

**LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS A LA SALUD Y LA
SEGURIDAD SOCIAL EN ARGENTINA**

***PROTECTION OF RIGHTS TO HEALTH AND SOCIAL SECURITY
IN ARGENTINA***

VÍCTOR BAZÁN

*Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales.
Catedrático de Derecho constitucional y derechos humanos
Universidad Católica de Cuyo, Argentina¹.*

Artículo recibido el 2 de diciembre de 2016
Artículo aceptado el 12 de diciembre de 2016

RESUMEN

En este trabajo se examinará la paulatina plasmación de los derechos a la salud y la seguridad social en las cláusulas constitucionales de Argentina, con particular énfasis en la última reforma constitucional operada en 1994, que exhibe una fuerte textura social, tanto en sus propias normas como en las contenidas en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, a los que se ha adjudicado jerarquía constitucional (originaria o derivada), dando cuerpo al “bloque de constitucionalidad”. Asimismo, se analizará otro tema relevante en el marco del

¹ Profesor de Posgrado en la Universidad de Buenos Aires (UBA) y otras universidades argentinas y extranjeras.

Estado Constitucional y Convencional: la importancia de las políticas públicas en materia de derechos sociales y la necesidad de generar una matriz estructurada, coherente y sistemática en ese campo. Además, se estudiará la jurisprudencia que en el área ha desarrollado la Corte Suprema de Justicia de la Nación, para finalmente pasar a investigar críticamente una sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos contra Argentina, que ofrece puntos de conexión con los derechos a la salud y la seguridad social, intensamente vinculados a la dignidad humana.

PALABRAS CLAVE: Derechos a la salud y la seguridad social, políticas públicas en derechos sociales, Estado Constitucional y Convencional, jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia argentina, Corte Interamericana de Derechos Humanos.

ABSTRACT

This paper will examine the gradual implementation of the rights to health and social security in the constitutional rules of Argentina, with particular emphasis on the last constitutional reform made in 1994. This presents a strong social texture, either in its own rules or in the provisions of the international instruments on human rights that have been adjudicated constitutional hierarchy (primary or derived), shaping the “constitutionality block”. Another relevant topic will be analyzed within the framework of the Constitutional and Conventional State: the significance of public policies in terms of social rights and the need to generate a structured, coherent and systematized matrix in this area. In addition, the jurisprudence that the Supreme Court of Justice has developed in this matter, will be studied. Finally, a judgment issued by the Inter-American Court of Human Rights against Argentina will be critically analyzed. This ruling offers important connection points with the rights to health and social security, closely linked to human dignity.

KEY WORDS: Rights to health and social security, public policies on social rights, Constitutional and Conventional State, jurisprudence of the Supreme Court of Argentina, Inter-American Court of Human Rights.

SUMARIO

- 1. Apreciaciones introductorias.*
- 2. La gradual incorporación de pautas sobre los derechos a la salud y la seguridad social en las disposiciones constitucionales.*

3. *La modificación constitucional de 1994 y su influencia en el campo de los derechos humanos.*
4. *Políticas públicas y otras cuestiones.*
5. *La Corte Suprema y algunos criterios y premisas significativos en el área de la salud.*
6. *Algunos fallos relevantes de la Corte Suprema en torno al derecho a la seguridad social.*
7. *Dos decisorios cronológicamente cercanos del Máximo Tribunal argentino que condensan la protección concurrente del derecho a la salud y el derecho a la seguridad social.*
8. *Sucinto acercamiento crítico a un decisorio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos contra Argentina que contiene la vulneración de los derechos a la salud y la seguridad social.*
9. *Reflexiones finales.*

1. APRECIACIONES INTRODUCTORIAS

Inicialmente nos ocuparemos del modo como se ha desarrollado a través del tiempo la inclusión de previsiones sobre los derechos a la salud y la seguridad social en los dispositivos normativos constitucionales de Argentina.

A continuación, repasaremos la innovación constitucional de 1994 (última operada hasta el presente) y su impacto en el campo de los derechos humanos, para pasar a aportar sucintas apreciaciones sobre una sensible temática: las políticas públicas en materia de derechos sociales.

Seguidamente, abordaremos de manera sucesiva algunos criterios y pautas importantes dispensados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) en torno a tales núcleos temáticos: derecho a la salud y derecho a la seguridad social.

Luego, rememoraremos un par de fallos del Máximo Tribunal nacional que ponen en evidencia la confluencia de ambos derechos, para pasar a acercarnos críticamente a una sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) contra Argentina, que ofrece puntos de conexión con la problemática centralmente abordada aquí.

A modo de cierre propondremos ciertas apreciaciones recapitulativas, que se acoplarán a otras conclusiones volcadas en el nudo de esta contribución.

2. LA GRADUAL INCORPORACIÓN DE PAUTAS SOBRE LOS DERECHOS A LA SALUD Y LA SEGURIDAD SOCIAL

EN LAS DISPOSICIONES CONSTITUCIONALES

A. El texto original de la Constitución Nacional (C.N.), que data de 1853/1860 (lapso de tiempo en el que se desplegó el poder constituyente originario²), no incluyó referencia explícita alguna al *derecho a la salud*, aunque como veremos enseguida ello no significaba orfandad protectoria al respecto.

A modo de digresión, y para comprender más acabadamente la apreciación en punto al mantenimiento del ciclo constituyente originario hasta 1860³, vale efectuar algunas aclaraciones. El texto fundacional fue sancionado el 1 de mayo de 1853, sin la concurrencia de la disidente Provincia de Buenos Aires, y *proscribía expresamente su reforma hasta después de diez –10– años de ser jurada*. Sin perjuicio de ello, el 11 de noviembre de 1859 se celebró el denominado “Pacto de San José de Flores”, por medio del cual Buenos Aires se declaró parte integrante de la Confederación Argentina. En 1860, esto es, *dentro del plazo de vigencia de la prohibición de reforma* y sobre la base del nuevo esquema de estructuración política –ya con Buenos Aires incorporada al mismo–, se llevó a cabo una importante revisión y complementación del texto de 1853 que, entre muchas otras cosas, dispuso que se utilizara la denominación “Nación Argentina”.

B. Retomando el hilo descriptivo de este tramo del trabajo, luego sí hubo reformas en 1866 y 1898.

Cabe precisar que más adelante, en 1949, se dictó una nueva Constitución que rigió hasta 1956. Previamente, en 1955, se produjo un golpe militar que destituyó al gobierno constitucional encabezado por Juan Domingo Perón.

Tal Norma Básica de 1949, que exhibía una fuerte textura social (con énfasis en las relaciones laborales), contenía –ejemplificativamente– las siguientes previsiones:

- el art. 37.I.5 verbalizaba así la protección de la salud en el ámbito laboral (bajo el epígrafe de “Derecho a la preservación de la salud”): “El cuidado de la salud física y moral de los individuos debe ser una preocupación primordial y constante de la sociedad, a la que corresponde velar para que el régimen de trabajo reúna requisitos

² Median discrepancias doctrinarias sobre el punto, pues varios autores consideran a la de 1860 como una reforma constitucional y no como el cierre del poder constituyente originario inaugurado en 1853.

³ Ver para ampliar sobre el particular, BIDART CAMPOS, Germán J., Manual de la Constitución reformada, T° I, Ediar, Buenos Aires, 1996, pp. 375-376.

adecuados de higiene y seguridad, no exceda las posibilidades normales del esfuerzo y posibilite la debida oportunidad de recuperación por el reposo”;

▪ el art. 37.I.7, en el marco del “Derecho a la seguridad social”, estipulaba: “El derecho de los individuos a ser amparados en los casos de disminución, suspensión o pérdida de su capacidad para el trabajo promueve la obligación de la sociedad de tomar unilateralmente a su cargo las prestaciones correspondientes o de promover regímenes de ayuda mutua obligatoria destinados, unos y otros, a cubrir o complementar las insuficiencias o inaptitudes propias de ciertos períodos de la vida o las que resulten de infortunios provenientes de riesgos eventuales”; y

▪ el art. 37.III.5, titulado “Derecho al cuidado de la salud física”, disponía: “El cuidado de la salud física de los ancianos ha de ser preocupación especialísima y permanente”.

El 27 de abril de 1956 el presidente *de facto* General Pedro E. Aramburu dictó una proclama de *carácter constitucional*, por la que se dejó sin efecto la Constitución de 1949 y se restauró la Constitución de 1853, con sus “reformas” de 1860, 1866 y 1898.

Renacido el vigor jurídico de la Constitución histórica, en 1957 se incluyó a su texto el art. 14 *bis*, cláusula en la que puede vislumbrarse alguna alusión *tangencial* al tema del derecho a la salud (y *directa* al derecho a la seguridad social) cuando establece la obligación estatal de asegurar “los beneficios de la seguridad social, que tendrá carácter integral e irrenunciable” y un “seguro social obligatorio”⁴.

El precepto constitucional aludido en el párrafo anterior también estipula que en especial la ley establecerá, además del citado seguro social obligatorio, lo siguiente: jubilaciones y pensiones móviles; protección integral de la familia; defensa del bien de familia; compensación económica familiar; y acceso a una vivienda digna.

C. Asimismo, el art. 33⁵ de la Constitución vigente, añadido en 1860 y relativo a los *derechos implícitos*, fue de alguna manera tomado como base para cristalizar la protección del derecho a la salud ante la falta de referencia expresa sobre el particular, asociándolo por esa vía con el art. 14, *ibídem*, que consagra la protección de los derechos civiles. Quedaba, así, cubierta la tutela de la salud como derecho *individual*.

Pero aún resta margen de maniobra para avanzar en este camino de reflexión en la búsqueda de insumos desde el propio Preámbulo constitucional, básicamente en el tramo que preconiza “promover el bienestar general”, para permitir un abordaje de la *dimensión de la salud como bien colectivo*.

⁴ Además, modificó el art. 67, inc. 11, incluyendo la atribución del Congreso de la Nación de dictar el Código “del Trabajo y Seguridad Social” (que nunca fue sancionado), y que actualmente corresponde al art. 75, inc. 12.

⁵ La cláusula en cuestión dispone: “Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno”.

En esa línea, BIDART CAMPOS apunta que tal dimensión hace ver que “son numerosos los casos en que la denominada ‘salud pública’ (que aparece como bien jurídico con tutela penal en el código respectivo) sufre amenaza, riesgo o daño, e irradia desde lo colectivo y público consecuencias también dañinas para la salud individual o subjetiva. ¿No es el caso de la drogadicción, o del virus del SIDA, para proponer solamente algún ejemplo?...”⁶. Añadimos por nuestra parte que el bien jurídico “salud pública” recepta protección –además del marco penal– y según corresponda, de modo explícito o implícito, en los ámbitos administrativo, contravencional, civil y constitucional.

D. A su tiempo, ya con la innovación constitucional de 1994 el texto actualmente operativo es –a nuestro juicio– el de 1853/1860, con las reformas de 1866, 1898, 1957 y, por supuesto, la propia modificación de 1994⁷.

Por vía de esta última renovación constitucional se consagró en el art. 42 el *derecho a la salud*, aunque en el marco de la “relación de consumo”.

Sin embargo, y siempre que ampliáramos nuestro espectro de visibilidad yendo un poco más allá de lo que el corto alcance de la *explicitud* ofrece, podríamos inferir que la carga ideológica y la textura axiológica de la Constitución *aggiornada* brindan otras posibilidades para derivar la cobertura tuitiva de aquel derecho. Así, el art. 41 expresamente consagra el derecho de todos los habitantes “a un ambiente *sano, equilibrado*” –énfasis agregado–, previsión en la que subyace la exigencia de protección del derecho a la salud.

Por su parte, el art. 75, inc. 23, de la C.N., aborda entre otros puntos el principio de igualdad y el derecho a la seguridad social. En tal sentido, estipula que el Congreso de la Nación deberá legislar y promover *medidas de acción positiva* que garanticen la *igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos*, en particular respecto de *niños, mujeres, ancianos y personas con discapacidad*.

Dicho de otro modo, existe una expresa determinación en cuanto a garantizar un *plus protectivo* a favor de personas o grupos particularmente vulnerables e hiposuficientes y tradicionalmente marginados.

La norma constitucional aludida, especifica la obligación de *dictar un régimen de seguridad social especial e integral* en protección del *niño* en situación de desamparo,

⁶ BIDART CAMPOS, Germán J., “Lo viejo y lo nuevo en el derecho a la salud: entre 1853 y 2003”, en La Ley. Número especial del Suplemento de Derecho Constitucional: “Aniversario de la Constitución Nacional”, La Ley, Buenos Aires, abril de 2003, p. 158.

⁷ Aun cuando la Constitución vigente sea presentada como “sancionada por el Congreso General Constituyente el 1° de mayo de 1853, reformada y concordada por la Convención Nacional ‘Ad Hoc’ el 25 de septiembre de 1860 y con las reformas de las Convenciones de 1866, 1898, 1957 y 1994” –énfasis añadido–.

desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza elemental; y de la *madre* durante el embarazo y el tiempo de lactancia.

No podría omitirse siquiera una escueta alusión al art. 75, inc. 19, también incorporado por la reforma de 1994, que coloca en cabeza del Congreso de la Nación la tarea de proveer lo conducente al *desarrollo humano* y al *progreso económico con justicia social*.

Paralelamente, todo ello debe ser complementado con los preceptos de diversos instrumentos internacionales sobre derechos humanos que si bien no forman parte *stricto sensu* del texto de la Carta Fundamental, ostentan *magnitud constitucional* en función de su art. 75, inc. 22, párrafo 2°; e incluso también la absorbe de otros documentos internacionales que tienen *jerarquía supralegal* en los términos del párrafo 1° del citado inciso del art. 75.

3. LA MODIFICACIÓN CONSTITUCIONAL DE 1994 Y SU INFLUENCIA EN EL CAMPO DE LOS DERECHOS HUMANOS

A. Algunas imágenes del impacto de la reforma en materia de derechos fundamentales

Es una realidad incontrastable el fuerte impacto que, al menos desde la dimensión normativa, ha generado la reforma constitucional de 1994 en la esfera de los derechos humanos.

Como algunas señales claras en tal sentido, y sin ánimo de taxatividad, pueden computarse:

- la ampliación del plafón de *derechos explícitos* (v. gr., arts. 37, sobre derechos políticos; 41, en torno al derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y 42, sobre derechos de usuarios y consumidores);
- la literalización de los procesos constitucionales de *amparo*, *hábeas data* – aunque sin emplear formalmente tal denominación– y *hábeas corpus* (contenidos en el art. 43);
- el diseño de un nuevo prototipo de *principio de igualdad*, caracterizado por la exigencia de complementación de la *igualdad formal* (art. 16⁸) con la *igualdad material* (arts. 37, atinente a la igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres para el acceso a cargos electivos y partidarios; y 75, inc. 2°: igualdad de oportunidades en todo el territorio nacional; inc. 19: sanción por el Congreso de

⁸ La cláusula en cuestión prescribe: “La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas” –cursivas agregadas–.

leyes de organización y de base de la educación que, *inter alia*, promuevan los valores democráticos y la igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna; e inc. 23: que el Congreso legisle y promueva *medidas de acción positiva* que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato);

- algunos elementos surgentes del citado art. 75, inc. 19, en cuanto a la faena que el Congreso debe asumir respecto de proveer lo conducente al *desarrollo humano* y al *progreso económico con justicia social*; y

- la adjudicación de jerarquía constitucional a once (11) instrumentos internacionales en materia de derechos humanos (art. 75, inc. 22, párrafo 2º), que hacen que la antigua figura de la “pirámide”, en la que su vértice superior era ocupado en solitario por la Constitución, haya devenido en una especie de “trapecio”, en cuyo plano más elevado comparten espacios, en constante interacción, la Ley Fundamental y los documentos internacionales sobre derechos humanos con idéntica valía.

Al solo efecto ilustrativo, cabe recordar que los instrumentos internacionales recipiendarios de *jerarquía constitucional originaria*, esto es, la acordada directamente por la Convención Constituyente de 1994, son: la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH); la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH); el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC); el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, y la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN).

A esa nómina primigenia de documentos internacionales con jerarquía constitucional originaria, se han añadido con idéntica alcurnia, aunque *derivada* (o sea, discernida por el Congreso de la Nación posteriormente a la reforma constitucional, en función de la habilitación contenida en el art. 75, inc. 22, párrafo 3º⁹), la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, a la que se ha deparado tal calidad por medio de la Ley N° 24.820, publicada el 29 de mayo de 1997; la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, a la que se le ha conferido esa valía mediante la Ley N° 25.778, publicada el 3 de septiembre de 2003; y más recientemente, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD), a la que se le ha otorgado semejante magnitud por la Ley N° 27.044, publicada el 22 de diciembre de 2014.

⁹ Ese tramo del art. 75, inc. 22, establece que “los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional”.

B. Sobre la cuestión del “bloque de constitucionalidad”

a) Lo dicho en el subpartado anterior necesariamente nos conecta con la problemática del “bloque de constitucionalidad” (B. de C.).

Desde luego, aquí sólo presentaremos el asunto sin ánimo alguno de exhaustividad. De hecho, el contenido del B. de C. (tópico hartamente complejo) muda de Estado en Estado y es siempre el resultado de las circunstancias temporo-espaciales. De esa manera, y sólo por mencionar una muestra representativa, si bien en líneas generales comparten la citada denominación jurídica, tanto su concepto, como su contenido y alcance en Francia resultan diversos de lo que, con el nombre de “bloque de [la] constitucionalidad”, puede implicar en España¹⁰.

Tanto es así que, como advertía ya hace bastante tiempo RUBIO LLORENTE, sistematizador de la figura en este último país, en ese ámbito jurídico –y como anunciábamos– se opera con la expresión “bloque de constitucionalidad” o “bloque de la constitucionalidad”¹¹ como si denotara una categoría normativa perfectamente definida o al menos un conjunto de normas claramente identificables, supuesto implícito que sin embargo dista mucho de concordar con la realidad¹².

Es interesante el repaso que en su hora y sobre el particular realizó DE CABO DE LA VEGA, quien manifiesta que la expresión y el concepto de “bloque de constitucionalidad” (o de la constitucionalidad) pareciera haber encontrado acogida definitiva en la dogmática del derecho constitucional español. Aunque, continúa el antedicho doctrinario, no pareciera ser posible hablar todavía de un solo concepto de B. de C., ni definir con claridad sus características como las normas que lo integran¹³.

Identifica al menos los siguientes cuatro (4) conceptos del instituto y explicita que, aparte de introducir la consiguiente ambigüedad, ello hace que las descripciones y características que al respecto se ofrecen resulten igualmente correctas e incorrectas al referirse simultáneamente a diferentes realidades¹⁴:

1) el B. de C. como equivalente al conjunto de lo que, en la doctrina italiana, se denominan “normas interpuestas”. El bloque estaría integrado por aquellas normas

¹⁰ Sobre el tema, resulta recomendable la lectura del trabajo de FAVOREU, Louis, y RUBIO LLORENTE, Francisco, *Bloque de constitucionalidad*, Civitas, Madrid, 1995.

¹¹ Nótese que hace dos décadas la Prof.^a Paloma REQUEJO RODRÍGUEZ, publicaba su obra *Bloque constitucional y bloque de la constitucionalidad*, Universidad de Oviedo, Servicio de Publicaciones, 1 de enero de 1997, 224 páginas.

¹² RUBIO LLORENTE, Francisco, “El bloque de constitucionalidad”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 9, N° 27, septiembre-diciembre de 1989, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, p. 10.

¹³ DE CABO DE LA VEGA, Antonio, “Nota sobre el bloque de constitucionalidad”, en *Jueces para la democracia. Información y Debate*, N° 24, noviembre de 1995, p. 58; disponible en https://drive.google.com/file/d/0ByhMNmX0p_pGdklqdEtUTmd0ZkU/view.

¹⁴ *Ibidem*, pp. 58-60.

que, no figurando en el texto constitucional, sirven de parámetro para determinar la constitucionalidad de otras normas;

2) el B. de C. derivaría su existencia de la no inclusión de toda la “materia constitucional” dentro de la Constitución formal. Este concepto acercaría el B. de C. a la llamada “Constitución en sentido material”;

3) coincidente en parte con los anteriores conceptos, se presenta el B. de C. como conjunto concreto de normas que sirve para enjuiciar la constitucionalidad de otra norma específica; y

4) hace depender el nacimiento del B. de C. de la existencia de un orden complejo, como el español, con el objetivo de establecer “una determinación aceptable de las normas de referencia o ‘parámetros’ susceptibles de regular el reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas”.

Por su parte, si bien en Francia se ha adjudicado tradicionalmente a FAVOREU la paternidad de la expresión B. de C., algún sector doctrinario sostiene que antes de la formulación de aquel autor ya EMERI y SEURIN¹⁵ habían utilizado la expresión B. de C. –aunque con un alcance diverso del que luego le imprimiera FAVOREU– al comentar la Decisión DC 71-44 (de 16 de julio de 1971)¹⁶ del Consejo Constitucional, *órgano que no emplea en sus pronunciamientos la citada denominación*.

Sea como fuera, la labor de FAVOREU fue cardinal para profundizar, sistematizar y propagar la figura. Este autor se ha encargado de advertir que, a diferencia de Francia donde el instituto tuvo un origen *doctrinario*, en España presenta una génesis *jurisprudencial* en el Tribunal Constitucional. La noción de B. de C. se refiere, generalmente, a los “principios y reglas de valor constitucional” para designar el conjunto de normas situadas en el nivel constitucional, cuyo respeto se impone a la ley¹⁷.

Añade que “la dificultad del derecho comparado consiste, principalmente, en que las palabras y las expresiones no tienen, forzosamente, el mismo sentido, ni siquiera cuando ha habido una trasposición de la misma expresión de un derecho a otro. Aparentemente, esto es lo que ocurre con la expresión ‘bloque de constitucionalidad’, que surge en el derecho francés, al inicio de los años setenta, y se recoge bajo la denominación de

¹⁵ EMERI, Claude y SEURIN, Jean-Louis, “Chronique constitutionnelle et parlementaire française”, RDP, 1970, p. 678, cit. por DÁVILA S., Carlos Mario, “Los cambios constitucionales de 1971 en Francia y de 1991 en Colombia. Un análisis desde el punto de vista de la Teoría de la Revolución Jurídica”, Vniversitas, N° 126, 2013, pp. 123-163, concretamente en p. 150; disponible en: <http://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vnijuri/article/viewFile/6123/4921>.

¹⁶ La sentencia puede leerse en: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/1971/71-44-dc/decision-n-71-44-dc-du-16-juillet-1971.7217.html>.

¹⁷ Acerca de esta última afirmación, véase FAVOREU, Louis, “El bloque de la constitucionalidad”, Revista del Centro de Estudios Constitucionales, N° 5, enero-marzo de 1990, Centro de Estudios Constitucionales, trad. de Emilio Calderón Martín, Madrid, p. 46.

bloque de constitucionalidad en el derecho español, al comienzo de los años ochenta”¹⁸ –énfasis del original–. Asimismo, afirma que la locución “principio de constitucionalidad” se encontraba ya desde 1928 en la tesis de Charles EISENMANN, en cambio, la de B. de C. no figuraba en ella. Sin embargo, puntualiza que en derecho administrativo se hacía –y se hace– referencia habitualmente al “bloque de legalidad”, que se encuentra en Maurice HAURIOU bajo la denominación de “bloque legal”, el que permitía designar, por encima de las leyes, a todas las reglas que se imponen a la administración en virtud del principio de legalidad y que no eran de la misma naturaleza que aquéllas, ya que un cierto número tenían un origen jurisprudencial (especialmente los principios generales de derecho)¹⁹. Agrega que, a partir de esta noción de “bloque de legalidad” ha nacido y se ha desarrollado la de B. de C., sin duda porque parece adecuada para designar al aludido conjunto de “principios y reglas de valor constitucional”, además de que la idea de “bloque” evoca las de solidez y unidad y a veces se define un bloque como un “conjunto que no puede ser escindido, dividido”, lo que resulta relevante²⁰.

La nombrada y destacable Decisión DC 71-44 gira en torno a la “libertad de asociación” (*liberté d'association*). Sobre aquélla se ha manifestado que: “...con el fin de declarar la no conformidad de un texto de ley a la Constitución, dicho Consejo [Constitucional] se basa en el preámbulo de la Constitución. Este texto reenviaba al preámbulo de la Constitución anterior de 1946, el cual contenía una enunciación a los principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República. De esta manera, dicha decisión del Consejo Constitucional abre la puerta para la llegada de este nuevo modelo de justicia constitucional en Francia. Además, con la concretización de las normas del preámbulo y aquello a lo que éste hace referencia, la Constitución pasa de tener 92 artículos (en la época) a 128. El Consejo podía desde entonces utilizar estas nuevas normas para hacer el control de constitucionalidad de las normas puestas a su disposición. Esto fue lo que la doctrina llamó en su época el bloque de constitucionalidad, el cual contribuyó a alargar el campo de acción del Consejo Constitucional. Así, este órgano pasa de ser un simple controlador de la actividad del parlamento y del ejecutivo, tal como había sido estipulado por los redactores de la Constitución, para convertirse en un verdadero juez constitucional”²¹.

En pocas palabras, la Decisión DC 71-44 es tan breve como relevante e innovadora²². Declaró la inconstitucionalidad de una ley que reformaba una cláusula legal de comienzos del pasado siglo (1 de julio de 1901), restrictiva del régimen de las

¹⁸ *Ibidem*, p. 45.

¹⁹ *Ibidem*, pp. 46-47.

²⁰ *Ibidem*, p. 47.

²¹ DÁVILA S., Carlos Mario, *ibidem*, pp. 126-127.

²² Como dato de color y clara muestra de la repercusión de la aludida decisión del Consejo Constitucional, a su respecto se publicó en EE.UU. un trabajo titulado “Was it France's Marbury v. Madison?” (HAIMBAUGH, George D., *Ohio State Law Journal*, Vol. 35, Issue 4, 1974, pp. 910-926; disponible en: https://kb.osu.edu/dspace/bitstream/handle/1811/69418/OSLJ_V35N4_0910.pdf).

asociaciones. La novedad radicó en que, desde su creación en 1958 y para dirimir las acciones que se le presentaban, el Consejo Constitucional siempre se había basado exclusivamente en la Constitución *stricto sensu*, o sea en su articulado, excluyendo el Preámbulo. En la sentencia en cuestión, el Consejo Constitucional consideró que la ley objetada debía ser examinada no sólo a partir de la Constitución de 4 de octubre de 1958, sino teniendo también en cuenta su Preámbulo (nótese que el primer párrafo de los ‘Vistos’ en sentido estricto comienza así: “Vu la Constitution *et notamment son préambule*” –énfasis añadido–), al que le confirió *valor constitucional*, y también las fuentes en él identificadas: la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 y el Preámbulo de la Constitución de 1946.

Desde tal sentencia *fundacional*, el Consejo Constitucional pareciera haberse autoerigido en protector de los derechos y libertades de los ciudadanos y garante del Estado de Derecho. Paralelamente, ha ampliado el contenido del B. de C. sobre la base de diferentes principios a los que el Preámbulo constitucional hace alusión. De cualquier modo, y más allá de la creatividad mostrada por el Consejo Constitucional para garantizar mejor los derechos y las libertades, el ensanchamiento de tal bloque plantea el desafío de conciliar normas de referencia o paramétricas de diferente inspiración.

De todas maneras, es preciso traer a colación que la tutela de los derechos fundamentales en Francia ha sido, al menos normativamente, robustecida mediante la innovación constitucional de 2008. Se instauraron dos figuras: la *Question prioritaire de constitutionnalité* (QPC, arts. 61-1 y 62 de la Constitución que *infra* veremos), de corte *procesal*; y el *Defensor de los Derechos*²³, de índole *orgánica*. Al respecto, REQUEJO RODRÍGUEZ ve un acercamiento del modelo francés al de otros países europeos como el español, aunque ello no le impide advertir que tras un análisis detenido de sus elementos definitorios comparándolos con los de sus equivalentes españoles, y pese a que la denominada “excepción francesa” sea cada vez más reducida, ésta no ha desaparecido completamente ya que es aún posible ubicar elementos de originalidad.

²³ El art. 71-1, dentro del Título XI bis, establece:

“El Defensor de los Derechos velará por el respeto de los derechos y las libertades por parte de las administraciones del Estado, las entidades territoriales, los establecimientos públicos, así como cualquier organismo encargado de una misión de servicio público o respecto del cual la ley orgánica le atribuya competencias.

”Podrá ser solicitado, en las condiciones previstas en la ley orgánica, por cualquier persona que se considere perjudicada por el funcionamiento de un servicio público o un organismo referido en el primer párrafo. Podrá ser solicitado de oficio.

”La ley orgánica definirá las atribuciones y las modalidades de intervención del Defensor de los Derechos. Determinará las condiciones en que pueda ser asistido por un colegio para el ejercicio de algunas de sus atribuciones.

”El Defensor de los Derechos será nombrado por el Presidente de la República por un mandato de seis años no renovable, según el procedimiento previsto en el último párrafo del artículo 13. Sus funciones serán incompatibles con las de miembro del Gobierno y miembro del Parlamento. Las demás incompatibilidades serán fijadas por la ley orgánica.

El Defensor de los Derechos dará cuenta de su actividad al Presidente de la República y al Parlamento”.

Por ejemplo: el carácter prioritario de la cuestión, su parámetro restringido a los derechos y libertades, su admisión a trámite por los Tribunales ordinarios con un sistema de doble filtro o la difícil coexistencia del Defensor con otras autoridades especializadas en garantizar ciertos derechos²⁴.

Disculpándonos por la obviedad, evocamos que tradicionalmente el modelo de control de constitucionalidad de Francia ha sido *a priori*, o sea, después del voto de las Cámaras pero antes de la promulgación de la ley por el Jefe de Estado, siempre mediante petición de las autoridades políticas. En ese sentido, la implementación de la QPC supone un importante cambio en el sistema de control de constitucionalidad, al quedar habilitado un instrumento relevante de *control posterior o represivo*.

Es así como la reforma constitucional de 2008 comienza a poner fin a la nombrada “excepción francesa”, al programar un procedimiento específico e indirecto de acceso de los particulares a la justicia constitucional. Como puntualiza PIERRE-CAPS, el art. 61-1 de la Constitución incorpora una nueva vía de acceso al Consejo Constitucional: la citada QPC, llamada así por la Ley Orgánica N° 2009-1523 de 10 de diciembre de 2009, declarada conforme a la Constitución por el Consejo Constitucional en su Decisión N° 2009-595 DC de 2 de diciembre de 2009. Tal Ley Orgánica incluye un capítulo II bis (“De la cuestión prioritaria de constitucionalidad”, arts. 23-1 a 23-12) a la Disposición N° 58-1067 de 7 de noviembre de 1958 de la Ley Orgánica del Consejo Constitucional²⁵.

La QPC instrumenta el derecho que se reconoce a cualquier persona que sea parte en un proceso o en una instancia, de sostener que una disposición legislativa vulnera los derechos y libertades garantizados por la Constitución. Si se abastecen los requisitos para la admisibilidad de la QPC, el Consejo Constitucional, a cuyo examen se someterá dicha cuestión mediante remisión del Consejo de Estado y el Tribunal de Casación, deberá pronunciarse y, en su caso, derogar la disposición legislativa. Antes de la implementación de la QPC, no era posible impugnar la conformidad con la Constitución de una ley que ya había entrado en vigencia.

El instituto que examinamos no es un procedimiento de excepción de inconstitucionalidad sino una cuestión planteada por un justiciable a una jurisdicción ordinaria, por la que se suscita una duda sobre la constitucionalidad de una ley. Se denomina cuestión *prioritaria* por cuanto el juez afectado debe examinarla en primer lugar, antes incluso de abordar la cuestión de su ‘*convencionalidad*’ si también se plantea a propósito de la misma ley²⁶. Además, la originalidad del sistema francés de control incidental de constitucionalidad reside en que su objeto se circunscribe a los

²⁴ REQUEJO RODRÍGUEZ, Paloma, Cuestión prioritaria y Defensor de los Derechos: ¿Pervive la excepción francesa?, Civitas, Madrid, 2011, *passim*.

²⁵ PIERRE-CAPS, Stéphane, “La revisión constitucional francesa de 2008 o el cambio en la continuidad”, Teoría y realidad constitucional, N° 29, 2012, UNED, trad. de Alberto Pérez Calvo, Madrid, pp. 117-118; disponible en <http://revistas.uned.es/index.php/TRC/article/view/6984/6682>.

²⁶ *Ibidem*, p. 118.

*derechos y libertades*²⁷. Por su parte, el juez ordinario no puede plantear de oficio una QPC, contrariamente a lo que acontece en otros sistemas europeos de control incidental. Expresa el autor al que seguimos en este párrafo, que “esta situación puede comprenderse si se tiene en cuenta la restricción material de la cuestión de constitucionalidad a los derechos y libertades, incluso a la preocupación de evitar toda divergencia entre juez administrativo y el juez de derecho privado. *Pero también parece contradecir el carácter ‘prioritario’ de la cuestión y dejar al justiciable la elección de la opción más eficaz para él: convencionalidad o constitucionalidad*”²⁸ –remarcado agregado–.

Como aspectos positivos de la QPC pueden contabilizarse los siguientes: viene a complementar el esquema de control de constitucionalidad, al añadir a la modalidad de fiscalización *a priori* tradicionalmente existente, una nueva vertiente de control constitucional *posterior*; acuerda a todo justiciable el derecho a solicitar la derogación de una ley que pudiera considerar lesiva de la Constitución, al impactar negativamente sobre sus derechos y libertades; y disminuye la distancia que separaba al Consejo Constitucional de las jurisdicciones constitucionales europeas, ya que se apoya en la iniciativa de los justiciables. Al mismo tiempo, el Consejo de Estado y el Tribunal de Casación se convierten en actores fundamentales del control de constitucionalidad, ya que el novel dispositivo *les confiere una verdadera competencia en la fiscalización de constitucionalidad de la ley, excluida hasta ahora, en el caso en que decidieran no acudir al Consejo Constitucional, mientras que ya estaban encargados del control de convencionalidad*²⁹.

En definitiva, los particulares cuentan con el derecho que se les asigna en el artículo 61.1 constitucional, que dispone: “Cuando, con motivo de una instancia pendiente ante una jurisdicción, se alegue que una disposición legislativa perjudica a los derechos y las libertades que garantiza la Constitución, se podrá someter el asunto, tras su remisión por parte del Consejo de Estado o del Tribunal de Casación, al Consejo Constitucional que se pronunciará en un plazo determinado”. Tal segmento normativo finaliza estableciendo que una ley orgánica determinará las condiciones de aplicación de la

²⁷ *Ibíd.*, p. 121.

Advierte PIERRE-CAPS que la limitación en cuanto al objeto del control incidental no se encuentra en los principales sistemas europeos. “Sólo aparece esta limitación en el marco de un recurso directo reservado a los particulares (Alemania, España). En Italia, todas las normas constitucionales pueden ser invocadas en una excepción de inconstitucionalidad. Pero el sistema francés se acerca más al contencioso belga por vía incidental llamado ‘demanda sobre una cuestión prejudicial’. Desde la ley especial de 9 de Marzo de 2003, el Tribunal constitucional belga (llamado así desde la reforma constitucional de 7 de Mayo de 2007), se extiende, según el Título II de la Constitución (‘De los Belgas y de sus derechos’), a los artículos 170 y 172 (derechos fundamentales del contribuyente) y al artículo 191 (derechos fundamentales del extranjero). En realidad, la ley especial de 2003 no hace más que sacar las consecuencias de una situación de hecho, ya que el Tribunal constitucional se había otorgado a sí mismo esta competencia en virtud de una interpretación extensiva de los principios de igualdad y de no discriminación” (*ídem*).

²⁸ *Ibíd.*, pp. 122-123.

²⁹ Sobre algunas de estas últimas consideraciones, ver PIERRE-CAPS, *ibíd.*, p. 123.

disposición, normativa que –como vimos– ya fue sancionada y está en vigencia: nos referimos a la Ley Orgánica N° 2009-1523.

Para finalizar esta reseña panorámica, se observa que por conducto del art. 62 de la Constitución se establece:

- no podrá promulgarse ni entrar en vigor una disposición declarada inconstitucional en base al artículo 61 constitucional;
- una disposición declarada inconstitucional con arreglo al art. 61.1 será derogada a partir de la publicación de la decisión del Consejo Constitucional o una fecha posterior fijada en dicha decisión. El Consejo determinará las condiciones y los límites en que los efectos producidos por la disposición puedan cuestionarse; y
- contra las decisiones del Consejo Constitucional no cabrá recurso alguno, ya que se impondrán a los poderes públicos y a todas las autoridades administrativas y jurisdiccionales.

b) Abandonamos ahora los ámbitos español y francés, que ofrecen interesantes insumos analíticos en torno al bloque de constitucionalidad (y, fundamentalmente en el caso del ordenamiento galo, también acerca del control de convencionalidad), para incursionar en el contexto argentino.

Aquí el “bloque de constitucionalidad federal” está integrado por la Constitución formal o documental (o sea, la de 1853-1860, con las reformas de 1866, 1898, 1957 y 1994) y los instrumentos internacionales con jerarquía constitucional originaria o derivada, documentos internacionales éstos que si bien no están incorporados formalmente al texto constitucional *valen tanto* como la Ley Fundamental.

Constitución e instrumentos internacionales sobre derechos humanos con cotización homóloga a aquélla son las normas referenciales básicas o paramétricas para la fiscalización constitucional de la normativa subconstitucional.

Vale recurrir a BIDART CAMPOS quien expuso su percepción sobre el “bloque de constitucionalidad” entendiéndolo como el conjunto normativo que posee disposiciones, principios o valores materialmente constitucionales, fuera del texto de la constitución documental, y que tiene como fin ser parámetro para el control de constitucionalidad de las normas infraconstitucionales³⁰.

Es interesante reseñar que el art. 75, inc. 22, párrafo segundo, de la C.N., luego de enunciar los instrumentos internacionales a los que asignaba jerarquía constitucional, dice: “no derogan artículo alguno de la primera parte de esta constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos”. El doctrinario nombrado en el párrafo anterior critica duramente tal segmento de la disposición. Para fundar su posición señala que es una pauta hermenéutica harto conocida la que enseña que en un conjunto normativo (la Constitución más los instrumentos dotados de jerarquía constitucional) “que comparte un mismo y común

³⁰ BIDART CAMPOS, Germán J., El derecho de la constitución y su fuerza normativa, Ediar, Buenos Aires, 1995, pp. 265-267.

orden de prelación dentro del ordenamiento jurídico, *todas las normas y todos los artículos* de aquel conjunto *tienen un sentido y un efecto*, que es el de *articularse en el sistema* sin que ninguno cancele a otro, sin que a uno se lo considere en pugna con otro, sin que entre sí puedan oponerse irreconciliablemente. A cada uno y a todos hay que asignarles, conservarles y aplicarles un sentido y un alcance de congruencia armonizante, porque cada uno y todos quieren decir algo; este ‘algo’ de uno o de varios no es posible que quede neutralizado por el ‘algo’ que se le atribuye a otro o a otros”³¹ – énfasis del original–.

Por nuestra parte, pensamos que *la Constitución y los instrumentos internacionales con magnitud constitucional conforman el bloque de constitucionalidad y orientan su vigencia hacia un mismo sustrato axiológico*, motivo por el cual consideramos defendibles las críticas de aquel autor que descalifica el citado enunciado porque “revela mala técnica normativa, y porque si acaso traduce alguna intencionalidad de suscitar divergencias o incompatibilidades” entre los instrumentos internacionales y la Constitución, “resulta estéril, inocua, y contraria a la lógica jurídica y a las reglas de interpretación constitucional”³².

C. La innovación constitucional de 1994 y las cláusulas de apertura al derecho internacional de los derechos humanos

Señalados algunos rasgos fisonómicos del “bloque de constitucionalidad”, corresponde ahora subrayar que la mencionada innovación constitucional ha producido, *inter alia*, la exigencia de operativizar la renovada concepción sobre el principio de igualdad a través de *acciones positivas* y la inexcusable *implicación de todas las autoridades públicas en tales menesteres*, en un escenario donde es imposible perder de vista el caudal axiológico que suministra el imperativo preambular de “afianzar la justicia”³³. Se impone una mirada *estructural* de la igualdad que suponga visualizar como significativa la situación de la persona considerada individualmente, pero haciendo parte de un grupo sistemáticamente excluido o postergado.

³¹ BIDART CAMPOS, Germán J., Tratado elemental de derecho constitucional argentino, T° VI [‘La reforma constitucional de 1994’], Ediar, Buenos Aires, 1995, pp. 560-561.

³² *Ibidem*, p. 560.

³³ Sobre el tema, véase BAZÁN, Víctor, “El imperativo preambular histórico de ‘afianzar la justicia’, su vigencia y algunos desafíos y exigencias que impone a la Corte Suprema de Justicia”, en AA.VV., Homenaje al Sesquicentenario de la Constitución Nacional (1853-2003), T° I, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba (Arg.), 2003, pp. 303-336.

El texto del Preámbulo dice: “Nos los representantes del pueblo de la Nación Argentina, reunidos en Congreso General Constituyente por voluntad y elección de las provincias que la componen, en cumplimiento de pactos preexistentes, con el objeto de constituir la unión nacional, afianzar la justicia, consolidar la paz interior, proveer a la defensa común, promover el bienestar general, y asegurar los beneficios de la libertad, para nosotros, para nuestra posteridad, y para todos los hombres del mundo que quieran habitar en el suelo argentino, invocando la protección de Dios, fuente de toda razón y justicia: ordenamos, decretamos y establecemos esta Constitución, para la Nación Argentina” –énfasis añadido–.

La asignación de cotización constitucional a los nombrados instrumentos internacionales sobre derechos esenciales, a su vez, ha traído consigo la ampliación cuantitativa y cualitativa del plexo de derechos implícitos y expresos; fortaleciendo además la operatividad del principio *pro persona*, con las pautas que a él se vinculan, v. gr.: *pacta sunt servanda*, interpretación de buena fe de los compromisos internacionales asumidos en la materia (de acuerdo con su objeto y fin), e improcedencia de alegar el derecho interno para justificar el incumplimiento de una obligación internacional.

Juegan un rol relevante, *inter alia*, los siguientes factores: la existencia expresa en la Constitución de cláusulas de apertura al derecho internacional (y particularmente al derecho internacional de los derechos humanos); el incremento de la circulación de reglas internacionales; la creciente retroalimentación del derecho internacional y el derecho interno; la pertenencia del país a un sistema integrado de justicia internacional como es el esquema interamericano; y la obligación de los jueces domésticos (y demás autoridades públicas) en punto a llevar adelante el *control de convencionalidad* que algunos autores denominan *difuso*, para diferenciarlo del denominado control *concentrado* que despliega monopólicamente la Corte IDH.

Dichos elementos dan cuerpo a un sólido y demandante núcleo obligacional que el Estado debe honrar de buena fe.

Y en tales menesteres, la actividad de la magistratura jurisdiccional toda (con la Corte Suprema de Justicia de la Nación –CSJN– a la cabeza como órgano máximo de justicia constitucional) adquiere singular importancia ya que, como *mutatis mutandis* se ha afirmado, una obligación internacional puede cumplirse de varias maneras y por medio de diversos poderes del Estado, siéndole indiferente al derecho internacional que se lo haga por vía administrativa, legislativa o judicial, sin perjuicio de lo cual, se ha advertido que, “ante un incumplimiento, ya sea total o parcial, *es a la justicia a quien corresponderá arbitrar los medios para garantizar el goce del derecho, tanto porque en derecho interno el Poder Judicial es el garante final de los derechos de las personas, como porque es al estamento judicial al que compete la responsabilidad por la incorporación de las normas internacionales al derecho interno*”³⁴ –remarcado agregado–.

En síntesis, el cuadro graficado realza la exigencia de asegurar *ad intra* la exigibilidad y la justiciabilidad de los derechos contenidos en la Constitución y los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, sean aquéllos civiles y políticos o –como los que este ensayo enfoca en particular– económicos, sociales y culturales, procurando dar cumplimiento a los deberes y cargas asumidos transnacionalmente para salvaguardar la dignidad de los habitantes y paralelamente evitar que el Estado incurra en responsabilidad internacional.

³⁴ MÉNDEZ, Juan E., “Derecho a la verdad frente a las graves violaciones a los derechos humanos”, en ABREGÚ, Martín y COURTIS, Christian (comps.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, CELS, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997, p. 532.

4. POLÍTICAS PÚBLICAS Y OTRAS CUESTIONES

A. Exordio

Con ser muy importante el desarrollo de estándares jurisprudenciales relativos a la protección de derechos esenciales como los de la salud y la seguridad social, esa vía no resulta *per se* suficiente para afrontar las exigencias que, en áreas estructurales, impone el Estado Constitucional y Convencional.

Entre otros elementos y factores, el circuito de protección y realización de tales derechos se completa con un proceso articulado de políticas públicas sólidas e inclusivas.

Resulta tarea dificultosa discernir qué es una política pública. No es ésta la ocasión oportuna para bucear en semejante tarea de elucidación. Por tanto, y al solo efecto orientativo, citamos aquí a LAHERA PARADA, quien sostiene que “una política pública corresponde a cursos de acción y flujos de información relacionados con un objetivo público definido en forma democrática; los que son desarrollados por el sector público y, frecuentemente, con la participación de la comunidad y el sector privado. Una política pública de calidad incluirá orientaciones o contenidos, instrumentos o mecanismos, definiciones o modificaciones institucionales, y la previsión de sus resultados. El mínimo de una política pública es que sea un flujo de información, en relación a un objetivo público, desarrollado por el sector público y consistente en orientaciones”³⁵.

Por supuesto, las políticas públicas en el área social no deben ser respuestas espasmódicas, sino el resultado de un proceso serio, profundo y minucioso de diagnóstico de la situación y de diseño, formulación de objetivos, implementación y seguimiento o monitoreo de su desarrollo.

Tampoco pueden representar meros artilugios discursivos para endulzar oídos con mensajes vacíos y acrecentar el clientelismo político; ni simples “fachadas” sin ningún sustento que generen el espejismo de un cambio radical para que finalmente todo continúe igual, o incluso peor. El *gatopardismo* aplicado a personas y grupos tradicionalmente postergados y excluidos, además de traer perversión y crueldad no hace más que recrear frustraciones y sumar desconfianza en el sistema democrático.

Resulta imprescindible también que el Estado adecue sus políticas públicas a los compromisos adquiridos por vía de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos. Al respecto, es preciso tener en cuenta que las obligaciones asumidas extramuros en la esfera de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC) *no son derogables* e incluso su cumplimiento deviene más relevante precisamente en

³⁵ LAHERA PARADA, Eugenio, Introducción a las políticas públicas, ‘Breviarios’, 1ª ed., 1ª reimpres., Fondo de Cultura Económica, Santiago de Chile, 2004, pp. 15-16.

períodos críticos, para atemperar el rigor del nocivo impacto que éstos pueden provocar en las comunidades más retrasadas e hiposuficientes.

En esa línea, otro prototipo tuitivo sustancial es la *justicia social*, que apunta centralmente a la exigencia de generar condiciones de vida mediante las cuales a la persona humana le sea posible desarrollarse de manera *digna*, para mitigar la postergación y la desigualdad.

La justicia social se entroniza como uno de los pilares cardinales del derecho internacional de los derechos humanos, conforme lo mostrara en el siglo pasado la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), y ya en la era del derecho internacional contemporáneo lo reafirman la DUDH, el PIDESC, la Carta de la OEA, la CADH, el Protocolo de San Salvador en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, e *inter alia*, documentos de *soft law* como la Declaración Sociolaboral del Mercosur o la Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa (adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo en su 97ª reunión, Ginebra, 10 de junio de 2008), que precisamente apunta a fortalecer la dimensión social en la globalización para obtener mejores resultados y que éstos se repartan de manera más equitativa entre todos.

Pero también es la base jurídica y axiológica de principios, valores y derechos fundamentales, como subyace en el texto de la Constitución argentina cuando en el aludido art. 75, inc. 19, exhorta al Congreso a proveer lo conducente al *desarrollo humano* y al *progreso económico con justicia social*.

Los factores y requerimientos enunciados en este subapartado son relevantes e insoslayables si es que existe genuina voluntad política de generar un sistema estructurado y consistente de políticas públicas en materia social, lo que aún hoy es una deuda pendiente.

B. Sobre la progresividad y la proscripción de regresividad incausada de los derechos sociales

Existe una clara obligación estatal de garantizar la *progresividad* de los derechos sociales, deber que es preciso articular sincrónicamente con la *prohibición de retrogradación injustificada*. Y tales premisas deben ser debidamente respetadas a la hora de diagramar políticas públicas, ya que la democracia es (o debería ser) un modelo de inclusiones y no de exclusiones, además de que indudablemente los DESC hacen parte primordial del cuerpo básico internacional de los derechos humanos, debiendo superarse la idea (aún reinante en algunos sitios, aunque no siempre verbalizada) en cuanto a que tal *progresividad es sólo simbólica*, para dar paso a una *progresividad efectiva y real*.

Y, como se anticipaba, esta pauta debe conjugarse con la obligación de *no regresividad incausada*, la que desde el punto de vista conceptual –como se ha precisado– constituye una limitación que los instrumentos de derechos humanos y la Constitución imponen sobre los poderes legislativo y ejecutivo a las posibilidades de reglamentación de los DESC, vedándoles la alternativa de adoptar regulaciones que deroguen o reduzcan el nivel de tales derechos que goza la población³⁶.

Rememoramos que en la Observación General N° 3³⁷ el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU –Comité de DESC–, ha puntualizado de modo claro que las *medidas de carácter deliberadamente retroactivo requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente* por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el PIDESC y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que el Estado disponga (parte *in fine* del ap. 9).

Es que tanto el deber de progresividad como la proscripción de retroceso están basados en idéntica matriz normativa: el art. 2.1 del PIDESC y el art. 26 de la CADH. De todas maneras, COURTIS sostiene –creemos que atinadamente– que además de referirse a los DESC, la *prohibición de regresividad* también constituye, en principio, una obligación general de la CADH y es aplicable a todos los derechos consagrados en ésta, sustentando su aserto en los arts. 2 y 29, *ibídem*³⁸.

La primera de tales normas determina que los Estados que no hayan garantizado legislativamente o a través de medidas de otro carácter el ejercicio de los derechos establecidos en la CADH tienen el deber de hacerlo, lo que implica a su vez *la prohibición de medidas que deroguen o eliminen la legislación u otras disposiciones necesarias para el ejercicio de los derechos reconocidos en dicho Pacto*. Para el autor que citamos, ello significa la *consagración de la prohibición de regresividad normativa*, al menos en la medida en que esa regresión afecte las normas y disposiciones necesarias para el ejercicio de los derechos de la CADH. Asimismo, con relación a las cláusulas interpretativas del art. 29, *ibídem*, que recogen en gran medida el principio *pro persona*, asevera que de ellas puede decirse genéricamente que *prohíben un empleo regresivo de la Convención*; puntualizando también –entre otras consideraciones– que ésta no puede ser excusa para *empeorar las condiciones de goce de los derechos establecidos por el ordenamiento jurídico interno o por otros tratados internacionales de los que el país en cuestión sea parte*³⁹.

³⁶ COURTIS, Christian, “La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios”, en la obra compilada por el mismo autor, *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, CEDAL y CELS, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2006, p. 17.

³⁷ Comité de DESC, Observación General N° 3, “La índole de las obligaciones de los Estados Partes [párrafo 1, art. 2, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales –PIDESC–]”, 14 de diciembre de 1990.

³⁸ COURTIS, Christian, “La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios”, *ob. cit.*, pp. 13-14.

³⁹ *Ibidem*, p. 15.

No es precisamente un dato menor que en la importante sentencia recaída en el “Caso Acevedo Buendía y otros (‘Cesantes y Jubilados de la Contraloría’) vs. Perú”, la Corte IDH haya concluido que *la regresividad resulta justificable*⁴⁰ cuando de derechos económicos, sociales y culturales se trate. Sobre este tópico y tanto si no se cumpliera la mentada progresividad sustentable como si se incurriera en el dictado de regulaciones involutivas, pesaría sobre el Estado *la carga de la prueba* para demostrar, respectivamente, la idoneidad dinamizadora y evolutiva de sus políticas públicas o la razonable justificación de las medidas de corte retrocesivo que hubiese adoptado.

C. Ciertas imágenes en torno a la *deuda social argentina* y un relativamente reciente Programa para reajustar los haberes y saldar deudas previsionales de jubilados y pensionados

Para cerrar este apartado, nos permitimos abordar brevemente dos cuestiones: sintomática la primera y *a priori* alentadora la segunda. Aquélla se refiere a una interesante investigación acerca de las limitaciones en el alcance y la cobertura de la protección social a los hogares urbanos argentinos en el año 2015. La última alude a lo que –en principio– aparece como un importante programa (localizado en el área de las políticas públicas sobre seguridad social) acometido por el gobierno del Presidente Mauricio Macri, quien asumiera la primera magistratura del país en diciembre de 2015.

a) En cuanto a la primera cuestión, dentro del *Barómetro de la Deuda Social Argentina*, Serie del Bicentenario (2010-2016)⁴¹, es interesante reproducir algunos datos contenidos en la nota de investigación titulada “Los límites en el alcance de la cobertura social de los hogares en un contexto de ajuste económico”⁴², que tiene por objeto exponer datos complementarios acerca de las limitaciones en la magnitud y cobertura de la protección social a los hogares urbanos en 2015. Como afirman sus autores, los datos pretenden dar cuenta de la *proporción de unidades domésticas sin cobertura social o con cobertura insuficiente*, es decir, hogares que no acceden a mecanismos de protección social por vía de la inserción laboral formal del jefe de hogar ni a través del sistema jubilatorio, y que tampoco tienen ingresos por rentas ni perciben programas sociales o participan de programas de empleo (Asignación Universal por Hijo –AUH–, pensiones no contributivas, tarjeta alimentaria, Plan Progresar, Argentina Trabaja, entre otros).

⁴⁰ Corte IDH, “Caso Acevedo Buendía y otros (‘Cesantes y Jubilados de la Contraloría’) vs. Perú”, Sentencia de excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, 1 de julio de 2009, Serie C, N° 198, párrafo 103.

⁴¹ SALVIA, Agustín (coord.), *Barómetro de la Deuda Social Argentina*, “Tiempo de balance: deudas sociales pendientes al final del Bicentenario. Necesidad de atender las demandas del desarrollo humano con mayor equidad e inclusión social”, Serie del Bicentenario (2010-2016), Año VI, Universidad Católica Argentina, Educa, Buenos Aires, 2016 (disponible en: <http://www.uca.edu.ar/uca/common/grupo68/files/2016-Observatorio-Barometro-Deuda-Social.pdf>).

⁴² BONFIGLIO, Juan Ignacio y VERA, Julieta, “Los límites en el alcance de la cobertura social de los hogares en un contexto de ajuste económico”, loc. cit. en nota anterior, p. 80.

Básicamente, se obtienen los siguientes resultados:

- a fines de 2015 alrededor del 59% de los hogares accedía a la protección social principalmente a partir de la seguridad social ligada al empleo. Este grupo se define como un conjunto de hogares cuyos ingresos superan la línea de pobreza y donde los jefes de hogar tienen un empleo pleno, son jubilados, o perciben algún tipo de renta;

- adicionalmente, dos –2– de cada diez –10– hogares urbanos está asociado al sistema de protección social a partir de la percepción de algún plan de ayuda social (transferencias monetarias, asignaciones familiares no contributivas o asistencia alimentaria directa a través de la recepción de cajas/bolsones de comida o comida de comedores públicos no escolares); y

- poco menos del 20% de los hogares no presenta ningún tipo de cobertura social derivada tanto de la inserción formal al mercado de trabajo por parte del jefe de hogar como del sistema de seguridad social o de la asistencia social bajo programas sociales.

Como comentario preocupante, el reporte señala que “en el actual contexto económico, este último sector se constituye como *un grupo particularmente vulnerable*, puesto que sólo una parte del mismo sería beneficiada por una eventual ampliación de la AUH. Asimismo, *no se encontrarían asociados a los ajustes de ingresos a través de paritarias y tampoco tendrían acceso a la tarifa social a nivel de los servicios ni en el transporte*. Se encuentran en esta situación aproximadamente *más de 2 millones de hogares*, constituyendo un grupo de alto riesgo que integra más de 2,5 millones de niños de entre 0 y 17 años” –cursivas añadidas–.

Los datos son altamente elocuentes respecto de la lamentablemente enorme cantidad de personas excluidas que mostraba el país a finales de 2015 (culminación del gobierno de Cristina Fernández de Kirchner y comienzo de la gestión de Mauricio Macri). Los retos y desafíos que sobre el particular deberá afrontar el gobierno que asumiera en fecha relativamente reciente no son pocos ni tampoco irrelevantes, y sus esfuerzos deberán ser encaminados por medio de políticas públicas articuladas y coherentes en el área de acción social para procurar disminuir esos volúmenes descomunales de individuos y grupos hiposuficientes y marginados.

b) En punto al segundo tópico, la gestión *macrista* ha instado el dictado de la Ley N° 27.260⁴³ que implementa un “Programa Nacional de Reparación Histórica para Jubilados y Pensionados”, orientado a formalizar acuerdos que permitan reajustar los haberes y cancelar deudas previsionales con respecto a aquellos beneficiarios que reúnan los requisitos establecidos en la citada normativa.

Si bien tal esquema legal presenta algunas debilidades, no puede negarse que si se logra cumplir la finalidad que persigue brindaría una importante solución a un

⁴³ Boletín Oficial –en adelante: B.O.– de 22 de julio de 2016.

largamente postergado y mediatizado universo de causas judiciales por reclamos de recomposición de haberes previsionales respecto del cual ninguno de los últimos gobiernos se ha ocupado en serio, más allá de discursos de ocasión o de algunas medidas aisladas que fueron sólo paliativos pero no una solución estructural como la que sí promete el “Programa Nacional de Reparación Histórica”.

Las Disposiciones Generales de la ley muestran que:

▪ se crea el citado Programa Nacional con el objeto de *implementar acuerdos que viabilicen el reajuste de haberes y la cancelación de deudas previsionales en relación con los beneficiarios que cumplan los recaudos estipulados en la ley*. Podrán celebrarse acuerdos en los casos en que hubiera juicio iniciado, con o sin sentencia firme, y también en los que no existiera juicio. Asimismo, todos los acuerdos deberán ser homologados judicialmente, para lo cual se prescindirá de la citación de las partes. A fines de agilizar la implementación del Programa, los acuerdos, los expedientes judiciales y las demás actuaciones que se lleven a cabo en su marco, podrán instrumentarse a través de medios electrónicos, admitiéndose también la firma digital y/o cualquier otro medio que otorgue garantías suficientes sobre la identidad de la persona; y

▪ se declara la *emergencia en materia de litigiosidad previsional*, a los únicos fines de la creación e implementación del programa dispuesto en la ley, a efectos de celebrar acuerdos en los casos en que hubiera juicio iniciado, con o sin sentencia firme, y también en los que no hubiera juicio iniciado. Tal estado de emergencia tendrá vigencia por tres –3– años a partir de la promulgación de la ley.

Sólo resta aguardar el desenvolvimiento de los hechos, que ojalá demuestre que el dispositivo legal en cuestión contiene mucho más que palabras y que logre poner fin a la insostenible situación en la que están sumidas centenares de miles de personas de edad avanzada (enfermas, discapacitadas, etc.) que desde hace mucho tiempo claman por una solución digna.

Una buena señal dio el Poder Ejecutivo nacional, que entre el viernes 30 de diciembre de 2016 y el lunes 2 de enero de 2017 transfirió casi 100.000 millones de pesos a la Administración Nacional de Seguridad Social –ANSeS– para el pago de juicios y actualización de haberes de jubilados dispuesto por la aludida Ley de Reparación Histórica.

5. LA CORTE SUPREMA Y ALGUNOS CRITERIOS Y PREMISAS SIGNIFICATIVOS EN EL ÁREA DE LA SALUD⁴⁴

En la primera parte de este segmento del ensayo, y siempre tomando en cuenta la imposibilidad de efectuar un examen casuístico omnicompreensivo, presentaremos

⁴⁴ Sobre éste y otros puntos, ver el libro de BAZÁN, Víctor, Derecho a la salud y justicia constitucional, Astrea, Buenos Aires, 2013.

algunos criterios de la Corte Suprema en torno a aspectos sensibles del derecho a la salud y su protección. Ya en el segundo y último tramo, marcaremos determinados pronunciamientos del Alto Tribunal que con mayor intensidad desde época reciente, se muestran tuitivamente involutivos.

A. Algunos criterios en ámbitos de relevancia e interés

a) *El amparo como una de las vías por excelencia para la viabilización de la protección del derecho a la salud*

El *proceso constitucional de amparo*, tanto en su modelo individual o clásico como en su vertiente colectiva, respectivamente, art. 43, párrafos 1° y 2°, constituye la vía más importante y explorada para la protección del derecho a la salud, aunque también lo es respecto del derecho a la seguridad social.

Subrayamos la expresión “proceso constitucional” porque consideramos que refleja la esencia del amparo. Al respecto, vale traer a colación lo manifestado en el caso “Rivero, Gladys Elizabeth s/ Amparo - Apelación”⁴⁵, de 9 de junio de 2009, concretamente en el ap. VI, párrafo 9°, del dictamen de la Procuradora Fiscal, que la mayoría de la Corte hizo suyo: “la aproximación al complejo *proceso constitucional que es el amparo* –instrumento y, a la vez, garantía–, tiene que llevarse a cabo en una *línea de equilibrado balance que no desvirtúe su especificidad, pero que tampoco coarte con rigorismos antifuncionales el acceso a una pronta intervención jurisdiccional*” –remarcado agregado–.

Advertido lo anterior, y sólo por mencionar algunas muestras de aquella primera variante amparística (individual o clásica), en los casos “Tartaroglu de Neto, Leonor c/ I.O.S.”⁴⁶ e “Imbrogno, Ricardo c/ I.O.S.”⁴⁷, ambos de 25 de septiembre de 2001⁴⁸, se puso de relieve la *trascendencia del amparo como instrumento tuitivo del derecho a la salud, la relevancia axiológica y jurídica de éste como derecho social, y la improcedencia de desnaturalizar una garantía consagrada en la C.N. a partir de una interpretación excesivamente rígida y formal* (ap. III, párrafos 1° y 4°, del dictamen del Procurador Fiscal, al que las respectivas mayorías en esas causas remitieron).

En “Lifschitz, Graciela Beatriz y otro c/ Estado Nacional”⁴⁹, de 15 de junio de 2004, unánimemente⁵⁰ y frente a la necesidad de cobijar el *interés superior de un menor*

⁴⁵ Fallos, 332:1394. El caso fue resuelto por mayoría. Tal posición triunfante fue sostenida por los ministros Lorenzetti, Fayt, Maqueda y Zaffaroni; por su voto se pronunció la jueza Highton de Nolasco, y en disidencia conjunta se expidieron los ministros Petracchi y Argibay.

⁴⁶ Fallos, 324:3074.

⁴⁷ Fallos, 324:3076.

⁴⁸ Ambas decisiones fueron adoptadas con idénticos posicionamientos. La mayoría estuvo integrada por los ministros Nazareno, Belluscio, Petracchi, Boggiano y López, quienes remitieron a sendos dictámenes del Procurador Fiscal. Por su parte, en votos concurrentes conjuntos se pronunciaron los jueces Moliné O'Connor, Fayt y Vázquez.

⁴⁹ Fallos, 327:2413.

⁵⁰ Votaron los ministros Petracchi, Belluscio, Fayt, Boggiano, Vázquez y Zaffaroni.

discapacitado, sostuvo (reenviando a la opinión del Procurador General de la Nación –ap. III, párrafo 8º–) que ante la particular urgencia invocada en la causa, *parecía irrazonable imponer a los actores que acudieran a la vía ordinaria, cuando por la vía del amparo ya llevaban dos años litigando*. Agregó que “atañe a los jueces buscar soluciones que se avengan con la urgencia que conlleva este tipo de pretensiones, para lo cual deben encauzar los trámites por vías expeditivas y evitar que el rigor de las formas pueda conducir a la frustración de derechos que cuentan con tutela de orden constitucional, lo cual se produciría si los actores tuviesen que aguardar al inicio de un nuevo proceso, y en ese lapso quedarán desprotegidos los intereses cuya satisfacción se requiere”.

Esto último, ya había sido mencionado por la Corte unos días antes en “Martín, Sergio Gustavo y otros c/ Fuerza Aérea Argentina - Dirección General de Bienestar para Personal de la Fuerza Aérea s/ Amparo”⁵¹, resuelto por mayoría⁵² en fecha 8 de junio de 2004 (ap. VIII, párrafo 7º, del dictamen del Procurador General, al que la mayoría remite).

En “María, Flavia Judith c/ Instituto de Obra Social de la Provincia de Entre Ríos y Estado Provincial”⁵³, de 30 de octubre de 2007 y por mayoría⁵⁴, la Corte afirma claramente que “*la acción de amparo es particularmente pertinente en materias como (...) la preservación de la salud y la integridad física*. Y frente a un grave problema como el planteado en autos, *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*” –destacado agregado– (consid. 4º, párrafo 1º, de la mayoría).

No menos importante es, por su parte, la viabilidad del amparo también respecto de la *tutela de derechos de incidencia colectiva y la legitimación de los entes peticionantes*, lo que se demuestra con sólo repasar las sentencias pronunciadas *in re* “Asociación Benghalensis y otros c/ Ministerio de Salud y Acción Social - Estado Nacional s/ Amparo Ley 16.986”⁵⁵, de 1 de junio de 2000 (ap. VIII de la opinión del

⁵¹ Fallos, 327:2127.

⁵² Ésta estuvo compuesta por los jueces Fayt, Vázquez, Maqueda, Zaffaroni, Cossío de Mercu y Morales. A su tiempo, en disidencia conjunta se pronunciaron los ministros Petracchi, Belluscio y Boggiano, quienes consideraron que el amparo era improcedente (ante la inexistencia de arbitrariedad o ilegalidad manifiesta en el actuar de la demandada) y postularon la confirmación de la sentencia impugnada.

⁵³ Fallos, 330:4647.

⁵⁴ Por la mayoría estuvieron los ministros Lorenzetti, Fayt y Maqueda; en votos concurrentes individuales se pronunciaron los jueces Highton de Nolasco y Zaffaroni; mientras que por medio de sendas disidencias se expidieron los ministros Petracchi y Argibay.

⁵⁵ Fallos, 323:1339. Fue resuelto por mayoría. El detalle de la votación respectiva fue el siguiente: i) los ministros Belluscio, López y Bossert –de quienes puede decirse que constituyeron la mayoría– propiciaron la solución mencionada, limitándose a un reenvío al tratamiento que, acerca de las cuestiones debatidas, concretó en su dictamen el Procurador General de la Nación; ii) por su parte, los jueces Moliné O’Connor y Boggiano lo hicieron compartiendo un voto común (también por la confirmatoria triunfante);

Procurador General de la Nación, a la que la moción mayoritaria triunfante remite) y “Asociación de Esclerosis Múltiple de Salta c/ Ministerio de Salud - Estado Nacional s/ Acción de amparo - Medida cautelar”⁵⁶, de 18 de diciembre de 2003 (ap. V, párrafo 3º, del dictamen del Procurador General de la Nación al que la mayoría del Tribunal reenvía).

En este último fallo es significativo que se haya enfatizado (*ibídem*, ap. VII, párrafo 1º) que *el amparo es el procedimiento judicial más simple y breve para tutelar real y verdaderamente los derechos consagrados por la Ley Fundamental* y que aquél tiene por objeto una efectiva protección de derechos⁵⁷.

Por su parte, en “Unión de Usuarios y Consumidores c/ Compañía Euromédica de Salud S.A.”⁵⁸, de 8 de abril de 2008, la Corte⁵⁹ (basándose en la opinión de la Procuradora Fiscal subrogante) indicó que *el amparo es un proceso utilizable en las delicadas y extremas situaciones en las que, por carecer de otras vías idóneas o aptas, existe un peligro actual o potencial de la protección de derechos fundamentales* (cfr. ap. IV, párrafo 1º, del dictamen de la Procuradora Fiscal subrogante, al que la posición mayoritaria remite).

b) Interés superior del niño. Rol de los jueces en el particular

Son muy copiosas las alusiones de los fallos de la Corte a la premisa básica de la CDN en relación con el *interés superior del niño* –también a otros instrumentos internacionales–, por lo que sólo ofreceremos algunas a simple modo de muestra.

En “Campodónico de Beviacqua, Ana Carina c/ Ministerio de Salud y Acción Social - Secretaría de Programas de Salud y Banco de Drogas Neoplásicas”⁶⁰, en fecha 24 de octubre de 2000 y por mayoría⁶¹, específicamente en el consid. 21 de tal posición triunfante, puso de resalto que el Estado Nacional ha asumido compromisos

iii) el ministro Vázquez emitió un voto individual (confluyendo a igual decisión que sus colegas mencionados anteriormente); y iv) por último, los jueces Nazareno, Fayt y Petracchi votaron en disidencia, sosteniendo que el recurso extraordinario parcialmente concedido resultaba inadmisibles de acuerdo con lo establecido en el art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación – C.P.C.C.N.–.

Esta última cláusula dice, en su parte pertinente, que la Corte Suprema, “según su sana discreción, y con la sola invocación de esta norma, podrá rechazar el recurso extraordinario, por falta de agravio federal suficiente o cuando las cuestiones planteadas resultaren insustanciales o carentes de trascendencia”.

⁵⁶ Fallos, 326:4931. Se dirimió por mayoría. La moción triunfante fue rubricada por los ministros Belluscio, Petracchi, Boggiano y Vázquez; al tiempo que el juez Fayt se pronunció en disidencia y el ministro Zaffaroni en disidencia parcial.

⁵⁷ Remite a Fallos, 321:2823.

⁵⁸ Fallos, 331:563.

⁵⁹ Votaron los ministros Highton de Nolasco, Fayt, Petracchi, Maqueda y Zaffaroni; además de la concurrencia de la jueza Argibay.

⁶⁰ Fallos, 323:3229.

⁶¹ Por la mayoría estuvieron los ministros Nazareno, Moliné O'Connor, Fayt, Petracchi, Boggiano, López y Vázquez. En disidencia se expidió el juez Belluscio, quien entendió que el recurso extraordinario cuya denegación originó la queja, era inadmisibles (art. 280 del C.P.C.C.N.).

internacionales explícitos encaminados a *promover y facilitar las prestaciones de salud que requiera la minoridad y no puede desligarse válidamente de esos deberes so pretexto de la inactividad de otras entidades públicas o privadas, máxime cuando ellas participan de un mismo sistema sanitario y lo que se halla en juego es el interés superior del niño*, que debe ser tutelado por sobre otras consideraciones por todos los departamentos gubernamentales.

En “Neira, Luis M. y otra c/ Swiss Medical Group S.A.”⁶², el 21 de agosto de 2003 y por mayoría⁶³ el Tribunal sostuvo que *los menores, máxime en circunstancias en que se encuentra comprometida su salud y normal desarrollo*, a más de la especial atención que necesitan de quienes están directamente obligados a su cuidado, requieren también la de los jueces y de la sociedad toda; *siendo que la consideración primordial del interés del niño que la CDN impone a toda autoridad nacional en los asuntos concernientes a ellos viene tanto a orientar como a condicionar la decisión de los jueces llamados al juzgamiento en estos casos* (ap. III, párrafo 5º, del dictamen del Procurador Fiscal, al que adhiere la mayoría).

Por su parte, en el ap. VIII, párrafo 2º, del parecer del Procurador General de la Nación, al que se une la postura vencedora en el caso “Martín”, puede leerse que la protección y la asistencia integral a la discapacidad constituye una *política pública de nuestro país*; y que la *tutela del interés superior del menor es elevada a “rango de principio” por la CDN*⁶⁴.

En “Lifschitz” (ap. III, párrafo 8º, del dictamen del Procurador General de la Nación al que la Corte acude) y “Maldonado, Sergio Adrián s/ Materia: Previsional s/ Recurso de amparo”⁶⁵, de 23 de noviembre de 2004, resuelto por unanimidad⁶⁶ (consid. 9º), entre otros, se advirtió –como señaláramos– que cuando se trata de resguardar *el interés superior del niño*, atañe a los jueces buscar soluciones que se avengan con la urgencia y la naturaleza de las pretensiones, encauzar los trámites por vías expeditivas y evitar que el rigor de las formas pueda conducir a la frustración de derechos que cuentan con particular tutela constitucional.

c) *Derecho a la vida, derecho a la salud y principio de autonomía personal*

Tratándolos de modos separado o conjunto, existen diversos pronunciamientos de la Corte al respecto, por ejemplo los que pasamos a reseñar sucintamente.

En la aludida causa “Asociación Benghalensis”, dijo que *la vida de los individuos y su protección –en especial el derecho a la salud– constituyen un bien fundamental en*

⁶² Fallos, 326:2906.

⁶³ La mayoría estuvo compuesta por los jueces Fayt, Petracchi, Moliné O’Connor y López; por su voto se pronunció el ministro Maqueda, mientras que en disidencia lo hizo el juez Boggiano.

⁶⁴ Consideraciones similares surgen, por ejemplo, de Fallos, 318:1269; 319:3370; 320:1292; 322:328; 322:2701; 323:854, 2021; 2388; 324:122, 908, 1672.

⁶⁵ Fallos, 327:5210.

⁶⁶ Votaron los ministros Petracchi, Belluscio, Fayt, Boggiano, Maqueda, Zaffaroni y Highton de Nolasco.

sí mismo, que, a su vez, resulta imprescindible para el ejercicio de la autonomía personal (art. 19 de la C.N.⁶⁷). Añadió que el derecho a la vida, más que un derecho no enumerado en los términos del art. 33 de la C.N., es un derecho implícito, ya que el ejercicio de los derechos reconocidos expresamente requiere necesariamente de él. Asimismo indicó que el derecho a la salud, máxime cuando se trata de enfermedades graves, está íntimamente relacionado con el derecho a la vida y con el principio de la autonomía personal (art. 19 de la C.N.), toda vez que un individuo gravemente enfermo no está en condiciones de optar libremente por su propio plan de vida⁶⁸ –principio de autonomía– (ap. X, párrafo 1º, del dictamen del Procurador General, al que remite el voto mayoritario).

Coincidentemente, sostuvo en el citado fallo “Campodónico de Beviacqua” que el derecho a la vida es el primer derecho de la persona humana que resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional⁶⁹, y que el hombre es eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo –más allá de su naturaleza trascendente– su persona es inviolable y constituye valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental⁷⁰ (consid. 15 de la mayoría).

En “Asociación de Esclerosis Múltiple de Salta” se reitera la aludida doctrina de “Asociación Benghalensis” (ap. VII, párrafo 2º, del dictamen del Procurador General de la Nación al que se pliega la mayoría). Igualmente en “María, Flavia Judith” (consid. 4º, párrafo 2º, de la mayoría).

También en “Reynoso, Nilda Noemí c/ I.N.S.S.J.P. s/ Amparo”⁷¹, decidido por mayoría⁷² el 16 de mayo de 2006, respectivamente en el ap. III, párrafos 1º y 8º, de la opinión del Procurador General de la Nación a la que adhiere la mayoría, se reitera lo manifestado en “Campodónico de Beviacqua” (consid. 15 de la moción triunfante) y en “Asociación Benghalensis” (ap. X, párrafo 1º, del dictamen del Procurador General, que imanta al voto que se impuso).

Por último, y entre otros varios pronunciamientos, en el caso “Barria, Mercedes Clelia y otro c/ Chubut, Provincia del y otro (Estado Nacional) s/ Amparo”⁷³, de 11 de abril de 2006, por mayoría⁷⁴ la Corte expresó que la vida constituye el primer derecho

⁶⁷ Tal disposición establece: “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”.

⁶⁸ Tanto aquí como en otros pronunciamientos se avista en la percepción de la Corte Suprema una confluencia semántica entre “plan de vida” y “principio de autonomía”.

⁶⁹ Sobre este tópico, ver Fallos, 302:1284; 310:112.

⁷⁰ Vid. Fallos, 316:479.

⁷¹ Fallos, 329:1638.

⁷² Por la mayoría estuvieron los jueces Petracchi, Highton de Nolasco, Fayt, Maqueda, Zaffaroni y Lorenzetti. Por su parte, en disidencia parcial, se pronunció la ministra Argibay.

⁷³ Fallos, 329:1226.

⁷⁴ La moción mayoritaria fue suscripta por los ministros Petracchi, Highton de Nolasco y Fayt. En voto concordante conjunto se pronunciaron los jueces Zaffaroni, Lorenzetti y Argibay. Por último, el ministro Maqueda también concurrió con la mayoría coincidiendo con los consids. 1º a 7º de ésta.

de la persona humana, preexistente a toda legislación positiva, y que resulta garantizado por la C.N. y por diversos tratados de derechos humanos debido, entre otras consideraciones, a que *la vida de los individuos y su protección –en especial el derecho a la salud– constituyen un bien fundamental en sí mismo* (consid. 4° de la mayoría). Puntualizó además que *la salud merece la máxima tutela no sólo por su prioridad indiscutible, sino también por resultar imprescindible para el ejercicio de la autonomía personal en tanto condiciona la libertad de toda opción acerca del proyecto vital* (ibídem, consid. 6°).

d) Acciones positivas

Se trata de una cuestión de suma importancia y constituye un útil instrumento para propiciar *la igualdad material o sustancial* cuya impronta, tal como anticipáramos, ha sido inoculada a varias cláusulas de la C.N. en su *aggiornamento* de 1994. Precisamente, las referencias a las “acciones positivas” son copiosas y se patentizan en diversos pronunciamientos del Alto Tribunal.

En “Asociación Benghalensis”, aparece en el dictamen del Procurador General (ap. X, párrafo 3°) al que la mayoría de la Corte se pliega, donde puede leerse que el Estado no sólo debe abstenerse de interferir en el ejercicio de los derechos individuales sino que *tiene, además, el deber de realizar prestaciones positivas*, de manera tal que el ejercicio de aquéllos no se torne ilusorio.

En “Campodónico de Beviacqua”, el consid. 16 de la mayoría enfatiza que a partir de lo dispuesto en los tratados internacionales con jerarquía constitucional el Tribunal ha destacado la obligación impostergable que tiene la autoridad pública de garantizar el derecho a la preservación de la salud –comprendido dentro del derecho a la vida– *con acciones positivas*⁷⁵, sin perjuicio de las obligaciones que deban asumir en su cumplimiento las jurisdicciones locales, las obras sociales o las entidades de la llamada medicina prepaga.

La causa “Hospital Británico de Buenos Aires c/ Estado Nacional (Ministerio de Salud y Acción Social)”⁷⁶, fue resuelta por mayoría⁷⁷ el 13 de marzo de 2001. La

⁷⁵ Tal apreciación se reitera en numerosos decisorios de la Corte Suprema, por ejemplo, en “Sánchez, Norma Rosa c/ Estado Nacional y otro s/ Acción de amparo”, de 20 de diciembre de 2005 (consid. 4° de la mayoría), pronunciamiento correspondiente a la competencia originaria del Alto Tribunal (Fallos: 328:4640). Por la moción triunfante se expidieron los jueces Petracchi, Fayt y Maqueda; por su parte, en sendos votos concurrentes se pronunciaron los ministros Zaffaroni, Lorenzetti y Argibay; y en disidencia parcial se manifestó la jueza Highton de Nolasco.

⁷⁶ Fallos, 324:754.

⁷⁷ La posición mayoritaria quedó constituida con los ministros Nazareno, Moliné O'Connor, Boggiano y López. En voto concurrente conjunto se manifestaron los jueces Fayt y Belluscio (quienes compartieron los fundamentos y conclusiones del dictamen del Procurador General) y en sendas concurrencias lo hicieron los ministros Petracchi y Vázquez (este último sostuvo, en el consid. 10 de su voto concurrente, que “ateniéndose al marco descripto, este Tribunal reafirmó en recientes pronunciamientos el derecho a la preservación de la salud –comprendido dentro del derecho a la vida– y

sentencia muestra que, en su dictamen (ap. VI, párrafo 2º), el Procurador General puntualizó que el art. 75, inc. 22, de la Carta Magna vino a introducir de manera explícita –vía, por ejemplo, el art. 12, punto 2, ítem ‘c’, del PIDESC– la obligación estatal de adoptar las medidas necesarias para la “prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas...” (ap. VI, párrafo 3º). Tales consideraciones –argumenta– resultan oportunas puesto que posibilitan situar, además, esta cuestión en el marco de la normativa constitucional que enfoca el problema de la “discriminación inversa” (*affirmative action* en el lenguaje constitucional norteamericano), según la cual, atañe al Congreso de la Nación “...Legislar y promover *medidas de acción positiva* que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos...”, respecto de grupos tradicionalmente perjudicados como –por ejemplo– los discapacitados (art. 75, inc. 23, de la Carta Magna). En este entendimiento, no resulta inverosímil que hayan pretendido los legisladores alcanzar con sus “...*medidas de acción positiva*...” la situación de aquellos que, afectados por patologías como el SIDA o la droga, se encuentran inmersos o en peligro de discapacidad –en todos los casos el énfasis ha sido añadido– (ap. VI, párrafo 7º).

En “Monteserin, Marcelino c/ Estado Nacional (Ministerio de Salud y Acción Social - Comisión Nacional Asesora para la Integración de Personas Discapacitadas - Servicio Nacional de Rehabilitación y Promoción de la Persona con Discapacidad)”⁷⁸, dirimido unánimemente⁷⁹ el 16 de octubre de 2001, se advirtió que la alusión a las *acciones positivas* para garantizar el derecho a la preservación de la salud –comprendido dentro del derecho a la vida– aparecen explícitamente en el dictamen del Procurador General (ap. VII, párrafo 3º) y en el consid. 11 del pronunciamiento de la Corte.

En “Barria”, particularmente en el consid. 8º, párrafo 1º, de la mayoría (también en el consid. 8º, párrafo 1º, de la concurrencia del juez Maqueda) puede leerse: “*la conducta en que incurrieron ambas dependencias estatales al omitir las acciones positivas a su cargo para satisfacer los derechos cuya tutela los demandantes procuraron y sólo obtuvieron en esta sede judicial a raíz de la pretensión que promovieron, justifican que se les impongan concurrentemente las costas del proceso*” –remarcado añadido–.

En “Martín”, específicamente en el ap. VIII, párrafo 4º, del dictamen del Procurador General, al que la mayoría remite, se ha resaltado “*la impostergable obligación de la autoridad pública de emprender, en este campo, acciones positivas, especialmente en todo lo que atañe a promover y facilitar el acceso efectivo a los servicios médicos y de rehabilitación que requieran los infantes, con particular énfasis en aquellos que*

destacó la obligación impostergable que tiene la autoridad pública de garantizar ese derecho con acciones positivas,...

⁷⁸ Fallos, 324:3569.

⁷⁹ Votaron los ministros Nazareno, Moliné O’Connor, Fayt, Belluscio, Petracchi, Boggiano, López y Vázquez.

presenten impedimentos físicos o mentales (...), cuyo interés superior debe ser tutelado, por sobre otras consideraciones, por todos los departamentos gubernamentales” –énfasis agregado–.

En “Cambiaso Péres de Nealón, Celia María Ana y otros c/ Centro de Educación Médica e Investigaciones Médicas”⁸⁰, de 28 de agosto de 2007 y por mayoría⁸¹, la Corte alude a las *acciones positivas*, lo que se hace presente en el ap. III, párrafo 7º, *in fine*, del dictamen de la Procuradora Fiscal subrogante. En el marco de esta sentencia, es útil colacionar parte del consid. 4º de la disidencia de Lorenzetti, quien –con una llamativa fuerza discursiva– afirmó que “*los derechos vinculados al acceso a prestaciones de salud integrales no pueden ser meramente declarativos*, porque su goce efectivo es lo que permite a una persona *desplegar plenamente su valor eminente como agente moral autónomo, base de la dignidad humana que esta Corte debe proteger*” (párrafo 1º). A continuación señaló que “la protección de los ciudadanos es un asunto fundamental para el funcionamiento del Estado de Derecho, y ella está estrechamente relacionada con el goce de bienes primarios con un contenido mínimo. *Llamar ciudadano a quien no tiene trabajo, vivienda o prestaciones básicas de salud constituye una afrenta, ya que quien se ve privado de ellos queda excluido, condenado al ostracismo social*” (párrafo 2º). Añade a continuación que “esta garantía incumbe al Estado, quien debe ocuparse de la efectividad de ese derecho con *acciones positivas*, ‘sin perjuicio de las obligaciones que deban asumir en su cumplimiento las jurisdicciones locales, las obras sociales o las entidades de la llamada medicina prepaga’” –la *itálica* no es del original– (párrafo 3º).

Para cerrar este segmento, en “Recurso de hecho deducido por el defensor oficial de Gustavo Alberto Fares, Marcelo Ezequiel Acedo, Mario Alberto Villarreal, Gabriel Alejandro Medina y Leandro Andrés Cortejarena en la causa ‘Arriola, Sebastián y otros s/ Causa N° 9.080’”⁸², de 25 de agosto de 2009, la mayoría⁸³ puntualiza en el consid. 16 –*mutatis mutandis*– que una de las pautas básicas sobre la que se construyó todo el andamiaje institucional que impulsó a la Convención Constituyente de 1994 fue la de incorporar a los tratados internacionales sobre derechos humanos como un orden equiparado a la C.N. misma, de donde la reforma constitucional de ese año reconoció la importancia del sistema internacional de protección de los derechos humanos y no se atuvo al principio de soberanía ilimitada de las naciones (párrafo 2º). Añadió que “este último acontecimiento histórico ha modificado profundamente el panorama constitucional en muchos aspectos, entre ellos, los vinculados a la política criminal del

⁸⁰ Fallos, 330:3725.

⁸¹ La moción que se impuso fue rubricada por los ministros Fayt y Maqueda; concurrente y conjuntamente votaron los jueces Petracchi y Zaffaroni; y en disidencia conjunta lo hicieron las ministras Highton de Nolasco y Argibay, mientras que en moción disidente individual se pronunció el juez Lorenzetti.

⁸² Fallos, 332:1963.

⁸³ La posición que encabeza el fallo fue suscripta por los jueces Highton de Nolasco y Maqueda; al tiempo que en votos concurrentes individuales se pronunciaron los ministros Lorenzetti, Fayt, Petracchi, Zaffaroni y Argibay.

Las referencias contenidas en el texto corresponden a lo que podríamos llamar la moción mayoritaria (stricto sensu), constituida por los ministros Highton de Nolasco y Maqueda.

Estado, que le impide sobrepasar determinados límites y además *lo obliga a acciones positivas* para adecuarse a ese estándar internacional” –el subrayado no es del original– (párrafo 3°).

e) *Gasto público en salud como inversión social prioritaria*

El caso “Policlínica Privada de Medicina y Cirugía S.A. c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires”⁸⁴, fue resuelto el 11 de junio de 1998, por mayoría⁸⁵. En dicha causa se había condenado a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CABA) a suministrar a una menor el servicio de internación en terapia intensiva –por un período superior al contemplado en el contrato de adhesión suscripto con el servicio de medicina prepaga– en un nosocomio público, juzgando aplicable el art. 20 de la Constitución de dicha Ciudad que *garantiza el derecho a la salud integral y establece que el gasto público en salud es una inversión social prioritaria* (ver consid. 7° de la mayoría y concurrencia del juez Vázquez).

Asimismo, una alusión al criterio citado en el segmento que antecede, puede ubicarse en el consid. 11, párrafo 1°, del voto concurrente de los ministros Moliné O’Connor y Boggiano vertido en “Asociación Benghalensis”. A partir de tal pauta, los citados jueces entienden que, “en tales condiciones, se infiere que *la protección del derecho a la salud, según esta Corte, es una obligación impostergable del Estado Nacional de inversión prioritaria*” –énfasis agregado– (consid. 11, párrafo 2°).

En “Barria”, respecto de lo que aquí interesa particularmente, en el consid. 6°, *in fine*, de la mayoría (y la concurrencia del juez Maqueda) se afirmó que *la protección de la salud no sólo es un deber estatal impostergable, sino que exige una inversión prioritaria*.

En “Ledesma, Luis c/ Santiago del Estero, Provincia de s/ Daños y perjuicios”⁸⁶, dirimido por unanimidad⁸⁷ el 11 de julio de 2006 y basándose en lo que mantuviera *in re* “Orlando, Susana Beatriz c/ Buenos Aires, Provincia de y otros s/ Amparo”⁸⁸, de 24 de mayo de 2005 (especialmente en los consid. 6° de la mayoría y de la concurrencia conjunta de los ministros Boggiano y Zaffaroni), sostuvo que *corresponde a la responsabilidad del Estado provincial, y no sólo del Nacional, asegurar la efectiva protección integral de la salud de sus habitantes* (consid. 7°, párrafo 1°). Añadió que

⁸⁴ Fallos, 321:1684.

⁸⁵ La moción que encabeza el fallo se integró con los ministros Moliné O’Connor, Fayt, Belluscio, Petracchi, Boggiano, López y Bossert. Por su parte, los jueces Nazareno y Vázquez se pronunciaron en sendas concurrencias. Aquél postuló la inadmisibilidad del recurso extraordinario (art. 280 del C.P.C.C.N.), mientras que éste coincidió con el voto de la mayoría, con exclusión del consid. 6°.

⁸⁶ Fallos, 329:2737.

⁸⁷ Votaron los ministros Petracchi, Highton de Nolasco, Maqueda, Zaffaroni, Lorenzetti y Argibay.

⁸⁸ Fallos, 328:1708. Sufragaron por la mayoría los ministros Petracchi, Belluscio, Fayt, Maqueda, Highton de Nolasco, Lorenzetti y Argibay; y en voto concurrente, los jueces Boggiano y Zaffaroni postularon hacer lugar a la acción intentada en los mismos términos que la mayoría, con exclusión del consid. 1°.

“en concordancia con los principios enunciados –de alcance general para todas las jurisdicciones provinciales– y en ejercicio de las competencias constitucionales que le son propias, *la provincia demandada estableció en su ley fundamental la obligación del Estado de asegurar la salud como derecho fundamental de las personas, de dar prioridad a su atención primaria, de promover una eficaz prestación del servicio de acuerdo a las necesidades de la provincia y de orientar el gasto y la inversión pública en forma prioritaria a la salud pública y asistencia social* (arts. 16, inc. 2º; 21; 22; 25; 96; 136, inc. 29, y concordantes de la Constitución de la Provincia de Santiago del Estero)” –destacado nuestro– (*ibídem*, párrafo 2º).

B. Ciertos pronunciamientos que parecieran delinear una tendencia retrocesiva

Si bien los fallos aludidos en las específicas zonas temáticas abordadas en el subapartado anterior denotan en la Corte Suprema una tendencia aperturista y consustanciada con una protección amplia del derecho a la salud y cuestiones conexas, en épocas más recientes se observan algunas decisiones indiciarias de una toma de posición un tanto más conservadora.

Tal actitud se visualiza –con mayor o menor nitidez– en ciertos casos de indemnizaciones laborales en los cuales las obligadas son obras sociales, o bien en asuntos referidos a la concesión de prestaciones por parte de empresas de medicina prepaga y hasta de algún organismo del Estado Nacional. Aunque de modo sutil, esa senda jurisprudencial pareciera buscar que se limiten las consecuencias económicas de las sentencias del Tribunal.

A continuación, se evocan algunas muestras ejemplificativas.

a) El caso “Recurso de hecho deducido por la Obra Social de la Actividad de Seguros, Reaseguros, Capitalización y Ahorro y Préstamo para la Vivienda en la causa Gómez, Claudia Patricia c/ Saden S.A. y otros/ Despido”⁸⁹, de 30 de diciembre de 2014, fue resuelto por mayoría⁹⁰.

La postura triunfante estableció que correspondía dejar sin efecto la sentencia que resolvió que en virtud de lo previsto por el art. 30 de la Ley de Contrato de Trabajo N° 20.744⁹¹, la obra social era solidariamente responsable del pago de los créditos laborales adeudados a la actora por su empleadora –empresa que la obra social había contratado para que prestara servicios de atención odontológica a sus afiliados–. Ello porque el *a*

⁸⁹ Fallos, 337:1548.

⁹⁰ El voto que condujo el acuerdo fue rubricado por los ministros Highton de Nolasco y Maqueda. Por su parte, el juez Lorenzetti se pronunció en voto concurrente y el ministro Fayt lo hizo en disidencia.

⁹¹ Tal cláusula de la Ley de Contrato de Trabajo, publicada el 27 de septiembre de 1974 (con el agregado efectuado por el art. 17 de la Ley N° 25.013 –B.O. de 24 de septiembre de 1998–), y bajo el título de “Subcontratación y delegación. Solidaridad”, establece entre otras cosas la responsabilidad solidaria del principal por las obligaciones de los cesionarios, contratistas o subcontratistas respecto del personal que ocuparen en la prestación de trabajos o servicios y que fueren emergentes de la relación laboral incluyendo su extinción y de las obligaciones de la seguridad social.

quo había incurrido en un inaceptable dogmatismo al afirmar que la prestación de tales servicios era una actividad propia de la obra social recurrente que fue delegada en la codemandada, y que, por tal motivo, se verificaban en el caso los presupuestos fácticos que –según la interpretación que el tribunal de segunda instancia hizo de la norma en cuestión– daban lugar a la imputación de responsabilidad solidaria.

Señaló asimismo que la *prioritaria aplicación de los recursos económicos de las obras sociales a garantizar la prestación de servicios de asistencia médica es una condición indispensable para que éstas puedan cumplir adecuadamente con su función de agentes naturales de un sistema de seguro cuyo objetivo fundamental es proveer el otorgamiento de prestaciones tendientes a la promoción, protección, recuperación y rehabilitación de la salud, que respondan al mejor nivel de calidad posible* (cfr. art. 2 de la Ley N° 23.661⁹²), y el logro de tal objetivo puede ser puesto en jaque si aquellos recursos resultan afectados por decisiones judiciales que incurren en una arbitraria atribución de responsabilidad solidaria por obligaciones laborales ajenas.

b) En “Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa Cairone, Mirta Griselda y otros c/ Sociedad Italiana de Beneficencia en Buenos Aires - Hospital Italiano”⁹³, de 19 de febrero de 2015, el voto mayoritario⁹⁴ adhiere al dictamen de la Procuración General, el que sostiene que cabe dejar sin efecto por arbitraria la sentencia que admitió la demanda entablada por los herederos de un médico anesthesiólogo, contra la accionada en tanto entendió que había existido un contrato de trabajo entre ambos, elevando el monto de condena, al considerar que la prestación personal de servicios por parte de aquél tornaba operativa la presunción prevista en el art. 23 de la Ley de Contrato de Trabajo⁹⁵, pues el *a quo* no había dado adecuado tratamiento a la controversia de acuerdo con las constancias del caso y la normativa aplicable, *exigencia que debió imponerse con mayor estrictez en atención a la trascendencia del resultado económico del fallo*.

⁹² B.O. de 20 de enero de 1989. Se trata de la normativa que establece el Sistema Nacional de Seguro de Salud.

El art. 2 establece: “El seguro tendrá como objetivo fundamental proveer el otorgamiento de prestaciones de salud igualitarias, integrales y humanizadas, tendientes a la promoción, protección, recuperación y rehabilitación de la salud, que respondan al mejor nivel de calidad disponible y garanticen a los beneficiarios la obtención del mismo tipo y nivel de prestaciones eliminando toda forma de discriminación en base a un criterio de justicia distributiva.

”Se consideran agentes del seguro a las obras sociales nacionales, cualquiera sea su naturaleza o denominación, las obras sociales de otras jurisdicciones y demás entidades que adhieran al sistema que se constituye, las que deberán adecuar sus prestaciones de salud a las normas que se dicten y se regirán por lo establecido en la presente ley, su reglamentación y la ley de Obras Sociales, en lo pertinente”.

⁹³ Fallos, 338:53.

⁹⁴ La posición mayoritaria corresponde a los ministros Highton de Nolasco y Maqueda, mientras que el juez Lorenzetti se pronunció en voto concurrente.

⁹⁵ Dicha norma determina: “El hecho de la prestación de servicios hace presumir la existencia de un contrato de trabajo, salvo que por las circunstancias, las relaciones o causas que lo motiven se demostrase lo contrario.

”Esa presunción operará igualmente aun cuando se utilicen figuras no laborales, para caracterizar al contrato, y en tanto que por las circunstancias no sea dado calificar de empresario a quien presta el servicio”.

A su tiempo, el voto concurrente transita en el particular una similar línea de sentido al postular idéntico resultado (dejar sin efecto la sentencia que admitió la demanda entablada por los herederos de un médico anesthesiólogo, contra la accionada en tanto entendió que existió un contrato de trabajo entre ambos), considerando que el *a quo* incurre en una equivocada valoración de la prueba, aplica la legislación laboral a supuestos de hecho para los que no ha sido prevista y *omite analizarlo a la luz de la normativa relativa a la locación de servicios regulada por el Código Civil* [en la versión anterior al actual Código Civil y Comercial que entrara en vigor el 1 de agosto de 2015⁹⁶], *causando consecuencias jurídicas, económicas y sociales que exceden el caso, y que los magistrados no pueden ignorar, ya que repercuten sobre todo el sistema de contrataciones.*

c) El caso “P., A. c/ Comisión Nacional Asesora para la Integración de las Personas Discapacitadas y otro s/ Amparo”, fue decidido unánimemente el 16 de junio de 2015⁹⁷. Además de esta causa, serán sumariamente reseñados otros fallos que parecieran mostrar una textura análoga a la inoculada al asunto “P., A.”.

En éste, el actor dedujo amparo para reclamar la cobertura total de las prestaciones que requería con motivo de su discapacidad. En primera instancia el planteo fue desestimado, pero luego la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal condenó al Servicio Nacional de Rehabilitación y a la Comisión Nacional Asesora para la Integración de las Personas Discapacitadas a proporcionar la cobertura solicitada. Contra tal resolución, la representante del Servicio Nacional de Rehabilitación planteó recurso extraordinario, que la Corte Suprema admitió dejando sin efecto lo decidido por el órgano jurisdiccional de segunda instancia.

El Máximo Tribunal argentino entendió, en síntesis, que *la interpretación de la Cámara en cuanto obligaba al Estado Nacional a brindar a la actora la cobertura de las prestaciones previstas en la Ley N° 24.901*⁹⁸, soslayó que, en el caso, no se hallaban cumplidos los requisitos exigidos por el ordenamiento en que se sustentó el reclamo, es decir, la falta de afiliación por parte del actor a una obra social y la imposibilidad de la peticionaria para afrontar por sí las prestaciones que solicita. De ese modo, consideró que el *a quo* prescindió del texto legal extendiendo la cobertura integral de las prestaciones allí previstas a cargo del Estado, a un supuesto específicamente excluido por el legislador, mediante consideraciones indebidas que excedían las circunstancias expresamente contempladas por la norma que, al no exigir esfuerzo de interpretación, debía ser directamente aplicada.

⁹⁶ Por medio de la Ley N° 26.994, B.O. de 8 de octubre de 2014, se aprobó el Código Civil y Comercial de la Nación, que originariamente entraría en vigencia el 1 de enero de 2016. Sin embargo, por medio de la Ley N° 27.077, B.O. de 19 de diciembre de 2014, finalmente se estipuló que cobraría vigor a partir del 1 de agosto de 2015, lo que así aconteció.

⁹⁷ Fallos, 338:488. Votaron los ministros Lorenzetti, Highton de Nolasco, Fayt y Maqueda.

⁹⁸ B.O. de diciembre de 1997. Se trata de la ley que establece el Sistema de prestaciones básicas en habilitación y rehabilitación integral a favor de las personas con discapacidad.

La línea hermenéutica sobre la que alertamos se hace también perceptible en otros pronunciamientos que exhiben *–mutatis mutandis–* una impronta similar. Por ejemplo, los casos “L., E. S. c/ Centro de Educación Médica e Investigaciones Clínicas Norberto Quirno (CEMIC) s/ Amparo”⁹⁹, de 20 de mayo de 2014; y “S. D. c/ Centro de Educación Médica e Investigaciones Clínicas Norberto Quirno s/ Sumarísimo”¹⁰⁰, de 15 de marzo de 2016.

En “L., E. S.” la Corte consideró que el *a quo* había confirmado la condena impuesta por el juez de primera instancia sin brindar razones mínimamente consistentes, omitiendo satisfacer la exigencia constitucional de la debida fundamentación de las decisiones judiciales, apartándose de manera inequívoca del régimen entonces aplicable para empresas como la demandada, además de que omitió exponer fundamentos razonados que sostuvieran jurídicamente la obligación de cobertura del medicamento pretendido por la afiliada y puesta en cabeza de la contratante. La medicina en cuestión era ‘Mabthera 500’, prescrita por la médica tratante para las enfermedades que padece la peticionaria: *lupus eritematoso sistémico y síndrome antifosfolípido*. El Alto Tribunal declaró procedente el recurso extraordinario y dejó sin efecto la sentencia apelada.

Ya en “S. D.”, y contrariamente a lo dictaminado por la Procuración General y lo decidido en las dos instancias de mérito, la CSJN hizo lugar a la queja deducida por una obra social contra la sentencia que la obligaba a brindar cobertura de tratamiento médico y prestaciones a *un menor con Trastorno Generalizado del Desarrollo (TGD), de espectro autista, además de sufrir epilepsia*. Revocó así la resolución recurrida. Básicamente, el núcleo decisional de la Corte se centra en la *arbitrariedad del fallo* que examinaba, al que acusó de dogmático y apoyado sustancialmente en un conjunto de normas superiores de fuente local e internacional que aparecían desvinculadas de la concreta situación fáctica suscitada en la causa y de las disposiciones normativas y contractuales que directa e inmediatamente regulaban el punto.

En sentido convergente se ha expedido el Alto Tribunal en otros casos recientes: “P., E. G. y otra c/ Centro de Educación Médica e Investigaciones Clínicas Norberto Quirno s/ Amparo”¹⁰¹, de 12 de abril de 2016; y “T., M. C. y otro c/ Centro de Educación Médica e Investigaciones Clínicas Norberto Quirno s/ Sumarísimo”¹⁰², de 5 de abril de 2016. En definitiva, la Corte consideró arbitrarios los respectivos pronunciamientos (que fueron dejados sin efecto) sustentándose en que, *cuando se trata de los asuntos relacionados a la tutela del derecho a la salud no hay razones que justifiquen eximir ni*

⁹⁹ Fallos, 337:580. Votaron concordantemente los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco, Fayt, Petracchi y Maqueda.

¹⁰⁰ Causa ‘S.851.XLIX.RHE’. El fallo fue firmado unánimemente por los ministros Lorenzetti, Highton de Nolasco y Maqueda.

¹⁰¹ Causa ‘P.320.L.RHE’. Concordaron los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco y Maqueda.

¹⁰² Causa ‘T.7.XLIX.RHE’. Se pronunciaron coincidentemente los ministros Lorenzetti, Highton de Nolasco y Maqueda.

mitigar el deber de fundar las sentencias que pesa sobre los tribunales judiciales de la República.

d) Repasados los fallos anteriores, y más allá del esfuerzo argumental que realiza, la CSJN pareciera priorizar cuestiones formales o, *prima facie*, axiológicamente menos relevantes *vis-à-vis* la necesidad (y obligación) de dar cobertura tuitiva sólida a casos en los que están comprometidos derechos fundamentales, como por ejemplo el de la salud de personas con discapacidad. La situación se complejiza a poco de reparar en la existencia de un imperativo constitucional consistente en brindar a tales sujetos una *protección de más denso calibre* en los términos del nombrado artículo 75, inc. 23, constitucional.

Otro insumo analítico importante, que no debería desdeñarse cuando están en juego semejantes derechos, está centrado en los principios y pautas fijados por la CDPD, que –como vimos– posee *jerarquía constitucional* por imperio de la Ley N° 27.044, además de lo estipulado en la citada Ley N° 24.901, que instituye un *sistema de prestaciones básicas de atención integral a favor de las personas con discapacidad, contemplando acciones de prevención, asistencia, promoción y protección, con el objeto de brindarles una cobertura integral a sus necesidades y requerimientos.*

Analizar de manera rigurosamente formalista los contratos firmados, por ejemplo, con empresas de medicina privada, priorizándolos frente a derechos fundamentales de personas discapacitadas, no pareciera ser la mejor respuesta a la luz de los requerimientos del Estado Constitucional y Convencional.

6. ALGUNOS FALLOS RELEVANTES DE LA CORTE SUPREMA EN TORNO AL DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL

Fácil es comprender que en este acotado espacio nos resulta imposible abarcar exhaustivamente el despliegue jurisprudencial del Máximo Tribunal argentino en materia de derecho a la seguridad social. Por tal razón, sólo relevaremos aquí algunos de los fallos importantes relacionados con ciertos aspectos de ese derecho.

A. Movilidad previsional y otras cuestiones

Previo a ingresar al catálogo sentencial sobre el tema y a modo de acercamiento conceptual, se ha sostenido que “la movilidad previsional es un procedimiento que tiende a reparar los perjuicios que ocasiona en los haberes jubilatorios la inflación y su consecuencia, el aumento salarial de los trabajadores activos”¹⁰³.

Pasamos ahora al recorrido jurisprudencial.

¹⁰³ JÁUREGUI, Guillermo J. (con la colaboración de Elsa RODRÍGUEZ ROMERO), “La movilidad previsional legal y la movilidad judicial. Algunas incoherencias”, Revista de Jubilaciones y Pensiones; disponible en: <http://www.rjyp.com.ar/jau128.html>.

a) En el relevante fallo recaído en “Sánchez, María del Carmen c/ ANSeS s/ Reajustes varios”,¹⁰⁴ de 17 de mayo de 2005, se pronunció –por mayoría¹⁰⁵– a favor de la movilidad de los haberes previsionales (en el caso, de una pensión) de conformidad con las variaciones registradas en el índice del nivel general de remuneraciones¹⁰⁶.

Al respecto, y si bien no se agotaba la polémica ni se brindaba respuesta a todos los interrogantes en torno de la problemática de la seguridad social, al menos dio por tierra con el polémico precedente sentado en “Chocobar, Sixto Celestino c/ Caja Nacional de Previsión para el Personal del Estado y Servicios Públicos s/ Reajustes por movilidad”,¹⁰⁷ de 27 de diciembre de 1996. En este decisorio, en puridad, “congeló” la movilidad consagrada en el art. 14 bis, párrafo 3°, de la Carta Magna, trastocando el esquema jerárquico de normas y violando la prohibición de regresividad injustificada de derechos fundamentales como el de la seguridad social, específicamente en el punto de la evolución cuantitativa de haberes previsionales en función del dinamismo que experimenten los salarios de los trabajadores activos correspondientes.

Entre otras apreciaciones de interés, en el consid. 3° del voto mayoritario, la Corte se preocupó por aclarar que ratificaba los principios básicos de interpretación sentados acerca de la naturaleza sustitutiva que tienen las prestaciones previsionales y *rechazaba toda inteligencia restrictiva de la obligación que impone al Estado otorgar ‘jubilaciones y pensiones móviles’, según el art. 14 bis de la C.N.* y los fines tuitivos que persiguen las leyes reglamentarias en esta materia. Añadió que los tratados internacionales vigentes, lejos de limitar o condicionar dichos principios, obligan a adoptar todas las medidas necesarias para *asegurar el progreso y plena efectividad de*

¹⁰⁴ Fallos, 328:1602.

¹⁰⁵ La mayoría quedó constituida con los ministros Petracchi, Belluscio, Fayt, Highton de Nolasco y Lorenzetti. A su turno, concurrentemente votaron los jueces Zaffaroni y Argibay, de modo conjunto, y Maqueda, individualmente. Por último, en disidencia se expidió el ministro Boggiano.

¹⁰⁶ Es útil destacar que en “Andino, Basilio Modesto c/ ANSeS s/ Reajustes varios”, de 9 de agosto de 2005 (Fallos, 328:3041), ante el planteo de “hecho nuevo” y la solicitud de que se aplique la solución dispuesta en “Sánchez, María del Carmen”, la Corte rechazó la pretensión sustentándose en la imposibilidad de invocar ante ella hechos nuevos (art. 280, último apartado, del C.P.C.C.N.) y en las propias constancias de la causa ya que, según afirmó, además de la prohibición legal expuesta, la propia parte había requerido al demandar la aplicación del precedente “Chocobar” para obtener el reajuste de la prestación en el lapso posterior al 31 de marzo de 1991 y consentido el fallo de primera instancia que así lo había resuelto. Debe recordarse que la mayoría estuvo integrada por los jueces Petracchi, Belluscio, Fayt, Zaffaroni y Lorenzetti; mientras que, concurrente y conjuntamente, se pronunciaron los ministros Maqueda, Highton de Nolasco y Argibay.

Tangencialmente, y para compulsar un interesante análisis en torno a la nocividad de efectuar una “hermenéutica mutativa o irrazonable” de la resolución de la Corte Suprema en “Andino”, es recomendable leer el voto minoritario que integra la resolución de la Sala IIª de la Cámara Federal de la Seguridad Social en la causa “Ibáñez, Máximo c/ ANSeS s/ Reajustes varios”, de 20 de septiembre de 2005. En el caso, la moción en minoría propiciaba aplicar lo decidido por la Corte Suprema en “Sánchez, María del Carmen” en cuanto al cálculo de la movilidad previsional, aun cuando técnicamente el actor no había articulado recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia que dispuso que dicho reajuste se fijara con arreglo al precedente “Chocobar” del Máximo Tribunal.

¹⁰⁷ Fallos, 319:3241. El caso fue resuelto por mayoría. Los alineamientos fueron los siguientes: la posición triunfante estuvo representada por los ministros Nazareno, Moliné O’Connor y López; hubo sendos votos concurrentes de los jueces Boggiano y Vázquez; y mediaron las disidencias conjunta de los ministros Belluscio, Petracchi y Bossert e individual del juez Fayt.

los derechos humanos, compromiso que debe ser inscripto, además, dentro de las amplias facultades legislativas otorgadas por el [multicitado] art. 75, inc. 23, de la Carta Básica, con el fin de promover mediante *acciones positivas el ejercicio y goce de los derechos fundamentales reconocidos, en particular, a los ancianos*.

b) En “Gemelli, Esther Noemí c/ ANSeS s/ Reajustes por movilidad”¹⁰⁸, de 28 de julio de 2005, la Corte confirmó por unanimidad¹⁰⁹ la sentencia de la Sala Iª de la Cámara Federal de la Seguridad Social que había reconocido el derecho de la actora a que sus haberes jubilatorios se ajustaran de acuerdo con las disposiciones de la Ley N° 24.016¹¹⁰, que establecía un estatuto especial y autónomo para los docentes.

En breve presentación del esquema argumental del Tribunal, puede apreciarse que sostuvo que la Ley N° 24.241¹¹¹ (Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones –SIJP–) no contiene cláusula alguna que modifique o extinga a la mencionada Ley N° 24.016, sin que resulte apropiada la invocación de los arts. 129¹¹² y 168¹¹³ de aquella ley. Asimismo, juzgó que tampoco podía admitirse la alegación de la apelante (ANSeS) en punto a que se habría producido la derogación tácita de la normativa en cuestión, ya que el art. 191 de la Ley N° 24.241 prevé que a los efectos de la interpretación de esta normativa, “debe estarse a lo siguiente: a) Las normas que no fueran expresamente derogadas mantienen su plena vigencia”, además de que no basta para desvirtuar dicha conclusión la mención del Decreto N° 78/94, que con el pretexto de reglamentar el art. 168 de la Ley N° 24.241 dispuso la derogación, entre otras, de la Ley N° 24.016, pues fue declarado inconstitucional por el Tribunal en “Craviotto, Gerardo Adolfo y otros c/ Estado Nacional - PEN - Ministerio de Justicia de la Nación s/ Empleo público”¹¹⁴, de 19 de mayo de 1999.

En definitiva, concluyó que el régimen jubilatorio de la Ley N° 24.016 había quedado sustraído de las disposiciones que integran el sistema general reglamentado por las Leyes N°s. 24.241 y 24.463¹¹⁵, con el que coexiste, manteniéndose vigente con todas sus características, entre las que se encuentra su pauta de movilidad; por lo tanto, y en función del art. 4 de la Ley N° 24.016 el haber jubilatorio del personal docente sería

¹⁰⁸ Fallos, 328:2829.

¹⁰⁹ Votaron los ministros Petracchi, Belluscio, Fayt, Maqueda, Zaffaroni, Highton de Nolasco, Lorenzetti y Argibay.

¹¹⁰ B.O. de 17 de diciembre de 1991.

¹¹¹ B.O. de 18 de octubre de 1993.

¹¹² Norma que establece el tiempo y el modo de la entrada en vigor del ‘Sistema integrado de jubilaciones y pensiones’.

¹¹³ Precepto que se refiere a la pérdida de vigencia de las Leyes N°s. 18.037 y 18.038 (ambas publicadas el 10 de enero de 1969), sus modificatorias y complementarias, entre las que no cabe incluir a la Ley N° 24.016 por tratarse de un estatuto especial y autónomo para los docentes, que sólo remite a las disposiciones del régimen general en las cuestiones no regladas por su texto (art. 2).

¹¹⁴ Fallos, 322:752. El decisorio se dictó por mayoría, compuesta por los ministros Nazareno, Fayt, Belluscio, Vilar, Becerra Ferrer, Archimbal y Zannoni; mientras que en disidencia parcial se pronunció el juez Arias.

¹¹⁵ B.O. de 30 de marzo de 1995. Se trata de la llamada “Ley de solidaridad previsional”.

equivalente al 82% móvil de la remuneración mensual, porcentaje que el Estado debía asegurar, con los fondos que concurrieran al pago, cualquiera que fuera su origen, y sólo por excepción y por el lapso de cinco –5– años a partir de la promulgación de la ley, los montos móviles debían ser del 70%.

c) En “Siri, Ricardo Juan c/ ANSeS s/ Reajustes varios”¹¹⁶, de 9 de agosto de 2005 y tomando como antecedente lo resuelto en “Gemelli”, la Corte determinó –también unánimemente¹¹⁷– la movilidad de las jubilaciones del actor, exfuncionario superior del Servicio Exterior de la Nación.

Al respecto sostuvo que los beneficios establecidos para estos últimos quedaron sustraídos de las Leyes N^{os}. 24.241 y 24.463, conservando la movilidad propia de la Ley N^o 22.731¹¹⁸ (régimen previsional para funcionarios del mencionado Servicio Exterior), por constituir un estatuto específico y autónomo que sólo remite a las normas generales que rigen a los agentes de la Administración Pública en las cuestiones no modificadas por su texto (cfr. art. 2 de la Ley N^o 22.731¹¹⁹ y art. 1 de la Ley N^o 24.019¹²⁰).

d) En “Zapata, Lucrecia Isolina c/ ANSeS s/ Pensiones”¹²¹, de 16 de agosto de 2005, la Corte revocó –por mayoría¹²²– la sentencia de la Sala II^a de la Cámara Federal de la Seguridad Social que había rechazado la solicitud de pensión formulada por la actora por la muerte de su marido, argumentando –para sustentar la denegatoria– que el matrimonio celebrado por ésta en el extranjero carecía de validez en Argentina, ya que se había vuelto a casar sin tener aptitud nupcial.

Separándose de tal fundamento, el Máximo Tribunal reconoció el derecho al beneficio de pensión solicitado por la accionante, quien se había separado de su primer marido por el art. 67 bis de la Ley N^o 2.393¹²³ y posteriormente contrajo nuevas nupcias en Uruguay en 1972.

¹¹⁶ Fallos, 328:3045.

¹¹⁷ Suscribieron la sentencia los ministros Petracchi, Belluscio, Fayt, Maqueda, Zaffaroni, Highton de Nolasco, Lorenzetti y Argibay.

¹¹⁸ B.O. de 8 de febrero de 1983.

¹¹⁹ Tal norma establece: “Las jubilaciones de los funcionarios a que se refiere el artículo anterior y las pensiones a sus causahabientes se regirán por las disposiciones de la presente, y en lo no modificado por ésta, por las normas específicas referidas a ellos y por las normas generales establecidas para los agentes de la Administración pública nacional”.

¹²⁰ Tal cláusula legal dispone: “A partir del 1^o de enero de 1992, se restablece la vigencia de las Leyes 22.929, 23.026, 23.794 y 22.731, con sus complementarias y modificatorias”.

Debe destacarse que el accionante había obtenido la jubilación ordinaria según la aludida Ley N^o 22.731, que asegura el derecho a percibir los haberes mensuales de acuerdo con una proporción del sueldo asignado al cargo de mayor jerarquía ejercido en actividad. Además, aquella normativa fue reafirmada por el art. 1 de la Ley N^o 24.019, con la única excepción de que los montos móviles de los beneficios debían ser del 70% por el lapso de cinco –5– años a partir de su promulgación (cfr. su art. 2).

¹²¹ Fallos, 328:3099.

¹²² Mayoría integrada por los jueces Petracchi, Belluscio, Fayt, Maqueda y Lorenzetti. Concurrentemente, se manifestaron los ministros Zaffaroni y Highton de Nolasco, de modo conjunto, y Argibay, de manera individual.

¹²³ Publicada en R.N. 1887/88, p. 811, y abrogada por la Ley N^o 23.515 (B.O. de 12 de junio de 1987).

En síntesis, reivindicó el carácter tutelar del derecho previsional y dejó en claro que, frente a la recepción por el derecho matrimonial argentino del principio de disolubilidad del matrimonio por divorcio por medio de la Ley N° 23.515 y atento al criterio de actualidad con que debía apreciarse el orden público internacional, el ordenamiento jurídico argentino carecía, precisamente, de interés actual en reaccionar ante un matrimonio celebrado en el extranjero mediando entonces impedimento de ligamen¹²⁴. Asimismo, manifestó que, al haberse probado diecisiete –17– años de la unión matrimonial, sumado a que fue el causante quien provocó la ruptura de la convivencia y tuvo que ser excluido del hogar por su comportamiento violento, además de haber sido condenado a proporcionar alimentos a sus hijos, resultaba procedente la demanda tendiente a obtener el beneficio de pensión derivado de la jubilación de aquél (cfr. art. 53 de la Ley N° 24.241¹²⁵).

e) En “S., M. A. c/ Siembra A.F.J.P. S.A.”, de 11 de octubre de 2005¹²⁶, hizo lugar por mayoría¹²⁷ a la queja por recurso extraordinario denegado, articulada por el demandante en el marco de una acción de amparo, y decidió revocar la sentencia de la Sala IIIª de la Cámara Federal de la Seguridad Social que, confirmando el fallo de primera instancia, había desestimado la pretensión de aquél dirigida a que se le acordara la pensión derivada del fallecimiento de su cónyuge.

En suma, y como lo postulaba la Procuradora Fiscal subrogante, dejó sin efecto la resolución cuestionada, que se sustentaba en la convergencia de la causal contemplada en el inc. ‘b’ del art. 1 de la Ley N° 17.562¹²⁸ por haber quedado el demandante excluido del juicio sucesorio de su cónyuge extinta, de quien estaba separado de hecho.

Cabe recalcar que la Corte juzgó que la circunstancia de que el actor hubiera sido excluido de la herencia de su exesposa en los términos del art. 3575 del Código Civil [texto anterior al hoy vigente], por encontrarse separado de hecho sin voluntad de unirse a la fecha del deceso, no implicó ser declarado indigno para suceder ni desheredado. Ello, sumado a que los requisitos para acceder a la prestación habían sido comprobados por la autoridad administrativa, a que el accionante fue indebidamente privado del goce de sus haberes por la Administradora de Fondos de Jubilaciones y Pensiones accionada y a la gravedad del estado de salud de aquél, llevó al Tribunal a ordenar que la demandada hiciera efectivo de modo inmediato el pago de las mensualidades de la pensión reconocida por la ANSeS desde el 17 de mayo de 2000.

¹²⁴ Asimismo consignó que, a partir de la doctrina sentada en Fallos, 319:2779, la autoridad administrativa no podía negar validez al matrimonio extranjero de la peticionaria invocado para solicitar el beneficio previsional, pues la motivación principal que en un precedente anterior del Tribunal había justificado tal solución (Fallos, 273:363), ya no tenía razón de ser frente a la recepción en el derecho matrimonial argentino del anunciado principio de disolubilidad matrimonial por divorcio.

¹²⁵ Dicha disposición establece los parientes del causante que podrán gozar de pensión en caso de muerte del jubilado, del beneficiario de retiro por invalidez o del afiliado en actividad.

¹²⁶ Fallos, 328:3654.

¹²⁷ Con la solitaria disidencia de la jueza Argibay, votaron coincidentemente los ministros Petracchi, Highton de Nolasco, Fayt, Maqueda, Zaffaroni y Lorenzetti.

¹²⁸ B.O. de 11 de diciembre de 1967. La norma mencionada en el texto principal excluye al causahabiente del beneficio de pensión en casos de indignidad para suceder o desheredación.

f) En el importante precedente “Eliff, Alberto José c/ ANSeS s/ Reajustes varios”, de 11 de agosto de 2009, la Corte nuevamente se pronunció –por mayoría¹²⁹– acerca de la ardua cuestión de la actualización de haberes, determinando que *los salarios de referencia para calcular el haber inicial del jubilado, debían ser actualizados hasta el cese laboral por la variación de los salarios*; punto que adquiriría significativo valor ya que dichos salarios eran los que se tomaban en consideración para cuantificar la jubilación inicial, quedando sin efecto la falta de actualización que regía desde 1991.

En una síntesis extrema del pronunciamiento, la CSJN se basó en que la Ley de Convertibilidad del Austral¹³⁰ (dictada precisamente en 1991), no podría modificar lo sostenido en el art. 14 bis de la C.N., por lo que concluyó que *no existía ningún fundamento válido que justificase retacear los ajustes de los haberes jubilatorios*.

g) En “Aban, Francisca América c/ ANSeS”¹³¹, también de 11 de agosto de 2009, determinó –mayoritariamente¹³²– la *inaplicabilidad del tope máximo de haberes*, en una causa iniciada por un beneficio previsional otorgado por el régimen de la Provincia de Jujuy, el cual había sido transferido a la Nación mediante un convenio celebrado entre ambos Estados (Nacional y local) en el año 1996.

En definitiva, estableció que *los jubilados provinciales de las Cajas transferidas a la Nación, debían cobrar sus jubilaciones con la movilidad y sin tope, del modo como lo determinaban las condiciones establecidas por las leyes locales por las que se jubilaron antes de ser transferidos*.

h) En torno al tema del *beneficio de pensión*, puede citarse el caso “Salas, Alberto Andrés c/ Estado de la Provincia de Corrientes y otro s/ Acción contencioso-administrativa”, resuelto el 13 de mayo de 2015¹³³. Por supuesto, que para reseñar dicho caso no puede prescindirse del precedente “Zartarian, J. J. c/ Caja de Jubilaciones, Pensiones y Retiros de Córdoba s/ Plena jurisdicción”¹³⁴, resuelto el 20 de agosto de 2014, ya que la CSJN aplica el criterio sentado en esta última causa.

En “Salas”, concretamente, el Instituto de Previsión Social de la Provincia de Corrientes denegó el beneficio de pensión solicitado por el viudo de una beneficiaria por entender que según el art. 56, inc. ‘a’, de la Ley Prov. N° 4.917, *el derecho a la pensión del viudo procede siempre que el reclamante estuviese incapacitado para el trabajo y a cargo de la causante al tiempo de su deceso y carente de bienes de renta*, requisitos que como no se habían cumplido en el caso, ya que el actor se hallaba inscripto como trabajador autónomo desde el año 1963 y no se encontraba incapacitado, llevó a que se rechazara la petición. Además, y a su tiempo, el Superior Tribunal de

¹²⁹ Formaron la mayoría los ministros Lorenzetti, Highton de Nolasco, Fayt, Petracchi, Maqueda y Zaffaroni. Concurrentemente se pronunció la jueza Argibay.

¹³⁰ Se trata de la Ley N° 23.928, B.O. de 28 de marzo de 1991.

¹³¹ Fallos, 332:1933.

¹³² Integraron la mayoría los jueces Lorenzetti, Fayt, Petracchi, Maqueda y Zaffaroni. En disidencia se expidió la ministra Highton de Nolasco.

¹³³ Fallos, 338:399. Se pronunciaron unánimemente los ministros Lorenzetti, Fayt y Maqueda.

¹³⁴ Causa CSJ 9/2012 (48-Z). Votaron los ministros Lorenzetti, Maqueda, Zaffaroni y Petracchi.

Justicia de la Provincia de Corrientes desestimó la acción contencioso-administrativa dirigida a que se declarara la inconstitucionalidad de la citada disposición. La CSJN hizo lugar al planteo de inconstitucionalidad del aludido art. 56 de la Ley Prov. N° 4.917 y dejó sin efecto la sentencia recurrida.

Como anticipábamos, hizo uso *–mutatis mutandis–* de la doctrina aplicada *in re* “Zartarian”, entendiendo que si la caja de jubilaciones demandada no justificó que la exclusión de los varones del derecho de pensión reconocido a las concubinas respondía a un fin trascendente que únicamente podía ser alcanzado por ese medio y se había limitado a señalar que la ley impugnada no los amparaba, *debía declararse la inconstitucionalidad de la norma provincial que limitaba el acceso al beneficio de pensión reclamado*.

i) Entre otros varios pronunciamientos de la Corte en la materia, la causa “Vergara, Alicia Estela c/ Administración Nacional de la Seguridad Social s/ Reajustes varios”¹³⁵, resuelta el 3 de marzo de 2015, muestra aristas de interés.

La actora dedujo demanda (que fue rechazada en las dos primeras instancias) para obtener una nueva determinación del haber de la pensión directa que percibía como consecuencia del fallecimiento de su esposo, razón por la cual solicitó que no se tuvieran en cuenta los aportes autónomos que su cónyuge había efectuado durante los últimos cinco –5– años de trabajo y que en su lugar, se computaran las remuneraciones que con anterioridad había obtenido bajo relación de dependencia. Desestimada la acción, la peticionante planteó recurso extraordinario que fue receptado por la CSJN, la que revocó lo resuelto y ordenó a la ANSeS el recálculo del haber inicial del beneficio de pensión.

Para así decidir sostuvo que:

- corresponde recalcular el haber inicial del beneficio de pensión, computando un nuevo ingreso base de carácter mixto que contemple el promedio de los últimos diez –10– años de aportes efectuados por el causante, de modo que queden comprendidas las últimas sesenta –60– remuneraciones percibidas en relación de dependencia, actualizadas hasta la fecha del fallecimiento y las últimas sesenta –60– rentas de autónomo, que *la prestación represente en forma proporcional el esfuerzo contributivo realizado*. Tautología de nuestra parte mediante, subyace aquí la intención de la Corte de operativizar el principio de proporcionalidad en materia previsional; y

- si el causante totalizó más de treinta y tres –33– años de servicios (veintisiete –27– años en relación de dependencia y el resto bajo el sistema autónomo), excediendo lo necesario para el logro de una jubilación común, la aplicación literal del art. 97 de la Ley N° 24.241 del SIJP (que a fin de determinar el haber inicial de la pensión por fallecimiento de un afiliado en actividad, toma un ingreso base calculado

¹³⁵ Fallos, 338:148. Firmaron coincidentemente los jueces Lorenzetti, Fayt y Maqueda.

sobre el promedio mensual de las remuneraciones y/o rentas imponibles declaradas dentro del período de cinco –5– años anteriores al mes en que ocurra el fallecimiento del trabajador), *implica desconocer casi un 85% de la trayectoria laboral acreditada y prescindir de aportes muy superiores a los empleados para calcular el haber inicial*, por lo que corresponde ponderar con amplitud el esfuerzo contributivo realizado, *pues de otro modo podrían verse afectados derechos que, como la protección integral del trabajo y el reconocimiento de los beneficios de la seguridad social*, cuentan con tutela constitucional (cfr. art. 14 bis de la C.N.¹³⁶).

En síntesis, y sobre la base de la norma constitucional mencionada en último término, la Corte realzó la importancia de ponderar todo el *esfuerzo contributivo* efectuado, ya que de otra manera la titular vería disminuido sustancialmente el monto de su haber.

j) Vinculado al fallo reseñado en último término y teniendo en cuenta la citada pauta del *esfuerzo contributivo*, se resolvió la causa “Lohle, María Teresa Inés c/ ANSeS s/ Reajustes varios”¹³⁷, de 15 de octubre de 2015.

El caso versa sobre una cuestión relevante: la *inconstitucionalidad del tope o límite al cómputo de salarios para el cálculo de la jubilación*, trasladable luego a la determinación del haber de pensión de la viuda del aportante fallecido.

La CSJN consideró que la defensa que la ANSeS hizo de la imposición de un límite al cómputo de las remuneraciones (art. 25 de la Ley N° 24.241¹³⁸ y reglamentación del art. 24 de dicha norma) se basaba en la correlativa existencia de un tope en los aportes realizados (art. 9 de la nombrada ley¹³⁹) y no podía ser admitida si las cotizaciones fueron estimadas y abonadas sobre un ingreso o conjunto de ingresos superiores a dicho máximo, pues de lo contrario, se despojaría a los aportes efectuados obligadamente de toda contraprestación previsional, convirtiéndolos en un impuesto.

¹³⁶ En este punto particular, la Corte remite a Fallos, 307:274; 312:2089; 331:2166 y sus citas.

¹³⁷ Fallos, 338:1017. Votaron coincidentemente los ministros Lorenzetti, Highton de Nolasco, Fayt y Maqueda.

¹³⁸ Que determina: “Para establecer el promedio de las remuneraciones no se considerará el sueldo anual complementario ni los importes que en virtud de lo establecido en el segundo párrafo del artículo 9° excedan el máximo fijado en el primer párrafo del mismo artículo”.

¹³⁹ Tal precepto dispone: “A los fines del cálculo de los aportes y contribuciones correspondientes al Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones (SIJP) las remuneraciones no podrán ser inferiores al importe equivalente a tres (3) veces el valor del módulo previsional (MOPRE) definido en el artículo 21. A su vez, a los fines exclusivamente del cálculo de los aportes previstos en los incisos a) y c) del artículo 10, la mencionada base imponible previsional tendrá un límite máximo equivalente a setenta y cinco (75) veces el valor del módulo previsional (MOPRE).

”Si un trabajador percibe simultáneamente más de una remuneración o renta como trabajador en relación de dependencia o autónomo, cada remuneración o renta será computada separadamente a los efectos del límite inferior establecido en el párrafo anterior. En función de las características particulares de determinadas actividades en relación de dependencia, la reglamentación podrá establecer excepciones a lo dispuesto en el presente párrafo.

”Facúltase al Poder Ejecutivo Nacional a modificar la base imponible establecida en el primer párrafo del presente artículo, proporcionalmente al incremento que se aplique sobre el haber máximo de las prestaciones a que refiere el inciso 3) del artículo 9° de la Ley N° 24.463, texto según Decreto N° 1.199/04”.

En el caso, la actora percibía una pensión como viuda de un trabajador que hasta su deceso, cobraba ingresos por tres –3– actividades simultáneas respecto de las cuales realizaba los aportes correspondientes. Ello no obstante, al tiempo de determinar el monto de la pensión, la ANSeS juzgó que la suma de todas las actividades superaba el límite del aludido art. 25, por lo que dejó de lado dos –2– de esas actividades respecto de las que efectivamente se habían realizado aportes, excluyéndolas de la cuenta y, por lo tanto, no incidieron sobre el monto de tal pensión.

El Máximo Tribunal entendió que al actuar de esa manera, la ANSeS *confiscó los aportes realizados por el trabajador y no reconoció su mayor esfuerzo contributivo*, transformando esos aportes en una suerte de impuesto, lo que contravenía el art. 14 bis de la C.N. en cuanto *establece la protección al trabajo y la familia y el deber del Estado de otorgar los beneficios de la seguridad social*.

B. El caso “Itzcovich”¹⁴⁰

En “Itzcovich, Mabel c/ ANSeS s/ Reajustes varios”¹⁴¹, de 29 de marzo de 2005, la Corte Suprema declaró por mayoría¹⁴² la inconstitucionalidad (sobreviniente) del art. 19 de la citada Ley N° 24.463 –de “solidaridad previsional”–, que habilitaba un recurso ordinario de apelación ante aquella respecto de las sentencias definitivas de la Cámara Federal de la Seguridad Social.

Como principal sustento del decisorio que emitiera para dilucidar el *recurso ordinario de apelación* deducido por el organismo previsional contra la sentencia de segunda instancia, en su moción mayoritaria, la Corte señaló:

▪ Que no puede negarse la evidencia empírica que demostraba que la vigencia del procedimiento establecido por el citado artículo de la ley “ha tenido como consecuencia una gran expansión en el ámbito de competencia de la Corte, tanto en el aspecto cuantitativo como en la diversidad de temas fácticos y jurídicos que ha debido abordar, *con la consiguiente alteración del rol que venía cumpliendo como intérprete final de la Constitución Nacional para adaptar su funcionamiento, cada vez en mayor medida, al de un tribunal de instancia común*” –el destacado es nuestro– (consid. 8°);

▪ que, además, la experiencia reflejada en las estadísticas mostraba que el organismo previsional no había utilizado en forma apropiada la vía procesal bajo

¹⁴⁰ Ver sobre el tema, entre otros trabajos de BAZÁN, Víctor, “La Corte Suprema de Justicia argentina y la depuración de su competencia apelada por medio del control de constitucionalidad”, Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, N° 5, enero-junio 2006, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, Porrúa, México, D.F., pp. 257-287.

¹⁴¹ Fallos, 328:566.

¹⁴² El voto que encabeza la sentencia fue suscripto por los ministros Petracchi, Fayt y Highton de Nolasco. Por su parte, y según sus votos, se expidieron los jueces Maqueda y Zaffaroni, en forma conjunta, y Lorenzetti, de manera individual (todos éstos, concurrentemente con la decisión mayoritaria). Finalmente, en sendas disidencias parciales, se pronunciaron los ministros Belluscio, Boggiano y Argibay.

análisis, pues en una significativa mayoría de los recursos ordinarios que dedujo, el fallo final confirmó el que había sido impugnado o declaró desierto el remedio por falta de fundamento suficiente, lo cual implicó –por el tiempo necesario para la tramitación y resolución– *una injustificada postergación en el cobro del crédito de carácter alimentario que fuera reconocido en las instancias anteriores* –remarcado añadido– (consid. 9°); y

- que aun cuando hasta el momento de dictar el fallo el Tribunal había acatado la jurisdicción reglada que el Poder Legislativo le asignara mediante el recurso en cuestión, estimó que ello no la inhabilitaba “para declarar que la disposición impugnada, aunque no ostensiblemente incorrecta en su origen, ha devenido indefendible, pues no se adecua a los fines tomados en consideración para su sanción y en su aplicación práctica compromete el rol institucional del máximo tribunal y causa graves perjuicios a los justiciables en una etapa de la vida en que la tutela estatal resulta imprescindible” –énfasis agregado– (consid. 10, párrafo 1°). Añadió en el párrafo 2° del mismo considerando que “el principio de razonabilidad exige que deba cuidarse especialmente que los preceptos mantengan coherencia con las reglas constitucionales durante todo el lapso que dure su vigencia, de suerte que su aplicación no resulte contradictoria con lo establecido por la Constitución Nacional (*Fallos*: 316:3104, considerando 11)”.

Todo ello, unido a que estimó que “*el procedimiento previsional se vincula con personas que, por lo general, han concluido su vida laboral y, en la mayoría de los casos, han supeditado su sustento a la efectiva percepción de los haberes que les corresponden por mandato constitucional*” (consid. 11) y que el “*fin protector de las prestaciones comprometidas justifica adoptar el criterio que más convenga a la celeridad del juicio*, siempre y cuando las partes hayan tenido la oportunidad de ser oídas con arreglo a las reglas del debido proceso, recaudos que se encuentran asegurados por la existencia de tribunales especializados y la doble instancia” (id. consid.); llevó a la Corte a concluir que el art. 19 de la Ley N° 24.463 *carecía*, al momento de fallar, *de la racionalidad exigida por la Ley Fundamental y por ello debía declarar su invalidez* (consid. 13) –en todos los casos las bastardillas son nuestras–.

Entendió asimismo que dicha solución se aviene también con la necesidad de simplificar y poner límites temporales a la decisión final en las controversias de índole previsional (cfr. doctrina de *Fallos*, 298:312, 302:299, 311:1644, 319:2151), respetando así los principios que resultan de convenciones internacionales que tienen reconocimiento constitucional (art. 25 de la CADH y Corte IDH, “Caso Las Palmeras vs. Colombia”, sentencia de 6 de diciembre de 2001, Serie C, N° 90, párrafos 58 y posteriores) –consid. 14–.

En definitiva, y al tiempo de decidirse por la anunciada deserción del recurso interpuesto por la ANSeS, el Tribunal propinó un golpe a la polémica Ley N° 24.463,

que en el particular vio cómo se determinaba la inconstitucionalidad de su art. 19. En el caso, se trataba de una anticonstitucionalidad *sobreviniente* según el voto que encabeza el pronunciamiento. Consiguientemente, obturó hacia el futuro la articulación ante ella de recursos de apelación ordinarios en materia previsional por conducto del citado art. 19, con excepción de aquellas causas en las que hubiese sido notificada la sentencia de la Cámara Federal de la Seguridad Social con anterioridad al momento en que el decisorio que la Corte emitía en “Itzcovich” quedara firme, las que continuarían con el trámite apelatorio normal ante ésta.

La posición mayoritaria se enrola en una línea del Tribunal permeable a eludir algunas detracciones a la tarea de control de constitucionalidad en temas *altri tempi* impenetrables jurisdiccionalmente por entrañar cuestiones políticas no justiciables¹⁴³, sometiendo en este caso a fiscalización constitucional la facultad legislativa establecida en el art. 117 de la Ley Fundamental de regular la competencia por apelación del Tribunal, lo que significa un claro mensaje en punto a la reivindicación de su papel institucional.

De su lado, y para graduar temporalmente los efectos de la declaración de inconstitucionalidad, advirtió que la autoridad institucional dimanante de su pronunciamiento no privaba de validez a los actos procesales cumplidos ni dejaba sin efecto lo actuado de conformidad con las leyes en vigor, toda vez que la aplicación en el tiempo de los nuevos criterios jurisprudenciales habría de ser presidida por una especial prudencia con el objeto de que los logros propuestos no se vieran malogrados en ese trance (consid. 15 de la mayoría).

Por su parte, los efectos inductores del fallo se hacen nítidos porque (además de haber sido éste publicado en el Boletín Oficial de la Nación) pocos días después de su dictado el Congreso Nacional sancionó la Ley N° 26.025¹⁴⁴, por la cual derogó el citado art. 19 de la Ley N° 24.463.

C. El caso “Pedraza” y una cuestión de competencia

En el precedente de Competencia N° 766.XLIX, “Pedraza, Héctor Hugo c/ ANSeS s/ Acción de amparo”, resuelto el 6 de mayo de 2014¹⁴⁵, se planteó un conflicto negativo de competencia entre la Cámara Federal de Apelaciones de Tucumán y la Cámara Federal de la Seguridad Social, en relación con la causa iniciada por un pensionado en

¹⁴³ Queda a salvo el criterio que el juez Belluscio expuso en su disidencia, al pronunciarse en contra de tal posibilidad fiscalizatoria por considerarla un poder discrecional del Congreso (ver consid. 3°, párrafo 2°).

¹⁴⁴ B.O. de 22 de abril de 2005.

¹⁴⁵ Fallos, 337:530. Votaron coincidentemente los ministros Lorenzetti, Highton de Nolasco, Fayt, Maqueda y Zaffaroni; al tiempo que en voto concurrente lo hizo el juez Petracchi.

los términos de la Ley N° 23.848 contra la ANSeS, a los efectos de obtener el pago de haberes retroactivos desde la fecha de la presentación de su solicitud administrativa.

La Cámara Federal de Apelaciones de Tucumán se declaró incompetente por considerar que se trataba de una controversia de naturaleza previsional que debía ser resuelta por el fuero especializado en la materia para posibilitar al administrado un mejor servicio de justicia. Por su parte, la Cámara Federal de la Seguridad Social rechazó su competencia al evaluar que, en virtud del art. 18 de la Ley N° 24.463, sólo actuaba como tribunal de apelación en los recursos deducidos contra sentencias dictadas por los juzgados federales de primera instancia con asiento en las provincias en los supuestos en que la acción se iniciara conforme a lo previsto por el art. 15 de dicha normativa, modificado por el art. 3 de la Ley N° 24.655¹⁴⁶.

El Máximo Tribunal afrontó el conflicto competencial traído a su seno advirtiendo que debía ser resuelto *en el marco de colapso en que se encontraba la Cámara Federal de la Seguridad Social debido a la sobrecarga de expedientes*. Añadió que esa circunstancia le obligaba a examinar tal grave situación al margen de que ya tenía dicho que la *Cámara Federal de la Seguridad Social* sólo conocería en las apelaciones planteadas contra sentencias dictadas en demandas de conocimiento pleno en los términos del art. 15 de la Ley N° 24.463 (conf. Competencia N° 337.XLVII, “Mamone, Rosa F. c/ ANSeS y otro s/ Amparo”, de 20 de diciembre de 2011).

No escapaba a la CSJN que la propia Cámara Federal de la Seguridad Social (por medio de la Acordada 1/2014) había asegurado encontrarse *en una aguda crisis que la ponía en la imposibilidad de brindar el servicio de justicia que merecía nuestra sociedad en materia de derechos alimentarios que hacían a la subsistencia misma*. Tal crítica situación impactaba directamente en uno de los grupos vulnerables que define el art. 75, inc. 23, de la C.N.: *los jubilados*, que no lograban obtener respuestas de los jueces cuando efectuaban un reclamo en torno a su prestación previsional, de neto carácter vital y alimentario.

Asimismo, y en el proceso de solventar esta aguda crisis que iba a contramano del mandato del constituyente de otorgar mayor protección a quienes más lo necesitan, recordó que ya había acudido a la *declaración de inconstitucionalidad de oficio* de las normas atributivas de competencia que excedieran los límites constitucionales de sus atribuciones jurisdiccionales, en la medida en que la ausencia de planteamiento de la incompetencia *ratione materiae* por los interesados no podía ser obstáculo para el pronunciamiento de oficio a su respecto (*Fallos*, 143:191; 185:140; 238:288, entre otros); pues de lo contrario, se forzaría a los magistrados a declinar la propia jurisdicción o asumir la de otros tribunales u órganos sobre la base de normas constitucionalmente inválidas.

¹⁴⁶ B.O. de 15 de julio de 1996.

Observó que frente al peligro cierto de *desconocer la vigencia de los beneficios de la seguridad social a centenas de miles de jubilados*, el Poder Judicial veía comprometida su misión de velar por la vigencia real y efectiva de la Constitución Federal, lo que llevó a la CSJN a ponderar las circunstancias reinantes al momento de resolver, para evitar que *por aplicación mecánica e indiscriminada del art. 18 de la Ley N° 24.463 se vulneraran derechos fundamentales de la persona y se prescindiera de la preocupación por arribar a una decisión objetivamente justa en los casos concretos*. Es que, de así ocurrir, *la solución sería frontalmente contraria al propósito de “afianzar la justicia”, enunciado en el Preámbulo de la C.N., que no sólo se refiere al Poder Judicial sino a la salvaguarda del valor justicia en los conflictos jurídicos concretos que se plantean en el seno de la comunidad* (cfr. doctrina de Fallos, 307:326 y 328:566).

Entre otros fundamentos, la Corte dedicó un espacio para advertir que el derecho de ocurrir ante un órgano judicial en procura de justicia, consagrado en el art. 18¹⁴⁷ de la C.N. no se encuentra satisfecho con la sola previsión legal de la posibilidad de acceso a la instancia judicial sino que requiere que la tutela judicial de los derechos en cuestión resulte efectiva, o sea, oportuna y que posea la virtualidad de resolver definitivamente la cuestión sometida a su conocimiento. Ello, en función de los tratados internacionales con jerarquía constitucional a partir de 1994 (art. 75, inc. 22), entre los cuales citó a la CADH (arts. 8 y 25.2. ‘a’) y al PIDCP (art. 14.1). Incluso, acudió argumentalmente a un instrumento de *soft law*: las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad (Capítulo 11, Sección 4ª, pto. 42), para resaltar la *importancia de la proximidad de los servicios de los sistemas de justicia a aquellos grupos de población que se encuentren en situación de vulnerabilidad*.

En síntesis, dadas las críticas circunstancias descriptas, y *de acuerdo con los fundamentos mismos de su rol institucional como cabeza del Poder Judicial de la Nación*, la Corte declaró *de oficio la inconstitucionalidad del art. 18 de la Ley N° 24.463* y dispuso que la Cámara Federal de la Seguridad Social dejara de conocer en los recursos de apelación de sentencias dictadas por los juzgados federales con asiento en las provincias en los términos del art. 15, *ibídem*.

Debe añadirse que, luego del fallo, la CSJN emitió la Acordada 4/2014 acerca de las medidas apropiadas para que se realizara de manera ordenada y rápida el desplazamiento de la competencia dispuesto, formulando diversos requerimientos a los

¹⁴⁷ Tal cláusula establece: “Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa. Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo; ni arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente. Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos. El domicilio es inviolable, como también la correspondencia epistolar y los papeles privados; y una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación. Quedan abolidos para siempre la pena de muerte por causas políticas, toda especie de tormento y los azotes. Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquélla exija, hará responsable al juez que la autorice”.

Poderes Ejecutivo y Legislativo, al Ministerio Público, al Consejo de la Magistratura y a la Cámara Federal de la Seguridad Social.

D. El caso “Badaro” en sus versiones I y II

Para concluir este señalamiento jurisprudencial, relevaremos brevemente la causa “Badaro, Adolfo Valentín c/ ANSeS s/ Reajustes varios”, marco en el cual la CSJN dictó –en cuanto aquí interesa– dos pronunciamientos.

En el primero (“Badaro I”¹⁴⁸), de 8 de agosto de 2006, de modo unánime¹⁴⁹ el Tribunal detectó la *omisión legislativa inconstitucional* consistente en la falta de disposición de un ajuste por movilidad en el beneficio previsional del actor que había llevado a privarlo de un derecho conferido por la Carta Magna, se abstuvo de adoptar *per se* la decisión supletoria de la mentada preterición, difirió el pronunciamiento sobre el período cuestionado por un plazo que resultara suficiente para el dictado de las disposiciones pertinentes y dispuso comunicar al Poder Ejecutivo Nacional y al Congreso de la Nación el contenido de la sentencia a fin de que, en un *plazo razonable*, *adoptasen las medidas pertinentes para efectuar las correcciones necesarias*.

Ya en la segunda sentencia (“Badaro II”¹⁵⁰), de 26 de noviembre de 2007, y al haber transcurrido un *lapso de tiempo prudencial* (un poco más de quince –15– meses) sin haber recibido una respuesta específica y satisfactoria sobre el punto ordenado (emisión de reglas adecuadas a la situación del peticionante), y añadir que el primer fallo dictado en la causa “fue preciso al detallar *la omisión legislativa que la Corte había advertido y el daño derivado de ella*” –énfasis agregado–, unánimemente¹⁵¹ declaró la inconstitucionalidad del art. 7, inc. 2º, de la Ley N° 24.463¹⁵², en el caso, y determinó *per se* un mecanismo apropiado para actualizar la prestación del accionante¹⁵³.

No cabe duda de que “Badaro” fue, junto con “Sánchez” (cada uno en su medida y marco de aplicación), un muy importante inductor jurisprudencial, incluso legislativo, de movilidad de los haberes previsionales.

¹⁴⁸ Fallos, 329:3089.

¹⁴⁹ El decisorio lleva la firma de los siete –7– integrantes con que el Tribunal contaba al momento de emitirlo: jueces Petracchi, Highton de Nolasco, Fayt, Maqueda, Zaffaroni, Lorenzetti y Argibay.

Debe aclararse que en la actualidad –2017– lo componen cinco –5– jueces, que es el número institucional fijado legalmente: ministros Lorenzetti, Highton de Nolasco, Maqueda, Rosatti y Rosenkrantz.

¹⁵⁰ Fallos, 330:4866.

¹⁵¹ Votaron los ministros Petracchi, Highton de Nolasco, Fayt, Maqueda, Zaffaroni y Lorenzetti.

¹⁵² Tramo de la norma que expresa: “A partir de la vigencia de la presente ley todas las prestaciones de los sistemas públicos de previsión de carácter nacional tendrán la movilidad que anualmente determine la Ley de Presupuesto. Dicha movilidad podrá ser distribuida en forma diferenciada a fin de incrementar las prestaciones mínimas”.

¹⁵³ En torno a la temática de la inconstitucionalidad por omisión, puede verse el libro de BAZÁN, Víctor, Control de las omisiones inconstitucionales e inconvencionales. Recorrido por el derecho y la jurisprudencia americanos y europeos, Programa Estado de Derecho, Fundación Konrad Adenauer, Bogotá, diciembre de 2014, *pássim*.

7. DOS DECISORIOS CRONOLÓGICAMENTE CERCANOS DEL MÁXIMO TRIBUNAL ARGENTINO QUE CONDENSAN LA PROTECCIÓN CONCURRENTES DEL DERECHO A LA SALUD Y EL DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL

A. Prefacio

Dentro de este recorrido panorámico y a efectos ilustrativos, colacionaremos dos pronunciamientos de la CSJN (uno relativamente reciente y otro temporalmente más cercano) que, con sus respectivas particularidades, se introducen en temas complejos (y en cierto punto, estructurales), y muestran respuestas jurisdiccionales apropiadas y contestes con los mandatos protectivos de derechos sociales fundamentales como el de la salud y la seguridad social (y conexos), estrechamente vinculados a la dignidad humana.

Se trata de las causas “Q. C., S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ Amparo”, de 24 de abril de 2012, y “Asociación Civil para la Defensa en el Ámbito Federal e Internacional de Derechos c/ Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados s/ Amparo”, de 10 de febrero de 2015.

B. Los casos

a) “Q. C., S. Y.”

La sentencia¹⁵⁴, como anticipábamos, aporta diversos insumos argumentales que resultan de importancia en materia de protección efectiva de los DESC. La matriz fáctica del caso indica que una mujer en *situación de calle* –residente en la CABA desde 2000– dedujo una acción de amparo para que el Gobierno local la incluyera en los programas en materia de vivienda, junto a su hijo menor que padecía una discapacidad motriz, visual, auditiva y social producida por una encefalopatía crónica, y les proporcionara alguna alternativa para salir de la grave situación en la que se encontraban.

En primera y segunda instancias se admitió la acción, aunque la sentencia de cámara fue revocada por el Superior Tribunal de Justicia local. Contra dicho fallo, la actora planteó recurso extraordinario federal que, denegado, dio origen a la queja. Ésta fue admitida por la Corte Suprema Federal, que hizo lo propio respecto del citado recurso extraordinario, revocando la decisión recurrida.

¹⁵⁴ Fallos, 335:452.

Los alineamientos fueron los siguientes: la moción que encabeza el fallo fue firmada por los ministros Lorenzetti, Highton de Nolasco, Fayt, Maqueda y Zaffaroni; mientras que en sendos votos individuales se pronunciaron los jueces Petracchi y Argibay.

La base subyacente del caso muestra la convergencia de diversas cuestiones: el estado de vulnerabilidad extrema configurativa de una “situación de calle”; los DESC como derechos fundamentales, entre ellos, vivienda, salud y seguridad social, situación claramente agravada por la discapacidad de un menor; e, *inter alia*, el control jurisdiccional de razonabilidad de las políticas públicas.

El tribunal depara un estándar interpretativo interesante en relación con el *control judicial de razonabilidad de las normas jurídicas operativas de carácter derivado* (como las obligaciones consagradas por derechos fundamentales, por ejemplo, el derecho de acceso a la vivienda). En tal sentido, dejó sentado que para su implementación aquéllas requieren una ley del Congreso o una decisión del Poder Ejecutivo que provoque su materialización.

El control de razonabilidad por parte del Poder Judicial supone que, sin perjuicio de las decisiones políticas discrecionales, *los poderes del Estado deben atender a las garantías mínimas indispensables para que una persona sea considerada como tal en situaciones de extrema vulnerabilidad* (consid. 17 de la mayoría).

Puede resultar útil vincular la pauta que acabamos de mencionar con una premisa que la propia CSJN ha reiterado en varios de sus fallos: *donde hay un derecho, hay un remedio legal para hacerlo valer toda vez que sea desconocido*¹⁵⁵.

El juego armónico de ambos postulados brinda un soporte muy relevante para la efectividad de los derechos esenciales.

Por su parte, en el consid. 15, *ibídem*, párrafo 1º, la Corte se ocupó de advertir que el caso en examen no era solamente un simple supuesto de violación al derecho a una vivienda digna pues involucraba “a un *niño discapacitado* que no sólo exige atención permanente sino que además vive con su madre en situación de calle” –énfasis agregado–, para referir que entran “también en juego aspectos relativos a la situación en la sociedad de los discapacitados y la consideración primordial del interés del niño que la Convención sobre los Derechos del Niño impone a toda autoridad pública en los asuntos concernientes a ellos, que no es admisible que pueda resultar notoriamente dejado de lado por la demandada”.

Es igualmente relevante la puntualización del Tribunal acerca de que las disposiciones constitucionales que alojan derechos singularmente relevantes como el del acceso a la vivienda digna (art. 14 bis, *in fine*), consagran *obligaciones de hacer a cargo del Estado*, con las siguientes particularidades: *i*) no son meras declaraciones, sino *normas jurídicas operativas con vocación de efectividad*; *ii*) esa *operatividad tiene un carácter derivado, no directo*, lo que significa que *su implementación requiere de una ley del Congreso o de una decisión del Poder Ejecutivo que provoque su*

¹⁵⁵ Por ejemplo, la ha reiterado en el caso “Halabi, Ernesto c/ P.E.N. - Ley 25.873 - Dto. 1.563/04 s/ Amparo Ley 16.986”, de 24 de febrero de 2009 (Fallos, 332:111), concretamente en el consid. 12, párrafo 4º, de la mayoría. Volveremos sobre esta sentencia.

materialización; y *iii*) como vimos, están sujetas al control de razonabilidad por parte del Poder Judicial.

A nuestro juicio, la concepción trazada al respecto por la Corte suministra una vía fecunda para la activación de soluciones jurisdiccionales que permitan *conjurar pretermisiones legislativas (o del Ejecutivo)* consistentes en la falta de desarrollo de los mandatos constitucionales.

Aquellas respuestas dirigidas desde la judicatura pueden sacudir el letargo y estimular a los órganos silentes a que actúen, ambientando normativamente la situación para permitir que tales “*obligaciones de hacer a cargo del Estado*” pasen de la inocuidad a la acción o del “papel” a la realidad.

Para cerrar esta breve aproximación, vale colacionar que en definitiva el Alto Tribunal (en la versión mayoritaria) ordenó al Gobierno de la CABA que: *i*) interviniera con los equipos de asistencia social y salud con los que contaba para asegurar que el niño dispusiera de la atención y el cuidado que su estado de discapacidad requería y proveyera a la actora del asesoramiento y la orientación necesarios para la solución de las causas de su problemática habitacional; y *ii*) garantizara a aquella, aun en forma no definitiva, un alojamiento con condiciones edilicias adecuadas a la patología que presentaba el niño, sin perjuicio de contemplar su inclusión en algún programa de vivienda en curso o futuro para la solución permanente de la situación de excepcional necesidad planteada.

b) “Asociación Civil para la Defensa en el Ámbito Federal e Internacional de Derechos”

El caso involucra cuestiones muy sensibles y complejas, como por ejemplo el derecho de personas discapacitadas, el derecho a tener una pensión y el derecho a la salud.

Un breve *racconto* de la secuencia fáctica de la causa muestra que la Asociación Civil para la Defensa en el Ámbito Federal e Internacional de Derechos (Asociación DE.FE.IN.DER.) y la Asociación Civil “Pequeña Obra de la Divina Providencia” dedujeron acción de amparo contra el Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados (INSSJP) a los efectos de que se reconociera en favor de las personas con discapacidad, beneficiarias de pensiones no contributivas, el derecho a la cobertura integral de prestaciones, según lo establecido en las Leyes N^{os}. 22.431 y 24.901. Ambas instancias de mérito rechazaron liminarmente la demanda por *falta de legitimación de los accionantes*. Por tal razón, las mencionadas asociaciones plantearon recurso extraordinario federal por considerar que estaban en juego (y seriamente

comprometidos) *derechos de incidencia colectiva*¹⁵⁶ vinculados con la *salud pública* en tanto lo que se pretendía era una apropiada prestación de determinados servicios sanitarios. La CSJN, con votación unánime, revocó el fallo cuestionado¹⁵⁷.

Básicamente, el Alto Tribunal dejó sin efecto lo resuelto considerando que:

- la acción de amparo deducida –dirigida a reconocer el *derecho a la cobertura integral de prestaciones en favor de las personas con discapacidad*, beneficiarias de pensiones no contributivas, de acuerdo con lo preceptuado en las Leyes N^{os}. 22.431¹⁵⁸ y 24.901– persigue la protección de *derechos individuales homogéneos de una pluralidad relevante de sujetos*; existe una conducta única y continuada que lesiona a ese colectivo y la pretensión se encuentra enfocada a los efectos comunes de un problema directamente vinculado con el derecho a la salud, presentándose una *homogeneidad fáctica y normativa* que hacía razonable la articulación de la acción en defensa de los intereses de todos los afectados y justificaba el dictado de *un pronunciamiento único con efectos expansivos a todo el colectivo involucrado*. Ello, siguiendo la línea que la Corte trazara en la conocida –y ya citada a pie de página– causa “Halabi, Ernesto c/ P.E.N. - Ley 25.873 - Dto. 1.563/04 s/ Amparo Ley 16.986”¹⁵⁹;

- aun cuando pudiera sostenerse que, en el caso, el interés individual considerado aisladamente, justifica la promoción de demandas individuales, no es posible soslayar el *incuestionable contenido social del derecho involucrado* que atañe a grupos que por mandato constitucional, deben ser *objeto de preferente tutela* –tal como fuera anticipado en este trabajo– *por su condición de vulnerabilidad: los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad* (cfr. art. 75, inc. 23, C.N.);

¹⁵⁶ Es preciso destacar que por medio de la Acordada N^o 32, de 1 de octubre de 2014, la CSJN estableció un Registro Público de Procesos Colectivos para la inscripción de todos los litigios de esa naturaleza que tramiten ante los tribunales nacionales federales del país.

Uno de sus objetivos centrales es, justamente, la publicidad de los procesos colectivos que arraigan en el art. 43, párrafo 2^o, de la C.N., para preservar un valor eminente como la seguridad jurídica cuya jerarquía constitucional ha sido señalada enfática y reiteradamente por dicho Tribunal, en la medida en que propende a asegurar eficazmente los efectos expansivos que produce en esta clase de procesos la sentencia definitiva pasada en autoridad de cosa juzgada, además de perseguir la apropiada tutela de los derechos de todas las personas que no han tomado participación en el proceso.

¹⁵⁷ Fallos, 338:29. Votaron los ministros Highton de Nolasco, Fayt y Maqueda.

¹⁵⁸ B.O. de 20 de marzo de 1981, que estatuye el sistema de protección integral de las personas discapacitadas.

¹⁵⁹ Muy sintéticamente, ya desde el perfil de las omisiones absolutas inconstitucionales, en “Halabi” la CSJN detectó la existencia de una mora legislativa en relación con la reglamentación legislativa de las “acciones de clase” que a criterio del Tribunal surgían del art. 43, párrafo 2^o, de la C.N. y, en el interregno hasta el dictado de tal normativa por el Congreso, definió algunos lineamientos a los que deberían ajustarse las acciones colectivas de aquella naturaleza que se dedujeran en dicho lapso temporal. Hasta el momento de escribir estas líneas, y sin perjuicio de la existencia de varios proyectos, aún no se había dictado la ley ordenada por la Corte.

El caso fue resuelto por mayoría, la que estuvo compuesta por los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco, Maqueda y Zaffaroni; mientras que en disidencia parcial conjunta se pronunciaron los ministros Petracchi y Argibay y en disidencia parcial individual lo hizo el juez Fayt.

▪ a los efectos de garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva de un *colectivo altamente vulnerable*, no sólo por la discapacidad que padecen sus integrantes sino también por su delicada situación socioeconómica, cabe reconocer legitimación a las asociaciones que iniciaron la acción de amparo contra el INSSJP con el objeto de que *se reconociera el derecho a la cobertura integral de prestaciones* en favor de aquéllas, máxime si se repara que con la pretensión procesal deducida se procura garantizar el acceso, en tiempo y forma, a prestaciones de salud relacionadas con la vida y la integridad física de las personas; y

▪ estableció que la admisión de las *acciones colectivas* requiere, por parte de los magistrados, la verificación de una causa fáctica común, una pretensión procesal enfocada en el aspecto colectivo de los efectos del hecho y la constatación de que el interés individual considerado aisladamente no justifique la promoción de una demanda, con lo que el ejercicio individual no aparecería plenamente justificado, sin perjuicio de lo cual, la acción también procederá cuando, pese a tratarse de derechos individuales, *exista un fuerte interés estatal en su protección, sea por su trascendencia social o en virtud de las particulares características de los sectores afectados*.

8. SUCINTO ACERCAMIENTO CRÍTICO A UN DECISORIO DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS CONTRA ARGENTINA QUE CONTIENE LA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS A LA SALUD Y LA SEGURIDAD SOCIAL

Se trata del “Caso Furlan y Familiares vs. Argentina”¹⁶⁰, en el que la Corte IDH condenó al Estado por la violación en perjuicio de Sebastián Furlan (S.F.), entre otros, de: el plazo razonable en un proceso civil por daños, y los derechos a la protección judicial y a la propiedad privada, incumpliendo la obligación de garantizar, sin discriminación, el derecho de acceso a la justicia y el derecho a la integridad personal. Paralelamente, el Tribunal lo consideró internacionalmente responsable por la violación del derecho a la integridad personal y el derecho al acceso a la justicia de los familiares de S.F., concretamente, su padre, madre, hermano y hermana.

Pese a no verbalizarlo, en el asunto que debía resolver la Corte IDH subyacía una importante cuestión vinculada *a los derechos a la salud de un niño, y posteriormente adulto, con discapacidad y a su derecho a la seguridad social*. Es que las autoridades judiciales argentinas no habían dado respuesta oportuna al proceso civil por daños y perjuicios en contra del Estado, de cuyo desenlace dependía el tratamiento médico de S.F. El Tribunal Interamericano constató el daño producido en perjuicio de éste por la demora en el proceso que impidió que accediera a los tratamientos médicos y psicológicos que habrían podido tener un impacto positivo en su vida. Asimismo, verificó la afectación producida al núcleo familiar de S.F.

¹⁶⁰ Corte IDH, “Caso Furlan y Familiares vs. Argentina”, Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 31 de agosto de 2012, Serie C, N° 246.

Hizo una copiosa referencia a diversos instrumentos internacionales conectados, por ejemplo, con la discapacidad y los derechos a la salud y a la rehabilitación. Entre otros puntos, aludió a los alcances del derecho a la rehabilitación en los términos del derecho internacional, mencionando el art. 25 de la CDPD, en vigor desde el 3 de mayo de 2008, acerca del derecho a gozar del más alto nivel posible de salud sin discriminación por motivos de discapacidad y la obligación de adoptar medidas pertinentes para asegurar el acceso de las personas con discapacidad a servicios de salud, incluida la rehabilitación relacionada con ésta. Hizo lo propio respecto del art. 23 de la CDN, en relación con las medidas que deben adoptar los Estados acerca de los niños y niñas con discapacidad.

El Tribunal Interamericano evocó los siguientes principios rectores en la materia establecidos en el art. 3 de la CDPD: *i*) el respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas; *ii*) la no discriminación; *iii*) la participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad; *iv*) el respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas; *v*) la igualdad de oportunidades; *vi*) la accesibilidad; *vii*) la igualdad entre el hombre y la mujer, y *viii*) el respeto a la evolución de las facultades de los niños y las niñas con discapacidad y de su derecho a preservar su identidad (párrafo 131).

En concreto, dispuso que el Estado debía: brindar a las víctimas que así lo solicitaran la atención médica y psicológica o psiquiátrica gratuita y de forma inmediata, adecuada y efectiva, a través de sus instituciones públicas de salud especializadas; conformar un grupo interdisciplinario, el que, teniendo en cuenta la opinión de S.F., determinara las medidas de protección y asistencia más apropiadas para su inclusión social, educativa, vocacional y laboral; y adoptar las medidas necesarias para asegurar que al momento en que una persona fuera diagnosticada con graves problemas o secuelas relacionados con discapacidad, se entregara a ella o su grupo familiar una carta de derechos que resumiera en formas sintética, clara y accesible los beneficios contemplados en la normatividad argentina.

No podemos finalizar el acercamiento a este asunto sin efectuar siquiera una mínima referencia al voto concurrente de la entonces jueza Margarette May Macaulay [hoy miembro de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos¹⁶¹]. Desde nuestra óptica planteó una cuestión de suma importancia y con la que no podemos sino coincidir, marcando una aguda línea interpretativa que la separa positivamente de la visión de la mayoría votante: *la justiciabilidad directa de los DESC por medio del art. 26 de la CADH y, en particular, la obligación de respetar y garantizar el derecho a la salud y a la seguridad social* (que estaban en juego en el caso), “con el fin de contribuir a las discusiones futuras que tendrá la Corte en relación con este tema” (párrafo 1° de su

¹⁶¹ Margarette May Macaulay fue jueza de la Corte IDH entre 2007 y 2012. El 16 de junio de 2015 fue elegida por la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (OEA) como miembro de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Comisión IDH), por un período de cuatro —4— años que se inició el 1 de enero de 2016 y finalizará el 31 de diciembre de 2019.

voto). Finalmente, concluyó que el Estado argentino violó el art. 26 de la CADH en relación con los arts. 5 y 1.1, *ibídem*, en perjuicio de S.F., propuesta que lamentablemente no fue seguida por la posición triunfante.

La perspectiva aportada es muy útil y adecuada a la total, directa y autónoma justiciabilidad de los DESC sobre la base del art. 26 de la CADH, tomando como punto de enfoque una interpretación evolutiva y actualizada de dicha norma, y teniendo en cuenta la afirmación de la propia Corte IDH en el “Caso Acevedo Buendía vs. Perú” (y sus citas), en punto a que en función de los términos amplios en que está redactada la CADH *es plenamente competente para analizar violaciones de todos los derechos reconocidos en ésta* (párrafos 16 y 97), lo que obviamente comprende los derechos económicos, sociales y culturales capturados por la normatividad de tal art. 26.

En otras palabras, y como venimos sosteniendo desde hace tiempo, los DESC a que se refiere el citado art. 26 de la CADH están sujetos a las obligaciones generales contenidas en sus arts. 1.1 y 2, como lo están los derechos civiles y políticos previstos en los arts. 3 a 25, *ibídem*, tal como el propio Tribunal Interamericano razonó en el párrafo 100 del aludido “Caso Acevedo Buendía vs. Perú”¹⁶².

Antes de dar paso a las observaciones de cierre, señalamos que habrá que aguardar la evolución de la jurisprudencia de la Corte IDH en el delicado tema abordado aquí, a partir de la renovación parcial de sus miembros (que asumieron a comienzos de 2016), ya que con su composición anterior a la actual las opiniones estuvieron divididas sobre si es o no procedente avanzar en la justiciabilidad directa de los DESC por vía del art. 26 de la CADH¹⁶³.

9. REFLEXIONES FINALES

A. Es innegable el intenso impacto que la innovación constitucional de 1994 ha provocado en el contexto de los *derechos humanos* en el escenario jurídico argentino.

Esa marca puede verificarse tomando en cuenta, por ejemplo: la adjudicación de *jerarquía constitucional originaria* a un nutrido conjunto de instrumentos

¹⁶² Entre otros trabajos de BAZÁN, Víctor sobre el tema, ver “Los derechos sociales en el derecho interno latinoamericano y el sistema interamericano de protección de los derechos humanos”, en el libro de BAZÁN, Víctor y JIMENA QUESADA, Luis, *Derechos económicos, sociales y culturales*, Astrea, Buenos Aires, 2014, pp. 1-167.

¹⁶³ Los días 15 y 16 de junio de 2015 se celebró el 45° Período Ordinario de Sesiones de la Asamblea General de la OEA. Entre otros temas, por su particular importancia concitó gran interés la elección de cuatro (4) miembros de la Comisión IDH (algo se anticipó al respecto en la nota 160), y cuatro (4) jueces de la Corte IDH. En relación con este Tribunal (integrado por siete –7– miembros), resultaron electos (hubo un caso de reelección) los siguientes jueces: Eduardo Vio Grossi (reelecto) y Elizabeth Odio Benito, Eugenio Raúl Zaffaroni y Patricio Pazmiño Freire (estor tres –3– electos por primera vez). A comienzos de 2016 los cuatro (4) jueces se integraron formalmente a la Corte IDH (como anticipábamos, el juez Vio Grossi se reintegró al Tribunal), quedando la Corte IDH compuesta de la siguiente manera: Roberto F. Caldas (Presidente), Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot (Vicepresidente), Humberto Antonio Sierra Porto (Juez); Eduardo Vio Grossi (Juez), Elizabeth Odio Benito (Jueza), Eugenio Raúl Zaffaroni (Juez) y Patricio Pazmiño Freire (Juez).

internacionales sobre la materia, además de los beneficiarios *ex post* de tal valía, todos lo que, junto con la Constitución documental forman el *bloque de constitucionalidad*; la reafirmación del principio *pro persona* y sus derivados; la configuración de una dimensión *sustancial*, complementaria de la *formal*, en torno al *principio de igualdad*, exigiéndosele al Estado una búsqueda isonómica por medio de *acciones positivas*; la literalización en la Constitución de los *procesos constitucionales de amparo, hábeas corpus y hábeas data*¹⁶⁴ para resguardar derechos fundamentales; y la incorporación al texto constitucional de *derechos que no estaban expresamente consagrados*, además del acrecimiento de *derechos implícitos* de fuente internacional.

B. Desde el plano de la *judicialización de los derechos a la salud y la seguridad social*, la República Argentina ofrece un grado de protección adecuado y sustentable. La oportuna actuación del Poder Judicial en el particular –con la Corte Suprema de Justicia a la cabeza– ha permitido precautelar aspectos básicos de tales facultades.

Ello no impide testimoniar en los últimos tiempos la presencia de ciertas señales de retracción, sobre todo en algunos espacios vinculados al derecho a la salud, en supuestos de indemnizaciones laborales donde están comprometidas las obras sociales o en asuntos referidos a la entrega de prestaciones por parte de empresas de medicina prepaga y hasta de algún organismo del Estado Nacional, en los cuales –aparentemente– la Corte Suprema procura atemperar las consecuencias económicas de sus sentencias.

C. Más allá de lo anterior, justo es reconocer que los fallos emitidos por la Corte en las causas “Q. C., S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ Amparo” y “Asociación Civil para la Defensa en el Ámbito Federal e Internacional de Derechos c/ Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados s/ Amparo”, proporcionan significativos elementos analíticos y exhiben orientaciones decisoriales acertadas en la trama interactiva protectoria de los derechos a la salud y a la seguridad social, que exhiben una clara matriz vital y alimentaria.

D. Pese a los bemoles mencionados, la *performance* tutelar de la Corte en las áreas aludidas arroja un saldo positivo. Por supuesto, no se puede ocultar que el déficit más profundo se localiza en las dimensiones de la planificación y la apropiada ejecución de políticas sociales. Es éste el flanco más débil y complejo del problema: la *ausencia de un sistema consistente, coordinado y estructurado de políticas públicas en el campo de la salud y la seguridad social* articulado por los Poderes Ejecutivo y Legislativo y cabalmente monitoreado.

Ello, más allá de que se aprecien algunos esfuerzos de la gestión del Presidente Mauricio Macri, por ejemplo, mediante el dictado de la Ley N° 27.260 que implementó un “Programa Nacional de Reparación Histórica para Jubilados y Pensionados”, en torno al cual habrá que analizar en su momento si verdaderamente fructificó y cumplió los objetivos prefijados a favor de este castigado sector de la población.

¹⁶⁴ Como mencionábamos, en el texto de la Constitución no se utiliza explícitamente la denominación hábeas data.

Específicamente desde el cuadrante del *derecho a la salud*, si bien la razón más importante para ocuparse de los grandes riesgos que azotan a éste es de *índole humanitaria*, es innegable que también existe un fuerte nexo entre *salud, pobreza y desarrollo económico*. Al respecto, la Organización Mundial de la Salud (OMS) ha defendido que “cada vez está más claro que *invertir en la salud es también una manera de estimular el crecimiento económico y reducir la pobreza*. Las metas del desarrollo que deben perseguir los gobiernos no pueden alcanzarse cuando la mala salud es un problema generalizado, particularmente entre los pobres. *Aliviar el hambre y la malnutrición es un prerrequisito fundamental para reducir la pobreza y sostener el desarrollo*”¹⁶⁵ –remarcado agregado–.

Convergentemente, y entre otros motivos de peso que esgrime la OMS para fortalecer el rol de los poderes públicos en el tratamiento de los grandes riesgos para la salud, se cuenta el hecho de que la reducción de tales riesgos puede promover el desarrollo sostenible y disminuir las desigualdades sociales¹⁶⁶.

E. El actual Presidente del Máximo Tribunal argentino, Ricardo Lorenzetti, ha puntualizado acertadamente que ninguna sentencia judicial aislada (ni siquiera de la Corte Suprema), ninguna ley por sí sola va a solucionar los problemas de la eficacia de los derechos¹⁶⁷.

Añade sobre el particular que “se necesitan políticas públicas coordinadas. Lo que hacen las sentencias de la Corte es decir cuáles son los derechos que tienen estas personas, y estos derechos han sido incorporados en estas sentencias judiciales. Por lo tanto son efectivos, tienen que implementarse, son obligatorios, son normas jurídicas cuyo incumplimiento genera responsabilidad. *Pero de nada sirve si no tenemos políticas de salud, políticas sociales que implementen los demás poderes del Estado*. Esto lleva a la *excesiva judicialización de los problemas de derechos humanos, el cual no es el mejor escenario*. Los poderes judiciales de todo el mundo han tenido un protagonismo extraordinario en los últimos años en el campo de los derechos humanos. En este sentido nosotros hemos sido vanguardia en nuestro país en muchos aspectos. El

¹⁶⁵ Cfr. The World Health Report 2002: ‘Reducing Risks, Promoting Healthy Life’, World Health Organization, p. 165.

En inglés, el Informe dice: “The most important rationale for dealing with major risks is, of course, a humanitarian one. However, it is increasingly clear that investment in health is also a means of stimulating economic growth and reducing poverty. The development goals that challenge governments cannot be reached in the face of widespread ill-health, particularly among poor people. Alleviation of hunger and malnutrition is a fundamental prerequisite for poverty reduction and sustainable development”. El Informe está disponible en: http://www.who.int/whr/2002/en/whr02_en.pdf?ua=1.

¹⁶⁶ Ídem.

Lo que exponemos en el texto, es una adaptación que formuláramos en relación con lo que el Informe plantea en los siguientes términos: “There are several other compelling reasons for governments to play a greater role in tackling major risks to health: Reducing major risks to health will promote sustainable development; Reducing major risks can reduce inequities in society...”.

¹⁶⁷ LORENZETTI, Ricardo, “Salud mental, legislación y derechos humanos en Argentina”, en COHEN, Hugo (comp.), *Salud mental y derechos humanos: vigencia de los estándares internacionales*, publicación N° 65, Organización Panamericana de la Salud, 1ª ed., Buenos Aires, 2009, p. 22.

Poder Judicial de la Argentina ha desempeñado un rol importantísimo en el campo de los derechos humanos,...¹⁶⁸ –cursivas añadidas–.

F. En el Estado Constitucional y Convencional la creciente *interrelación de derechos y políticas sociales* deviene incontrastable. En esa dirección, con ser muy apreciable la labor de *defensa* de los derechos humanos, actualmente ella se revela exigua (y en consecuencia ineficaz) si no se la acompaña con una tarea *proactiva de fiscalización de las políticas públicas para enfocar los inconvenientes estructurales que subyacen a las violaciones concretas de aquellos derechos* (en la franja de la salud y la seguridad social), para procurar *incidir en la formación o la corrección de tales políticas*, sustentadas en valores como la equidad y la solidaridad.

G. En el marco del acatamiento de las significativas cláusulas de apertura internacional vehiculadas por la modificación constitucional de 1994, la CSJN exhibe una laudable propensión a inocular a sus pronunciamientos los dictados del derecho internacional de los derechos humanos, tanto en lo que hace al respeto por las cláusulas de los instrumentos internacionales (incluso algunos de *soft law*), como a la interpretación de los órganos jurisdiccionales y cuasijurisdiccionales de supervisión de los distintos sistemas protectorios en la materia: interamericano (Corte IDH) y universales (*inter alia*, Comité de DESC y Comité de los Derechos del Niño).

H. Los derechos a la salud y la seguridad social originan para el *Estado obligaciones de corte positivo*, y no simples obligaciones de abstención. De hecho, las *medidas de acción positiva* que la Constitución le encomienda en el contexto del nuevo paradigma del principio de igualdad, son una buena muestra del nivel obligacional, jurídico y axiológico, que tiene el Estado en esta sensible esfera.

Lo anterior, para abastecer el postulado preambular de *promover el bienestar general* y también las demandantes consignas que obran en el art. 75, inc. 19, *ibídem*, en punto a proveer lo conducente al *desarrollo humano* y al *progreso económico con justicia social*.

Con finalidad convergente, debe atenderse el mandato que el art. 75, inc. 23, *ibídem*, dirige al Congreso de la Nación en orden a legislar y promover *medidas de acción positiva* que garanticen la *igualdad real de oportunidades y de trato*, y el *pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución y los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos*, en particular respecto de *niños, mujeres, ancianos y personas con discapacidad*, al tiempo de prescribir el cumplimiento de la obligación de *dictar un régimen de seguridad social especial e integral* en protección del *niño* en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza elemental, y de la *madre* durante el embarazo y el tiempo de lactancia.

¹⁶⁸ Ídem.

I. El respeto y la realización de los DESC en general, y de los derechos a la salud y la seguridad social en particular, exigen operativizar los requerimientos de una *progresividad sustentable* y desactivar cualquier intento de *regresividad injustificada*, quedando en todo caso habilitado el control jurisdiccional de constitucionalidad y convencionalidad de cualquier medida que pudiera resultar *involuntiva*, incluso –y sobre todo– en tiempos de emergencias y/o crisis económicas y financieras.

J. Desde otro ángulo, consideramos que más temprano que tarde la Corte IDH deberá discutir profundamente acerca de la viabilidad de la *justiciabilidad directa de los DESC por medio del art. 26 de la CADH* y, en particular en cuanto a lo que aquí atañe, la obligación de respetar y garantizar el derecho a la salud y a la seguridad social por vía de dicha norma, sin acudir discursivamente al respecto a una senda indirecta como es el art. 5.1 de dicha Convención, o sea, el derecho a la integridad personal¹⁶⁹.

K. En un marco genérico de discusión, es imposible soslayar la existencia de una directriz axiológicamente relevante que en todo momento debe ser tenida en consideración tanto por las autoridades pertinentes en el ámbito interno cuanto por los órganos competentes en la dimensión transnacional en el respectivo cumplimiento de sus funciones: *los derechos humanos son reflejo directo de la dignidad humana*, sean ellos civiles y políticos o económicos, sociales y culturales (como el derecho a la salud y a la seguridad social).

Precisamente en relación con los derechos sociales, NINO enseña –*mutatis mutandis*– que “deberían verse como derechos *a priori*, dado que su no satisfacción dañaría el funcionamiento apropiado del proceso democrático y su calidad epistémica”¹⁷⁰; además de que, siguiendo a FERRAJOLI, nunca está de más recordar que, entre otros factores, *el progreso de la democracia se mide por la expansión y la justiciabilidad de los derechos*¹⁷¹.

¹⁶⁹ BAZÁN, Víctor, “Derechos económicos, sociales y culturales: su fundamentalidad, exigibilidad y otras cuestiones en los ámbitos jurídicos internos y el desafío de su justiciabilidad directa en la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Año XXI, Edición 2015, Fundación Konrad Adenauer, Bogotá, pp. 499-536.

¹⁷⁰ NINO, Carlos S., La Constitución de la democracia deliberativa, Gedisa, Barcelona, 1997, p. 301.

¹⁷¹ FERRAJOLI, Luigi, Derecho y razón. Teoría del garantismo penal, 3ª ed., Trotta, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, Madrid, 2002, p. 918.