

# **I Congreso de Filosofía del Derecho para el Mundo Latino**

**Alicante. España 25-28 de mayo 2016**

## **Eje Derechos Sociales**

**Título: Condiciones de vida e injusticia. Ecos de una problemática social en las decisiones sobre salud de tribunales argentinos**

*Dra. Patricia Scarponetti*<sup>1</sup>      *Dra. Graciela Ariza*<sup>2</sup>

### **RESUMEN**

*Este ensayo pretende desde una perspectiva integral aportar a la discusión en torno a la evolución jurisprudencial argentina sobre casos de injusticia social en materia de salud como problema radical de la sociedad argentina. En el marco general de un proceso de cambios globales, y en particular en un contexto caracterizado por transformaciones significativas en el capitalismo así como del rol de los poderes Ejecutivo y Judicial en Argentina, nos preguntamos sobre la continuidad del activismo judicial en el marco del neoconstitucionalismo en su relación con el actual proceso democrático en el país. Presentaremos un abanico de problemas relativos a las demandas y sentencias sobre derecho a la salud, transitando distintos momentos históricos que permitieron el impulso de litigios estratégicos a los efectos de indagar el porvenir de esta relación auspiciosa entre activismo judicial, cambio social y derecho.*

---

<sup>1</sup> Dra. D. y Cs Sociales por la UNC, Directora de Maestrías Sociología CEA-UNC e Investigación y Gestión de la Seguridad Pública, IAPCS-UNVM. Profesora Titular de Teoría Social Argentina (UNVM) y Latinoamericana y Profesora Adjunta de Sociología Jurídica (UNC). Sub Coordinadora por Córdoba, Argentina en el proyecto *International Network for Comparative Analysis of Social Inequalities (INCASI). Global trends in social inequalities in Europe and Latin America and exploring innovative ways to reduce them through life, occupational and educational trajectories research to face uncertainty*, acreditado y financiado en el marco de Horizonte 2020 por la [European Commission](#), a través de Research and Innovation Staff Exchange (RISE). Call: H2020-MSCA-RISE-2015.

<sup>2</sup> Dra. D. y Cs Sociales por la UNC., Candidata a Magister en Argumentación Jurídica de UNC. Profesora Titular de la materia Sucesiones UBP.

## ***Introducción***

La tema/problemática de los derechos sociales –DESC- ha cobrado un impulso en A. Latina sobre todo desde el 2008 a la fecha porque se ha podido investigar, publicar y debatir con una fuerza inusitada como nunca antes se había podido lograr. Merecen destacarse el esfuerzo en torno a cómo fundamentar tanto la justiciabilidad como la dogmática para precisar estándares judiciales de estos derechos, en contextos sociales signados por diversos niveles de desigualdad.

Sin embargo tratando de no quedarnos atrapados en dualismos simplistas puede decirse que se ha abierto un nuevo escenario de luchas por el sentido del activismo judicial. En referencia concreta a los derechos de salud mientras un grupo propugna y realiza el activismo judicial de sentencias afirmativas, otros investigadores se interrogan sobre las evaluaciones del impacto o de los efectos de la judicialización de problemáticas sociales en donde el Estado o el mercado resultan actores acotados por dichas sentencias. El hecho que existan sentencias y pronunciamientos de la Corte Suprema ¿avala el principio de igualdad de todos aquellos otros ciudadanos que no presentan demandas pero tienen los mismos problemas con las diversas prestaciones de salud? ¿es posible pensar que el activismo judicial se limite a la protección de derechos de salud, vivienda y educación o es este ejercicio de rol correctivo del Estado y sus políticas públicas un vaso comunicante para que el Poder Judicial se cree prerrogativas más amplias acerca de la judicialización de la política? Las consideraciones comienzan a cambiar de nivel hasta el punto de llegar a las relaciones entre el activismo judicial y la democracia. Ni que pensar cuando parece estamos entrando al imperialismo del mercado, la competitividad y la eficacia del Estado.

Retomando y solo para recordar lo que ya ha sido señalado por diversos autores, la nueva constitución argentina se enrola en una amplia tendencia de nuevo constitucionalismo social iniciado en América Latina desde finales de los años ochenta, inspiradora de reformas constitucionales en diversos países de la región tales como la constitución de Brasil en 1988, Colombia en 1991, Argentina 1994, Venezuela en 1999; y en fechas más recientes, Ecuador en 1998 Y 2008 y Bolivia en 2009. Estas reformas ha sido caracterizadas por el reconocimiento de derechos sociales como derechos de ciudadanía sin

apelar a la trama vinculante del trabajo asalariado y sosteniendo un principio de igualdad fuerte o lo que Abramovich (2015) nomina como “*cláusula amplia de igualdad sustantiva*”, sustentada en el artículo 75 inciso 23 de la Constitución argentina vigente. Dicho principio no tan solo favorece la acción positiva de protección de grupos sociales pobres y/o vulnerables sino que incide directamente en las obligaciones estatales referidas a los modelos de protección social.

### ***Entre el sistema de salud y los derechos a la salud***

Abramovich y Pautassi (2008) reflexionan sobre la incidencia del activismo judicial sobre el sistema de salud en Argentina e historizan su tratamiento constitucional en tres momentos históricos; primero al dar cuenta que en la reforma Constitucional de 1957 se establece de modo indirecto la referencia en el artículo 14 bis, ya que se consignó que el Estado debe otorgar "*los beneficios de la seguridad social, que tendrá carácter de integral e irrenunciable*", por lo cual se establece un "*seguro social obligatorio*" relacionando la salud con "la inserción laboral formal y asalariada"<sup>3</sup>. En una segunda temporalidad se reconoce dos vías una que ampara la protección de la salud a partir de la reforma constitucional de 1994 en referencia explícita al artículo 42 que reconoce el derecho de los consumidores o usuarios de bienes y servicios a la "protección de la salud y seguridad". La segunda vía protectora más lograda fue la incorporación mediante jerarquía constitucional de once declaraciones y tratados internacionales de derechos humanos.

Estas buenas noticias de mediados de los años noventa fueron inmediatamente rebatidas por la profunda crisis que generó el mayor nivel de desempleo conocido en Argentina a finales de esa década, y alcanzó su máxima crisis en diciembre del 2001. Una de las mayores consecuencias implosionó en el mercado de trabajo ya que el mismo fue precarizado, flexibilizado e informalizado, así también como el desempleo superaron la antaño lógica de empleo asalariado formal, característica que había primado en la Argentina de mediados del

---

<sup>3</sup> Los mencionados autores aclaran que “en los hechos se desarrollara un sistema de salud público, bajo la concepción de la cobertura de la salud como política universal, con una amplia red de efectores de salud a cargo del Estado y un sistema de obras sociales (seguros sociales) para los asalariados formales. El paradigma vigente fue el de subsidiar la oferta de salud”.

siglo XX. Casualmente ahora cuando se avizora igual problemática en torno a la discusión de una reforma en el mercado de trabajo público y privado con nuevos de indicadores de desempleo, este ensayo pretende retomar la trama de los últimos años sobre la judicialización de los derechos de salud.

La crítica situación que se soportó durante dicha crisis en el sistema de salud sobre todo con la atención en hospitales públicos y/o la provisión de tratamientos y medicamentos a los sectores sociales que habían perdido el empleo marcaron un retroceso estatal en comparación con anteriores estándares de salud. *En el contexto de ese proceso, diversos actores han recurrido a los tribunales federales y locales exigiendo remedios ante omisiones o acciones excluyentes de las burocracias de dependencias estatales y hospitales públicos. Las decisiones judiciales generadas dan cuenta del fenómeno incremental de organización de la sociedad civil en torno al problema sanitario y la incorporación de la estrategia de reclamo judicial al conjunto de herramientas de movilización* ( Bergallo, 2005)

Adosado a la crítica situación en la que quedaron el trabajo, la salud y la educación se inscribe la composición del sistema de salud. En un trabajo poscrisis del 2001, Acuña y Chudnovsky (2002) reflexionan sobre el sistema de salud resultado de la coexistencia de tres subsistemas particulares: el público, el llamado de Obras Sociales y el privado. Conformación especial la cual imprime al área de la salud una lógica peculiar a partir de coexistencia desarticulada de cada uno de estos subsistemas, diferentes y conexos de la población prestataria sino además por los servicios que pueden brindar. Acuña y Chudnovsky relatan las vicisitudes económicas y políticas<sup>4</sup> del deteriorado sistema de salud en Argentina. Por otro lado en Argentina no se dispone de una ley general de salud, sino que en virtud de las reformas de descentralización de la década de los 90's el sistema de salud es regulado desde distintas jurisdicciones nacionales, provinciales e inclusive municipales. La principal normativa se compone de las Leyes N° 22.431, N°24.901 , la ley

---

<sup>4</sup> Acuña y Chudnovsky (2002) señalan “la falta de integración entre los distintos subsistemas sino que dentro de cada uno de ellos también existen serios niveles de fragmentación. En el caso del subsector público, se ha observado la existencia de una falta de articulación entre las diferentes jurisdicciones (nacional, provincial, municipal). Y, en el caso de los subsectores de la seguridad social (Obras Sociales) y privado, están compuestos por un gran número de organizaciones heterogéneas en cuanto al tipo de población que agrupan, cobertura que brindan, recursos financieros por afiliado y modalidad de operación”.

Nº26.378 legislan específicamente sobre la cobertura integral de salud para las personas con discapacidad de cualquiera de los tres sub-sectores; y la Ley Nº 24.754<sup>5</sup> que legisla sobre la regulación obligatoria del Programa Médico Obligatorio (PMO) para el sector privado<sup>6</sup>.

Como se puede observar de este conjunto de cuestiones, litigios y sentencias por el derecho a la salud se encuentran en el cruce de políticas públicas, mercado, economía y derechos sociales. Todo lo cual subraya el carácter interdisciplinario e histórico contextual de investigaciones, superadoras de las divisiones clásicas entre investigaciones de carácter dogmático y sociojurídicos. Es este marco el que elegimos para reflexionar sobre sentencias judiciales respecto del derecho a la salud en la provincia de Córdoba y en Argentina, en el contexto de las actuales discusiones sobre los derechos sociales<sup>7</sup>.

### ***Habemus litigios estructurales***

La reflexión jurídica en torno gira en parte en torno a los reclamos judiciales que instan a modificaciones de las políticas públicas. Más conocida como «litigio estructural», consiste en «una herramienta judicial que involucra la selección y presentación de un caso ante los tribunales con el objetivo de alcanzar cambios en las políticas públicas que deriven en una mejora de la sociedad» Esta definición jurídica del litigio estructural presupone la definición de lo que implica una «mejora de la sociedad»<sup>8</sup>. En tanto Bergallo (2005) lo define como litigio de derecho público y lo define como el reclamo judicial que “busca la transformación estructural de instituciones del Estado en pos del respeto de derechos y valores democráticos consagrados en la Constitución”. Frente a ambas definiciones, Nosetto, Luciano (2014) considera que definiciones de lo socialmente mejor y peor

---

<sup>5</sup> Ley Nº 23.660 Ley de Obras Sociales. Boletín Oficial 1989. Ley Nº 22.431, de 16 de marzo de 1981. Ley Nº 24.901, de 1997. Ley Nº 26.378 de 2008. Boletín Oficial 2008. Ley Nº 24.754, de 1996. Boletín Oficial 1997.

<sup>6</sup> Por resolución del Ministerio de Salud de la Nación Programa Médico Obligatorio (PMO) es la especificación de las prestaciones mínimas de cobertura obligatoria que proveen las obras sociales públicas/privadas.

<sup>7</sup> Abramovich Víctor Introducción en Abramovich V., Arenaza S., Cravino M. C., Favala R., (2015) *Protección judicial de los derechos sociales en la provincia de Buenos Aires*. Colección Cuadernos de Trabajo SERIE DERECHOS HUMANOS Ediciones de la UNLa.

<sup>8</sup> Nosetto, Luciano (2014) cita la definición de litigio estructural en Böhmer y Salem ( 2010:1–2).

constituyen de hechos definiciones políticas por lo cual el autor considera que en este campo de reflexión jurídica sobre la judicialización se “presuponga y reclame una reflexión política igualmente sistemática”.

A pesar de que la cantidad de litigios colectivos es escasa no por ello son inexistentes. Tanto el CELS<sup>9</sup> como Luisa F. Cano dan cuenta de las estrategias de los litigios estructurales como una parte del nuevo constitucionalismo ha denominado al litigio colectivo<sup>10</sup>. En el apartado el control sobre la implementación de las políticas del CELS<sup>11</sup> se analizan el caso *Viceconte, A.V. y IOMA*, caso *Pro-huerta*, los casos *Vecinos de La Dulce* y *Vecinos de La Cava*.

En referencia a los amparos colectivos, Cano (2014) basa su investigación en “el aumento del litigio estructural en derechos sociales, como el derecho a la salud, ha llevado a preguntarse por las condiciones de éxito de su “judicialización” a indagar por los factores que propician que la intervención de los tribunales constitucionales en materia social tenga impactos positivos y que se supere el punto ciego de las sentencias estructurales: su implementación. Para medir el éxito la autora compara cuatro procesos en diversos países como son Colombia, Sudáfrica, Argentina e India a los efectos de corroborar el litigio estructural en salud como exitoso “si produce cuatro de los efectos explicados por César Rodríguez y Diana Rodríguez: efecto de desbloqueo, efecto de Políticas Públicas, efecto

---

<sup>9</sup> El Centro de Estudios Legales y Sociales, más conocido por su sigla –CELS- forma parte del auspicio del activismo judicial con sus estudios, asesoramientos jurídicos y publicaciones. En la presentación del libro *Litigio estratégico y Derechos Humanos. La lucha por el Derecho* (2008) se expresa que “La centralidad del reclamo de justicia en los tribunales es un rasgo del trabajo del CELS que perdura hasta la actualidad. Durante los últimos años, y al compás del debilitamiento de espacios tradicionales de mediación social y política, la sociedad ha ido avanzando en el reconocimiento de que el Poder Judicial puede tener herramientas para proteger de ciertos avasallamientos. A su vez, la consagración constitucional de tratados internacionales que resguardan derechos ha obligado poco a poco a los tribunales a entablar, con respecto a los poderes políticos, una relación de contralor en la adecuación de las políticas públicas a los nuevos estándares de derechos humanos”.

<sup>10</sup> El último amparo colectivo que se conoce y sin resolución todavía es el presentado durante abril de 2014 por la defensora del pueblo de la provincia de Río Negro contra la Provincia de Río Negro, Poder Ejecutivo Provincial, Ministerio de Salud y Ministerio de Obras y Servicios Públicos, “en atención al grave deterioro y falencias edilicias del referido hospital y de los centros de salud de su área de influencia”.

<sup>11</sup> Los casos mencionados no son los únicos litigios colectivos pero en orden de nuestra exposición citamos solo aquellos sindicados por el CELS como vinculados a políticas públicas. El CELS define al litigio estratégico como aquel que “no sólo fija límites a los abusos del poder, sino que puede, en ciertos contextos, generar programas de acciones positivas para la resolución de problemas estructurales por parte del Estado”. En *Litigio estratégico y Derechos Humanos. La lucha por el Derecho* (2008).

social y efecto deliberativo”. Uno de los casos argentinos datado en 1998 es el fallo Viceconte vs. Estado Nacional (Ministerio de Salud y Acción Social) arriba reseñado. “La demandante, quien vivía en la zona afectada por la enfermedad, interpuso una acción de amparo<sup>12</sup> bajo el acompañamiento del Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS)”.

Cano, siguiendo a Rodríguez Garavito y Rodríguez reflexiona en sus comentarios finales que “El estudio permite concluir que la protección judicial de la salud no implica necesariamente que los jueces usurpen el poder de los órganos democráticos porque, de hecho, ellos solos pueden hacer muy poco para su garantía, por lo cual su intervención arroja mejores resultados cuando los procesos judiciales cuentan con amplio apoyo político y social y cuando se presentan como un “nuevo lugar” para la deliberación y la inclusión de los afectados en el diseño de Políticas Públicas, es decir, cuando se trata de un “activismo dialógico” de los Tribunales”.

El giro producido -según algunos autores- estaría en el impacto de los fallos judiciales. A los efectos de destacar una parte visible del debate en Colombia se presentan una breve síntesis sobre el activismo judicial y su correlación democrática. Así Rodríguez Garavito y Rodríguez Franco (2009)<sup>13</sup> introducen una analítica fundada en el fallo de la Corte Colombiana de 2004 en referencia a la sentencia T-025 sobre los desplazados en Colombia. Al referirse al estado de las investigaciones sobre los DESC, si bien rescatan “el énfasis casi exclusivo en la fase de producción de sentencias, detectan “un punto ciego, tanto

---

<sup>12</sup> Cano señala que “En Argentina, si bien es una demandante individual quien interpone la acción de amparo, se trata de una acción que, por su naturaleza, solicita la protección colectiva de un grupo de personas que se encuentran en situación de vulnerabilidad por la escasez de la vacuna contra la fiebre hemorrágica. Por lo anterior, se considera que el demandante es colectivo. De otro lado, el tipo de problema que enfrenta el caso argentino es igualmente sistemático y de gran impacto. La enfermedad se produce como una epidemia estacional desde 1958, especialmente en áreas rurales. Los casos aumentaron registrando una leve disminución cuando se crea la vacuna en 1991. Sin embargo, en 1996, sólo en el primer semestre, hubo setenta casos y tres muertes a causa de la fiebre y 3.500.000 personas se encontraban en riesgo de contraer la enfermedad”.

<sup>13</sup> Los autores referencian que tal caracterización es tributaria de la literatura sobre activismo judicial que mediante sentencias de ejecución compleja ordena remedios estructurales a casos similares. Señalan además que en América Latina estos casos “han tomado fuerza de la mano del litigio estratégico o el derecho de interés público”, según respectivamente Abramovich y Pautassi, 2009, CELS 2008, Maurino, Nino y Sigal, 2005, González, 2004. En nota 4 de Rodríguez Garavito y Rodríguez Franco (2009) “Un giro en los estudios sobre derechos sociales: el impacto de los fallos judiciales y el caso del desplazamiento forzado en Colombia”. En Christian Courtis y Ramiro Ávila Santamaría, *Editores La protección judicial de los derechos sociales* p.325

analítico como práctico” en correspondencia “con la etapa de implementación de los fallos”. Sus interrogaciones son por demás elocuentes “¿Qué pasa con las órdenes contenidas en esos fallos? ¿En qué medida las autoridades públicas y los ciudadanos adoptan la conducta requerida por los tribunales para proteger un derecho social? ¿Qué impacto tienen los fallos sobre el Estado, las organizaciones de la sociedad civil, los movimientos sociales y la opinión pública? ¿Sirven, en últimas, para proteger los derechos sociales en la práctica?”

La “*macro sentencia*” como aluden los autores se corresponde con lo conceptualizado como litigio estructural o casos estructurales; definidos por Rodríguez Garavito por caracterizarse en base a la afectación sobre un gran número de personas a quienes se ha violado algún derecho humano (DESC), involucra a entidades estatales por fallas en las políticas públicas e implica órdenes de ejecución compleja en tanto los jueces deben protegerse no solo a los demandantes sino al conjunto poblacional afectado.

Rodríguez Garavito no es ajeno a las crítica que genera su posicionamiento “según las cuales el activismo judicial invade las competencias de los funcionarios del ejecutivo y el legislativo que son elegidos popularmente –y, por tanto, resulta injustificado en una democracia–“. Desde una concepción de la democracia que enfatiza la importancia de la deliberación pública (dialógica) y el control horizontal entre los órganos del poder público sustentado en las exposiciones de O’ Donnell. Por lo cual los autores señalan que:

*“Los casos frecuentes en los que las burocracias y los sistemas políticos de las democracias contemporáneas entran en situaciones de estancamiento estructural que frustran la realización de los DESC. En esas circunstancias de “bloqueo” institucional –que derivan en profundas deficiencias o, incluso, en la inexistencia de políticas públicas para atender problemas sociales urgentes–, afirmamos que las cortes son la instancia adecuada para desestancar el funcionamiento del Estado y promover la protección de los derechos”.(...) Desde esta perspectiva, sostenemos que el tipo de intervención judicial que defendemos tiene múltiples efectos, que van desde el impacto material directo (en nuestro caso, cambios en la política pública y la situación de los desplazados) hasta efectos simbólicos indirectos (p. ej., la transformación de la opinión pública)”. (ibid, p.325)*

Sin escapar a las críticas que creativamente traman entre argumentos de teóricos estadounidenses y latinoamericanos, sostienen que en tanto los jueces no se encuentran sometidos al control democrático sino por el contrario configuran en A. Latina una especie encapsulada que dirime cuestiones de poder con los otros dos poderes, es posible pensar en los efectos antidemocráticos del activismo judicial. Para Rodríguez Garavito que se basa en las reflexiones de Rosemberg, 1991, “la intervención de los jueces puede terminar sustituyendo el debate público y la movilización social como canales de solución de controversias y toma de decisiones democráticas”. Más perspicaz resulta el apelativo de “juristocracia” para los jueces considerando sus estrategias de élite para sustentar espacios de poder tales como los tribunales constitucionales o las facultades de derecho, en términos de los planteos de Hirschl, 2004.

Buscando entonces demostrar los efectos instrumentales de desbloqueo de situaciones problemáticas complejas como es el caso de los desplazamientos poblacionales en Colombia, tampoco desconocen los autores la espinosa temática de los efectos simbólicos que implicarían cambios culturales e ideológicos sobre el caso pensando sobre todo en generar nuevas comprensiones sociales del problema como una violación de derechos humanos. (ibid, p. 366)

En contrapunto, su par colombiano, Mauricio García Villegas (2014) se refiere no de modo puntual a las sentencias sino más bien a las reformas constitucionales de la década de los noventa, por lo cual expresa el autor que “con mucha frecuencia las constituciones latinoamericanas han sido símbolos políticos destinados a compensar el déficit de maniobra política de los gobiernos, más que normas jurídicas destinadas a limitar el poder”. Villegas señala que estas constituciones se incluyeron tanto por la carta de derechos, por el reconocimiento de las diferencias y por la apertura hacia la participación democrática y el carácter pluralista de la sociedad, “con un alto nivel de generosidad”, siguiendo las reflexiones de Gargarella (2012). El catálogo de derechos, resulta extraordinario, no sólo por el número de derechos abarcado, sino por el nivel de detalle al que se ha llegado en algunos casos. No obstante, esta manera de vincular constitución y progreso social no existe en todos los países. Su análisis está centrado en observar las oscilaciones entre un

constitucionalismo “aspiracional” ligado al futuro de las sociedades, que toma a las constituciones como verdaderas revoluciones a la luz de la idea de un documento político fundacional; estas constituciones dependen, para su efectividad, de la intervención de los jueces se alimentan sobre todo de la tradición constitucional anglosajona de activismo judicial y de control contra-mayoritario

Desde una postura que el autor califica “aproximación constructivista” al constitucionalismo latinoamericano, que le permite sostener que al derecho constitucional como un proceso confrontativo o como un recurso. Y aun celebrando el hecho de que en varios países de A. Latina existan constituciones aspiracionales, entiende que debe superarse el desequilibrio en la práctica constitucional entre protección de derechos y democracia.

Como contrapartida el mencionado autor encuentra en el otro extremo un constitucionalismo preservador que asocia constitución con limitación del poder y protección del *statu quo*. En la creatividad del ingenio de García Villegas su analítica le permite formalizar tipos ideales que van desde el *constitucionalista legalista*<sup>14</sup> y *economista desconfiado*<sup>15</sup> hasta el *constitucionalista intransigente*<sup>16</sup> y el *utopista*

---

<sup>14</sup> Al respecto G. Villegas define a este actor social como aquel que “considera que las metas y los derechos de las constituciones aspiracionales deberían ser interpretados de la forma más restrictiva posible, esto es, no como normas legales directamente aplicables, sino como promesas políticas y como principios orientadores, los cuales solamente podrían materializarse cuando los órganos políticos consideren conveniente desarrollarlos”.

<sup>15</sup> G. Villegas define a este actor social como aquel que “defiende la importancia de interpretar las metas y los derechos de las constituciones aspiracionales de la forma más restrictiva posible, pero lo hace por razones diferentes. Inspirado en teorías económicas del derecho, este personaje no tiene fe en el constitucionalismo, entendido como un mecanismo eficiente para regular la vida social, a menos que éste se encuentre subordinado a la economía, específicamente a los principios de eficiencia del mercado y de maximización de la riqueza”.

<sup>16</sup> Al respecto G. Villegas define a este actor social como aquel que “estima que los principios y los derechos que consagra la constitución son normas jurídicas de aplicación inmediata y por lo tanto no son negociables. El hecho de que sean normas difíciles de aplicar (costosas) no afecta, según ellos, su carácter normativo y perentorio. Siendo así, es la realidad económica la que debe adaptarse al texto constitucional, y no al contrario. El constitucionalista intransigente está de acuerdo con el contenido de la constitución aspiracional (al menos la recién promulgada) pero se aparta de ella y del tribunal constitucional que la interpreta, cuando observa cómo este tribunal al buscar un equilibrio entre la protección de los derechos sociales y las necesidades económicas, desconoce el carácter perentorio de las normas que establecen derechos. Según él, las consideraciones políticas o económicas son irrelevantes en la interpretación judicial y la efectividad de estos derechos es un imperativo constitucional que debe cumplirse”.

*desilusionado*<sup>17</sup> para terminar con el tipo ideal de *utopista moderado*<sup>18</sup>. Abogando por un constitucionalismo militante cuya base es la ampliación participativa, García Villegas sostiene que “implica un fortalecimiento de la participación activa de los actores sociales y a los representantes políticos. No sólo las constituciones deben mantener el apoyo de las fuerzas políticas que la hicieron posible sino que dichas fuerzas deben persistir en el compromiso de hacer posible que los postulados constitucionales se traduzcan en realidades efectivas”.

Uno podría preguntar en cuál de las categorías se ubica pero el problema no termina en sus diferencias ideológicas ya que lo que como el mismo García Villegas plantea pesar de las diferentes orientaciones políticas por ende de argumentos esgrimidos para sostener sus posiciones, todos los tipos ideales comparten “misma postura que refiere a una concepción instrumentalista de la relación entre el derecho y el cambio social”. Y en tal sentido anota que todas estas posturas denotan que “los textos constitucionales son instrumentos o herramientas que operan sobre una realidad externa” a lo cual el autor enfrenta su posicionamiento en tono bourdesiano determinando que “la realidad del derecho es una realidad comunicacional y en disputa, en donde participan diferentes tipos de actores dotados de capitales diferentes (técnico-jurídico; social, económico y desiguales en términos de poder. Los efectos que G. Villegas asevera se desprenden de estas consideraciones sostiene que “la suerte de las constituciones no está echada de antemano. Lo que una constitución es, lo que vale, depende del contexto y de las lucha por la

---

<sup>17</sup> G. Villegas sostiene que “como el personaje anterior, también está, en principio, de acuerdo con el contenido de la constitución aspiracional; sin embargo, a diferencia del anterior, desconfía de la capacidad del derecho para llevar a cabo transformaciones sociales y por eso, al ver que la constitución no cumple con las promesas de cambio social, de justicia e igualdad que prometió, no sólo le quita su apoyo sino que termina por convencerse de que ella es el fruto de una estrategia de engaño por parte de las élites dominantes. A su juicio, las constituciones aspiracionales, con su lenguaje generoso e incluyente sirven más al poder para legitimar el statu quo que a los ciudadanos para proteger sus derechos”.

<sup>18</sup> Para este personaje ideal, G. Villegas propone caracterizarlo “por defender el texto aspiracional, entendido con las limitaciones y los altibajos propios de la lucha política en la cual está inmerso y como una oportunidad para construir un constitucionalismo mejor La posición de este quinto personaje se sitúa en el medio de las visiones demasiado optimistas y demasiado pesimistas del derecho constitucional. De acuerdo con esta postura intermedia, las constituciones aspiracionales y la protección de derechos sociales que estas suponen son un mecanismo importante para promover el cambio social, pero este mecanismo por sí sólo es insuficiente. Para que la batalla legal pueda ser efectiva, debe ser parte de una estrategia política más amplia que apunte a la transformación social a través de la materialización de los derechos sociales. Esta estrategia implica la existencia de elementos contextuales diferentes al derecho, tales como un activo apoyo social y político al proyecto constitucional, en general, y al activismo judicial progresista en materia de derechos sociales, en particular, así como una cultura jurídica favorable a la protección de los derechos.

apropiación del sentido que se libra en ese contexto. Dado que la constitución es una constitución-en-acto, el texto promulgado es solo un primer paso, importante desde luego, pero sólo un primer paso en la tarea de hacer efectivos esos derechos”.

Estos como otros datos apelan a interrogarnos sobre la verdadera capacidad de expansión de los derechos sociales introducidos en la reforma constitucional de los noventa; en segundo lugar por la prosperidad del activismo judicial y el litigio estructural que acompaña a los derechos sociales, en este caso el de la salud.

### **Análisis de sentencias judiciales sobre demandas de salud**

En un marco más ordinario de litigios y no pensando ya en los litigios colectivos solamente, Gottlieb, Yavich y Báscolo (2016) han realizado un análisis documental de 125 litigios sobre demandas de salud con sentencias dictadas por la Corte Suprema de la Nación entre 1994 y 2013. Lo primero que se destaca es que del total de sentencias comprendidas en el estudio, la judicialización en salud comienza con el dictado de tres sentencias en 1998 mientras que desde ese año al año 2013 se incrementan en número, calculando en promedio 8 sentencias por año. Destacan que en el periodo comprendido entre 2003 y 2006 se registra un 48% de las sentencias en alusión al total de los casos tomados. Señalan además las autoras lo inequitativo del sistema de salud ya que estas sentencias cobran fuerza para aquellos particulares que han sostenido las demandas. Los autores observan además una preeminencia de reclamaciones individuales de afiliados a la seguridad social o a seguros privados en litigios con un esquema típico del derecho privado. De dicho total de casos, el 75% de los fallos ordenaron brindar los servicios de salud reclamados. A pesar de este alto porcentaje favorable a la resolución de demandas judiciales de salud sin embargo es observado “puede producir una suerte de segmentación al interior de poblaciones afectadas por el mismo problema”.

Además se suma a lo anterior, y se corrobora al igual que en otros estudios, la inexistencia de un principio de organización federal que reagrupe lo segmentado y fragmentario del sistema generador de desiguales condiciones de acceso a la salud, sea por la cobertura diferencial de tener o no obra social, o depender de la asistencia sanitaria del servicio

público de salud. Entre las reflexiones de las autoras se establece que los litigios por acceso a la atención de la salud tramitados ante la Corte Suprema Argentina se han caracterizado por presentarse por litigantes individuales que mediante amparos utilizan las formas típicas del derecho privado, en demandas que buscan obtener la cobertura de un servicio médico denegado por alguno de los tres subsistemas. Si bien el éxito de las demandas prospera en sentencias proclives a conceder los derechos de salud vulnerados las autoras perciben que no se incorporan “consideraciones adicionales que pudieran beneficiar a otros individuos afectados por las fallas o deficiencias del sistema de salud que la judicialización revela”. La comparación de estos hallazgos, con aquellos derivados de estudios del litigio en primera instancia, indica que ambas instancias comparten los mismos patrones de litigio (...).

Por nuestra parte hemos podido analizar cuatro sentencias en Alzada<sup>19</sup> que tienen algunas características que permiten corroborar lo expresado por las autoras sobre todo en dos consideraciones puntuales cuando reflexionan que:

*La Corte Suprema “operaría como una caja de resonancia de los tribunales de primera instancia, retroalimentando a su vez los patrones litigiosos”, todo lo cual marcaría de hecho, un límite al potencial de judicialización sobre todo*

---

<sup>19</sup> Las sentencias cordobesas revisadas se corresponden con similares tipologías de las tratadas por Gottlieb y equipo con la diferencia que son producidas por tribunales y Cámara de Apelaciones de la Provincia de Córdoba. **1° CASO:** C.Fed.Apel. Sala A Cba. 23/12/15. Trib. de origen: Juzg. Fed. San Francisco, Cba. “P. M., F. c/ Swiss Medical S.A. s/amparo ley 16.986” Expte. N° 33729/2014, Córdoba, 23 de diciembre de 2015. **2° CASO:** OBRAS SOCIALES. Solicitud de trasplante bipulmonar por fibrosis quística. Paciente en situación de “extrema vulnerabilidad”. Intervención requerida en una institución no incluida en la cobertura de la Obra Social. Negativa. DERECHO A LA SALUD. DERECHO A LA VIDA. Protección. Derechos de “operatividad derivada”. Obligación de brindar cobertura integral. Procedencia del amparo Semanario Jurídico: Número: 2045 10/03/2016 Cuadernillo: 8. Tomo 113 Año 2016 – A Página: 374. **AMPARO. 3° CASO:** Autos: " O., Franco D. c/ Administración Provincial del Seguro de Salud (APROSS) Amparo – Recurso de apelación – Expte. N° 2603427/36" Sentencia N°: 61 Fecha: 04/06/2015. Semanario Jurídico: Número:2011 02/07/2015 Cuadernillo: 1 Tomo 112 Año 2015 – B Página: 28. **AMPARO** Paciente psiquiátrico con trastorno bipolar. Requerimiento de cobertura especial para tratamiento integral multimodal. “Residencia de medio camino”. Institución no incluida en el listado de prestadores de la demandada. C8a. CC Cba. 23/12/14. Sentencia N° 178. Trib. de origen: Juzg. 14a. CC Cba. “Martínez, Héctor Alejandro c/ Administración Provincial del Seguro de Salud (Apross) – Amparo – Rec. de apelación – Expte. N° 25629100/36. **4° CASO:** Paciente oncológico: Omisión de declarar su afección al momento de suscribir la declaración jurada de salud. Cobertura de internación para el tratamiento de quimioterapia y medicación. Procedencia. RELACIÓN DE CONSUMO. Autos: " Martínez, Héctor Alejandro c/ Administración Provincial del Seguro de Salud (Apross) – Amparo – Rec. de apelación – Expte. N° 25629100/36". Sentencia N°: 178 Fecha: 23/12/2014. Semanario Jurídico: Número:2009 18/06/2015 Cuadernillo: 22 Tomo 11 Año 2015 – A Página: 988.

*teniendo en cuenta que “la Corte pronuncia la última palabra del sistema judicial argentino”.*

*Si bien se muestra que las sentencias analizadas observan “una tendencia garantista, respecto a la vigencia del derecho a la salud en el caso concreto”, las mismas no avanzan “hacia otro tipo de definiciones sobre políticas públicas”. Esto se advierte fundamentalmente en las sentencias dictadas sobre la cobertura obligatoria del PMO y la cobertura básica para personas con discapacidad. En ambos casos la Corte sienta importantes precedentes en la ampliación de obligaciones de las entidades de medicina prepaga y obras sociales, pero cuando se trata de la interpretación y aplicación del PMO, o de la concreta realización del derecho a la salud de las personas con discapacidad, se torna más dificultoso detectar directrices o estándares jurisprudenciales. (...)En consonancia con esta posición, el estándar protectorio establecido por la Corte promueve una ampliación de la cobertura para los afiliados a la seguridad social y la medicina privada, pero no entra en la discusión sobre la cobertura esencial que debería brindar el Estado, la universalidad de la política pública de salud, el rol del Estado Nacional en la rectoría, coordinación, articulación del sistema de salud, y la definición de la incorporación de tecnologías sanitarias”.*

En los cuatro casos de la provincia de Córdoba que hemos podido revisar en esta incipiente investigación encontramos que los tribunales provinciales se acogen a los mismos parámetros que ha sostenido la Corte Suprema, lo cual supone dar lugar a una especie de «Estado de bienestar a pedido», que provee derechos solo a aquellos que logren exigirlos por vía judicial, alejándose de principios y criterios de universalidad<sup>20</sup>.

---

<sup>20</sup> En el mismo orden de ideas Luciano Noretto (2014) agrega que también Arcidiácono y Gamallo (2011) han señalado posibles aumentos de malestar entre la población, por tratarse de sentencias favorables individuales o restringidas a un grupo delimitado de personas, excluyeron a otro grupo en idénticas condiciones que, por diversas razones, no tuvieron acceso a las redes de patrocinio legal.

## **Reflexiones Finales**

Entendemos, junto a G. Coronado (2009) que lo aquí expuesto no encaja en una postura tradicional basada en la construcción de “un objeto de estudio”, y quien al igual que nosotras en su proceso de investigación muy distinto del presentado aquí, reconoció que, en lugar de ello, “tenía frente a mí muchos ‘objetos/sujetos’ que se interconectaban en niveles muy diferentes de análisis” (Coronado, 2009:37). Las dificultades con las cuales tropezamos durante nuestro propio proceso, reconocen una problemática similar; por lo cual asumimos el principio apuntado por la autora acerca de que “todo fenómeno social es potencialmente infinito y exhibe una complejidad irreducible, y que la comprensión de ningún fenómeno social puede partir de una fragmentación temprana que separe a las partes del todo, ignorando así las interconexiones con otros fenómenos” (Coronado G., 2009:42). Siguiendo este horizonte epistémico, la intención que recorre esta propuesta es la generación de aristas de problematización que permitan complejizar análisis posteriores. (Zemelman, 2010, 2012).

Creemos que el revuelo judicial inicial por las sentencias sobre derechos de salud tiene una amplia acogida cuando se trata de reclamos colectivos y se traduce en litigios estructurales aunque los mismos atañan a alguna dimensión de la salud pública, no a la esencial, señalada por diversos investigadores en referencia a la desigualdad creciente en materia de salud generada a partir de sentencias que no se convierten en parámetros para ser aplicadas a quienes soportan iguales problemáticas. Quién osaría oponerse sino desde un posicionamiento de constitucionalista legalista o desde un economista desconfiado a la judicialización de los derechos sociales como son los litigios por servicios de salud.

Quienes abogan por la judicialización de los derechos sociales sostienen la expectativa de que sucesivos juicios favorables terminen incidiendo en transformaciones integrales de las políticas públicas tal sería el caso del activismo del CELS. Quienes reclaman por una justicia dialógica encuentran en este activismo judicial una suerte de conjuro contra la inercia de las burocracias estatales y por último quienes advierten sobre el peligro de las constituciones aspiracionales de nuestros países colocan el acento en la prudencia de no empoderar a los jueces sino a los ciudadanos. Como sucede entre personas que quieren

convertir el debate en una suerte de destino común todas las posiciones tienen algo de razonable en los términos que Genaro Carrió empleaba el concepto.

Creemos que el derecho cobra fuerza siguiendo a Piero Calamandrei<sup>21</sup> cuando nos remite a los modos de pensarlo en términos de “justo, cierto y concreto” que se tornará *una misión* más que como un oficio<sup>22</sup>; misión llamada a reflexionar por una filosofía del derecho que no reduzca el derecho ni a la ley ni a la economía, para lo cual el jurista italiano precisa las fronteras entre política y derecho.

Por su parte Gustavo Zagrebelsky<sup>23</sup> al hacer los comentarios sobre este escrito de Calamandrei lo sitúa en el contexto del autor, quien acomete la defensa del derecho en un medio de arbitrariedad del poder<sup>24</sup> para lo cual la dicotomía se plantea a partir de la división entre “sentido jurídico” que se corresponde con los juristas como mantenedores y custodios de la legalidad que debería preservarse como “un acto de fe en la ley”. Interesa rescatar en estas reflexiones el pensamiento de Calamandrei a los efectos de sus apreciaciones sobre la técnica jurídica en tanto el Derecho puede por analogía, recurriendo a los principios generales o cláusulas y otra cantidad de medios “expresamente predispuestos” “penetrar la realidad histórica y política en la dogmática” aunque el jurista no sea legislador no es su esclavo, tiene una libertad vigilada al interpretar la ley (Zagrebelsky, *ibid*, pp. 40-41).

Sostener el principio de legalidad constitucional para sostener el orden social implica para Calamandrei que *las leyes estén vivas* para que no se conviertan *en juego de leguleyos* y para ello para promover su vigencia activa “es preciso hacer circular el pensamiento de nuestro tiempo, dejar entrar el aire que respiramos, introducir nuestros propósitos, nuestras esperanzas, nuestra sangre, nuestro llanto. De otro modo las leyes serán fórmulas vacías”<sup>25</sup>.

Para concluir no puedo hacer otra cosa que remitir a la profética alocución de Calamandrei:

---

<sup>21</sup> Calamandrei Piero (2009) *La fe en el Derecho*. Madrid: Marcial Pons. escrito en 1940, encontrado entre sus papeles y de publicación editado por su nieta y comentado por importantes juristas.

<sup>22</sup> Alpa Guido “un Acto de fe en el Derecho”. En *La fe en el Derecho*, p. 65.

<sup>23</sup> Zagrebelsky Gustavo “una atormentada apología de la Ley”. En *La fe en el Derecho*, pp.29-42.

<sup>24</sup> Zagrebelsky cita a Mauro Cappelletti quién dijo de su maestro “tuvo una lucha sorda y tenaz contra el tirano. De un intento extremo de poner, desde dentro del sistema un dique conceptual y moral frente a la concentración invasiva del poder ejecutivo”. *Ibid*, p. 37

<sup>25</sup> Citado por Zagrebelsky, del informe de Calamandrei ante el Tribunal Penal de Palermo en 1965. , *ibid*, p. 41.

*El jurista, el juez y el abogado se convierte en político cuando desciende con estas leyes a la realidad social y a su luz interviene en las miserias y en las contiendas de los hombres, y les sirve de concreto de guía y garantía. Al jurista que esencialmente es un legalista mientras quiera hacer el trabajo de jurista no le está permitido implicarse de manera activa en la lucha por la instauración de leyes más justas; pero, sin embargo, es parte igualmente importante de su oficio de luchar activamente para que el derecho en vigor sea justamente aplicado. (Calamandrei, ibid, pp. 100-101).*

## Bibliografía

- Acuña Carlos H. & Chudnovsky Mariana (2002) El sistema de salud en Argentina. Centro de Estudios para el Desarrollo Institucional - Fundación Gobierno y Sociedad, Universidad de San Andrés.
- Abramovich V., y Pautassi Laura (2008) El derecho a la salud en los tribunales. Algunos efectos del activismo judicial sobre el sistema de salud en Argentina. Salud colectiva versión On-line ISSN 1851-8265. **Salud colectiva v.4 n.3 Lanús sept. / dic. 2008**
- Abramovich V., Arenaza S., Cravino M. C., Favala R., (2015) *Protección judicial de los derechos sociales en la provincia de Buenos Aires*. Colección Cuadernos de Trabajo SERIE DERECHOS HUMANOS Ediciones de la UNLa.
- Abramovich Víctor y Courtis Christian (2015) “La justiciabilidad de los derechos sociales en la Argentina: algunas tendencias”. En Christian Courtis y Ramiro Ávila Santamaría, *Editores La protección judicial de los derechos sociales* Ministro de Justicia y Derechos Humanos, Quito, Ecuador.
- Bergallo Paola (2005) “Justicia y experimentalismo: la función remedial del poder judicial en el litigio de derecho público en Argentina”. SELA 2005 Panel 4: El papel de los abogados
- Bergallo, P. (2014) «La causa “Mendoza”: una experiencia de judicialización cooperativa sobre el derecho a la salud». En: Gargarella, Roberto (comp.), *Por una justicia dialógica*. Buenos Aires: Siglo XXI.
- Böhmer, M. y Salem, T. (2010). «Litigio estratégico: una herramienta para que el Poder Judicial tenga voz en políticas públicas clave». Documento de Políticas Públicas: Análisis, N°89, dic. 2010, CIPPEC.
- Cano L. F. (2015) “El litigio estructural en salud: un estudio comparado con base en casos de Sudáfrica, Argentina, India y Colombia”. *Rev. Fac. Nac. Salud Pública*. 33(1):111-120
- Gottlieb Verónica, Yavich Natalia Báscolo Ernesto (2016) “Litigio judicial y el derecho a la salud en Argentina”. *Cad. Saúde Pública*, Rio de Janeiro, 32(1):e00121114, [Cadernos de Saúde Pública](#) versión On-line ISSN 1678-4464
- López Medina Diego “El derecho fundamental a la salud y el sistema de salud: los dilemas entre la jurisprudencia, la economía y la medicina”. En Christian Courtis y Ramiro Ávila Santamaría, *Editores La protección judicial de los derechos sociales* Ministro de Justicia y Derechos Humanos, Quito, Ecuador.

- Nosetto, Luciano (2014). «Reflexiones teóricas sobre la judicialización de la política argentina», DAAPGE, año 14, N° 23, 2014, pp. 93–123. Santa Fe, Argentina: UNL
- García Villegas Mauricio (2012) “Constitucionalismo aspiracional: derecho, democracia y cambio social en América Latina”. En *Análisis político* n° 75, Bogotá, mayo-agosto, 2012: págs. 89 – 110.
- Pisarello Gerardo “Los derechos sociales y sus garantías: notas para una mirada <desde abajo>”  
En Christian Courtis y Ramiro Ávila Santamaría, *Editores La protección judicial de los derechos sociales* Ministro de Justicia y Derechos Humanos, Quito, Ecuador.
- Puga Mariela (2014) litigio estructural. *Revista de Teoría del Derecho de la Universidad de Palermo* ISSN 2362-3667, pp. 41-82 Año I, N° 2, Noviembre de 2014.
- Rodríguez Garavito César y Rodríguez Franco Diana (2009) “Un giro en los estudios sobre derechos sociales: el impacto de los fallos judiciales y el caso del desplazamiento forzado en Colombia”. En Christian Courtis y Ramiro Ávila Santamaría, *Editores La protección judicial de los derechos sociales* Ministro de Justicia y Derechos Humanos, Quito, Ecuador.
- Sierra, Lucas, "Derecho, cambio social y los juristas en Chile: De la estridencia de los 60 al silencio de hoy" (2002). SELA (Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política) Papers. Paper 13. [http://digitalcommons.law.yale.edu/yls\\_sela/13](http://digitalcommons.law.yale.edu/yls_sela/13)
- Vasilachis de Gialdino Irene, "Condiciones de trabajo y representaciones sociales". En revista *Discurso & Sociedad*, Vol 1(1) 2007, 148-187.
- Fallos: Corte Suprema de Justicia de la Nación. Fallos completos. <http://www.csjn.gov.ar/confal/ConsultaCompletaFallos.do?method=iniciaConsulta>. (acceso Enero 2016).