

EL AMPARO COLECTIVO COMO INSTRUMENTO PARA EL EJERCICIO DEL DERECHO A LA SALUD EN ARGENTINA.

La creación jurisprudencial de los requisitos para su procedencia mediante la acción colectiva.

Emanuel Desojo¹

VOCES: DERECHO A LA SALUD – DERECHOS HUMANOS - PROCESAL CONSTITUCIONAL – AMPARO COLECTIVO - REQUISITOS -

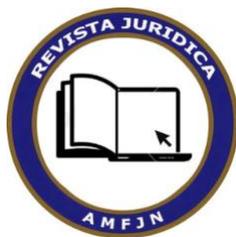
SUMARIO:

Un breve recorrido histórico respecto del derecho a la salud nos trae a un presente complejo de acciones y pretensiones, que deben ser analizadas a la luz de los derechos humanos. El proceso de amparo colectivo en materia de salud resulta ser peculiar y encontrarse en los márgenes de los procesos sumarísimos. Comprender y completar los requisitos necesarios para su procedencia y el correcto encuadre resulta esencial para obtener resultados favorables.

I. LA SALUD COMO DERECHO HUMANO. DE LOS DERECHOS SOCIALES. SU RECEPCIÓN CONSTITUCIONAL E INTERNACIONAL

La Constitución Nacional de 1853-1860, en la parte correspondiente a las declaraciones, derechos, deberes y garantías, siguiendo las características del Derecho Constitucional norteamericano incorpora un artículo que hace referencia a los derechos no enunciados o no enumerados, lo que resultó novedoso en el derecho comparado de otras latitudes. Estos derechos que la doctrina ha denominado «derechos implícitos» o «derechos inherentes», hacen referencia a derechos propios de la persona humana, conforme la

¹Asesor en el Consejo de la Magistratura de la Nación.



concepción jusnaturalista, y en virtud de la cual se considera existen con anterioridad al Estado y a toda organización constitucional².

El derecho a la salud era parte de esos denominados «derechos implícitos» o «derechos inherentes», que se consideraron reconocidos en el artículo 33 de la Carta Magna.

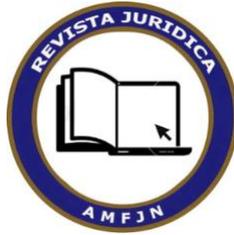
Al no tener un reconocimiento taxativo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación lo reconoció explícitamente en el fallo "*Saladeristas de Barracas*"³ del año 1887, en oportunidad de analizar el poder de policía que tenía la Provincia de Buenos Aires para imponer la prohibición de faenas sobre el río de Barracas y sus inmediaciones. En definitiva, la sentencia se refería a la posibilidad de su instalación a determinada distancia del Riachuelo, como a la imposición del requisito de una previa autorización al Poder Ejecutivo para los que en el futuro quieran instalarse.

El fallo del cimero tribunal dispone, entonces, que la propiedad está sujeta a las restricciones y limitaciones exigidas por el interés público o por el interés privado, y que entre ellas está la limitación que requiere el cuidado de la salud pública. Concluye que la reglamentación dispuesta por la Provincia no es contraria a la ley constitucional, ni ataca el derecho de propiedad, al consignar expresamente que ningún propietario tiene un derecho para usarlo en daño de otro, y concluye que el título no les da el derecho a los saladeristas para mantener sus establecimientos a "despecho de los peligros y de los inconvenientes que puedan presentar".

Específicamente respecto del derecho a la salud en estudio, sostiene que "*ninguno puede tener un derecho adquirido de comprometer la salud pública, y esparcir en la vecindad la muerte y el duelo con el uso que haga de su propiedad, y especialmente con el ejercicio de una profesión o de una industria*". De allí se colige además del reconocimiento constitucional del

² GROS ESPIELL, Héctor, "Los derechos humanos no enunciados o no enumerados en el constitucionalismo americano y en el artículo 29.c) de la convención americana sobre derechos humanos", pág. 145 en [<https://biblioteca.corteidh.or.cr/documento/70798>].

³ Fallo 31:274 disponible en [<https://sjservicios.csjn.gov.ar/sj/verTomo?tomold=31>].



derecho a la salud, la obligación por parte del Estado de protegerlo.

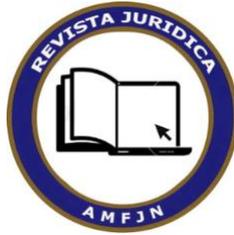
Desde ese hito, la jurisprudencia ha sido profusa por más de 100 años, hasta la reforma constitucional de 1994 donde se le ha brindado una mayor y más clara cobertura respecto de su protección gracias a la inclusión de los tratados internacionales sobre derechos humanos, en el artículo 75 inciso 22 de la Carta Magna, que permitió en definitiva una ampliación y especificidad de éste derecho.

Los tratados de Derechos Humanos incorporados a la Constitución, complementarios de los derechos y garantías ya reconocidos por ésta, son instrumentos en los que es importante destacar no existen normas sobre derechos no enumerados o no enunciados, o sea no existen a nivel supraconstitucional «derechos implícitos» o «derechos inherentes»⁴; encontrándose explícitamente reconocido el derecho a la salud en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en la Convención Americana de Derechos Humanos, en la Convención sobre los Derechos del Niño y en el Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

El derecho a la salud, entonces fue jurisprudencialmente reconocido como un derecho implícito de nuestro ordenamiento interno en 1887, y explícitamente a partir de la Constitución del año 1994 como parte de la inclusión de los tratados internacionales de derechos humanos, que poseen un carácter complementario al abundante reconocimiento ya cimentado por el máximo tribunal, aunque con motivo de esta inclusión, este derecho se encuentra con contornos claros y límites concretos.

Entre estos instrumentos de derechos humanos, el Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece claras características y es una norma interpretativa muy útil para poder establecer las obligaciones de particulares y del Estado. El Pacto define que: “I. Los Estados partes en el presente Pacto reconocen el derecho de

⁴ GROS ESPIELL, Héctor: “Los derechos humanos no enunciados o no enumerados en el constitucionalismo americano y en el artículo 29.c) de la convención americana sobre derechos humanos” pág. 168 en [<https://biblioteca.corteidh.or.cr/documento/70798>].



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 mortalidad y de la mortalidad infantil, el sano desarrollo de los niños; b) el mejoramiento en todos los 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, y la lucha contra ellas; d) la creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad". Además, éste instrumento prevé la creación del "Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales", que resulta un órgano ágil para actualizar y determinar, conforme las especificidades de cada país de América, cuales son los límites, obligaciones y responsabilidades ante situaciones específicas.

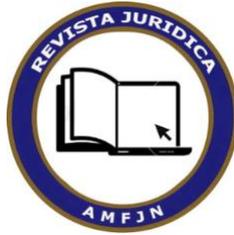
El alcance de ambos instrumentos, interpretado de forma conjunta, nos llevan a colegir que la salud es un derecho que posee todo ser humano y tiende al disfrute del más alto nivel posible de salud, permitiendo a las personas vivir dignamente, lo que no implica el derecho a estar sano, sino a la protección de la salud, en igualdad de oportunidades. O sea, el derecho a la salud incluye el derecho a una atención oportuna y apropiada. Este derecho se ha vinculado, en los instrumentos internacionales de derechos humanos, a otros derechos como el derecho a la alimentación, a la vida, a la educación, a la vivienda.

Finalmente, en la jurisprudencia nacional, podemos destacar tres fallos de la Corte Suprema en los que ha establecido definiciones específicas respecto del derecho a la salud: el antecedente "Baricalla"⁵, del cual deduce que el derecho a la salud es un desprendimiento del derecho a la vida; y los fallos "Beviaqqua"⁶ y "Monteserrín"⁷, que reconocen al derecho a la salud como integrante del plexo normativo de tratados internacionales de derechos humanos incorporados a la Constitución Nacional, y en consecuencia el deber del Estado

⁵ Fallos 310:112 disponible en [<https://sjservicios.csjn.gov.ar/sj/tomosFallos>].

⁶ Fallos 323:3215 disponible en [<https://sjservicios.csjn.gov.ar/sj/tomosFallos.do?method=iniciar>].

⁷ Fallos 324:3571 disponible en [<https://sjservicios.csjn.gov.ar/sj/tomosFallos.do?method=iniciar>].



para con las obligaciones que derivan de ellos⁸.

2. AMPARO COLECTIVO EN MATERIA DE SALUD: UN BREVE DESARROLLO DEL AMPARO Y DEL AMPARO DE SALUD.

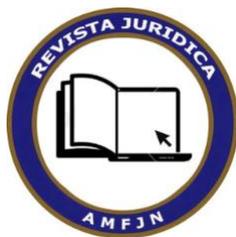
El Habeas Corpus es el antecesor histórico de la acción de Amparo, del cual es además un desprendimiento o extensión de la garantía que este concedió primigeniamente con el bill de derechos firmado el 15 de junio de 1215, en Inglaterra, por lo cual su génesis tiene más de 800 años. En Argentina, el Habeas Corpus puede encontrarse entre las primeras normas que se dictaron durante el primer gobierno patrio, con posterioridad a la Revolución de Mayo de 1810; el decreto de seguridad individual del 23 de noviembre de 1811⁹ establecía los mismos principios de aquel bill of rights, que después fuera incorporado a la Constitución de 1853-1860, y a partir de ahí a diferentes leyes nacionales.

Patricio Alejandro Maraniello enseña que el Amparo como desprendimiento del Habeas Corpus tuvo su origen en México, regulándose en la constitución mexicana dictada en el año 1824¹⁰. En el artículo 137 de la citada ley de leyes se autorizaba a reclamar directamente a la Corte Suprema de Justicia por las violaciones a la ley suprema, de donde surge prístinamente una institución similar a lo que retomarían las distintas normas con posterioridad para definir la actual acción de amparo.

⁸ Canosa, Armando N. Derecho Constitucional y Salud [<https://salud.gob.ar/dels/entradas/derecho-constitucional-y-salud>].

⁹ LAVEGGI, Abelardo: "Historia del Derecho Penal Argentino", Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UBA, Ed. Perrot. Pág. 102, disponible en [<https://www.derecho.uba.ar/investigacion/documentos/lecciones-de-historia-juridica-v-1978-levaggi-historia-del-derecho-penal-argentino.pdf>].

¹⁰ MARANIELLO, Patricio Alejandro: "El amparo en Argentina. Evolución, rasgos y características especiales" Revista IUS vol.5 no.27 Puebla ene./jun. 2011 disponible en [https://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-21472011000100002].



En el ámbito nacional, la acción fue regulada en distintas jurisdicciones locales como Santa Fé¹¹, Entre Ríos¹², Santiago del Estero¹³ y Mendoza¹⁴; sin embargo a nivel federal no existió ninguna regulación hasta después que la Corte Suprema la reconociera y le diera los contornos principales. Por ello, en el orden federal, el Amparo fue una creación pretoriana que surgió durante la dictadura de Pedro Eugenio Aramburu, en el caso “Angel Siri” o “Siri” que resolvió la Corte Suprema en el año 1957, por el que se establecía que "basta la comprobación inmediata de que una garantía constitucional se halla restringida para que surja la necesidad de que aquella sea restablecida por los jueces en su integridad, aun en ausencia de una ley que la reglamente". Ese antecedente luego fue cimentado y ampliado con el caso “Samuel Kot” o “Kot” del año siguiente que dispuso la extensión de la garantía constitucional a los actos provenientes de particulares.

Con esos antecedentes jurisprudenciales se dicta nueve años después, y durante la dictadura de Juan Carlos Onganía (el 18 de octubre de 1966) el decreto-ley 16.986, que fuera reglamentado mediante el decreto n° 929, con las firmas de Guillermo Antonio Borda y Conrado Etchebarne, Ministro del Interior y Secretario de Justicia respectivamente.

Con posterioridad, y fruto de la citada ley, se incorpora al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación el art. 321 que regula el procedimiento de amparo. Recién en el año 1994, con la reforma de la Constitución Nacional, se incorporó al art. 43 que establece: *"toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley"*.

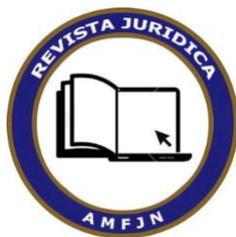
Resulta importante destacar que la sanción de la carta magna no derogó la ley proveniente del gobierno de facto, sino que le dio nuevos contornos, sólo modificó el

¹¹ Art. 17 de la Constitución del año 1921.

¹² Art. 26 de la Constitución del año 1933.

¹³ Art. 22 de la Constitución del año 1939.

¹⁴ Art. 33 de la Constitución del año 1949.



decreto-ley 19.986 en los años 2000¹⁵ y 2013¹⁶, para incorporar a su articulado el “*habeas data*” y regular las medidas cautelares dictadas contra el Estado en los procesos de amparo. Por ello podemos concluir sin hesitación que el decreto-ley en su esencia sigue vigente.

En ese entendimiento, y conforme la Constitución Nacional y el decreto-ley que regula el amparo, para que proceda la acción, se deben reunir las siguientes condiciones: 1) Que exista un acto u omisión de autoridades públicas o de particulares; 2) que ella en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace derechos y garantías reconocidos por la Constitución, un tratado o una ley; 3) Que dicho acto u omisión haya sido dictado con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta; 4) y que no exista otro medio judicial más idóneo.

Entonces, cuando lo que se intenta es una acción de amparo en materia de salud, debe existir una norma jurídica que obligue al Estado Nacional o al particular (obrero social, prestador de salud, etc.) a realizar una acción y que ésta sea omitida o negada. Las omisiones que generan el inicio de acciones judiciales son, principalmente, por el silencio ante la solicitud de un medicamento y/o una prestación.

También puede existir una omisión que afecte el derecho a la salud colectiva, por ejemplo, la falta de entrega de vacunas a los centros de vacunación de aquellas incluidas en el calendario obligatorio, lo que provoca el incumplimiento ante una situación fáctica común que afecta a un colectivo de personas determinable.

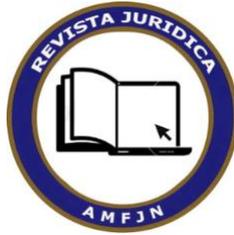
Estas acciones u omisiones afectarán las garantías constitucionales y supraestatales que posee toda persona o grupo de personas (sin importar si es ciudadano/a o no) respecto de su derecho a la integridad física, a la salud o a la vida; derechos que se encuentran protegidos por la Constitución Nacional, tratados internacionales y diversas leyes¹⁷.

¹⁵ Ley 25.326 (Habeas Data).

¹⁶ Ley 26.854 (medidas cautelares en las que es parte el Estado Nacional).

¹⁷ Código Civil y Comercial en arts. 1, 17 55, 56, 58, 59 y 60 entre otros, leyes nacionales 23.660, 23.661, 23.682, 24.193, 25.281, 25.673 y 26.529, artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional, Artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 11 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, artículos 12.3, 18.3, 19.3.b., 21 y 22.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículos 12.3, 13.3, 15, 16.2 y 22.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo

Revista Jurídica AMFJN www.amfjn.org.ar/revista-juridica/ -Ejemplar N°12 enero/junio 2023 ISSN 2683-8788



Ante alguna de estas situaciones, la acción es procedente ya que cualquier dilación en el cumplimiento de estos derechos genera un perjuicio para las personas, quienes sufren una lesión o se encuentran ante la inminencia de sufrirla. En ambos casos es procedente la acción de amparo, por lo que no resulta procedente el alegato que pretende justificar el incumplimiento por una postergación momentánea en el cumplimiento, este argumento no puede ser óbice para rechazar la acción o evadir la responsabilidad, salvo prueba de la que surja un hecho exculpante.

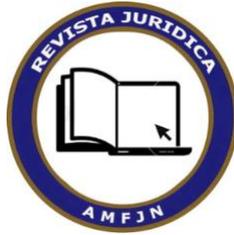
El retardo en el cumplimiento de una obligación en materia de salud debe ser considerado como un acto u omisión, de autoridades públicas o de particulares, que lesiona en forma actual o inminente uno de los derechos más preciados del hombre: la salud y la vida¹⁸.

Cuando la autoridad administrativa o un particular quebrantan la legalidad de la normativa de salud, lesiona los derechos a la integridad física, a la salud y/o a la vida, de una persona o grupo de personas dejando expedita la vía judicial para su reclamo mediante el Amparo.

La lesión de este derecho sólo puede acaecer con arbitrariedad e ilegalidad en cuanto exista una obligación establecida por ley y/o contrato, la que se configura con la negativa, la disminución de los derechos o el silencio. La negativa se configura en forma de acto jurídico que deniega el medicamento o prestación, la disminución con la cobertura de una prestación

3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 10 del Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 5 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, artículo 11 y 12 de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, artículo 25 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, entre otros.

¹⁸ Fallo en autos “Ajus La Plata, Berisso Y Ensenada Asociación Civil y Otro C/ Ministerio De Salud (Poder Ejecutivo Nacional) S/Amparo Colectivo” (Expte. N° FLP 112409/2018) del Juzgado Federal de Primera Instancia n° 2 de La Plata disponible en [https://classactionsargentina.files.wordpress.com/2019/01/2018-12-28-jfed-2-lp_ajus--msalud-vacuna-meningococo-fondo.pdf].



diferente a la requerida o un medicamento diferente al peticionado, y el silencio se configura por el plazo del tiempo prudencial, establecido conforme casuística del caso ante un requerimiento.

3. INICIO DE LOS DERECHOS DE INCIDENCIA COLECTIVA

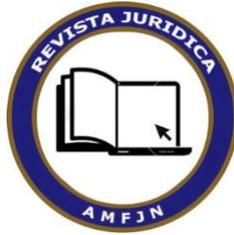
Resulta importante señalar que las acciones colectivas o de incidencia colectiva, fueron creadas jurisdiccionalmente, al igual que la acción de amparo, pero que todavía no cuentan con una legislación que determine alcances, requisitos y caracteres.

La Corte Suprema al dictar el fallo en la causa “Halabi, Ernesto c/ PEN ley 25.873 y decreto 1563/04 s/ amparo”, creó la “acción de clase” a fin de analizar la constitucionalidad de una ley y su decreto reglamentario, y así estableció que la sentencia dictada para un caso en particular, tenga efecto erga omnes, o sea extienda sus efectos a las personas que posean la misma situación fáctica (o sea buscando proteger los derechos homogéneos afectados).

En definitiva, esa decisión permitió que la resolución de un caso particular extienda sus efectos a todos los ciudadanos que padecían un mismo problema, sin necesidad de tener que iniciar un juicio.

La petición se basaba en la inconstitucionalidad de la ley 25.873 y su decreto reglamentario, que habilitaba la intervención de las comunicaciones, pero sin determinar en qué casos y con qué justificativos. Sostuvo el cívico tribunal que se vulneraba el derecho a la privacidad, debido a que el actor (Halabi) quien poseía además de su condición de consumidor la profesión de abogado, quebrantando la confidencialidad de las conversaciones privadas con sus clientes.

Este precedente permitió la ampliación de la legitimación para actuar en nombre de un colectivo de personas y, en consecuencia, la posibilidad de la defensa de derechos de incidencia colectiva por un actor que represente a un grupo determinado de personas, lo que puede suceder (y ha sucedido) con el derecho a la salud. Este reconocimiento permitió la posibilidad de que mediante una sola acción u omisión que viole los derechos de numerosas personas y en los que resulta muy difícil que cada uno de los afectados promueva



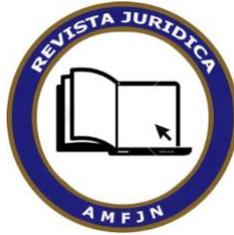
una acción judicial, pueda tener su respuesta mediante una única acción colectiva realizada, por ejemplo, por el Defensor del Pueblo. La importancia de este instrumento jurídico resulta elemental desde distintos prismas, entre ellos desde la economía procesal evitando una infinidad de procesos similares, o desde la defensa de los derechos que por su ausencia de economicidad no es impulsado por los afectados.

Concluye la jurisprudencia que la afectación del acceso a la justicia, y la habilitación a la acción colectiva, surge de resultar injustificable que cada uno de los posibles afectados, de la “clase de sujetos involucrados” promueva una demanda en forma individual para petitionar el restablecimiento de sus derechos.

En este sentido Bidart Campos ya había sostenido que “si consideramos que, por ser un derecho compartido, el interés invocado para propender a su defensa será siempre débil e insuficiente, llegaríamos al absurdo de que cuando un derecho sea de todos o de muchos, no sería de ninguno con capacidad bastante para legitimarlo. Esto haría tabla rasa con la Constitución y diversos tratados de derechos humanos”¹⁹, y por ello conforme lo señalado por la Corte Suprema, es posible encuadrar la afectación al derecho colectivo a la salud en el Amparo Colectivo cuando a un número indeterminado de personas, que conforman un grupo relativamente homogéneo en una circunscripción territorial determinada, sufran una lesión sobre dicho derecho (o se encuentran ante la inminencia de sufrirla). Para que proceda además debe considerarse injustificable que cada uno de los afectados promueva una demanda en forma individual para su restablecimiento. Finalmente, según los precedentes del máximo tribunal, es importante para que proceda la acción que se reconozca un único hecho, o una pluralidad intrínsecamente relacionada, como el generador de la afectación al derecho.

Sin embargo, y ante la ausencia de una norma legislativa que regule en forma precisa y acabada sobre el efectivo ejercicio de las acciones colectivas, la procedencia de la misma muchas veces quede al arbitrio del juzgador. Entendemos que esta “laguna” no puede dejar sin protección a derechos fundamentales consagrados en el texto constitucional, y que la

¹⁹ Bidart Campos, Germán: “La legitimación en el recurso extraordinario”, cuarta parte, en *ED*, 152-887.



ciencia jurídica siempre ha reconocido la existencia de alguna distancia entre el derecho de fondo a que una persona podía considerarse titular y la posibilidad práctica de pedirlo en los tribunales. Sin embargo, esa distancia se encuentra acortada con la reforma constitucional de 1994 que introduce en el art. 43 los derechos de incidencia colectiva²⁰.

4. EL BIEN COLECTIVO

Luego de más de una década del citado fallo, es importante revalorizar que los derechos colectivos otorgan una tutela cada vez más extensa, y se han posibilitado cada vez más acciones a fin de salvaguardarlos.

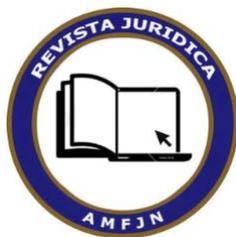
Partiendo de la distinción entre derecho subjetivo e interés legítimo, e incluso analizando el significado de los intereses difusos, se logra una ampliación de la legitimación que existe para denunciar la violación a derechos humanos en el ámbito interno, como lo establece la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, aunque no todos estén todavía dispuestos a admitirlo²¹.

Por ello es importante señalar, a los efectos de armonizar las garantías sustanciales y procesales con el ejercicio individual de los derechos que la Constitución Nacional protege, que la admisión de las acciones colectivas requiere para su procedencia la verificación de una causa fáctica común.

Es fundamental que la pretensión procesal se encuentre enfocada en el aspecto colectivo de los efectos del hecho y la constatación de que el interés individual considerado aisladamente no justifica la promoción de una demanda; sin perjuicio de ello, es importante destacar que se entiende que la ausencia de uno de estos caracteres no debería ser óbice para impedir la legitimación de una asociación civil y/o el Defensor del Pueblo para iniciar la acción, reitero, si es que se dan los requisitos individualizados en la Acordada 12/16 de la

²⁰ GORDILLO Agustín, “Tratado de derecho administrativo”, 8va. ed., Buenos Aires, F.D.A., año 2006, tomo 2, caps. II y III.

²¹ GORDILLO Agustín, “Tratado de derecho administrativo”, 8va. ed., Buenos Aires, F.D.A., año 2006, tomo 2, caps. II y III.



Corte Suprema.

Ello en cuanto el máximo tribunal destacó que las acciones colectivas procederán cuando, además de comprobar la violación de derechos individuales homogéneos, concurra una acción en que exista un fuerte interés estatal para proveer a su protección, sea por su trascendencia social o en virtud de especiales características de los sectores afectados; lo que entendemos acaece al vulnerarse los derechos a la salud en forma colectiva.

De esta manera sostiene la Corte que se debe constatar la existencia de un hecho único o complejo que causa una lesión a una pluralidad relevante de derechos individuales –o la inminencia de este hecho único-; y que además la pretensión se concentre en los efectos comunes y no en lo que cada individuo puede peticionar. Así la existencia de “causa” o controversia por la cual se entabla la demanda no se relaciona con el daño que cada sujeto sufra en su esfera personal, sino con los elementos homogéneos que tiene esa pluralidad de sujetos al estar afectados por un mismo hecho. En el caso de estudio, es el hecho que afecta en forma presente o inminente la preservación de la vida humana, la incolumidad física y psíquica, de un grupo determinado y homogéneo de personas²².

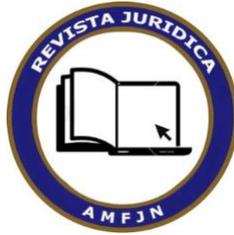
Por ello será importante en un amparo colectivo sobre salud que se detalle que el interés que tiende a protegerse no se agota en el bien individual de cada uno de los afectados, sino que lo que se encuentra en juego es el “bien colectivo” de un grupo determinado de individuos, cumpliendo el requisito creado por la jurisprudencia²³.

5. ACCIONES COLECTIVAS EN MATERIA DE SALUD, Y LOS RECAUDOS DE LA ACORDADA 12/16 DE LA CSJN

Con el nacimiento jurisprudencial de las acciones colectivas, y ante la incapacidad

²² Fallo en autos “PADEC c/ Swiss Medical S.A.”, Considerando 10 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

²³ Fallo en autos “Ajus La Plata, Berisso Y Ensenada Asociación Civil y Otro C/ Ministerio De Salud (Poder Ejecutivo Nacional) S/Amparo Colectivo” (Expte. N° FLP 112409/2018) del Juzgado Federal de Primera Instancia n° 2 de La Plata disponible en [https://classactionsargentina.files.wordpress.com/2019/01/2018-12-28-jfed-2-lp_ajus--msalud-vacuna-meningococo-fondo.pdf].



legislativa para generar los consensos necesarios a fin de dictar una norma nacional, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el año 2016, emitió la Acordada 12/16 que intentó “ordenar” las acciones colectivas, limitando su incidencia en la política pública.

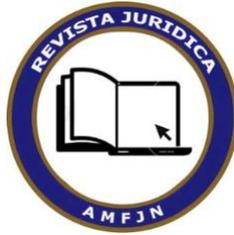
Conforme lo dispone el cimitero tribunal, la acción para poder ser calificada como colectiva deberá contener:

a) *la individualización del bien colectivo cuya tutela se persigue*: En el presente caso, el bien debe ser la salud (individual y pública o colectiva), la preservación de la vida humana, la incolumidad física y psíquica del propio cuerpo, de una persona (que configurará el “caso”) y de un grupo determinado y homogéneo de personas, a quienes se les haya negado un derecho, o se haya omitido cumplir con una obligación legal que resulta imperativa para el Estado o el particular.

b) *La pretensión debe estar focalizada en la incidencia colectiva del derecho a la Salud, la Vida, y/o la preservación de la vida humana e incolumidad del cuerpo individual o de la comunidad atento el bien “Salud”*.

c) *Individualizar e identificar el colectivo involucrado en el caso*: estos pueden ser niños, niñas y adolescentes, personas en estado de gravidez, personas mayores, mujeres, personas con sexualidad no binaria, entre otros grupos. Lo importante es que ese grupo debe comprender a un colectivo determinado y homogéneo de personas. También se debe identificar la jurisdicción territorial a la que pertenece el colectivo señalado. Esto tiene un eminente sentido práctico, en cuanto a la legitimidad y jurisdicción donde se entabla la acción, como también respecto de la prueba que se aportará para acreditar lo alegado, y el efecto de las medidas dispuestas jurisdiccionalmente.

d) *Justificar la adecuada representación del colectivo*: En este sentido según la constitución, los legitimados para presentar una acción de amparo son el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley que determinará los requisitos y formas de su organización. Ante la inexistencia de un registro específico, quedan habilitadas a iniciar acciones de amparo colectivo, además del Defensor del Pueblo, las asociaciones civiles debidamente constituidas, y que propendan a



la protección y defensa de los derechos humanos, y especialmente aquellas que se dedican a la protección de los derechos a la salud, la integridad personal o la vida. Será importante que se demuestre y compruebe el compromiso en la defensa de los derechos colectivos, y en especial la capacidad para hacer frente al proceso judicial. En definitiva, un compromiso con los derechos de interés público en juego, ello al menos hasta tanto se habilite el referido registro específico. La adecuada representación es necesaria a los fines de asegurar la correcta defensa de los derechos de las personas en situación de vulnerabilidad que se intenta representar.

e) *Denunciar, con carácter de declaración jurada, si se ha iniciado otra u otras acciones cuyas pretensiones guarden una sustancial semejanza en la afectación de los derechos de incidencia colectiva que se está iniciando y, en su caso, los datos de individualización de las causas, el tribunal donde se encuentran tramitando como su estado procesal.*

f) *Finalmente es necesario realizar la consulta al Registro Público de Procesos Colectivos²⁴, a fin de probar la inexistencia de otro proceso en trámite cuya pretensión guarde sustancial semejanza en la afectación de los derechos de incidencia colectiva, e informar, el resultado al momento de iniciar las actuaciones.*

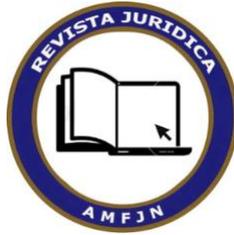
Ante la ausencia de los citados requisitos formales, la acción puede ser rechazada, aunque en la práctica jurídica se intima al letrado de la parte actora a cumplir con los recaudos que faltan en un plazo perentorio, el que suele ser muy breve.

6. EXISTENCIA DE “CASO”

Al presentar una demanda judicial es importante conformar un “caso”, o sea, llevar al proceso al menos a una persona que se encuentre sufriendo un *acto u omisión de autoridades pública o de un particular, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, el derecho y/o garantía, que afecte un bien colectivos mediante un hecho único o complejo.*

Enseña Ricardo Lorenzetti que la Corte Suprema aplica inveteradamente en sus

²⁴ <http://servicios.csjn.gov.ar/ConsultaCausasColectivas/>



fallos que allí donde hay un derecho hay un remedio legal para hacerlo valer, principio del cual ha nacido la acción de amparo²⁵. Las garantías constitucionales existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar en la Constitución e independientemente de sus leyes reglamentarias, cuyas limitaciones no pueden constituir obstáculo para la vigencia efectiva de dichas garantías²⁶, pero debe existir un hecho en donde se configure la violación, ya que no se admite una acción que persiga el control de la mera legalidad de una disposición o de una hipótesis de conflicto.

Sin embargo, es preciso señalar que la Corte Suprema desde el fallo “Halabi” ha sostenido que el 'caso' tiene una configuración típica diferente en cada uno de los procesos iniciados, siendo esto esencial para decidir sobre la procedencia formal de pretensiones²⁷.

Entonces se configurará un “caso” cuando la causa o controversia se halla relacionada con una lesión a derechos sobre un bien colectivo, que es actual o en ciernes, y que no afecta el patrimonio material del peticionante o de quienes éste representa²⁸.

En otras palabras, en la demanda se debe probar un perjuicio sobre el bien colectivo y no sobre la persona o el patrimonio de quien configura el “caso”. Una vez evidenciada esta circunstancia, se debe acreditar la legitimación, es decir que el sujeto reclamante está habilitado para presentar la demanda²⁹; sin embargo la laxitud que poseen los magistrados para entender sobre la existencia o inexistencia de un caso conspira en ocasiones con las posibilidades de defensa de éstos, al dejar al arbitrio interpretativo un requisito esencial para la vida del proceso.

En cuanto al perjuicio del legitimado activo, es importante señalar que no resulta necesario exigir un daño directo a la asociación civil que presenta la acción colectiva, ni que ésta sea la titular de una relación jurídica sustancial para que posea legitimación procesal, es

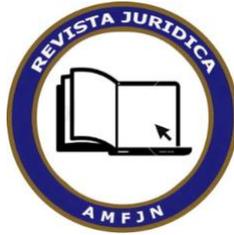
²⁵ LORENZETTI Ricardo Luis, *Justicia Colectiva*, Santa Fe, Rubinzal – Culzoni Editores, 2010, pág. 83.

²⁶ Fallos 239:459, 241:291 y 315:1492.

²⁷ Fallo en autos “Halabi”, considerando 9º, y art. 116, Constitución Nacional; art. 2, ley 27; y Fallos 310:2342, considerando 7; 311:2580, considerando 3; y 326:3007, considerando 7 y 8, entre muchos otros.

²⁸ Fallo en autos “Halabi”, considerando 11.

²⁹ LORENZETTI Ricardo Luis, “Justicia Colectiva”, Santa Fe, Rubinzal – Culzoni Editores, 2010, pag. 105.



decir no es necesario que invoque calidad de afectada, ya que puede actuar en defensa de los intereses comunes del sector. La jurisprudencia ha señalado en este sentido que presume la existencia de vínculos sociológicos que conectan a la asociación con los afectados directos³⁰.

En el marco del análisis de la legitimación es importante señalar algún precedente aislado, que comenzó siendo promovido por el magistrado de la Corte Suprema, Carlos S. Fayt y en ciertos casos obtuvo el acompañamiento de la mayoría de los magistrados, pasando a ser el voto mayoritario en situaciones concretas y específicas.

El magistrado Fayt sostuvo una amplia legitimación activa para entablar demanda colectiva donde se busca desentrañar la inconstitucionalidad de una norma. Entendió el magistrado que no corresponde hablar de dilución de un derecho con relación al ciudadano, cuando lo que el ciudadano pretende es la preservación de la fuente de todo derecho, ya que como todos los ciudadanos están a la misma distancia de la Constitución para acatarla, están habilitados para propender a su defensa y por ello entendió se encuentran habilitados a plantear acciones de amparo (colectivas o individuales) para plantear la inconstitucionalidad de una norma³¹.

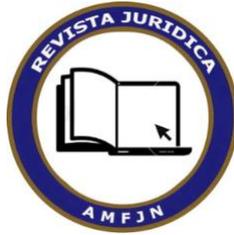
Esta postura que comenzó siendo minoritaria fue reconocida por sus pares en un caso particular³², donde por mayoría la Corte Suprema (con el voto de los Dres. Lorenzetti y Maqueda y el voto concurrente del Dr. Fayt) reconoció legitimación al Colegio de Abogados de Tucumán ante un reclamo que afectaba intereses de los abogados de esa provincia, generando una excepción a la doctrina que la propia Corte había sostenido desde su fundación.

En la citada sentencia el cimero tribunal retomó el argumento de que todo

³⁰ GILARDI MADARIAGA DE NEGRE María Cecilia, “La legitimación de las asociaciones y las acciones colectivas — las acciones de clase”, en *Fundación de Derecho Administrativo*, 1ª edición, Buenos Aires, FDA, 2012, págs. 72-73, [https://www.gordillo.com/pdf_unamirada/unamirada_book.pdf].

³¹ Fallos en autos 317:335 y 313:594, disidencias del juez Dr. Carlos Fayt.

³² Fallo en autos C. 22.XLV “Colegio de Abogados de Tucumán c/ Honorable Convención Constituyente de Tucumán y otro s/ inconstitucionalidad”, acuerdo del 14 de abril de 2015.



ciudadano tiene derecho a cuestionar judicialmente cuando alega que se han violación las normas de la Constitución Nacional, en cuanto se pone en riesgo el sistema republicano de gobierno, lo que entendió la Corte implicaba la división de poderes y las reglas institucionales que de ello se derivan, legitimando al Colegio de Abogados de Tucumán, en una causa en la que jurisprudencialmente no poseía antecedentes.

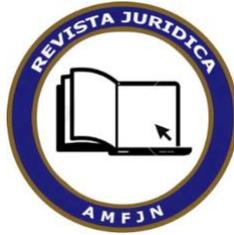
Si bien esta legitimación amplia que ha consagrado el cimero tribunal en los autos “Colegio de Abogados de Tucumán” es un importante precedente a señalar, debe ser entendida como una excepción enmarcada en el marco de un fallo que no ha vuelto a repetirse, o al menos no como regla, y sólo en contadas excepciones ante hechos en los que la Corte Suprema decidió debía entender.

Sin perjuicio de la excepcionalidad del fallo, es interesante como elemento argumentativo y jurisprudencial, el sostener que la Constitución se volvería inútil si no se reconocieren acciones para su protección efectiva, y que los derechos estatuidos caerían sin una defensa “útil”, por lo que todos aquellos que están obligados a respetarlas tienen legitimación para erigirse en sus defensores jurídicos.

Como se ha observado, las concepciones de legitimación y “caso” son fundamentales para poder propender a una acción colectiva, y que el prolífico trayecto jurisprudencial recorrido ha sido determinante para que ambas nociones no permanezcan estáticas o detenidas en el tiempo, y pertenezcan al halo de arbitrariedad que puede acontecer en un proceso judicial.

En ese sentido, la doctrina también ha hecho su aporte al análisis de estos conceptos, y desde ese atalaya ha sostenido que siendo pergeñada para responder a un paradigma constitucional distinto, donde la división de poderes era más rígida y no se encontraban reconocimiento explícito a los derechos de incidencia colectiva ni a los sujetos a quienes especialmente se les reconoció legitimación con la reforma del año 1994, la noción de 'caso contencioso', 'causa' o 'controversia' debe ir adecuándose a los tiempos actuales³³ ampliando sus horizontes.

³³ VERBIC Francisco, “Procesos colectivos”, Buenos Aires, Editorial Astrea, 2007, pág. 100.



Las asociaciones civiles con reconocida trayectoria en materia de salud o defensa de los derechos humanos, y que comprueben una consistencia técnica-jurídica suficiente para afrontar las complejidades de un proceso colectivo, ante situaciones que requieran la atención judicial de derechos constitucionales que se encuentren vulnerados (o en la inminencia de su vulneración) deben poseer una legitimación indubitable para que la defensa de esos derechos no quede al arbitrio de las obras sociales o el Estado.

7. CONCLUSIÓN

En conclusión, la ausencia de una legislación que regule el proceso colectivo resulta un grave problema al plantear este tipo de acciones, a la que se le incorporan las complejidades propias de la acción de amparo en un tema sensible como es la salud. Todo ello hace de este tipo de procesos que requieren de alto contenido técnico, con pautas y caracteres muy específicos a cumplir sean un valladar insuperable al momento de plantear la demanda. Incluso la laxitud de interpretaciones respecto a la existencia del “caso” y “legitimidad” dejan al árbitro del magistrado si decide abrir la instancia o denegarla.

La necesidad de una regulación que incorpore los estándares internacionales en acceso a la justicia (y jurisdicción), en derechos humanos, y específicamente en los caracteres del derecho a la salud, priorizando una legitimación amplia que admita la posibilidad de la defensa de derechos colectivos más allá de los límites impuestos por la Corte Suprema a los derechos individuales homogéneos, sería una mejora sustancial en las posibilidades de la defensa de los derechos colectivos y personales de todas las personas.