MJJ113084.

⁷⁴ Cámara Federal de Apelaciones de Bahía Blanca, sala I, 18/09/2019, LA LEY 2019-E-355, Cita Online: AR/JUR/27708/2019.

⁷⁵ CSN 14/11/2006, LA LEY 2007-B, 619; Cita Online: AR/JUR/7341/2006.

tífica, pues el carácter experimental que pudiera tener la terapéutica requerida no alcanza para obstaculizar el derecho del accionante a contar con una *esperanza* de mejora en su estado de salud, en tanto fue prescripto por un médico especializado en la materia como consecuencia de la patología padecida por aquel y en función de los resultados obtenidos en los estudios y tratamientos previos que le fueron realizados”⁷⁶. En el mismo sentido, se condenó a la empresa de medicina prepaga a otorgar a un niño que padece atrofia espinal tipo I o enfermedad de Werdnig-Hoffmann la medicación prescripta por su médica pediatra para tratar su enfermedad, dado que, aun cuando el fármaco no ha sido autorizado por la ANMAT, lo cierto es que se trata de un *uso compasivo de un medicamento*⁷⁷, máxime cuando ante la enfermedad que padece el niño no obra en el expediente elemento probatorio alguno que demuestre cuales son los tratamientos que el beneficiario tiene disponibles”⁷⁸. En el mismo sentido se ha dicho que “La falta de autorización por el ANMAT para el tratamiento de la patología que afecta al amparista, no impide que se condene a la empresa de medicina prepaga a brindar cobertura pues no se pueden negar las facultades de los agentes de salud de controlar las solicitudes de medicamentos que presentan sus afiliados, lo que redundaría en beneficio de ambas partes, *pero no pueden llevarse a tal extremo de desconocer las constancias de la causa que justifican el tratamiento solicitado*. (en el caso, cirugía queratoplastia con trasplante lamelar anterior a favor de la persona menor de edad)”⁷⁹.

Por el contrario, otro importante sector, avalado por la CSN, rechaza el amparo promovido si “no obstante el derecho a la salud, está probado que el tratamiento requerido se encuentra en etapa de experimentación y no se advierte la presencia de norma alguna de jerarquía constitucional o infra constitucional que en su letra o en su espíritu, imponga la provisión o la cobertura de tratamiento del carácter indicado”; en el caso, una persona que

⁷⁶ CNCiv y Com.Fed., Sala 2, 4/4/2007, elDial -AF33FB.

⁷⁷ La sentencia define el uso compasivo como “aquél que se hace de una droga comprendida para un paciente identificado en el que la selección del profesional, avalada por el cuerpo Médico Forense, viene dada para situaciones en las que falta tratamiento específico en el país, hay intolerancia a todo tratamiento apropiado existente e incompatibilidad con drogas disponibles”.

⁷⁸ CNCiv y Com.Fed., Sala 2, 29/12/2017, JA 2018-II-447, con nota de TAVERNA, Agostina, *Los jueces como custodios de los derechos a la salud de las personas con discapacidad*.

⁷⁹ Cámara Federal de Apelaciones de Salta Sala I, 17-abr-2020, Cita: MJ-JU-M-125368-AR | MJJ125368.

padece esclerosis múltiple pretendía un tratamiento con vacuna T linfocitaria, cuya venta, en aquel momento, no estaba autorizada por el organismo administrativo⁸⁰.

Ahora bien, el medicamento puede estar autorizado para un uso distinto al indicado por el médico. En tal caso, se ordenó otorgar a favor de una afiliada diagnosticada con adenocarcinoma mamario con metástasis progresiva ósea, la cobertura integral de la medicación indicada, aunque el organismo administrativo había aprobado el medicamento para la hepatitis crónica refractaria⁸¹.

c) Tratamientos y elementos no cubiertos por el PMO (Programa Médico obligatorio)

En ocasiones, personas en situación de vulnerabilidad extrema deben solicitar a la justicia algo tan elemental como un pañal descartable. La CSN ha dicho que “Si bien los anexos del PMO prevén la cobertura de un porcentaje del medicamento que necesita la actora para tratar su dolencia y no contemplan la provisión de ciertos insumos —en el caso, pañales descartables— ellos resultan complementarios y subsidiarios y deben interpretarse en razonable armonía con el principio general que emana del decreto reglamentario, en cuanto —aun en la emergencia sanitaria— garantiza a la población el acceso a los bienes y servicios básicos para la conservación de la salud⁸².

En algún caso, la Corte ha sostenido que “la sentencia que veda al amparista el acceso a una terapéutica más moderna y segura (tratamiento quirúrgico de aneurisma de aorta abdominal con endoprótesis) por no estar incluida en el PMO (que comprendía tratamiento quirúrgico, pero no esa variante) desnaturaliza el régimen de la salud, dejando sin cobertura una

⁸⁰ CSN 19/5/2010, DFyP 2010 (octubre); LA LEY 2010-D, 406; LA LEY 2010-F, 212, Cita Online: AR/JUR/32751/2010.

⁸¹ Cám. Fed. de Apel., General Roca; 08/11/2018; Rubinzal Online; 31470/2018 RC J 10374/18; el mismo criterio usó la Cámara Federal de Apelaciones de Salta, Sala I, 17-abr-2020 Cita: MJ-JU-M-125368-AR | MJJ125368.

⁸² Del dictamen del procurador que la Corte hace suyo. CSN, 16/05/2006, Cita Online: AR/JUR/1217/2006, LA LEY 2006-D, 638; DJ 05/07/2006, 715, LA LEY 2006-E, 283, con nota de HENRÍQUEZ MAIONICA, Giancarlo, *Una buena disidencia para contener la omnipotencia del amparo. O cómo no es recomendable que el amparo del derecho a la salud desconozca los límites de cobertura del PAMI.*

grave necesidad cuando existe riesgo de vida, y debe ser dejada sin efecto”⁸³. En el caso, la empresa de medicina prepaga negó la cobertura no obstante que los propios prestadores médicos de la proveedora recomendaron ese tratamiento.

En el mismo sentido, ha argumentado que “El derecho a obtener conveniente y oportuna asistencia sanitaria se vería frustrado si se admitiera que la falta de exclusión de un tratamiento no importa su lógica inclusión en la cobertura médica pactada, siendo inadmisibles las referencias históricas al estado del conocimiento médico existente al tiempo de la contratación, toda vez que se traduciría en la privación de los adelantos terapéuticos que el progreso científico incorpora, en forma casi cotidiana, al campo de las prestaciones médico asistenciales” (trasplante hepático hecho en el extranjero y medicamentos anti-rechazo; posterior interrupción)⁸⁴.

Sin embargo, en un caso de tratamientos de técnicas de fecundación asistida, (tema sobre el que existe gran variedad de decisiones), la CSN, sin avanzar sobre si el diagnóstico genético preimplantacional viola o no el derecho a la vida (como había dicho la Suprema Corte de la sentencia de Mendoza), en una controvertida decisión, rechazó el amparo por “no estar incluido dentro de las técnicas y los procedimientos enumerados por la ley 26.862 o el decreto reglamentario 956/13 que se deben con carácter obligatorio”. Sostuvo que “Si bien la reglamentación deja abierta la posibilidad de incluir en la nómina de prestaciones que tienen por finalidad posibilitar la concepción a los “nuevos procedimientos y técnicas desarrollados mediante avances técnico científicos, esa alternativa solo es viable cuando sean autorizados por la autoridad de aplicación, situación excepcional en la que no se encuentra la técnica de diagnóstico genético preimplantacional cuya cobertura se solicita en el caso, por lo que el rechazo de la cobertura integral de la práctica debe ser confirmado”. Agregó: “Es inadmisibles que sean los jueces o tribunales quienes determinen la incorporación de otras prácticas médicas que sean producto de los avances tecnológicos al catálogo de procedimientos y técnicas de reproducción humana autorizados, pues esa facultad fue puesta en cabeza del Ministerio de Salud de la Nación y reconoce su fundamento en la especificidad de las

⁸³ CSN, 29/04/2014, LA LEY 2014-D, 587, y LA LEY 2014-E, 266, Cita Online: AR/JUR/11456/2014, JA 2014-III-386, con nota de GREGORINI CLUSELLA, Eduardo, *Las empresas de medicina prepaga y la cobertura de prestaciones implícitas*.

⁸⁴ CSN 16/4/2002, ED 197-463 y LL 2002-C-628.

facultades, competencias, técnicas y responsabilidades de aquel en la materia, de las que carecen, en principio, las estructuras correspondientes a otros departamentos del Estado, entre ellas las del Poder Judicial⁸⁵.

d) Tratamientos de fertilización asistida

Como dije, los pronunciamientos sobre este tema son muy numerosos. Además del señalado en el punto anterior, se discute si los gastos de la crioconservación están o no cubiertos. En algún caso se decidió que “No corresponde hacer efectivo el cobro de la criopreservación de embriones, toda vez que los afiliados no produjeron ninguna prueba para demostrar la prescripción médica de tal tratamiento ni su efectiva realización, *aunque la pretensión deberá admitirse, en la ejecución de la sentencia, si se observan los extremos referenciados*”⁸⁶.

También ha estado en debate el número de tratamientos cubiertos. La CSN ha entendido que “La interpretación restrictiva que hizo el juzgador con relación al decreto reglamentario de la ley 26.862, concluyendo que se restringe a tres intervenciones *en total*, resulta inconveniente, pues convalidar tal inteligencia importaría admitir la validez de una reglamentación que conspira contra los propósitos establecidos en la ley reglamentada al punto de desnaturalizar el derecho a la salud reproductiva que allí se consagra y que tiene carácter fundamental”⁸⁷.

Otra cuestión ha sido la constitucionalidad o no de los límites etarios fijados a las mujeres que se someten a estos tratamientos, y varían de provincia a provincia⁸⁸.

⁸⁵ CSN, 01/09/2015, Cita Online: AR/JUR/28879/2015, LA LEY 2015-E, 216 con nota de GARAY, Oscar E. *El derecho a la fertilización asistida y la prestación médica no autorizada*; DFyP 2015 (diciembre), 225; DJ 30/12/2015, 17; ED 265-30, con nota de LAFERRIERE, Jorge N., *La Corte Suprema de la nación confirma sentencia contraria al diagnóstico genético preimplantatorio*. Como dije en el texto, la Corte no avanzó sobre este tema.

⁸⁶ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, Sala II, 16-jul-2019, Cita: Microjuris MJ-JU-M-120508-AR | MJJ120508.

⁸⁷ CSN, 14/08/2018, Cita Online: AR/JUR/39861/2018; LA LEY 2018-D, 426 - LA LEY 2018-E, 201, con nota de GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, *Acceso integral a los procedimientos y técnicas de reproducción humana asistida. ¿Dónde están los derechos en el modelo constitucional argentino?* LA LEY 2018-E, 243; RCyS 2018-XI, 118, RC J 5184/18.

⁸⁸ Por la inconstitucionalidad de la reglamentación de la mutual que ampara a los empleados públicos provinciales, ver Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, 17/10/2019, Citar: el-Dial AABAEC.

e) Aceite de cannabis

Otro tema discutido es la cobertura o no del aceite de cannabis. En un intento por conciliar todas las cuestiones en juego, un tribunal federal modificó parcialmente el fallo que había autorizado cautelarmente a los progenitores cultivar en su domicilio las plantas de cannabis necesarias para abastecer al niño del aceite requerido con fines medicinales y, en aras de las potestades de fiscalización que la ley concede a las autoridades, ordenó que el Estado les suministre provisionalmente y de manera gratuita el aceite de cannabis, en las cepas y cantidades que necesitan⁸⁹.

f) Renovación de afiliación y patologías preexistentes.

En favor del paciente se ha sostenido que “Si la reclamante, que padece hidrocefalia, formó parte durante veinte años de la obra social provincial en la cual pretende su inclusión como *hijo mayor de edad del titular obligatorio*, período en el que fue asistida reiteradamente por la dolencia que la incapacita, la negativa de la institución demandada a su re-afiliación onerosa so pretexto de la patología preexistente, además de preterir las dificultades de la reclamante de acceder en el futuro a una entidad similar dada su condición sanitaria, aparece presidida por el fin inadmisibles de desentenderse de la continuidad del tratamiento de la dolencia”⁹⁰.

g) Ligadura de trompas.

Con gran realismo y comprensión de las necesidades sociales, la Corte dejó sin efecto una sentencia que había rechazado “*in limine*” la acción de amparo deducida con el objeto de que se autorizara a la peticionante a que se le practique una ligadura de trompas —con posterioridad al parto de su cuarto hijo— toda vez que omitió considerar las situaciones fácticas invocadas —falta de empleo fijo de ambos esposos, un único ingreso proveniente del “Plan Jefes de Hogar”— adoptándose una decisión dogmática y genérica, sin sustento fáctico e incurriendo en un excesivo rigor formal, en cuanto no se consideró —por extemporánea— la prueba que demostraba la negativa de los médicos a realizar la intervención

⁸⁹ Cámara Federal de Apelaciones de La Plata, 27-jun-2019, Cita: Microjuris MJ-JU-M-119923-AR | MJJ119923.

⁹⁰ Del dictamen de la Procuración que la Corte hace suyo. CSN, 23/02/2012, Cita Online: AR/JUR/326/2012, LA LEY 2012-C, 330 - DJ 21/06/2012, 29, con nota de GHERSI, Carlos, *De la formalidad y lo dogmático a los derechos en serio, como dice Ronald Dworkin*,

solicitada”⁹¹. Afortunadamente, la ley 26.130 Régimen para las intervenciones de contracepción quirúrgica” sancionada el 9/8/ 2006, puso fin al problema.

h) Servicio de diálisis

Dada la urgencia, la CSN hizo lugar a la cautelar y ordenó al Ministerio de Salud de la Provincia de Chubut que arbitre los medios necesarios para garantizar la *continuación* de la prestación del servicio de diálisis, en razón que la autoridad nacional delegó en el Ministerio de Salud Pública de la Provincia de Chubut la administración e implementación de ciertos aspectos del Programa Federal de Salud (PROFE.)⁹².

i) Otras prestaciones cuya cobertura ha necesitado auxilio judicial

Se ha decidido que la empresa de medicina prepaga debe cubrir:

- * la prestación de *asistente domiciliario* requerida por un afiliado *con discapacidad*, y el PMO prevé un reconocimiento diferenciado de derechos, entre ellos, la asistencia domiciliaria, en favor de estas personas⁹³.
- * el trasplante endotelial de córnea + facoemulsificación con colocación de lente intraocular en ojo izquierdo, prescripto por el médico tratante de la actora, toda vez que es una enfermedad de evolución progresiva que puede llegar a ocasionar ceguera⁹⁴.
- * la prótesis e implante valvular aórtico, desde que, conforme el dictamen del cuerpo médico forense, esa intervención es la única posible, sin perjuicio de la falta de consenso unánime entre sectores de la doctrina médica⁹⁵.

⁹¹ CSN, 06/06/2006, LA LEY 2006-D, 402, con nota de PELLE, Walter D, *El amparo para requerir una ligadura de trompas*, LA LEY2006-D, 182 - Cita Online: AR/JUR/1971/2006, ED 218-240, con nota de SAMBRIZZI, Eduardo, *Grave amenaza contra la propagación de la vida*.

⁹² CSN, 18/12/2003, LL 2004-C-359, Cita Online: 70020056.

⁹³ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, sala III, 20/08/2019, LA LEY 2019-E, 240 - RCyS2019-XI, 267 - JA 25/12/2019, 25/12/2019, 53, Cita Online: AR/JUR/27433/2019.

⁹⁴ Cámara Federal de Apelaciones de Rosario, Sala B, 3-feb-2020, cita: Microjuris MJ-JU-M-124710-AR | MJJ124710.

⁹⁵ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, sala II, 24/9/2015, LA LEY 2016-A-193, con nota de GARAY, Oscar E. y JAIMARENA BRIÓN, Guillermo, *Consensos*

También se ha acogido un amparo para que *obra social* cubra:

- * el tratamiento de la patología *hipersexualidad o adicción al sexo*, a realizarse en una comunidad terapéutica toda vez que la parte demandada no presenta constancia alguna que justifique la *interrupción del tratamiento* en el instituto requerido⁹⁶.
- * el 100% la cobertura del estudio molecular para Síndrome de Bardet Biedl y los traslados necesarios para realizarlo para un adecuado diagnóstico de la enfermedad, pues la falta de respuesta eficaz dilata el tratamiento que el niño necesita imperiosamente⁹⁷.
- * la entrega de un glucómetro *freestyle*, con sus discos sensores, medidor y demás insumos necesarios para su correcto y continuo funcionamiento. El profesional de la medicina que trata la patología del paciente es quien, previo efectuar los estudios correspondientes, prescribe la prestación que le proporcione mejores resultados⁹⁸.
- * la inmediata cobertura del 100% del tratamiento por déficit de crecimiento del niño, debiendo proveer el suplemento alimenticio XX y las inyecciones de acetato de XX de manera inmediata, en razón del certificado médico emitido por la pediatra y endocrinóloga infantil que funda la necesidad de tratamiento por su antecedente de bajo peso al nacer y restricción de crecimiento intrauterino⁹⁹.

científicos y derecho a la salud; DFyP 2016 (abril), 179, con el mismo comentario, Cita Online: AR/JUR/36783/2015.

⁹⁶ Cámara Federal de Paraná, 24-oct-2019, Cita: Microjuris MJ-JU-M-121819-AR | MJJ121819; Rubinzal Online; 15457/2018 RC J 11840/19.

⁹⁷ Cámara Federal de Apelaciones de Paraná, 16-ago-2019, Microjuris MJ-JU-M-120635-AR | MJJ120635.

⁹⁸ Cámara Federal de Apelaciones de San Martín Sala I, 18-mar-2020 Cita: MJ-JU-M-124715-AR | MJJ124715.

⁹⁹ Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro, 4-jun-2019, Cita: Microjuris MJ-JU-M-119641-AR | MJJ119641.

10. Los recursos más limitados de la pandemia ¿han frenado el ritmo del amparo?

10.1. Introducción.

La emergencia sanitaria generó respuestas del poder administrador, pero también del poder judicial, los organismos internacionales y regionales¹⁰⁰, los grupos académicos y, en menor extensión, del poder legislativo.

Con realismo, puede afirmarse que hace más de cien días, la República Argentina es gobernada por decretos de necesidad y urgencia (de ahora en adelante DNU) que, a su vez, van modificando la situación según las cambiantes circunstancias. Así, por ej., en lo que a este trabajo interesa, a los pocos días de haberse declarado la emergencia, las excepciones a la prohibición de circular se ampliaron, habilitando a personas con discapacidad, entre las que se incluyó el colectivo de “trastorno del espectro autista”, para realizar breves salidas en la cercanía de su residencia, junto con un familiar o conviviente, fijando requisitos para ejercer esa facultad¹⁰¹. Esa nueva intervención generó que un tribunal de apelaciones declarara abstracta la petición de autorizar salidas terapéuticas a favor de un joven con “trastorno generalizado del desarrollo, trastorno del espectro autista y

¹⁰⁰ A vía de ej., ver Programa de las Naciones Unidas sobre el VIH/SIDA (ONUSIDA), *Los derechos humanos en tiempos de Covid-19, Lecciones de VIH para una respuesta efectiva dirigida por la comunidad*, https://www.unaids.org/sites/default/files/media_asset/human-rights-and-covid-19_es.pdf; Red Europea de instituciones nacionales de Derechos Humanos, *La necesidad de los derechos humanos en las respuestas de Covid-19 en Europa*, <http://ennhri.org/wp-content/uploads/2020/04/ENNHRI-Statement-on-COVID-19-23-April-2020.pdf>; Comité Europeo de Derechos Sociales, *El derecho a la protección de la salud en tiempos de pandemia*, 22/4/20, <https://rm.coe.int/statement-of-interpretation-on-the-right-to-protection-of-health-in-ti/16809e3640>; Comité de Derechos Económicos, sociales y culturales, *Declaración sobre la pandemia de enfermedad por coronavirus (Covid-19) y los derechos económicos, sociales y culturales*, <https://jurisprudencia.mpd.gov.ar/Jurisprudencia/Forms/DispForm.aspx?ID=3094&source=https://jurisprudencia.mpd.gov.ar/Jurisprudencia/Forms/voces.aspx?voces=DESC>; Organización Mundial de la Salud, Oficina de Naciones Unidas para la coordinación de asuntos humanitarios y comité internacional de la Cruz Roja, *COVID-19: How to include marginalized and vulnerable people in risk communication and community engagement*, https://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/COVID-19_CommunityEngagement_130320.pdf, etc.

¹⁰¹ ALONSO SAINZ, Guillermo C. con la colaboración de Carla D. Cassaglia. *Modalidades y alcances para la ejecución de la resolución 77/2020 en la cuarentena. La necesidad del concepto amplio de la discapacidad: físico y mental*, Citar: elDial.com - DC2A35, publicado el 17/04/2020.

retraso mental en un contexto de aislamiento obligatorio, pues “no hay obstáculo alguno para que, con la documentación pertinente en mano, efectúe las salidas recomendadas por el médico tratante, esto es, por el lapso de dos horas por día¹⁰². Igual resultado procesal (sobreseimiento) tuvo el pedido de una persona con discapacidad para que se le otorgue prioridad en los vuelos de repatriación en tanto se probó que ella “se embarcará y regresará en el vuelo programado para el próximo 26 de abril, y que su nombre está incluido en la lista de pasajeros para abordar la aeronave, con conocimiento del código de reserva respectivo”¹⁰³.

A veces, la respuesta del legislativo cubre baches que con anterioridad los jueces llenaron en casos individuales. Así, por ej., frente a la necesidad de proteger a los trabajadores de la salud y las carencias existentes, tal como lo prueban las sentencias que reseño más adelante, el 8 de junio, en el boletín oficial, se publicó la ley 27548 “Programa de Protección al Personal de Salud ante la pandemia de coronavirus COVID-19”, con vigencia “mientras dure la emergencia sanitaria causada por el coronavirus COVID-19.....”. Interesa especialmente el art. 4 que dispone: Principio de Bioseguridad. Los establecimientos de salud deben garantizar medidas de bioseguridad. Se deben priorizar las áreas de los establecimientos dedicadas específicamente a la atención y toma de muestras de casos sospechosos o confirmados de COVID-19, como así también en aquellas áreas en que haya un mayor riesgo de contagio”.

Los doctrinarios también han hecho escuchar su voz. Así, por ej., frente a las patentes de medicamentos y su incidencia sobre los costos y dificultad de circulación, el Centro de estudios interdisciplinarios de Derecho industrial y económico de la universidad de Bs. As., emitió un documento bajo el título “Pandemia por el covid-19: propiedad intelectual para el acceso a

¹⁰² Cámara de Apelaciones en lo Contencioso administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sala II, 07/04/2020, Cita Online: AR/JUR/8833/2020; la decisión de primera instancia había sido emitida por el Juzgado en lo Contencioso administrativo y Tributario Nro. 10 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, el 22/03/2020, Cita Online: AR/JUR/3348/2020. Una autorización similar para una persona carente de salud mental fue otorgada por el Juzg. Fam. N° 11, General Roca, Río Negro; 27/03/2020; Rubinzal Online; A-2RO-215-F16-14 RC J 1399/20 y Cita: MJ-JU-M-124748-AR | MJJ124748.

¹⁰³ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, sala A, 24-abr-2020, Cita: MJ-JU-M-125230-AR | MJJ125230 | MJJ125230.

medicamentos”¹⁰⁴. Expresa que, “aun cuando todavía no existe un medicamento, vacuna o tratamiento de comprobada eficacia y seguridad, ciertos elementos (productos o procedimientos) pueden verse protegidos por derechos de propiedad intelectual, especialmente por patentes, impactando en el acceso a los mismos a lo largo de toda la cadena, desde el proceso de creación hasta la comercialización (investigación, desarrollo, innovación y acceso)”. Dentro de ese contexto, el documento analiza las licencias obligatorias con una visión comparativa, dando un panorama sobre cómo han reaccionado los principales estados para resguardar y garantizar el derecho a la salud de la población.

Como es sabido, declarada la emergencia por el Poder Ejecutivo, el Poder Judicial suspendió sus actividades; en consecuencia, como regla, para la tramitación, las peticiones exigían una declaración de “habilitación de la feria judicial”. Esta situación permaneció, en casi todo el país, prácticamente hasta fines de junio, etapa en la que algunos jueces acuñaron fórmulas variadas, como las siguientes:

- “No es posible soslayar que la pandemia ha obligado a aunar los esfuerzos de los tres poderes del Estado Nacional y de las provincias para combatir la transmisión de la enfermedad, y que las medidas adoptadas en ese contexto implican múltiples restricciones que por su naturaleza han debido ser acompañadas por la comprensión de la sociedad. Todo ello implica también que se debe ponderar cuidadosamente el tratamiento de cuestiones sometidas al poder jurisdiccional que *en tiempos de normalidad sanitaria podrían tener una solución diferente*. Ante las restricciones señaladas sumadas a las dificultades generadas por la escasa dotación de recursos y personal disponible, llevan a que los tribunales prioricen la habilitación de aquellos asuntos en los que se encuentran *en riesgo las prestaciones de salud o la efectiva atención sanitaria*”¹⁰⁵.
- “Dada la función de resguardo del derecho a la salud que las obras sociales tienen encomendada por el carácter tuitivo que les da razón de ser, deben prestar con prisa las prestaciones de salud, no sólo por las

¹⁰⁴ <http://www.derecho.uba.ar/investigacion/pdf/covid-19-medicamentos.pdf>.

¹⁰⁵ Cámara Nacional de apelaciones en lo Civil y Comercial federal - sala feria A 22/4/2020, [tps://abogados.com.ar/resuelven-respecto-al-pedido-de-feria-extraordinaria-en-el-marco-de-un-amparo-de-salud/25859](https://abogados.com.ar/resuelven-respecto-al-pedido-de-feria-extraordinaria-en-el-marco-de-un-amparo-de-salud/25859).

consideraciones jurídicas y constitucionales que enmarcan el caso, sino en razón de que en estos tiempos los *adultos mayores no activos* se encuentran frente a un estado de vulnerabilidad agravado a causa de una amenaza que silenciosa pero constantemente los acecha por afuera, hecho que redobla el deber de remover los obstáculos que se les interpongan”¹⁰⁶.

Ahora bien, más allá de algunas predicciones, finalmente equivocadas, en torno a que la justicia intervendría de modo muy excepcional, las sentencias que reseño muestran que los amparos (colectivos e individuales) tramitados y acogidos en época de pandemia no han sido pocos¹⁰⁷.

Lamentablemente, las cuestiones de *competencia*, que tanto dilatan injustamente los procedimientos, no cesaron durante la emergencia, aún en casos de extrema urgencia, como es el caso de las personas adultas mayores que residían en un geriátrico de la Provincia de Buenos Aires, que cerró por no estar equipado para resguardar a sus habitantes durante la pandemia de COVID-19; la CSN dirimió parcialmente el conflicto; dijo que la competencia es provincial “pues la actora no ha individualizado ni concretado los hechos u omisiones de carácter antijurídico en que habrían incurrido las autoridades nacionales de los que se derive un daño, por lo que no se advierte que el Estado Nacional esté sustancialmente demandado, esto es, que tenga un interés directo en el pleito que surja en forma manifiesta de la realidad jurídica expuesta”. Para atemperar los seguros conflictos posteriores a su decisión, afirmó que “de plantearse nuevos conflictos, podrían llegar a configurar un caso de privación jurisdiccional, e incluso, comprometer el derecho a la salud”, por lo que remitió las actuaciones a la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires para que decida cuál es el tribunal competente con arreglo a las disposiciones locales¹⁰⁸. Advierto que la estrategia funcionó, porque dos días después de la emisión de la decisión por la CSN, el 7/5/2020, el Superior tribunal de Bs. As. había dictado la siguiente resolución: “En atención a lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el

¹⁰⁶ Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires n° 6, 29-abr-2020, Cita: MJ-JU-M-125346-AR | MJJ125346 | MJJ125346.

¹⁰⁷ GONZÁLEZ MAGAÑA, Ignacio, *El coronavirus y el derecho a la salud*, LA LEY 09/04/2020, p.18 - DFyP 2020 (mayo), 05/05/2020, 125, Cita Online: AR/DOC/1013/2020.

¹⁰⁸ CSN, 05/05/2020, LA LEY 14/05/2020, p. 6 - JA 10/06/2020, p. 53 - LA LEY 26/06/2020 p. 8, Cita Online: AR/JUR/15028/2020.

sentido de que la cuestión es propia de la jurisdicción provincial, tratándose de una acción de amparo que requiere urgente despacho y teniendo en consideración el lugar en el que los actos impugnados tienen efecto, gírense sin más trámite las actuaciones al Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial N° 1 del Departamento Judicial Lomas de Zamora-Sede Avellaneda, a los efectos de su tramitación. Radíquese electrónicamente la presente causa en el mencionado órgano jurisdiccional”¹⁰⁹.

Numerosas pautas que dominaban en la jurisprudencia anterior a marzo de 2020 continuaron. Así, por ej., se ordenó a la obra social la cobertura integral del 100 % de la práctica oncológica prescripta por el médico tratante, por estar probado que ofrece mayor posibilidad de control local con altas dosis, menor toxicidad (aguda y tardía) y aumento de la supervivencia libre de enfermedad; no se trata de elegir un tratamiento en vez de otro, sino de brindar el mejor aconsejado para optimizar el estado de salud del paciente o, al menos, evitar su agravamiento”¹¹⁰.

Resumo, ahora, algunos casos judiciales que muestran peculiaridades de la emergencia sanitaria.

10.2. Acciones colectivas

a) Comedores populares

Antes de la pandemia, numerosos NNA en condiciones de vulnerabilidad comían en comedores escolares; declarada la emergencia, y suspendidas las clases presenciales, quedaron desprotegidos. Un juez de la ciudad de Bs As¹¹¹ invisibilizó esta necesidad y rechazó la pretensión destinada a garantizar la entrega de las viandas en establecimientos educativos de gestión estatal pues, “más allá de las alegaciones genéricas sobre el cierre de los comedores, no hay una demostración circunstanciada sobre la relación entre este hecho y la privación efectiva del derecho a la alimentación del colectivo, máxime cuando el Poder Judicial debe ser especialmente cauto con el dictado de decisiones que impliquen contramarchas con la estrategia oficial de aislamiento social y menor

¹⁰⁹ Agradezco la información a los Dres. Carlos Camps y Ana María Chechille.

¹¹⁰ Cámara Federal de Apelaciones de Bahía Blanca, 14 de mayo de 2020, Cita: MJ-JU-M-125648-AR|MJJ125648|MJJ125648.

¹¹¹ Juzgado de 1° instancia en lo contencioso administrativo y tributario (de Turno), 29/03/2020, La Ley Online, Cita Online: AR/JUR/6297/2020.

contacto posible para disminuir la curva de contagio”. “En esta coyuntura, en la medida en que no se prueba de un modo indubitable lo contrario, cabe presumir que en la adopción de medidas como el asueto administrativo, que apuntan a desalentar las aglomeraciones y traslado de gente, las autoridades responsables han tomado las precauciones suficientes para no privar, a la ciudadanía en general y a los grupos más vulnerables en particular, de la satisfacción de sus necesidades más básicas”.

b) Condiciones de bioseguridad para profesionales de la salud

Otro juez de la CABA¹¹² no desoyó el llamado de los profesionales que, prestando servicios en un prestigioso hospital, se quejaron (como se vio en la jurisprudencia anterior) porque deben trabajar sin las condiciones de bioseguridad requeridas. La queja no se limitó a señalar las carencias, sino que propuso medidas concretas para evitar contagios referidas, incluso, al ingreso y egresos de personas. En definitiva, y después de una serie de reuniones y peticiones en otros expedientes, la pretensión cautelar quedó reducida a “se ordene al Gobierno de la CABA que disponga lo necesario para la instalación de un sistema de circulación hospitalario adecuado y para la re-funcionalización de dos unidades”. El juez analizó la prueba rendida y, reconociendo que se trata de cuestiones técnicas que, como regla, debe solucionar la administración, hizo lugar parcialmente a la cautelar y ordenó a la demandada que (i) arbitre las medidas tendientes a garantizar una adecuada señalización e implementación de elementos de bloqueo, seguros y estables en relación con su plan de circulación diferenciada entre pacientes y personal con y sin COVID-19, con el objeto de mitigar y/o evitar el contagio de la enfermedad entre infectados y no infectados que pudieren producirse por una eventual circulación cruzada y (ii) arbitre las medidas tendientes a proteger a los pacientes y profesionales de la salud que sean atendidos y cumplan funciones en las UTA y las UFU, a fin de reducir y/o evitar la posibilidad de contagio del virus, todo ello dentro del marco de estas Unidades y producto de los problemas de espacio y de hábitat externo referidos por el perito, recordando como elemento esencial su ubicación exterior”.

¹¹² Juzgado de 1ra instancia en lo contencioso administrativo y tributario n° 17 secretaria n° 34, 5/6/2020, elDial.com - AABC8F, publicado el 11/06/2020.

c) Medidas de prevención especiales en establecimientos psiquiátricos

Un tribunal de primera instancia hizo lugar a un amparo deducido por una asociación civil, y ordenó al gobierno de la ciudad: (i) proveer a los hospitales psiquiátricos de la CABA elementos de higiene y seguridad (jabón, toallas, alcohol en gel) para el cuidado y prevención del contagio del COVID 19 para el uso en servicios, pabellones y consultorios externos, así como del resto de los elementos que los protocolos de salud vigentes indiquen para los hospitales monovalentes de salud mental; (ii) en el plazo de tres días, elabore un protocolo de actuación específico para los hospitales psiquiátricos teniendo en cuenta la situación particular que atraviesan las personas con discapacidad psicosocial que se encuentran internadas, respetándose los derechos enumerados en del art. 7 de la Ley 26.657, e informar de manera clara a todo el personal de salud mental de los hospitales los protocolos de actuación vigentes o a adoptarse; (iii) a través de los profesionales que designe, *comunicar en lenguaje claro* (respetando los lineamientos establecidos en el art. 7 inc. J) la Ley 26.657) a la población internada en hospitales psiquiátricos, las medidas de cuidado para prevenir, mitigar o evitar el contagio del COVID 19; (iv) garantizar el derecho a la comunicación de los pacientes internados en los hospitales psiquiátricos, tanto con sus familiares como con sus defensores e informar en el plazo de tres días si los servicios y consultorios de los hospitales psiquiátricos públicos cuentan con telefonía fija, si se permiten realizar llamados, con qué frecuencia y bajo qué modalidad¹¹³.

d) Establecimientos hospitalarios diferenciados. Rechazo

Una asociación de personas asistidas con tratamientos de diálisis, solicitó a un juez que, mediante medidas cautelares: (i) habilite un establecimiento hospitalario propio para brindar atención de diálisis a los pacientes portadores de insuficiencia renal crónica terminal que padezcan COVID-19, en condiciones adecuadas de internación y aislamiento; (ii) habilite un establecimiento especial para atender en aislamiento y hasta tanto se efectúe el descarte o confirmación del caso los tratamientos de diálisis a todos los pacientes portadores de insuficiencia renal crónica terminal que se determinen

¹¹³ Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, n° 12, 14-may-2020, Cita: MJ-JU-M-125591-AR | MJJ125591 y cita on line AR/JUR/16275/2020.

como casos sospechosos de Covid19 o contactos estrechos de pacientes de Covid-19; y (iii) arbitre las medidas pertinentes para garantizar los adecuados traslados de todos los pacientes renales crónicos en tratamiento de diálisis que padezcan y/o sean sospechosos y/o contactos estrechos de Covid-19.

El juez rechazó la petición. Además de discutir la legitimación y los inconvenientes propios del sistema, sostuvo, razonablemente, que el contenido las medidas apunta a decisiones que, a priori, se presentan como de resorte exclusivo de las competencias y facultades propias de la autoridad ejecutiva, en tanto órgano especializado en la materia en ciernes y, sobre el particular, las afirmaciones vertidas en el escrito de demanda no vienen acompañadas de elementos probatorios de suficiente entidad¹¹⁴.

e) Medidas de aislamiento y prevención de personas que han tenido contacto con personas infectadas

Un defensor oficial se presentó a un juez e informó que “uno de los habitantes que reside en el Centro de Integración Complementario Ernesto “Che” Guevara Proyecto 7 fue testado de manera positiva, motivo por el cual fue derivado al Hospital General de Agudos J.M. Penna”. En consecuencia, solicitó que (i) “se ordene al Gobierno de la CABA (por conducto de la autoridad administrativa que corresponda y con la urgencia que el caso amerita) proceda a brindar test PCRs a la totalidad de personas que residen y a las que trabajan en el centro; (ii) se aplique el artículo 9 del Protocolo de actuación ante sospecha y/o confirmación de COVID-19 y se ordene a los habitantes del Centro que queden en estado de cuarentena total, que se impidan nuevos ingresos, y al Gobierno de la ciudad que disponga la medidas necesarias para evitar la salida de personas que allí residen.

Con base en el derecho a la salud previsto en las convenciones internacionales tantas veces mencionadas, el juez¹¹⁵ hizo lugar a la primera petición y omitió pronunciarse sobre la segunda dadas las explicaciones brindadas por la demandada.

¹¹⁴ Juzg. Cont. Adm. y Tributario N° 14, Ciudad Autónoma de Buenos Aires; 16/04/2020; Rubinzal Online; RC J 1570/20.

¹¹⁵ Juzg. Cont. Adm. y Tributario N° 16 Ciudad Autónoma de Buenos Aires; mayo 2020 Citar: elDial.com – AABCC, publicado el 13/05/2020.

f) Atenciones a personas adultas mayores en las farmacias sin restricciones especiales

Una conocida cadena de farmacias restringió el acceso de los afiliados de PAMI al no atenderlos los días sábados, domingos y feriados y los restantes días otorgando sólo 30 números diarios para su atención. Un tribunal formoseño¹¹⁶ hizo lugar a la medida auto satisfactiva solicitada por el apoderado del PAMI y ordenó a la empresa el cese de cualquier restricción en la atención a los afiliados del mencionado instituto, debiendo otorgárseles, un tratamiento preferente mientras dure la emergencia sanitaria. El tribunal entendió que, si bien no resulta cuestionable fijar restricciones para evitar aglomeraciones, la atención de los jubilados no puede verse afectada por la restricción de personal por ser, justamente, la población más vulnerable a la enfermedad (los afiliados del Instituto son jubilados mayores de 60 años, en su mayoría). De allí que la empresa debe garantizar la atención y arbitrar todos los medios necesarios para cubrir las necesidades, respetando las medidas de prevención que sean necesarias.

10.3. Acciones individuales

a) Provisión de elementos de protección a personas que trabajan en situación de riesgo

Independientemente de las acciones colectivas reseñadas, algunas personas han actuado en forma individual. Así, por ej., cautelarmente, se ha ordenado al Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires “reforzar la seguridad laboral del peticionante, quien se desempeña como enfermero de un neuropsiquiátrico, mediante la provisión de barbijos de protección individual en cantidad suficiente, pues es innegable que en dicho ámbito laboral la posibilidad de propagación de la enfermedad es mayor aún y el único remedio, a fin de evitar su contención, es el acabado cumplimiento de la normativa específica”. En suma, si las tareas desarrolladas por el amparista en el nosocomio están exceptuadas del “aislamiento social

¹¹⁶ Juzg. Fed. N°1, Formosa, Formosa; 26/03/2020; Rubinzal Online; 1325/2020 RC 1262/20, Cita: MJ-JU-M-124474-AR | MJJ124474. Para el tema de la discriminación contra las personas de mayor edad, ver LAFERRIERE, Jorge Nicolás, *Priorización de recursos en salud y la prohibición de discriminación por edad en tiempos de pandemia*, <https://abogados.com.ar/priorizacion-de-recursos-en-salud-y-la-prohibicion-de-discriminacion-por-edad-en-tiempos-de-pandemia/26035>.

preventivo y obligatorio y de la prohibición de circular, ello implica arbitrar un mayor celo y resguardo en la protección de su salud”¹¹⁷.

b) Limitación de carga horaria de personal de la salud en riesgo

El personal de la salud también se queja de la recarga horaria en condiciones de riesgo. La justicia ha respondido a esa queja. Así, se acogió el amparo iniciado por quienes se desempeñan como enfermeras en la terapia intensiva de neonatología de un hospital público y se condenó al Gobierno de la CABA a programar y/o reprogramar las guardias asignadas a aquellas, de manera tal que se ajusten a jornadas laborales de seis (6) horas diarias y hasta treinta (30) horas semanales, los días sábados, domingos, feriados, asuetos y días no laborales, sin afectar las sumas que perciben en concepto de salario, en la medida en que realicen tareas de enfermería que la Ley califica como insalubres, considerando su derecho a la limitación razonable de las horas de trabajo”¹¹⁸.

c) Vencimiento del certificado de discapacidad

Normalmente, la provisión de tratamientos y medicamentos requiere un certificado de discapacidad vigente. ¿Qué ocurre si ese certificado venció durante la pandemia?

Con toda lógica, a través de medidas cautelares solicitadas en un amparo, los jueces han decidido, por ej., que “las prestaciones oftalmológicas deben continuar prestándose a favor de un adolescente de 13 años, pues si bien la renovación del certificado no ha sido aún extendida, ya cuenta con turno para la realización del examen pertinente, situación que se ha visto demorada por las actuales condiciones de circulación y parálisis del funcionamiento normal de la administración pública, con motivo de las medidas dictadas para prevenir las consecuencias de la pandemia. Además, la demandada conocía la situación del adolescente hasta el instante en que sobrevino el fenecimiento de su vigencia, en tanto se encontraba brindándole

¹¹⁷ Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala VIII, 12/06/2020, LA LEY boletín de 26/06/2020, p. 6, Cita Online: AR/JUR/18547/2020. En igual sentido, Juzg. Nac. Trab. de Feria; 01/04/2020; Rubinzal Online; RC J 1302/20; Juzg. Cont. Adm. y Tributario N° 13, Ciudad Autónoma de Buenos Aires; 13/04/2020; Rubinzal Online; J-01-00020004-9/2020-0 RC J 1519/20.

¹¹⁸ Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Juzgado VI, 18-may-2020, Cita: MJ-JU-M-125639-AR | MJJ125639.

la cobertura de las prestaciones. Desatender esta realidad por una sumisión mecánica a un requisito administrativo, en pleno trámite de renovación, importaría incurrir en un ritualismo excesivo con la consiguiente alteración de los valores en juego”¹¹⁹.

d) Internación en geriátricos

Pese a que los geriátricos son focos de alto riesgo, hay personas que no tienen otra alternativa. De allí que los jueces continúan haciendo lugar a cautelares y disponen que la obra social cubra la totalidad de la prestación de internación y rehabilitación en la residencia geriátrica solicitada, “aun cuando no puede afirmarse por falta de pruebas que dicha institución resulte imprescindible para brindar los servicios que requiere para la adecuada atención por la dolencia concreta y especial que padece, atento la actitud dilatoria y omisiva desplegada por la obligada, a pesar de conocer su deteriorado estado de salud”¹²⁰.

e) Entrega de medicamentos a portadores de HIV

Los medicamentos a personas vulnerables, portadoras de HIV deben seguir prestándose, en las condiciones legalmente previstas¹²¹.

f) Provisión de agua potable.

Las situaciones de vulnerabilidad extrema se han visibilizado aún más durante la emergencia sanitaria. Una persona interpuso un amparo para que se le aprovisionara de agua potable; relató que no tenía agua en su casa, por lo que recurría a una canilla pública que se encuentra en una placita a 100 metros del domicilio, mediante el acarreo de baldes por parte de sus hijos e inclusive de sus nietos; que la situación era insostenible debido a la grave emergencia sanitaria que, incluso, prohíbe la circulación y obliga al aislamiento cuando ni siquiera cuenta en su domicilio con la provisión de un elemento esencial para la salubridad, higiene y alimentación como lo es el agua potable para poder cumplir con las medidas de prevención de contagio

¹¹⁹ CNCiv. Com. Fed. Sala de Feria; 24/04/2020; Rubinzal Online; RC J 2412/20; Cita: MJ-JU-M-125302-AR | MJJ125302.

¹²⁰ Cámara Federal de Apelaciones de Paraná, 24-abr-2020, Cita: MJ-JU-M-125315-AR | MJJ125315.

¹²¹ Cámara Federal de Apelaciones de Tucumán, 21/5/2020, elDial.com - AABC62, publicado el 09/06/2020.

(por ej. correcta higiene de manos); en consecuencia, solicitó se ordenara a la empresa prestadora para que restableciera el servicio en su domicilio. El juez tuvo en consideración no sólo el marco normativo internacional e interno, tantas veces mencionado, sino que Goya, la ciudad de Corrientes donde vive el amparista, se encuentra afectada de otra enfermedad, el dengue que, si bien ha quedado un poco relegada en cuanto a la información por lo peligroso y extremadamente contagioso del virus Covid 19, existen casos positivos de infectados perfectamente identificados. En definitiva, el juez hizo lugar a la cautelar innovativa peticionada y ordenó a la empresa proveer dentro del plazo de 12 horas de notificada el servicio de agua corriente o potable a la peticionante y su grupo familiar conviviente, entre los que existen personas menores de edad, en su domicilio particular y por el plazo de 60 días, que podrá ser prorrogado si las autoridades nacionales o provinciales extienden el actual estado de emergencia sanitaria, bajo caución juratoria que la amparista deberá prestar por WhatsApp remitido desde el teléfono celular denunciado en la demanda..., o en su defecto en forma presencial ante la actuario debiéndose cumplir todas las medidas preventivas necesarias de salud dispuestas normativamente”¹²².

g) Asistencia terapéutica a un adolescente con autismo

Igualmente, se acogió la medida cautelar peticionada consistente en la *inmediata asistencia terapéutica* de un niño que se encuentra cursando el 6to. grado de la escolaridad primaria, durante toda la semana escolar y la vigencia del año calendario escolar 2020, que debe hacerse efectiva, previa caución juratoria, que podrá prestarse mediante escrito electrónico. El tribunal argumentó que, si bien el adolescente no concurre a la escuela por la suspensión de actividades escolares presenciales por el aislamiento social, preventivo y obligatorio decretado, el proceso educativo se encuentra utilizando herramientas novedosas como las “clases virtuales” por medios telemáticos (classroom, zoom, microsoft teams, whatsapp, telegram, Google meet, etc.), a fin de que los alumnos puedan continuar con el proceso de aprendizaje escolar. De allí que, ante tal contexto, lejos de mitigarla, la ausencia de clases refuerza la necesidad de asistencia profesional del adolescente, dado que las prestaciones requeridas tienen el objeto de remover los obstáculos para que su condición de salud no sea un impedimento para

¹²² Juzgado CC n° 2, Goya, Corrientes; 14/04/2020; Rubinzal Online; 38807/2020 RC J 1614/20.

su desarrollo, ni se constituya en motivo para su exclusión de la escuela primaria, gratuita y obligatoria que el Estado Argentino tiene el deber de garantizar”¹²³.

10.4. La respuesta negativa. La corrupción y su impacto en las prestaciones de salud

La jurisprudencia reseñada permite responder a la pregunta y decir que la limitación de los recursos no ha frenado el ritmo del amparo.

En mi opinión, una de las causas se vincula a la corrupción. Intento explicarme.

a) La corrupción, otra pandemia.

La corrupción parece ser un mal muy difícil de vencer en la mayoría de los países¹²⁴. No en vano, el Preámbulo de la Convención contra la Corrupción de Naciones Unidas, aprobada en Nueva York el 31 de octubre de 2003, que la Argentina incorporó al orden normativo interno por ley 26.097 (2006), dice: “Convencidos de que la corrupción ha dejado de ser un problema local para convertirse en un fenómeno transnacional que afecta a todas las sociedades y economías, lo que hace esencial la cooperación internacional para prevenirla y luchar contra ella”¹²⁵.

¹²³ CCC Sala I, Lomas de Zamora, Buenos Aires; 19/05/2020; Rubinzal Online; RC J 2552/20.

¹²⁴ Los penalistas vienen ocupándose del tema desde hace algunos años. Ver, por ej., entre muchos, BASILICO, Ricardo A y TODARELLO, Guillermo, *Negociaciones incompatibles con la función pública. Herramientas legales para controlar la corrupción*, Bs. As., ed Astrea, 2016; RIMONDI, Jorge L., *Calificación legal de los actos de corrupción en la administración pública*, Bs As, ed. Ad-hoc, 2005. La doctrina administrativista ha vuelto a despertarse. Una de las primeras luces fue encendida por GORDILLO, Agustín, *The future of Latin America: ¿Can the EU help?*, London, Esperia Publications Ltd, 2003; en España, GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *Corrupción ética y moral en las administraciones públicas*, Madrid, ed. Thomson/Civitas, 2006. En la Argentina, más recientemente, la Revista de Derecho administrativo n° 127, febrero 2020, dedicó ese número a “la transparencia en la gestión pública. Integridad, corrupción y acceso a la información pública”. Entre otros, de los artículos allí publicados, véase, MARTÍNEZ, Armando, *Transparencia y corrupción en materia de contrataciones públicas: conflictos de intereses* (p. 46/54).

¹²⁵ La Argentina también ratificó la Convención interamericana contra la Corrupción, por ley 24.759.

¹²⁶ Ver, especialmente, ACKERMAN, Susan Rose, *Corruption and Government. Causes.*

b) La corrupción y sus efectos sobre la economía.

Conforme estudios realizados¹²⁶, incluso interdisciplinarios¹²⁷, la corrupción tiene efectos devastadores sobre la economía de los pueblos, especialmente, los más pobres.

c) La corrupción y sus efectos sobre el sistema democrático y los derechos humanos

Tampoco se discute que la corrupción perjudica de modo trágico el sistema democrático¹²⁸ y, en general, a la debida protección de los Derechos Humanos¹²⁹.

d) Escasa respuesta a un fenómeno antiguo.

La poca eficacia de la lucha contra la corrupción sorprende, dado que se trata de un fenómeno antiguo. Las obras de Platón, Aristóteles y Cicerón testimonian la existencia de corrupción. Hace prácticamente veinte siglos, Petronio se preguntaba: “¿Qué puede hacer el legislador cuando sólo reina el dinero?”. Como dato anecdótico, los historiadores cuentan que en la República romana se prohibía a quienes pretendían ser candidatos en las elecciones, “emblanquecer” sus togas para seducir mejor al pueblo. En esa época, *candidatus* significaba “el que ha sido blanqueado”¹³⁰.

La cuestión es particularmente grave en América Latina; coincido con Agustín Gordillo quien afirma que “la corrupción y el clientelismo, incrustado por siglos en la cultura latinoamericana, está en las raíces de sus problemas económicos, sociales y políticos”¹³¹. En el mismo sentido, al abrir el 59 Período Extraordinario de Sesiones de la Corte IDH, el 27 de agosto de 2018, Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot dijo¹³²: “Este 40 Aniversario nos encuentra en una época de crisis global profunda; realidad a la que, desafortunadamente, nuestra región no es ajena. América Latina muestra una profunda inequidad social y se perpetúa como la región más desigual del mundo.

Consequences and reform, 1999; VIRGOLINI, Julio, *Delitos de cuello blanco, crimen organizado y corrupción*, Bs As., ed. Del Puerto, 2004, p239 y ss.

¹²⁷ RODRIGUEZ GARCÍA, Nicolás y CAPARROS, Eduardo F (coordinadores) *La corrupción en un mundo globalizado. Análisis interdisciplinar*, Salamanca, ed. Ratio Legis, 2004. El libro contiene, además de la presentación, 22 trabajos sobre distintos temas vinculados a la corrupción; MALEM SEÑA, Jorge F., *La corrupción. Aspectos éticos, económicos, políticos y jurídicos*, Barcelona, ed. Gedisa, 2002.

La Comisión Económica para América Latina y el Caribe informa que, en este año, 187 millones de personas viven en condiciones de pobreza y 62 millones en condiciones de pobreza extrema. Observamos con preocupación el crecimiento de diversas formas de discriminación y violencia frente a las diversidades humanas”. “*La corrupción desafía a nuestras instituciones y democracias, como nunca lo hizo*” (las cursivas están agregadas).

El sector de la salud no escapa al fenómeno. En 2008 se calculaba que “el monto ascendía a tres billones de dólares al año y, si bien la mayoría de los empleados del sector desempeñan sus funciones con diligencia e integridad, hay evidencia de sobornos y fraudes, desde pequeños robos y extorsiones a distorsiones masivas de la política y la financiación alimentadas por comisiones ilegales a funcionarios, tal y como ha denunciado por la organización *Transparencia Internacional*”¹³³.

Por eso, extraña la poca jurisprudencia existente sobre un tema que, por ser tan general y dañino, debería ser objeto de mayor tratamiento por parte de los jueces¹³⁴. En Italia, país en el que explotó el conocido fenómeno judicial de “*mano puliti*”, pasados los años, la doctrina se pregunta “qué ha quedado del aparente triunfo de la revolución de los jueces, que tantas esperanzas había suscitado en la primera mitad de los años noventa”. Lamentablemente, la respuesta es: “La ilusión de la llamada *Segunda República*, que prestara atención a la ética pública, nacida de las cenizas de un sistema político consumido por la corrupción, se apagó prontamente”¹³⁵.

¹²⁸ CALSAMIGLIA, Albert, *Cuestiones de lealtad. Límites del liberalismo: corrupción, nacionalismo y multiculturalismo*, Barcelona, Paidós, 2000.

¹²⁹ Cuadernillo de jurisprudencia de la Corte IDH n° 23 *Corrupción y derechos humanos*, 2019.

¹³⁰ Ver todos estos datos en FAROUZ-CHOPIN, Frédérique, *La lutte contre la corruption*, ed. Presses Universitaires de Perpignan, 2003, p. 13.

¹³¹ GORDILLO, Agustín, *The future of Latin America: Can the EU help?*, London, Esperia Publications Ltd, 2003, p. 11.

¹³² Compulsar Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 18: Jurisprudencia Contenciosa sobre El Salvador.

¹³³ AUSÍN, Txetxu, *Conflicto de valores en la investigación farmacéutica: entre la salud pública y el mercado*, *Ciencia, Pensamiento y Cultura*, ARBOR, CLXXXIV 730 marzo-abril (2008) 333-345 ISSN: 0210-1963

¹³⁴ Para el tema en Italia, ver VINCIGUERRA, Giulio, *La corruzione nella giurisprudenza*, Padova, Cedam, 2004.

¹³⁵ DELLA PORTA, Donatella e VANNUCCI, Alberto, *Mani impunita. Vecchia e nuova corruzione in Italia*, Roma/Bari, ed. Laterza, 2007, p.3

En la Argentina, sólo en pocas ocasiones los jueces han tenido oportunidad de ejercer algún control sobre licitaciones amañadas en el ámbito de la salud. En tales casos, han intentado que las barreras a la corrupción no perjudiquen la provisión; así, por ej. en lugar de disponer la suspensión total de los actos administrativos cuestionados, medida que implicaría una demora en la provisión de medicamentos oncológicos y contra el HIV, se ordenó cautelarmente permitir a la amparista participar en el procedimiento de las licitaciones *que se encuentran en estado de preselección* y, de este modo permitir la continuidad del procedimiento y no frustrar definitivamente el derecho de quien alegaba estar excluido en beneficio de otra empresa¹³⁶.

En alguna ocasión, ha confirmado sanciones que muy esporádicamente la administración impone a sus funcionarios y empleados infieles; así, por ej., se rechazó la acción procesal administrativa interpuesta por los médicos que pretendían la nulidad de la resolución del Instituto de Seguridad Social que les impuso una sanción de suspensión de 30 días, pues, “con base en la prueba de cargo producida, el ente administrativo tuvo por cierto que habían incurrido en falta grave por incluir en las liquidaciones servicios no prestados, cobrar más de lo que establecía el arancel vigente y usar cualquier tipo de ardid o engaño para provocar perjuicio al organismo provincial, los afiliados y otros prestadores”¹³⁷.

Pues bien, desafortunadamente la corrupción no cesó durante la pandemia; antes bien, parece haberse profundizado, como explica un artículo de Natalie Kitroeff y Mitra Taj, bajo el título «Los villanos del coronavirus en América Latina: especuladores de equipos de protección y funcionarios corruptos»¹³⁸. En efecto, los diarios informan sobre pago de precios exorbitantes en las compras de materiales necesarios para combatir el coronavirus (máscaras, ropas para personal de la salud), otorgamiento de una pensión vitalicia a un ex funcionario público condenado por corrupción y otros hechos similares.

Frente a este despilfarro impune, la información periodística sobre el fuerte déficit fiscal generado por “las medidas implementadas por el Poder Ejecutivo Nacional para sostener los ingresos de las familias, el empleo y la producción” no detiene al juez, que no duda en ordenar al

¹³⁶ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal Sala IV, 12-mar-2019, Cita: MJ-JU-M-117779-AR | MJJ117779.

¹³⁷ STJ, La Pampa; 10/02/2020; Rubinzal Online; 128181 RC J 3299/20.

Estado que haga efectivas prestaciones de salud a personas o grupos vulnerables de la sociedad. Más aún, por ej., respecto al derecho a la educación de NNA, un juez condenó al gobierno de la ciudad a que en el plazo de cinco (5) días, “proceda a entregar a todos los alumnos y alumnas que concurren a establecimientos educativos de gestión pública o de gestión privada con cuota cero y que se encuentren en situación de vulnerabilidad social, un dispositivo informático adecuado (computadora portátil, notebook o tablet) para acceder a internet y realizar las tareas escolares que garanticen su continuidad pedagógica en modalidad virtual o a distancia; como así también, a que en el mismo plazo proceda a la instalación en la totalidad de las villas, barrios de emergencia y/o asentamientos de la ciudad, de equipos tecnológicos de transmisión de internet inalámbrica, similares a los que actualmente se encuentran dispuestos por el gobierno en plazas y espacios públicos, en cantidad y ubicación suficiente como para brindar un estándar mínimo de conectividad inalámbrica libre. Ello, por cuanto se encuentra acreditado el menoscabo en el derecho a la educación en condiciones igualitarias que padecen los NNA en edad escolar en el actual contexto de suspensión de clases presenciales dado por situación de emergencia dictada por la pandemia de COVID-19, y la falta de medidas concretas adoptadas por la demandada para garantizar el derecho a la educación desde sus hogares, considerándose a la entrega de cuadernillos o libros como insuficiente ante la falta de contacto de los alumnos con los docentes”¹³⁹.

Un rayo de luz aparece cuando la administración responde al derecho a la información del habitante. En este sentido, alivia leer la decisión¹⁴⁰ que sobreseyó el amparo con fundamento en que “si bien el Gobierno de la CABA no aportó en sede administrativa respuesta alguna a la solicitud de información que requería comunicara cuántos reactivos adquirió para hacer la prueba del coronavirus COVID-19, cuántos recibió por parte del Gobierno Nacional, cuántas personas en situación de aislamiento tiene el Hospital Álvarez y cuántas de estas ya se hicieron el test, contestó dentro del

¹³⁸ El artículo traducido fue publicado en <https://www.infobae.com/america/the-new-york-times/2020/06/22/los-villanos-del-coronavirus-en-america-latina-especuladores-de-equipos-de-proteccion-y-funcionarios-corruptos/>

¹³⁹ Juzg. Cont. Adm. y Tributario N° 2, Ciudad Autónoma de Buenos Aires; 08/06/2020; Rubinzal Online; J-01-00023700-7/2020-0 RC J 3094/20 y <https://www.diariojudicial.com/public/documentos/000/090/514/000090514.pdf>.

¹⁴⁰ Juzg. Cont. Adm. y Tributario N° 6, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 22/06/2020; Rubinzal Online; RC J 3485/20.

amparo interpuesto en sede judicial. Se debe tener en cuenta que el derecho de acceso a la información pública resulta trascendente como una forma de garantizar a los habitantes el control de las políticas públicas, la participación ciudadana y la transparencia en la gestión estatal; y estos momentos de emergencia sanitaria global sin precedentes, ocasionada por la pandemia, conllevan a reforzar aún más el mandato constitucional que recae sobre el gobierno local de brindar la información solicitada como forma de transparentar los actos de gobierno y permitir a la sociedad toda conocer la labor estatal efectuada para contener y mitigar la propagación del virus. Por tal motivo, los pedidos de acceso a la información vinculados con la emergencia sanitaria merecen un trato preferente, justamente por estar relacionados con los actos de gobierno tendientes a enfrentar la pandemia. La ciudadanía tiene el derecho de conocer la labor efectuada por aquellos que se supone deben velar por la salud de la población con mayor ahínco en estos momentos; la contracara es la obligación en cabeza del estado local de brindar dicha información sin escollos que encubran la intención de no cumplir el mandato constitucional de informar”.

11. Breves palabras de cierre

Alexis de Tocqueville decía: “Es de la esencia del Poder Judicial ocuparse de intereses particulares y dirigir su mirada sobre los pequeños objetos que se presentan a su vista; es también de la esencia de ese Poder, si no acudir por sí mismo en auxilio de aquellos que son oprimidos, estar sin desmayo a la disposición del más humilde de ellos. Por débil que se le suponga a éste, puede siempre forzar al juez a escuchar su reclamación y a responder a ella”.

Estas palabras son plenamente aplicables hoy, especialmente, si ese reclamo se vincula al derecho a la salud, que integra el bloque de constitucionalidad; si la Constitución es exigente, también deben serlo los jueces¹⁴¹.

¹⁴¹ GROSMAN, Lucas, *Escasez e igualdad*, Bs As, ed. Librería, 2008, 155 (prologo de Owen Fiss).