



**UNIVERSIDAD DE CIENCIAS EMPRESARIALES Y
SOCIALES
DEPARTAMENTO DE INVESTIGACIONES.**

Investigación

Informe Final

**VIABILIDAD DE LA INTEGRACION REGIONAL EN MATERIA
DE SALUD. NACIONALIDAD Y DERECHOS HUMANOS.**

***LA SALUD COMO DERECHO HUMANO. MARCO NORMATIVO.
ACCESO A SISTEMAS DE SALUD PÚBLICA DE LAS
POBLACIONES MIGRANTES EN LA REGION. POSIBILIDADES DE
INTEGRACION JURIDICA EN SALUD***

Directora

Dra Adelina Loianno

aloianno@hotmail.com

Equipo de investigación

Mariana Catanzaro (Abogada), Alejandro Rondanini (Abogado),

Patricia Loianno (Médica)

2008

1.- INTRODUCCIÓN

1.1.- Problema y su justificación

El Tratado de Asunción fue el instrumento que concretó el compromiso inicial de la República Argentina, Uruguay, Brasil y Paraguay de lograr progresivamente la superación de diferencias jurídicas y políticas a través de la búsqueda de objetivos que contribuyan al crecimiento de sus economías, con la finalidad de crear un Mercado Común sin dejar de lado otros aspectos de cooperación jurídica y social¹

Al analizar el preámbulo del Tratado de Asunción es evidente que el propósito subyacente desde el origen de la organización ha sido más ambicioso que el de constituir un Mercado Común; fundamentalmente cuando se autodefine como “*un nuevo avance en el esfuerzo tendiente al desarrollo en forma progresiva de la integración de América Latina, conforme el objetivo del Tratado de Montevideo de 1980*”.

Cobra especial importancia la definición de “*desarrollo en forma progresiva*” ya que en la evolución producida en el sistema del Mercosur hasta hoy, se advierte precisamente una superación de sucesivas etapas a través de las cuales se han ido acercando los ideales, no siempre posibles, a la realidad.

En el proceso de implementación de un sistema comunitario, lo jurídico aparece como un aspecto de importancia esencial.

La necesaria *armonización y complementación* de los distintos sistemas legales requiere y exige un esfuerzo de los Estados en la tarea de superar los condicionamientos nacionales que impidan u obstaculicen los procesos de integración del derecho. Se trata de un difícil desafío en la medida en que las mutuas concesiones dependen

¹ “*Tratado para la Constitución de un Mercado Común entre la República Argentina, la República Federativa de Brasil, la República del Paraguay y la República Oriental del Uruguay*” aprobado por ley 23.981 promulgada el 4/9/91.

sustancialmente de la buena voluntad de los gobernantes, acuciados siempre por limitaciones generadas en una constante realidad de crisis².

Cuando se intenta abordar el tema del derecho a la salud, la variada legislación de los Estados miembros no siempre coincide con los objetivos indicados por la normativa internacional en la materia.

Al mismo tiempo, la circulación de personas afronta la diversidad legislativa consecuente y planteos de tipo político relacionados con las asimetrías presupuestarias.

Por ello es necesario proyectar un mecanismo de articulación que impida la afectación local de cada presupuesto en materia de salud sin violentar la operatividad de los derechos económicos, sociales y culturales, grupo al que pertenece el derecho a la salud.

Vale decir, que no sea la circulación de personas una cuestión irrelevante desde las políticas locales, sino que permita encontrar soluciones desde la estrategia legal y económica.

1.2.-Objetivos de la investigación

Se pretendió analizar la legislación nacional, internacional y acuerdos vigentes que, en el marco del Mercosur generan viabilidad para los procesos de integración en el sector salud entre los países miembros, con especial consideración de la incidencia de la migración irregular en el diseño de las políticas públicas.

Su correspondencia con las directivas de la OMS y los Tratados sobre Derechos Humanos, la identificación del perfil de la salud pública básica en los países miembros, la determinación de las posibilidades reales desde la legislación actual para lograr una integración efectiva en materia de proyectos de asistencia médica básica a nivel regional; son los objetivos principales de esta investigación.

Para ello es necesario visualizar el estado actual de la situación de los migrantes irregulares y sus posibilidades de acceso al sistema gratuito de salud en condiciones de igualdad con los nacionales, así como las posibilidades de desarrollo progresivo de ese derecho, tal como lo impone el art. 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

1.3.- Objetivos generales.

² Morello Augusto Mario, *Movidas y Reservas en la Dimensión Transnacional del Derecho* en LL 2004-B-1350

Se intentó evaluar las posibilidades reales de integración regional en materia de salud en general identificando el marco legal, las modificaciones necesarias y posibles y las condiciones de eficiencia de los proyectos en la materia, todo ello a partir de los datos obtenidos a través de los servicios públicos de atención de la salud en la zona sur del conurbano bonaerense, zonificación a la que se redujo el análisis.

Para ello ha sido necesario marcar las características del discurso político y su correspondencia con la realidad, así como la labor legislativa y jurisprudencial cumplida para promover el desarrollo progresivo del que hablan los Tratados de Derechos Humanos.

1.4.- Objetivos específicos

Se centralizaron en el estudio de la normativa actual constitucional, supra e infraconstitucional en materia de salud en la República Argentina y sus países socios del Mercosur, identificando problemas y posibles soluciones a través de los datos de la realidad recabados en esta investigación.

La investigación enfoca el derecho a la salud como derecho humano en general de conformidad con los estándares de la OMS y la regulación del derecho internacional de los derechos humanos.

1.5.-Hipótesis

Se pretende demostrar la necesidad de promover la elaboración de normativa consensuada entre los Estados integrantes del Mercosur como herramienta necesaria para proyectar una gestión eficiente del sistema de salud, a través de la integración regional, con el objeto de lograr progresivamente una analogía normativa en materia constitucional e infraconstitucional en consonancia con el contenido y la jerarquía de los Tratados internacionales de derechos humanos

2.- LA SALUD COMO DERECHO FUNDAMENTAL

2.1.- Los derechos sociales como derechos subjetivos fundamentales

El nacimiento del constitucionalismo, marcado hacia fines del siglo XIII por las revoluciones francesa, inglesa y americana, hizo que los documentos constitucionales textualizan como obligaciones jurídicas del Estado, el respeto de ciertos derechos reconocidos al hombre por su calidad de tal.

Ese momento histórico señala no solamente el nacimiento de textos legales a los que se asigna supremacía dentro del ordenamiento jurídico (constituciones), sino que constituye el principio evidente de la conceptualización de los que serán denominados “derechos fundamentales”, condición que servirá para diferenciarlos de los derechos subjetivos en general en razón de su alto grado de importancia.

Kelsen definió los derechos subjetivos “*como el simple reflejo de una obligación jurídica*”³ y Alf Ross como “*una construcción teórica que sirve a la presentación sistemática del derecho vigente*”⁴. Ambas interpretaciones tienen en común la finalidad de asignar consecuencias jurídicas a una situación de hecho, pero no se relacionan con el sentido constitucional que se imprime a los derechos humanos como atributos del hombre en relación con las obligaciones del Estado de respetarlos y garantizarlos.

En la misma línea se inscribe el concepto de “derechos fundamentales” que se integra con las características generales de los derechos subjetivos pero se diferencia en que selecciona algunos que poseen una especial importancia por considerarse esenciales para la vida y el desarrollo de la persona humana.

Es por ello que recién a partir de 1948 en la Declaración Universal de Derechos Humanos es posible hablar del “*reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana*”⁵.

Desde una interpretación de los derechos humanos que se ha dado en llamar *genética*⁶, una primera etapa de su normativización se focalizó en reconocerles carácter positivo de modo que el Estado se abstuviera de obstaculizar su pleno ejercicio. Este momento constitucional se inserta en el liberalismo filosófico y ha quedado plasmado en la denominada parte dogmática de las constituciones elaboradas a partir de fines del siglo XVIII. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos los ha consolidado en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

La segunda etapa se inicia a mediados del siglo XX y se caracteriza por el reconocimiento de derechos para cuya concreción será necesaria la acción positiva fáctica del Estado, denominados *sociales* por el constitucionalismo social y *económicos, sociales y culturales* por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos que los incorporó en un tratado específico⁷.

Siendo solo un modo de interpretar los derechos desde su génesis histórica, los derechos sociales no dejan de participar de las características que definen a los derechos

³ Hans Kelsen, *Teoría pura del derecho*, trad. Roberto J. Vernengo, Porrúa, México, 1993, p. 141.

⁴ Alf Ross *Directivas y normas*, Londres. P. 134.

⁵ Preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos, primer párrafo

⁶ Arango Rodolfo, *El concepto de derechos sociales fundamentales* Universidad Nacional de Colombia –Legis, Bogotá, 2005 p. 36.

⁷ Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, abierto a la firma el 19/12/66.

subjetivos fundamentales: a) Son un poder legalmente reconocido de hacer o no hacer, b) Poseen una obligación correlativa que obliga a otro a hacer o no hacer y c) Justifican una determinada posición jurídica⁸. Además pueden adoptar la forma de libertades (alternativas de acción) o derechos a algo con respecto al obligado (alternativas de petición o reclamo de obligaciones al otro).

No obstante, su indudable naturaleza como derechos fundamentales, se observan diferencias sustanciales a la hora de ejercitar acciones formales con el objetivo de reclamar al Estado las prestaciones de tipo positivo que aseguren al sujeto la satisfacción de sus necesidades esenciales: salud, vivienda, educación, seguridad, justicia, etc.

Las dificultades de justiciabilidad constituyen el principal problema para la operatividad de los derechos sociales, circunstancia que impone la necesidad de analizar los condicionamientos que provocan esas dificultades y el modo de superarlas.

Los documentos internacionales en materia de derechos humanos, producto de acuerdos voluntariamente celebrados entre los Estados signatarios, han incorporado normas específicas en relación con los derechos sociales, que en general establecen un rango de obligatoriedad sujeto a las posibilidades de las economías locales.

En ese sentido, el compromiso del Estado se ha limitado en los Tratados al “*máximo de los recursos de que disponga*”⁹ o “*en la medida de los recursos disponibles*” pauta que si bien permite algún tipo de restricción por insuficiencia de recursos, en modo alguno justifica sostener que un sistema político no posea al menos alguna posibilidad de hacer lugar a peticiones concretas en materia de derechos sociales.¹⁰

A su vez, los derechos sociales no sólo se agotan en obligaciones positivas, pues el Estado debe abstenerse de actuar de modo que su conducta pueda afectar tales derechos si es que las personas bajo su jurisdicción se encuentran gozando de ellos. En consecuencia, el Estado será tan responsable cuando niegue el derecho social reclamado (administrativa o judicialmente), como cuando interfiera arbitrariamente en el disfrute de esos bienes.

2.2.- Derecho a la vida y derecho a la salud.

La vida constituye el sustrato necesario a todos los derechos de la persona humana, concepto sobre el cual no existen dudas ni incertidumbres.

⁸ Ver Arango Rodolfo, ob cit , p. 22.

⁹ Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 2.1 y Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 26.

¹⁰ Abramovich Victor y Courtis Christian, *Apuntes sobre la exigibilidad de los derechos sociales en Derechos sociales instrucciones de uso*,. Doctrina jurídica contemporánea, 2003, p..63.

Sobre esta noción se apoya el sistema de derechos fundamentales, en tanto todo ser humano sin excepción ni reserva es portador de los derechos humanos a partir de la noción de la vida como derecho substancial¹¹.

Del reconocimiento del derecho fundamental a la vida, se derivan situaciones que requieren especial resguardo legal por relacionarse directamente con ella: El trabajo, la salud, la manipulación genética, los trasplantes de órganos, la intimidad, etc.

A su vez, grupos especialmente vulnerables demandan garantías especiales que relacionan su derecho a la vida y a la salud: Las mujeres, los ancianos, los niños, los minusválidos, los extranjeros, los indigentes.

El derecho a la vida puede también interpretarse como “libertad de vivir” al considerar que todos los derechos constituyen en sí mismos “libertades” cuyo ejercicio debe el Estado respetar y garantizar¹².

En todo sistema democrático el valor de la vida constituye uno de los pilares sobre los que se funda el derecho. Por el contrario, los sistemas de gobierno autoritario generalmente desprecian la vida, circunstancia que se refleja en el sistema jurídico, por ausencia o insuficiencia de garantías adecuadas a la protección de la vida en sus diversos aspectos.

La vida desde la perspectiva de los derechos humanos trasciende de la mera existencia hacia la protección de la integridad física, psíquica y moral como partes esenciales de un todo constitutivo de la persona humana.

La salud es la forma de manifestarse de la integridad física y psíquica, de modo que la ausencia de salud implica un daño evidente a dichas integridades y en consecuencia lesiona la plenitud del derecho a la vida.

Desde esta perspectiva la salud constituye un elemento esencial del derecho a la vida y por ello es también un “derecho subjetivo” sobre el que se despliegan las numerosas garantías que integran las Constituciones y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos.

A fin de identificar el derecho subjetivo a la salud, los autores recurren a distintas denominaciones: “derecho a la integridad física o corporal”, derecho al cuerpo” o “derecho a la integridad psicofísica de la persona”¹³.

En este trabajo se analizarán los diversos aspectos que integran e identifican el derecho de todo ser humano a que se respete su vida, entre ellos la responsabilidad del Estado por el aseguramiento de un nivel de atención de la salud igualitario y suficientemente idóneo.

¹¹ Frosini Vittorio *Derechos Humanos y bioética*, Temis, 1997, p.92.

¹² Badeni Gregorio, *Tratado de Derecho Constitucional*, tomo I p. 369, La Ley 1994

¹³ Lapalma Juan Carlos, *Contenido del derecho a la salud*, en Derecho a la Salud, El Derecho p. 55 2007

El derecho a la vida ha sido reconocido en los tratados internacionales: Art 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, Art. I de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Art. 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y Art. 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

En general se alude en la misma norma que reconoce el derecho a la vida, a la integridad física, psíquica y moral (art 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos) o los derechos a la libertad y la integridad de la persona (artículos I de la Declaración Americana y 3 de la Declaración Universal).

2.3.- Bioética y dignidad humana

La bioética consiste en el estudio de la conducta humana en el área de la biología y la atención de la salud, a la luz de principios y valores morales¹⁴. Posee una particularidad interdisciplinaria que se muestra en su misma denominación, que relaciona la “vida” y la “ética”.

Los profesionales de la salud se encuentran constreñidos a considerar las implicancias éticas de su diagnóstico, en tanto pueden significar beneficio, manipulación, descrédito o castigo para el paciente¹⁵. En este sentido, se ha entendido que el tratamiento debe tener siempre fines terapéuticos y no coercitivos.

Los deberes de todo sistema legal en relación con la salud y la ética consisten en garantizar a todas las personas el goce de su derecho fundamental a la salud sin violentar la libre determinación y el derecho a la intimidad. El reconocimiento de la salud es una condición previa necesaria para la realización de otros valores y el ejercicio de otros derechos constitucionales¹⁶.

Por ello se impone la necesidad de determinar qué acciones y qué omisiones constituyen violación tanto del derecho a la salud como a los principios bioéticos. Desde esta perspectiva es posible identificar proceder activos u omisivos del Estado que constituyen en sí mismos violaciones a la bioética.

Si la dignidad humana constituye el centro sobre el que gira el esquema de los derechos fundamentales, el derecho a la salud constituye un componente esencial de la misma en tanto se encuentra comprendido dentro del derecho a la vida.

Las dificultades en definir la dignidad humana no impiden reconocer en ella dos aspectos: uno negativo que hace a su funcionamiento como garantía frente a las posibles agresiones de que el hombre puede ser objeto y otro positivo que posibilita el pleno desarrollo de la personalidad de cada individuo. Es así como la evolución integral de la

¹⁴ García Guillen Diego, *Introducción a la bioética médica* Boletín de la OPS, vol 108, n° 5.

¹⁵ Kraut Alfredo Jorge, *Salud Mental. Tutela Jurídica* Ribinzal Culzoni, Santa Fe, 2006 p.438.

¹⁶ Hooft Pedro Federico, *Bioética y derechos humanos. Temas y casos*, Depalma Bs As

persona requiere tanto del dominio y control de los diversos componentes de la privacidad como de la libertad de ser uno mismo frente a los demás.¹⁷

Es por ello que el derecho a la salud constituye una condición indispensable a la dignidad de la persona humana y al libre desarrollo de su personalidad.

En este contexto es donde la bioética adquiere su mayor implicancia, pues como disciplina que reconoce la importancia de los contenidos éticos de la biología, permite identificar las deficiencias y fortalezas de las diversas modalidades como se manifiestan los servicios de salud públicos y privados, desde una perspectiva más amplia que la simple institucional.

La relación con la dignidad aparece entonces con toda claridad, porque implica reconocer y analizar las condiciones bajo las cuales se cubren las necesidades de las personas en materia de salud en la medida en que signifiquen privarlas de sus libertades básicas o inducir las a su degradación¹⁸.

En consecuencia, el principio de autonomía de la voluntad, el respeto de la intimidad y la privacidad y la garantía de las conductas que comprometen disponer del propio cuerpo, constituyen aspectos que hacen a la esencialidad de la dignidad humana y se relacionan con el derecho humano a la salud desde una visión que debe reflejar los comportamientos afines a las reglas de la bioética.

2.4.- La salud como derecho humano.

La delimitación de la salud como derecho fundamental y la vinculación entre la responsabilidad del Estado y la garantía de ese derecho, corresponde a una definición doctrinaria y normativa que se comienza a vislumbrar hacia fines del siglo XIX.

Dos aspectos deben considerarse antes de analizar la salud como derecho humano: a) La definición del término “salud” a los fines de su interpretación como derecho y b) La evolución normativa en el derecho internacional y nacional en materia de salud.

Históricamente la salubridad pública no fue considerada dentro de las obligaciones del Estado. El constitucionalismo nacido al amparo de las revoluciones francesa, americana e inglesa (fines del siglo XVIII), definió los derechos civiles y políticos que el Estado debía respetar a partir de normas que los garantizaban en las nuevas cartas magnas, dotadas de supremacía respecto del derecho infraconstitucional.

¹⁷ Siguiendo la perspectiva del tridimensionalismo jurídico, ver el interesante trabajo de Carlos Fernandez Sessarego, *Derecho y Persona*, Normas Legales, Perú. 1995. p. 39 ss

¹⁸ Ver Gialdino Rolando, *Dignidad Humana y Derechos Humanos en Investigaciones 2/3*, Corte Suprema de Justicia de la Nación, Bs As 2002, p.571.

Fue recién a partir de mediados del siglo XX cuando el denominado constitucionalismo social introdujo la protección de los llamados derechos sociales. He aquí el lugar para el derecho a la salud.

La principal diferencia entre estos derechos y los denominados civiles y políticos se ha identificado en que los primeros establecen obligaciones positivas (hacer) y los segundos negativas (no hacer) Sin embargo un análisis desprejuiciado y realista nos muestra que esta distinción tiene más que ver con las dificultades de índole económica que afectan al Estado cuando le es exigida una conducta activa de promoción y protección de los derechos económicos y sociales¹⁹.

A pesar de su incorporación en los textos constitucionales, todo lo relacionado con la salubridad fue asociado inicialmente con la caridad y la beneficencia. De este modo las obligaciones del Estado eran tangenciales y subsidiarias a la intervención privada, principal generadora en la creación de centros asistenciales de diversa magnitud²⁰.

Esa primera etapa se caracterizó entonces por una creciente infraestructura en materia asistencial: salas comunales, centros de salud, dispensarios, etc. Al mismo tiempo se fueron creando los grandes hospitales, tanto en la ciudad de Buenos Aires como en la periferia de la Capital: Muñiz, Rawson, Rivadavia, Alvear, Penna, Fiorito,

Las grandes obras emprendidas por el Estado a principios del siglo XX tuvieron como objetivo permitir el acceso a los servicios médicos a las masas de ciudadanos, en un momento en el que el país recibía un importante aporte humano a través de la inmigración.

Sin embargo no es posible considerar que todas las personas tuvieran acceso a la salubridad pública en condiciones de igualdad. No obstante el hospital público fue sin duda el generador de las escuelas médicas más importantes del país y el lugar desde el cual se irradiaron las modernas técnicas de cada especialidad.

A pesar de esa evolución, el desarrollo del concepto de salud como derecho humano y su reflejo en normas de derecho internacional y de derecho interno comenzó a consolidarse a partir de 1946 cuando la Organización Mundial de la Salud adoptó en su Constitución²¹ una definición de “salud”.

En ese documento se dijo que salud era “...*un estado completo de bienestar físico, mental y social y no solamente la ausencia de afecciones y enfermedades...*” quedando atrás el concepto tradicional de salud como “ausencia de enfermedades”. Si bien este concepto moderno de salud aparece como integrador de aspectos más amplios

¹⁹ Loiano Adelina, *Los derechos económicos, sociales y culturales en la Constitución de la Ciudad Autónoma*. En Suplemento La Ley Constitucional , 1 de noviembre de 2006.

²⁰ Vanossi Jorge R. *El Estado de Derecho en el Constitucionalismo Social*, Bs As Eudeba 1992, p.285

²¹ La Constitución de la OMS fue adoptada en la ciudad de Nueva York en 1946.

que los meramente biológicos; no estuvo exento de críticas, sobre todo por considerarse predominantemente relacionado con la profesión médico-científica²².

También la Constitución de la OMS fue el primer reconocimiento internacional de la salud como derecho: “...*el goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica social...*” En este concepto se observa no solo la definición del derecho al “goce del grado máximo posible” sino la pauta básica de igualdad que corresponde al ejercicio de todos los derechos humanos.

El reconocimiento del derecho a la salud por el derecho internacional de los derechos humanos produjo un avance sustancial en el compromiso de los Estados en su protección y promoción.

En 1948, la Declaración Universal de Derechos Humanos incorporó en el artículo 25.1. el derecho de toda persona a “...*un nivel de vida adecuado que le asegure...la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios...*” Es útil recordar que inicialmente se había pensado en incluir en esta Declaración la definición de salud que dos años antes había adoptado la OMS.

A pesar de la incorporación del derecho a la salud en los tratados internacionales, y en las constituciones, no han sido pocas las controversias que se han producido en la doctrina en relación con el hecho de establecer los elementos definitorios de la salud e incluso su consideración como derecho.

Como es obvio, resultaría imposible determinar la salud como “derecho a gozar de salud” en la medida en que ella depende de circunstancias ajenas a la acción u omisión de los Estados, sin perjuicio de las concretas obligaciones de éstos en su protección y promoción.

En ese sentido la Carta Social Europea adoptó el concepto de “derecho a la protección de la salud”, que si bien parece más adecuado al sentido de salud como derecho con autonomía de factores en los que es imposible intervenir; no responde a los tres parámetros en que se mueve la responsabilidad del Estado en relación con los derechos humanos: Protección, garantía y promoción.

También se ha dicho que el derecho a la salud no es un concepto coincidente en todas las culturas o que no corresponde incluir otros aspectos sociales aun cuando estén relacionados con la salud física o psíquica.

No obstante y como veremos más adelante, el derecho a la salud tiene distintos componentes que superan la simple consideración de aspectos relacionados con lo que tradicionalmente se ha conocido como “tener buena salud”.

²² González Enrique, *El derecho a la salud en Derechos sociales. Instrucciones de uso*, coordinado por Victor Abramovich, y Christian, Curtis, ob cit p. 144.

2.5.- La exigibilidad de los derechos sociales y el derecho a la salud

El problema de la exigibilidad de los derechos sociales afecta a todos los que integran esta categoría por igual y en especial al derecho a la salud.

Se entiende que la exigibilidad de un derecho involucra la responsabilidad de cualquiera de los poderes del Estado al que un determinado derecho le sea reclamado, por lo que cada uno de ellos tiene la obligación de responder desde las competencias que le son propias.

En realidad la responsabilidad primaria en la ejecución de las políticas sociales corresponde al Poder Ejecutivo, quien debe administrar los recursos presupuestarios asignados a ese segmento de los derechos sociales. Los criterios de oportunidad y conveniencia que son propios de la función ejecutiva caracterizan la distribución de los recursos y ponen en cabeza de este poder el peso de la decisión a la hora de distribuir esos recursos.

Al Poder Legislativo corresponde la elaboración del presupuesto de gastos, por lo que siendo el segmento del poder que posee la capacidad de definir partidas y por representar al pueblo en las decisiones más trascendentes de gobierno; es evidentemente quien determina el perfil y el límite de la gestión administrativa y por ello responsable en la misma medida de la suficiente operatividad de los derechos sociales.

En cuanto al Poder Judicial, es indudable que se trata precisamente del segmento del poder público al que cabe la función distributiva en un caso concreto, razón por la cual su compromiso con la exigibilidad de los derechos sociales deviene esencial, en tanto el reclamo individual se recicla en una pretensión procesal que los jueces se encuentran obligados a atender en virtud del derecho fundamental de acceso a la justicia.

En consecuencia, el poder del Estado cualquiera sea el órgano que lo ejercite constituye el medio y la potestad por la cual es posible proteger eficazmente los derechos, sean ellos civiles y políticos o sociales.

Los Tratados Internacionales reflejan esta obligación en forma expresa.

El artículo 2.2. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dice que *“Cada Estado Parte se compromete a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del presente pacto, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente pacto y que no estuviesen ya garantizadas por disposiciones legislativas o de otro carácter”*.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos titula el artículo 2 como *“Deber de adoptar disposiciones de derechos interno”* y expresa *“Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuvieren ya garantizadas por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta*

convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”.

Sin embargo, cuando la normativa internacional se refiere a los derechos sociales sujeta la operatividad de tales derechos a la disponibilidad de recursos.

Así, la misma Convención Americana cuando en su artículo 26 se refiere a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales lo titula como “Desarrollo progresivo” y dice que “*Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación ciencia y cultura... “.* En el mismo sentido el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales dice en el artículo 2.1 “*Cada uno de los Estados Partes en el presente pacto se comprometen...hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos”*

Ese rango de operatividad menor que el derecho internacional de los derechos humanos ha asignado a los derechos sociales implica en la práctica una característica definitoria del modo como los distintos poderes del Estado responden ante el requerimiento específico de acciones positivas a favor del acceso a esos derechos.

Es así como a pesar de que las constituciones modernas garantizan la vigencia de los derechos sociales en un grado de igualdad con los civiles y políticos, la calidad programática de los primeros ha sido reiterada por la jurisprudencia, trazando una distinción entre el valor normativo de unos y otros²³.

La doctrina también se ha expresado desde posiciones negatorias de una operatividad plena, incluso desde el derecho constitucional²⁴ y administrativo²⁵, disciplinas que por su contenido debieran ser, por el contrario, las más propensas a admitir la plena e inmediata vigencia de los derechos sociales receptados en las normas jurídicas que las integran.

Obviamente el derecho a la salud no escapa a estas consideraciones. Como todos los derechos sociales requiere imperiosamente de acciones positivas, comportamientos concretos del Estado a favor del goce del mayor estándar de salud posible.

²³ Abramovich Victor y Courtis Christian, *Apuntes sobre la exigibilidad de los derechos sociales en Derechos Sociales. Instrucciones de uso.* Doctrina Jurídica Contemporánea, Bs As, p. 56. Edit Coyoacán, Mexico, 2003.

²⁴ Ver el interesante trabajo de Alberto Antonio Spota, *Operatividad de las cláusulas programáticas incumplidas* en Aportes para la reforma de la Constitución de la Pcia de Buenos Aires, Ier Congreso Bonaerense de Derecho Público Provincial (enero 1986)

²⁵ Gordillo Agustín (Coordinador), *Derechos Humanos. Casos y Materiales* Capítulo XI-1, Fundación de Derecho Administrativo 5° edición.

A pesar de las dificultades que presenta la exigibilidad inmediata de los derechos sociales, en algunos de ellos como la educación o los derechos sindicales, se presentan características de justiciabilidad más simples en función de los requerimientos económicos.

La salud, por el contrario, necesita ineludiblemente de aportes económicos de importancia. La complejidad de los tratamientos actuales y la necesidad de aparatología propia de las distintas especialidades en consonancia con las más modernas tecnologías, requieren de importantes aportes financieros, correspondiendo la responsabilidad de la salud pública al Estado en forma principal.

Los aspectos atinentes a la no discriminación y al debido proceso legal constituyen parámetros definitorios del alcance de los deberes estatales en materia de derechos sociales, en particular de los derechos a la salud y a la educación²⁶.

No obstante la evidente limitación a la operatividad que imprime la normativa internacional al requerir de los Estados una obligación positiva “*hasta el máximo de los recursos de que disponga*” o “*en la medida de los recursos disponibles*”, es la “*prohibición de regresividad*” el principio que permite una interpretación más favorable a la justiciabilidad de los derechos sociales.

En realidad la *prohibición de regresividad* se deriva de la noción de *progresividad* que se encuentra presente tanto en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Art 2.1) como en el art 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

El art 2.1. PIDESC alude al compromiso de los Estados para “*...lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos*”. La CADH en su artículo 26 lo expresa en forma similar “*los Estados Parte se comprometen...para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos...*”

En ambos casos la *progresividad* aludida implica el compromiso y el deber de los Estados de promover tanto políticas públicas como el marco normativo necesario para que el acceso a los derechos económicos, sociales y culturales se manifieste en forma creciente. Ello significa reconocer un acrecentamiento de factores materiales y jurídicos que permitan en forma sucesiva el desarrollo de tales derechos y el acceso a los mismos para la mayor cantidad de individuos posible.

Las “Normas para la Confección de los Informes Periódicos” elaboradas en 2005 por la Asamblea General de la OEA en relación con el artículo 19 del Protocolo de San Salvador sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales definió en su artículo 5.1. el sentido con que debía entenderse el concepto de *progresividad* como “*...el criterio de*

²⁶ Cancado Trindade Antonio, *La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en el plano internacional en Lecciones y Ensayos*, Bs As, 1998 p. 85

*avance paulatino en el establecimiento de las condiciones necesarias para garantizar el ejercicio de un derecho económico, social o cultural*²⁷

El concepto de “regresividad” aparece como la contrapartida del “desarrollo progresivo” e implica un retroceso en los niveles de acceso a los derechos en particular que hubiere alcanzado el Estado. Se manifiesta entonces como un límite a considerar en la tarea de planificación y formalización del presupuesto, al imponer conductas que no permitan resultados inferiores a los que preceden tales decisiones. Es por ello que consideramos que podría denominarse también como “desarrollo progresivo inverso”.

La prohibición de regresividad, actúa en la práctica como una pauta de interpretación que permite comparar una norma anterior con una posterior o una decisión de política pública con otra que la suceda, formalizando un estándar que permite evaluar si el nivel de protección o garantía de un derecho a variado en el tiempo y si esa variación ha empeorado o mejorado²⁸

El empleo del principio de progresividad en lo que ha dado en llamarse “justiciabilidad” de los derechos sociales y en particular en relación con el derecho a la salud, son aspectos que serán tratados en detalle más adelante²⁹.

2.6.- El derecho a la salud de grupos específicos

En el desarrollo progresivo de los derechos humanos, tal vez el mayor avance tenga que ver con la identificación de ámbitos de protección individualizados para grupos específicos: Niños, mujeres, aborígenes, ancianos, enfermos mentales, extranjeros, etc.

Si bien el objetivo de esta investigación pretende centralizar el estudio en la problemática de las personas perteneciente a los países limítrofes, focalizando el análisis en las condiciones de nacionalidad; consideramos útil efectuar algunas apreciaciones sobre la influencia que posee la incidencia de problemáticas relacionadas con características propias de esos grupos en las proyecciones presupuestarias y los programas locales y nacionales de protección de la salud.

²⁷ Ver Carbonell Miguel, *La Garantía de los Derechos Sociales en la Teoría de Luigi Ferrajoli* Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM México septiembre 2004 p. 21.

²⁸ Courtis Christian *La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: Apuntes introductorias en Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales.* CELS-CEDAL, Edit del Puerto, Bs As 2006, p. 6.

²⁹ “Los derechos civiles y políticos son concebibles sin Estado, sin necesidad de institucionales sociales que los definan o, la menos, así han sido tradicionalmente concebidos, mientras que los económicos, sociales y culturales ni siquiera pueden ser pensados sin alguna forma de organización política” Prieto Sanchís Luis en *Los Derechos Sociales y el Principio de Igualdad Sustancial*, en cuadernos Bartolomé de las Casas, *Ley Principios, Derechos*, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de Las Casas, Universidad Carlos III, Madrid, 1998 p. 69ss.

Un dato en común a todos los grupos antes individualizados es que en todos ellos se observan factores de vulnerabilidad. Ello quiere significar que si bien el derecho a la salud como tal implica el reconocimiento de un ámbito de protección primaria a cargo del Estado como ocurre con todos los derechos humanos; cuando hacemos referencia a la salud de un grupo específico siempre es posible observar subgrupos que se caracterizan por ser más vulnerables y que requieren acciones positivas de prevención.

a) Mujeres y salud

La perspectiva de género adquiere especial relevancia en lo que hace al derecho a la salud, por las especiales condiciones que caracterizan la vida de las mujeres, en particular en relación con la salud sexual y reproductiva.

Es sabido que los derechos fundamentales de las mujeres aún permanecen en gran parte del mundo en un cono de sombra. La discriminación de la mujer continúa siendo uno de los principales rubros en los que el derecho ha alcanzado escaso éxito a la hora de lograr una real y efectiva igualdad.

Es evidente que la promoción de la salud a estándares que puedan ser alcanzados por la mayor cantidad de personas encuentra dificultades especiales en el caso de las mujeres.

La educación, las costumbre, las tradiciones, los valores culturales de los grupos humanos han establecido históricamente barreras infranqueables para que las mujeres puedan acceder en condiciones de igualdad a algunos derechos fundamentales.

La salud muestra particularmente este problema, sin duda por ser la mujer la portadora de la maternidad muchas veces en condiciones de pobreza y/o desconocimiento de su derecho a elegir en materia sexual o de oportunidad de decidir respecto del momento o la cantidad de hijos que desea tener³⁰.

Ese desconocimiento así como la escasa presencia del Estado en acciones positivas de protección de la mujer en materia de salud se manifiesta en efectos como la violencia doméstica, la mortalidad materna, la ausencia de protección contra prácticas culturales invasivas o cruentas, la omisión de información actualizada o el acceso a falsa información, etc.

La Convención sobre la Eliminación de Toda Forma de Discriminación contra la Mujer³¹ impone a los Estados obligaciones expresas en tal sentido. Asimismo la

³⁰ Ver informe sobre la IV conferencia Mundial sobre la Mujer “*Interrogantes, nudos y desafíos sobre el adelanto de las mujeres en un contexto de cambio*” compilado por Guzmán Stein Laura, Pacheco y Gilda Oreamuno, en *Estudios Básicos de Derechos Humanos IV* IIDH-ASDI-Comisión Europea DDHH, costa Rica 1996 p. 15ss

³¹ CETFDM, 1992, art. 12 “1. *Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica a fin de asegurar, en*

Plataforma de Acción de Beijing³² contiene también algunas medidas para el logro del mayor estándar posible de salud para las mujeres.

b) Discapacidad

Ante todo cabe destacar que el abordaje de la discapacidad suele abarcar la problemática de la salud mental y de la ancianidad. Entendemos que si bien el término puede considerarse el género de situaciones en que las personas poseen condiciones especiales de índole física, psíquica o mental que no les permiten acceder a los bienes y servicios de la comunidad en que viven en condiciones de igualdad con las demás personas; salud mental y ancianidad merecen una consideración específica, por lo que no se incluyen en este acápite.

Las personas con discapacidad parten de una situación desventajosa en tanto la vida cotidiana les impone barreras que obstruyen su integración y participación en condiciones de igualdad con los demás.

Históricamente las personas con discapacidad han sido designadas con términos de por sí discriminatorios: Deficiente, impedido, minusválido, mutilado, lisiado, loco, etc³³.

En general, la legislación de los Estados contiene normas que expresamente imponen deberes cuyo objeto es eliminar tales barreras. Sin embargo, razones de índole práctica o económica hacen que gran parte de la población se encuentre al margen de tales normativas generando una distancia que estimula la discriminación. Baste destacar que el total mundial de personas con discapacidad se estima en quinientos millones³⁴.

El Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales de la ONU ha elaborado una Observación General sobre los derechos de las personas con discapacidades, incluyendo el pleno acceso a los servicios médicos y sociales así como a la rehabilitación indicando que el objetivo es que “...las personas con discapacidad puedan ser autónomas, evitar otras discapacidades y promover su integración social...”³⁵.

condiciones de igualdad entre hombre y mujeres, el acceso a servicios de atención médica, inclusive los que se refieren a la planificación de la familia. 2.Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 1 supra los Estados Partes garantizarán a la mujer servicios apropiados en relación con el embarazo, el parto y el período posterior al parto, proporcionando servicios gratuitos cuando fuere necesario y le asegurarán una nutrición adecuada durante el embarazo y la lactancia”.

³² Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer Reunida en Beijing del 4 al 15 de septiembre de 1995.

³³ Kraut Alfredo Jorge, *Salud Mental. Tutela Jurídica*, Rubinzal Culzoni, 2006, p. 22.

³⁴ El dato corresponde a la obra de Alfredo A. Kraut citada, año 2006, p. 25.

³⁵ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General n° 5 párrafo 34 E/1995/22.

Para los objetivos de esta investigación hemos requerido en el protocolo informe sobre la cantidad de personas con discapacidad motora atendidas en el período de análisis y que posean la calidad de inmigrantes.

Teniendo presente que, como en el caso de la ancianidad y la salud mental, los requerimientos asistenciales se incrementan en este grupo vulnerable; su incidencia en las posibilidades presupuestarias de quien resulta responsable del establecimiento al que asisten, implica una pauta de medición que merece ser considerada.

c) Salud mental

Como dijimos, la salud mental generalmente ha sido incluida como una forma de discapacidad. Si bien no es incorrecto si consideramos que la persona cuya salud mental se encuentra afectada no posee su íntegra capacidad mental y exterioriza una patología psíquica o mental; es indudable que este tema merece un tratamiento autónomo en función de las particularidades que presentan las enfermedades mentales y su diferenciación con otro tipo de discapacidades.

Los discapacitados mentales sufren un alto grado de discriminación cuando son institucionalizados contra su voluntad³⁶.

En nuestro trabajo, el análisis se limitará a los pacientes con algún tipo de incapacidad mental en situación ambulatoria, hecho que implica una problemática diferenciable desde dos perspectivas: La incidencia en la prestación de salud pública de este tipo de pacientes y la trascendencia en los grupos sociales de pacientes con problemas mentales convivientes con subfamilias en situación de pobreza.

Un dato importante a la hora de estimar la incidencia de personas cuya salud mental se encuentra afectada en el grupo de inmigrantes indocumentados que conforman el universo de análisis de esta investigación, es el escaso número de afectados individualizados por el sistema de salud o los grupos de asistencia social *pro bono* como tales.

Nos referimos a personas cuya deficiencia mental es observada en los servicios de salud, pero que no se encuentran registrados como tales ni por el sistema sanitario ni por los registros migratorios o de otra índole, lo cual los coloca también en este aspecto en una situación irregular que los obliga a mantenerse al margen de las prestaciones propias de dicha dolencia.

Los escasos datos recabados durante esta investigación nos permiten arribar a las siguientes conclusiones:

a) Cuando pacientes con bajos niveles de incapacidad mental y en situación ambulatoria asisten a los servicios de salud para ser atendidos por otras dolencias no

³⁶ Kraut, ob cit, p. 21.

relacionadas con dicha incapacidad, generalmente no se hace constar en los registros estadísticos la situación de discapacidad.

b) No se encontraron datos estadísticos de la incidencia de costos en casos de pacientes con bajos niveles de incapacidad mental cuando la consulta se realiza con motivo de otras dolencias.

c) No se encontraron datos estadísticos sobre la incidencia de casos de pacientes con bajo nivel de incapacidad mental pertenecientes a grupos de migrantes irregulares . No encontramos desagregados en este punto.

d) Niñez

Las particularidades de la niñez como grupo vulnerable exigen un estudio que claramente excede la finalidad de esta investigación.

En particular nos ha interesado únicamente identificar el número de asistentes menores de 18 años a los servicios gratuitos de salud en el ámbito delimitado previamente.

Como el núcleo central de este análisis es la viabilidad de la integración regional en materia de salud en el ámbito de Mercosur, hemos considerado para las conclusiones la mayor trascendencia que a tal fin tiene el número de personas adultas que ingresan a los sistemas gratuitos de salud, entendiendo que son ellos los motores de la migración que arrastra a los niños a iguales situaciones de irregularidad y desvalimiento.

e) Ancianidad

Dos son los motivos que permiten incluir a la ancianidad entre los grupos especialmente afectados por la marginalidad: La posibilidad de acceder a una vida útil más extensa como realidad que se contradice con el rechazo social hacia la vejez.

La contradicción que se produce entre ambas características ha sido imposible de resolver por la sociedad, por lo que la ancianidad conlleva un prejuicio disvalioso.

La inserción laboral, la participación en la vida familiar, la recreación, la posibilidad de acceder a una vivienda, al crédito público u otras situaciones de consumo, entre otros, son derechos que muestran dificultades cuando se pretenden ejercitar por las personas ancianas.

La geriatría se encarga del tratamiento de las enfermedades de la vejez y abarca acciones de promoción y prevención de las dolencias que afectan particularmente a los ancianos. Ello significa que cuando se piensa en la atención de la salud de este grupo deben considerarse las particularidades que se derivan de las condiciones de vulnerabilidad del grupo además de las que normalmente rodean la protección de la salud del resto de la población.

Los vínculos entre la sociedad y los ancianos son desiguales pues se producen condicionamientos por factores biológicos propios así como por las conductas de las demás personas hacia ellos. Estas circunstancias colocan al anciano en situación de inferioridad³⁷.

El acceso a los servicios de salud es donde se manifiesta con mayor claridad esta debilidad, en función de los mayores requerimientos en las prestaciones: controles más frecuentes, numerosos medicamentos, distintas dolencias concomitantes, cronicidad de los padecimientos, etc.

El sistema de salud se ve afectado indudablemente por la incidencia de un número creciente de personas que acceden a la vejez, la misma dificultad que padecen los sistemas provisionales en la actualidad.

El desafío es enorme y requiere de soluciones urgentes y novedosas aún pendientes de implementación.

En el ámbito del Mercosur solo puede identificarse un marco normativo genérico relacionado con el derecho a la salud sin individualización de particularidades para los grupos en desventaja. No existen fuentes formales de derecho que enfoquen la cuestión de la ancianidad, sino exclusivamente el deber de garantizar el derecho a la salud de todas las personas en condiciones de igualdad. Desde esta óptica, se identifican las normas de carácter internacional, constitucional y provincial que hemos comentado precedentemente.

En julio de 2003 se realizó en Argentina un encuentro que proponía implementar mecanismos destinados a la problemática de la tercera edad en el Mercosur, especialmente en lo relativo a la seguridad social área en la que se intentaron estrategias comunes para las naciones miembros, sin resultados concretos a la fecha³⁸.

La ancianidad será objeto de nuestra investigación solamente en cuanto a su incidencia en los porcentajes de extranjeros atendidos en los servicios de sanidad públicos y en el marco territorial ya indicado.

3.- EL DERECHO A LA SALUD EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL

3-1.- El marco constitucional argentino. Las sucesivas reformas

El esquema de derechos fundamentales elaborado en la Constitución de 1853 sólo contemplaba los denominados civiles y políticos, enfoque razonable desde el punto de vista de su origen ius filosófico liberal, que entiende los derechos como facultades o poderes cuyo ejercicio debe ser tolerado por el Estado, quien se encuentra obligado a respetarlos sin interferirlos.

³⁷ Davobe Caramuto María Isolina, Prunotto Laborde Adolfo, Directores en *Derecho de la Ancianidad. Perspectiva interdisciplinaria*. Juris, Rosario 2006 p. 19.

³⁸ Referencia sobre publicación en diario Clarín del 14/7/03 en Davone.....ob cit p. 41.

También estos derechos han dado en denominarse de *primera generación*³⁹, aludiendo a su regulación legal originaria, que se limitó a considerarlos como los únicos merecedores de protección legal, circunscribiéndose ésta a asegurar al individuo un ámbito ajeno a la ingerencia del Estado.

El constitucionalismo clásico tuvo como objetivo acotar los poderes del Estado absolutista siendo ésta la nota que identifica la línea de pensamiento que orientó la elaboración de las primeras constituciones

Los artículos 14 a 20 de la Constitución histórica se orientaron precisamente a garantizar la vigencia de los derechos civiles y políticos, pudiendo observarse en su redacción precisamente la característica apuntada que se identifica por: a) Enumerar únicamente esos derechos, b) Admitir su reglamentación, c) Expresarse en una terminología declamativa y de tiempo verbal presente, d) Determinar claramente facultades de la persona omitiendo identificar o definir función alguna del Estado para su plena vigencia, e) Considerar la libertad como la principal prerrogativa del hombre.

Para esta concepción de los derechos fundamentales, la función del Estado se limita a no obstruir su ejercicio y asegurar un régimen de garantías para el caso de impedimento o violación.

El artículo 19 constitucional resulta especialmente demostrativo de la filosofía jurídica que define el sistema constitucional argentino⁴⁰ en tanto recepta el principio de libertad desde sus dos perspectivas: La autonomía de la voluntad en sus manifestaciones interna y externa (privacidad) y el principio de legalidad.

3.2.- El derecho a la salud, implícito en el artículo 33

La reforma constitucional de 1860 incorporó el artículo 33 que reconoce los “*derechos no enumerados*”, siendo su fuente la enmienda IX de la Constitución de los Estados de Norteamérica⁴¹.

En su momento la intención de los reformadores de 1960 fue impedir a los poderes públicos la negación de derechos que no estuvieran explicitados en la Constitución justificando su desconocimiento en la ausencia de una norma constitucional formal.

³⁹ Ver Theodoor C. van Boven, *Criterios Distintivos de los Derechos Humanos en Las Dimensiones Internacionales de los Derechos Humanos*, Vol I, Dir. Karel Vazak, Serbal UNESCO 1984 p.77 ss.

⁴⁰ Cayuso Susana G., *Constitución de la Nación Argentina. Claves para el estudio inicial de la norma constitucional*. Edit La Ley, Bs As 2007 p. 124.

⁴¹ “El hecho de que en la Constitución se enumeren ciertos derechos no deberá interpretarse como una negación o menosprecio hacia otros derechos que también son prerrogativas del pueblo”

Si bien la redacción del artículo 33 utiliza términos parece referirse a derechos de naturaleza política al decir que “*nacen de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno*”, el concepto constitucional contiene también a los derechos civiles, según puede extraerse de las discusiones que precedieron a su incorporación por la reforma⁴². También existen algunas disidencias doctrinarias sobre si los derechos a que alude son naturales o positivo, diferencias que se zanjaron también con la opinión de los constituyentes a favor de la primera.

En la actualidad debe interpretarse esta cláusula desde una visión amplia de los derechos fundamentales, que no se agota en aquellos mencionados expresamente en el texto constitucional, permitiendo su acrecentamiento constante conforme la evolución de la vida humana y la necesidad de garantizar aspectos novedosos de la convivencia social.

Se trata de un artículo cuya interpretación dinámica ha permitido a los jueces amparar derechos que no pudieron haber sido previstos en la época en que se redactó la constitución histórica o en su primera reforma.

A través de ella la Corte Suprema ha elaborado sucesivamente un sistema de protección efectiva en relación con otros derechos, como la salud⁴³, la vida⁴⁴, la dignidad humana⁴⁵, a la verdad⁴⁶ y derechos políticos como el de asilo, reunión, resistencia a la opresión etc.

3.3.- La Constitución de 1949

En las postrimerías de la primera guerra mundial, pero sobre todo a partir de la segunda posguerra, el modelo constitucional tradicional recibió el aporte de una nueva visión valorativa de los derechos fundamentales y su alcance, dando nacimiento al constitucionalismo social que introdujo en los textos la normativización de los derechos

⁴² Ver en especial las participaciones de Sarmiento, Velez Sarsfield, Mitre y Sagú en Midón Mario A. *Apuntes de la Constitución* Edit Córdoba, 1992, p.430. También Badeni Gregorio, *Tratado de Derecho Constitucional*, Bs As La Ley 2006, p.485.

⁴³ En especial referencia al medio ambiente y el derecho a la salud, ver Gordillo Agustín *Los Derechos Constitucionales no Enumerados*, en Miller J, Gelli M.A, Cayuso S., *Constitución y Derechos Humanos*, Tomo I, Bs As Astrea, p.182 ss.

⁴⁴ Ver Gelli María Angélica *Constitución de la Nación Argentina Comentada y Concordada*, La Ley 2001, comentario al art 33 CN.

⁴⁵ Ver Morello Augusto Mario, *Los derechos fundamentales a la vida digna y a la Salud* Librería Editorial Platense, La Plata 2002, Cap. 5 p. 51 ss, Cap 7 p. 105 ss.

⁴⁶ Caso Urteaga Facundo R. c/ Estado Mayor Conjunto de las Fuerzas Armadas, CSJN, 15/10/1988. LL 1998-F-251

sociales, implementando al mismo tiempo el concepto de “norma programática”⁴⁷. De este modo los derechos sociales comenzaron un proceso de jeraquización constitucional que implicaba sujetar el ejercicio de los derechos individuales al interés de la colectividad⁴⁸. Sin embargo, el sistema de garantías preexistente tanto a nivel constitucional como legal no se modificó de modo que permitiera habilitar la operatividad inmediata de esos derechos⁴⁹.

La Constitución Mexicana de 1917 constituye el primer texto cuya redacción permite identificar los denominados “derechos de segunda generación”: Educación (art 30), familia, salud y vivienda (art 40). Cabe citar también las constituciones de Weimar, Checoslovaquia (1919) y de la República Española (1931).

Aún cuando esa normativización implicó un avance en la protección de derechos que hasta ese momento habían sido simples expresiones de deseos, esa condición no varió demasiado. Es que en el diseño constitucional de los derechos que se denominarían en adelante “sociales” no se pudo superar su condición programática que implicaba la imposibilidad de ejercitar procedimientos efectivos de índole administrativa o jurisdiccional para lograr su vigencia.

Si bien las constituciones desplegaron un amplio menú de nuevos derechos, caracterizados por obligaciones a cargo del Estado que no se agotaban en el “respeto” exigiendo actitudes activas de “garantía”, la ausencia de mecanismos de tipo procesal para reclamarlos los convirtió en simples propuestas o metas a alcanzar, carentes de un verdadero reconocimiento legal.

De este modo, los derechos sociales, calificados de “segunda generación” se caracterizaron originariamente por su debilidad para constituirse objeto de concretas pretensiones procesales.

Las reformas constitucionales de 1866 y 1898 nada nuevo aportaron en materia de derechos fundamentales. La de 1866 tuvo por objeto una reformulación en materia de recursos, necesarios como consecuencia de la Guerra de la Triple Alianza. Reunida la Convención Reformadora en Santa Fe y en una sola sesión⁵⁰ modificó la redacción de los artículos 4 y 67 inciso 1. A su vez, la Reforma de 1898 tuvo una finalidad institucional al modificar dos artículos: El 37 (composición de la Cámara de Disputados) y el 87 (número de los ministros secretarios).

La reforma de 1949 fue más profunda, y produjo modificaciones sustanciales en el preámbulo y 52 artículos, suprimió 11, agregó cinco nuevos y seis disposiciones transitorias. Esta vez los aportes a la parte dogmática provocaron la incorporación

⁴⁷ Jiménez, Eduardo P, *Los Derechos de Tercera Generación*, Edit Ediar 1997 p. 46.

⁴⁸ Linares Quintana S.V., *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*, tomo II, Bs As, Abeledo Perrot 1970 p. 609.

⁵⁰ La Convención de reunió en Santa Fe el 10 de septiembre de 1866 y en dos días cumplió su cometido.

concreta de los derechos sociales, que fueron denominados “especiales”: Trabajador, familia, ancianidad, educación y cultura⁵¹.

El artículo 37 de esa Constitución plasmó el derecho a la salud en relación con el trabajador, la familia y la ancianidad en los siguientes términos:

Art 37. I. 5- Del trabajador. *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 los requisitos adecuados de higiene y seguridad, no exceda las posibilidades normales del esfuerzo y posibilite la debida oportunidad de recuperación por el reposo.

37.II.4 *De la familia*: . La atención y asistencia de la madre y del niño gozaran de la especial y privilegiada consideración del Estado.

37. III.5. *De la ancianidad. Derecho al cuidado de la salud física* . El cuidado de la salud física de los ancianos ha de ser preocupación especialísima y permanente.

37.III.6. *Derecho al cuidado de la salud moral*. Debe asegurarse el libre ejercicio de las expansiones espirituales concordes con la moral y el culto.

Esta reforma fue dejada sin efecto por el golpe de Estado de 1955 cuyo gobierno dispuso convocar un Congreso Constituyente que se reunió en Santa Fe e introdujo el artículo 14 bis al texto histórico de 1853/60⁵².

3.4.- El artículo 14 bis

Cabe destacar que si bien el nuevo artículo importaba la inserción de la Constitución Nacional en el concepto del *estado social de derecho* tras la derogación de la Constitución de 1949; se limitó a establecer únicamente las garantías de los derechos individuales y colectivos del trabajador, los derechos previsionales, de la seguridad social, de la familia y el acceso a una vivienda digna. Además es notorio el carácter eminentemente programático de varias de sus cláusulas.

Entre otros, fue omitida toda referencia concreta al derecho a la salud.

⁵¹ Sobre la operatividad de las cláusulas programáticas en la Constitución de 1949 ver Spota Alberto A., *Aportes a la Reforma de la Constitución de la Pcia de Buenos Aires*, Ier Congreso Bonaerense de Derecho Público Provincial, separata de *Aportes*1986, p. 137 ss.

⁵² Si bien la reforma de 1949 adolecía de vicios en la convocatoria a la Convención Reformadora, también la reforma de 1957 era ilegítima en su origen por haber sido proscrito el partido justicialista. El proceso de legitimación del art 14 bis ha sido completado con la Reforma de 1994 en cuya Cláusula Transitoria Décimoséptima dispuso “*El texto constitucional ordenado, sancionado por esta Convención constituyente, reemplaza al hasta ahora vigente*” (Confome Gelli María A. Ob cit, p. 110, Jimenez Eduardo P. ob cit. P. 45.

En este sentido es cierto que el artículo 14 bis establece “...*el Estado otorgará los beneficios de la seguridad social, que tendrá carácter de integral e irrenunciable...*” pero este párrafo se integra con el contenido general de la norma, que regula el marco de protección del trabajador desde la perspectiva individual y colectiva, aún cuando la concepción de seguridad social que bosquejaron los constituyentes de 1957 era muy amplia.

Lo mismo puede considerarse respecto del “...*seguro social obligatorio...*” cuya implementación en los términos del artículo 14 bis aún se encuentra pendiente.

Para Bidart Campos el término *seguridad social* presenta dos aspectos cuya nota distintiva radica en los sujetos a quienes ampara y que son todos los hombres (primera parte del tercer párrafo) y los trabajadores (segunda parte del mismo párrafo), interpretación que permite superar la estrechez de la redacción⁵³

En cuanto a “...*la protección integral de la familia...*” es incuestionable que dicha protección se integra con una completa y adecuada garantía del acceso a la promoción y garantía de la salud, pero ello no supera la fragilidad de no contar con un párrafo que expresamente lo consigne.

Las razones precedentes nos inducen a interpretar que tampoco en esta oportunidad se produjo una incorporación de la tutela del derecho a la salud desde una visión integral⁵⁴.

3.5.- La reforma constitucional de 1994

Indudablemente la reforma de 1994 ha sido el paso más importante hacia el reconocimiento constitucional de los derechos sociales y de incidencia colectiva merced al otorgamiento de igual jerarquía a varios instrumentos de derecho internacional de los derechos humanos (Art 75 inciso 22) así como debido a la ampliación de las garantías a través de una nueva interpretación del alcance de la legitimación en el proceso constitucional de amparo (Art 43).

Asimismo, la incorporación de una garantía específica para los derechos al medio ambiente sano y equilibrado así como de los usuarios y consumidores (art 42) significó también la calificación constitucional de los *derechos de tercera generación*, que implican una superación de los derechos individuales hacia la socialización de una

⁵³ “*Es de buena hermenéutica interpretar que la mención que el art 14 bis hace de la seguridad social no anida exclusiones egoístas, sino que abarca los dos campos señalados*” Bidart Campos Germán, *Tratado Elemental...* Ediar 1986, tomo I p. 428

⁵⁴ En los debates de la Convención Constituyente de 1957 no es posible ubicar mociones relativas a la protección de la salud como derecho autónomo, sino como uno de los elementos a tener en cuenta en la protección de las condiciones de vida del trabajador y su familia (Vg. Diario de Sesiones, 7641- Imprenta del Congreso de la Nación, tomo II p.961, 1958)

diversidad de derechos de los cuales el principal beneficiario es el conjunto de la sociedad⁵⁵. La característica saliente de estos derechos es la valoración que implican del concepto de *solidaridad* como nota destacada de la responsabilidad compartida entre diversos titulares con intereses incluso contradictorios pero que deben necesariamente encaminarse hacia un ejercicio consustanciado con los intereses de la comunidad toda.

Por su parte, los tratados internacionales, elaborados con posterioridad a la segunda posguerra, despliegan un sistema de derechos más amplio que el contenido en el anterior texto constitucional, ello en razón de haber sido redactados como consecuencia de la vivencia producida por las grandes conflagraciones mundiales y la insuficiencia de las reglas constitucionales para sustentar la efectiva realización de los derechos frente a la acción u omisión de los Estados.

Como vimos, los derechos sociales enunciados en la mayoría de las constitucionales a partir de mediados del siglo XIX, solo se habían desarrollado a nivel nominal al haber sido planteados como programas que debían concretarse en el futuro conforme las posibilidades de la economía y el planeamiento político de cada país.

En América Latina resultó evidentemente significativa la insuficiencia de mecanismos que permitieran reclamos concretos en relación con los derechos sociales, situación diferente a lo que sucedía en los países más desarrollados de Europa donde era posible visualizar un avance paulatino y constante en la materialización de esos derechos.

Los Tratados Internacionales por su parte, reflejaron ese compromiso, de modo que su ratificación significara el deber de *respetar* y *garantizar* los derechos humanos reconocidos en cada uno de ellos. Obsérvese que todos los instrumentos internacionales incluidos en el inciso 22 del artículo 75 CN se inician con una referencia concreta a dicha obligación en términos que constituyen el marco central de la responsabilidad del Estado desde ambas perspectivas: Respeto de los derechos y acciones positivas que permitan garantizar su ejercicio.

3.6.- El nuevo artículo 42 y el derecho a la salud

En el Capítulo denominado Nuevos Derechos y Garantías, la reforma de 1994 incorporó el artículo 42 que consagra la tutela de usuarios y consumidores y donde se alude a “*la protección de la salud*”.

Este artículo y el nuevo 43 introducen en la Constitución la protección de los derechos llamados de “*tercera generación*”, consagrando su titularidad en cada habitante así como la posibilidad cierta de hacerlos valer ante la justicia.

⁵⁵ Gozáni Osvaldo A., *El Derecho de Amparo*, ed. Depalma, 1995, p. 135.

Como consecuencia, el marco constitucional actual permite la legitimación de toda persona, sea directamente lesionada como aquella que pueda mostrar algún tipo de afectación por la violencia a un derecho de incidencia colectiva, aún cuando no se trate de un daño personal mensurable ni por estar vinculado al hecho por pertenencia a un grupo o sector determinado⁵⁶.

El nuevo artículo 42 tiene por finalidad garantizar la protección de los usuarios y consumidores, sujetos indeterminados de las relaciones de consumo, estableciendo un sistema común para la resguardar los derechos de ambas categorías.

Cabe recordar que la Ley N° 24.240 (1993) de Defensa del Consumidor precedió al artículo 42 constitucional en su objetivo de proteger a consumidores y usuarios así como procurar la transparencia del mercado. Esta ley, así como las de Defensa de la Competencia y de Lealtad Comercial constituyen el marco legal necesario para preservar la libertad de elección, el trato equitativo y la libre concurrencia de todos los protagonistas en las nuevas relaciones de intercambio, caracterizadas por la debilidad de una de las partes: Los destinatarios de los servicios o adquirentes de los bienes que ofrece el mercado.

Las situaciones de desequilibrio entre la oferta y demanda de bienes y servicios requiere en la actualidad, debido a su complejidad, de herramientas novedosas y esquemas de protección específicos que permitan restablecer la armonía de los intercambios. Desde esta óptica el concepto de usuario o consumidor se relaciona directamente con cuestiones de índole comercial, suministro y percepción de bienes y servicios y sus respectivas retribuciones.

Hechas las precedentes consideraciones, la inclusión de “*la protección de la salud*” en el primer párrafo del artículo 42 merece algunas reflexiones.

La primera parte del artículo dice “*Los consumidores y usuarios de bienes y servicios, tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud...*” enunciando los derechos de los consumidores y usuarios “*en la relación de consumo*”. El segundo párrafo alude a las obligaciones del Estado en la defensa de esos derechos.

Es decir que la norma se refiere a una única arista del derecho a la salud: La que corresponde a los desequilibrios provocados por la vulnerabilidad de usuarios y consumidores frente a probables abusos o prácticas desleales de los prestadores. En este aspecto el perjudicado podrá ser un usuario o consumidor según se trate de la prestación del servicio de salud pública, de una obra social o de una prepaga.

En el esquema implementado por el artículo 42, la inclusión del derecho a la salud como “*relación de consumo*” tiene la finalidad de preservar el equilibrio de las partes en dicha relación fortaleciendo la posición de quienes naturalmente se encuentran en situación más débil, eventualmente sujetos de engaño o restricción.

⁵⁶ Gozáni, Osvaldo A., *Derecho Procesal Constitucional. Amparo*, Rubinzal Culzoni, 2002, p.329 ss. También Jiménez Eduardo *Derecho Constitucional Argentino*, Tomo II, Ediar, 2000, p.461.

Por esta razón el precepto resulta insuficiente para abarcar el verdadero alcance y contenido del derecho a la salud.

Es cierto que la mayoría de los autores interpretan el artículo 42 en forma amplia, como derecho a la protección de la salud que incluye el “*derecho a la vida y a la integridad*” (Bidart Campos⁵⁷), “*la protección de la salud y la seguridad de no sufrir menoscabo en aquella o la vida*” (Gelli⁵⁸), “*tutela al derecho a la protección de la salud que no quiere reducir al alcance a la oferta de bienes y servicios que deben resguardar de riesgos eventuales la sanidad poblacional*” (Gozáini⁵⁹), “*la noción de salud debe ser aprehendida con el sentido que le atribuye la Organización Mundial de la Salud*” (Midón⁶⁰), “*la integridad psicofísica*” (Sabsay-Onaindia⁶¹), etc.

Sin embargo es evidente que los derechos alcanzados por la norma que analizamos son tutelados “*en el ámbito del proceso de consumo*” como bien destaca Eduardo Jiménez, aún cuando dicha tutela pueda considerarse derivación implícita del artículo 33 y constituya por imperio de la nueva normativa, que este derecho como otros de tercera generación, “*ahora integra en forma indubitable la constitución textual*”⁶²

De todos modos opinamos que la formulación del artículo 42 resulta limitada para cubrir adecuadamente el significado actual del derecho a la salud, su contenido y alcance conforme se lo define en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

A partir de esta opinión es que entendemos es en los Tratados sobre Derechos Humanos elevados al rango constitucional donde mejor y más integralmente se elabora y garantiza la tutela del derecho a la salud.

3.7.- El derecho a la salud y los tratados internacionales

Varios de los documentos internacionales a los que la reforma de 1994 otorgó rango constitucional reconocen la salud como un derecho humano básico, en general relacionado con el derecho a la vida, la integridad física y el bienestar de la familia.

Las obligaciones asumidas por el Estado al ratificar los tratados internacionales producen en sí mismas una elevación del status de protección de los derechos

⁵⁷ Bidart Campos Germán, *Manual de la Constitución Reformada*, Tomo II Ediar , 1994, p. 94.

⁵⁸ Gelli Maria A., *Constitución de la Nación Argentina Comentada y Concordada*, La Ley 2001, comentario al art 42 CN.

⁵⁹ Gozáini Osvaldo A., *Protección Procesal del Usuario y Consumidor*, Rubinzal Culzoni, 2005, p.60.

⁶⁰ Midón Mario A., *Manual de Derecho Constitucional Argentino*, Edit Plus Ultra, 1997, p.221.

⁶¹ Sabsay Daniel-Onaindia José Miguel, *La Constitución de los Argentinos*, Errepar, 1994 p.42.

⁶² Jiménez Eduardo P., *Derecho Constitucional Argentino*, tomo II, Ediar , 2000, p.479. El autor se refiere también a la fuente de esta norma que han sido los artículos 51 y 52 de la Constitución española de 1978.

fundamentales a que se refieren y que ya se encontraban contenidos en la Constitución, hecho que se incrementa cuando-como lo dispone el inciso 22 del artículo 75 CN-esos documentos adquieren jerarquía constitucional⁶³.

No significa esto que se minimice la tutela de los derechos plasmada previamente en la Constitución, sino que se consolida la “complementación” que dispone el mismo inciso como pauta de interpretación de los Tratados de Derechos Humanos seleccionados por el constituyente para integrar el nivel máximo del bloque de constitucionalidad federal⁶⁴

Pero en relación con el derecho a la salud, su recepción tácita en el artículo 33 así como la insuficiencia del planteo normativo contenido en el nuevo artículo 42 CN, hacen evidente el enriquecimiento del nivel de tutela que ingresa al plexo constitucional por vía de la jeraquización de los tratados.

La Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) explicita en su artículo 25.1.:

“Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad. 25.2.La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencias especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social”⁶⁵.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966) dice en su artículo 12:

“Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. 2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para: a) La reducción de la mortinatalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños; b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente; c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole,

⁶³ Alice Beatriz, *El Acrecentamiento de Derechos y Garantías y el Reconocimiento de Organismos de Control. Su influencia en el Sistema Democrático y Republicano. En La Reforma Constitucional de 1994*, Depalma 1995, coordinado por Ekmekdjian Miguel A y Ferreira Gustavo, p. 35 a 55.

⁶⁴ Ver Manili Pablo, *El Bloque de Constitucionalidad. La Recepción del Derecho Internacional de los derechos Humanos en el Derecho Constitucional Argentino*, La Ley 2003, p. 173 ss.

⁶⁵ Se relaciona con el artículo 16 DUDH, adoptada por la Asamblea General ONU Res 217^a(III) 10 de diciembre de 1948.

y la lucha contra ellas; d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad “⁶⁶”.

La Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial dentro del extenso artículo 5 incluye en el inciso e) los derechos económicos sociales y culturales y en particular:

“...IV) El derecho a la salud pública, la asistencia médica, la seguridad social y los servicios sociales”

La Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer indica en el artículo 12:

“1.Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombre y mujeres, el acceso a servicios de atención médica, inclusive los que se refieren a la planificación de la familia. 2.Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 1 supra, los Estados Partes garantizarán a la mujer servicios apropiados en relación con el embarazo, el parto y el período posterior al parto, proporcionando servicios gratuitos cuando fuere necesario y le asegurarán una nutrición adecuada durante el embarazo y la lactancia”.

Esta Convención posee además una norma de reconocimiento del “Derecho a la protección de la salud y a la seguridad en las condiciones de trabajo, incluso la salvaguardia de la función de reproducción” (art 11f) referido a la relación de empleo y otra relativo a la mujer rural: “Tener acceso a servicios adecuados de atención médica, inclusive información, asesoramiento y servicios en materia de planificación de la familia” (art 14).

En el sistema regional interamericano, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948) establece para los Estados el

“Derecho a la Preservación de la Salud y al bienestar” en el artículo XI en los siguientes términos: “Toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad”⁶⁷.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos se limita a comprometer a los Estados Partes en el desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales “...en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios probatorios” (art 26), de modo que para determinar el alcance del derecho a la salud en el ámbito regional es necesario recurrir al Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y

⁶⁶ Se relaciona con los artículos 10 y 11 PIDESC., Asamblea General ONU 16/12/66

⁶⁷ Se relaciona con los artículos VI y VII CADDH, 9ª Conferencia Int. Americana en Bogotá.

Culturales (Protocolo de San Salvador)⁶⁸ que en el artículo 10 reconoce la salud como un “bien público” por lo que “*Toda persona tiene derecho a la salud entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social*” comprometiéndolo al Estado a adoptar las medidas necesarias para garantizar:”...

- a) *la atención primaria de la salud, entendiendo como tal la asistencia sanitaria esencial puesta al alcance de todos los individuos y familiares de la comunidad;*
- b) *la extensión de los beneficios de los servicios de salud a todos los individuos sujetos a la jurisdicción del Estado;*
- c) *la total inmunización contra las enfermedades infecciosas;*
- d) *la prevención y tratamiento de las enfermedades endémicas, profesionales y de otra índole;*
- e) *la educación de la población sobre la prevención y tratamiento de los problemas de la salud, y*
- f) *la satisfacción de las necesidades de salud de los grupos de más alto riesgo y que por sus condiciones de problema sean más vulnerables”*

Este Protocolo solo admite la aplicación del sistema de peticiones individuales regulado por el Pacto de San José de Costa Rica que permite acceder a la Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos por violaciones de derechos, únicamente cuando se trate de derechos sindicales (art 8 párrafo a) y derecho a la educación (art 13) y dicha violación fuere imputable a un Estado Parte en el Protocolo. Así lo dispone el artículo 19.6. del Protocolo si bien admite la formulación de recomendaciones y observaciones por parte de la Comisión en relación con los otros derechos económicos, sociales y culturales.

De todos modos, el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos no tiene esta limitación por lo que, a pesar de las restricciones contenidas en el Protocolo de San Salvador, la propia CADH habilita una vía de reclamos individuales por aplicación de su artículo 26 denominado “*desarrollo progresivo*”⁶⁹

Es interesante destacar que la Convención Americana sobre Derechos Humanos en el artículo 29 inciso c) contempla la protección de derechos implícitos en términos similares a como lo hace el artículo 33 de la Constitución Nacional. El párrafo dice “*Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de...c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que derivan de la forma democrática representativa de gobierno...*”. Consideramos que tal como el artículo 33 constitucional ha permitido garantizar la vigencia del derecho a la

⁶⁸ Suscripto en El Salvador, San Salvador, el 17/11/98 y ratificado por la República Argentina el 23 de octubre de 2003.

⁶⁹ De todos modos, el sistema interamericano de protección de los derechos humanos no ha elaborado una doctrina ni una jurisprudencia suficiente en materia de derechos sociales y su operatividad.

salud como *implícito*, el artículo 29 de la Convención puede cubrir de algún modo la omisión que en el mismo sentido afecta a la Convención.

Finalmente, la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad⁷⁰ constituye un documento relacionado en forma muy directa con la tutela de la salud en tanto establece compromisos de los Estados en materia de prevención y detección temprana, tratamiento y rehabilitación (art III.a.b) y colaboración mutua en la investigación científica y tecnológica relacionada con la prevención de las incapacidades (artIV.2.a).

3.8.- La evolución de la jurisprudencia

Como vimos, a falta de una cláusula constitucional que expresamente contemplara la protección del derecho a la salud y hasta la reforma de 1994, los jueces pudieron justificar los reclamos individuales en materia de necesidades relacionadas con la salud invocando el artículo 33 CN.

Es un período en que la jurisprudencia si bien aceptó los reclamos relativos a la salud-especialmente a través de procesos de amparo- circunscribió el análisis a la determinación de la responsabilidad civil de los médicos o de los establecimientos asistenciales; es decir desde la perspectiva del derecho civil⁷¹ y como consecuencia de la responsabilidad contractual o extracontractual.

El derecho procesal a su vez, repensó el alcance de la cautela y elaboró la tesis de las *pruebas dinámicas*, precisamente ante las particularidades del control probatorio del acto médico que imponía una revisión de la carga de la prueba⁷²

La transición hacia la protección de la salud como consecuencia del aseguramiento de otros derechos básicos como la alimentación, la vivienda o la educación, corresponden a un tiempo posterior que se consolida a través de los contenidos de los tratados sobre derechos humanos. En esta evolución se produce la ampliación hacia la responsabilidad del Estado.

A partir de 1994, la jerarquización de algunos documentos relativos a la protección de los derechos humanos dispuesta por el artículo 75 inciso 22 ha provocado una evidente reducción en la trascendencia del artículo 33, al haber ampliado el elenco de derechos fundamentales⁷³. Este acrecentamiento se advierte especialmente en el

⁷⁰ Aprobada en Guatemala el 6 de junio de 1999 y ratificada por la Argentina el 10/1/01

⁷¹ Bueres Alberto J., *Responsabilidad Civil de los Médicos*, Hammurabi, 1992, p.41 ss; Ghersi Carlos A. y otros *Contrato de Medicina Prep.a*, Astrea, 1993, p. 79 ss; Lorenzetti Ricardo Luis *La Empresa Médica*, Rubinzal Culzoni,1998, p.13 ss

⁷² Ver Peyrano Jorge, coordinador, *Medidas Autosatisfactivas*. Edit Rubinzal Culzoni.

⁷³ Opinión compartida por Sabsay-Onaindia *La Constitución de los Argentinos*, Eudeba, 1994 p. 122.

derecho a la salud, que como hemos visto, tiene actualmente un marco de garantías muy amplio en algunos de esos tratados.

Varias sentencias importantes han señalado el camino hacia el desarrollo del derecho a la salud y la responsabilidad pública o privada en su promoción y garantía.

Mencionaremos algunas de especial trascendencia en el desarrollo progresivo de los derechos humanos:

En el caso “*Asociación Benghalensis*” el Estado fue condenado a “...*dar cumplimiento a su obligación de asistencia, tratamiento y en especial suministro de medicamentos-en forma regular, oportuna y continua- a aquellos enfermos que padecen consecuencias del virus HIV/SIDA que se encuentran registrados en hospitales y efectores sanitarios del país*”⁷⁴.

Ante la petición para que se intentaba obligar al Estado a fabricar una vacuna contra la fiebre hemorrágica, el Tribunal ordenó al Estado producirla fijando un plazo para su cumplimiento, tomando en consideración los plazos del cronograma oficial que pasaron a constituir plazos legales. Se responsabilizó personalmente a dos ministros para el caso de incumplimiento en los plazos establecidos. La sentencia se fundó esencialmente en los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional⁷⁵

En “*Campodónico de Beviacqua*” la Corte Suprema dispuso que “*frente a la actuación deficiente de la entidad médica sindical, la situación de precariedad laboral y económica cd la familia y el estado de extrema urgencia que reviste el suministro del remedio requerido, es el Estado Nacional mediante el Ministerio demandado el que debe intervenir subsidiariamente...*” condenando así a quien no era responsable directo por la prestación, con fundamento en “...*el derecho a la vida y a la salud garantizados por la Constitución Nacional y los tratados sobre derechos humanos(fs 20/22)*...”⁷⁶

Consideró asimismo la Corte que “...*El Estado debe garantizar la regularidad de los tratamientos sanitarios-en el caso suministro de medicamentos a un menor*”, *coordinado sus acciones con las obras sociales y los estados provinciales, sin mengua de la organización federal y descentralizada que corresponda para llevar a cabo tales servicio...s*” sentencia que subordina la organización federal a la satisfacción del derecho a la salud.⁷⁷

⁷⁴ “*Asociación Benghalensis y otros c/ Ministerio de Salud y Acción social s/ amparo*”, CNac Cont Adm Federal Sala I, 5 de marzo de 1998.

⁷⁵ “*Viceconte Mariela c/ Ministerio de Salud y Acción Social*” Cám. Nac. Cont Adm Federal, Sala IV, 2 de junio de 1998.

⁷⁶ *Campodónico de Beviacqua, Ana Carina c/ Ministerio de Salud-Secretaría de Programas de Salud y Banco de Drogas Neoplásicas*” CSJN octubre 24-2000.

⁷⁷ “*C. de B.,A.C. c/ Secretaría de Programas de Salud*” Publicado en La Ley 2001-C-32 con nota de Walter E. Carnota-La Ley 2001-D-23

3.9.- El marco constitucional del derecho a la salud en los países del MERCOSUR

La formación del Mercado Común del Sur o Mercosur tuvo como propósito principal formar un bloque comercial y promover el libre intercambio y movimiento de bienes, personas y capital entre los países que lo formaron inicialmente, avanzando por etapas hacia una mayor integración política y cultural entre los países miembros y asociados.

Los estados miembros desde su origen son Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay.

Luego Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador y Perú accedieron en carácter de Estados Asociados. Venezuela firmó su adhesión el 17 de junio de 2006 y su estatus dentro del bloque no ha sido aún definido con claridad, ya que si bien no es un Estado miembro, ejerce algunas prerrogativas diferenciadas de los demás Estados asociados.

Aún cuando la Declaración de Foz do Iguazú puso en marcha el proceso de creación del Mercosur, el nombre le fue asignado el 26 de marzo de 1991 por el Tratado de Asunción, en tanto su existencia como persona jurídica de Derecho Internacional fue decidida en el Protocolo de Ouro Preto, firmado el 16 de diciembre de 1994, que entró en vigencia el 15 de diciembre de 1995.

En el Tratado de Asunción se concreta el compromiso inicial de la República Argentina, Uruguay, Brasil y Paraguay de lograr progresivamente la superación de diferencias jurídicas y políticas a través de la búsqueda de objetivos que contribuyan al crecimiento de sus economías, con la finalidad de crear un Mercado Común sin dejar de lado otros aspectos de cooperación jurídica y social⁷⁸

Al analizar el preámbulo del Tratado de Asunción es evidente que el propósito subyacente desde el origen del Mercosur ha sido más ambicioso que el de constituir un Mercado Común; fundamentalmente cuando se autodefine como “*un nuevo avance en el esfuerzo tendiente al desarrollo en forma progresiva de la integración de América Latina, conforme el objetivo del Tratado de Montevideo de 1980*”.

Cobra especial importancia la definición de “*desarrollo en forma progresiva*” ya que en la evolución producida en el sistema del Mercosur hasta hoy, se advierte precisamente una superación de sucesivas etapas a través de las cuales se han ido acercando los ideales, no siempre posibles, a la realidad.

En cuanto a la “*integración de América Latina*” que aparece como aspiración final de ese desarrollo, permite presumir la intención de arribar finalmente a una estructura consolidada de integración para la cual faltan aún definir aspectos esenciales.

⁷⁸ “*Tratado para la Constitución de un Mercado Común entre la República Argentina, la República Federativa de Brasil, la República del Paraguay y la República Oriental del Uruguay*” aprobado por ley 23.981 promulgada el 4/9/91.

Sin embargo es evidente que ya se ha dado comienzo a ese proceso, que involucra aspectos económicos, políticos, jurídicos, culturales y sociales de diversa índole, aún cuando se adviertan dispares niveles de crecimiento en cada uno de ellos.

En particular, la subsistencia de órganos intergubernamentales y la necesidad actual de requerir la conformidad de cada Estado para la aplicación en su propio territorio del derecho que se genera en esos órganos, son aspectos que impiden afirmar que actualmente exista una real “integración” al estilo de la Comunidad europea, donde las normas de derecho comunitario son obligatorias para los Estados sin que éstos puedan cuestionar su contenido.

Aún cuando desde su génesis el Mercosur tuvo como objetivo el de llegar a formar una comunidad de derecho común, no se advierte hasta hoy una evolución cierta hacia la instalación de órganos de carácter supranacional. Como sea, la integración no sólo se plantea como un objetivo estratégico respecto de América Latina, sino que existen acciones concretas de acercamiento hacia la Unión Europea⁷⁹

Los objetivos del Mercosur se han ido alcanzando por etapas, aún cuando es evidente que los intereses políticos de los Estados integrantes han actuado a veces como motor de avance y otros como obstáculos insalvables.

No obstante, la circulación de personas entre los países miembros no mostraba dificultades ni impedimentos desde mucho antes de la creación del Mercosur, con lo cual las contramarchas en la elaboración de una comunidad real de intereses solo afectaron tangencialmente los aspectos relacionados con las mutuas migraciones.

El esquema de derechos y garantías reflejados en cada una de las constituciones preexistentes al nacimiento del Mercosur, constituye uno de los aspectos fundamentales a la hora de analizar el status de protección del derecho a la salud en cada uno de los Estados.

Algunas Constituciones poseen referencias concretas al derecho a la salud y establecen niveles específicos de protección, otras lo omiten o encaran de forma muy curiosa (como la Constitución de la República Oriental del Uruguay) o bien complementan contenidos con los Tratados Internacionales.

He aquí las normas relativas al derecho a la salud en las respectivas Constituciones:

a) REPÚBLICA FEDERATIVA DE BRASIL (1988)

⁷⁹ Ver para ampliar Loiano Adelina “*El Protocolo de Olivos y su Significado en la Evolución en la Solución de Controversias en el Mercosur: Hacia la Institucionalización de un Tribunal Permanente de Justicia*” Trabajo en la obra colectiva coordinada por el Dr. Victor Bazán “Defensa de la Constitución. Galantismo y Controles”. *Libro en reconocimiento al Doctor German Bidart Campos*” Editorial Ediar, Buenos Aires, junio de 2003, p. 215/227

“Capítulo II - De os direitos sociais

*Art. 6. São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. * (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 26, de 2000)”*

Seção II- Da Saúde

Art. 196 - A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário as ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Art. 197 - São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

Art. 198 - As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo;

II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;

III - participação da comunidade.

*§ 1º - O sistema único de saúde será financiado, nos termos do art. 195, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes. * (Renumerado pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000 - D.O.U. 14.09.00)*

La Enmienda constitucional N° 29 del 13 de septiembre de 2000. Modificó los arts 34, 35, 156, 160, 167 y 198 y disposiciones transitorias, de la Constitución Federal para asegurar los recursos mínimos para el financiamiento de las acciones y servicios públicos de la salud.

b) PARAGUAY (1992)

“Artículo 54 - De la protección al niño .

La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de garantizar al niño su desarrollo armónico e integral, así como el ejercicio pleno de sus derechos protegiéndolo contra el abandono, la desnutrición, la violencia, el abuso, el tráfico y la explotación. Cualquier persona puede exigir a la autoridad competente el cumplimiento de tales garantías y la sanción de los infractores.

Los derechos del niño, en caso de conflicto, tienen carácter prevaleciente.

Artículo 55 - De la maternidad y de la paternidad

La maternidad y la paternidad responsables serán protegidas por el Estado, el cual fomentará la creación de instituciones necesarias para dichos fines.

Artículo 57 - De la tercera edad

Toda persona en la tercera edad tiene derecho a una protección integral. La familia, la sociedad y los poderes públicos promoverán su bienestar mediante servicios sociales que se ocupen de sus necesidades de alimentación, salud, vivienda, cultura y ocio.

Artículo 58 - De los derechos de las personas excepcionales

Se garantizará a las personas excepcionales la atención de su salud, de su educación, de su recreación y de su formación profesional para una plena integración social.

El Estado organizará una política de prevención, tratamiento, rehabilitación e integración de los discapacitados físicos, psíquicos y sensoriales, a quienes prestará el cuidado especializado que requieran.

Se les reconocerá el disfrute de los derechos que esta Constitución otorga a todos los habitantes de la República, en igualdad de oportunidades, a fin de compensar sus desventajas.

Capítulo VI De la salud

Artículo 68 - Del derecho a la salud

El Estado protegerá y promoverá la salud como derecho fundamental de la persona y en interés de la comunidad.

Nadie será privado de asistencia pública para prevenir o tratar enfermedades, pestes o plagas, y de socorro en los casos de catástrofes y de accidentes.

Toda persona está obligada a someterse a las medidas sanitarias que establezca la ley, dentro del respeto a la dignidad humana.

Artículo 69 - Del sistema nacional de salud

Se promoverá un sistema nacional de salud que ejecute acciones sanitarias integradas, con políticas que posibiliten la concertación, la coordinación y la complementación de programas y recursos del sector público y privado.

Artículo 70 - Del régimen de bienestar social

La ley establecerá programas de bienestar social mediante estrategias basadas en la educación sanitaria y en la participación comunitaria.

Artículo 71 - Del narcotráfico, de la drogadicción y de la rehabilitación

El Estado reprimirá la producción, y el tráfico ilícitos de las sustancias estupefacientes y demás drogas peligrosas, así como los actos destinados a la legitimación del dinero

proveniente de tales actividades. Igualmente combatirá el consumo ilícito de dichas drogas. La ley reglamentará la producción y el uso medicinal de las mismas.

Se establecerán programas de educación preventiva y de rehabilitación de los adictos, con la participación de organizaciones privadas.

Artículo 72 -Del control de calidad

El Estado velará por el control de la calidad de los productos alimenticios, químicos, farmacéuticos y biológicos, en las etapas de producción, importación y comercialización. Asimismo facilitará el acceso de factores de escasos recursos a los medicamentos considerados esenciales”

c) REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY (1967)

“Artículo 44.- El Estado legislará en todas las cuestiones relacionadas con la salud e higiene públicas, procurando el perfeccionamiento físico, moral y social de todos los habitantes del país.

Todos los habitantes tienen el deber de cuidar su salud, así como el de asistirse en caso de enfermedad. El Estado proporcionará gratuitamente los medios de prevención y de asistencia tan sólo a los indigentes o carentes de recursos suficientes”

d) BOLIVIA (1967 reformada en 1994)

“Art. 7. Derechos fundamentales de la persona

Toda persona tiene los siguientes derechos fundamentales, conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio:....A la vida, la salud y la seguridad.

Art. 8. Deberes fundamentales de la persona

Toda persona tiene los siguientes deberes fundamentales:

De asistir, alimentar y educar a sus hijos menores de edad, así como de proteger y socorrer a sus padres cuando se hallen en situación de enfermedad, miseria o desamparo”

e) CHILE (1980)

“9º El derecho a la protección de la salud.

El Estado protege el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación del individuo.

Le corresponderá, asimismo, la coordinación y control de las acciones relacionadas con la salud.

Es deber preferente del Estado garantizar la ejecución de las acciones de salud, sea que se presten a través de instituciones públicas o privadas, en la forma y condiciones que determine la ley, la que podrá establecer cotizaciones obligatorias. Cada persona tendrá el derecho a elegir el sistema de salud al que desee acogerse, sea éste estatal o privado”

f) COLOMBIA (1991 con varias reformas hasta 2005)

“Capítulo II. De los derechos sociales, económicos y culturales

Artículo 43. *La mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades. La mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación. Durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de éste subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada. ..*

Artículo 44. *Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia.*

La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores.

Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás.

Artículo 46. *El Estado, la sociedad y la familia concurrirán para la protección y la asistencia de las personas de la tercera edad y promoverán su integración a la vida activa y comunitaria.*

El Estado les garantizará los servicios de la seguridad social integral y el subsidio alimentario en caso de indigencia”

Artículo 49. *La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud.*

Corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. También, establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas, y ejercer su vigilancia y control. Así mismo, establecer las competencias de la Nación, las entidades territoriales y los particulares, y determinar los aportes a su cargo en los términos y condiciones señalados en la ley.

Los servicios de salud se organizarán en forma descentralizada, por niveles de atención y con participación de la comunidad.

La ley señalará los términos en los cuales la atención básica para todos los habitantes será gratuita y obligatoria.

Toda persona tiene el deber de procurar el cuidado integral de su salud y la de su comunidad.

g) ECUADOR (1998)

Sección cuarta. De la salud

Art. 42.- *El Estado garantizará el derecho a la salud, su promoción y protección, por medio del desarrollo de la seguridad alimentaria, la provisión de agua potable y saneamiento básico, el fomento de ambientes saludables en lo familiar, laboral y comunitario, y la posibilidad de acceso permanente e ininterrumpido a servicios de salud, conforme a los principios de equidad, universalidad, solidaridad, calidad y eficiencia.*

Art. 43.- *Los programas y acciones de salud pública serán gratuitos para todos. Los servicios públicos de atención médica, lo serán para las personas que los necesiten. Por ningún motivo se negará la atención de emergencia en los establecimientos públicos o privados.*

El Estado promoverá la cultura por la salud y la vida, con énfasis en la educación alimentaria y nutricional de madres y niños, y en la salud sexual y reproductiva, mediante la participación de la sociedad y la colaboración de los medios de comunicación social.

Adoptará programas tendientes a eliminar el alcoholismo y otras toxicomanías.

Art. 44.- *El Estado formulará la política nacional de salud y vigilará su aplicación; controlará el funcionamiento de las entidades del sector; reconocerá, respetará y promoverá el desarrollo de las medicinas tradicional y alternativa, cuyo ejercicio será regulado por la ley, e impulsará el avance científico-tecnológico en el área de la salud, con sujeción a principios bioéticos.*

Art. 45.- *El Estado organizará un sistema nacional de salud, que se integrará con las entidades públicas, autónomas, privadas y comunitarias del sector. Funcionará de manera descentralizada, desconcentrada y participativa.*

Art. 46.- *El financiamiento de las entidades públicas del sistema nacional de salud provendrá de aportes obligatorios, suficientes y oportunos del Presupuesto General del Estado, de personas que ocupen sus servicios y que tengan capacidad de contribución económica y de otras fuentes que señale la ley.*

La asignación fiscal para salud pública se incrementará anualmente en el mismo porcentaje en que aumenten los ingresos corrientes totales del presupuesto del gobierno central. No habrá reducciones presupuestarias en esta materia.

Sección Quinta. De los grupos vulnerables

Art. 47.- *En el ámbito público y privado recibirán atención prioritaria, preferente y especializada los niños y adolescentes, las mujeres embarazadas, las personas con discapacidad, las que adolecen de enfermedades catastróficas de alta complejidad y las de la tercera edad. Del mismo modo, se atenderá a las personas en situación de riesgo y víctimas de violencia doméstica, maltrato infantil, desastres naturales o antropogénicos.*

Art. 48.- *Será obligación del Estado, la sociedad y la familia, promover con máxima prioridad el desarrollo integral de niños y adolescentes y asegurar el ejercicio pleno de sus derechos. En todos los casos se aplicará el principio del interés superior de los niños, y sus derechos prevalecerán sobre los de los demás.*

Art. 49.- *Los niños y adolescentes gozarán de los derechos comunes al ser humano, además de los específicos de su edad. El Estado les asegurará y garantizará el derecho a la vida, desde su concepción; a la integridad física y psíquica; a su identidad, nombre y ciudadanía; a la salud integral y nutrición; a la educación y cultura, al deporte y recreación; a la seguridad social, a tener una familia y disfrutar de la convivencia familiar y comunitaria; a la participación social, al respeto a su libertad y dignidad, y a ser consultados en los asuntos que les afecten...*

Art. 50.- *El Estado adoptará las medidas que aseguren a los niños y adolescentes las siguientes garantías: I. Atención prioritaria para los menores de seis años que garantice nutrición, salud, educación y cuidado diario”*

i) PERÚ

“Capítulo de los derechos sociales y económicos

Artículo 6º.*La política nacional de población tiene como objetivo difundir y promover la paternidad y maternidad responsables. Reconoce el derecho de las familias y de las personas a decidir. En tal sentido, el Estado asegura los programas de educación y la información adecuados y el acceso a los medios, que no afecten la vida o la salud.*

Es deber y derecho de los padres alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos. Los hijos tienen el deber de respetar y asistir a sus padres. Todos los hijos tienen iguales derechos y deberes. Está prohibida toda mención sobre el estado civil de los padres y sobre la naturaleza de la filiación en los registros civiles y en cualquier otro documento de identidad.

Artículo 7º. Todos tienen derecho a la protección de su salud, la del medio familiar y la de la comunidad así como el deber de contribuir a su promoción y defensa. La persona incapacitada para velar por sí misma a causa de una deficiencia física o mental tiene derecho al respeto de su dignidad y a un régimen legal de protección, atención, readaptación y seguridad.

Artículo 8º. El Estado combate y sanciona el tráfico ilícito de drogas. Asimismo, regula el uso de los tóxicos sociales.

Artículo 9º. El Estado determina la política nacional de salud. El Poder Ejecutivo norma y supervisa su aplicación. Es responsable de diseñarla y conducirla en forma plural y descentralizadora para facilitar a todos el acceso equitativo a los servicios de salud.

Artículo 10º. El Estado reconoce el derecho universal y progresivo de toda persona a la seguridad social, para su protección frente a las contingencias que precise la ley y para la elevación de su calidad de vida.

Artículo 11º. El Estado garantiza el libre acceso a prestaciones de salud y a pensiones, a través de entidades públicas, privadas o mixtas. Supervisa asimismo su eficaz funcionamiento”.

h) República Bolivariana de Venezuela (1999)

“Artículo 83. La salud es un derecho social fundamental, obligación del Estado, que lo garantizará como parte del derecho a la vida. El Estado promoverá y desarrollará políticas orientadas a elevar la calidad de vida, el bienestar colectivo y el acceso a los servicios. Todas las personas tienen derecho a la protección de la salud, así como el deber de participar activamente en su promoción y defensa, y el de cumplir con las medidas sanitarias y de saneamiento que establezca la ley, de conformidad con los tratados y convenios internacionales suscritos y ratificados por la República.

Artículo 84. Para garantizar el derecho a la salud, el Estado creará, ejercerá la rectoría y gestionará un sistema público nacional de salud, de carácter intersectorial, descentralizado y participativo, integrado al sistema de seguridad social, regido por los principios de gratuidad, universalidad, integralidad, equidad, integración social y solidaridad. El sistema público de salud dará prioridad a la promoción de la salud y a la prevención de las enfermedades, garantizando tratamiento oportuno y rehabilitación de calidad. Los bienes y servicios públicos de salud son propiedad del Estado y no podrán ser privatizados. La comunidad organizada tiene el derecho y el deber de participar en la toma de decisiones sobre la planificación, ejecución y control de la política específica en las instituciones públicas de salud.

Artículo 85. El financiamiento del sistema público de salud es obligación del Estado, que integrará los recursos fiscales, las cotizaciones obligatorias de la seguridad social

y cualquier otra fuente de financiamiento que determine la ley. El Estado garantizará un presupuesto para la salud que permita cumplir con los objetivos de la política sanitaria. En coordinación con las universidades y los centros de investigación, se promoverá y desarrollará una política nacional de formación de profesionales, técnicos y técnicas y una industria nacional de producción de insumos para la salud. El Estado regulará las instituciones públicas y privadas de salud.

3.10.- Las asimetrías constitucionales

Uno de los problemas más complejos en la evolución jurídica del Mercosur ha sido el de las asimetrías constitucionales de los Estados Miembros y Asociados entre sí. Este inconveniente, que se manifiesta particularmente en el nivel de garantía de los derechos fundamentales, muestra diversas regulaciones cuando se trata de la salud.

Como se observa en las normas citadas en el punto anterior (3.10), la salud como derecho no tiene en las Constituciones de los Estados implicados en el Mercosur un tratamiento unívoco en su definición, su alcance o su garantía de cumplimiento.

Es importante destacar que la década del noventa fue la más fructífera en materia de reformas constitucionales en América, como consecuencia del retorno a la democracia de la mayoría de los Estados americanos que sufrieran durante las dos décadas anteriores, gobiernos de corte autoritario que desconocieron o desvirtuaron las normas constitucionales vigentes a ese momentos.

El movimiento reformador regional tuvo como objetivo común destacar la naturaleza inalienable de los derechos humanos, la necesidad de hacerlos efectivos y de dotar al hombre de un sistema eficiente que los protegiera contra los abusos del poder político.

Es así como se identifica en las nuevas constituciones de ese período, un marco regulatorio de los derechos fundamentales que se funda en las pautas constitucionales del liberalismo originario a casi todas ellas enriquecido por el aporte del derecho internacional de los derechos humanos a través de los Tratados Internacionales en la materia y un paso adelante respecto de la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales, entre ellos la salud.

Sin embargo, al examinar las diversas normas relativas a la salud o las referencias puntuales o indirectas a este derecho; se advierten diferencias sustanciales.

La Constitución del Estado Federativo de Brasil alude a la salud en el artículo (6) en una referencia genérica con otros derechos sociales, pero lo regula en detalle en la Sección II “De la salud” (Art 196/200). La Constitución de Chile (Art 9°) se limita a manifestar el deber de protección en un único artículo.

La Constitución de la República Oriental del Uruguay resulta la más curiosa, en tanto alude a la salud como “*deber*” que incluye el de “*cuidar*” y “*asistirse*” en caso de enfermedad. Esta terminología obviamente presenta serias dificultades frente a problemas como la objeción de conciencia, la eutanasia, o el consentimiento informado y la libertad de aceptar un determinado tratamiento.

También resulta ilógico e incluso inconcebible en el marco de la protección de los derechos humanos plasmada en todos los Tratados Internacionales, que se diga que “*El Estado proporcionará gratuitamente los medios de prevención y de asistencia tan sólo a los indigentes o carentes de recursos suficientes*” (Art 44). Se trata de una pauta de discriminación de imposible justificación en la actualidad.

Si bien el deficiente planteo de esta norma suprema desconoce el perfil actual del derecho a la salud, no ha sido impedimento para la elaboración de un derecho infraconstitucional de protección adecuada. No obstante, la hermenéutica de la Constitución uruguaya es evidentemente contradictoria con el marco de protección en los otros Estados y constituye una de las asimetrías de importancia para el equilibrio del sistema en materia de salud.

Los grupos vulnerables (mujeres, niños, ancianos) merecen en algunos textos especial consideración: Paraguay (Art 54, 55, 57 y 58), Colombia (Art 43, 44), Ecuador (Art 43, 47), Perú (Art 7°). Sorprendentemente el art 8 de la Constitución de Bolivia alude al “*deber de los hijos*” de socorrer a sus padres enfermos y nada dice del deber en igual sentido del Estado hacia las personas ancianas. El art 6° de la Constitución de Perú es similar en este aspecto.

Referencias al sistema nacional de salud como responsabilidad del Estado existen en las Constituciones de Paraguay (Art 68 y 69), Ecuador (Art 45 y 46), Colombia (Art 49) y Venezuela (Art 84).

La prohibición del tráfico de drogas se contrapone en las Constituciones de Paraguay (Art 71) y Perú (Art 8°) con la obligación del Estado de regular el uso legal de drogas en tratamientos médicos.

En cuanto a la incidencia del derecho internacional de los derechos humanos, más preciso al determinar las obligaciones de los Estados en el tema salud, depende del rango legal que cada Constitución haya acordado a los Tratados.

El orden de prelación entre la Constitución, los Tratados y las leyes internas son una de las cuestiones más complejas a resolver, sobre todo porque en algunos casos requeriría de reformas constitucionales.

A las diferencias con que cada Constitución regula su esquema de supremacía, se suma la concurrencia de dos Estados federales (Argentina y Brasil) y dos que no lo son (Paraguay y Uruguay)⁸⁰.

⁸⁰ ver Aguirre Ramirez Gonzalo, *Integración: Nueva Realidad Regional y Mundial en Curso de Derecho Procesal Internacional y Comunitario del Mercosur* obra dirigida por Angel Landoni Sosa. Fundación de Cultura Universitaria, Uruguay 1997.

En este sentido, las Constituciones de Argentina (Art 75 inciso 22), Paraguay (Art 137, 145) y Ecuador (Art 163) reservan un lugar de especial jerarquía a los Tratados Internacionales. Indudablemente es la Constitución Argentina la que establece el mejor status al reconocer “*jerarquía constitucional*” a once documentos relativos a derechos humanos, a los que se adicionaron otros dos después de la última reforma constitucional en 1994.

Colombia, Brasil (Art 4), Uruguay, Chile, Bolivia (Art 228°), Perú (Art 55°) y Venezuela (Art 7°), sostienen la supremacía de la propia Constitución por sobre los Tratados de cualquier índole, lo que provoca una nueva asimetría en cuanto al modo como se complementa el derecho interno con el derecho internacional en caso de insuficiencia u omisión del primero en el reconocimiento y garantía del derecho a la salud, entre otros.

En consecuencia, la diversidad de tratamiento de los derechos sociales y las posibilidades de su justiciabilidad tal como han sido plasmadas en las Constituciones de los Estados que integran el Mercosur, dificulta la implementación de una integración normativa que facilite y haga posible un mejor acceso de las personas al cuidado de su salud y a los procedimientos médicos y farmacológicos que permitan una mejor calidad de vida.

Las migraciones ilegales implican la movilización de grandes grupos humanos que se constituyen en beneficiarios inesperados del sistema de salud pública de por sí deficiente en cuanto a sus previsiones presupuestarias. Esta situación se ve agravada por el ingreso a dicho sistema de un número indeterminado de personas que, provenientes de los otros países del Mercosur y en situaciones de desventaja económica y social, requieren prestaciones sanitarias de diversa complejidad, circunstancia que introduce un nuevo indicador en el ya complejo esquema de prestación del servicio público de salud.

4.- EL DERECHO A LA SALUD EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

4.1.- El derecho a la salud en el sistema de la ONU

El instrumento fundacional de la Organización de Naciones Unidas (en adelante ONU) es la Carta de la ONU firmada en San Francisco el 26 de junio de 1945 cuya entrada en vigor se produjo el 24 de octubre de ese mismo año.

Entre otras cosas la Carta promueve las funciones de la Asamblea General la cual fomentará la cooperación internacional en materia económica, social, cultural, educativa y sanitaria, y promoverá también las libertades fundamentales de todos los seres humanos sin distinción alguna. Aparecen como objetivos primordiales el empeño

por lograr niveles de vida más elevados así como la solución pacífica de toda clase de problemas que se presenten, incluidos los sanitarios (art. 55).

También la Carta de la ONU en el capítulo 10 previó la necesidad de creación de un Consejo Económico y Social que tendrá funciones, como veremos más adelante, en la promoción de los derechos económicos, sociales y culturales.

La Carta constituye el instrumento fundacional de la Organización de Naciones Unidas y con posterioridad surge el principal documento en materia de derechos humanos: la Declaración Universal que posee un alto contenido axiológico y constituye un hito histórico útil para la humanidad y para otros sistemas regionales de protección que surgirán con posterioridad a nivel planetario.

Adoptada y proclamada por la Asamblea General de la ONU en su resolución 217 A, el 10 de diciembre de 1948, la Declaración Universal se encarga de enumerar entre otros derechos el de la seguridad social para la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales (art. 22); el derecho al descanso (art. 24) y a un nivel de vida adecuado que le asegure entre otras cosas la salud.

El artículo 25 dice que: *“Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad”*. Y agrega en una segunda parte que: *“La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social”*.

Con mucha amplitud de criterio, la Declaración ha previsto el derecho a la salud y el bienestar no solo para los individuos en forma singular, sino también para el grupo familiar. Al mismo hace una mención especial de la alimentación, el vestido y la vivienda, a demás de la asistencia médica y los servicios sociales. Por último extiende la protección de la salud para casos de maternidad e infancia.

4.1.1.- El Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales surge en el marco de las Naciones Unidas a través de la Asamblea General, en su resolución 2200 A (XXI) el 16 de diciembre de 1966. Tuvo su entrada en vigor conforme a lo que había dispuesto su artículo 27, es decir luego de tres meses del depósito del trigésimo quinto instrumento de ratificación o adhesión: el 3 de enero de 1976.

Este Pacto recalca al igual que otros tratados internacionales que los Estados se comprometen a adoptar medidas económicas y técnicas (por todos los medios posibles) y *“...hasta el máximo de los recursos de que disponga para lograr progresivamente...”*

la plena efectividad de los derechos reconocidos. En el tercer párrafo se especifica que cada Estado determinará en qué medida garantizarán los derechos reconocidos (art. 2). Se encuentran reconocidos el derecho a la seguridad social (art. 9); la protección de la familia y asistencia posibles, en especial la protección de las madres antes y después del parto; el resguardo y cuidado de los niños y adolescentes (art. 10).

En el artículo 11 se proclama el derecho a un nivel de vida apropiado y a una mejora de las condiciones de existencia. Aparece también el derecho a la alimentación, vestido y vivienda adecuados (derechos que se asocian en otros instrumentos internacionales al derecho a la salud). En el último párrafo del Pacto se reconoce el derecho a estar protegido contra el hambre – quizás el principal detonante de la carencia de niveles óptimos de salud en el mundo- incluidos programas concretos para asegurar una distribución equitativa de alimentos.

Concretamente el artículo 12 se refiere al *“derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”* señalando también que los Estados deberán adoptar medidas para la reducción de *“la mortalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños, a demás de mejorar la higiene del trabajo y del medio ambiente, prevención y tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, y profesionales”* y la puesta en funcionamiento de *“condiciones que aseguren la asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad”*.

Quedan en este artículo varios puntos resaltados con claridad en torno a la problemática de la salud, por ejemplo se hace mención específica a las enfermedades epidémicas, endémicas y profesionales. Empero otros carecen de precisión, por ejemplo no sabemos con certeza a qué se refiere la expresión *“más alto nivel posible de salud física y mental”*. Tampoco sabemos que necesidades se cubren con la asistencia médica.

Entendemos que lo que se intenta lograr es el grado más elevado dentro de las posibilidades concretas de los Estados en materia de salud.

Para una mejor interpretación y puesta en marcha en la observancia de los derechos reconocidos en el Pacto Internacional se ha previsto la intervención del Consejo Económico y Social. Ante este organismo los Estados Partes presentarán informes que podrán señalar las circunstancias y dificultades que afecten el cumplimiento de las obligaciones previstas en el Pacto (art. 17).

El Consejo trabajará con organismos especializados en la materia y podrá transmitir a la Comisión de Derechos Humanos los Informes sobre Derechos Humanos que presenten los Estados. Los Estados y los organismos especializados también podrán presentar al Consejo observaciones respecto de las recomendaciones que éste organismo les haya proporcionado. Y también el Consejo podrá presentar a la Asamblea General de la ONU informes o resúmenes de la información recibida de los Estados Partes, entre otras atribuciones que le han sido conferidas (arts. 17 y ss).

4.1.2.- La labor del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Las Observaciones Generales.

El Comité comenzó sus actividades a partir de la resolución 1985/17 del 28 de mayo de 1985 del Consejo Económico y Social de la Naciones Unidas. Su labor principal es vigilar el estado de vigencia de los derechos que se contemplan en el Pacto. Está compuesto por expertos independientes los cuales supervisan la aplicación del Pacto por los Estados Partes. Sesionan dos veces por año y se reúnen en la sede que se encuentra en Ginebra.

Todos los Estados Partes presentan informes periódicos ante este organismo sobre la manera en que se ejercitan los derechos que tratamos. La primera presentación de informe será a dos años de haber ratificado el Pacto, luego cada cinco años. El Comité realizará “*observaciones finales*” y “*observaciones generales*” que contienen las preocupaciones del organismo y oportunas recomendaciones.

Hasta ahora el Comité atiende a las cuestiones manifiestas de los Estados o a las situaciones que derivan de los Informes por ellos presentados, pero existe la posibilidad que en un futuro no muy distante, analice también denuncias de los particulares. Esto último podría ser el principal avance que podría lograrse y que abriría el espectro de tareas a desarrollar por parte del Comité.

El principal obstáculo que reconoce tener este organismo es la escasez, la carencia de recursos y la distribución inequitativa de los pocos con que cuentan algunos Estados, dificultad definitoria y propia de los derechos económicos, sociales y culturales. Si bien subsiste la reticencia de algunos Estados a adoptar medidas de derecho interno, o a asumir mayores compromisos en el marco internacional de los derechos humanos, el principal escollo que dificulta la concreción de los derechos económicos, sociales y culturales es la pobreza.

4.1.3.- La Organización Mundial de la Salud.

La Organización Mundial de la Salud (OMS), es el órgano de Naciones Unidas encargado de gestionar políticas de prevención, promoción e intervención en salud a nivel mundial. Fue creado el 7 de abril de 1948, aunque su existencia comenzó a gestarse en 1946 en reuniones celebradas por el Consejo Económico y Social, probablemente esta es la razón por la cual se registra la primera reunión de la OMS en Ginebra. Actualmente 193 Estados son los miembros de la OMS representados en la Asamblea Mundial de la Salud.

La OMS trabaja de acuerdo a un programa y presupuesto que cada dos años determinará las cuestiones sanitarias más urgentes y en las que se hará mayor hincapié. La Asamblea Mundial de la Salud se encargará de la aprobación de ese programa de acción y dicho presupuesto, siempre con el mismo propósito: *Que todos los pueblos de la tierra puedan gozar del grado máximo de salud que se pueda lograr.* La OMS define

a la salud como: *“un estado de completo bienestar físico, mental y social”, y no solamente como la ausencia de afecciones o enfermedades”*.

Los Estados Partes en la OMS son los encargados de la designación de un Director General que cumple sus funciones en un período de cinco años. Al mismo tiempo la Asamblea Mundial de la Salud elige a 32 miembros técnicos en el campo de la salud por tres años, que también forman el Consejo Ejecutivo el cual respalda de igual modo el desempeño de la Asamblea.

La OMS cuenta asimismo con una Secretaría que diagrama las tareas cotidianas de más de 3.500 personas expertas en diferentes áreas de la salud. Para el mejor desempeño de la Organización se han creado seis Oficinas Regionales, cada una con su respectivo Director Regional. Cada Director Regional deberá fijar pautas para llevar a cabo las políticas sanitarias planificadas por la Asamblea Mundial para su región, a demás de supervisar el desempeño del personal sanitario, centros especializados, etc., etc., en todo el espacio que dirige.

Las oficinas regionales son:

- a) Oficina Regional para África (AFRO), con sede en Brazzaville, República de Congo. AFRO incluye la mayor parte del África sub-sahariana, a excepción de Egipto, Sudán, Túnez, Libia, Marruecos y Somalia que pertenecen a EMRO.
- b) Oficina Regional para Europa (EURO), con sede en Copenhague, Dinamarca. Incluye a todos los países europeos.
- c) Oficina Regional para Asia Sur-Oriental (SEARO), con sede en Nueva Delhi, India. Cubre todos los países asiáticos no servidos por WPRO y EMRO, incluyendo a Corea del Norte.
- d) Oficina Regional para el Mediterráneo Oriental (EMRO), con sede en El Cairo, Egipto. EMRO incluye los países del norte de África, conocidos como el Magreb, más Somalía, que no se incluyen en AFRO, así como todos los países del Oriente Medio.
- e) Oficina Regional para el Pacífico Occidental (WPRO), con sede en Manila, Filipinas. WPRO cubre todos los países asiáticos no servidos por SEARO y EMRO, y todos los países de Oceanía. Incluye a Corea del Sur.
- f) Oficina Regional para las Américas (AMRO), con sede en Washington D.C., Estados Unidos. Es mejor conocido como la Organización Panamericana de la Salud (OPS) siendo éste el organismo internacional sanitario más antiguo del mundo.

4.1.4.- Las Conferencias Internacionales. La Conferencia de Alma Ata/2000.

Las cuestiones vinculadas a la problemática de la salud han generado preocupación desde hace mucho tiempo. Tanto a nivel universal como regional existieron compromisos que los Estados asumieron para obligarse a proveer mejores condiciones de vida, en especial la atención primaria de salud.

Uno de los acontecimientos más importantes en la década del 70 fue la Conferencia Internacional sobre Atención Primaria de Salud de Alma-Ata celebrada en Kazajistán en septiembre de 1978. El panorama político y económico internacional en que se celebró la Conferencia era bien distinto al actual al punto tal que fue patrocinada por la antigua Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas. Los organismos que la promovieron fueron la OMS, OPS y UNICEF.

Recordando el escenario internacional de la década del 70, nos encontramos en plena Guerra Fría, democracias carentes de estabilidad y con hondas diferencias entre ricos y pobres en el mundo. Los problemas en torno a la salud no están ajenos al diagnóstico preocupante de los años setenta. Por esa razón se ubica como antecedente de la Conferencia de Alma-Ata a la III Reunión Especial de Ministros de Salud (Chile 1972) donde nace la idea de Atención Primaria de la Salud. En la Conferencia de Alma-Ata se fortalece este criterio de atención primaria para el mejor nivel de vida de los pueblos, su lema fue: *“Salud para todos en el año 2000”*.

La Conferencia tuvo la presencia de un número importantes de países (134) y varias organizaciones internacionales (67); también pudo notarse la importante ausencia de la República Popular China. En la Conferencia hubo consenso en la urgencia para todos los gobiernos sobre la puesta en marcha de acciones para proteger y promover el modelo de la atención primaria de salud para todos los individuos del mundo.

Esta conferencia fue una alerta internacional para el urgente desarrollo e implementación de la atención primaria de salud. Ella comprometió a los gobiernos, organismos no gubernamentales y otros dependientes de la ONU, además de agencias de financiamiento, trabajadores de la salud, etc., etc., en función del desarrollo y mantenimiento de la atención primaria de la salud.

La Conferencia de Alma-Ata trabajó sobre una serie de puntos principales (no vinculantes para los Estados miembros) cuya realización es esencial para el pleno ejercicio del derecho a la salud son:

- *(Definición de salud) La salud es aquel estado de total bienestar físico, social y mental, y no simplemente la falta de enfermedades o malestares, siendo un derecho humano fundamental y convirtiendo a la búsqueda del máximo nivel posible de salud en la meta social más importante a nivel mundial, cuya realización requiere de la participación de otros sectores sociales y económicos en adición al sector salud.*
- *(Igualdad) La existencia de una gran desigualdad en la calidad de la salud entre de las personas, entre países desarrollados y subdesarrollados así como a lo interno de los mismos países, es políticamente, socialmente y económicamente*

inaceptable y es, por lo tanto, una preocupación común de todos los países y no solamente de los países en vía de desarrollo.

- *(Salud como un asunto socioeconómico) El desarrollo social y económico, basado en el Nuevo Orden Económico Internacional, es de importancia básica para el logro cabal del libre acceso a la salud y de la reducción de la brecha existente entre el nivel de salud de los países en vías de desarrollo y de los países desarrollados. La promoción y protección de la salud es esencial para un desarrollo económico y social sustentable, contribuyendo además a mejorar la calidad de vida, la reducción de la violencia y la obtención de la paz mundial.*
- *(El acercamiento al derecho de la salud) Los individuos de una sociedad poseen el derecho y el deber de participar, tanto colectiva como individualmente, en el planeamiento e implementación del cuidado de la salud en sus comunidades.*
- *(Responsabilidad gubernamental) Los entes gubernamentales tienen una responsabilidad para garantizar el cuidado de la salud de sus individuos, la cual sólo puede ser obtenida mediante la disposición de medidas sociales y salud adecuada a las necesidades de los pueblos. El objetivo principal de los distintos gobiernos, las organizaciones internacionales y la comunidad internacional en las décadas posteriores a la declaración debió ser alcanzar para el año 2000 un estado de salud que permitiera a las personas tener una vida económica y socialmente productiva, siendo la APS, la clave para conseguir esta meta de desarrollo dentro del espíritu de la justicia social.*
- *(Definición de atención primaria de salud) La atención primaria es esencial para el cuidado de la salud basado en la práctica científica, los métodos sociales aceptables y el acceso universal a la tecnología, pues este es el sistema de salubridad que con mayor facilidad se adapta a las necesidades de cada lugar al convertirse en el primer nivel de contacto entre los individuos, la familia y la comunidad con el sistema nacional de salubridad, manteniendo el cuidado de la salud lo más cerca posible de aquellos lugares donde los individuos vivan y trabajen.*
- *(Componentes de la atención primaria de salud) Para la atención correcta de los principales problemas de salud, la atención primaria debe prestar servicios de promoción, prevención, curación y rehabilitación, y por consiguiente:*

Incluye:

- a. La educación acerca de los problemas de salud y los métodos de como prevenirlos y controlarlos.*
- b. La promoción del suministro de alimentos y la nutrición apropiada.*
- c. El desarrollo de una adecuada fuente de agua potable y de salubridad básica.*
- d. El cuidado maternal e infantil, incluyendo la planificación familiar.*

- e. *La vacunación en contra de las más importantes enfermedades infecciosas.*
- f. *La prevención y control de enfermedades endémicas locales.*
- g. *El tratamiento apropiado de enfermedades comunes y lesiones.*
- h. *Proporcionar los medicamentos esenciales.*

Todo esto implica, varios aspectos vinculados al desarrollo de los países y comunidades, en especial agricultura, alimentación, industria, vivienda, trabajos públicos. A su vez requiere la promoción del máximo de autoestima social e individual, y la participación en la planeación, organización, operación y control de la atención primaria de salud, haciendo un uso completo de los recursos locales y nacionales disponibles; para este fin se promocionará la adecuada educación y aumento de la participación ciudadana. A demás de confianza en los niveles locales y de los trabajadores de la salud que unidos forman un equipo bien entrenado para responder a las necesidades.

- *Todos los gobiernos deberían formular políticas nacionales, estrategias y planes de acción para iniciar y sostener la atención primaria de salud como parte de un amplio sistema nacional de salud y en coordinación con otros sectores. Para esto será necesario un ejercicio político que movilice los recursos del país y use los recursos externos de forma racional.*
- *Todos los países deberían colaborar en el espíritu de sociedad y servicio para asegurar la atención primaria de salud para todas las personas del mundo tomando en cuenta que el logro de la salud por persona en algún país directamente beneficiará a todos los demás países. En este contexto la junta OMS/UNICEF informó que la atención primaria constituye una base sólida para el desarrollo futuro alrededor del mundo.*
- *Un aceptable nivel de salud para todas las personas del mundo podía lograrse para el año 2000 si se extendía y mejoraba el uso de recursos a nivel mundial para la salud, en vez de ser utilizada en la adquisición de armamentos y en los conflictos militares. Una política genuina de independencia, paz y desarme podía y debía liberar recursos adicionales que bien podían ser utilizados en la aceleración del desarrollo económico y social.*

Lamentablemente la coincidencia en todos estos puntos, que pudieron haber marcado un antes y un después en torno a la cuestión de la atención primaria de la salud, no produjo las consecuencias anheladas. Lejos de haber conseguido la meta: “*Salud para todos en el año 2000*” la brecha sanitaria que existía en 1978 se agrandó enormemente condicionando a los mismos y nuevos actores de la política internacional a tomar medias reparatorias, de urgencia en vez de soluciones profundas y duraderas.

4.2.- El derecho a la salud en el sistema regional.

La Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre⁸¹, primer documento común a la región en la materia, reconoció la salud como un derecho humano y como una prioridad en la vida de las personas.

En el artículo 1 se acordó mencionar al *derecho a la vida, a la libertad, a la seguridad e integridad personal*, sin exclusión de persona alguna cualquiera fuera la razón invocada. Esta mención del derecho a la vida incluye, como se verá en el art. 7 la protección de la maternidad y la infancia, abarcando la gravidez de la mujer, el período de lactancia y las necesidades del niño.

La protección de la vida como un bien supremo, incluye asimismo a las generaciones futuras. Sin lugar a dudas, lo expresado por la Declaración Americana no es sino la prolongación de las aspiraciones por la comunidad universal en el momento de la Conferencia que le dio origen. Pero específicamente el derecho a la *preservación de la salud y al bienestar* se lo menciona en el artículo 11 que dice: “*Toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad*”.

Para el mejor análisis del artículo anterior conviene desglosarlo de la siguiente manera: En primer lugar podríamos mencionar la inclusión de *toda la persona* como titular del derecho a la preservación de su salud y a medidas sanitarias y sociales que lo favorezcan. Se encuentran contemplados como beneficiarios todos los seres humanos sin excepción alguna. Al mismo tiempo y teniendo en cuenta la inmensa gama de posibilidades de problemas que se presenten en cada persona respecto a su salud, este artículo, tal y como esta redactado, nos sugiere que no importa el grado de necesidad o emergencia médica, pues esta debe ser atendida sin excepción.

En segundo lugar podríamos reflexionar sobre otra parte del artículo que dice que la salud será preservada por “*medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica*”. Existe la obligación por parte del Estado de brindar una atención médica de manera inmediata, y proveer también de otros beneficios complementarios a la salud, sin embargo “*medidas sanitarias y sociales*” no indica la profundidad en la cobertura que deberá hacer el Estado en torno a la cuestión sanitaria. Respecto a la amplitud en torno a las medidas sanitarias y sociales señala en artículo, con un poco más de precisión, que se refiere a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica.

⁸¹ Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (1948, año de la celebración de la IX Conferencia Internacional Americana en Bogotá, Colombia),

La redacción del artículo es satisfactoria pese a la imprecisión que lo caracteriza. Sin embargo en una tercera y última parte se expresa que todos estos derechos, que conforman el derecho a la salud, se brindarán de acuerdo “*al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad*”. Respecto al nivel de compromiso que genera a los Estados este artículo, todas las medidas que se tomen sobre la preservación de la salud y el bienestar están sujetas a lo que los recursos indiquen.

La salud tal y como se expresa en otras partes de este trabajo de investigación incluye también el derecho al descanso y su aprovechamiento para que el tiempo libre sea provechoso espiritual, cultural y físico (art. 15), y se reconoce también el derecho a la seguridad social en caso de desocupación, vejez e incapacidad física o mental que le impida obtener los medios para su subsistencia (art. 16).

Las obligaciones en torno a la salud no sólo comprometen al Estado sino también a los miembros de la comunidad. Así el artículo 30 declara que “*toda persona tiene el deber de asistir, alimentar, educar y amparar a sus hijos menores de edad, y los hijos tienen el deber de honrar siempre a sus padres y el de asistirlos, alimentarlos y ampararlos cuando éstos lo necesiten*”. Asimismo el artículo 35 establece “*el deber de cooperar con el Estado y con la comunidad en la asistencia y seguridad sociales de acuerdo con sus posibilidades y con las circunstancias*”.

De manera muy general, y dando el puntapié inicial para en futuras oportunidades ahondar más en cuestiones referidas a la salud, todo lo expuesto será solo la antesala de lo expresado en la Convención Americana de Derechos Humanos.

4.2.1.- La Convención Americana sobre Derechos Humanos.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos fue suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana de Derechos Humanos y entró en vigor el 18 de julio de 1978. El contexto en que surge como instrumento regional de protección de los derechos humanos es un tanto distinto al momento de la Declaración Americana y es por ello que el Pacto que analizamos ahora es más profundo en el tratamiento de los derechos que se habían reconocido para ese entonces y crea dos órganos de protección de los derechos humanos que conocerán en los asuntos relacionados con los compromisos efectuados por los Estados Partes en este instrumento: ellos son la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

El Pacto desde el comienzo de su redacción impone a los Estados Partes el deber de adoptar disposiciones de derecho interno que hagan efectivos los derechos y libertades reconocidos (art. 2). Esto es una repetición de uno de los principios del derecho internacional público: *Pacta Sunt Servanda* (es decir los pactos deben ser cumplidos) el cual claramente se establece en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y que es correlativo también de otro principio que emana del mismo

instrumento internacional que es que ningún Estado puede ampararse en su derecho interno para incumplir un tratado internacional.

Como antesala a la mención expresa del derecho a la salud, es posible notar la ponderación del derecho a la vida la cual estará protegida a partir de la concepción. De conformidad con esto queda abolida la pena de muerte, la que será aplicada solo para casos extremos, nunca por delitos políticos o conexos con ellos, y en los Estados que no la hayan abolido. No podrá aplicarse esta pena a menores de dieciocho años ni mayores de setenta, como así tampoco a mujeres en estado de gravidez. Podrán solicitar los condenados la amnistía, indulto o conmutación de pena (artículo 4).

El derecho a la salud aparece expresamente en el artículo 5 del Pacto el cual se refiere al derecho a que se respete la integridad personal física, psíquica y moral. Se condenan las torturas y malos tratos y se asientan criterios mínimos para los que se encuentran privados de la libertad.

Este reconocimiento que se hace a la integridad personal no conlleva ninguna obligación de hacer para los Estados, sino más bien, obligaciones de no hacer, y como expresa la letra del artículo, el solo respeto a la integridad física, psíquica y moral. Además la Convención vincula este derecho a la tortura, las detenciones y apremios ilegales, quedando un gran vacío en torno al derecho a la salud en otros planos también trascendentes.

Por último el capítulo III del Pacto titulado *Derechos económicos, sociales y culturales*, en el artículo 26 se refiere al desarrollo progresivo que deberá caracterizar el progreso en torno a estos derechos. Incluye aquí el deber de los Estados de adoptar medidas a nivel interno y de cooperación internacional para que progresivamente se logre la plena vigencia de las normas que se refieran a derechos económicos, sociales y sobre la educación, la ciencia y la cultura, sujeto todo esto a los recursos que se hallen disponibles.

4.2.2.- El Protocolo de San Salvador de Bahía.

En el marco de Organización de Estados Americanos se celebró en San Salvador de Bahía, El Salvador, el 17 de noviembre de 1988 en el decimotercero período de sesiones de la Asamblea General. Allí se elaboró el Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos en materia de Derechos, Económicos, Sociales y Culturales. Está dirigida a los Estados Partes en la Convención Americana de Derechos Humanos, de acuerdo a lo que establece el preámbulo del Pacto y finalmente se registra su entrada en vigor el 16 de noviembre de 1999, cuando alcanzó las once ratificaciones (art. 21).

El Protocolo recuerda que si bien han sido reconocidos los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante DESC) en anteriores instrumentos regionales de derechos humanos y en el marco de las Naciones Unidas, resulta necesario recordar que solo puede realizarse un ser humano libre, exento del temor y de la miseria creando condiciones que permitan a cada persona gozar de todos sus derechos (civiles y políticos y los que trata este Protocolo).

En los dos primeros artículos se reitera uno de las principales bases del derecho internacional de los derechos humanos: Los Estados Partes en el Protocolo se comprometen a *“adoptar medidas necesarias tanto de orden interno como mediante la cooperación entre los Estados hasta el máximo de los recursos disponibles y tomando en cuenta su grado de desarrollo, a fin de lograr progresivamente, la plena efectividad de los derechos que se reconocen”*.

Quedan reconocidos derechos del trabajador y sindicales, entre otros. Pero conviene antes de detenernos en el derecho a la salud, hacer mención del derecho a la seguridad social (art. 9). El Protocolo protege a las personas de las consecuencias de la vejez, la incapacidad física y mental que impida oportunamente la obtención de una vida digna, también están contemplados los beneficiarios de prestaciones sociales. A su vez reitera que las personas que se encuentren trabajando, la seguridad social abarcará también la atención médica, los subsidios y jubilaciones, y en el caso de maternidad la licencia que corresponda, retribuida antes y después del parto.

Concretamente el derecho a la salud aparece en el artículo 10 que señala que: *Toda persona tiene derecho a la salud, el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social*. Y es responsabilidad de los Estados reconocer la salud como un bien público adoptando medidas para que se efectivice el derecho a:

- a. *La atención primaria de la salud (asistencia sanitaria esencial) de todos los individuos y familiares de la comunidad;*
- b. *La extensión de los beneficios de los servicios de salud;*
- c. *La total inmunización contra las principales enfermedades infecciosas;*
- d. *La prevención y el tratamiento de las enfermedades endémicas, profesionales y de otra índole;*
- e. *La educación de la población sobre la prevención y tratamiento de los problemas de salud, y*
- f. *La satisfacción de las necesidades de salud de los grupos de más alto riesgo y que por sus condiciones de pobreza sean más vulnerables.*

En los artículos siguientes al reconocimiento del derecho a la salud, y porque sin duda se encuentran ligados, se reconoce el derecho a un medioambiente sano (art. 11) y

el derecho a la alimentación (art. 12) con el propósito de erradicar la desnutrición que requerirá, por otra parte, que los Estados perfeccionen los métodos de producción, aprovisionamiento y distribución de alimentos, al mismo tiempo que se fortalezca el ideario de cooperación internacional.

Se reconocen también el derecho a la constitución y protección de la familia (art. 15) y al cuidado que debe brindarle el Estado quien velará por el mejoramiento del grupo familiar. Se menciona particularmente la atención que deben recibir mediante un lapso razonable las madres luego del parto a demás de la atención previa que requiera. A los niños se les garantiza una adecuada alimentación, tanto en la época de lactancia como durante la edad escolar y también se contempla la necesidad de adoptar medidas especiales de protección de los adolescentes a fin de garantizar la plena maduración de sus capacidades física, intelectual y moral; por último se recalca la importancia de contribuir a la creación de un ambiente estable y positivo en el cual los niños perciban y desarrollen los valores de comprensión, solidaridad, respeto y responsabilidad.

Los Artículos 16, 17 y 18 finalmente se encargan de proteger particularmente a la niñez, a los ancianos y a los minusválidos. Queda establecido que los Estados se comprometen a adoptar medidas que de manera progresiva proporcionen a los ancianos, instalaciones adecuadas, alimentación y atención médica especializada. Asimismo se menciona que las personas que sufran alguna disminución de sus capacidades físicas o mentales tienen derecho a una atención especial con el fin de alcanzar el máximo desarrollo de su personalidad. Los Estados partes se comprometen a adoptar medidas de derecho interno, dirigida a las personas que sufran la minusvalía, los ambientes en que desarrollen sus actividades y en forma especial a sus familiares.

Por último los Estados Partes presentarán a la Asamblea General de la OEA informes periódicos indicando las medidas progresivas que se hayan adoptado para asegurar el debido respeto de los derechos consagrados en el Protocolo. Los informes presentados serán transmitidos al Consejo Interamericano Económico y Social y al Consejo Interamericano para la Educación, la Ciencia y la Cultura, y recibirá también una copia del mismo la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que desde luego, está habilitada para efectuar observaciones y recomendaciones a los Estados.

4.2.3.- La Carta Social Europea

Los gobiernos signatarios del Consejo de Europa se reunieron el 18 de octubre de 1961 en Turín para conseguir una unión más estrecha y al mismo tiempo, promover los ideales y principios que favorecieran el progreso económico y social, en particular mediante la defensa y el desarrollo de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Más adelante, el 5 de mayo de 1988, con motivo de su veinticinco aniversario, el Consejo de Ministros del Consejo de Europa adoptó un Protocolo Adicional. Por último se hizo una revisión de la Carta el 3 de mayo de 1996.

El texto primero dice que se establece la Carta Social Europea basándose en el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950 y su Protocolo Adicional, firmado en París el 20 de marzo de 1952 con el objeto de mejorar el nivel de vida y promover el bienestar de todos.

Consta de tres apartados. En el primero establece los aspectos fundamentales de la Carta, es donde realmente se halla su articulado. En el segundo aparece un anexo relativo al ámbito de aplicación de la Carta (personas protegidas), y en el tercero, se recogen las declaraciones y reservas formuladas en el momento de la firma o de la ratificación por los Estados.

Los temas que convocan a debate son varios que efectivamente se ven plasmados en el Instrumento que en esta oportunidad los Estados suscriben. Nombramos algunos como el derecho a trabajar, condiciones justas de salario, derechos sindicales, y abocándonos a una mención expresa sobre cuestiones vinculadas a la salud, se encuentran contenidos el derecho a la seguridad y a la higiene en el trabajo, y a las familias a un nivel de vida decoroso. Para las trabajadoras existe un apartado que contempla el caso de la maternidad y la protección especial que amerita el estado de gravidez.

Específicamente se establece el derecho a la salud en todo sentido y no solo en el ámbito laboral en el artículo 1, punto 11 que establece que: *“Toda persona tiene derecho a beneficiarse de cuantas medidas le permitan gozar del mejor estado de salud que pueda alcanzar”*; *“todos los trabajadores y las personas a su cargo tienen derecho a la seguridad social”* dice el punto 12 del mismo artículo 12; *“Toda persona que carezca de recursos suficientes tiene derecho a la asistencia social y médica”* dice el punto 13.

Se protegerá a las personas en estado de invalidez, y en otro sentido también se protegerá la familia como célula fundamental de la sociedad, jurídica y económicamente para lograr su desarrollo. Queda de manifiesto que existe una preocupación más marcada sobre las cuestiones laborales, así podemos nombrar que el artículo 3 se detiene a describir el derecho a la seguridad e higiene en el trabajo y los compromisos que este derecho requiere de parte de los Estados para su efectividad.

El artículo 7 se refiere a la situación de los niños y adolescentes quienes deben ser beneficiarios de una protección especial de su integridad y salud en los casos (muy concretos) de trabajo. Por otro lado, en el artículo 8 contempla la situación de las *trabajadoras antes y después del parto*, al mismo tiempo impone la obligación de los Estados *Partes de garantizar a las madres que críen a sus hijos, el tiempo libre suficiente para hacerlo*.

El artículo 11 garantiza el ejercicio efectivo del derecho a la protección de la salud y por lo tanto los Estados están comprometidos a adoptar medidas de cooperación con organizaciones públicas o privadas, *adecuadas para entre otros fines*:

1. *Eliminar, en lo posible, las causas de una salud deficiente.*
2. *Establecer servicios educacionales y de consulta dirigidos a la mejora de la salud y a estimular el sentido de responsabilidad individual en lo concerniente a la misma.*
3. *Prevenir, en lo posible, las enfermedades epidérmicas, endémicas y otras.*

La redacción del artículo intenta comprometer a los Estados para que mediante acuerdos con organismos públicos o privados alcancen los fines mencionados expresamente no obstante los otros que se obtengan. A diferencia de lo estipulado en otros tratados internacionales, es posible notar como aquí se hace referencia a algo novedoso: Estimular el sentido de la responsabilidad individual en lo concerniente a la salud. Es una meta tan elevada como necesaria la pretensión de invocar a la responsabilidad individual, al margen de las obligaciones propias de los Estados, en la promoción de la educación y conciencia del cuidado de la salud.

El artículo 12 establece el derecho a la seguridad social con un nivel satisfactorio, equivalente, al menos al exigido para la ratificación del Convenio Internacional del Trabajo sobre normas mínimas de Seguridad Social. No queda sin mencionar tampoco el compromiso de esforzarse para elevar el nivel de salud.

Como otra característica distintiva el artículo 12, punto 4.a. se refiere a adoptar medidas mediante acuerdos bilaterales encaminadas a *“conseguir la igualdad de trato entre los nacionales de cada una de las partes contratantes y los de las demás partes en lo relativo a los derechos de Seguridad Social, incluida la conservación de las ventajas concedidas por las leyes de Seguridad Social, sean cuales fueren los desplazamientos que las personas protegidas pudieren efectuar entre los territorios de las partes contratantes”*.

La asistencia social y médica también es un derecho de aquellos que no disponen de los recursos suficientes, expresa el artículo 13. Y más adelante en el artículo 14 dice que los contratantes deben fomentar el bienestar y el desarrollo de los individuos y la comunidad y la adaptación al medio o entorno social. Deberán los Estados fomentar la participación de los individuos y de las organizaciones benéficas o de otra clase en la creación y mantenimiento de tales servicios

El artículo 15 de manera muy genérica y para aspectos no solo de salud se refiere a la situación de personas con alguna disminución en sus aptitudes físicas o mentales quienes merecen un adecuado cuidado y atención, sobre todo respecto de sus aspiraciones laborales y realización personal. También requieren una protección especial las familias (artículo 16), tanto social, jurídica como económicamente. Se expresa que la familia es la cédula fundamental de la sociedad por eso se les deben brindar ayudas fiscales y para los recién casados, a demás de otras.

Tienen una mención especial en el artículo 17, las madres y los niños que requieren una protección social y económica. También se menciona el derecho de los trabajadores migrantes y sus familias a protección y asistencia (artículo 19) para garantizar la asistencia en el territorio de cualquier Estado contratante. Las personas son beneficiarias de protección y asistencia a servicios gratuitos adecuados para ayudar a trabajadores y familias en situaciones de viajes, etc., etc., etc.

Por último y para hacer un seguimiento en la realización efectiva de todo lo dispuesto en la Carta, el artículo 21 establece que: *“Las partes contratantes remitirán al Secretario General del Consejo de Europa, en forma que habrá de determinar el Comité de Ministros, un informe bienal sobre la aplicación de las disposiciones”* que se hubieren aceptado. Tal como lo dice el artículo 24, estos informes presentados al Secretario General serán examinados por un Comité de expertos. Este Comité *“constará de siete miembros como máximo designados por el Comité de Ministros de entre una lista de expertos independientes, de máxima integridad y de competencia reconocida en cuestiones sociales internacionales, propuestos por las partes contratantes, por un período de seis años y su mandato podrá ser renovado”*.(artículo 25)

Finalmente el artículo 27 establece que *“los informes de las partes contratantes y las conclusiones del Comité de expertos se someterán a examen ante el Subcomité Social Gubernamental del Consejo de Europa el cual está integrado por un representante de cada una de las parte contratantes. El Subcomité invitará, como máximo, a dos organizaciones internacionales de empleadores y a dos organizaciones internacionales de trabajadores, que participarán a título consultivo en sus reuniones. También a dos representaciones como máximo de organizaciones internacionales no gubernamentales reconocidas como entidades consultivas por el Consejo de Europa, sobre cuestiones respecto de las cuales tales organizaciones estén especialmente calificadas, como, por ejemplo, el bienestar social o la protección económica y social de la familia”*.

Como última instancia el Subcomité presentará al Comité de Ministros un informe que contenga sus conclusiones, al que unirá como anexo el informe del Comité de expertos. Y el artículo 28 concluye diciendo que el *“Secretario General del Consejo de Europa remitirá a la Asamblea consultiva las conclusiones del Comité de expertos. La Asamblea consultiva comunicará al Comité de Ministros su opinión sobre dichas conclusiones. El Comité de Ministros, por una mayoría de dos tercios de los miembros que tengan derecho a participar en sus reuniones basándose en el informe del Subcomité, y previa consulta a la Asamblea Consultiva, podrá formular las recomendaciones que estime pertinentes a cada una de las partes contratantes”*.

Los méritos más relevantes de este instrumento son que destaca: El derecho a la seguridad e higiene en el trabajo, derecho a una remuneración equitativa, derechos sindicales y a negociaciones equitativas, derecho de los niños y adolescentes, derechos específicos de las trabajadoras, derecho a la seguridad social en busca de elevar el nivel de atención y conseguir la igualdad de trato de los nacionales de cada una de las Partes, entre otros.

4.2.4.- La Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos.

La Carta Africana de los derechos es también conocida como Carta de Banjul, fue aprobada el 27 de julio de 1981, durante la XVIII Asamblea de Jefes de Estado y Gobierno de la Organización de la Unidad Africana, reunida en Nairobi, Kenya.

La Carta Africana es un instrumento emblemático para el continente, sin lugar a dudas es uno de los documentos más esperados por el pueblo africano e increíblemente necesario para sus pobladores. Posee una redacción única en cuestiones como la autodeterminación de los pueblos, y enriquece los criterios internacionales en cuestiones sociales y familiares, entre otras.

Reitera en el preámbulo un principio que establece también la Declaración Universal de Derechos Humanos, que *“es esencial prestar especial atención al derecho al desarrollo y de que los derechos civiles y políticos no pueden ser disociados de los derechos económicos, sociales y culturales en su concepción y en su universalidad, y de que la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales constituye una garantía del disfrute de los derechos civiles y políticos”*.

La parte primera de la Carta es llamada “Derechos y Deberes” en su artículo 16 dice que: *“Todo individuo tendrá derecho a disfrutar del mejor estado físico y mental posible”*. La expresión es innovadora por completo, se refiere a estado físico y mental, y con ello pretende referirse a la salud como un beneficio prolongado en el tiempo, no circunstancial. Al mismo tiempo el artículo acompaña el reconocimiento del derecho a disfrutar del mejor estado físico y mental con el deber de los Estados de proteger la salud de su pueblo y asegurarse de la asistencia médica en caso de enfermedad.

También la familia está protegida en el artículo 18, que la reconoce como la unidad natural y la base de la sociedad, el Estado se ocupará de su salud física y moral, a demás de la asistencia. Por último, el mismo artículo menciona el cuidado que deberán tener las mujeres y los niños, los ancianos y minusválidos, cada uno de ellos, según sus necesidades físicas o morales.

Puntualmente el artículo 22 reitera el derecho al desarrollo de todos los pueblos económica, social y culturalmente, mencionando el deber de los Estados de individual o colectivamente garantizar el ejercicio del derecho al desarrollo. Entre otro de los deberes para los Estados, figura en el artículo 24 el derecho de los pueblos a un entorno general satisfactorio favorable al desarrollo.

Las obligaciones en torno al bienestar de la familia y al desarrollo individual o colectivo no es algo que comprometa solo a los Estados. El artículo 29 dice: *“El individuo también tendrá el deber de preservar el desarrollo armonioso de la familia y de fomentar el respeto y la cohesión de ésta; de respetar a sus padres en todo momento y de mantenerlos en caso de necesidad; servir a su comunidad nacional poniendo sus aptitudes físicas e intelectuales a su servicio; preservar y reforzar los valores culturales africanos positivos en sus relaciones con los demás miembros de la sociedad en un espíritu de tolerancia, diálogo y consulta y, en general, contribuir a la promoción del*

bienestar moral de la sociedad; contribuir en todo lo posible, en todo momento y a todos los niveles a la promoción y la consecución de la unidad africana”.

La idea de cooperación y de responsabilidad individual en relación con el desarrollo de los pueblos es la nota distintiva de la Carta. Se menciona el deber de cooperar de una manera única en comparación con los instrumentos internacionales de Derechos Humanos. El respeto por la familia, por la figura de los padres en la adultez de ellos, la cooperación con los miembros de la sociedad, el reiterado llamado al diálogo y al bienestar moral, la insistencia en la unidad africana, son los arquetipos que observamos en la Carta Africana.

La Carta crea la Comisión Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos para que dentro de la Unidad Africana se promuevan los Derechos Humanos (artículo 30). La Comisión tiene once miembros con máxima reputación en la materia que actuarán a título personal (nunca habrá más de un ciudadano del mismo Estado) (artículo 31 y 32).

El artículo 33 dice que: *“Los miembros de la Comisión serán elegidos en votación secreta por la Asamblea de jefes de Estado y de gobierno, de una lista de personas designadas por los Estados firmantes de la Carta”.* En lo que resta a la manera de elección de los miembros de la Comisión Africana, es posible notar gran

similitud entre el mecanismo dispuesto para la elección de los miembros de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. La Comisión Africana tiene un Presidente, Vicepresidente y un Secretario General que puede asistir a las reuniones pero no votará y solo participará hablando si así se lo requiere el Presidente. La Comisión elaborará su reglamento.

La Comisión tiene un mandato a cumplir: Está encargada de la Promoción de los Derechos Humanos y de los Pueblos, emprende estudios e investiga los problemas africanos, organiza seminarios y actividades de este tipo en aras de difundir información a las instituciones gubernamentales y a los pueblos, pero fundamentalmente hará recomendaciones a los gobiernos. Oportunamente interpretará si fuera necesario las disposiciones de la Carta Africana y realizará cualquier otra tarea que la Asamblea de Jefes de Estado y de gobierno le encomiende.

Si uno de los Estados firmantes de la Carta ha violado las disposiciones que ella contiene, otro Estado puede llamar la atención de la Comisión mediante un Comunicado que será remitido al Secretario General de la Organización para la Unidad Africana. Sobre otras situaciones de graves violaciones a los Derechos Humanos, la Asamblea de jefes de Estado y de gobierno puede solicitarle a la Comisión que emprenda la realización de un estudio a fondo de esos casos y que elabore un informe factual, el cual acompañará de su conclusión y recomendaciones.

Por último el artículo 62 establece que todo Estado miembro se comprometerá a presentar cada dos años un informe sobre las medidas legislativas o de otra índole

tomadas con el fin de hacer más efectivos los derechos y libertades reconocidos y garantizados por la Carta.

5.- LEGISLACION BASICA SOBRE SALUD EN LOS PAISES DEL MERCOSUR.

En este capítulo pretendemos hacer una somera referencia a la legislación básica que rige actualmente el sistema de salud en los países miembros y socios del Mercosur⁸².

Se adjunta como anexo el dato estadístico por país de los indicadores en materia de salud informados por la Organización Mundial de la Salud⁸³

5.1.- ARGENTINA

El servicio de salud en Argentina se integra de varios regímenes cuya coordinación es prácticamente inexistente⁸⁴. El sistema público se encuentra a cargo del Estado nacional, provincial o municipal según corresponda a cada jurisdicción.

El financiamiento de la salud pública depende entonces de los diversos presupuestos, lo que implica en la práctica diferencias sustanciales en la calidad y cantidad de las prestaciones. Así, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires se caracteriza por un esquema hospitalario más moderno y complejo que la Provincia del mismo nombre, separada simplemente por el Riachuelo y la Av General Paz.

Ello implica el traslado permanente de personas desde el conurbano bonaerense hacia la Capital para ser atendidas por el sistema asistencial de éste último, el que si bien posee también deficiencias, se encuentra en mejores condiciones de prestar el servicio.

Una parte importante del sistema se encuentra a cargo de las obras sociales pertenecientes a los diversos sindicatos y abarca en forma exclusiva a los afiliados a cada actividad. Presente también diferencias notables ya que existen grandes y pequeños sindicatos y, en consecuencia, deficientes o importantes obras sociales según dicha pertenencia.

⁸² Se deja constancia que los datos aportados corresponden a los disponibles a mayo de 2008, fecha de elaboración de este trabajo.

⁸³ Datos correspondientes al Informe 2007 de la OMS.

⁸⁴ Ver Saux Edgardo Ignacio, *La derecho constitucional a la vida y la salud y la acción de amparo en Derecho a la Salud*, edición El Derecho –UCA, 2007, pg.83 ss.

Un amplio espectro de empresas de medicina prepaga constituye el sistema privado de asistencia médica. Algunos son “abiertos” y funcionan como seguro de salud. En los “cerrados” la atención se efectúa a través de sanatorios, clínicas o servicios que perciben un canon por las prestaciones y a la vez cobran una cuota al beneficiario. Algunas mutuales se integran también al sistema.

El control de gestión tanto de las obras sociales como de las empresas prepagas es insuficiente y actúa como factor de distorsión respecto de la calidad de las prestaciones y el costo individual del servicio.

A pesar de las deficiencias, en líneas generales el sistema de salud argentino se encuentra entre los mejores de la región, conjuntamente con Chile y Uruguay. Esto actúa como elemento determinante para la circulación de personas hacia nuestro territorio con el objeto de seguir sus tratamientos médicos en los establecimientos públicos. La medicina privada precisamente por serlo, no se encuentra afectada por este fenómeno.

A fin de citar la principal normativa en materia de salud, destacamos la siguiente:

- Ley nacional N° 23.660/89 que rige el Régimen de Obras Sociales .
- Ley nacional N° 23.661/89 sobre Sistema Nacional de Seguro de Salud
- Ley nacional N° 24.455/95 que establece el Programa Médico Obligatorio (PMO) para las obras sociales pertenecientes al Sistema Nacional de Seguro de Salud. La Resolución del Ministerio de Salud N° 247/96 que regula el alcance del PMO indicando cual es el nivel mínimo de cada prestación..
- La Ley N° 24.754/97 de medicina prepaga.
- La ley N° 24.240 de Defensa del Consumidor también es de aplicación en función de la Resolución 53/2003 de la Secretaria de la Competencia y alude a la medicina prepaga.

La jurisprudencia ha dicho que la Prestación Médica Obligatoria (PMO)“...constituye un nuevo derecho constitucional a la salud...” (Causas *Zárate c/ CUDAI0*, Juzg Ira Instancia CC Santa Fe 4° Nominación, 17/11/97)

5.2. BRASIL

Las normas fundamentales en materia de salud son las siguientes:

- Ley N° **8080** (19 de septiembre de 1990) Disposiciones sobre las condiciones para la promoción, protección y recuperación de la salud, la organización y funcionamiento de los servicios correspondientes.
- **Ley N° 8142** (28 de diciembre de 1990) Disposiciones sobre la participación de la comunidad en la gestión del Sistema Único de Salud SUS y sobre transferencias intergubernamentales de recursos financieros em el área de la salud.
- **Pacto para la salud 2006.** Consolidación del SUS y aprobación de las Directrices Operacionales del referido Pacto (Portaria N° 399/GM del 22 de febrero de 2006)
- **Norma Operacional de Asistencia a la Salud NOAS SUS 2002**
- **Norma Operacional Básica – NOS SUS 01/96**

5.3.- URUGUAY

El sistema de salud del Uruguay se integra por aportes del sector público y privado.

Las instituciones del sector público son el Ministerio de Salud Pública (MSP, el cual brinda sus servicios a través de la Administración de los Servicios de Salud del Estado, ASSE), el Banco de Previsión Social, la Universidad de la República, los Ministerios de Defensa Nacional y del Interior, las Intendencias Municipales, y otras entidades públicas y entes autónomos.

El subsistema privado está constituido por las Instituciones de Asistencia Médica Colectiva (IAMC, instituciones de seguro de pre-pago que brindan una atención integral), las empresas que brindan seguros parciales de salud, los Institutos de Medicina Altamente Especializada (IMAE, que son empresas públicas o privadas que realizan alguno de los procedimientos establecidos como de alta tecnología y/o de alto costo, pagos a través del Fondo Nacional de Recursos), los sanatorios y clínicas privados, y las residencias para ancianos.

Como ya se dijo (punto 3.9.) la Constitución de la República Oriental del Uruguay es restringida en la consideración del derecho a la salud y determina la prestación gratuita únicamente bajo condición de indigencia. Conforme esa pauta, la Ley Orgánica del MSP (1934) tiene como objetivo esencial brindar asistencia gratuita a los indigentes o carentes de recursos, y promover la salud y fomentar la disminución de factores de riesgo en toda la población.

La Equidad no se define en la normativa jurídica sanitaria vigente. El subsector privado se ha basado en la solidaridad intergeneracional y no en el principio de la equidad en la asignación de recursos.

Con fecha 2 de agosto de 2007, el Poder Ejecutivo dictó el **Decreto N° 276/007** que reglamenta la **Ley N° 18.131** (que creó el Fonasa) del 18 de mayo de 2007, primer peldaño para la implementación de la reforma del sistema nacional de salud.

5.4.- PARAGUAY

El Sistema Nacional de Salud (SNS) de Paraguay está regulado por la **Ley 1032/96** que establece los mecanismos de la oferta de servicios de salud de los subsectores públicos, privados o mixtos, de seguros de salud y de las universidades.

El Decreto **21.376/98** otorga al Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social (MSP y BS) el rol rector de los programas y actividades del sector para orientar y normar las acciones públicas y privadas que intervienen en la salud individual y colectiva.

El sistema de salud en el Paraguay presenta una alta segmentación a nivel de proveedores y una evidente falta de articulación de los diferentes subsectores.

La **Ley 1032**, de 1996, estableció las pautas para la descentralización de los servicios y prestaciones. Fue reglamentada mediante el **Decreto 19.966/98**

5.5.- CHILE

El Sistema de Salud chileno es mixto, compuesto de fondos y prestadores públicos y privados. El sector público lo integran los organismos que componen el Sistema Nacional de Servicios de Salud (SNSS): el Ministerio de Salud (MINSAL) y sus organismos dependientes: los Servicios de Salud, el Instituto de Salud Pública (ISP), la Central de Abastecimiento (CENABAST), el Fondo Nacional de Salud (FONASA), y la Superintendencia de Instituciones de Salud Previsional (SISP).

En el ámbito público, en 1985 se dictó la **ley N°18.469**, normativa que estableció dos modalidades de atención: a) Institucional (a la cual acceden los beneficiarios del sistema público dependiente del servicio de salud, donde la cobertura financiera depende de los ingresos del beneficiario) y b) Libre elección (en la cual los beneficiarios optan por prestadores que hayan suscrito convenios con FONASA y cuya la cobertura financiera depende del grupo en que se encuentra inscrito el profesional o entidad prestadora).

A su vez, en 2005 se dictó la Ley denominada de Garantías Explícitas en Salud N° **19.966** garantiza el acceso a la atención de salud oportuna, de calidad y con protección financiera.

Otras normas generales de importancia son:

- **La Ley 18.933** sobre Instituciones De Salud Provisional (ISAPRES) (modificada por la N° 20.015).
- **La Ley N° 19.937** de Autoridad Sanitaria (Formula, evalúa y actualiza el Sistema de Acceso Universal con Garantías Explícitas –Sistema AUGE) que incluye las acciones de salud pública y las prestaciones a que tienen derecho los beneficiarios de las leyes n° 18.469 y 18.933)
- **Ley Fonasa N° 18.469** (del 23/11/85)

5.6.- COLOMBIA

La **Ley 100 de 1993** creó el sistema de Seguridad Social Integral, actualizando la legislación sobre Seguridad Social, con énfasis en el Sistema General de Pensiones, en el Sistema General de Seguridad Social en Salud, en el Sistema General de Riesgos Profesionales y en Servicios Sociales Complementarios.

La reforma de la Salud en el País se orientó en 3 direcciones: la desmonopolización de la seguridad social en salud para los trabajadores del sector privado al brindarle a todos los asalariados la opción de elegir la entidad que les preste el servicio de salud; la presencia del sector privado como opción adicional al Instituto de Seguros Sociales (ISS) y la aparición de un sector subsidiado que se sustenta en la creación de un Fondo de Solidaridad y Garantía, y que brinda aseguramiento a la población pobre del país.

5.7.- PERU

Por disposición de la **Ley General de Salud N° 26842**, el MINSA es la máxima autoridad sanitaria, tiene a su cargo la rectoría del Sector y es responsable de la dirección y gestión de la política nacional de salud, así como de supervisar su cumplimiento, de conformidad con la política general del Gobierno.

La misma Ley establece que el Estado es responsable de proveer los servicios de salud pública a toda la población y que la salud individual es una responsabilidad compartida por el individuo, la sociedad y el Estado. Corresponde a éste último subsidiar parcial o totalmente la atención médica de las personas con menores recursos y a aquellos que no cuentan con seguro de salud público o privado.

5.8.- BOLIVIA

El sistema de salud boliviano presenta deficiencias notables especialmente en la desigualdad social de las prestaciones.

La dirección del Sistema de Salud es ejercida a nivel nacional por el Ministerio de Salud, cuya función es supervisar y fiscalizar en el marco de las Leyes de Descentralización y Participación Popular.

A nivel departamental, las direcciones de Servicios de Salud, dependientes de las Prefecturas Departamentales, ejecutan las políticas nacionales, conforme la centralización que caracteriza al país en materia política.

Las acciones y programas intersectoriales se insertan en el Plan Estratégico en Salud (PES). Bolivia cuenta con un Sistema Nacional de Información en Salud (SNIS), implementado hace 10 años, que provee información sobre producción de los servicios de salud y de la morbilidad sujeta a la acción programática y de vigilancia, desagregada por Servicio Departamental de Salud.

5.9.- ECUADOR

Ecuador es uno de los países de la región con mayores desigualdades en materia de salud y con menor impacto de los recursos invertidos en este rubro, solamente superado por Nicaragua, Honduras, Bolivia y Haití.

El sistema de salud del Ecuador se caracteriza por su segmentación. Como en otros países andinos de la zona, un precario sistema de seguridad social financiado por cotizaciones de los trabajadores del sector formal coexiste con sistemas privados para la población de mayor poder adquisitivo y con intervenciones de salud pública y redes asistenciales para los más pobres.

Existen múltiples financiadores y proveedores: Ministerio de Salud, Seguro Social IESS, ICS, ONG, etcétera, que actúan independientemente y con una completa autonomía administrativa.

La cobertura de la seguridad social es relativamente baja (IESS 10% y Seguro Campesino 10%) y la red asistencial pública muy limitada, quedando aproximadamente un 30% de la población sin cobertura alguna. Otros prestadores que cubren pequeñas cuotas de aseguramiento son: la Sociedad Ecuatoriana de Lucha contra el Cáncer

(SOLCA), la Junta de Beneficencia de Guayaquil (JBG) y los servicios de la Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional.

5.10.- VENEZUELA

El Ministerio de Salud y Desarrollo Social, en su condición de representante del Ejecutivo Nacional, es el órgano rector del sector salud, y tiene a su cargo: la formulación, diseño, evaluación, control y seguimiento de las políticas, programas y planes de salud.

Una **Ley Orgánica de Salud (Bol. 36579)** dictada el 11 de noviembre de 1998 constituye la norma principal de regulación del sector. Fue reformada en 2002.

El sector público de la salud está integrado por múltiples instituciones que operan de forma no integrada, centralizada y desconcentrada, y por el subsector privado.

El sector público está conformado por el Ministerio de Salud y Desarrollo Social (MSDS), el Instituto Venezolano de los Seguros Sociales (IVSS), el Instituto de Previsión de Asistencia Social del Ministerio de Educación (IPASME), el Instituto de Previsión Social de las Fuerzas Armadas (IPSFA) y la Alcaldía Mayor (antes Gobernación del Distrito Federal).

El IVSS es un organismo centralizado con una autoridad única en el ámbito central que cumple funciones de financiamiento, aseguramiento y provisión.

6.- LA NORMATIVA DE LOS ORGANOS DEL MERCOSUR APLICABLE EN MATERIA DE SALUD.

En el ámbito del Mercosur han sido dictadas varias Resoluciones relativas a la salud:

- a) **Resolución 51/1992** del Grupo Mercado Común (GMC) de Creación de una Comisión sobre producto para la salud.
- b) **Resolución 3/1995** del Consejo Mercado Común (CMC) que crea la de Ministros de Salud, que tendrá como función proponer al CMC medidas tendientes a la coordinación de políticas en el área de salud.
- c) **Resolución 151/1996** del Grupo Mercado Común (GMC) de creación del subgrupo de trabajo N° 11 sobre salud.
- d) **Resolución 4/1998** del Grupo Mercado Común (GMC) que aprueba la Pauta Negociadora del Subgrupo de Trabajo N° 11 “Salud”

- e) **Resolución 21/2001** del Grupo Mercado Común (GMC) de aprobación de la Pauta Negociadora del Subgrupo de Trabajo N° 11 “Salud” (Derogatoria de la Res. 4/98)
- f) **Resolución 6/2005** del Grupo Mercado Común (GMC) de aprobación de la Pauta Negociadora del Subgrupo de Trabajo N° 11 “Salud” (Derogatoria de la Res. 21/2001)
- g) **Resolución 13/2007** del Grupo Mercado Común (GMC) de aprobación de la Pauta Negociadora del Subgrupo de Trabajo N° 11 “Salud” (Derogatoria de la Res. 6/2005)⁸⁵

Como puede observarse son escasas las normas destinadas a regular aspectos del derecho a la salud y todas ellas emanan de los órganos institucionales del MERCOSUR de modo que para ser efectivamente aplicadas en cada uno de los países que integran el grupo es necesario que dichas normas sean aceptadas formalmente por los órganos constitucionales de cada Estado.

Es indudable que no puede hablarse de una verdadera integración sin la existencia de un conjunto de normas que, emanadas de órganos supranacionales ajenos e independientes a la voluntad de los Estados, se aplique obligatoriamente en sus respectivos territorios.

Los órganos comunitarios en un esquema evolucionado de integración, se expresan a través de normas dirigidas a los Estados nacionales, pero que también crean derechos y obligaciones para los ciudadanos en particular. De este modo se procura una *“convergencia de los ordenamientos legales nacionales hacia un derecho uniforme de tipo supranacional con vigencia integral y directa en todo el territorio del mercado integrado”*⁸⁶

De esta manera, las normas de derecho comunitario propiamente dichas, constituyen un ordenamiento jurídico autónomo del derecho individual de cada Estado que por tal motivo, requiere también de reglas propias de interpretación y tribunales específicos que la elaboren y apliquen.

En realidad actualmente Mercosur responde a un esquema de cooperación intergubernamental, desde que ninguno de sus integrantes ha delegado facultades legislativas en órganos supranacionales, ni siquiera con la única finalidad de concretar los objetivos de un Mercado Común, como se estableció oportunamente en el Tratado de Asunción.

⁸⁵ Para ver los contenidos de estas Resoluciones remitimos a la documentación anexa.

⁸⁶ Flavio Floreal González, *“Mercosur: Un orden jurídico debilitado y dispar. La necesidad de un cambio”* en LL lunes 27 e marzo de 2000.

Por el contrario, en un sistema comunitario, las normas creadas por los órganos supranacionales prevalecen sobre las internas en caso de contradicción, aún cuando no las derogan⁸⁷

Es por ello que para concretar la pregonada integración, será necesario dotar a los órganos que constituyen la estructura institucional del Mercosur, (los actuales u otros), de la facultad de generar ese “derecho comunitario”, es decir de aplicación inmediata en el territorio de los Estados integrantes del sistema.

En las conclusiones analizaremos especialmente este punto.

7. HERRAMIENTAS JURIDICAS UTILES EN RELACION CON LA GARANTIA DEL DERECHO A LA SALUD

Sin perjuicio del marco constitucional e infraconstitucional que consagra la vigencia de los derechos económicos, sociales y culturales, es necesario identificar cuales son los mecanismos procesales que permiten su exigibilidad y que actúan como vehículos para su justiciabilidad.

El análisis se extenderá exclusivamente a la República Argentina, considerando los procesos a nivel nacional, de la provincia de Buenos Aires y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, área objeto de nuestra investigación.

7.1.- El Hábeas Corpus.

7.1.1.- Antecedentes

La acción de hábeas corpus tuvo como principal objetivo proteger la libertad personal, ambulatoria y de desplazamiento de las personas, ante detenciones o arrestos ilegales.

Algunos autores definen al hábeas corpus es un proceso constitucional que tiene por objeto tutelar la libertad física, corporal o de locomoción⁸⁸

A nivel nacional esta garantía tiene antecedentes en la Constitución de 1853/60 que consagró, desde el Preámbulo como objetivos “asegurar la libertad”.

⁸⁷ Es la jurisprudencia elaborada en el caso “*Costa c/ ENEL*” Sentencia de la Corte de Justicia de la Comunidad Europea del 17 de julio de 1964. Comentado por Mauro Cappelletti en “El Formidable problema del Control judicial” Centro de Estudios Constitucionales-Revista de Estudios Políticos (Nueva Epoca, enero febrero 1980).

⁸⁸ Gil Domínguez, Andres, en *Derecho Procesal Constitucional*, obra coordinada por Manili, Pablo Luis, cap. VII por Ed. Universidad, 2005, pág 190.

Por su parte el artículo 18 en cuanto dispone que “*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 aquella exija hará responsable al que la autorice*” establece formalmente una serie de exigencias que deben cumplir las cárceles de la Nación en garantía de los detenidos, así como la definición de la finalidad de la detención, para seguridad y no para castigo de las personas retenidas en esas dependencias.

La doctrina ha clasificado distintos tipos de hábeas corpus ⁸⁹

- **Hábeas corpus clásico o reparativo:** Aquel que tiene por objeto rehabilitar la libertad física contra actos u omisiones que la restringen o impiden sin orden legal de autoridad competente.

- **Hábeas corpus preventivo:** El que tiene por objeto hacer cesar un estado de amenazas ciertas e inminentes que ponen en peligro la libertad física.

- **Hábeas corpus correctivo:** El que se dirige contra toda forma ilegítima que agrava la condición de una persona privada de su libertad. Sobre esta clasificación retomaremos a los efectos de esta exposición .

- **Hábeas corpus documental.** Aquel que tiene por objeto obtener la documentación necesaria para transitar, salir del país, etc.⁹⁰

- **Hábeas corpus por desaparición forzada de personas.** Específico para los casos de desaparición forzada de personas: Desde 1994 y por mandato constitucional , procede el hábeas corpus ante el hecho de la desaparición forzada de personas, aunque ninguna autoridad se haga cargo del arresto y la desaparición se impute a las autoridades ⁹¹

- **Hábeas corpus de pronto despacho:** Es aquel que tiene por objeto acelerar los trámites administrativos necesarios a efectos de disponer la libertad.

- **Hábeas corpus de oficio.** El que es tramitado por un tribunal competente sin que exista previa rogatoria o promoción privada.

⁸⁹ Sagües, Néstor Pedro, *Derecho Procesal Constitucional*, Astrea, 1998.

⁹⁰ CNCrim y Correc, Sala I, 16/5/2001, LL 2001-D-243, con nota de Javier De Luca.

⁹¹ Constituye un precedente de la norma constitucional el caso Pérez de Smith (Fallos 300.1282) 1978. “*En la sentencia, la Corte Suprema consideró que los fracasos de los hábeas corpus interpuestos por los familiares de personas desaparecidas, las que no se encontraban a disposición de autoridad alguna, constituía privación de justicia. El Tribunal consideró que era obligación de los poderes del Estado el poner remedio a la situación pues el deber impuesto por el Preámbulo de afianzar la justicia no se agota con el acceso a la jurisdicción, sino con el dictado de una sentencia útil*” . Cfr Gelli, María Angélica. *Constitución de la Nación Argentina, Comentada, y Concordada, Tercera Edición ampliada y actualizada, La Ley, 2005, pág. 527*

- **Hábeas corpus colectivo:** Tiene por objeto tutelar la libertad física o los derechos fundamentales de las personas privadas legalmente de su libertad en su faz de derecho colectivo.

De entre los diferentes criterios de clasificación de esta garantía, queremos referirnos en especial al hábeas corpus correctivo en tanto puede constituir una herramienta útil para la protección del derecho a la salud en el caso de las personas privadas de libertad.

Más allá de la discusión acerca de si la garantía del artículo 18 de la Constitución Nacional, corresponde a los detenidos sujetos a proceso o también a los condenados, la ley 23.098 dispuso la procedencia del hábeas corpus ante el agravamiento ilegítimo de la forma y condiciones en que se cumple la privación de libertad (art. 3 inc 2), criterio que fue luego adoptado explícitamente por el art. 43 de la Ley Suprema. En su consecuencia, la jurisprudencia posterior a la reforma de 1994 ha interpretado que el hábeas corpus correctivo es la garantía acertada para morigerar o hacer cesar las causas que agravan las condiciones de detención.

La pérdida legal de la libertad ambulatoria no puede justificar la restricción de otros derechos fundamentales que no se relacionan con el cumplimiento de la condena, entre ellos la salud.

Las condiciones dignas y habitables con las que deben contar los establecimientos carcelarios, se extiende a las comisarías en caso de que deban alojar transitoriamente a los detenidos. Debemos destacar que la práctica de mantener a las personas procesadas en comisarías por largo tiempo, no admite ninguna justificación constitucional. Por ello, los gobiernos nacional y provinciales deben construir cárceles adecuadas que respeten la dignidad de las personas – por imperativo constitucional y de los Tratados de Derechos Humanos- y la sociedad debe tomar conciencia acerca de cuán necesario resulta resolver el problema del hacinamiento y degradación carcelaria, por razones humanitarias y por razones de seguridad de las personas detenidas y de la sociedad⁹²

7.1.2.- La ley 23.098

Con la sanción de la ley 23.098⁹³ se reglamentó a nivel federal la procedencia y el trámite del hábeas corpus.

El artículo 3 establece los supuestos de procedencia: a) Limitación o amenaza de la libertad ambulatoria sin orden escrita de autoridad competente y b) Agravación ilegítima de la forma y de las condiciones en que se cumple la privación de la libertad. De esta manera, incorporó la tipología reparadora, preventiva y correctiva.

⁹² Gelli, María Angélica, ob. Cit, pág. 242

⁹³ B.O. 25/10/1984

El artículo 2 incorporó el hábeas corpus contra actos de particulares. Al respecto la Corte Suprema de Justicia, en el caso *Fernández Mario*⁹⁴, sostuvo que el hábeas corpus es un instrumento idóneo para atender algunas situaciones relativas a los detenidos en institutos psiquiátricos. En este sentido, dice Sagües⁹⁵ al comentar este fallo, que el Alto Tribunal habilitó la acción también para el caso de que tales casas de salud estén en manos de particulares, y que los jueces, a falta de norma de forma en el orden federal, tendrán que hacerlas operar aplicando analógicamente la ley 23.098.

Por su parte el artículo 5 establece que la denuncia de hábeas corpus podrá ser interpuesta por la persona directamente afectada o “por cualquiera en su favor”.

7.1.3.- La reforma constitucional de 1994

Antes de la reforma constitucional de 1994 se entendía que la Constitución había suministrado base normativa suficiente al proceso de hábeas corpus en el párrafo del art. 18 que establece que “*nadie puede ser arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente*”.

La reforma de 1994 que otorgó jerarquía constitucional a once instrumentos internacionales de derechos humanos así como la posterior jerarquización de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas y más tarde de la Convención Internacional sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad; provocaron un indudable acrecentamiento del marco conceptual de la protección de la libertad personal en sus diversas facetas

En tal sentido, el artículo 43 párrafo 4to de la Constitución Nacional dispone:

“...Cuando el derecho lesionado, restringido, alterado o amenazado fuera la libertad física, o en caso de agravamiento ilegítimo en la forma o condiciones de detención, o en el de desaparición forzada de personas, la acción de hábeas corpus podrá ser interpuesta por el afectado o por cualquiera en su favor y el juez resolverá de inmediato, aun durante la vigencia del estado de sitio..”

La norma constitucional, siguiendo los lineamientos de la ley 23.098 estableció la acción de hábeas corpus en las modalidades reparadora, preventiva y restringida. También incorporó una tipología especial, el hábeas corpus contra la desaparición forzada de personas.

7.1.4.- Los instrumentos internacionales de derechos humanos.

⁹⁴ Caso Fernandez Mario , CSJN 27/6/89, publicado en La Ley 1990-0-344.

⁹⁵ Sagües Néstor Pedro, comentario a fallo Fernandez Mario citado.

El artículo XXV de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre establece, en su parte pertinente:

“Todo individuo que haya sido privado de su libertad tiene derecho a que el juez verifique sin demora la legalidad de la medida y a ser juzgado sin dilación injustificada, o de lo contrario, a ser puesto en libertad. Tiene derecho también a un tratamiento humano durante la privación de su libertad.”

Por su parte el artículo 9 de la Declaración Universal de Derechos Humanos dispone : *“ Nadie podrá ser arbitrariamente detenido, preso ni desterrado”*.

La misma protección consagra el artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que, en su parte pertinente, establece:

“ Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta”.

El mismo instrumento, en su artículo 10.3, en relación al servicio penitenciario regula:

“El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados. Los menores delincuentes

serán separados de los adultos y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su edad y condición jurídica”.

A nivel regional, la Convención Americana de Derechos Humanos dispone una amplia protección a la integridad y a la libertad (arts. 5 y 7):

7.1.5.- La opinión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, órgano principal de la Organización de los Estados Americanos (OEA) y de control de la Convención Americana de Derechos Humanos, ha establecido en el Informe N° 34/00 ⁹⁶, la responsabilidad del Estado en relación a los establecimientos de detención y garante de los detenidos alojados en ellos. Así interpretó que las ilegales condiciones de vida de

⁹⁶ Caso 11.291, citado por Basterra Marcela I, en *Procesos Colectivos: La consagración jurisprudencial del Hábeas Corpus colectivo en un valioso precedente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. El fallo Verbitsky*. La Ley, suplemento de derecho constitucional del 27 de julio de 2005.

⁹⁶ Considerando 16.

los detenidos (...) configuran en sí mismo una violación por parte del Estado de su obligación de garantizar la vida e integridad física de las personas bajo su custodia.

7.1.6.- La posición de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la Opinión Consultiva 9, expresó que “...es esencial la función que cumple el hábeas corpus como medio apto para controlar el respeto a la vida e integridad de la persona, para impedir su desaparición o la intedeterminación de su lugar de detención, así como para protegerla contra la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”⁹⁷

Posteriormente, el mismo Tribunal concluyó que el hábeas corpus y el amparo o cualquier recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, deben considerarse una garantía judicial indispensable no susceptible de suspensión de acuerdo a lo establecido en el artículo 27.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos.⁹⁸

7.1.7.- La Jurisprudencia: El caso Verbitzky

El 21 de noviembre de 2001 Horacio Verbitsky, en su carácter de representante del Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), interpuso ante el Tribunal de Casación de la Provincia de Buenos Aires una acción de hábeas corpus correctivo-colectivo en amparo de todas las personas privadas de su libertad en jurisdicción de dicha provincia, detenidas en establecimientos penales y comisarías superpoblados, a pesar de que legal y constitucionalmente su alojamiento debería desarrollarse en centros de detención especializados.

Manifestaba en su demanda que las condiciones de detención y el hacinamiento denunciado implican un grave riesgo para la vida y la salud además de constituir una amenaza a la integridad física de las personas, tanto de los detenidos como del personal asignado a la custodia⁹⁹ y que el hábeas corpus era la medida correcta para resolver la problemática..

⁹⁷ Opinión Consultiva (OC) 8-87 Corte Interamericana de Derechos Humanos

⁹⁸ Opinión Consultiva (OC) 9-87 Corte Interamericana de Derechos Humanos

⁹⁹ Citado por *Basterra Marcela I.* ob cit.

En su fallo, la Corte Suprema sostuvo (que): “ .. pese a que la Constitución no menciona en forma expresa el hábeas corpus como instrumento deducible también en forma colectiva, tratándose de pretensiones como las esgrimidas por el recurrente, es lógico suponer que si se reconoce la tutela colectiva de los derechos citados en el párrafo segundo, con igual o mayor razón la Constitución otorga las mismas herramientas a un bien jurídico de valor prioritario y del que se ocupa en especial, no precisamente para reducir o acotar su tutela sino para privilegiarla”¹⁰⁰

En consecuencia, el Tribunal resolvió “... Declarar que las Reglas Mínimas para el tratamiento de Reclusos de las Naciones Unidas, recogidas en la ley 24 660, configuran pautas fundamentales a las que debe adecuarse toda detención...” y “.. Disponer que la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, a través de los jueces competentes, haga cesar en el término de sesenta días la detención en comisariás de la provincia de menores y enfermos” “.. Instruir a la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires ya los tribunales de todas las instancias de la provincia para que, en sus respectivas competencias y por disposición de esta Corte Suprema, con la urgencia del caso, hagan cesar toda eventual situación de agravamiento de la detención que importe un trato cruel, inhumano o degradante o cualquier otro susceptible de acarrear responsabilidad internacional del Estado...” “...Exhortar al Poder Ejecutivo de la Provincia de Buenos Aires a adecuar su legislación procesal penal en materia de prisión preventiva y excarcelación y su legislación de ejecución penal y penitenciaria, a los estándares constitucionales e internacionales...”

Otros tribunales del país, han seguido los lineamientos de la Corte; así el Juzgado de Ejecución Penal N° 1 de Córdoba ¹⁰¹ hizo lugar al recurso de hábeas corpus interpuesto por la Fundación por los Detenidos Sociales, a favor de un interno que estuvo varios meses sin recibir atención médica por una afección en la vista. El magistrado ordenó llevar adelante el tratamiento señalando que “es responsabilidad de la Administración que el derecho a la salud no sea respetado por falta de medios o sea vulnerado por el mismo régimen penitenciario” y agregó que “...los condenados, sea cual fuese la naturaleza del delito, conservan inalterables aquellos derechos fundamentales que les corresponden como manifestación natural de su dignidad...”

También, el Juez Pedro Hooft de la Ciudad de Mar del Plata, en el caso “*Internas UP VIII (Los Hornos)*”¹⁰² ante un reclamo interpuesto por la hermana de una procesada interna en un instituto carcelario, puso en conocimiento del juez dos situaciones graves que afectaban a su pariente. Portadora la interna del virus de inmunodeficiencia humana, carecía de atención médica adecuada por cuya circunstancia el magistrado resolvió hacer lugar al recurso interpuesto a favor de las internas

¹⁰⁰ Considerando 16.

¹⁰¹ Autos “Hábeas Corpus presentado por Sarmiento Juan Carlos – Defensor del interno Palacios Guillermo Daniel” Expte. HAB-029/07, 18 octubre de 2007.

¹⁰² Juzgado Criminal y Correccional N° 3 Mar del Plata, 10/3/1994 – Internas UP VIII (*Los Hornos*) S/ *Hábeas Corpus*), con nota de María Angélica Gelli. JA 1994-IV-223

procesadas y ordenó que se adopten las medidas de seguridad e higiene necesarias para dar respuesta a los plan

Por su parte, el Juzgado de Ejecución Penal de Cruz del Eje, acogió favorablemente un recurso de hábeas corpus interpuesto a favor de un detenido que padecía diabetes considerando que “ *es necesario la condición saludable del interno si se desea llegar al fin último del tratamiento penitenciario, esto es , su reinserción social...*”¹⁰³

7.2.- Control de constitucionalidad

El derecho constitucional argentino se enrola entre los sistema de control jurisdiccional de constitucionalidad. Ello significa que para efectuar el control de constitucionalidad, procedimiento que permite identificar las normas infraconstitucionales que se contradigan con la Constitución Nacional dejando de aplicarlas en consecuencia, se encuentran habilitados todos y cada uno de los jueces que integran el poder judicial federal.

El fundamento constitucional de este sistema se encuentra en el art 116 de la Constitución y responde a un desarrollo jurisprudencial que se origina en realidad en los Estados Unidos en el famoso fallo *Marbury vs Madison* de 1803¹⁰⁴.

La generalización de la función de control en cualquiera de los jueces convierte al sistema en jurisdiccional difuso, si bien es la Corte Suprema de Justicia la que en última instancia resuelve definitivamente sobre la coincidencia con la Constitución de la norma o hecho imputados como inconstitucionales.

Un dato importante que actúa como limitador del enorme poder asignado a los jueces para dictaminar sobre la constitucionalidad, es que los efectos de dicha declaración se limitan al caso concreto, es decir que aun cuando en un determinado proceso se declare una ley como inconstitucional, en los hechos solo será la inaplicabilidad en el caso resuelto.

En consecuencia, cuando los obstáculos a la vigencia del derecho a la salud deriven de una norma legal o de un accionar u omisión de las autoridades responsables, el planteo de inconstitucionalidad podrá invocarse ante cualquiera de los jueces que integran el poder judicial nacional, pero si el resultado fuere favorable al peticionante, ese efecto solo podrá ser invocado por éste u en el caso en que fue planteado.

¹⁰³ Autos “*Othaheguy Oscar Alfredo S/ Hábeas Corpus*”, Expte. Letra “O” -06-07, Cruz del Eje de enero de 2008.

¹⁰⁴ Para ampliar sobre control de constitucionalidad, ver: Gelli, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina Comentada y Concordada*, La Ley, Buenos Aires, 2001, art 30, pág 255 y ss.

Por supuesto ello no invalida a que se utilice dicho pronunciamiento como precedente en otros casos similares, pero no asegura que todos los jueces resolverán del mismo modo, ya que cada uno de ellos mantiene incólume su libertad de juzgar.

Otro aspecto a considerar es que las provincias poseen su propio código procesal, lo que implica que en cada una de las 24 provincias que integran la nación existen distintos mecanismos procesales para obtener una declaración de inconstitucionalidad y que también los jueces provinciales poseen competencia para declarar inconstitucionalidades a nivel local.

A su vez, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, si bien no es una provincia en términos tradicionales, participa de muchas de las notas que las definen, como su autonomía en materia legislativa, de gobierno y jurisdicción (Art 129 CN).

En su Constitución la Ciudad de Buenos Aires presenta una innovación en el tema del control de constitucionalidad en la coexistencia entre el sistema difuso establecido en la Constitución Nacional y un control concentrado que permite la declaración genérica de invalidez “...de las leyes, decretos y cualquier otra norma de carácter general emanada de las autoridades de la Ciudad, contrarias a la Constitución Nacional o a esta Constitución. La declaración de inconstitucionalidad hace perder vigencia a la norma salvo que se trate de una ley y la legislatura la ratifique dentro de los tres meses de la sentencia declarativa por dos tercios de los miembros presentes...”(Art 113 inciso 2).

En este esquema una petición de inconstitucionalidad puede dejar sin efecto la norma con carácter *erga omnes*, es decir para todas las situaciones en que la misma pudiera haberse aplicado y no solo para un caso concreto como sucede en el sistema nacional.

En el sistema de control concentrado la norma declarada inconstitucional deja de permanecer en el orden jurídico por lo que no resulta necesario efectuar nuevas postulaciones en cada caso en el que dicha norma fuera aplicable, como ocurre con el sistema difuso.

Pero los efectos *erga omnes* solo se producen con la intervención de la legislatura, quien puede insistir en la permanencia de la norma.

7.3.- Amparo

Se trata de un proceso especial que integra el denominado derecho procesal constitucional, cuyo objeto es restablecer un derecho fundamental afectado sin mayores exigencias formales y en forma expedita y rápida¹⁰⁵.

¹⁰⁵ Para ampliar el tema ver Rivas Adolfo A., *El Amparo*, La Rocca, Buenos Aires. Gozáni Osvaldo A. “*El Derecho de Amparo*”, Depalma, 2º ed., 1995, Buenos Aires

Si bien cualquier derecho lesionado puede ser reclamado ante los tribunales del Estado, no siempre los procesos judiciales responden con la urgencia que la situación exige, de modo que el amparo implica un proceso sencillo y rápido que permite reponer el derecho en su integridad sin mayores obstáculos de tipo formal.

La reforma constitucional de 1994 incorporó el amparo expresamente en el art 43¹⁰⁶ por lo cual ha quedado definido como una garantía federal cuyo alcance debe ser reflejado por el derecho provincial constitucional o infraconstitucional, ámbito en el que solo puede elevarse el estándar determinado por la norma constitucional. El proceso delineado por la Constitución se define por su simplicidad, ausencia de obstáculos formales y eficacia pronta en la defensa de los derechos contenidos en la propia Constitución, los tratados o las leyes.

A su vez, el marco constitucional extiende la legitimación para petitionar tanto al afectado directo o colectivo como a las asociaciones o el defensor del pueblo, abriendo un amplio margen a las demandas sociales y facilitando el reclamo de los derechos económicos, sociales y culturales, cuya pertenencia colectiva es indudable.

La herramienta verdaderamente importante a los fines de la vigencia de los derechos sociales, en especial del derecho a la salud, ha sido el amparo colectivo, introducido en el segundo párrafo del art 43 CN, en tanto habilita la legitimación amplia para petitionar. El párrafo dice así: *“...Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen el ambiente ,a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización...”*

El derecho a la salud encuentra en esta figura procesal su herramienta más propicia por lo que no es sorprendente que exista numerosa jurisprudencia a nivel nacional y local en la que a través del amparo se hayan hecho efectivos reclamos puntuales respecto del derecho a la salud.

Todas las provincias argentinas poseen su propia Ley de Amparo.

La Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en su artículo 14 admite la legitimación para obrar en el amparo de cualquier habitante lo cual de algún modo lo asimila a una acción popular circunstancia que permite identificar una rica y novedosa jurisprudencia¹⁰⁷ incluso anterior a la regulación legal del amparo¹⁰⁸.

¹⁰⁶ *“Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridad pública o de particulares que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley...”*

¹⁰⁷ Para esta jurisprudencia ver Capítulo 8.4.

¹⁰⁸ Ley de amparo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, N° 2243 /2007

7.4.- Acción de responsabilidad civil por daños producidos por la acción u omisión del Estado.

El Estado al igual que los particulares, se encuentra obligado a reparar los daños que hubiere producido con sus acciones o sus omisiones.

Esa responsabilidad puede derivar de actos lícitos como ilícitos con fundamento en el art 112 del Código Civil en tanto indica que “*Los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas...*” se regulan precisamente por el título del Código Civil correspondiente a los hechos ilícitos que no son delitos.

Para que se configure la responsabilidad del Estado será necesario acreditar la relación causal entre el daño y la acción u omisión del Estado, tarea en la que la prueba para eximir la responsabilidad corresponde a quien lo provocó.

En todos los casos, los procesos corresponden a juicios de conocimiento cuya complejidad de prueba hace improbable la utilización del proceso más ágil de amparo. De todos modos no nos constan antecedentes jurisprudenciales en los que se hayan petitionado derechos económicos, sociales o culturales a través de este tipo de acciones, habiendo sido preferido el proceso de amparo.

Además debemos recordar que las acciones u omisiones del Estado que provocan daños a los derechos pueden generarse en cualquiera de los tres poderes. Sin embargo no existe una cultura jurídica de reclamos contra actos u omisiones de los poderes legislativo o judicial, para lo cual sin embargo no habría impedimentos de tipo legal.

7.5.- Acción Declarativa de Certeza

Se trata de una acción procesal introducida en el Código ritual en su artículo 322 y tiene por objeto despejar la incertidumbre sobre algún aspecto de una relación jurídica, de modo que las partes despejen la incertidumbre y puedan proceder en consecuencia.

Es un juicio de conocimiento por lo que se resuelve también en el análisis complejo de la prueba y no participa de la sencillez e informalidad del amparo. Sin embargo ha sido utilizada frecuentemente para resolver situaciones complejas de derecho estableciendo la sentencia las pautas de interpretación a que debe sujetarse la aplicación de la ley cuestionada o el proceder conforme una determinada ley.

Ha servido para plantear inconstitucionalidades, por lo cual puede ser considerada un procedimiento útil a los fines del control de constitucionalidad¹⁰⁹

7.6.- Los procedimientos ante la Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos

La Organización de Estados Americanos (OEA) en el Sistema Interamericano de Protección y Promoción de los Derechos Humanos, siguiendo la corriente europea, han definido los derechos económicos, sociales y culturales (DESC) como aquellos derechos fundamentales que posibilitan al individuo una calidad y nivel de vida adecuado a su naturaleza.

Pueden mencionarse el derecho a un empleo, sindicalización, seguridad social, vivienda, educación, salud, alimentación, cultura, medio ambiente sano, igualdad entre hombre y mujeres, entre otros tantos. Estos derechos fueron expresamente reconocidos en varios documentos de las Naciones Unidas (ONU) y también por la Organización de Estados Americanos (OEA).

En el marco de la ONU en 1966 se adoptó el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) y se creó su respectivo Comité (Comité de DESC). La OEA contempla a los derechos económicos sociales y culturales en forma general en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y en la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), y específicamente en el Protocolo Adicional que se suscribiera en 1988 en San Salvador de Bahía, Brasil, en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales el cual prevé en su artículo 19.2 la existencia de un Consejo Interamericano Económico y Social y un Consejo Interamericano para la Educación, la Ciencia y la Cultura.

En la Declaración Americana se hace referencia al derecho a la protección de la maternidad y la infancia (art. VII), derecho a la preservación de la salud y al bienestar (art. XI), derecho a la educación (art. XII), derecho de los beneficios de la cultura (art. XIII), derecho al trabajo y a una justa remuneración (art. XIV), derecho al descanso y a su aprovechamiento (art. XV), derecho a la seguridad social (art. XVI). El Pacto de San José de Costa Rica sólo en el art. 26 hace una pequeña mención a los DESC comprometiendo a los Estados de una manera indirecta, obligándolos a adoptar providencias para lograr progresivamente la plena efectivización de los derechos siempre en la medida de los recursos disponibles.

La Convención Americana refiriéndose a las funciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el art. 42 dice: que los Estados partes deben remitir a la Comisión copia de los informes y estudios para que éste órgano vele porque

¹⁰⁹ Ver Rivas Adolfo A. , *La acción declarativa inconstitucionalidad* en La Ley 2001-E p. 1097.

se promuevan los derechos derivados de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura.

Pero específicamente, tal como mencionamos al comienzo, en el Sistema Interamericano al que pertenecemos, encontramos al Protocolo de San Salvador. Este instrumento suscrito en el Decimotavo Período de Sesiones de la Asamblea General consta de 22 artículos los cuáles hacen referencia a: la Obligación de Adoptar Medidas (art. 1), Obligación de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno (art. 2), Obligación de no Discriminación (art. 3), No admisión de Restricciones y Alcance de las restricciones y Limitaciones (arts. 4 y 5), Derecho al Trabajo y Condiciones Justas, Equitativas y Satisfactorias de Trabajo (arts. 6 y 7), Derechos Sindicales y Seguridad Social (arts. 8 y 9), Derecho a la Salud y al Medioambiente Sano (arts. 10 y 11), Derecho a la Alimentación (art. 12), Derecho a la Educación (art. 13), Derecho a los beneficios de la Cultura (art. 14), Derecho a la Constitución y Protección de la Familia, Derecho a la Niñez y Protección de los Ancianos (arts. 15, 16 y 17) y Protección de los Minusválidos (art. 19).

Tanto la Declaración Americana, como el Pacto de San José y el Protocolo de San Salvador han contemplado conjuntamente, de manera generosa las necesidades respecto a los derechos a los que nos referimos. Aun así, resulta ser de una importancia singular ampliar lo mencionado hasta ahora, mostrando cómo estos derechos en la práctica pueden ser exigibles y qué medios ha previsto el legislador americano para la realización de ellos en los distintos cuerpos normativos.

En el sistema regional de la OEA han creado dos órganos específicos para la protección de los derechos humanos: La Comisión Interamericana y la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹¹⁰.

Respecto a lo que se refiere a la actividad que desempeña la Comisión, podemos decir que es “la puerta de entrada” del sistema de protección de los Derechos en la OEA. Es la encargada de la recepción de las denuncias que se formulan, y oportunamente dará *recomendaciones* a los Estados que estén en falta respecto a los compromisos asumidos.

Sobre el desempeño de la Corte podemos decir que ejerce competencia contenciosa y consultiva. Es contenciosa cuando debe resolver sobre conflictos que se presenten entre Estados Partes en el Pacto de San José de Costa Rica y sobre las disposiciones de este instrumento; y también es competente para resolver conflictos entre las personas físicas y los Estados Partes, cuando se invocare una violación a los derechos humanos contenidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos u

¹¹⁰ Puede ampliarse lo expresado aquí consultando los trabajos publicados por Juan Antonio Travieso relativos a las funciones de la Comisión y Corte Interamericana en: *Derechos Humanos, Fuentes e Instrumentos Internacionales*, y *Derechos Humanos y Derecho Internacional*. Ed. Heliasta. Buenos Aires. 1996.

otros tratados sobre la misma materia¹¹¹. La función consultiva de la Corte se provoca cuando los Estados miembros de la OEA o cualquiera de los órganos que componen la Organización formulan interrogantes sobre la interpretación correcta del Pacto de San José o de otros tratados de Derechos Humanos. Si los Estados que formulan las consultas lo solicitan, también la opinión que expida la Corte podrá referirse a la legislación interna del Estado¹¹².

Sin embargo, en un sentido más general hay otros órganos con importantes funciones que también tienen el propósito de salvaguardar las normas y principios en la misma materia, y ellos son: la Asamblea General, el Consejo Interamericano Económico y Social, la Comisión Interamericana de Mujeres, el Comité Jurídico Interamericano, el Instituto Interamericano Indigenista y el Instituto Interamericano del Niño¹¹³.

El Protocolo de San Salvador ha creado diferentes medios para la protección de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. En primer lugar, podemos mencionar el bien conocido “sistema de informes”. El art. 19 establece que: *“a) Los Estados partes presentarán informes periódicos respecto de las medidas progresivas que hayan adoptado para asegurar el debido respeto de los derechos consagrados en el mismo Protocolo; b) Todos los informes serán presentados al Secretario General de la OEA, y este los transmitirá al Consejo Interamericano Económico y Social y al Consejo Interamericano para la Educación, la Ciencia y la Cultura, para su examen. El Secretario General también enviará copia de dichos informes a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos; c) El Secretario General de la OEA transmitirá también a los organismos especializados del sistema interamericano, de los cuales sean miembros los Estados partes en el presente Protocolo, copias de los informes enviados o de las partes pertinentes de éstos, en la medida en que tengan relación con materias que sean de la competencia de dichos organismos, conforme a sus instrumentos constitutivos; d) Los organismos especializados del sistema interamericano podrán presentar al Consejo Interamericano Económico y Social y al Consejo Interamericano para la Educación, la Ciencia y la Cultura informes relativos al cumplimiento de las disposiciones del presente Protocolo, en el campo de sus actividades; e) Los informes anuales que presenten a la Asamblea General los Consejos que mencionamos contendrán un resumen de la información recibida de los Estados partes en el Protocolo y de los organismos especializados acerca de las medidas progresivas adoptadas a fin de asegurar el respeto de los derechos reconocidos en el propio Protocolo y las recomendaciones de carácter general que al respecto se estimen pertinentes; f) En el caso de que los derechos sindicales previstos en el mismo Protocolo y el derecho a la educación fuesen violados por un Estado parte podrán*

¹¹¹ Estos tratados se indican en el artículo 44 del Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

¹¹² Se regulan en el artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

¹¹³ Se puede ampliar la información sobre las funciones específicas de los órganos de la OEA en: www.oea.org.

conocer en el caso la Comisión y la Corte Interamericana mediante aplicación del sistema de peticiones individuales regulado por los artículos 44 a 51 y 61 a 69 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; g) la Comisión Interamericana podrá formular observaciones y recomendaciones que considere pertinentes sobre la situación de los derechos económicos, sociales y culturales de acuerdo con este Protocolo, las que podrá incluir en el Informe Anual a la Asamblea General o en un Informe Especial, según lo considere más apropiado; h) Los Consejos y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en ejercicio de las funciones que se les confieren tendrán en cuenta la naturaleza progresiva de la vigencia de los derechos objeto de protección por este Protocolo¹¹⁴”.

Las distancias que hay respecto de los derechos civiles y políticos y los DESC no resultan tan insalvables si nos referimos a los mecanismos de protección creados. Esto es una tendencia que se manifiesta en el mismo Protocolo de San Salvador que, como hemos visto, ha establecido para el derecho de asociación y libertad sindical y el derecho a la educación, medios para que se peticione sobre ellos ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos la cual puede también recomendar a los Estados sobre lo que establece el Protocolo. Aun así no hubo grandes progresos respecto al reconocimiento práctico de los contenidos de los DESC y tampoco en aspectos procedimentales.

Que los Estados hayan adoptado el Protocolo de San Salvador resulta de gran valor, restando aun el compromiso de los países más reticentes al reconocimiento y judiciabilidad de estos derechos. Sin embargo, pese a su entrada en vigencia, resulta de una urgencia manifiesta revisar las reales causas de ciertos retrasos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, los cuales pueden notarse con claridad cuando procuramos analizar detenidamente su exigibilidad.

Un ejemplo de las cuestiones pendientes es lo que ocurre con la Obligación de los Estados de presentar informes periódicos al Secretario General de la OEA y de allí a la Comisión Interamericana, al Consejo Interamericano para la Educación, la Ciencia y la Cultura y al Consejo Económico y Social. Los Estados incurren en demoras, incluso no presentan los informes correspondientes.

Los problemas en torno al derecho a la salud como a otros derechos con similares características residen en su justiciabilidad en el marco del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Existen antecedentes de denuncias en el que no como cuestión principal, pero si accesoriamente se mencionan DESC: Así por ejemplo vemos el caso 12.189 que tramitó en la Comisión Interamericana que trata de manera principal una cuestión respecto a la nacionalidad de dos niñas que se encontraban con dificultades para el disfrute de otros derechos como la educación. La Comisión tomó medidas cautelares a fin de evitar daños irreparables.

¹¹⁴ Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, o Protocolo de San Salvador

Los derechos de los trabajadores (salario justo, jornadas limitadas de acuerdo a la condición del trabajo, descanso, vacaciones, asociación sindical, huelga, entre otros) tuvieron su período de auge en los países latinoamericanos a mediados del Siglo XX, pero fueron diezmados por las dictaduras militares y por la implementación de medidas económicas y de mercado con altísimos costos en detrimento del sector. Por la debilidad de algunos sindicatos, muchos optaron por aunar sus esfuerzos y promover sus causas en ámbitos internacionales, esto ocurrió en los noventa con sindicatos peruanos que presentaron 29 casos al Comité de Libertad de Asociación de la OIT. La Central de Trabajadores Argentinos y la Unión Nacional de Trabajadores de México presentaron también sus peticiones respecto de la libertad asociación, y el 52 por ciento de la totalidad de los casos recogidos por el Comité de Libertad de Asociación de la OIT provenían de sindicatos latinoamericanos¹¹⁵.

Otro de los DESC que necesita un desarrollo normativo más profundo y jurisprudencial tanto en los Estados como en el marco de la Organización de Estados Americanos es el derecho a la vivienda. Este derecho es reconocido en la legislación local por varios países latinoamericanos en sus Constituciones (Argentina, Brasil, Bolivia, Colombia, Costa Rica, Cuba, Chile, República Dominicana, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Paraguay, Perú, Venezuela y Uruguay). Sin embargo su puesta en práctica siempre se ha visto recortada por la falta de recursos del Estado y por una distribución de la riqueza incapaz de alcanzar a los carentes de vivienda¹¹⁶.

En Argentina hay decisiones de la administración que intentan darle una lectura nueva a los contenidos de las normas sobre el derecho a la vivienda, por eso en casos de inundaciones o casos emergentes se provee la solución de modo operativo. Salvando las excepciones, el dilema resulta ser que tanto en los Estados como en el Sistema Interamericano no se indican los medios para lograr la vivienda, la tenencia de la misma, su disponibilidad, etc. etc.

Desde hace no muchos años, en el Sistema Interamericano se han realizado importantes aportes en materia de DESC en forma directa e indirecta. Podemos mencionar, entre otras, las sentencias de la Corte Interamericana en casos vinculados a los derechos de trabajadores, la reivindicación de pueblos indígenas, incluso promoviendo cambios en las legislaciones de fondo internas de los Estados y también respecto de la función administrativa en cada país¹¹⁷.

¹¹⁵ Organización Internacional del Trabajo. *Comentarios del Comité de Expertos sobre la aplicación de convenciones y recomendaciones*. 2003.

<http://www.webfusion.ilo.org/public/db/standards/normes/libsynd/index.cfm?hdroff=1>

¹¹⁶ Se puede acceder a la mención que hacen las diferentes Constituciones de los Estados Latinoamericanos sobre el derecho a la vivienda en <http://www.unhabitat.org/unhrp/pub>.

¹¹⁷ Ver en www.corteidh.org.cr Sentencias de la Corte interamericana de Derecho Humanos. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados; Opinión Consultiva OC-18/03*, 17 de septiembre

La Comisión Interamericana también ha hecho lo propio desde su esfera de trabajo ha protegido en el caso Víctor R. Congo contra Ecuador el derecho a la salud a través de una interpretación comprensiva del derecho a la vida, pese a que en la parte resolutoria del Informe señala la violación del derecho a la vida y no el derecho a la salud¹¹⁸.

Como podemos observar conviven en el Sistema interamericano y en los pronunciamientos de los órganos de defensa y promoción de los derechos humanos, dos ideas, una que pretende ampliar el marco de aplicación respecto de los DESC y otra más conservadora que continúa marcando las diferencias sobre la exigibilidad y justiciabilidad de los derechos reconocidos en el marco de la OEA.

7.7.- Los procedimientos institucionales: El presupuesto participativo y la iniciativa popular

Se suman a las herramientas antes citadas, que se desarrollan ante los Tribunales, dos procedimientos de índole institucional cuya evolución es aún incipiente, pero que seguramente producirán en el futuro un cambio sustancial en el modo de decidir el destino del gasto público.

El “*presupuesto participativo*” es un proceso de descentralización de las decisiones políticas en un rubro tan trascendente para la gestión de la cosa pública como es la confección del presupuesto. Se implementa a través de la participación activa de grupos urbanos organizados ajenos a las instituciones oficiales del Estado, quienes tienen voz y voto en la elaboración del presupuesto, de modo que las previsiones de gastos se realicen de conformidad con las inquietudes de la comunidad.

Esta notable experiencia de creación de un “espacio público no estatal” fue desarrollada en la ciudad de Porto Alegre desde 1989

En la experiencia brasileña original se llegó incluso a compartir el mandato en forma integral en algunos rubros específicos, donde se entendió que esa forma de cogobierno sería más favorable al bien común.

de 2003, Serie A núm. 18; Caso Baena en el cual la Corte protegió el derecho al trabajo y otros derechos utilizando los artículos 8 y 25 de la Convención. *"No escapa a la Corte que los despidos, efectuados sin las garantías del artículo 8 de la Convención, tuvieron graves consecuencias socioeconómicas para las personas despedidas y sus familiares y dependientes, tales como la pérdida de ingresos y la disminución del patrón de vida. No cabe duda que, al aplicar una sanción con tan graves consecuencias, el Estado debió garantizar al trabajador un debido proceso con las garantías contempladas en la Convención Americana"*. Caso *Baena Ricardo y otros*, sentencia de 2 de febrero de 2001, Serie C núm. 72, párrafo 134. También la Comisión Interamericana en *Informe núm. 90/99*, "Comunidades indígenas Enxet-Lamenxay", caso 11.713, de 29 de septiembre de 1999.

¹¹⁸ Informe núm. 63/99, "*Víctor Rosario Congo*", Caso 11.427, de 13 de abril de 1999, párrafos 65 a 84. Este informe se puede comparar con Caso de los *Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros)*, sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 19 de noviembre de 1999, Serie C núm. 63, párrafo 144. Cfr. Ver Comité DESC, Observación general núm. 14 (2000): "El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (Artículo 12)", párrafos 3 y 4.

Sobre las posibilidades de reproducir el “presupuesto participativo” en otros contextos sociales, es necesario tener presentes los límites políticos que condicionan a lo que ha dado en llamarse el “impulso inicial”¹¹⁹ que consiste en la voluntad política de compartir el proceso de toma de decisiones del gobierno municipal. La utilización de este mecanismo, que podríamos llamar de “democracia directa”, en ámbitos más amplios como las provincias, es aún una utopía lo que no obsta a su futuro desarrollo.

Por ahora, el alcance de una propuesta de este tipo depende claramente de la voluntad política como generadora de una nueva forma de participar en la gestión de la ciudad. Otros límites a la eficacia del sistema son la necesidad de contar con una base mínima de organización local, experiencia administrativa de recepción de la opinión pública, regionalización de la ciudad y compromiso interdisciplinario en la implementación del sistema.

La Ciudad Autónoma de Buenos Aires y la ciudad de Rosario, provincia de Santa Fe han implementado formas de “presupuesto participativo” que se encuentran en distintas etapas de evolución.

No obstante los beneficios obtenidos en las experiencias existentes, y aún cuando aparentemente sería un medio eficaz para la ejecución de políticas de ampliación de la protección de la salud de manera igualitaria, se ha reconocido un límite en el peso de las migraciones¹²⁰.

De todos modos, el “presupuesto participativo” se muestra a nuestro entender como un mecanismo apto para una mejor gestión de fondos públicos, lo que seguramente redundaría en una mejora sustancial de los servicios de salud a nivel local.

En cuanto a la “iniciativa popular” se trata de un procedimiento de democracia semidirecta que permite la participación de la ciudadanía en la presentación de proyectos de ley que necesariamente debe tratar la Legislatura como si hubiere sido promovida dentro de sus propios cuadros.

Es sabido los ciudadanos en un sistema democrático tienen el derecho de peticionar a las autoridades, pero esto no implica una recíproca obligación de las autoridades de debatir y menos implementar los proyectos presentados por la comunidad, sino que se presentan como un “derecho” que no puede ser impedido por el Estado.

¹¹⁹ Zander Navarro, *Democracia y Control Social de Fondos Públicos. El caso del Presupuesto Participativo de Porto Alegre* (Brasil) 2008. En: Bresser Pereira, L. C. y N. Cunill Grau (eds.): *Lo público no estatal en la reforma del Estado*, Buenos Aires, Barcelona, México: Paidós.

¹²⁰ Reconoce Zander Navarro que “... otra presión social posible sobre el desarrollo de las experiencias del OP es el peso de la migración para las ciudades, un movimiento motivado por las noticias sobre el mejoramiento de las condiciones de vida. Este puede ser el caso de Porto Alegre, que ha recibido un impresionante contingente de inmigrantes en años recientes, no sólo de las áreas rurales, sino también de otras ciudades de Rio Grande do Sul. Como consecuencia, aquí se establece un círculo vicioso, donde la metodología perfeccionada del OP que produjo mejores resultados, puede ser obstaculizada por sus propios resultados positivos, al ser divulgada en otros gobiernos locales, y atrayendo personas para la capital, lo que a su vez podría elevar las demandas locales a niveles de insustentabilidad”.

Por el contrario, “la iniciativa popular” da nacimiento al proceso de discusión que normalmente se produce respecto de los proyectos de ley generados desde las cámaras legislativas, imponiendo la obligación de debate del tema propuesto.

La Constitución Nacional reconoce expresamente el “...*derecho de iniciativa para presentar proyectos de ley en la Cámara de Diputados. El Congreso deberá darles inmediato tratamiento dentro del término de doce meses*”. (Artículo 39). El derecho constitucional provincial y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires también han regulado esta figura.

Indudablemente se trata de una herramienta de gran importancia para la promoción del derecho a la salud desde la asignación de recursos económicos, hasta la organización del sistema público de asistencia de la salud. A pesar de ello desde la reforma de 1994 y en el orden nacional, ningún proyecto ha sido presentado por este medio.¹²¹

8.- LA JUDICIABILIDAD DE LOS DERECHOS SOCIALES

8.1.- El desarrollo progresivo

La característica propia de los derechos económicos, sociales y culturales es la exigencia de su “*desarrollo progresivo*” o “*prohibición de regresividad*” que impone la normativa internacional en materia de derechos humanos.

A diferencia de los llamados “derechos civiles y políticos”, los derechos que integran esta categoría obligan a los Estados a “*adoptar providencias...para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura*” (Art 26 Convención Americana sobre Derechos Humanos), o “*...adoptar medidas...para lograr progresivamente...la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos...*” (Art 2.1. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales).

A su vez el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Protocolo de San Salvador de Bahía) establece en su artículo 1. “*...Los Estados Partes en el presente...se comprometen a adoptar las medidas necesarias tanto en el orden interno como mediante la cooperación entre los Estados especialmente económica y técnica, hasta el máximo de los recursos disponibles y tomando en cuenta su grado de desarrollo, a fin de lograr progresivamente, y de conformidad con la legislación interna, la plena efectividad de los derechos que se reconocen en el presente Protocolo*”

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, órgano de aplicación del Pacto Internacional respectivo ha interpretado el sentido material del término

¹²¹ Gelli María Angélica, *Constitución Comentada*...citada, comentario al artículo 39 CN

“*desarrollo progresivo*” en especial en su Observación General n° 3 “*La índole de las obligaciones de los Estados Parte*” (1990 E/1991/23).

En primer lugar cabe destacar que dicha expresión no afecta el nivel de obligación de los Estados en cuanto a procurar la satisfacción de tales derechos, sino que simplemente autoriza un *dispositivo de flexibilidad*¹²² que admita las dificultades individuales de los países para alcanzar un grado satisfactorio de operatividad.

De este modo el compromiso de los Estados implica desplegar estrategias que permitan en un tiempo prudencial alcanzar los estándares mínimos de cumplimiento de las obligaciones asumidas al ratificar los tratados que garantizan los derechos sociales.

El Comité ha diferenciado los dos aspectos esenciales para la comprensión de las implicancias del desarrollo progresivo: a) La obligación de mejorar sucesivamente la garantía de los derechos y b) La obligación de no efectuar procedimientos u omisiones que signifiquen un retroceso en ese paulatino avance.

Se trata de un progreso continuo de acercamiento a la eficacia plena de tales derechos y al mismo tiempo el compromiso de no ceder el status alcanzado¹²³.

Es importante destacar que toda omisión por parte del Estado en sus obligaciones de promover la progresividad de los derechos sociales, encuentra su marco normativo en el derecho internacional de los derechos humanos.

Así la Directrices de Maastrich sobre Violación de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales¹²⁴ indican que “15: *las violaciones a los derechos económicos, sociales y culturales también pueden resultar de la omisión o incumplimiento del Estado en relación a la adopción de las medidas necesarias derivadas de las obligaciones legales...*”

A su vez, la Declaración de Quito¹²⁵ establece “...*la obligación de progresividad y su correlativa prohibición de regresividad: El Estado tiene el deber de encaminarse hacia la plena efectividad de los derechos, por lo que viola la idea de progresividad su inacción, su irrazonable demora y/o la adopción de medidas que impliquen el retroceso de tales derechos*”

La conclusión es que los países no pueden mantenerse en un rol pasivo respecto de la garantía de operatividad de estos derechos y que si bien se les reconoce la posibilidad de alcanzar ese objetivo en forma progresiva de acuerdo a sus posibilidades, ello no significa ni que el tiempo que demore esa efectividad no sea ponderable por los

¹²² Sepúlveda Magdalena, *La obligación de no regresividad en la Jurisprudencia del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales en Ni un paso atrás* sobra coordinada por Christian Curtis, CELS Edit del Puerto 2006 p. 117.

¹²³ Es interesante en este sentido el título del texto de Christian Curtis ya citado *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*.

¹²⁴ Adoptadas en Maastrich en enero de 1997.

¹²⁵ Adoptada en Quito el 22 de julio de 1998

organismos de protección ni que pueda el Estado omitir acciones esenciales y necesarias para alcanzar un mínimo y creciente nivel de protección

9.- NACIONALIDAD Y DERECHO A LA SALUD

9.1.- La naturaleza del derecho a la nacionalidad

La Constitución Nacional es terminante al definir el reconocimiento de los derechos fundamentales en condiciones universales de igualdad.

El Preámbulo de la Constitución de la Nación Argentina proclama los objetivos que guiaron en 1853 a los Convencionales que redactaron la Carta Magna, *“para nosotros, para nuestra posteridad y para todos los hombres del mundo que quieran habitar el suelo argentino”*.

A su vez, el art. 14, con el que arranca la normativa relativa a los derechos fundamentales, inicia diciendo *“Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos...”* y el art 20, por si hubieren dudas resalta: *“Los extranjeros gozan en el territorio de la Nación de todos los derechos civiles del ciudadano...”*.

Al referirse a las competencias del Congreso de la Nación, el art. 75 inciso 18 le encomienda *“...promover la inmigración...”* y *“...proveer...al poblamiento de su territorio...”*.

Asimismo, al haberse jerarquizado constitucionalmente los Tratados sobre Derechos Humanos en el artículo 75 inciso 22, la normativa internacional esencial en materia de discriminación ha pasado a integrar el núcleo de constitucionalidad federal.

En ese marco normativo, la nacionalidad aparece delineada como un derecho que solo puede ser proclamado en su faz activa pero jamás como impedimento para acceder a otros derechos.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos reconoce entre los derechos que no pueden suspenderse durante los Estados de Emergencia, el de la nacionalidad, lo cual afirma su trascendencia como derecho fundamental determinante de la dignidad humana¹²⁶.

Pero si bien actualmente la nacionalidad se analiza desde una perspectiva más amplia que el simple reconocimiento de los derechos políticos activos (derecho al sufragio) y pasivos (derecho a ser elegido); lo cierto es que en relación con el acceso a los derechos sociales y culturales, ha implicado tradicionalmente un elemento para la discriminación.

¹²⁶ Art 26 Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Efectivamente, los extranjeros sean documentados o en situación irregular, constituyen claramente grupos desventajados en lo que hace a sus posibilidades de recibir auxilios del Estado en relación con los derechos sociales: vivienda, salud, educación, etc.

En particular en este trabajo, nos interesa concentrarnos en la problemática de los inmigrantes, se encuentren en situación regular o irregular, quienes como vimos deben gozar de todos los derechos que se reconocen a los nacionales.

Por el contrario, en la práctica y en muchos casos reciben un trato discriminatorio, en particular por deficiencias en el ejercicio de su derecho a la información¹²⁷.

Por ello no es exagerado afirmar que por el solo hecho de serlo, los extranjeros se encuentran en condiciones de especial vulnerabilidad.

La noción de ciudadanía puede ser comprendida desde dos perspectivas conceptuales. Para una de ellas ser “ciudadano” implica un “status jurídico” que reconoce al individuo como integrante en plenitud de una comunidad. El poseedor de esa calidad es considerado titular de derechos y obligaciones diferenciadas en relación a quien no lo es. Solo los ciudadanos gozan de los derechos en condiciones de igualdad.

Este concepto de la ciudadanía corresponde al sentido histórico del término y se remonta a la antigüedad, cuando implicaba el ejercicio de los derechos políticos, únicos que permitían la participación en las decisiones institucionales de la *polis*.

Para la otra concepción, nacida al amparo del liberalismo iusfilosófico de fines del siglo XVIII; la ciudadanía implica un ámbito de reserva en el cual el individuo posee derechos que deben ser respetados por el Estado. El sujeto es portador de tales derechos con prescindencia de la comunidad política, la que debe sustraerse de interferir en su ejercicio.

A partir de ese momento se produce una coincidencia entre la pertenencia a la comunidad política y al Estado-Nación, de modo que la ciudadanía clásica se extiende quedando fuera solo los extranjeros¹²⁸.

En consecuencia, actualmente la ciudadanía aparece como asociada a la nacionalidad, de modo que los extranjeros resultan, en principio, excluidos de los derechos reconocidos a los ciudadanos.

Esta visión es contradictoria con la dimensión universal de los derechos humanos que se enuncia en los Tratados Internacionales, los cuales establecen

¹²⁷ Palacios Carmen, *Derechos Humanos y el acceso a la salud para todos los habitantes de la República Argentina. Inmigrantes en Condición Irregular. Información y difusión de sus derechos* en Revista La Ley.

¹²⁸ Villavicencio Susana, *Ciudadanos para una Nación*, en *Los contornos de la ciudadanía*, Eudeba, 2003, p. 16.

expresamente este principio y condenan todo tipo de discriminación derivada, entre otros supuestos, de la nacionalidad¹²⁹.

Esta contradicción se encuentra presente a nivel normativo constitucional e infraconstitucional en la mayoría de los Estados y se manifiesta especialmente en la asignación de determinados derechos sociales que requieren de aportes económicos y políticas públicas concretas de acceso y participación.

La República Argentina tiene particularidades que la hacen diferente de los demás países latinoamericanos e incluso de sus vecinos del MERCOSUR en cuanto a su conformación ciudadana.

Históricamente el país debió fundarse a partir de una lengua y una cultura no propias sino de los conquistadores. El tercer elemento que constituye un Estado, el territorio, también tenía que ser definido a partir de la independencia. Fueron las guerras sucesivas las que precisaron tardíamente los límites de la Nación.

La escasa población y las características que acabamos de enunciar hicieron que los constituyentes incorporaran en la Constitución algunas normas que facilitarían la convocatoria a “*todos los hombres del mundo que quieran habitar el suelo argentino*”.

Pero los criterios de selección aparecieron desde el inicio limitados a incorporar a la nacionalidad en formación, a quienes provenían de los países europeos. En ese sentido y aún cuando la Constitución en general estableció iguales derechos para nacionales y extranjeros sin distinguir su origen, el art. 25 de la Constitución de 1853 dispuso que “*El Gobierno federal fomentará la inmigración europea ...*”.

En ese sentido, el texto de 1853 reflejaba las ideas de Alberdi quien dijo en uno de sus artículos “*...queremos plantar en América la libertad inglesa, la cultura francesa. Traigamos pedazos vivos de ellas en los hábitos de sus habitantes y radiquémoslos aquí*”¹³⁰.

La admiración de los creadores de la norma fundamental por la cultura y filosofía europeas, no sólo implicaba la introducción en el texto definitivo de criterios como el antes enunciado, sino que se manifestó también en el desconocimiento de las culturas nativas y su importancia como formadoras de la nacionalidad.¹³¹

Si bien la legislación infraconstitucional fue conformado un sistema de protección de derechos tendiente a limitar todo tipo de discriminación por razones de

¹²⁹ Artículo 1º Convención Americana sobre Derechos Humanos, Art 2 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Art 2 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Art II, Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre,

¹³⁰ Alberdi Juan B., *Acción de Europa en América*, artículo publicado en El Mercurio de Chile, en *Obras Completas*, tomo III p. 88.

¹³¹ El inciso 15 del artículo 67 originario de la Constitución Argentina ordenaba al Congreso “Proveer la seguridad de las fronteras, conservar el trato pacífico con los indios y promover la conversión de ellos al catolicismo”. La Reforma constitucional de 1994 redujo el inciso (actual 16 del artículo 75) a su primer párrafo.

nacionalidad, aún con posterioridad a la reforma constitucional de 1994 subsisten normas que permiten diferenciar el acceso a ciertos derechos a los extranjeros, especialmente en lo relativo a los denominados económicos, sociales y culturales, grupo al que pertenece el derecho a la salud

9.2.- Trabas institucionales para el acceso de los extranjeros a la asistencia en Salud.

La tutela constitucional de la salud se reconoce en varios artículos: a) Los relacionados con los derechos de igualdad (Arts 15 y 16), propiedad (Art 16), debido proceso (Art 18), intimidad (Art 19), ambiente sano (Art 41), garantías constitucionales específicas (Art 43); b) El inciso 22 del artículo 75 que jerarquiza constitucionalmente ciertos Tratados sobre Derechos Humanos los que, por su contemporaneidad hacen más específica la atención de los derechos económicos y sociales sin discriminación.

Con todo, no posee la Constitución Argentina una norma propia que aluda al derecho a la salud, su alcance o los presupuestos mínimos que debe garantizar el Estado, de modo que los contenidos más propicios a la protección de la salud aparecen en los tratados aludidos en el artículo 75 inciso 22.¹³²

Además, si bien el art 42 referido a los derechos de usuarios y consumidores garantiza a la protección de la salud, lo hace respecto de las relaciones de consumo por lo que resulta insuficiente a los fines de establecer un marco constitucional de garantías mínimas para garantizar ese derecho.

El derecho constitucional provincial por el contrario encuentra en los textos de las constituciones locales numerosas regulaciones específicas hacia la protección de la salud y de la discapacidad.

De todos modos el marco normativo vigente tanto a nivel nacional como provincial y supranacional resulta suficientemente abarcativo de las necesidades de protección de la salud y de los requisitos mínimos que son exigidos al Estado para que éste no incurra en responsabilidad nacional o internacional por incumplimiento de sus obligaciones de garantía y protección.

Sin embargo sería aventurado admitir que existe una efectiva igualdad de posibilidades de acceso a los servicios de salud, ya que es evidente que para obtener ese resultado y hacer posible una igualdad real de oportunidades aún es necesario emprender modificaciones estructurales sustanciales en los ámbitos económicos, sociales y culturales de la Nación.

¹³² Baste recordar que la Ley 24. 309 que declaró la necesidad de la reforma impidió expresamente toda modificación a la primera parte de la Constitución, precisamente la que se refiere a “Declaraciones, derechos y garantías”. Sin embargo ello no fue obstáculo para que se introdujera la pauta de jerarquización constitucional de varios Tratados sobre Derechos Humanos que efectivamente poseen disposiciones concretas sobre del derecho a la salud y su operatividad sin discriminación.

Nuestro objetivo en este trabajo se centraliza en las distinciones e inconvenientes que se producen en relación con los extranjeros, particularmente aquellos que pertenecen al MERCOSUR y que constituyen el núcleo más importante de movilidad humana en la región.

La situación de los extranjeros presenta características especiales, pues por la sola razón de serlo se encuentran en una condición de mayor vulnerabilidad, ello fundamentalmente por la subsistencia de un derecho infraconstitucional que mantiene, sorprendentemente, pautas de discriminación con fundamento en la nacionalidad.

Esta discriminación normativa se manifiesta en impedimentos de tipo institucional que tienen que ver con la estructura del Estado, las posibilidades de participación política y el acceso a funciones de decisión tanto en los ámbitos político como de la sociedad civil.

Ante la ausencia de mecanismos de acceso de índole institucional que permitan a los extranjeros acceder en condiciones de igualdad al sistema de salud, los mecanismos procesales de tipo jurisdiccionales (amparo, acciones de inconstitucionalidad) han sido quienes en la práctica han permitido la efectivización de las prestaciones. En este sentido el amparo como proceso constitucional de garantía de los derechos constitucionales se ha constituido en la vía más propicia a tal fin.

9.3.- Inmigrantes ilegales y derecho a la salud. Ley de migraciones.

El marco normativo referido a la nacionalidad fue definido por la Ley N° 346¹³³. Esta, así como sus modificatorias fueron sustituidas por la ley de facto N° 21.795, derogada a su vez por la Ley N° 23.059 que la dejó sin efecto, restituyendo su vigencia así como de las leyes N° 16.801 y 20.835 y conservando la vigencia de la ley N° 16.569, el DL N° 17.692/68 y el art 91 de la ley N° 20.957.

En cumplimiento de la pauta constitucional de promover la inmigración, fue dictada la ley N° 25.871¹³⁴

El sistema sanitario se define no sólo por las políticas específicas en materia de salud que implementa el Estado, sino también por la incidencia de las condiciones y el medio ambiente de vida y de trabajo, elementos que se constituyen en principales referencias a la hora de analizar las situaciones de enfermedad en la sociedad.

El estado de salud de la población en general se caracteriza por una serie de problemas propios del actual modelo y que muestran la influencia de aspectos que en principio parecen ajenos al nivel de acceso a un standard adecuado de salud: Inequidad

¹³³ Sancionada el 1-X-1869, prom. 8-X-1869; RN 1863/69, p.517

¹³⁴ Ver análisis en capítulo 10.1.

en el acceso a los servicios de salud, deterioro de la infraestructura hospitalaria, ausencia de políticas racionales de planeamiento y abastecimiento, aumento de patologías relacionadas con el acceso a agua potable y adecuada alimentación.

A la discriminación propia de las situaciones de pobreza o indigencia se adicionan otras formas relacionadas con la niñez y la adolescencia, las mujeres, las discapacidades, las diversas orientaciones sexuales y los migrantes, entre otros.¹³⁵

En el caso de los migrantes, a las situaciones de maltrato y falta de atención igualitaria descriptas para los sectores más desprotegidos, se suma la carencia de documentación que implica que sólo puedan ser atendidos por los servicios de urgencia.

Esta circunstancia ubica al extranjero en una especial desprotección, ya que se encuentran al margen de cualquier posibilidad de ingresar al sistema nacional de salud e incluso son obligados a realizar exámenes médicos para encarar los trámites de radicación legal.

Es evidente que se impone la necesidad de implementar un sistema de salud integrador e igualitario que garantice la atención de las personas sin distinción de nacionalidad y/o residencia¹³⁶

9.4.- La Opinión Consultiva OC-18 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, órgano de protección de los derechos humanos creada por la Convención Americana, ejerce una “función consultiva” que consiste en la “*interpretación de esta convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados Americanos*” (Art 64 CADH).

El mecanismo de emisión de una Opinión Consultiva se pone en funcionamiento a petición de cualquier estado miembro de la OEA o bien de los órganos que integran este organismos internacional.

Hasta la fecha la Corte Interamericana ha redactado 19 Opiniones Consultivas, todas ellas de enorme interés para la interpretación de las cláusulas de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos que rigen en el ámbito regional americano.

¹³⁵ Han sido llamadas “discriminaciones superpuestas” en *La discriminación en la Argentina, diagnóstico y propuestas*, coordinador Villalpano Waldo y otros. EUDEBA Bs As INEDI 2006, p. 296.

¹³⁶ La propuesta estratégica en materia de salud elaborada por el Plan Nacional contra la Discriminación indica en su párrafo 219 sugiere “*Implementar un Sistema Nacional de Salud de cobertura universal bajo la lógica de la salud como derecho garantizando la atención integral y gratuita de todo habitante y/o residente en nuestro país sin ningún tipo de discriminación*” Plan Nacional contra la Discriminación Decreto PEN 1086/2005, Bs As 7/9/05.

La Opinión Consultiva OC-18/03 fue solicitada por los Estados Unidos Mexicanos, redactada el 17 de septiembre de 2003 y se refiere precisamente a la “*Condición Jurídica y Derechos De Los Migrantes Indocumentados*”¹³⁷

Si bien el tema de la consulta se centraliza en los derechos laborales de quienes deben dejar sus países de origen en busca de mejores horizontes, muchas de las argumentaciones expresadas por los Magistrados se refieren a las reglas generales de protección de los derechos humanos que deben regir las relaciones entre el país receptor y los migrantes, todas ellas aplicables a cualquier derecho humano.

En relación con el principio de igualdad y no discriminación dijo que “...*posee un carácter fundamental para la salvaguardia de los derechos humanos tanto en el derecho internacional como en el interno. Por consiguiente, los Estados tienen la obligación de no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias, de eliminar de dicho ordenamiento las regulaciones de carácter discriminatorio y de combatir las prácticas discriminatorias...*” Cons 88).

En su voto razonado dijo el Presidente Antonio Cancado Trindade “...*Que los Estados no pueden subordinar o condicionar la observancia del principio de la igualdad ante la ley y la no discriminación a la consecución de los objetivos de sus políticas públicas, cualesquiera que sean éstas, incluidas las de carácter migratorio...*” (cons 11).

Al analizar el fenómeno migratorio reconoce que “...*Hoy día, en una era de grandes migraciones, se constata lamentablemente una distancia cada vez mayor del ideal universalista de la *societas gentium* de los fundadores del Derecho Internacional. Las migraciones y los desplazamientos forzados, intensificados en la década de noventa, se han caracterizado particularmente por las disparidades en las condiciones de vida entre el lugar de origen y el de destino de los migrantes. Sus causas son múltiples: colapso económico y desempleo, colapso en los servicios públicos (educación, salud, entre otros), desastres naturales, conflictos armados, represión y persecución, violaciones sistemáticas de los derechos humanos, rivalidades étnicas y xenofobia, violencia de distintas formas, inseguridad personal...*(Cons 13)

En el voto Razonado del Magistrado mexicano Sergio García Ramírez éste expresó que “...*la mayoría de las personas se desplazan para mejorar sus medios de vida, buscar nuevas oportunidades o escapar de la pobreza*”, sin ignorar otros

¹³⁷ El Tribunal, al definir su competencia para expedir opinión sobre la consulta, se refiere a la finalidad de este mecanismo en el Considerando 64 al indicar que constituye “*un servicio que la Corte está en capacidad de prestar a todos los integrantes del sistema interamericano, con el propósito de coadyuvar al cumplimiento de sus compromisos internacionales*” referentes a derechos humanos y de ayudar a los Estados y órganos a cumplir y a aplicar tratados en materia de derechos humanos, sin someterlos al formalismo y al sistema de sanciones que caracteriza el proceso contencioso”

*motivos: la reunión de las familias, las guerras y otros conflictos, las violaciones a los derechos humanos, la expulsión y la discriminación. (cons 11)*¹³⁸

Explica también que "...Evidentemente, no es posible reducir un fenómeno de esta naturaleza a una cuestión de policía fronteriza, ni abarcarlo desde la simple perspectiva de la legalidad o ilegalidad, regularidad o irregularidad, de la estancia de extranjeros en determinado territorio. Esta óptica no permite entender y normar en forma racional y constructiva la oferta de trabajo lícito y creativo y la demanda que mantiene en operación los procesos económicos, con beneficio para quienes prestan sus servicios y para quienes los contratan. El fenómeno desborda esas perspectivas reduccionistas, que a menudo conducen a la adopción de medidas improcedentes y lesivas para los trabajadores migrantes, e incluso para la economía en la que éstos se instalan. Tal visión limitada y errónea trae consigo, también con frecuencia, problemas en la relación entre naciones vecinas...."

En el considerando 9 se refiere este voto a la democracia participativa y el desarrollo humano, objetivos que considera "...sólo son posibles en el marco de los derechos humanos... El concepto de democracia abarca hoy tanto la democracia política (con énfasis en los procesos democráticos formales) como "la democracia de desarrollo: en esta última 'los derechos civiles y políticos se consideran vehículos para hacer avanzar la igualdad de condición, no simplemente las oportunidades'. ...La interrelación de los derechos humanos con la democracia en nuestros días encuentra expresión en las disposiciones de los propios instrumentos generales de derechos humanos en los planos global y regional"¹³⁹.

Es importante destacar que las Opiniones Consultivas resultan *guías de interpretación* para los jueces argentinos, conforme lo expresara la Corte Suprema de Justicia argentina en el caso "Girolidi"¹⁴⁰ de modo que los argumentos antes citados resultan aplicables a la exigibilidad de condiciones igualitarias de acceso a las prestaciones de salud a cargo del Estado a todos los extranjeros, cualquiera sea su situación legal de permanencia en la Argentina.

9.5.- Condicionantes de naturaleza política y económica

¹³⁸ Merece citarse también este dato deslizado en el mismo voto, considerando 5: "...hacia el final del siglo XX había unos 175 millones de migrantes internacionales, casi el 3 por ciento de la población mundial y el doble de los que había en 1975. Aproximadamente un 60 por ciento de los migrantes internacionales, o sea unos 40 millones, están en países desarrollados" (Comisión de la Seguridad Humana, *La seguridad humana*, Nueva York, 2003, p. 45).

¹³⁹Caçado Trindade, Antônio A., *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el siglo XXI* Editorial Jurídica de Chile, 2001.

¹⁴⁰ Caso *Girolidi*, Considerando 11, LaLey 1996-E-409

El tema de la movilidad humana puede ser abordado desde una perspectiva económico-política o jurídico-política.¹⁴¹

Para la primera la migración interna y externa es favorecida en tanto cubra necesidades de mano de obra para los procesos de industrialización creciente. Pero cuando ese crecimiento económico es desfavorable, la presencia del extranjero implica la pérdida de capacidad laboral para los nacionales, lo cual provoca resistencias de tipo social y política basadas en el disvalor asignado a la presencia de quienes no participan del concepto de nacionalidad. La consecuencia será el endurecimiento de las leyes a través de la implementación de obstáculos a la integración en condiciones de igualdad.

Sin embargo desde un enfoque ético las soluciones antes enunciadas significan el desconocimiento de la dignidad humana y los requerimientos de protección a toda situación de vulnerabilidad.

Por su circunstancia el migrante “...*queda convertido en un ser humano a menudo muy desprotegido y seriamente vulnerable, que se encuentra separado de su lugar de origen, de sus raíces, de su cultura, de su familia, de su memoria colectiva...que tiene que vivir...en una tierra extraña*”¹⁴².

Los derechos de las personas son inalienables y su vigencia no puede depender de la arbitrariedad de los gobiernos ni de las apetencias de grupo alguno o de intereses políticos circunstanciales, por lo que es imperioso “...*hacer un esfuerzo a favor de quienes después de una larga permanencia se han radicado en la sociedad local...*”¹⁴³

Una de las situaciones a que se ven sometidos frecuentemente los inmigrantes, en especial los “*indocumentados*” es el “*trato degradante*” entendido como “*todo trato inhumano que deliberadamente cause un severo sufrimiento o castigosi se humilla severamente ante otro o se lo compele a actuar contra sus deseos o su conciencia...*”¹⁴⁴

Este dato de la realidad se encuentra frecuentemente favorecido por la legislación, omitiendo considerar que en estado actual de la normativa internacional en materia de derechos humanos impugna todo tipo de distinción, exclusión, restricción o preferencia basada entre otros motivos por el “*origen nacional*” tal como lo expresa el art 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Art 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el art 1 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas Forma de Discriminación Racial, el art 1 de

¹⁴¹ Corriveau Mercier Raúl, *Movilidad humana: Desafíos y Esperanza en Memoria del Encuentro Centroamericano de Movilidad Humana: Migrante y Refugiado*” San José Costa Rica 1998 p.. 8 ss.

¹⁴² Corriveau Mercier Raúl, ob cit, p. 9. Ver también el *Mensaje para la Jornada Mundial del Migrante* (1977 de Juan Pablo II citado en la misma obra.

¹⁴³ Corriveau Mercier Raúl Ob cit, p. 11.

¹⁴⁴ Palacios Carmen E., *La Ley de Migraciones (25871) y su reconocimiento al ejercicio pleno del “derecho a la salud” antecedentes normativos y doctrinarios que dan fundamento al art 8 DJ, 1104-doctrina p. 1*

la Convención contra Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer o el art 2 de la Convención sobre los Derechos del Niño, entre otros.

Sin embargo, la subsistencia de legislación interna de corte discriminatorio por razón de la nacionalidad es moneda corriente en casi todos los Estados, los que en mayor o menor medida han mantenido un derecho de fondo que denota cierto nivel de indefensión hacia los no nacionales.

Otra característica definitoria de las posibilidades de acceso de los inmigrantes a las prestaciones del sistema de salud, tiene que ver con el diferente grado de instrucción y capacidad económica o de integración laboral al país de ingreso. Es evidente que los problemas de incorporación a la sociedad receptora se relacionan directamente con tales parámetros y que en aquellos casos en que ellos son deficientes las posibilidades de incorporación en condiciones de igualdad se reducen sensiblemente.

El trabajo de campo realizado en función de esta investigación ha trabajado sobre estas características.

10.- LAS MIGRACIONES Y SU PROBLEMÁTICA

Las migraciones son una característica constante y decisiva en la historia humana. Han facilitado el proceso de desarrollo económico mundial, contribuido a la evolución de los Estados y sociedades y enriquecido a muchas culturas y civilizaciones. La movilidad humana se ha convertido en un elemento integral de la economía mundial.

No solo la magnitud y el alcance de la movilidad humana se están extendiendo, sino que su naturaleza se vuelve más compleja. Los migrantes internacionales se caracterizan por su diversidad. El número de migrantes ha aumentado junto al número de categorías legales y administrativas en las que los ubican los gobiernos y las organizaciones internacionales.¹⁴⁵

Las personas que migran se califican en función de su situación regular o irregular, en tanto que trabajadores calificados o no calificados, en calidad de migrantes permanentes o migrantes temporales, sin mencionar otras categorías como estudiante migrante, migrante por reagrupamiento familiar, migrante en tránsito, solicitante de asilo o refugiado.

En principio, una política migratoria coherente y completa debería abordar las circunstancias particulares de cada uno de estos grupos, particularmente porque muchas personas habitan en países caracterizados por la inseguridad humana, la corrupción, el autoritarismo, las violaciones de los derechos humanos y los conflictos armados.

¹⁴⁵ *Las migraciones en un mundo interdependiente: nuevas orientaciones para actuar*. Informe de la Comisión Mundial sobre las Migraciones Internacionales, octubre de 2005

10.1.- Política migratoria argentina

La Ley N° 25.871¹⁴⁶ define la política migratoria argentina. Todas las personas que deseen residir en la República Argentina deberán encuadrar en alguno de los criterios de admisión establecidos en los artículos 22 (radicación temporaria) y 23 (radicación permanente). A tal fin la Dirección Nacional de Migraciones exigirá a los extranjeros toda la documentación personal necesaria para adecuar el otorgamiento de residencia solicitada.

Los modos y requisitos para obtener la residencia, varían de acuerdo a si el solicitante es nativo de un país miembro del MERCOSUR, Estados Asociados, o extra MERCOSUR.

10.1.1.- Programa Nacional de Normalización Documentaria Migratoria “Patria Grande”

El Gobierno argentino dispuso el presente programa para regularizar la situación migratoria de los extranjeros nativos de los Estados Parte del MERCOSUR y de sus Estados Asociados, en busca de facilitar la tramitación para acceder a una residencia legal en el país.

A tal fin, se dispone implementar un nuevo criterio de radicación basado en la acreditación de la nacionalidad de uno de los países de la región y adoptando la buena fe como principio rector del Programa.

El programa permite obtener una credencial de Residencia Precaria con la que podrá permanecer, salir y reingresar a la Argentina, estudiar y obtener el CUIL, provisorio para trabajar legalmente hasta acceder a su radicación. Basta para ello con acercarse a las instituciones habilitadas con Pasaporte, Cédula de Identidad, Certificado de Nacionalidad y dos fotos.

El 14/12/2005 el Presidente de la Nación, en oportunidad de presentar el Plan Nacional de Normalización Migratoria decía: “... *Por eso, igualdad de responsabilidades, igualdad de derechos, igualdad de posibilidades y una patria grande que nos contenga en una etapa inicial a todos los que integramos el MERCOSUR y los países de América del Sur, y por supuesto, al resto de los países del mundo. Argentina es una tierra de buena voluntad, pero queremos que aquellos que realmente vengan, vengan con el sentido de incorporarse a trabajar para ayudarnos a construir nuestra patria y ayudar a construir esta región que tanto estamos soñando que tenga un rumbo y un destino...*”

¹⁴⁶ B.O. del 21/1/2004

*“... Esto tiene mucho que ver con la posibilidad de encontrar el destino y el amparo de una patria que les garantice una justicia y una equidad que en el mismo lugar de nacimiento debieran tener. Así que, nosotros le damos fuerza al programa que lleva adelante el Ministro, que llevan adelante los gobernadores, le pedimos a todas las organizaciones que controlen, que vean, porque lamentablemente para erradicar culturalmente ciertas prácticas, no sólo basta la voluntad, no sólo basta una ley, no sólo bastan los acuerdos, sino que también es la necesidad de una sociedad de vivir distinto y eso se va construyendo en el día a día..”*¹⁴⁷

10.1.2.- Legislación en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en materia de salud y los extranjeros.

La Ley Básica de Salud N° 153 establece en su artículo 2° que sus disposiciones alcanzan a todas las personas sin excepción, sean residentes o no. El art. 4 dispone que son derechos de todas las personas en su relación con el sistema de salud y con los servicios de atención:

- El respeto a la personalidad , dignidad e identidad individual y cultural.
- La inexistencia de discriminación de orden económico, cultural, social, religioso, racial, de sexo, ideológico, político, sindical, moral, de enfermedad, de género o de cualquier otro orden.
- La gratuidad de las acciones de salud, entendida como la exención de cualquier forma de pago directo en el área estatal.

Aquellos extranjeros con problemas de salud que demuestren necesidad o conveniencia de ser atendidos en establecimientos públicos o privados de la República Argentina, podrán obtener de la Dirección Nacional de Migraciones una autorización para permanecer en el país por el término de un año, prorrogable, con entradas y salidas múltiples. En caso de personas menores de edad, discapacitados o enfermos que por la importancia de la patología debieran permanecer con acompañantes, la autorización se otorgará haciéndose extensiva a los familiares directos, representante legal o curador.

La documentación exigida para el encuadre migratorio es la historia clínica en la que conste claramente la patología y el tipo de tratamiento a seguir en la República Argentina. Si se realiza en un Hospital Público deberá estar suscripta por el director del mismo y en caso de ser una clínica privada o por ante un médico particular, deberá estar legalizada por el Ministerio de Salud.

¹⁴⁷ Discurso presidencial. Palabras del Presidente Néstor Kirchner, en el acto de presentación del Plan Nacional de Regularización Migratoria 14/12/2005 – Casa Rosada – Salón Blanco www.patriagrande.gov.ar/html/discurso/htm

10.2.- LOS REFUGIADOS

10.2.1.- La Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y su Protocolo de 1967 y la creación del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR).

Las dos Guerras Mundiales que azotaron a la Humanidad produjeron millones de desplazamientos de personas que, obligadas a abandonar sus países de origen, buscaban protección en países vecinos o en otras latitudes. Frente a esta situación de magnitud desconocida hasta entonces, la comunidad internacional, ya organizada a través de las Naciones Unidas debió adoptar criterios que fueran universalmente aceptados en materia de protección. Si bien la Declaración Universal de Derechos Humanos ayudó a resolver esta espinosa cuestión, el 1º de enero de 1951 comenzó a funcionar la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR)¹⁴⁸ y el 28 de julio de 1951 fue aprobada la Convención de las Naciones Unidas relativa al Estatuto de los Refugiados¹⁴⁹ (Convención de 1951), instrumento que establecería, con carácter universal, el régimen jurídico aplicable a la protección de estas personas víctimas de los horrores de la posguerra.

Esta Convención establecería la definición de refugiado en su primer artículo. Sin embargo, el transcurso del tiempo y la aparición de nuevas situaciones que produjeron refugiados, hizo surgir la necesidad de aplicar a dichas situaciones las normas del citado instrumento. Con tal fin, se adoptó el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados. Al adherir al citado instrumento, los Estados se obligan a aplicar las disposiciones sustantivas de la Convención de 1951 a los refugiados comprendidos en la definición, pero sin la fecha límite de 1951 que ella misma establecía y que analizaremos más adelante¹⁵⁰. Las situaciones desencadenadas a finales de la década del cincuenta y durante la década de los años sesenta, los conflictos motivados por la descolonización -como los de Argelia, Angola, Ruanda y Zaire- produjeron desplazamientos masivos de personas que aumentaban de manera constante, circunstancia que llevó a la Organización de la Unidad Africana (OUA) a aprobar la

¹⁴⁸ Con sede en Ginebra, Suiza, donde permanece actualmente la Oficina Central del ACNUR. El ACNUR es el organismo internacional encargado de supervisar el cumplimiento de la Convención de 1951 y de cooperar con los Estados en la búsqueda de soluciones al problema de los refugiados.

¹⁴⁹ Adoptada en Ginebra, Suiza, en el marco de la Conferencia de Plenipotenciarios convocada por la Asamblea General de las Naciones Unidas de conformidad con su resolución 429 (V) del 14/12/40.

¹⁵⁰ Conf. Fraidenraij, Susana, *La Protección Internacional de los Refugiados en el Derecho Humanitario y en el Derecho de Refugiados*, Tesis de Doctorado, Universidad de Buenos Aires, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales.

Convención de la Organización de la Unidad Africana ¹⁵¹, instrumento que adoptó una definición de *refugiado* más amplia y moderna que la contenida en la Convención de 1951.

También el desarrollo y la diversificación de conflictos en algunos países centroamericanos y los acontecimientos ocurridos en países del cono sur en la década de los años setenta, inauguraba en América Latina el fenómeno masificado de la salida de personas que buscaban protección. La situación en América Central condujo a propiciar un Coloquio realizado en la ciudad de Cartagena de Indias en 1984 que culminó con la adopción de la denominada *Declaración de Cartagena*, cuya Conclusión Tercera amplía la definición de refugiado establecida en la Convención de 1951.

10.2.2.- El asilo a nivel universal.

Las violaciones sistemáticas de los derechos humanos, las infracciones flagrantes del derecho humanitario ¹⁵², las expulsiones masivas de poblaciones y la "depuración étnica" a gran escala ocasionaron –y continúan provocando - importantes desplazamientos en muchas regiones del mundo, tanto a nivel interno de los países como a través de las fronteras ¹⁵³.

La salida masiva de personas de regiones devastadas por la guerra y con el tráfico y el contrabando de personas constituye un tema preocupante para la comunidad internacional, tanto por los países que provocan el alejamiento de su gente, como para los países "receptores" de estos flujos de personas, que cada vez intentan poner más condiciones para la concesión de la protección internacional.

Como son los casos más numerosos y preocupantes por la gravedad de sus propias situaciones, trataremos la protección internacional de los refugiados desde la Convención de 1951 y su Protocolo de 1967.

10.2.3.- La definición de "refugiado" en la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados.

¹⁵¹ Adoptada en 1969 en Adis Abeba.

¹⁵² No profundizaremos sobre derecho internacional humanitario puesto que no es el objeto del presente trabajo. Sin embargo aclaramos que se trata del régimen jurídico aplicable en situaciones de conflicto armado interno o internacional y puede definirse como " El cuerpo de normas internacionales de origen convencional o consuetudinario destinado a ser aplicado específicamente en los conflictos armados internacionales o no internacionales, y que limita por razones humanitarias el derecho de las partes en conflicto a elegir libremente los medios o métodos utilizados en la guerra o que protege a las personas y los bienes afectados por el conflicto". Conf. Swinarski, Christophe: *Introducción al Derecho Internacional humanitario*. Ginebra - San José, CICR -IIDH, 1984, pág. 11.

¹⁵³ Nota de Protección Internacional, Comité Ejecutivo del Programa del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, 50º período de sesiones, 7 de julio de 1999.

El artículo 1º, apartado 2 de la Convención de 1951 establece que el término "refugiado" se aplicará a toda persona:

"...Que, como resultado de acontecimientos ocurridos antes del 1º de enero de 1951 y debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país; o que, careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él..."

Las palabras "acontecimientos ocurridos antes del 1º de enero de 1951" según la propia Convención, podrían entenderse -conforme su apartado B del artículo 1º- como "acontecimientos ocurridos antes del 1º de enero de 1951 en Europa" o como "acontecimientos ocurridos antes del 1º de enero de 1951 en Europa o en otro lugar" cuestión que quedaba librada a una declaración del Estado al momento de la ratificación de la Convención.

Notamos así que la definición emanada de la Convención establecía una *limitación temporal* ("como consecuencia de acontecimientos ocurridos antes del 1º de enero de 1951"). Esta limitación obedecía a la pretensión de los Estados -al momento de adoptarse la Convención- de limitar sus obligaciones a las situaciones de refugiados que ya se sabían que existían o las que pudieran surgir ulteriormente pero a consecuencia de acontecimientos ya ocurridos antes del 1º de enero de 1951.

El apartado B, a su vez, permitía a los Estados que ratificaran la Convención formular una *reserva geográfica*, es decir, limitar la recepción de refugiados por "acontecimientos ocurridos antes del 1º de enero de 1951 en Europa"¹⁵⁴

Como hemos adelantado más arriba, el transcurso del tiempo y la aparición de nuevas situaciones problemáticas, hizo surgir la necesidad de aplicar a dichas situaciones las normas de la Convención de 1951. Así, se adoptó el Protocolo de 1967. Al adherir al citado instrumento, los Estados se obligan a aplicar las disposiciones sustantivas de la Convención de 1951 a los refugiados comprendidos en la definición, pero sin la fecha límite de 1951.

10.2.4.- Análisis de la definición de refugiado.

De la definición transcrita precedentemente surgen cuatro elementos importantes a tener en cuenta al evaluar una solicitud de un extranjero que solicite el estatuto de refugiado:

¹⁵⁴ La reserva geográfica fue adoptada por la República Argentina al momento de adherir a la Convención, luego fue suprimida como explicaremos más adelante.

- *temor fundado*;
- *persecución*;
- *motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas*;
- *estar fuera de su país de origen*.

El *temor fundado* comprende básicamente, dos aspectos, uno subjetivo y otro objetivo. Ambos aspectos deben ser considerados al momento de la determinación de la condición de refugiado. El elemento subjetivo es el "temor", que se refiere a un estado de ánimo y el objetivo se refiere a la situación del país de origen del solicitante. De modo que el temor deberá ser fundado en una situación determinada imperante en el país de origen del solicitante.

En cuanto a la *persecución*, no existe una definición universalmente aceptada. Del artículo 33 de la Convención de 1951 puede deducirse que toda amenaza contra la vida o la libertad de una persona pueden ser consideradas como persecución. También constituyen persecución otras violaciones de los derechos humanos.¹⁵⁵

En cuanto a los *motivos* señalados en la definición, deben ser interpretados a la luz de lo dispuesto respecto de ellos en los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos universales y regionales. Así, por ejemplo, la violación de la libertad de pensamiento, conciencia o religión, o de la libertad de expresión consagradas en dichos instrumentos, sería razón suficiente para reconocer a una persona la condición de refugiado¹⁵⁶.

Estar *fuera de su país de origen*, es una condición esencial, por definición, para acceder al estatuto de refugiado. Las personas que sufren persecución deben, necesariamente, cruzar una frontera para quedar bajo el amparo de la Convención de 1951. Si no logra cruzar la frontera pero padece algún tipo de persecución podría tratarse de un *desplazado interno*.

10.2.5.- Determinación de la condición de refugiado.

Normalmente se pregunta quién determina la condición de refugiado de una persona y la respuesta es sencilla. Son los Estados los que deben resolver el problema. Sin embargo allí donde los Estados no adoptan ninguna acción es, normalmente, el ACNUR el que subsidiariamente irá a reemplazar la inactividad del Estado a fin de brindar protección a quien la solicite, siempre que reúna los requisitos establecidos en la definición analizada.

¹⁵⁵ Conf. Manual de Procedimientos y Criterios para la Determinación de la Condición de Refugiado, ACNUR, Ginebra, 1988, pág. 15.

¹⁵⁶ Conf. Fraidenraij, Susana, ob cit.

a) Quienes no pueden ser refugiados

No todas las personas pueden recibir el estatuto de refugiado. Son aquellas personas a las que se le aplican algunas de las denominadas "*cláusulas de exclusión*" de las establecidas en el artículo 1º apartado F) de la Convención. Una persona no podrá ser refugiada cuando:

a) Ha cometido un delito contra la paz, un delito de guerra o un delito de lesa humanidad, de los definidos en los instrumentos elaborados para adoptar disposiciones respecto de tales delitos;

b) Ha cometido un grave delito común, fuera del país de refugio, antes de ser admitida en él como refugiado;

c) Ha sido culpable de actos contrarios a las finalidades y a los principios de las Naciones Unidas.

Otras causales quedan establecidas en los apartados D y E del artículo 1º de la Convención.

b) Cesación de la condición de refugiado

Una persona que ha obtenido la condición de refugiado en un país, no mantendrá dicha condición para toda su vida, pueden darse circunstancias que hagan "*cesar*" dicha condición. Estas circunstancias son conocidas como las "*cláusulas de cesación*", establecidas en el artículo 1º apartado C) de la Convención de 1951, entre otras causales pueden mencionarse la *adquisición de la nacionalidad* del país que le proporcionó originariamente el estatuto de refugiado o, por ejemplo, *cuando hubieran desaparecido las causales* que motivaron su solicitud de refugio.

c) El Principio de No Devolución (Non refoulement).

El término *non-refoulement* deriva del francés, *refouler*, que significa "empujar hacia fuera o repeler, rechazar".

La Convención de 1951 consagra este principio al establecer la prohibición para los Estados contratantes de poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de territorios donde su vida o su libertad peligre por causa de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, nacionalidad o de sus opiniones políticas (art. 33.1). Por su parte el segundo párrafo del citado artículo establece dos excepciones que deben ser interpretadas restrictivamente en el entendimiento que privar a una persona de

la protección internacional es una decisión extremadamente grave por sus posibles consecuencias¹⁵⁷

A nivel regional la Convención Americana sobre Derechos Humanos no admite ninguna excepción para la expulsión o devolución de un extranjero cuando su vida o su libertad estuvieran en riesgo de violación. En su artículo 22.8 establece:

*" En ningún caso el extranjero puede ser expulsado o devuelto a otro país, sea o no de origen, donde su derecho a la vida o la libertad personal está en riesgo de violación a causa de raza, nacionalidad, religión, condición social o de sus opiniones políticas"*¹⁵⁸

Por su parte la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, brinda protección contra la devolución, expulsión o extradición (art. 3). Por la particularidad del tratamiento y la importante jurisprudencia del Comité contra la Tortura en materia de expulsión de solicitantes de asilo, trataremos el tema a continuación.

10.3.-La Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes y la labor del Comité contra la Tortura.

Hemos mencionado en el subtítulo anterior que la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes admite la protección contra la devolución¹⁵⁹.

En su artículo 3.1 establece una prohibición para los Estados y en el apartado segundo del mismo artículo, las consideraciones que han de ser tenidas en cuenta por las autoridades competentes para la evaluación del caso. De modo tal que si una persona se encuentra en el territorio de un Estado -parte en la Convención citada- y las autoridades de este Estado deciden exponerla a devolución, expulsión o extradición a su país de origen (o a cualquier otro Estado en el que existan razones fundadas para creer que esta persona podría ser sometida a tortura) la persona podrá acudir al Comité contra la Tortura constituido en virtud del art. 17 de la Convención.¹⁶⁰

En general, la jurisprudencia del Comité contra la Tortura versa sobre gran cantidad de casos sometidos a su estudio por parte de personas cuyas solicitudes de

¹⁵⁷ Conf. Fraidenraij, Susana, ob cit.

¹⁵⁸ Nos preguntamos cuál sería la posición de la Corte Interamericana de Derechos Humanos si, en el ejercicio de su función consultiva, tuviera que interpretar entre el art. 33.2 de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados a la luz del artículo 22.8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, conf. OC-1/82.

¹⁵⁹ Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10/12/84. La Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, fue aprobada por Ley 23.338. Goza de jerarquía constitucional.

¹⁶⁰ La definición de "tortura" queda explicada en el artículo 1º de la Convención.

refugio han sido rechazadas por los países a los que habían arribado y quedaban expuestos, a su deportación y, en algunos casos, a su extradición.

10.4.- La legislación en la República Argentina.

La República Argentina adhirió a la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados ¹⁶¹ y al Protocolo Adicional de 1967 ¹⁶². En 1984 nuestro país levanta la reserva geográfica que originalmente limitaba la recepción de refugiados provenientes de Europa ¹⁶³.

La admisión al territorio tanto para asilados como para refugiados se prevé en la subcategoría de "*residentes temporarios*" conforme la ley migratoria ¹⁶⁴.

La autoridad nacional con competencia en la determinación de la condición de refugiado es la Comisión Nacional para los Refugiados ¹⁶⁵, de modo tal que el extranjero que arribe al país y peticione su condición de refugiado deberá tramitar su solicitud ante esta autoridad quien decidirá, en instancia administrativa, si el solicitante reúne las condiciones establecidas en la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados o en la Conclusión III de la Declaración de Cartagena de Indias ¹⁶⁶. Las resoluciones de la Comisión son apelables ante el Ministro del Interior ¹⁶⁷. De persistir la negativa en sede administrativa, el extranjero tiene el derecho de acceder a la instancia judicial.

En caso de reconocimiento, el extranjero quedará en el país como "residente temporario" conforme lo establece la ley de migraciones.

Además de lo expuesto anteriormente sobre la protección contra la devolución, la ley regula la extradición de los refugiados y los solicitantes de asilo, circunstancia

¹⁶¹ Ley 15.869 (B.O. 11/10/61)

¹⁶² Ley 17.468 (B.O. 10/10/67)

¹⁶³ Ley 23.160 (B.O. del 23/10/1984)

¹⁶⁴ Ley 25.871 (B.O. del 21 de enero de 2004) en su artículo 23 dispone: "*Se considerarán "residentes temporarios" todos aquellos extranjeros que, bajo las condiciones que establezca la reglamentación ingresen al país en las siguientes subcategorías...inc k) Asilados y refugiados: Aquellos que fueren reconocidos como refugiados o asilados se les concederá autorización para residir en el país por el término de dos (2) años, prorrogables cuantas veces la autoridad de aplicación en materia de asilo y refugio lo estime necesario, atendiendo a las circunstancias que determine la legislación vigente en la materia*"

¹⁶⁵ Ley 26.165 (B.O. del 1 de diciembre de 2006) y a cuya lectura remitimos.

¹⁶⁶ Conf. Artículo 4 de la ley.

¹⁶⁷ Conf. artículo 50 de la ley.

que debería complementarse con las previsiones de la ley específica¹⁶⁸ en materia de extradición.

10.5.- El mapa de las migraciones internacionales y la cobertura de salud.

Algunos datos resultan imprescindibles para determinar el marco de población sobre el cual deben medirse los indicadores que nos permitan elaborar un cuadro de situación sobre la cobertura de salud de los extranjeros en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CABA) y en el Gran Buenos Aires (GBA).

Recurrimos para eso al Censo Nacional de Población, Hogares y Vivienda 2001 y a la Encuesta Complementaria de Migraciones Internacionales (ECMI) elaborada sobre el mismo Censo y revisada en septiembre de 2002 y septiembre de 2003.

10.5.1.- Censo Nacional de Población, Hogares y Vivienda 2001

Los datos obtenidos en la encuesta a nivel nacional dieron por resultado una población total para el Gran Buenos Aires (GBA) de 13.708.064 habitantes.

De dicha población 2.161.064 personas tienen **necesidades básicas insatisfechas** (NBI) lo cual equivale al 15.8% del total.

Algunos partidos del GBA muestran índices perturbadores: En el partido de Moreno el NBI asciende al 26%, en Florencio Varela al 30,4%, en Esteban Echeverría al 20,4%, Berazategui y Alte Brown superan el 19%, Quilmes y San Miguel oscilan en el 18%. Los índices menores no bajan del 7,7% (Morón).

En la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, las cifras son algo mejores. Sobre un total de 2.725.488, quienes tienen necesidades básicas insatisfechas son 212.489 personas, lo que significa el 7,8% de la población total, índice notablemente inferior al del GBA.

En cuanto a la **cobertura de salud**¹⁶⁹, los resultados correspondientes a los 24 partidos del GBA dan los siguientes resultados sobre un total computado de 8.684.437 personas:

¹⁶⁸ Ley 24.767 (B.O del 16 de enero de 1997), artículo 20.-

Con cobertura (obra social o prepaga): 4.172.122

Sin cobertura: 4.512.315

Esas cantidades se distribuyen entre varones (2.256.778 sin cobertura) y mujeres (2.255.537 sin cobertura), lo cual implica que aproximadamente el 50% de la población debe recurrir al servicio público de salud.

En la Ciudad Autónoma de Buenos Aires la relación es sensiblemente inferior, en números calculados sobre una población de 2.776.138.

Con cobertura (obra social o prepaga): 2.049.399

Sin cobertura: 726.739.

La distribución por género indica: 2.256.778 varones sin cobertura y 2.255.537 mujeres en iguales condiciones.

El Censo Nacional no posee indicadores de extranjería en condiciones de irregularidad, pero sobre población extranjera empadronada, las cifras son las siguientes:

PAIS	GBA	CABA
País limítrofe	432.570	147.256
Bolivia	89.306	50.111
Brasil	7.873	9.648
Chile	51.288	9.648
Paraguay	214.408	46.928
Uruguay	69.695	34.750
Perú	33.315	38.990

Si se consideran las condiciones de actividad económica, indicador esencial a la hora de evaluar la incidencia de las personas extranjeras en la prestación de los servicios

¹⁶⁹ Se elaboró con datos del Censo Nacional de Población, Hogares y Vivienda 2001 cuadros 6.3., 6.4, 6.10 y 6.12.

de salud gratuitos y a cargo del Estado, los resultados considerando la desocupación o la inactividad, son los siguientes:

RESIDENCIA	TOTALES	VARONES	MUJERES
GBA	725.088	Desocupados 69.462	Desocupadas 64.578
		Inactivos 110.915	Inactivas 238.261
CABA	299.587	Desocupados 16.169	Desocupadas 19.794
		Inactivos 36.539	Inactivas 85.256

10.5.2.- Encuesta Complementaria de Migraciones Internacionales (ECMI)

La Encuesta Complementaria de Migraciones Internacionales que elabora el INDEC ha sido actualizada en septiembre de 2003 y 2004 sobre la base del Censo Nacional de 2001.

Sus datos nos permiten obtener un panorama general de la población migrante, si bien no se encuentran diferenciadas las situaciones ilegales. Sin embargo, consideramos que a los fines de nuestra investigación resulta suficientemente ilustrativo contar con datos que permitan identificar la conformación de los hogares con el menos una persona nacida en otro país, deteniéndonos en los limítrofes.

PAIS	TOTAL CABA	TOTAL GBA
Bolivia	85.550	153.250
Paraguay	100.363	478.361

Brasil	12.602	16.567
Chile	22.024	77.451
Uruguay	75.748	155.226

Las cifras obtenidas muestran la importancia numérica de la población proveniente de países limítrofes, dato que unido a las condiciones de actividad económica graficadas en el punto precedente, constituye un elemento fundamental a la hora de establecer la obligación del Estado receptor respecto de la satisfacción de un mínimo bienestar en materia de salud.

10.6.- Sectores críticos. Experiencia en el conurbano bonaerense.

Trabajo de campo: partido de Avellaneda: Hospital Pte Peron y CAPS (Centros de Atención Primaria) -

Con el objeto de realizar un análisis que nos permitiera estimar el alcance de la atención primaria en relación con personas de nacionalidad extranjera, realizamos un trabajo de campo en una localidad de características muy particulares de la Provincia de Buenos Aires.

Elegimos para ello el partido de Avellaneda ubicado en el conurbano de la ciudad de Buenos Aires, con una población propia de casi 400.000 habitantes y una infraestructura hospitalaria de envergadura en relación con su zona de influencia.

Consultados los departamentos de estadística de los Hospitales de referencia. (Hospital Perón de Avellaneda – Hospital Fiorito de Avellaneda – Hospital de Wilde), no se ha tenido acceso a datos que permitan identificar el número de personas de otra nacionalidad que son atendidas allí, habiéndonos informado que no hay tasas confeccionadas a ese fin.

Consultada la Secretaria de Salud de Avellaneda, lugar en el que se ha tenido acceso a toda la información estadística/epidemiológica, no hay efectivamente en esa instancia, datos de la nacionalidad de los pacientes asistidos.

Tampoco se han podido obtener datos en el mismo sentido a nivel del Ministerio de Salud de la Provincia de Buenos Aires.

10.6.1.- El Hospital Presidente Peron de Avellaneda

El partido de Avellaneda cuenta con un hospital de alta complejidad clasificado como H.I.G.A. (Hospital Interzonal General de Agudos) denominado Presidente Perón.

El Hospital Interzonal de Agudos Presidente Perón es un establecimiento sostenido y administrado por la Pcia de Buenos Aires y se encuentra ubicado en una zona neurálgica del conurbano bonaerense.

Se trata de un hospital público de autogestión cuya finalidad es prestar atención médica en forma igualitaria e indiferenciada a toda la población estando obligado a prestar asistencia a los pacientes carentes de recursos. En este aspecto debe ponderarse el incremento de indigentes en una población de máxima pobreza en aumento por la pérdida de cobertura social ante la falta de trabajo más la incidencia de un sector que habiendo pertenecido a alguna prepaga no se encuentra actualmente en condiciones de sostenerla, agravando el crítico estado de abastecimiento hospitalario.

Originalmente el Hospital Pte Perón fue concebido como “Hospital General de Agudos” lo que implica la atención de pacientes “agudos” de corta estancia pero de requerimientos urgentes e inmediatos. Actualmente lo es también de “Alta Complejidad” siendo por ello uno de los establecimientos asistenciales en que se llevan a cabo tratamientos más complejos que requieren de alta tecnología (cirugía cardiovascular, hemodinamia, hemodiálisis, trasplantes cardíacos).

A su vez, por ser interzonal, es cabeza de referencia regional, recibiendo derivaciones de otras zonas como consecuencia del trabajo asistencial en red, incluso de patologías crónicas (Ej: enfermos diabéticos, renales crónicos, hematológicos, oncológicos, reumáticos, etc). Ello implica comprometer gran parte de su estructura y funcionamiento a un cúmulo de prestaciones originariamente inimaginado.

Es por ello que a las deficiencias edilicias se suman las gravísimas faltas de insumos, mantenimiento de aparatología y recursos humanos para una atención digna.

El Hospital Pte Perón asiste aproximadamente a 256.000 consultas externas por año. La guardia atiende 66.000 consultas anuales. Los egresos anuales ascienden a 13.000. Se atienden aproximadamente 1700 partos por año teniendo en cuenta la cercanía de un hospital materno infantil, lo cual reduce sensiblemente el número de casos.. Se realizan 37.500 placas radiográficas anuales y 840.900 análisis de laboratorio. Las cirugías anuales superan los 7.000 y las prácticas ambulatoria 120.000.

En otras palabras, la gestión del establecimiento se encuentra colmada, y ante esa realidad apremiante el personal profesional y no profesional resulta insuficiente, los insumos son escasos o bien inexistentes y los elementos técnicos necesarios para la atención y diagnóstico funcionan al límite de su capacidad.

El esquema funcional de este Hospital público es similar al que define los grandes centros asistenciales del conurbano bonaerense. La calidad de la atención y el perfil de los pacientes es también común a todos ellos.

No se pudieron obtener referencias que permitan efectuar mediciones conforme la nacionalidad de los pacientes, si bien este es un dato que consta en las historias clínicas.

La conclusión a la que arribamos en este punto es que si no se efectúan

enumeraciones puntuales respecto a la nacionalidad de los pacientes, tampoco existen indicadores que permitan considerar su incidencia en la asignación de recursos a partir de las situaciones puntuales de residencia, temporalidad, requerimiento de medicación para pacientes en tránsito, etc.

10.6.2.- Un trabajo de campo testigo: El Centro de Atención Primaria de Villa Corina Partido de Avellaneda.-

Este centro de salud primaria se encuentra ubicado en la localidad denominada Villa Corina de Wilde, Partido de Avellaneda

El dato relevante de nuestra observación es referida a los extranjeros que concurren a solicitar asistencia médica/odontológica y luego regresan a sus países de origen, hecho que repiten habitualmente ante nuevas patologías o incluso como controles de padecimientos crónicos.

Si bien no es posible generalizar los resultados, destacamos que receptan una realidad similar a todo el conurbano bonaerense en relación con los beneficiarios del sistema público de salud.

10.6.2.1.- - Material y métodos

Como ya dijimos, no existen datos a nivel municipal o provincial que permitan avanzar en la identificación de atención a personas de otra nacionalidad en el área de atención primaria de la salud.

Presentado así el problema de la obtención de datos, se efectuó un relevamiento, tomando como muestra la atención promedio mensual de dos CAPS de Avellaneda, ubicados en Villa Corina (N°1 y N° 17) los que efectúan consultas ambulatorias de APS (atención primaria de la salud), sin internación ni servicios de guardia .

La asistencia es totalmente gratuita, no determinando en los pocos casos que poseen alguna cobertura social (Pami u otras Obras Sociales) el tipo de Obra Social, a fin de la implementación de un sistema de cobro a las mismas por las prestaciones brindadas. En este punto es necesario destacar que en los hospitales provinciales existe un procedimiento de recobro cuando son asistidas personas con asistencia prepaga de salud.

A los fines citados, se efectuó un relevamiento de las Historias Clínicas de los Centros de Asistencia Primaria indicados, evaluando lugar de residencia habitual, tiempo de permanencia en Argentina, posesión de documento nacional, prácticas efectuadas, frecuencia de asistencia.

Además se evaluaron otras constancias de atención, tales como las “hojas 2”, que son hojas de control diario de asistencia médica /odontológica) y libros de enfermería.

Este estudio se efectuó anotando los datos de dos meses de asistencia.

10.6.2.2.-Resultados

Se ha detectado, la asistencia de población extranjera, residente en forma permanente en Villa Corina, y atención de extranjeros, residentes “transitorios” (denominamos así los que residen en Argentina, por no más de 30 a 60 días).

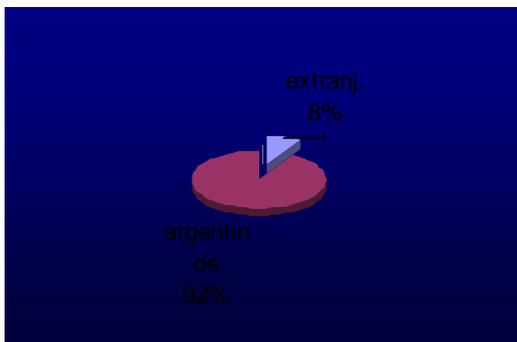
Teniendo en cuenta que la zona programática de Villa Corina, asiste un grupo poblacional de aproximadamente 20.000 personas, el número de consultas mensuales promedio de los CAPS, oscila alrededor de 5000 consultas por mes, número que corresponde a todas las especialidades.

Se advierte la presencia de una población estable, y una población que proviene de países limítrofes, se asienta en domicilios generalmente de familiares y luego regresa a su país de origen. Es durante la permanencia en la localidad de Avellaneda en que son asistidos en los CAPS y Hospitales de la zona, siendo éste el período considerado para este trabajo.

A los pacientes asistidos, aún cuando sean “transitorios”, se les abre una Historia Clínica, o se asienta en los libros de enfermería.

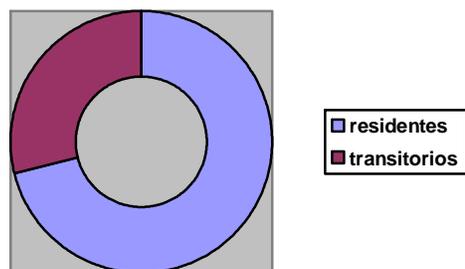
Los datos encontrados son los siguientes:

- a) Número de prestaciones en el mes (promedio) : 5.000 prestaciones
- b) Número de extranjeros asistidos en el mes : 410 extranjeros (8.2 %)



c) Número de extranjeros con residencia habitual (más de un año) en el país: 291 (71 %)

d) Número de extranjeros transitorios : 119 (29 %)



e) Número de veces promedio, en que concurrieron para asistirse en Argentina en los últimos 2 años : 2

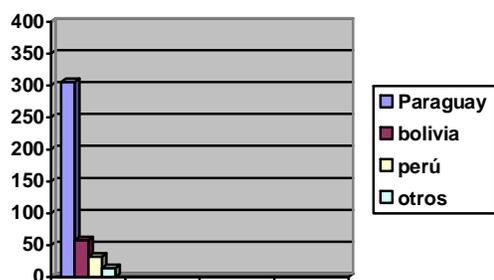
f) Número de extranjeros con DNI / CI: 280

g) Lugar de origen : Paraguay : 306 pacientes

Bolivia : 58 pacientes

Perú: 32 pacientes

Otros: 14 pacientes



Del total de prestaciones efectuadas a extranjeros, consistentes en consultas de clínica médica, ginecología, pediatría, odontología, se evaluaron el tipo de prestación y su derivación para consultas o prácticas de mayor complejidad.

1) 379 pacientes, requirieron efectuar estudios complementarios de baja complejidad :

- Análisis clínicos
- Radiografías
- Ecografías
- Electrocardiogramas / ecocardiogramas / Holter / ergometrías.

2) De ellos, 98 fueron del grupo de los transitorios.

3) 228 pacientes requirieron concurrir al 2° nivel (Hospitales de referencia) para interconsultas con especialistas.

4) De ellos, 91 fueron del grupo de los transitorios.

5) 28 pacientes fueron derivados para cirugías programadas, (gastroenterológicas, ginecológicas y oftalmológicas). De ellos, 9 fueron del grupo de los transitorios.

6) 9 requirieron internación. De ellos, 2 fue del grupo de los transitorios.

7) 107 pacientes ingresaron al programa de salud sexual y reproductiva, entregándoseles métodos anticonceptivos.

8) A 2 pacientes se les colocó DIU.

10.6.2.3.- Conclusiones

De las evaluaciones indicadas precedentemente se pueden deducir las siguientes conclusiones:

1.- Como se ha visto, se confirmó la asistencia de un número importante de extranjeros en los CAPS evaluados.

2.- Algunos de ellos, necesitaron estudios complementarios o prácticas que debieron ser derivadas a otro nivel prestacional.

3.- Se ha confirmado, la concurrencia de extranjeros, al sólo fin de asistirse en el Sistema Público, y luego regresar a su país de origen.

4.- Es evidente la preferencia de personas provenientes de Paraguay, Bolivia y Perú, no siendo destacable el número de asistencias a naturales de los demás países integrantes de MERCOSUR.

Como dato interesante se ha visto que en la última epidemia Paraguaya de Dengue, hubo pacientes que, una vez diagnosticados los síntomas compatibles, fueron derivados a la República Argentina país en forma inadecuada, con la indicación de viajar por sus medios (micros, autos, etc) a fin de asistirse en centros públicos Argentinos.

11.- PROPUESTAS DE ARMONIZACIÓN NORMATIVA Y DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE SALUD EN EL MERCOSUR.

Hemos intentado abordar el análisis y justificación de la hipótesis de trabajo a partir de la caracterización de la salud como derecho humano fundamental¹⁷⁰ desde la perspectiva de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos, documentos que reflejan en la actualidad tanto el alcance del concepto de salud como las responsabilidades del Estado hacia su respeto y garantía¹⁷¹.

El fenómeno sociológico que constituyó el objeto del estudio fue la migración desde los países limítrofes, con particular interés en la que proviene de los países que integran el Mercado Común del Sur (MERCOSUR) por ser aquellos que aportan el mayor número de personas de las cuales la inmensa mayoría se encuentra en situación de irregularidad legal.

Los datos recabados tanto a través de las estadísticas oficiales, como de los registros públicos relativos a la asistencia de personas extranjeras en situación irregular en el conurbano bonaerense; se centralizaron en una localidad de la Provincia de Buenos Aires de especial complejidad tanto por su estructura humana como por las condiciones socioeconómicas que definen ese espacio¹⁷².

Si bien esos datos no son susceptibles de generalización en tanto no incluyen las diferencias específicas de cada partido del conurbano; es posible transferir algunos resultados por ser concomitantes a la problemática corriente en esa región.

El análisis constitucional de los países socios y asociados mostró asimetrías de importancia en cuanto a la jerarquización de los tratados internacionales¹⁷³, lo que implica en la práctica dificultades a la hora de admitir su judicialización¹⁷⁴.

En este aspecto, la legitimación procesal en cada país resulta consecuencia de dicha jerarquía y por ende, muestra también importantes diferencias respecto de las obligaciones concretas del Estado en relación con la garantía de la salud que solo puede alcanzarse con aportes concretos en materia financiera y de recursos humanos¹⁷⁵.

Para introducirnos en la problemática de las migraciones, fue necesario abordar la naturaleza del derecho a la nacionalidad¹⁷⁶, uno de los que constituyen en “núcleo

¹⁷⁰ Capítulo 2

¹⁷¹ Capítulo 4

¹⁷² Capítulo 10.5 y 10.6

¹⁷³ Capítulo 3

¹⁷⁴ Capítulo 8

¹⁷⁵ Capítulos 5 y 7

¹⁷⁶ Capítulo 9

irreductible de derechos fundamentales” que no pueden ser restringidos aún durante los estados de emergencia.

No obstante en la realidad, la nacionalidad actúa como obstáculo para la igualdad y en el caso de la salud implica agravar la condición de vulnerabilidad del migrante. La Ley de Migraciones no contribuye a definir un verdadero estándar de igualdad a pesar de la clara interpretación en tal sentido que hiciera la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva n° 18¹⁷⁷, sin olvidar el marco constitucional argentino.

Las conclusiones a las que arribamos son transitorias, como entendemos que corresponde a todo trabajo de investigación sobre la realidad, siempre cambiante y de difícil acceso como para ser encasillada en una opinión unívoca y definitiva.

11.1.- La necesidad de una armonización legislativa

En el proceso de implementación de un sistema comunitario, lo jurídico aparece como un aspecto de importancia esencial.

La necesaria *armonización y complementación* de los distintos sistemas legales requiere y exige un esfuerzo de los Estados en la tarea de superar los condicionamientos nacionales que impidan u obstaculicen los procesos de integración del derecho. Se trata de un difícil desafío en la medida en que las mutuas concesiones dependen sustancialmente de la buena voluntad de los gobernantes, acuciados siempre por limitaciones generadas en una constante realidad de crisis¹⁷⁸.

En este aspecto, la toma de conciencia de los legisladores deviene en uno de los aspectos más importantes para concretar y luego sostener las reformas que lleven a un sistema integrado y común a todas las partes¹⁷⁹.

11.2.- La superación de las asimetrías constitucionales

Uno de los problemas más complejos se ubica en las asimetrías constitucionales de los Estados Partes tanto en relación con la jerarquía que conceden a los tratados internacionales como al valor que se otorga a la legislación emanada de los órganos del MERCOSUR.

La Constitución Argentina es la más clara en tal sentido, a partir de la reforma de 1994 (art 75 inciso 24), que autoriza la “*delegación de competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales en condiciones de reciprocidad e igualdad*”. En cuanto

¹⁷⁷ Capítulo 10

¹⁷⁸ Morello Augusto Mario, *Movidas y Reservas en la Dimensión Transnacional del Derecho* en LL jueves 11 de marzo de 2004.

¹⁷⁹ En tal sentido dice Angel Landoni Sosa “*.de nada serviría hacer un gran esfuerzo en procura de lograr la armonización de nuestros sistemas procesales, si al poco tiempo uno de los Estados Partes, sin consulta previa, pudiera producir unilateralmente su modificación*” (*La armonización de las normas procesales en el Mercosur*”, en LL - 1/7/98)

a los derechos humanos, es indudable el acrecentamiento de su garantía conforme lo dispone el art 75 inciso 22.

También es favorable a la supranacionalidad la Constitución del Paraguay cuyo art 145 “*admite un orden jurídico supranacional*”.

Los textos constitucionales de la República Oriental del Uruguay (art 6 inciso 2) y de la República Federativa de Brasil (art 4) muestran enunciados genéricos y programáticos, pero de ningún modo impiden ni obstaculizan el desarrollo de procesos de integración.

Por el contrario los otros países que integran el sistema a distintos niveles poseen cartas constitucionales francamente desfavorables a la supranacionalidad, lo que implica una dificultad evidente para su incorporación efectiva y plena al sistema del Mercosur.

Otro problema se presenta cuando se trata de identificar el enfoque legal o interpretativo de la supremacía constitucional, en relación con el modo y la jerarquía con que ingresa en derecho comunitario al derecho interno. El orden de prelación entre la Constitución, los Tratados y las leyes internas en una de las cuestiones más complejas a resolver, sobre todo porque en algunos casos requerirá de reformas constitucionales.

A las diferencias con que cada Constitución regula su esquema de supremacía, se suma la concurrencia de dos Estados federales (Argentina y Brasil) y dos que no lo son (Paraguay y Uruguay)¹⁸⁰.

11.3.- Los sistemas legales de fondo y procesales

Tanto o más difícil que coordinar los textos constitucionales, es hacerlo con el derecho de fondo (civil, penal, laboral, etc) y con los códigos procesales.

En la actualidad existen notables diferencias entre los sistemas jurídicos de los países del Mercosur, que no sólo se evidencian en los contenidos materiales de asignación de derechos, sino en la implementación del sistema de garantías.

Es evidente que para lograr la optimización del sistema actual y conducirlo a la realización de una integración real será necesario armonizar la leyes.

No se trata obviamente de una tarea sencilla pero es imprescindible a los fines de concretar un sistema de derecho lo más unívoco posible que impida la contradicción y permita la coordinación entre ese derecho interno y el que deberá crearse por los órganos comunitarios para ser aplicado también en forma directa en los respectivos territorios.

Consideramos que las distorsiones actuales entre el derecho sustancial de uno y otro Estado, que sobrevivan al nacimiento de normas de índole específicamente comunitaria, serán superadas únicamente cuando se establezca su obligatoriedad inmediata en los territorios nacionales.

Ello implica la superación del criterio expuesto en el art 42 del Protocolo de Ouro Preto, en tanto determina la incorporación de las normas que actualmente emanan

¹⁸⁰ ver Aguirre Ramirez Gonzalo, *Integración: Nueva Realidad Regional y Mundial* en Curso de Derecho Procesal Internacional y Comunitario del Mercosur” obra dirigida por Angel Landoni Sosa. Fundación de Cultura Universitaria, Uruguay 1997.

de los órganos del Mercosur “*mediante los procedimientos previstos en la legislación de cada país*”.

En lo relativo al Derecho Procesal, los avances han sido de gran importancia, pues incluso con anterioridad a la creación del Mercosur, el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal había encarado la tarea de elaborar un *Código Procesal Modelo para Iberoamérica*. Este proyecto, orientado hacia la tendencia moderna de un proceso único y uniforme, es actualmente aplicado con éxito en la República Oriental del Uruguay¹⁸¹.

Pero que este u otro código procesal sea aplicable a todos los países del Mercosur, tropieza con numerosos obstáculos, incluso constitucionales. Baste recordar que de los dos países federales que integran el Mercosur, solo Brasil tiene un Código Procesal único en tanto Argentina posee uno distinto para cada Provincia.

Sin embargo, las dificultades que se evidencian en la tarea progresiva y constante de lograr una fórmula procesal única en nuestro país, nos llevan a concluir que se encuentra aún muy lejos la posibilidad de organizar un sistema procesal que sea reconocido por todos los Estados Partes, cuyas legislaciones locales muestran una dispar evolución.

De todos modos las circunstancias por la que actualmente atraviesa la integración americana, el desarrollo creciente de la denominada Justicia Constitucional y los constantes planteos de reformas a nivel de administración de Justicia permiten vislumbrar una evolución favorable hacia mecanismos más articulados que puedan funcionar como base de un proyecto común en materia procesal¹⁸².

La efectiva garantía del derecho a la salud como los otros derechos sociales, encuentra en el proceso judicial su mayor aliado, en tanto son las herramientas procesales las que permiten viabilizar el reclamo individual y colectivo de prestaciones concretas.

Los instrumentos que analizamos en este trabajo¹⁸³ pertenecen al derecho procesal argentino en tanto los sistemas procesales de los países vecinos no receptan de igual modo figuras como las acciones colectivas o el amparo que actúan como instrumentos efectivos para acceder a los servicios de salud pública.

11.4.- La necesidad de una interpretación uniforme.

Hemos dicho que la pregonada armonización del derecho interno de cada Estado impone garantizar que las reformas locales no se aparten del esquema adoptado en acuerdo común. Ello solo podrá lograrse estableciendo mecanismos que, sin hacer perder a cada país su capacidad de legislar, determinen el marco de acción e

¹⁸¹ El Código General del Proceso empezó a regir en la República Oriental del Uruguay el 20 de noviembre de 1989. El profesor uruguayo Angel Landoni Sosa insiste sobre la conveniencia de aprovechar la experiencia de este modelo ya probado y entiende que es improbable que la armonización legislativa en materia procesal provenga del Mercosur hacia los Estados Partes, proponiendo que, inversamente los países que integran el sistema adopten por se Códigos Procesales similares, facilitando de ese modo la aplicación de un sistema legal común. (ob cit, LL 1/7/98)

¹⁸² Gozaíni, Osvaldo A, *Problemas actuales del derecho procesal. Garantismo vs activismo procesal* Fundap, Mexico 2002, p.160.

¹⁸³ Capítulo 7

impongan el deber de consultar a los demás integrantes del Mercosur cuando una iniciativa legislativa pretenda modificar una materia ya armonizada.

Obviamente ello requiere también un sistema de sanciones en caso de incumplimiento y la existencia de un Tribunal Supranacional con facultades para disponerlas y ejecutarlas.

La tarea de interpretación aparece así como un aspecto esencial para una correcta armonización jurídica, ya que su objeto será no solo el *derecho interno* integrado por normas coordinadas entre los distintos Estados, sino el *derecho comunitario* emanado de los propios órganos del sistema integrado.

Es importante en este punto destacar una asimetría más que aparece en relación con el acatamiento en cada Estado de la interpretación que efectúa la Corte Interamericana de Derechos Humanos a través de sus sentencias y opiniones consultivas, así como de las recomendaciones que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos haga en relación con las denuncias individuales que recibe en función de la aceptación en cada caso de sus respectivas competencias.

Se establece aquí una diferencia sustancial que se refleja en el compromiso de las autoridades políticas y judiciales del Estado, comprometido en garantizar el derecho precisamente por dicha sumisión a los órganos supranacionales de protección de los derechos humanos.

En este aspecto la República Argentina se encuentra en una situación de enorme compromiso con el sistema, al punto de haber aceptado su responsabilidad en todos los casos que hasta la fecha han llegado a la Corte Interamericana.

El sistema judicial nacional ha desarrollado desde 1994 una rica y variada jurisprudencia en relación con la legitimación y los contenidos de los derechos sociales, admitiendo su judiciabilidad en forma creciente.

Esta experiencia constituye a nuestro entender un aspecto fundamental a la hora de evaluar el problema de la nacionalidad, la migración y el derecho a la salud.

Este trabajo analiza precisamente esa realidad, muchas veces ignorada en las proyecciones presupuestarias y de políticas públicas.

La consecuencia de esta imprevisión es la dispersión de recursos siempre escasos sin previsiones fundadas en conclusiones estadísticas de asistencia a los servicios de salud que en forma gratuita prestan los municipios y la provincia de Buenos Aires.

Como conclusión, consideramos que:

1.- La salud como derecho fundamental debe ser respetada y garantizada por el Estado “...sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o racial,

posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social...” (Artículo 1.1. Convención Americana sobre Derechos Humanos).

2.- No es aceptable ni jurídica ni moralmente que se establezcan diferencias basadas en los parámetros indicados en el artículo 1 .1. CADH entre nacionales y extranjeros en su posibilidad de acceder a los servicios públicos de salud.

3.- La Constitución Nacional y los Tratados de Derechos Humanos con jerarquía constitucional conforme lo dispone el artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional obligan al Estado argentino a respetar y garantizar el derecho a la salud en condiciones de igualdad.

4.- El Estado no puede invocar las asimetrías constitucionales y legales con sus socios del Mercosur para dejar de cumplir el compromiso asumido al ratificar los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos de respetar y garantizar el derecho a la salud (Artículo 27 Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados).

5.-Es necesario que las previsiones presupuestarias y las políticas públicas en materia de salud incorporen como dato de especial importancia a las personas migrantes en condiciones de irregularidad con el objeto de prestarles el mayor estándar posible de protección y garantías de su derecho a la salud en condiciones de igualdad con los nacionales o extranjeros regulares.

6.- Para mantener y mejorar el acceso igualitario a los servicios de salud tanto a las personas nacionales como extranjeras, cualquiera sea su situación legal; es esencial efectuar las correcciones necesarias en las previsiones presupuestarias, de modo que no se afecte el derecho de unos para favorecer el de otros.

7.- Los Estados socios y asociados en el Mercosur tienen el deber cooperar entre sí para “...lograr progresivamente la plena efectividad...” del derecho a la salud, así como a los demás derechos económicos, sociales y culturales (Art 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos).

8.- Los Estados socios y asociados en el Mercosur deben realizar su mejores esfuerzos para coordinar su derecho interno constitucional e infraconstitucional de modo que el acceso del derecho a la salud sea igualitario en cada uno de sus territorios nacionales.-

BIBLIOGRAFÍA

Abramovich Victor y Courtis Christian, *Apuntes sobre la exigibilidad de los derechos sociales en Derechos Sociales. Instrucciones de uso*. Doctrina Jurídica Contemporánea, Bs As

Aguirre Ramirez Gonzalo, *Integración: Nueva Realidad Regional y Mundial* en Curso de Derecho Procesal Internacional y Comunitario del Mercosur obra dirigida por Angel Landoni Sosa. Fundación de Cultura Universitaria, Uruguay 1997.

Aguirre Ramirez Gonzalo, *Integración: Nueva Realidad Regional y Mundial* en Curso de Derecho Procesal Internacional y Comunitario del Mercosur, citado.

Alberdi Juan B. “*Acción de Europa en América*” artículo publicado en El Mercurio de Chile. Obras completas.

Alf Ross “*Directivas y normas*”, Londres.

Alice Beatriz, *El Acrecentamiento de Derechos y Garantías y el Reconocimiento de Organismos de Control. Su influencia en el Sistema Democrático y Republicano*. En *La Reforma Constitucional de 1994*, Depalma 1995, coordinado por Ekmekdjian Miguel A y Ferreira Gustavo.

Arango Rodolfo, *El concepto de derechos sociales fundamentales*. Universidad Nacional de Colombia, Legis, Bogotá, 2005 .

Badeni Gregorio “*Tratado de Derecho Constitucional*”, tomo I, La Ley 2006

Basterra Marcela I. , *Procesos colectivos: La consagración jurisprudencial del Hábeas Corpus colectivo en un valioso precedente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. El fallo Verbitsky*. La Ley, Suplemento de derecho constitucional del 27 de julio de 2005.

Bidart Campos Germán, *Manual de la Constitución Reformada*, Tomo II Ediar , 1994.

Bidart Campos Germán, *Tratado Elemental de Derecho Constitucional* .Ediar 1986.

Bueres Alberto J. , *Responsabilidad civil de los Médicos*, Hammurabi, 1992.

Cancado Trindade Antonio, *La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en el plano internacional* en *Lecciones y Ensayos*, Bs As, 1998.

Cançado Trindade, Antônio A., *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el siglo XXI*, Editorial Jurídica de Chile, 2001.

Cappelletti Mauro, *El Formidable problema del Control judicial*, Centro de Estudios Constitucionales-Revista de Estudios Políticos Nueva época, enero febrero 1980.

Carbonell Miguel, *La Garantía de los Derechos Sociales en la Teoría de Luigi Ferrajoli*. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM México septiembre 2004

Cayuso Susana G., *Constitución de la Nación Argentina. Claves para el estudio inicial de la Norma constitucional*. Edit La Ley, Bs As 2007.

Corriveau Mercier Raúl, *Movilidad humana: Desafíos y Esperanzas en Memoria del Encuentro Centroamericano de Movilidad Humana: Migrante y Refugiado*. San José, Costa Rica, 1998.

Courtis Christian, *La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: Apuntes introductorias en Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*. CELS- CEDAL, Edit del Puerto, Bs As 2006.

Davobe Caramuto María Isolina, Prunotto Laborde Adolfo (Directores), *Derecho de la Ancianidad. Perspectiva interdisciplinaria*. Juris, Rosario 2006.

Fernandez Sessarego Carlos, *Derecho y Persona*, Normas Legales, Perú, 1995.

Flavio Floreal González, *Mercosur: Un orden jurídico debilitado y dispar. La necesidad de un cambio*, LL 27/3/ 2000.

Fraidenraij, Susana, *La Protección Internacional de los Refugiados en el Derecho Humanitario y en el Derecho de Refugiados*, Tesis de Doctorado, Universidad de Buenos Aires, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales.

Frosini Vittorio, *Derechos Humanos y bioética*, Temis, 1997.

García Guillen Diego, *Introducción a la bioética médica*, Boletín de la OPS, vol 108, n° 5.

Gelli María Angélica *Constitución de la Nación Argentina Comentada y Concordada*, La Ley, 2001

Ghersí Carlos A. y otros, *Contrato de Medicina Prepaga*, Astrea, 1993.

Gialdino Rolando, *Dignidad humana y derechos humanos* en Investigaciones 2/3, CSJN Bs As 2002

Gil Domínguez, Andres, en *Derecho Procesal Constitucional*, obra coordinada por Manili, Pablo Luis, cap. VII , Universidad, 2005.

González Enrique, *El derecho a la salud en Derechos sociales. Instrucciones de uso*, coordinado por Abramovich Victor y Courtis Christian.

Gordillo Agustín “*Derechos Humanos*” Capítulo XI-1, Fund. Derecho Administrativo 5° edición.

Gordillo Agustín *Los Derechos Constitucionales no Enumerados*, en Miller J, Gelli M.A, Cayuso S. *Constitución y Derechos Humanos*, Tomo I, Bs As Astrea.

- Gozaíni Osvaldo A.**, *El Derecho de Amparo*, Depalma, 1995.
- Gozaíni Osvaldo A.**, *Protección Procesal del Usuario y Consumidor*, Rubinzal Culzoni, 2005.
- Gozaíni, Osvaldo A.**, *Problemas actuales del derecho procesal. Garantismo vs activismo procesal* Fundap, Mexico 2002
- Gozaíni, Osvaldo A.**, *Derecho Procesal Constitucional. Amparo*, Rubinzal Culzoni, 2002.
- Hans Kelsen** , *Teoría pura del derecho*, traducción de Roberto J. Vernengo, Porrúa, México 1993
- Hooft Pedro Federico**, *Bioética y derechos humanos. Temas y casos*, Depalma Bs As
- Jiménez Eduardo** *Derecho Constitucional Argentino*, Tomo II, Ediar, 2000.
- Jiménez, Eduardo P** *Los Derechos de Tercera Generación*, Edit Ediar 1997.
- Kraut Alfredo Jorge**, *Salud Mental. Tutela Jurídica*. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2006.
- Landoni Sosa Angel**, *La armonización de las normas procesales en el Mercosur*, en LL - 1/7/98
- Linares Quintana S.V.**, *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*, tomo II, Abeledo Perrot Bs As, 1970.
- Loianno Adelina**, *Los derechos económicos, sociales y culturales en la Constitución de la Ciudad Autónoma*. Suplemento La Ley Constitucional , 1 de noviembre de 2006.
- Loianno Adelina** *El protocolo de Olivos y su significado en la evolución del sistema de soluciones de controversias en el Mercosur: Hacia la Institucionalización de un Tribunal Permanente de Justicia” en Defensa de la Constitución. Libro en reconocimiento al Doctor German Bidart Campos”* coordinado por Victor Bazán, Ediar, Bs As, 2003.
- Lorenzetti Ricardo Luis**, *La Empresa Médica*, Rubinzal Culzoni, 1998.
- Manili Pablo**, *El Bloque de Constitucionalidad. La Recepción del Derecho Internacional de los derechos Humanos en el Derecho Constitucional Argentino.*, La Ley 2003.
- Midón Mario A.**, *Manual de Derecho Constitucional Argentino*, Plus Ultra, 1997.
- Morello Mario A.** “*Movidas y Reservas en la Dimensión Transnacional del Derecho*” en La Ley 2004-B-1350.
- Morello Mario Augusto**, *Los derechos fundamentales a la vida digna y a la Salud* .Librería Editorial Platense, La Plata 2002.

Palacios Carmen, *Derechos Humanos y el acceso a la salud para todos los habitantes de la República Argentina. Inmigrantes en Condición Irregular. Información y difusión de sus derechos.*

Palacios Carmen E. *La Ley de Migraciones (25871) y su reconocimiento al ejercicio pleno del Derecho a la salud” antecedentes normativos y doctrinarios que dan fundamento al art 8,* Doctrina Judicial, 2004-1-969

Peyrano Jorge Walter, *Medidas Autosatisfactivas*, coordinador. Rubinzal Culzoni.

Prieto Sanchis Luis, *Los Derechos Sociales y el Principio de Igualdad Sustancial*, en cuadernos *Bartolomé de las Casas, Ley Principios, Derechos*, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de Las Casas, Universidad Carlos III, Madrid, 1998.

Rivas Adolfo A., *La acción declarativa inconstitucionalidad* en La Ley 2001-E.

Rivas Adolfo A., *El Amparo*. Bs As, La Rocca,

Sabsay Daniel-Onaindia José Miguel, *La Constitución de los Argentinos*, Errepar, 1994.

Sagüés, Néstor Pedro, *Derecho Procesal Constitucional*, Astrea, 1998.

Saux Edgardo Ignacio, *La derecho constitucional a la vida y la salud y la acción de amparo* en Derecho a la Salud, edición El Derecho –UCA, 2007.

Spota Antonio Alberto, *Operatividad de las cláusulas programáticas incumplidas* en Aportes para la reforma de la Constitución de la Pcia de Buenos Aires, 1er Congreso Bonaerense de Derecho Público Provincial, enero 1986.

Swinarski, Christophe: *Introducción al Derecho Internacional humanitario*. Ginebra - San José, CICR – IIDH, 1984, pág. 11.

Travieso Juan Antonio, *Derechos Humanos, Fuentes e Instrumentos Internacionales, y Derechos Humanos y Derecho Internacional..* Heliasta, Buenos Aires, 1996.

Ver Theodoor C. van Boven, *Criterios Distintivos de los Derechos Humanos en Las Dimensiones Internacionales de los Derechos Humanos*, Vol I, Director Karel Vazak, Serbal UNESCO 1994

Villalpando Waldo, *La discriminación en la Argentina, diagnóstico y propuestas*. EUDEBA-INADI, Bs As, 2006.

Villavicencio Susana, *Ciudadanos para una Nación*, en *Los contornos de la ciudadanía*, Eudeba, 2003.

Zander Navarro, *Democracia y Control Social de Fondos Públicos. El caso del Presupuesto Participativo de Porto Alegre (Brasil)* 2008. En: Bresser Pereira, L. C. y N. Cunill Grau (eds.): *Lo público no estatal en la reforma del Estado*, Buenos Aires, Barcelona, México: Paidós.