

**UNIVERSIDAD DE PALERMO**

**FACULTAD DE DERECHO**

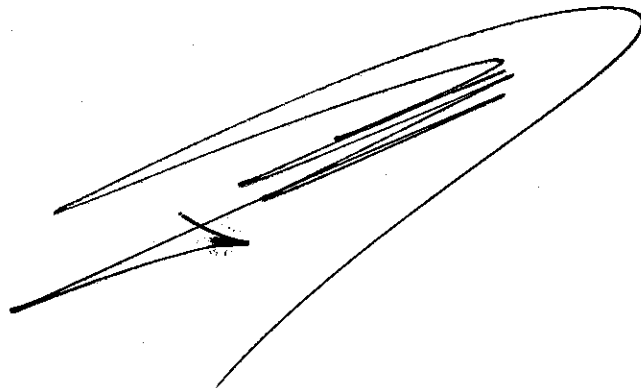
**MAESTRIA EN DERECHO**

*“La protección constitucional inmediata del derecho a la salud”.*

**MAESTRANDO:** Matías I. Fernández Pinto.

**DIRECTOR DE TESIS:** Dr. Fernando Martín Racimo.

Buenos Aires, de de 2006.

A large, stylized handwritten signature in black ink, consisting of several overlapping loops and lines, positioned in the lower right quadrant of the page.

## “La protección constitucional inmediata del derecho a la salud”:

- I. Introducción.
- II. Concepto del derecho a la salud.
  - a. Derecho a la salud. Descripción de la OMS, de los Tratados Internacionales y concepto a partir de la Reforma de 1994.
  - b. Organización legal del sistema de salud.
- III. El problema de la tutela judicial efectiva del derecho a la salud.
  - a. La vía del amparo.
  - b. Competencia judicial en el proceso de amparo.
  - c. Juez incompetente. Medidas cautelares.
  - d. Medidas cautelares en el proceso de amparo. Particularidades.
    - 1. Principios generales de las medidas cautelares.
    - 2. Medidas cautelares en la ley 16.986 y el artículo 43 de la C.N.
    - 3. De lo genérico a lo particular. Medidas cautelares y proceso de amparo de protección del derecho a la salud.
  - e. La cuestión de la emergencia económica y salubre, y su incidencia en la vía del amparo.
- IV. Casos concretos del derecho a la salud.
  - a. Acercamiento y clasificación.
  - b. Categorización.
    - 1. Concesión.
      - a). Urgencias. Cobertura por el Instituto o por la Obra Social.
      - b). Calidad de vida (espiritualidad, higiene, prevención, rehabilitación, etc.).
      - c). Medicamentos.
      - d). Tratamientos médicos.
        - i. Tratamientos.
        - ii. Intervenciones quirúrgicas.
      - e). Discapacidad. Minoridad.
    - 2. Rechazo: medida cautelar o “in limine litis”.
      - a) Medicamentos.
      - b) Tratamientos. Intervención quirúrgica.
  - c. El rol judicial. Control de Constitucionalidad.
    - 1. Control de constitucionalidad.
    - 2. No obligatoriedad de la jurisprudencia de Corte. Control Difuso.
    - 3. El rol del Juez.
- IV. Conclusiones.

## I. Introducción:

La protección constitucional inmediata se ha ido perfeccionando a lo largo del tiempo, desde la creación de la primera Carta Magna Nacional hasta la última reforma constitucional Argentina del año 1994. Sabido es que en ella se han introducido modificaciones que ya había receptado la jurisprudencia<sup>1</sup>, en cuanto a los mecanismos existentes para hacer efectiva la protección de los derechos constitucionales. Estos institutos denominados por la mayoría de la doctrina como garantías, han incluso mutado de forma tal que su especificidad se ha hecho imperante, variando de acuerdo al derecho cuya protección se pretende. Esta variación, en algunos casos pretende ser sustancial, aunque en esencia todo se resume a la jerarquía constitucional que la protección de sus derechos conlleva.<sup>2</sup> Sabido es también que los institutos a los que refiero obtienen común acuerdo de la doctrina respecto del amparo, ya sea individual o colectivo, el habeas corpus y el habeas data, resultando más cuestionados los referidos con cuestiones procesales más bien genéricas como el recurso extraordinario y su queja, y la acción declarativa de certeza, entre otros<sup>3</sup>.

Esta tesina tiene por objeto reseñar el panorama nacional sobre la utilización del proceso de amparo como la forma más útil de proteger el derecho a la salud, su relación y su aplicación por los tribunales nacionales de diversas instancias, a la vez que pretende plantear algunos interrogantes sobre cuestiones aún no resueltas.

Primeramente el trabajo pretende señalar la importancia que el derecho protegido tiene para la totalidad de los habitantes de la Nación, su relación con la autonomía de la voluntad y algunas otras

<sup>1</sup> Recordemos que esta vía procesal, que había nacido con los famosos precedentes jurisprudenciales "Siri" y "Kot" como reinterpretación del existente habeas corpus legislativo, vino a efectivizar la protección judicial de la totalidad los derechos y garantías constitucionales. Allí, la Corte afirmó que: "...las garantías individuales existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar consagradas por la Constitución e independientemente de las leyes reglamentarias...Los preceptos constitucionales tanto como la experiencia institucional del país reclaman de consuno el goce y ejercicio pleno de las garantías individuales para la efectiva vigencia del estado de derecho e imponen a los jueces el deber de asegurarlas" (Fallos: 239:459), y que: "Siempre que aparezca, en consecuencia, de modo claro y manifiesto, la ilegitimidad de una restricción cualquiera a alguno de los derechos esenciales de las personas, así como el daño grave e irreparable que se causaría remitiendo el examen de la cuestión a los procedimientos ordinarios, administrativos o judiciales, corresponderá que los jueces restablezcan de inmediato el derecho restringido por la rápida vía del recurso de amparo..." (Fallos:241:291). Todo ello se afianzó con la sanción de la ley 16.986, aún vigente con las modificaciones generadas por la CN, y de la que existen proyectos legislativos de reforma en tratamiento (JA-2006-II, fascículo n° 12, p.92).

<sup>2</sup> "El concepto actual de constitución supone una norma escrita superior a la legislación ordinaria que establece la estructura básica de las instituciones estatales común a serie de derechos y garantías y cuya característica formal esencial es que sólo puede reformarse bajo ciertos recaudos especiales. Se trata de una ley escrita distinta a las emanadas de la legislatura, con una reforma dificultada como característica formal que surge de un acto del poder constituyente que consagra ciertos derechos y garantías fundamentales originados en la voluntad soberana del poder"; Racimo, Fernando, "Democracia deliberativa. Teoría y crítica", Ed. Ad-Hoc, Bs.As., 2006, sobre ésta idea de constitución formada en el último tercio del siglo XVIII; y sus citas sobre estas características básicas de Carl Shmit y Carlos Nino.

<sup>3</sup> Ver sobre el tema: Bidart Campos, "Tratado elemental de derecho constitucional", Ed. Ediar Argentina, 1997; Ekmekdjian, "Tratado de Derecho Constitucional", Ed. Depalma, t.IV, 1997, Quiroga Lavié, "Derecho constitucional", Ed. Depalma, 1984 y reed.; Badeni, "Tratado de Derecho Constitucional", Ed. La Ley, 2006; Sabsay-Onaindia "La constitución de los argentinos", Ed. Errepar, 1995; Sagués, "Derecho Procesal Constitucional", t. 3, 1988; Morello-Vallefin, "El amparo. Régimen procesal", Ed. Platense, 2000; Dromi, "Derecho Administrativo", Ed. Astrea, 1992; Mairal "Control Judicial de la Administración pública", Ed. Depalma, 1984; entre otros.

cuestiones, aunque no resulta objeto del presente la relación entre el derecho a la vida y la autonomía de la voluntad.<sup>4</sup>

En segundo lugar se dirige a presentar la cuestión netamente procesal del instituto, con sus actuales aristas interpretativas.

En tercero, destaca la necesidad de su conocimiento y difusión por los encargados de resolver los planteos judiciales a los que refiere en virtud de la competencia y su urgencia. En este sentido, resulta altamente impostergable el tratamiento del rol judicial conforme al sistema en el que se encuentra inserto.

Igualmente útil resulta, aunque más no sea a través de un mero acercamiento, el estudio de la jurisprudencia respecto de la emergencia nacional y las "flexibilidades" que trae aparejada en todo sentido, incluso respecto al deterioro del reconocimiento del derecho.

Finalmente, la conclusión girará en torno a la respuesta a una serie de interrogantes en muchos casos irresolutos.

---

<sup>4</sup> Sobre este tema filosófico sumamente interesante, con el que he tenido oportunidad de tomar contacto durante la cursada de la maestría en derecho en la UP, ver principalmente: Farrell, M., "La filosofía del liberalismo", p.203, "Derecho, moral y política", p. 14, "Privacidad y autonomía", Rev. Jur. UP, p. 57, "La derivación del Estado mínimo", entre muchos otros.

## **II. Concepto del derecho a la salud.**

### **a. Derecho a la salud. Descripción de la OMS, de los Tratados Internacionales y concepto a partir de la Reforma de 1994.**

La salud reviste un carácter valorativo multidimensional, ya que además de valor fundamental de la persona, pues hace a su dignidad, es también un valor social y económico. Pues se halla inescindiblemente ligado al desarrollo y producción de una sociedad. En la actualidad es considerada uno de los derechos de todo hombre, pero asimismo contiene el mismo una dimensión social, que determina una obligación por parte de los individuos, de hacer lo posible para estar sano y no provocar enfermedad a los demás. Y respecto del Estado, de asegurar un nivel adecuado de asistencia sanitaria pública.<sup>5</sup>

Es por ello que el derecho a la salud está incluido como uno de los derechos humanos básicos y ha sido recogido en nuestra constitución por la doble vía de los derechos implícitos y de los tratados internacionales constitucionalizados.<sup>6</sup>

Pero la dimensión del derecho a la salud es tal que ha llegado a algunos a sostener que en él se soportan bienes e intereses vitales del hombre y de la sociedad en su conjunto, provocando el interés de grandes grupos de la colectividad o sectores de ella, en ocasiones sin estructura previa, tildándolos por ello de derechos de carácter bifronte: individual y de incidencia colectiva.<sup>7</sup>

Hay quienes lo reconocen también como incluido entre otras normas constitucionales más genéricas como inmerso en el derecho al ambiente sano (art. 41 CN); o en el derecho de los consumidores y los usuarios (art. 42 CN), y hasta en el marco de las disposiciones dirigidas al PL en lo que se refiere a políticas del desarrollo humano (art. 75 inc. 19 y 23 CN)<sup>8</sup>.

A nivel internacional también ha tenido su debido reconocimiento, a tal punto que ha sido definido en este ámbito en los siguientes términos: "La aspiración de todos los pueblos es el goce máximo de salud para todos los ciudadanos. La salud es el estado de absoluto bienestar físico, mental y social, sin distinción de religiones, credos políticos o clases sociales. Todo hombre tiene derecho a conservar su salud y, en caso de que enferme, a poseer los medios para curarse, Esta protección debe abarcar no sólo a él, sino también a sus familiares"<sup>9</sup>.

Pero volviendo al texto constitucional que nos rige, más concretamente al contenido de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos incluidos en la CN<sup>10</sup>, no podemos dejar de señalar el eco que de ellos se han hecho los tribunales nacionales.

Es dable recordar que en el ámbito internacional también ha tenido oportunidad de expedirse la

<sup>5</sup> Morello, Augusto, y Cafferatta, Néstor, "La dimensión social del derecho a la salud...", ED, 11-8-05, p.1 y ss.; Caranza Torres, Luis El derecho a la cobertura de la salud y su resguardo cautelar, Foro de Córdoba, Año XIII, N° 77, septiembre del año 2002, p. 176.

<sup>6</sup> Carranza Torres, Luis, Derecho a la salud y medidas cautelares; ED Const. año 2005, p. 213.

<sup>7</sup> Éste carácter dual implica que ambos lados están integrados de manera tal que el resultado del producto no es una suma sino un realidad única, inescindible y difusa, resultando derechos que no recaen sólo en intereses propios sino que se desparraman, difumina, expanden, comparten de modo impersonal, beneficiando o perjudicando a la sociedad en su conjunto. Morello, Augusto, y Cafferatta, Néstor, "La dimensión social del derecho a la salud..."

<sup>8</sup> Dorrego, Claudia Silvina, Vicisitudes de un dolor crónico: el derecho a la salud en la Argentina; citado por Carranza Torres en la obra cit.

<sup>9</sup> Congreso de Constitución de la organización mundial de la salud (OMS), celebrado el 7 de abril de 1948.

<sup>10</sup> DAD, art. 11; PDESC, art. 2d. en cuanto al compromiso asumido por los Estados y art. 12 en relación al "más alto nivel posible de salud física y mental";

Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la interrelación entre el derecho a la salud y los derechos especiales reconocidos a sujetos cuyas capacidades resultan diferentes<sup>11</sup>, esto es el reconocimiento de categorías de seres humanos cuyo derecho a la salud se encuentra potenciado por sus características particulares: niños, mujeres embarazadas, discapacitados y ancianos, que, por lo demás, se encuentran reconocidos por el constitucionalismo modernos como nuevos derechos sociales constitucionales<sup>12</sup>.

En definitiva, el derecho a la salud puede considerarse desde varias perspectivas entre las que se encuentra considerarlo una arista del derecho a la vida y, como tal, goza a su vez de protecciones disímiles mayores a favor de personas con diferentes capacidades.<sup>13</sup>

Veamos cómo se ha traducido ello en palabras de los Tribunales nacionales e internacionales; así:

El derecho a la vida ha sido considerado reiteradamente por la Corte Suprema de Justicia de la Nación como el primer derecho de la persona humana que resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional<sup>14</sup>. También ha dicho que el hombre es eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo más allá de su naturaleza trascendente, su persona es inviolable y constituye valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental.<sup>15</sup>

A partir de lo dispuesto en los tratados internacionales que tienen jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, de la Ley Suprema), la Corte ha reafirmado *el derecho a la preservación de la salud comprendido dentro del derecho a la vida* y ha destacado la obligación impostergable que tiene la autoridad pública de garantizar ese derecho con acciones positivas, sin perjuicio de las obligaciones que deban asumir en su cumplimiento las jurisdicciones locales, las obras sociales o las entidades de la llamada medicina prepaga (el resaltado me pertenece).<sup>16</sup>

"La protección de la salud es un corolario del propio derecho a la vida y la integridad física de la persona humana reconocido tanto en la Constitución Nacional como en los Tratados Internacionales que al ser incorporados en el art. 75, inc. 22), de la C.N. tienen también jerarquía constitucional (C.N. Preámbulo, arts. 41, 42, 75, inc. 19), 22 y 23; art. XI (derecho a la preservación de la salud y el bienestar) de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; art. 25 - 1)(derecho a la salud y al bienestar), de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre; art. 12 (reconocimiento del Estado al derecho del más alto nivel posible de salud física y mental, adoptando medidas de prevención y tratamiento de enfermedades para asegurar la efectividad de ese derecho) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; art. 5to., inc. e), IV (el Estado se compromete al goce del derecho a la salud pública, la asistencia médica, la seguridad social y los servicios sociales) de la Convención Interamericana sobre eliminación de todas las formas de discriminación racial; art. 4º (derecho a la vida) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto San José de Costa Rica); arts. 1º y sig., Ley 22.269; arts. 1º y 3º de la Ley 23.660; art. 1º, 2º, 3º y sig., Ley 23.661); normas

<sup>11</sup> OC- 17/2002 del 28 de agosto de 2002; "en relación a los niños, el respeto del derecho a la vida abarca...también la obligación de adoptar las medidas necesarias para que la existencia de los niños se desarrolle en condiciones dignas..." constituyendo "...el cuidado de la salud..." el pilar fundamental "...para garantizarle el disfrute de la vida".

<sup>12</sup> Quiroga Lavié-Benedetti-Cenicacelaya, "Derecho Constitucional Argentino", Ed. Rubinzal-Culzoni, t. I.

<sup>13</sup> "El Derecho está en la vida, y esta es su gran argumento. Entre la vida y la muerte, la preocupación es el derecho de la salud". Augusto Morello, El derecho a la vida, La Plata, Ed. Platense, 2002.

<sup>14</sup> Fallos: 302:1284, 310:112, y recientemente en autos R.638.XL., 16/05/06 - AR., N.N. c/ INSSJP s/ amparo.

<sup>15</sup> Fallos: 316:479; 323:3229; in re "Campodónico de Beviacqua...".

<sup>16</sup> Fallos: 321:1684 y 323:1339; in re: "Asociaciones Benghalies y otros".

éstas todas tendientes a asegurar condiciones y asistencia médica y servicios médicos adecuados..."<sup>17</sup>

Los aludidos pactos internacionales contienen cláusulas específicas que resguardan *la vida y la salud de los niños* y, sobre todo, vinculados con la asistencia y cuidados especiales que se les deben asegurar, según surge del artículo VII de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, del artículo 25, inciso 2E, de la Declaración Universal de Derechos Humanos, de los artículos 4, inciso 1E, y 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos -Pacto de San José de Costa Rica-, del artículo 24, inciso 1E, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y del artículo 10, inciso 3E, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (énfasis agregado).

Este último tratado reconoce el derecho *de todas las personas* a disfrutar del más alto nivel posible de salud física y mental, así como el deber de los estados partes de procurar su satisfacción. Entre las medidas que deben ser adoptadas a fin de garantizar ese derecho se halla la creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad (art. 12, inc. d, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales) (énfasis agregado).

Los estados partes se han obligado "hasta el máximo de los recursos" de que dispongan para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos reconocidos en dicho tratado (art. 2, inc. 1). En lo que concierne al modo de realización en estados de estructura federal, el propio Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas ha reconocido que dicha estructura exige que los cantones sean los responsables de ciertos derechos, pero también ha reafirmado que el gobierno federal tiene la responsabilidad legal de garantizar la aplicación del pacto.<sup>18</sup>

En especial, *con relación a los menores discapacitados*, la Convención sobre los Derechos del Niño dispone la obligación de los Estados de alentar y garantizar a los menores con impedimentos físicos o mentales el acceso efectivo a los servicios sanitarios y de rehabilitación, de esforzarse para que no sean privados de esos servicios y de lograr cabal realización del derecho a beneficiarse de la seguridad social, para lo cual se debe tener en cuenta la legislación nacional, los recursos y la situación de cada infante y de las personas responsables de su mantenimiento (art. 23, 24 y 26) (el resaltado me pertenece).

Asimismo, la "cláusula federal" prevista en la Convención Americana sobre Derechos Humanos impone al gobierno nacional el cumplimiento de todas las obligaciones relacionadas con las materias sobre las que ejerce jurisdicción legislativa y judicial, y el deber de tomar "de inmediato" las medidas pertinentes, conforme a su constitución y sus leyes, para que las autoridades componentes del Estado federal puedan cumplir con las disposiciones de ese tratado (art. 28, incs. 1 y 2).

En tales condiciones, el Estado Nacional asumió compromisos internacionales explícitos encaminados a promover y facilitar las prestaciones de salud que requieran sus habitantes, con mayor necesidad en los casos de minoridad y ancianidad por la lógica situación de desamparo en que se encuentran, por lo que no puede desligarse válidamente de esos deberes so pretexto de la inactividad de otras entidades públicas o privadas, máxime cuando ellas participan de un mismo sistema sanitario.

Igualmente, conviene resaltar que: "No puede soslayarse la función rectora que ejerce el Estado Nacional en el campo de la salud por medio del Ministerio de Salud para garantizar la regularidad de los tratamientos sanitarios coordinando sus acciones con los Estados provinciales, sin mengua de la

<sup>17</sup> CFALP, Sala III, Exp. N° 2080/02, "Martín María Elsa c/ PAMI y PEN s/ amparo"; n°11.834/05, "NIFOSI, Manuel Osvaldo y otro c/ Estado Nacional s/ amparo" (incidente de apelación).

<sup>18</sup> Naciones Unidas. Consejo Económico Social. Aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Informes iniciales presentados por los estados parte con arreglo a los arts. 16 y 17 del Pacto. Observaciones. Suiza E/1990/5/Add.33, 20 y 23 noviembre de 1998, publicado por la Secretaría de Investigación de Derecho Comparado de esta Corte en "investigaciones" 1 (1999), págs. 180 y 181).

organización federal y descentralizada que corresponda para llevar a cabo tales servicios”.<sup>19</sup>

Cabe aquí recordar desde la óptica de la salud como derecho humano fundamental que en el preámbulo de la Organización Mundial de la Salud (O.M.S.) se afirma que “*el beneficio de gozar de elevados niveles de salud es uno de los derechos fundamentales de cada ser humano, sin distinción de raza, religión, credo político o condición social o económica ...*”; y que por lo demás, la salud como valor y derecho humano fundamental encuentra reconocimiento y protección de diversos instrumentos comunitarios e internacionales de derechos humanos, que ahora gozan de la mayor jerarquía normativa en virtud de lo preceptuado por el art. 75, inc. 22 de la Constitución Federal reformada en el año 1994. El derecho a acceder a la más amplia atención de su salud que sea posible de acuerdo con los recursos disponibles (Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre: “*XI. Toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada ...*”; Declaración Universal de Derechos Humanos: “*art. 25. Derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure ... la salud*”; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: “*art. 12.1. 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*” y “*12.2. 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 ... d) la creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad*”) se encuentra indudablemente inscripto entre los derechos fundamentales.<sup>20</sup>

Por lo demás, ha sostenido la Corte Suprema que: “*El derecho a la salud, máxime cuando se trata de enfermedades graves, está íntimamente relacionado con el derecho a la vida, siendo éste el primer derecho de la persona humana que resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional. El hombre es el eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo –más allá de su naturaleza trascendente- su persona es inviolable y constituye un valor fundamental, con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental*”.<sup>21</sup>

Por último, el Máximo Tribunal afirmó que: “*El derecho a la vida, más que un derecho no enumerado en los términos del art. 33 de la ley fundamental, es una prerrogativa implícita, ya que el ejercicio de los derechos reconocidos expresamente requiere necesariamente de él y, a su vez, el derecho a la salud –especialmente cuando se trata de enfermedades graves- está íntimamente relacionado con el primero y con el principio de autonomía personal, ya que un individuo gravemente enfermo no está en condiciones de optar libremente por su propio plan de vida*”.<sup>2223</sup>

## **b. Organización legal del sistema de salud:**

### **1. Ley 23.660 y 23.661**<sup>24</sup>.

La ley Nacional 23.660 establece el régimen por el cual han de regirse las denominadas obras

<sup>19</sup> CSJN, 24/5/05 - Orlando, Susana B. c. Provincia de Buenos Aires.

<sup>20</sup> CFALP, Sala I, “Villalba”, op. cit.

<sup>21</sup> Doctrina de Fallos, 323:3229, sostenido recientemente in re “Reynoso Nilda N. c/ INSSJP s/amparo”, del 16/5/06.

<sup>22</sup> Dictamen del Procurador Fiscal, al que la Corte Suprema de Justicia de la Nación adhiere en su mayoría en autos “R., N. N. c. INSSJP s/ Amparo” –R.638.XL-, rta. el 16/05/06.

<sup>23</sup> Sobre la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, véase una síntesis en el trabajo de Amadeo, José L., “El derecho a la salud (según la Corte Suprema)” en “Jurisprudencia Argentina” 2006-I-1375).

<sup>24</sup> B.O. del 20-1-89, en ambos casos.



Sociales, su inscripción, composición, beneficiarios, estatutos, administración, control, aportes y contribuciones, sanciones y subordinación al Sistema nacional de salud (art. 1, 6 y cc.).

La Ley Nacional n° 23.661 instituyó el sistema nacional de salud, con los alcances de un seguro social, a efectos de asegurar el pleno goce del derecho a la salud para todos los habitantes del país sin discriminación social, económica, cultural o geográfica.

Con tal finalidad, dicho seguro ha sido organizado dentro del marco de una concepción "integradora" del sector sanitario, en el que la autoridad pública reafirme su papel de conducción general del sistema y las sociedades intermedias consoliden "su participación en la gestión directa de las acciones" (art. 1).

Su objetivo fundamental es "proveer al otorgamiento de prestaciones de salud igualitarias, integrales y humanizadas, tendientes a la promoción, protección, recuperación y rehabilitación de la salud, que respondan al mejor nivel de calidad disponible y garanticen a los beneficiarios la obtención del mismo tipo y nivel de prestaciones eliminando toda forma de discriminación...". Asimismo, "se consideran agentes del seguro a las obras sociales nacionales, cualquiera sea su naturaleza o denominación, las obras sociales de otras jurisdicciones y demás entidades que adhieran al sistema que se constituye..." (art. 2).

## 2. Ley 24.752<sup>25</sup>

Entre las normas que regulan la efectividad del derecho a la salud, se encuentra ésta escueta pero de implicancias amplísimas, compuesta de un único artículo que establece: "...las empresas o entidades que presten servicios de medicina prepaga deberán cubrir, como mínimo, en sus planes de cobertura médico asistencial las mismas prestaciones obligatorias dispuestas para las obras sociales, conforme lo establecido en las leyes 23.660 y 23.661...". Resulta obvio entonces resaltar que impone a las empresas de medicina prepaga la cobertura de las prestaciones incluidas en el PMO, actualizado periódicamente por el Ministerio de Salud de la Nación.

Cabe recordar que las empresas de medicina prepaga nacieron como una vía para superar las limitaciones evidenciadas por el subsistema hospitalario público y por el subsistema de obras sociales, en lo relativo a la atención de prestaciones de baja incidencia y alto costo, aún cuando hoy comprenden todo tipo de prestaciones sanitarias.<sup>26</sup>

Ahora bien, más allá de la equiparación legal en cuanto a la responsabilidad que les cabe, existen diferencias sustanciales entre las obras sociales y la medicina prepaga. Pongamos por ejemplo que en las primeras la afiliación resulta obligatoria, mientras que en las segundas, la contratación resulta de la voluntad del particular; igualmente los ingresos de las primeras provienen de los aportes de los afiliados sobre un porcentaje de sus ingresos, mientras que en las segundas se fijan conforme al plan suscripto; ello

<sup>25</sup> LA 1997-A-3.

<sup>26</sup> Gustavo D. Caramelo Díaz, "Medidas cautelares en...", JA-06-fascículo 12.

conlleva la ausencia de períodos de carencias en las primeras, permitidos en las segundas.<sup>27</sup>

El sistema de contrato de medicina prepaga, es atípico multiforme de características sui generis, con afinidad con figuras de locación de servicio y obra, que integra un sistema de vínculos contractuales organizado por la empresa. Son bilaterales, consensuados, onerosos, aleatorios, generalmente de adhesión, de consumo, de ejecución continuada, entre otras características que no vienen al caso, pero sí conviene destacar que se requiere una gran cantidad de adherentes para conformar una masa crítica de aportes periódicos suficiente para responder por los gastos cuando acontece el siniestro previsto en el contrato.<sup>28</sup>

El sistema puede ser estructurado como cerrado, abierto o mixto, operándose generalmente con el sistema cerrado que debe cubrir satisfactoriamente las necesidades del usuario quien tiene derecho al reintegro si hubiera sido insuficiente la cobertura establecida.

Por último, es relevante la finalidad asistencial del contrato, más allá del legítimo fin de lucro perseguido por la empresa, pues ha elegido obtenerlo por medio de prestaciones de salud. Esta finalidad juega un rol preponderante al momento de interpretar las obligaciones a cargo de cada parte. Se suma a ello, que resulta un contrato de consumo con la consecuente protección constitucional de los consumidores y usuarios.<sup>29</sup>

### 3. Ley 24.901. Discapacidad.

La legislación nacional, propugnaba con anterioridad a la Reforma Constitucional de 1994 la protección integral de los discapacitados. La Ley Nacional n° 22.431 estableció un sistema tendiente a asegurarles atención médica, educación y seguridad social, así como a concederles las franquicias y estímulos que permitan en lo posible neutralizar la desventaja que la discapacidad provoca y les den oportunidad, mediante su esfuerzo, de desempeñar en la comunidad un rol equivalente al que ejercen las personas normales (art. 1).

Mediante la Ley Nacional 24.901<sup>30</sup> se ha creado, concordemente con las directivas constitucionales y los tratados con jerarquía equivalente, un sistema de prestaciones básicas de atención a favor de las personas con discapacidad con el objeto de brindarles una cobertura integral a sus necesidades y requerimientos, y se ha dejado a cargo de las obras sociales comprendidas en la Ley 23.660 la obligatoriedad de su cobertura total (arts. 1 y 2).<sup>31</sup> Asimismo, se ha dispuesto que los entes obligados

<sup>27</sup> Lorenzetti, Ricardo L., "La empresa médica", Ed. Rubinzal-Culzoni, 1998.

<sup>28</sup> Sobre el tema ver: Bueres, Alberto, "La responsabilidad civil...", Ed. Hammurabi, 1992.; Lorenzetti, Ricardo L., "La empresa médica", Ed. Rubinzal-Culzoni, 1998, entre otros.

<sup>29</sup> "Medidas...", Gustavo d. Caramelo Díaz, JA-06, fascículo 12.

<sup>30</sup> B.O. del 5-12-1997; reglamentada por Dto. 1193, B.O. 14-10-98.

<sup>31</sup> En la Provincia de Buenos Aires las normas constitucionales y legales coherentemente con la legislación federal amparan con especial interés a las personas con discapacidad. El artículo 36 de la Constitución bonaerense establece que toda persona discapacitada tiene derecho a la protección integral del Estado y, en ese sentido, la provincia deberá garantizar la rehabilitación, educación y capacitación en establecimientos especiales. Por su parte, la Ley NE 10.592 -que establece un régimen jurídico básico e integral para las personas discapacitadas- asegura los servicios de atención médica, educativa y de

por la ley deberán brindar dichas prestaciones mediante servicios propios o contratados, estableciendo un sistema específico de financiamiento por parte del Estado Nacional (art. 6 y 7).

Conviene aquí destacar, aunque mínimamente pues excede en mucho el marco del presente trabajo, la definición que la ley acerca sobre persona con discapacidad: "toda aquella que padezca una alteración funcional permanente o prolongada, motora, sensorial o mental, que en relación a sus edad y medio social implique desventajas considerables para su integración familiar, social, educacional o laboral" (art. 9); debiendo acreditársela conforme lo dispuesto por la ley 22.431 (art. 3).

En palabras de la Corte Suprema, la protección y la asistencia integral a la discapacidad constituye una política pública de nuestro país.<sup>32</sup>

Hemos sostenido ya anteriormente que el derecho a la salud, como derivado del derecho a la vida, goza de mayor protección en personas de capacidades diferentes. En este sentido, cabe recordar que la cuestión atinente a los derechos de las personas con discapacidad ha sido tratada con particular interés por la Convención Constituyente de Santa Fe en 1994.<sup>33</sup>

---

seguridad social a los discapacitados en imposibilidad de obtenerlos. Particularmente, el Instituto de Obra Médica Asistencial de la Provincia de Buenos Aires deberá promover y prestar asistencia médica integral a las personas discapacitadas afiliadas al mismo, con vistas a su rehabilitación -énfasis agregado- (conf. arts. 1 y 19 de la citada ley).

<sup>32</sup> CSJN, in re: "Maldonado, Sergio G.", fallo del 31-11-04.

<sup>33</sup> CFALP, Sala II, in re: "Dominguez, Romina c/ IOMA s/ amparo", voto del Dr. Dugo, del 30-03-04. *"En efecto, no es de extrañar que el constituyente de 1994, por medio de la reforma del art. 75, inc. 23, de la Ley Fundamental, haya venido a reconocer en favor de las personas con discapacidad una protección adicional que establece en un mismo rango la que ya la legislación, jurisprudencia y doctrina habían desarrollado a partir del histórico art. 16 (ver, en tal sentido, Claudio Marcelo Kiper, Derechos de las minorías ante la discriminación, ps. 127 y ss., Hammurabi, Buenos Aires, 1998, Gregorio Badeni, Reforma Constitucional e Instituciones Políticas, ps. 309 y ss., Buenos Aires, Ad-Hoc S.R.L.), sobre todo si se tiene en cuenta la proficua labor legisferante anterior a la propia reforma en protección de las personas con alguna discapacidad. Cabe pues, formular una reseña de los antecedentes que concluyeron con la protección constitucional y de las normas infraconstitucionales dictadas sobre el particular que la precedieron y complementaron. Los debates de la reforma constitucional de 1994 informan que la primera aproximación a la redacción del actual inciso 23 del art. 75 (anterior 67) de la Ley Fundamental no contemplaba, por lo menos expresamente, la situación de los incapacitados. En efecto, del Dictamen de Comisión Nro. 7, de la comisión de Integración y Tratados Internacionales surge la incorporación de un nuevo inciso al artículo 67 > Dictar medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y trato, el pleno goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por los Tratados Internacionales de Derechos Humanos ratificados, en particular, para los niños, las mujeres y los ancianos. Conforme surge del informe de Comisión del despacho de Mayoría > El gran tema del derecho internacional sobre los derechos humanos es de transformar su retórica en acción a través de un cuerpo de normas que garantice su cumplimiento... En este marco, la Convención es una declaración de políticas orientadas hacia la promoción de estos derechos y su operatividad, concibiendo como igualdad la de facto y persiguiendo, también la eliminación de la discriminación de facto. Las acciones positivas son el instrumento inmediato, aunque transitorio, de esas políticas. = Continúa el informe: > Ahora bien... cabe preguntarse quienes son los sujetos activos y pasivos de estas medidas de acción positiva. Podemos responder que el sujeto activo es el hombre y es la mujer dentro del sistema y que los sujetos pasivos son otros hombres y otras mujeres y, especialmente, el Estado, en nuestro caso por intermedio del Congreso. En este sentido, los Estados se han comprometido a implementar medidas que en apariencia son discriminatorias ya que manifiestan una desigualdad. Sin embargo, por ejemplo, los Estados han coincidido en que no son discriminatorias las normas que protegen a la mujer en relación con la maternidad...". Más adelante agrega: >... Esta enumeración de mujeres, niños y ancianos, es meramente enunciativa, y trata de volcar acciones a las franjas sociales más desprotegidas. Es ánimo de los firmantes, prestar también particular atención, a la lucha por la igualdad de oportunidades y trato a la persona con discapacidad. Cuando el*

#### 4. Niños:

En el particular caso de los niños como persona de diferentes capacidades, a lo sostenido en relación a la discapacidad en general sólo debe adunarse, que tales decisiones se adoptarán con especial consideración del interés superior del niño y de acuerdo con el criterio que ha mantenido la Corte Suprema.<sup>34</sup>

#### 5. Emergencia sanitaria (PMO):

En el marco de la emergencia pública decretada por ley n° 25.561, y en atención a las leyes que rigen el sistema nacional de obras sociales y del seguro de salud, se dictó el decreto 486/2002 a los fines de declarar la emergencia sanitaria en el territorio nacional<sup>35</sup>. Con la sanción de la ley 26.077, queda sanjada la cuestión respecto de la operatividad del Programa Médico Obligatorio de Emergencia<sup>36</sup> dispuesto en cumplimiento de decreto 495/95<sup>37</sup> en relación a la elaboración del "Programa Médico Obligatorio" (P.M.O.), implementando finalmente en virtud de las facultades delegadas por el mencionado decreto por resolución general 247/96 del Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación, tendiendo a una mayor protección real y efectiva de la salud de la población con cobertura de obras sociales. Ello, atento a la clara excepción que dicha ley establece respecto de la normativa de excepción que queda fuera de la prorroga, dentro de la que se incluye a las previsiones en él contenidas.<sup>38</sup>

En consecuencia, parece quedar resuelta la situación respecto de cuál programa médico obligatorio se encuentra vigente en la actualidad, habiéndose regularizado la situación de emergencia económica, cuando menos, parcialmente.

Sin embargo, a propósito de la emergencia mencionada y su íntima relación con la materia objeto de este trabajo, creo conveniente dedicar uno de los capítulos siguientes, aunque más no sea someramente, al análisis de la emergencia económica que hemos sufrido reciente.

---

*Estado argentino ratificó las convenciones a las que hemos hecho referencia ha reconocido que hay discriminación, y en consecuencia se comprometió a remover ésta y aceptar el interés y el contralor de la comunidad internacional en el cumplimiento de sus obligaciones...*"

<sup>34</sup> Convención sobre los Derechos del Niño, art. 3; en similar sentido, , "C. de B., A. C. c/ Secretaría de Programas de Salud y otro", fallo del 24/10/00, consid. 21.

<sup>35</sup> Dt. 486/2002, B.O. 13-3-2002, prorrogado por Dto. 2724/02; ley 25.972 B.O. 17-12-04 y ley 26.077 B.O. del 10-01-06; disposiciones complementarias y modificatorias.

<sup>36</sup> Resolución 201/02 del Ministerio de Salud y Acción social.

<sup>37</sup> El Programa Médico Obligatorio sufre de constantes modificaciones que se reflejan en la Resolución 939/2000, y más cerca en el tiempo en la resolución 72572005 del ministerio citado.

<sup>38</sup> Ley 26.077, art. 2.

### III. El problema de la tutela judicial efectiva del derecho a la salud.

#### a. La vía del amparo

Corresponde primeramente reseñar el instituto en trato, a propósito de su posterior relación con el actual activismo judicial.

Sabido es la expansión que ha tenido el instituto del amparo en los últimos tiempos a nivel nacional<sup>39</sup>. Ello, sin duda, encuentra una íntima relación con la ausencia de eficacia que el sentir popular otorga a los procesos convencionales de conocimiento. Incluso, tal expansión no parece responder únicamente al “sentir popular”, sino también a la utilización excesiva del mismo por las evidentes arbitrariedades normativas de las crisis de emergencia de todo tipo acaecidas en nuestro querido país, tanto por parte de los profesionales litigantes como su aceptación por la judicatura. Conviene señalar en este sentido, el proceso definido por la prensa como “judicialización de la economía”<sup>40</sup>, donde claramente se pone de manifiesto la intervención de los jueces cada vez mayor desde el corralito a esta parte, principalmente en la vida de las empresas y en la distribución de los ingresos del Estado. Algunos ejemplos de ello exceden, como decía, el mero marco económico para llegar, aunque con la obvia incidencia económica, a la materia social<sup>41</sup>, donde podemos enmarcar claramente el objeto del presente trabajo: el derecho a la salud<sup>42</sup>.

Más específicamente, adentrándome en el análisis jurídico de la vía procesal del amparo<sup>43</sup>, cabe señalar que este tipo de acción debe ser reservada para las delicadas y extremas situaciones en las que, por falta o insuficiencia de otros medios legales, puedan resultar afectados derechos y garantías constitucionales reconocidos por la Constitución, un tratado o una ley. Su viabilidad requiere, por consiguiente, circunstancias muy particulares caracterizadas por la existencia de arbitrariedad o ilegalidad manifiesta y la demostración por añadidura, de que el daño concreto y grave ocasionado solo puede eventualmente ser reparado acudiendo a la acción expedita y rápida del amparo.<sup>44</sup>

---

<sup>39</sup> Ver sobre el tema las obras citadas oportunamente, más: Badeni, Gregorio, “Reforma Constitucional e Instituciones Políticas”, AD-Hoc, Bs.As., 1994; Bidart Campos, Germán, “Tratado elemental de Derecho Constitucional Argentino”, Ed. Ediar TI y “Manual de la constitución Reformada”, T. II, Ed. Ediar, Bs.As., 1997; Dalla Vía, Alberto R. “Constitución de la Nación Argentina -comentada-”, Ed. Platense SRL, La Plata, 1996; Dromi, Roberto y..., “La Constitución Reformada”, Ed. Ciudad Argentina, 1994; Gozaini, Osvaldo, “El derecho del amparo”, Ed. Depalma, Bs.As., ; Sabsay, Daniel y... “La constitución de los argentinos”, Ed. Errepar, Bs.As., 1995; Spota, Alberto A. “Nuevas dimensiones y amplitud de la acción de amparo en el texto Constitucional vigente...”, Boletín Asociación Argentina de Derecho Constitucional”, n° 118, febrero de 1996; entre otros.

<sup>40</sup> Diario “La Nación”, del 24-9-06, Sección Economía, p.1/7.

<sup>41</sup> La jurisprudencia registra casos recientes en los que se ha llegado a ordenar la entrega a menores de alimentos y artículos de primera necesidad por parte de un supermercado que repita los importes al Estado provincial, así como ha ordenado la inclusión de un grupo familiar en los programas de asistencia social (Vale ciudad) que consiste en bolsones de comida (J.Menores n° 2 Paraná, 28-6-02, LL2002-E-267 y J.Cont. Adm. y Trib. N°3, Ciudad Autónoma de Bs.As., 11-3-03, LL2003-F-311, respectivamente).

<sup>42</sup> Los más claros ejemplos resultan ser los fallos relacionados con el denominado “corralito” y pesificación donde los jueces recibieron cerca de 200.000 causas diseñando, en general, un sistema de devolución progresiva en contra de la voluntad política, fallos laborales, de la seguridad social, etc.. Diario “La Nación” op. Cit.

<sup>43</sup> De la combinación de los precedentes “Siri” y “Kot”, podemos decir que los derechos constitucionales son operativos simplemente por estar consagrados por la C.N. y que el amparo es una garantía que protege de manera eficaz e idónea los derechos del hombre, llevando a cabo todo el proceso con la mayor celeridad posible.

<sup>44</sup> Artículo 43 y cc. de la CN.; Fallos: 294:52; 301:1061, entre otros.

Ello no es motivo suficiente para descartar sin más el amparo, cuando la arbitrariedad o ilegalidad aparece en forma clara y manifiesta, toda vez que se ha dicho que el hecho de que el asunto se presente como de difícil resolución para el magistrado, tampoco debe provocar como pauta general el rechazo del amparo<sup>45</sup> si los extremos apuntados surgen del discreto análisis que permite la naturaleza del mismo tal como ha sostenido la CSJN al afirmar “que en este aspecto, la invocación de la necesidad de un marco procesal que permita mayor amplitud de debate y prueba, como fundamento para rechazar de plano el amparo constituye una afirmación meramente doctrinaria y no se concilia con la naturaleza de la pretensión del demandante ya que, en principio..., para determinar si el accionar de la demandada es manifiestamente ilegítimo o arbitrario y lesiona los principios constitucionales que se dicen conculcados, no es necesario sino el examen de una cuestión de derecho que no reviste mayor complejidad...”<sup>46</sup>.

Por otro lado, al referir a la acción expedita y rápida se crea un concepto más amplio que el del art. 1º de la ley 16.986, ya que “expedita” implica libre de estorbo y pronto para obrar<sup>47</sup>, por lo que resulta claro que la existencia o no de otro medio judicial o administrativo solamente, no puede estorbar el trámite del amparo y con este criterio ha dejado de ser una vía subsidiaria para convertirse en una vía alternativa cuya elección como medio reputado más idóneo es facultad del justiciable al evaluar las circunstancias de la causa tal como afirma este autor, ya que no resulta necesario ahora probar que se ha agotado la vía administrativa o que la misma le produjera un gravamen irreparable o que la utilización de una vía paralela podría traducirse en una denegación de justicia.

En el derecho internacional, la Corte interamericana de Derechos Humanos al referirse a los deberes estatales de respeto y garantía en materia de derechos ha sostenido que la primera obligación asumida por los Estados partes es la de “respetar los derechos y libertades” reconocidas por la Convención, mientras que la segunda es “garantizar” el libre y pleno ejercicio de aquellos<sup>48</sup>. Ello implica el refuerzo de los derechos en el ámbito interno de los Estados, quienes se encuentran obligados a establecer un sistema de recursos internos sencillos y rápidos<sup>49</sup>, que deben ser a la vez efectivos y adecuados derivando en una “protección judicial efectiva”<sup>50</sup>.

Asimismo la mayoría de la doctrina ha sostenido que la procedencia de la acción de amparo debe analizarse con criterio razonablemente amplio, dado que a partir de la reforma del año 1994 a la Carta Magna no solo constituye una garantía judicial sino constitucional, otorgada a los particulares para tutelar de modo rápido y eficaz los derechos en ella establecidos, y debe ser entendido como un derecho directo y necesariamente operativo.

Sin perjuicio de ello, del análisis de la práctica cotidiana de los tribunales de primera instancia, también surge el rechazo de la utilización de esta vía expedita ante situaciones específicas donde los presupuestos formales de la acción no se encuentran claramente cumplidos.

Sentadas tales premisas, resulta claro que el amparo no será admisible por la sola invocación del derecho presuntamente lesionado, pero tampoco será desestimado por la sola existencia de acciones o recursos comunes. Su procedencia transita por el estrecho carril de aquellos casos en que a la “*arbitrariedad o ilegalidad manifiesta*” se suma la ineficacia de las vías reparatoras ordinarias.

<sup>45</sup> Sagües, Nestor P. “Derecho Procesal Constitucional, Acción de Amparo”, p. 247/9.

<sup>46</sup> CSJN, in re “Stepan, Francisco J. c/ Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”, rta. el 25/9/99, LL.1999-E-276.

<sup>47</sup> Ekmekdjian, Miguel A. “Tratado de Derecho Constitucional”, p. 55.

<sup>48</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso “Velásquez Rodríguez vs. Honduras”, sentencia de fondo del 29 de junio de 1988, serie CNº 4.

<sup>49</sup> CIDH, Caso “Genie Lacayo”, citado por Carranza Torres en obra op. Cit.

<sup>50</sup> CIDH, Caso “Panamá”, citado por Carranza Torres en obra op. Cit.

Así, para que fuese procedente el amparo sería menester invocar y probar circunstancias de excepción que, en el caso particular, hagan que la demora propia de las vías ordinarias cause un gravamen excepcional, tal que justifique prescindir de los procesos habituales, como único medio de evitar la consumación de una injusticia que constituye el fundamento de la acción.

Al respecto, si por “*otro medio judicial más idóneo*”<sup>51</sup> se entendiese todo aquel que asegura al ampararse una pronta solución al litigio, es obvio que toda pretensión con sustento constitucional resultaría admisible por la vía del amparo, con la consecuente ordinarización de un procedimiento entendido como de excepción. Vía judicial más idónea, en los términos del art. 43 de la Constitución Nacional, es la adecuada a la naturaleza de la cuestión planteada conforme al régimen procesal vigente, con lo cual el amparo queda reservado a los supuestos en que exista arbitrariedad o ilegalidad manifiesta y, además las vías ordinarias carezcan de idoneidad para otorgar al justiciable una efectiva defensa del derecho invocado.

Esa arbitrariedad o ilegalidad manifiesta debe presentarse, reitero, como algo palmario, ostensible, patente, claro e inequívoco. Es decir, visible al examen jurídico más superficial.

En tal sentido, la Corte ha dicho que: “*Siempre que se amerite el daño grave e irreparable que se causaría remitiendo el examen de la cuestión a los procedimientos ordinarios, deben los jueces habilitar las vías del amparo, ya que la existencia de otras vías procesales que puedan obstar a su procedencia no puede formularse en abstracto sino que depende –en cada caso– de la situación concreta a examinar*”<sup>52</sup>

Por último, cabe aclarar que la declaración de inadmisibilidad del amparo no importa prejuzgar sobre la legitimidad de la pretensión esgrimida, ni cercena el derecho a reclamar por otras vías la defensa de los derechos que se suponen vulnerados.<sup>53</sup>

A tal fin, resulta conveniente señalar lo sostenido por distintos tribunales Federales del país puestos a resolver sobre la extrema situación económica y social generada por el denominado corralito financiero, y algunas otras consecuencias de políticas económicas reñidas con el sentir popular.<sup>54</sup>

Ejemplo de ello son el rechazo in limine de los reclamos por diferencia de pesificación con ausencia de reserva o excepciones de ley que permitan considerar viciada la voluntad al momento de adaptarla<sup>55</sup>, cuando por la complejidad de la cuestión debatida excede el marco del amparo en cuanto

<sup>51</sup> Artículo 43 del Texto Constitucional Argentino.

<sup>52</sup> CSJN, 06/06/06, “Y., G.C. c. Nuevo Hospital El Milagro y ot.”, dictamen de la Procuradora Fiscal subrogante que la Corte hace suyo.

<sup>53</sup> Ver artículo 13, ley 16.986; C.S.J.N., Fallos: 300: 1263; 323: 1825, entre otros.

<sup>54</sup> Ver entre otros, sobre corralito, Cámara Federal de Apelaciones de LaPlata in re “*Lucini, María Inés y otro c/ Bco. Pcia. de Bs.As. s/acción de amparo*”, con fecha 6/6/02 (expte. n° 2279/02 de la Sala III); “*Andrada, Aldana Silvia B. c/PEN y otros s/amparo*” con fecha 10/6/02 (expte.n° 1998/02 de la Sala II), donde se remite a las consideraciones de lo decidido por esta Sala in re “*La Pequeña Plan de Salud S.R.L. c/ Estado Nacional s/acción de amparo*” de fecha 25/11/99 (publicado en JA. 2000-IV-331, con nota de María A. Gelli), y “*Cianciosi, Juan y otro c/ P.E.N. s/ Amparo*”, con fecha 19/6/02 (expte. n° 2741/02 de la Sala I).

<sup>55</sup> En tal sentido ha sostenido recientemente el Máximo Tribunal que: “los planteos formulados en el escrito de demanda no pueden ser resueltos a través de la vía intentada, en tanto este examen de viabilidad...requiere que la presunta violación a los derechos constitucionales aparezca con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta que en el sub-lite no surgen con nitidez, resultando ajenos a esta vía cuestiones que sean opinables o bien que en virtud de la escasa amplitud de debate y prueba que el carácter sumarísimo de la acción permite, requieren de un mayor debate y aporte de elementos de juicio, excediendo por tanto las posibilidades cognitivas propias de esta acción...” “En este orden de ideas de las constancias de autos no surge que el actor haya formulado reserva alguna de sus derechos al disponer de la suma en cuestión a la paridad establecida por el art. 2° del decreto n° 214/2002, por lo que no puede sustraerse a las consecuencias de dicho acto, a lo que cabe agregar que la determinación del invocado estado de necesidad que podría haber viciado la voluntad del depositante resulta por su naturaleza

debate y prueba permitidos<sup>56</sup>; o cuando se atacan actos administrativos presuntamente válidos<sup>57</sup>.

Lo hasta aquí reseñado permite un somero acercamiento al instituto generalmente elegido para proteger el derecho a la salud objeto de este trabajo, protegido no sólo por el articulado de la constitución nacional, sino por numerosos tratados internacionales sobre derechos humanos con jerarquía constitucional, pudiendo además, aunque no parecería necesario por su amplia cobertura constitucional, incluso recurrir al derecho al desarrollo humano reconocido en el inc. 19 del art. 75 de la CN a partir de la reforma del año 1994, que la doctrina caracteriza como la nueva cláusula del progreso, en alusión a la originaria del inc. 16 del art. 67 de la constitución histórica, en virtud de las groseras violaciones constitucionales que conculcan en definitiva. Este concepto debe interpretarse a partir de las claras definiciones de Paulo VI en la Encíclica "*Populorum Progressio*" y comprende a ese desarrollo como el "nuevo nombre de la paz" que debe alcanzar a "todos los hombres y a todo el hombre".

Concluyo mencionando la vigencia de estas palabras de Joaquín V. González: "No son, como puede creerse, las declaraciones, derechos y garantías, simples formulas teóricas: cada uno de los artículos y cláusulas que las contienen poseen fuerza obligatoria para los individuos, para las autoridades y para toda la Nación. Los jueces deben aplicarla en plenitud de su sentido, sin alterar o debilitar con vagas interpretaciones o ambigüedades la expresa significación de su texto, porque son la defensa personal, el patrimonio inalterable que hace de cada hombre, ciudadano o no, un ser libre e independiente dentro de la Nación Argentina".<sup>58</sup>

---

ajena a esta vía" (C.S.J.N., C.124. XL. "*Cabrera, Jerónimo Rafael y otro c/ P.E.N. - ley 25.561 - dtos. 1570/01 y 214/02 s/ amparo sobre ley 25.561*", rta. con fecha 13 de julio de 2004, en especial Consid. 4º, 5º, 6º, 7º) y 8º) y Fallos allí citados, y "*FALCON, Elsa M. y otro c/ P.E.N. y otro s/ acción de amparo*", expte. n° 34.162, Juzgado Federal de Junín).

<sup>56</sup> En este sentido, si bien la complejidad de las cuestiones planteadas no es motivo suficiente para descartar sin más el amparo, cuando la arbitrariedad o ilegalidad aparece en forma clara y manifiesta, toda vez que se ha dicho que el hecho de que el asunto se presente como de difícil resolución para el magistrado, tampoco debe provocar como pauta general el rechazo del amparo (Sagües, Nestor P. "*Derecho Procesal Constitucional, Acción de Amparo*", p. 247/9) si los extremos apuntados surgen del discreto análisis que permite la naturaleza del mismo (cfr. in re "*Stepan, Francisco J. c/ Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*", rta. el 25/9/99, LL.1999-E-276, donde se sostuvo "que en este aspecto, la invocación de la necesidad de un marco procesal que permita mayor amplitud de debate y prueba, como fundamento para rechazar de plano el amparo constituye una afirmación meramente doctrinaria y no se concilia con la naturaleza de la pretensión del demandante ya que, en principio..., para determinar si el accionar de la demandada es manifiestamente ilegítimo o arbitrario y lesiona los principios constitucionales que se dicen conculcados, no es necesario sino el examen de una cuestión de derecho que no reviste mayor complejidad...").

<sup>57</sup> En tal sentido cabe recordar que la existencia de procedimientos aptos para la efectiva tutela del derecho que se dice vulnerado basta para el rechazo de la acción de amparo. Así se ha dispuesto que cuando la conducta de la accionante no tiene en cuenta los mecanismos recursivos establecidos en la ley 21.740 que genéricamente impugna, la invocada lesión a sus derechos no justifica la demanda de amparo en razón de que, aún en la hipótesis de tipificarse una sanción, en el ordenamiento jurídico vigente existen acciones para su debida tutela, que constituyen vía idónea para la salvaguarda del interés comprometido (C.S.J.N., Fallos: 246:380; 251:457; 269:309), a las que la actora ha recurrido conforme la denuncia de hecho nuevo que practicara, acompañando copia del recurso administrativo implementado.

<sup>58</sup> González, Joaquín V., "*Manual de la Constitución Argentina*", Ed. Estrada, Bs.As..



## **b. Competencia judicial en el proceso de amparo<sup>59</sup>:**

No voy a analizar aquí las cuestiones procesales sobre órgano judicial, función pública, jurisdicción y competencia<sup>60</sup>; ni siquiera los planteos más modernos sobre acceso a la justicia<sup>61</sup>, puesto que exceden el presente trabajo.

Sin embargo conviene recordar que la determinación de la competencia o la capacidad del juez para conocer de un determinado litigio, tiene raigambre constitucional. En efecto, es una garantía constitucional que "ningún habitante puede ser...sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa, o sea de su juez natural (art. 18 CN). La competencia del juez es un presupuesto del proceso que puede ser discutido in limine litis (art. 347 del CPCCN) y sobre el cual debe pronunciarse el juez de oficio (arts. 4 y 337 del CPCCN).<sup>62</sup>

Me circunscribiré a destacar entonces, simplemente la normativa que establece la competencia en el proceso del amparo y la referida al derecho a la salud en particular.

Así, el art. 4 de la ley 16.986 dispone que: "Será competente para conocer de la acción de amparo el juez de primera instancia con jurisdicción en el lugar en que el acto se exteriorice o tuviere o pudiere tener efecto. Se observarán, en lo pertinente, las normas sobre competencia por razón de la materia, salvo que aquellos engendraran dudas razonables al respecto, en cuyo caso el juez requerido deberá conocer de la acción..."<sup>63</sup>

En tales circunstancias, cabe otorgar prevalencia a los fines de la radicación del juicio en razón del territorio, a los efectos inmediatos dado su concreción actual, por sobre los eventuales relativos a la posibilidad de ejecución del acto atacado en otra jurisdicción, que por su propio carácter, no resulta concluyente, como es obvio, para radicar una demanda. Esta conclusión se impone ni bien se advierte que el propio texto legal respectivo, en su art. 4° considera, en primer término, para la radicación de un amparo, al lugar efectivo de la exteriorización o efectos del acto impugnado, y sólo en segundo término, aquel en que pudiera tener efectos. Estos últimos, en consecuencia, sólo resultarían operativos cuando no pudiera comprobarse el lugar de producción de los primeros.<sup>64</sup>

Desde otro punto, a los fines de la radicación del juicio en razón de la materia, resulta igualmente clara la norma al mantener las disposiciones genéricas que rigen los procesos, mas nos encontramos ante

<sup>59</sup> En la competencia universal para el proceso de amparo radica en gran medida la importancia general para toda materia de este trabajo, ya que sumado a la obligación de dictar cautelares incluso siendo incompetente por urgencia (art. 196 y cc. del CPCCN), hacen necesario conocer el tema a fondo por la inmediatez que conlleva la resolución a dictar en virtud de la importancia del derecho y de los casos extremos que suelen darse dependiendo de la decisión judicial, incluso, la vida. En este sentido, si bien el art. 4 de la ley 16.986 vino a extinguir la tesis de la competencia universal del amparo, intento al que adhirió la al afirmar como tesis general la no alteración de las reglas de la competencia para este tipo de proceso, lo cierto es que el principio de duda, el fin del instituto y la posibilidad (obligación a mi juicio conforme expongo en este capítulo) de dictar medidas cautelares tendientes a proteger el derecho en pugna, hacen -cuando menos- dudosa esta afirmación en los hechos (ver sobre el tema: "Acción de Amparo", Sagüés, Ed. Astrea, Bs. As. 1988.

<sup>60</sup> Sobre el tema ver la obra "Derecho Procesal Civil" de Lino Palacio, Ed. Abeledo Perrot o "Tratado de la competencia" de Podetti, Ed. Ediar., entre muchas otras.

<sup>61</sup> Sobre el tema ver entre otros, los recientes trabajos de Osvaldo A. Gozaini, "El neoprocesalismo", LL del 7-10-05, p.1.; Roberto O. Berizonce, "El proceso civil modelo teórico y realidad", LL del 13-12-05.

<sup>62</sup> Podetti, J. Ramiro, "Tratado de la competencia", t. I, p. 363 y ss. .

<sup>63</sup> CSJN, in re: "Alonso, Fabio Adalberto c. Estado Nacional s. Acción de Amparo", del 11 de junio de 1987.

<sup>64</sup> CFALP, sala II in re "LAVAGNA, Américo Félix y otro c/ PEN- BCRA- Bco. NACION ARG: s/ amparo" resuelto el 23/09/03 y "GUARNERA, Humberto Natalio José c/ Est. Nac. Y otros s/ Amparo" resuelto el 2/10/03, entre otros.

un conflicto fáctico cuando planteado el caso ante un juez claramente incompetente en razón de ella, se plantea un caso de urgencia o peligro en la demora tal que amerita su intervención aunque más no sea a los fines cautelares para luego declarar su incompetencia<sup>65</sup>. Esto es lo que suele ocurrir en casos en los que el derecho cuya amparo se pretende resulta ser la salud, por las características propias de su condición.<sup>66</sup> Pareciera entonces que por imperio de la excepción, cualquier órgano judicial resulta competente a los fines de acciones de amparo fundadas en el derecho objeto de este trabajo.<sup>67</sup>

Por su parte, las leyes referidas a los agentes del seguro de salud, parecen afirmar la competencia federal para las cuestiones a ellas referidas, no sólo en lo que hace al cobro de aportes<sup>68</sup>, sino también para las restantes cuestiones con la única salvedad de su opción voluntaria por la justicia ordinaria o su actuación como sujeto de derecho en los términos de la misma ley.<sup>69</sup>

En este sentido, cabe destacar que la doctrina ha afirmado que la competencia federal, al encontrar fundamento constitucional en la delegación que en favor de la Nación han hecho las provincias, implica un área restringida a su exclusivo control, resultando compatible con la característica principal de la competencia federal de "excepción", en el sentido de que "siendo el federalismo argentino de poderes conservados y reservados por las provincias, indefinidos y residuales, lo común, ...es que la justicia provincial absorba la generalidad de los pleitos y actividad jurisdiccional. Al ser la competencia federal limitada y de excepción, es obvio que su interpretación y aplicación será siempre de carácter restrictivo, por lo que, en caso de duda, deberá estarse, por principio, a favor de la justicia provincial".<sup>70</sup> Así, la CN instituyó un doble orden judicial; el nacional, cuando se trata del conocimiento de los asuntos enumerados en el art. 116 (competencia federal), y el provincial, cuando se conoce sobre los asuntos regidos por el derecho común local (art. 5, 121, 122, 123 y 126 CN). Conforme a ello, la regla es la competencia excluyente del Estado Provincial, mientras que la competencia del Estado Federal es la excepción a dicha regla.

Así lo ha sostenido el más Alto Tribunal al recordar que "la materia y las personas constituyen dos categorías distintas de casos cuyo conocimiento atribuye la Constitución nacional a la justicia federal. En uno u otro supuesto dicha jurisdicción no responde a un mismo concepto o fundamento. En el primero lleva el propósito de afirmar atribuciones del gobierno federal en las causas relacionadas con la Constitución, tratados y leyes nacionales, así como las concernientes a almirantazgo y jurisdicción

<sup>65</sup> Afirma Sagués en su obra "Acción de Amparo", Ed. Astrea, Bs.As., 1988, p.320, que: "una sugestiva directriz jurisprudencial de la CSJN indica que en el amparo, y sin perjuicio de que se declare incompetente, el juez requerido debe adoptar las medidas urgentes que la naturaleza y particularidades de la acción instaurada podía requerir, en función de la tutela del derecho que se dice violado. Tal regla...tiene por objeto evitar que so pretexto de cuestiones de competencia, quede lesionado algún derecho constitucional".

<sup>66</sup> Ver sobre este tema, este trabajo en el punto respectivo.

<sup>67</sup> A mi juicio, ello no implica desconocer lo sostenido por la como regla genérica en cuanto "el amparo no altera el orden legal de las competencias...", Fallos 311:1357.

<sup>68</sup> Ley 23.660, art. 24; en contrario hay quienes postulan que lo expresado por el art. 38 de la ley 23.661 queda circunscripto a los problemas atinentes a su conducción y administración, fundándose en fallos de "T, T comp. XXXVI, del 13/3/01 "Toledo..."; Comp. N°139 XL, del 21/9/04 "Alba...".

<sup>69</sup> Ley 23661, art. 38. "Corresponde intervenir a la Justicia Federal en la acción dirigida contra el Instituto de Servicios Sociales Bancarios, por los daños y perjuicios ocasionados como consecuencia de la presunta mala atención médica recibida, de acuerdo a la normativa vigente en materia de obras sociales, a fin de determinar la jurisdicción (arts. 24 y 29 de la ley 23660 y, 38 ley 23661)."; CNCiv., Trib.de Superintendencia, 25/02/99 "Atterio, Héctor c. Vargas, María", Rev. J.A. del 21 de junio de 2000.

<sup>70</sup> Ricardo Haro, "La competencia Federal", De. Depalma, p. 88.

marítima. En el segundo procura asegurar, esencialmente, la imparcialidad de la decisión, la armonía nacional y las buenas relaciones con los países extranjeros (arts. 116, 117, 127 de la CN; Fallos 311:489)”<sup>71</sup>.

En base a todo ello, resulta conducente sostener que prima facie la competencia para resolver los procesos de amparo fundados en cuestiones referentes al derecho a la salud y cuya persona demandada resulte ser un prestador del sistema de salud, incluso el Estado Nacional, resulta ser la justicia federal<sup>72</sup>. La única excepción claramente visible estaría dada por la competencia originaria de la CSJN cuando resulte demandada una provincia como prestadora de salud, y se pruebe haber intentado su resguardo, en cuyo caso cobra virtualidad lo dispuesto por los arts. 116 y 117 de la Constitución nacional.<sup>73</sup>

---

<sup>71</sup> Fallos 318:2462.

<sup>72</sup> CSJN, “Kogan, Jonathan c. Swiss Medical”, del 25-11-05. Allí se afirmó que resulta competente la justicia federal respecto del estudio de preceptos con influencia decisiva respecto a cuestiones concernientes a la estructura del sistema de salud implementado por el Estado Nacional, que involucra a las obras sociales a los prestadores privados (ley 16.986, 23.660, 23.661, 24.455, 24.901 y 24.240; dto. 492/95 y Res. 909/00).

<sup>73</sup> CSJN, “Dieguez”, Fallos 325:3542, entre otros; en particular sobre el concepto de “causa civil”, ver Silvia B. Palacio de Caeiro, “Actualidad en la jurisprudencia de la en materia de competencia originaria”, LL, suplemento de Dcho. Constitucional.

### **c. Juez incompetente. Medidas cautelares:**

Más allá de lo dispuesto por el art. 4 de la ley nacional de amparo en cuanto a la competencia para radicar el proceso ante una determinada sede jurisdiccional, resulta adecuado señalar que con el reenvío dispuesto por el art. 17 de la citada norma, ante el pedido de medidas cautelares en el marco de uno de estos procesos, cuyas características ya se analizaran anteriormente en este trabajo, existe consenso en sostener que resultan de aplicación las disposiciones del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. En dicha norma, el artículo 196 resulta rector en cuanto al deber de abstención de decretar medidas cautelares por jueces incompetentes, mas resulta igualmente imperativo al ordenar la validez de las dictadas en tales casos cuando haya sido dispuesta de conformidad con las prescripciones del Código, sin prorrogar su competencia. Veamos pues que, a pesar de que el juez competente para dictar las medidas cautelares será aquél competente en el proceso principal (art. 6 inc. 4 del CPCCN), la doctrina ha sostenido que cuando medien razones de urgencia, esta regla puede ceder, y las medidas que se dicten serán válidas tal como dispone el propio código.<sup>74</sup>

También se ha sostenido su validez ante supuestos excepcionales para resguardar el derecho reclamado.<sup>75</sup> Igualmente, se ha entendido, para casos en que la adopción de la medida no admite la más mínima demora, requiriendo una resolución rápida y expeditiva que no puede ser demorada por cuestiones de competencia que podrían frustrar su efectividad.<sup>76</sup>

La jurisprudencia igualmente ha sostenido la obligatoriedad de su dictado en tales circunstancias extremas de urgencia y peligro en la demora sin la pérdida de la competencia<sup>77</sup>. El Máximo tribunal se ha expedido en este sentido, por lo menos en casos donde el derecho cuya protección se pretendía era la salud, al afirmar que a pesar de su incompetencia, correspondía el dictado de la medida cautelar solicitada atento a que "...como resulta de la naturaleza de las medidas cautelares, ellas no exigen el examen de la certeza sobre la existencia del derecho pretendido, sino sólo de su verosimilitud. Es más el juicio de verdad en esta materia se encuentra en oposición a su finalidad"<sup>78</sup>, lo que sumado al "peligro en la demora" en casos concretos hacen que "la medida cautelar deberá ser cumplida (art. 196 del citado Código procesal)".<sup>79</sup>

Tal postura ha sido mantenida recientemente, si bien siempre en casos relacionados con el derecho a la salud, para resolver situaciones en los que se pretendía actuara por competencia originaria ya sea a pedido de parte<sup>80</sup> o por declaración de incompetencia de juzgados de primera instancia<sup>81</sup>.

<sup>74</sup> Código Procesal...-comentado-, Carlos J. Colombo y Claudio M. Kiper, Ed. La Ley, Bs. As., 2006, T. II, p.490 y ss..

<sup>75</sup> Código procesal...-comentado-, Santiago C. Fassi y César. D. Yáñez, Ed. Astrea, Bs.As., 1989,T.2, p.48 yss..

<sup>76</sup> Código Procesal...-comentado-, Serantes Peña- Palma, Ed. Depalma, bs. As. 1983, T. I,p.484 y ss..

<sup>77</sup> CNCiv. Y Com. Fed., Sala I DJ, 2003-1109, entre otros.

<sup>78</sup> Fallos 315:2956; 316:2855; entre muchos otros.

<sup>79</sup> CSJN, "Dieguez", Fallos 325:3542.

<sup>80</sup> CSJN, "A., E. E.", del 14-12-04.

<sup>81</sup> CSJN, "López, Miguel", del 15-3-05.

#### d. Medidas cautelares en el proceso de amparo. Particularidades.

##### 1. Principios generales de las medidas cautelares:

Conviene previamente remarcar que la temática que nos ocupa se halla íntimamente vinculada con la teoría del acceso a la justicia y la necesidad imperiosa de arbitrar los medios para aplicar las disposiciones constitucionales sobre debido proceso y duración del plazo razonable. En este sentido, recientemente se ha desarrollado la denominada "tutela anticipada"<sup>82</sup>, pudiendo encuadrarse igualmente dentro de ella las clásicas medidas cautelares que buscan asegurar el cumplimiento de la sentencia que en definitiva recaiga en el proceso, resultando sus "servidoras"<sup>83</sup>.

Veamos la actualidad de los principios a la luz de la jurisprudencia.

Resulta alentadora como base principal la jurisprudencia de la CSJN en cuanto a que "El estado procesal de la causa no requiere una apreciación definitiva del asunto. Es que como resulta de la naturaleza de las medidas cautelares ellas no exigen el examen de certeza sobre la existencia del derecho pretendido, sino sólo de su verosimilitud. Es más el juicio de verdad en esta materia se encuentra en oposición a la finalidad del instituto cautelar que no es otra que atender a aquello que no excede el marco de lo hipotético, dentro del cual, asimismo, agota su virtualidad."<sup>84</sup>

El dictado de medidas precautorias no exige un examen de certeza sobre la existencia del derecho pretendido, sino sólo de su verosimilitud, además el juicio de verdad en esta materia se encuentra en oposición a la finalidad del instituto cautelar, que no es otra cosa que atender a aquello que no excede del marco de lo hipotético, dentro del cual agota su virtualidad<sup>85</sup>. En tal sentido, ha sido jurisprudencia reiterada que la procedencia de las medidas cautelares, justificadas, en principio, en la necesidad de mantener la igualdad de las partes y evitar que se convierta en ilusoria la sentencia que ponga fin al pleito, queda subordinada a la verificación de los siguientes extremos insoslayables: la verosimilitud del derecho invocado y el peligro irreparable en la demora, recaudos que aparecen exigidos por el artículo 230 del Código Procesal, a los que se une un tercero, establecido de modo genérico para toda clase de medidas cautelares, cual es la contracautela, contemplada en el artículo 199 de la ley ritual. Dichos recaudos aparecen de tal modo entrelazados que a mayor verosimilitud del derecho cabe no ser tan exigente en la apreciación del peligro del daño y viceversa<sup>86</sup> cuando existe el rigor de un daño extremo o irreparable, el riesgo del *fumus* puede atemperarse.<sup>87</sup>

En este sentido, la postura clásica del Máximo Tribunal ha sido, luego de destacar la necesidad de los requisitos antes señalados, ha sido dictada estableciendo las reglas de importancia para la concesión de medidas cautelares innovativas, puesto que en una decisión excepcional porque altera el estado de

<sup>82</sup> Tomado el concepto de "tutela anticipada" en sentido amplio, puede obtenerse en forma provisoria (cautelar) o definitiva (procesos urgentes), la que a su vez puede ser una resolución con bilateralidad previa (conocimiento abreviado: sumarísimos, o especiales: amparo, interdictos), sin ella (monitorio). Ver sobre el tema "La medida cautelar innovativa en la jurisprudencia de la", Carlos E. Camps, JA-2005, del 28-12-05.

<sup>83</sup> Vallefín, Carlos "La protección cautelar contra el Estado", Ed. Lexis-Nexis-Abeledo Perrot, BS. As., 2002, p. 54 y ss, citando a Calamandrei Piero.

<sup>84</sup> Fallos: 315:2956; 316:2855 y 2860; 317:243 y 581; 318:30, 532; 323:1877 y 324:2042.

<sup>85</sup> LL 1996-C-434.

<sup>86</sup> LL 1996-B-732.

<sup>87</sup> LL 1999-A-142.

hecho o de derecho existente al tiempo de su dictado, habida cuenta que configura un anticipo de jurisdicción favorable respecto del fallo final de la causa, lo que justifica una mayor prudencia en la apreciación de los recaudos que hacen a su admisión”.<sup>88</sup>

Si bien resulta indudable que la medida innovativa “... constituye un anticipo de jurisdicción e implica, por tanto, el juzgamiento del fondo del asunto (Fallos, 316:1833; 320:1633, entre muchos otros)”<sup>89</sup>, participando de las características de las medidas cautelares, estas pretensiones “... no exigen el examen de la certeza sobre la existencia del derecho pretendido sino sólo de su verosimilitud. Es más, el juicio de verdad en esta materia se encuentra en oposición a la finalidad del instituto cautelar, que no es otra cosa que atender a aquello que no excede el marco de lo hipotético, dentro del cual, asimismo, agota su virtualidad”<sup>90</sup>. Por otro lado, los requisitos de procedencia<sup>91</sup> se hallan de tal modo relacionados que a mayor verosimilitud del derecho cabe no ser tan exigentes en la gravedad e inminencia del daño, y viceversa, cuando existe el riesgo de un daño de extrema gravedad e irreparable, el rigor acerca del “fumus” se puede atenuar.

Corresponde por tanto, para efectuar una mejor selección de la solución que cabe otorgar al pedido de anticipo jurisdiccional, ponderar tanto la situación de la peticionante como la posición asumida por la demandada. Suponiendo que nos encontremos ante un conflicto de derechos de similar jerarquía, deberíamos buscar no “excluir” sino “ponderar” los valores, principios o derechos en colisión, bajo la pauta de que “cuanto mayor es el grado de insatisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro”. Y si la “ponderación” no brindara una solución – aún poco satisfactoria-, hacer actuar al principio de proporcionalidad, según el cual debe priorizarse el derecho que implique un sacrificio menor del preterido.<sup>92</sup>

Ahora bien, tales premisas parecen endurecerse cuando apuntan contra actos administrativos cuya legalidad se presume por ley<sup>93</sup>. Veamos algunas referencias: “El reconocimiento por parte del agraviado de los principios doctrinarios y jurisprudenciales que enmarcan el estrecho margen de admisibilidad de remedios cautelares contra actos de la Administración Pública en los que pueda resultar comprometido el interés general --tal como es el caso de autos-- releva de mayores disquisiciones y de reiterar los principios que este Tribunal ha aplicado en numerosos casos.”...” En tal sentido, conviene recordar que “(...) en el conflicto entre dos presunciones: la legitimidad del acto administrativo y el “*fumus bonis iuris*” que puede alegar quien invoca la protección jurisdiccional a los efectos de que no se innove, el Poder Judicial ha de inclinarse ante el interés público que alega la administración y el carácter de ejecutoriedad del acto administrativo” (vide: Rev. L.L. 114-477).<sup>94</sup> Por eso, si bien por vía de principio las medidas cautelares no proceden respecto de actos administrativos o legislativos, habida cuenta de la presunción de validez que ostentan, tal doctrina debe ceder cuando se los impugna sobre bases *prima facie* verosímiles.<sup>95</sup>

<sup>88</sup> Caso “Bulacio Malmierca”, Fallos 316:1833. El BNA llegó a la Corte atacando la cautelar concedida por los tribunales inferiores en un caso en que un grupo de jubilados había logrado frenar una decisión del banco de reducir el monto de contribución al régimen complementario de jubilaciones

<sup>89</sup> CSJN, “Smith”, Fallos, 325:28.

<sup>90</sup> Fallos, 315:2956, 316:2855 y 2860, 317:243 y 581.

<sup>91</sup> Art. 230 y cc del CPCCN.

<sup>92</sup> CFALP, Sala I, “Villalba, Miguel A. y ot. c/Est. Nac. Y IOMA s/amparo”, del 12-9-06.

<sup>93</sup> Ley 19.549, art. 12 y cc.

<sup>94</sup> CFALP, Sala III, “EL Alamo S.C.A. c/ Dirección Nacional de Vialidad s/acción de amparo”, 18-05-2006

<sup>95</sup> CFALP, Sala I, “Plaquimet SA c/ AFIP -DGI s/ amparo”, del 24 de octubre de 2006.

Por último, caber recordar la premisa genérica para el dictado de toda medida cautelar por la cual, cuando la viabilidad de la pretensión que se examina se confunde con el propio objeto de la acción, su interpretación debe serlo con carácter restrictivo.<sup>96</sup>

## 2. Las medidas cautelares en la ley 16.986 y el art. 43 de la C.N.

El art. 15 de la ley 16986 establece que: "Solo serán apelables la sentencia definitiva, las resoluciones previstas en el art. 3 y las que dispongan medidas de no innovar o la suspensión de los efectos del acto impugnado"<sup>97</sup>. El recurso deberá interponerse dentro de las 48 horas de notificada la resolución impugnada y será fundado, debiendo denegarse o concederse en ambos efectos...".

La interpretación más amplia de esta norma en pos del derecho de defensa permite concluir que no son sólo las medidas de no innovar las habilitadas, sino que resulta posible dictar cualquiera de las medidas cautelares en general que están previstas en la legislación supletoria aplicable, incluso la denominada medida cautelar innovativa, aunque con el endurecimiento en el cumplimiento de los requisitos sostenido por la jurisprudencia que más arriba detallo.

Sólo cabe destacar la diferencia existente entre estas medidas dictadas en el marco de un proceso cierto, y las pretendidas con carácter autónomo, pues el amparo no se agota con la traba de una medida precautoria.

He de señalar por último, que en materia de apelación de medidas cautelares en este tipo de proceso, se encuentra una gran contrariedad a la defensa constitucional de los derechos y garantías, ya que cuando se hace referencia a que el recurso se concede en ambos efectos, alude al llamado efecto suspensivo, es decir, que la medida cautelar no puede ser ejecutada si es recurrida<sup>98</sup>.

Más aún, la regla contraviene el principio general de la materia, ya que el art. 198 del C.P.C.C.N. hace referencia al recurso de apelación contra la medida cautelar concedido con efecto devolutivo, con la finalidad de no causar gravamen irreparable<sup>99</sup>.

En el mismo sentido, afirma Sagüés que: "Tal como se otorga el recurso, "implica que la medida de no innovar no pueda hacerse efectiva hasta que el expediente vuelva del tribunal superior"<sup>100</sup>.

En concordancia, sostiene Carrio que todos los recursos de apelación que se interponen contra un pronunciamiento judicial que haya ordenado cualquier medida cautelar dirigida a proteger intereses patrimoniales deben concederse siempre al solo efecto devolutivo (art. 198, in fine, CPCCN), ejecutándose de inmediato, aunque sujeta, claro está, a ser revocada por el superior si el recurso de apelación prospera. Sin embargo, mientras el patrimonio halla tutela inmediata, ello no ocurre con los restantes derechos y libertades constitucionales (ley 16.986), comprendidos en la órbita del amparo. Y concluye: "La consecuencia de todo ello es que la tutela eficaz de un derecho o libertad constitucional ha quedado supeditada al agotamiento de las dos instancias ordinarias y al de la extraordinaria. En la práctica, ello equivale a agotar un trámite que puede llevar dos años de duración. Esto constituye la negación lisa y llana de una protección sumaria para esos derechos. La ley nacional de amparo, so capa de

<sup>96</sup> CSJN 28/12/91, in re: "Banco de la Ciudad de Buenos Aires...".

<sup>97</sup> Si bien la ley no hace alusión a las medidas de innovar, su inclusión en la apelabilidad se deduce claramente del supuesto de suspensión del acto, que implicaría la orden a hacer algo distinto a lo que pretende la demandada (ver "Acción de amparo", Sagüés, Ed. Astrea, Bs.As., Ed. 1988, p.462 y ss..

<sup>98</sup> Andrés Gil Domínguez, op. cit.

<sup>99</sup> "El amparo. Régimen procesal", Augusto Morello y Carlos Vallefin, Ed. Platense Argentina, 1998.

<sup>100</sup> "Ley de amparo, Comentada, anotada y concordada con las normas provinciales", pag. 384.

regular esta acción, vino a hacerla irremediablemente ineficaz. No es de extrañar, por lo tanto, que las víctimas de actos lesivos a sus derechos constitucionales prefieran optar por otras vías de protección de ellos en vez de intentar una acción que se había tornado incurablemente lenta y, por ende, inepta”<sup>101</sup>.

Dejemos para el final las conclusiones y propuestas a este respecto.

### 3. De lo genérico a lo particular. Medidas cautelares y procesos de amparo de protección del derecho a la salud:

Si bien resulta de aplicación lo reseñado ut supra, conviene destacar que en el caso del derecho a la salud, las medidas precautorias conservatorias generalmente resultan inútiles, casi inexistentes diría, resultando necesarias medidas más ágiles que protejan válidamente el proceso no fungible perseguido por el accionante. Estas resultan ser las denominadas cautelares materiales pues logran provisoriamente la finalidad de gozar del hecho-objeto mediato buscado en el proceso, debiendo ser la vía idónea que genere el menor perjuicio a quien deba soportarla.<sup>102</sup>

Cabe precisar que las obras sociales dentro del régimen de la ley 22.269, da la posibilidad a los afiliados de elegir médicos o clínicas dentro de una lista cerrada, vedando la posibilidad de acordar la opción al beneficiario fuera de aquella, que debe sujetarse a los acordados en la “cartilla” de cada obra social.

Ello se complementa con los objetivos fundamentales que tiene el seguro, en cuanto prevé el otorgamiento de prestaciones de salud igualitarias, integrales y humanizadas, tendiente a la promoción, protección, recuperación y rehabilitación de la salud, que respondan al mejor nivel de calidad disponible y garanticen a los beneficiarios la obtención del mismo tipo y nivel de prestaciones (art. 2 ley 23.661). En efecto, como bien se ha expresado, en la actividad de las obras sociales ha de verse una “proyección de los principios de la seguridad social, a la que el art. 14 nuevo de la Constitución Nacional confiere carácter integral”, lo cual obliga a apreciar los conflictos originados por su funcionamiento con un criterio que no desatienda sus fines propios, enderezados a la prestación médica integral y óptima.<sup>103</sup>

En éste sentido no cabe proyectar mecánicamente los principios genéricos de las medidas cautelares en los proceso de amparo directamente al ámbito específico del derecho a la salud, puesto que éste reconoce como premisa una prestación con medios propios o de terceros contratados por el ente asistencial, que supone un acuerdo de voluntades previo que rige una contraprestación bilateral.

Por ello, creo conveniente reseñar aunque más no sea mínimamente algunas precisiones sobre este punto en uno de los capítulos que sigue.

A pesar de ello, no puedo dejar de adelantar mi visión negativa sobre la utilización de tales situaciones en desmedro del derecho constitucional a la salud. Habrá que buscar, en todo caso, una responsabilidad solidaria de la autoridad gubernamental que corresponda para afrontar hechos como los descriptos.

<sup>101</sup> Confr. “Recurso de amparo y técnica judicial”, citado por Morello - Vallefín, en la obra op.cit.

<sup>102</sup> Esta categoría encuentra similitud con las injuncions del derecho norteamericano, como orden personal dirigida al demandado para que actúe o deje de actuar de determinada manera. Sobre el tema ver: Vallefín, Carlos, “Protección cautelar contra el Estado”, Ed. LexisNexis-Abeledo perrot, Bs. As. 2005, p. 38 y ss.

<sup>103</sup> Fallos: 308-344; 320:84.



### e. La cuestión de la emergencia económica y salubre, y su incidencia en la vía del amparo.

La Corte Suprema ha reiterado recientemente el criterio para describir y reconocer una situación de emergencia económica que permita la reglamentación de los derechos aún más que lo que habitualmente se admitiría.

Cabe señalar a modo de ejemplo que esta lejos de toda duda la situación de colapso económico-financiera que afectó recientemente a la República, y que las medidas dictadas por el Estado deben ser adoptadas dentro de los cánones que aseguren su juridicidad e inspirarse en la prudencia política para no afectar el orden social que se pretende resguardar; a la vez que derecho y economía no constituyen dos esferas separadas e independientes entre sí.<sup>104</sup>

En este sentido es dable recordar las palabras de Rudolf Stammler, para quien los hechos económicos no pueden concebirse desprendidos de su armazón jurídica, derecho y economía no se enfrentan como dos objetos independientes, como dos fenómenos en el espacio, sino que son dos elementos necesariamente vinculados a un único e idéntico objeto.<sup>105</sup>

Es este tipo de emergencia económica la que de alguna manera ha inducido en el dictado de la emergencia sanitaria<sup>106</sup>. Es decir, la legitimidad de las medidas económicas no deriva de una supuesta eficacia estimada únicamente considerando la órbita de la regulación financiera, sino de su conformidad con los principios jurídicos vigentes en la sociedad y dentro de las cuales se encausa la vida de ésta en su totalidad, incluyendo los comportamientos económicos.

Sabido es que la oportunidad de las medidas tomadas por el gobernante es algo que escapa a la esfera propia del contralor de constitucionalidad ejercido por los jueces; pero dicho control se torna ineludible cuando nos encontramos frente a disposiciones de carácter legislativo o actos de gobierno que lesionan los principios y garantías establecidos en la Constitución Nacional.<sup>107</sup>

Así ha dicho la CSJN que es evidente que el prolongado mantenimiento de una artificial equivalencia de valor entre el peso argentino y el dólar estadounidense, condujo a un proceso de deterioro del aparato productivo nacional, a una amenaza de "corrida bancaria" que se intentó paliar, y cuya iniciación fueron las causas determinantes de las medidas adoptadas por el Poder Ejecutivo y el Congreso con la finalidad de impedir la falencia generalizada del sistema bancario y la consiguiente ruina del conjunto de depositantes.

La situación expuesta constituyó indudablemente una emergencia cuya declaración por la ley 25.561 encuentra amparo constitucional en los poderes de los departamentos políticos del Gobierno Federal destinados a hacerle frente. En ese aspecto, se ha dicho en el voto del juez Belluscio en la causa "*Videla Cuello*", de Fallos: 313:1638<sup>108</sup>.

<sup>104</sup> Juzg. Fed. de Junín, "ROZZI, Pablo E. c/ P.E.N. s/ acción de amparo", expte. n° 25.394.

<sup>105</sup> Laclau, Martín "*Economía y derecho en la filosofía de Rudolf Stammler*", Anuario de Filosofía Jurídica y Social, Bs.As., 7, 1997, p. 9/26.

<sup>106</sup> Ver leyes de emergencia sanitaria: 25.561 y modificatorias; y dtos sobre PMO: 482/02 y modif. etc.; sobre el tema ver en este trabajo el capítulo respectivo.

<sup>107</sup> Ver específicamente en este trabajo el punto sobre Control constitucional...

<sup>108</sup> Fallos: 313:1638 : Consid. 8°) "Que...en situaciones de emergencia como las que ha dado sustento a la medida cuestionada, la imperiosa necesidad de afrontar sus consecuencias justifica una interpretación más amplia de las facultades atribuidas constitucionalmente al legislador. En tales condiciones, medios o procedimientos que en circunstancias normales podrían parecer inválidos, suelen resistir el cotejo con la Ley Suprema. Ello es así pues si bien, en rigor, la emergencia no crea poderes

Resulta indiscutible —en el somero examen que puede realizarse en un proceso sin pruebas— que la devaluación de la moneda nacional era una medida ineludible frente a la grave emergencia resultante del desfase de valor con el dólar estadounidense y el comienzo de una importante "corrida bancaria".<sup>109</sup>

La CSJN ha hecho suyas palabras de la CUSA al afirmar que: "...en ocasiones similares, se han enumerado ciertos requisitos —siguiendo especialmente a lo expresado por la Suprema Corte norteamericana en la causa *Home Building & Loan Association v. Blaisell*, 290 U.S. 398, 440/48 [1934], referente, sin embargo, a un supuesto de moratoria hipotecaria— que deben necesariamente ser cumplidos por las normas de emergencia para resistir el control de constitucionalidad. Ellos son: 1º) Que se presente una situación de emergencia —declarada por el Congreso y con debido sustento en la realidad— que obligue a poner en ejercicio aquellos poderes reservados para proteger los intereses vitales de la comunidad; 2º) Que la ley persiga la satisfacción del interés público: ello es, que no haya sido dictada en beneficio de intereses particulares sino para la protección de los intereses básicos de la sociedad; 3º) Que los remedios justificados en la emergencia sean de aquellos propios de ellas y utilizados razonablemente; 4º) Que la ley sancionada se encuentre limitada en el tiempo y que el término fijado tenga relación directa con la exigencia en razón de la cual ella fue sancionada".-

Dentro del amplio concepto del estado de necesidad ubicamos el derecho de emergencia, siendo presupuesto para su habilitación: 1. que medie un auténtico estado de necesidad, una realidad fáctica excepcional que imponga al Estado el deber de amparar los intereses vitales de la comunidad (CSJN, Fallos: "*Ghiraldo*", 202:456); 2. la transitoriedad de las normas de emergencia, duración temporal y limitada al plazo indispensable para que desaparezcan las causas que lo hicieron necesario (CSJN, Fallos: "*Ercolano*", 136:171 ; "*Martiniá*", 200:450 donde se dijera que el derecho de emergencia puede instrumentar poderes en forma más enérgica que lo que admiten períodos de sosiego y normalidad pero no poderes inconstitucionales; y "*Peralta*", 313:1513); 3. legitimidad intrínseca de la medida legal de emergencia, o sea propósito de bien común, razonable y justa (CSJN, Fallos: 136:171; 200:450; 202:456); y 4. que medie respeto a la Constitución, puesto que la Corte indica que durante la emergencia los derechos constitucionales pueden suspenderse pero no frustrarse (CSJN, Fallos: 243:467; 209:405).

Se ha sostenido en resumidas cuentas que estos requisitos determinan la existencia del Estado de necesidad que habilita la "emergencia" que requiere para operar genuinamente la concurrencia de dos requisitos: una situación de necesidad, es decir un estado de cosas donde entre en efectivo peligro la supervivencia del sistema político o se produzca el caos social; y la inevitable adopción de una medida apta para enfrentar tal situación.

Conviene recordar sin embargo, y a modo de límite, que esta doctrina es en si peligrosa, dados sus tremendos efectos potenciales y de difícil regulación constitucional y legal, aunque en parte puede ser captada por el derecho positivo. Se presta a manipulaciones, perversiones y desbordes ilegítimos, como puede ser una alegación falsa de la inevitabilidad de la decisión de necesidad, o cuando se invoca como indispensable y apremiante una medida que no tiene tal carácter. La ética de la necesidad justifica, cuando concurren esos factores, la operatividad del derecho de necesidad en vista del derecho natural de autoconservación de la sociedad y del Estado, siempre que se lo ejercite cautelosamente, con respecto a

---

inexistentes, ni disminuye las restricciones impuestas a los atribuidos anteriormente, permite encontrar una razón para ejercer aquellos existentes (*Home Building & Loan Association v. Blaisell*, 290 U.S. 398, 440/48 [1934]), de modo tal que, ante acontecimientos extraordinarios, el ejercicio del poder de policía atribuido constitucionalmente al Congreso permita satisfacer las necesidades de una comunidad hondamente perturbada y que, en caso de no ser atendidas, comprometerían la paz social y el interés general cuya custodia constituye uno de los fines esenciales del Estado Moderno.

<sup>109</sup> CSJN, in re: "Bustos", op. cit.

los derechos básicos e inherentes a toda persona y cuando de otro modo no pueda conseguirse la salvación de esa sociedad y de ese sistema político.

Repasando, llegamos a la conclusión de que partiendo del principio según el cual nuestra Carta Magna no consagra derechos absolutos, sino que éstos se ejercen conforme a las leyes que los reglamenten<sup>110</sup>, se ha sostenido la justificación de la restricción de los derechos y garantías constitucionales en ejercicio del poder de policía, en miras a la protección del interés general. Sobre esta base, la Corte Suprema ha reconocido en ciertas circunstancias de gravedad extrema, el ejercicio de aquella prerrogativa, a través de numerosos precedentes que han marcado una línea interpretativa constante en la materia.<sup>111</sup>

Conforme esta interpretación, la CSJN señaló que las normas para afrontar una emergencia deben ser en principio entendidas por los jueces como conformes a la Constitución, salvo que fueren notoriamente contradictorias con ella, ya que ni la imprevisión ni la inconsecuencia deben presumirse en el legislador, y toca a él el resguardo del interés público comprometido en la instrumentación de las medidas destinadas a afrontar tal emergencia.<sup>112</sup> De modo que la necesidad y emergencia no nacen fuera de la Constitución sino dentro de ella.<sup>113</sup>

Siguiendo tales lineamientos, la CSJN ha reconocido la constitucionalidad de las leyes que suspenden temporaria y razonablemente los efectos de los contratos como los de las sentencias firmes, siempre que no se altere la sustancia de unos y otras,<sup>114</sup> a fin de proteger el interés público en presencia de desastres o graves perturbaciones de carácter físico, económico o de otra índole.<sup>115</sup> Esa limitación debe ser razonable, limitada en el tiempo, un remedio y no una mutación en la sustancia o esencia del derecho adquirido por sentencia o contrato, y está sometida al control jurisdiccional de constitucionalidad, toda vez que la emergencia, a diferencia del estado de sitio, no suspende las garantías constitucionales.<sup>116</sup>

De esta forma, recientemente se han dado supuestos en los que se ha reconocido la viabilidad del amparo a pesar de situaciones de emergencia, principalmente derivados de la denominada pesificación obligatoria (Corralito), como así también por las normas de emergencia que dispusieran la reducción salarial de los empleados del Estado Nacional<sup>117</sup>, que resultan ilustrativos a la luz del mantenimiento de

<sup>110</sup> Aplicación de la máxima de razonabilidad o proporcionalidad como técnica idónea para garantizar el respeto integral de los derechos fundamentales. Sobre el particular, entre muchos otros remanidos ver: Dianciardo Juan, "máxima de razonabilidad y respeto de los derechos fundamentales", LL Sup. Dcho. const. del 5 de mayo de 2000, p.48.

<sup>111</sup> Lazzarini, José L. "La emergencia en la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación", La Ley, 1991.E-1467.

<sup>112</sup> CSJN, in re "Cocchia", LL.1994-B-633.

<sup>113</sup> CSJN, Fallos: "Videla Cuello", 313:1638.

<sup>114</sup> CSJN, Fallos: 243:467; "Peralta", 313:1513; 317:1462; 323:1566.

<sup>115</sup> CSJN, Fallos: 238:76.

<sup>116</sup> CSJN, Fallos: 131:1513; 317:1462; 243:467; 323:1566; y más recientemente in re "Smith".

<sup>117</sup> Para la solución del caso se señaló que la Corte Suprema de Justicia de la Nación con fecha 22 de agosto de 2002 en la causa "Tobar, Leonidas c. P.E.N. Mº Defensa -Contaduría General del Ejército- ley 25.453 s/amparo ley 16.986" se pronunció en relación con la materia sub examine y confirmó la sentencia emanada de la Cámara Nacional en lo Federal Contencioso Administrativo que había declarado la inconstitucionalidad de los arts. 1º del decreto 896/01 y 10 de la ley 24.453. El mas Alto Tribunal recordó que si bien se había pronunciado por la constitucionalidad del decreto 290/95 en los autos "Guida",<sup>117</sup> donde también se había dispuesto reducciones remuneratorias temporáneas del sector público, expresó que las razones y circunstancias allí tenidas en cuenta no se configuran respecto del plexo normativo puesto ahora en tela de juicio, agregando que han variado dramáticamente ante la devaluación operada, el acelerado envilecimiento de los sueldos, jubilaciones y pensiones, lo que explica y justifica el apartamiento de la doctrina consagrada in re "Guida"<sup>117</sup>; resultando innecesario y reiterativo entonces transcribir este pronunciamiento en su totalidad, al que cabe remitirse, en especial a sus

la doctrina de emergencia económica aplicable como límite de constitucionalidad de restricciones en el servicio de salud por su lógica derivación de los avatares monetarios.

En este sentido, recordemos al respecto que la actual Corte suprema ha sostenido in re Bustos<sup>118</sup>, al revocar la sentencia dictada por la Cámara Federal de Apelaciones de Paraná que confirmó la admisión de la acción de amparo promovida contra el Estado Nacional, el Banco Central de la República Argentina, el Banco de Entre Ríos y el BBVA Banco Francés S.A., declarando la inconstitucionalidad de las leyes 25.557 y 25.561, de los decretos 1570/01, 71/02, 141/02, de los arts. 1º, 2º, 4º, 9º y 10 del decreto 214/02, del art. 3º del decreto 320/02, de las resoluciones 6, 9, 18, 23 y 36/2002 del Ministerio de Economía de la Nación, de las comunicaciones "A" 3446, 3467 y 3468 del Banco Central de la República Argentina, y toda otra norma que impida, limite o restrinja de cualquier manera a los actores la posibilidad de disponer inmediatamente de sus depósitos a plazo fijo y en cuentas a la vista, y ordenó que las entidades financieras intervinientes devolvieran los depósitos en el signo monetario efectuado, que: por evidentes razones metodológicas, corresponde en primer lugar examinar el cuestionamiento formulado por el recurrente respecto de la aptitud de la vía del amparo para plantear y decidir el problema sometido a decisión judicial. A ese respecto, son aplicables los fundamentos expuestos en el voto del juez Belluscio en las causas "Peralta", de Fallos: 313:1513, y en la disidencia de los jueces Belluscio, Boggiano y Maqueda en la causa "Provincia de San Luis", de Fallos: 326:417, sustancialmente análoga a la presente, cuyos fundamentos pertinentes se dan por reproducidos.- *Que, aun cuando esas razones serían suficientes para descalificar la sentencia impugnada, la desnaturalización de la vía del amparo que se ha producido en este proceso y en muchos otros, llegando aquí a insumir un lapso de más de dos años y medio hasta que estuviese en condiciones de dictarse sentencia definitiva por esta Corte, sumada a las atinadas reflexiones del dictamen del señor Procurador General de la Nación expuestas en su dictamen, hacen necesario poner fin definitivamente a una cuestión de innegable trascendencia institucional y social* (el resaltado me pertenece).

A ellos cabe añadir que, en lo fundamental y en suma, no está probado: 1º) que la actora hubiera efectuado el depósito en dólares efectivamente ganados como tales —lo que deja abierta la posibilidad de que los haya comprado al precio vil que mantenía el Estado o que se haya tratado de un mero asiento contable—, ni que los dólares estuviesen afectados a operaciones comerciales o financieras con el exterior que necesariamente debieran afrontarse en esa moneda; 2º) que las alternativas que el Estado le ofrece le ocasionen un perjuicio patrimonial, ya que no se ha alegado ni probado que el destino del depósito fuese el cumplimiento de obligaciones fuera del mercado interno. En tales condiciones, la garantía constitucional de la propiedad está a salvo: los bancos que recibieron los depósitos cumplirán su obligación de reintegro en las condiciones impuestas por el Estado, hecho del príncipe que no está en sus facultades evitar, y el Estado sólo responderá del perjuicio ocasionado por las medidas en caso de demostrarse la real existencia de un perjuicio. Todo ello lleva a la conclusión de que la vía del amparo no era admisible, no sólo por mera formalidad legal sino por no estar acreditada la violación de preceptos

---

considerandos 7, 9, 10, 11, 14, 15 y 16<sup>117</sup>; resultando tanto la ley 25.453 y el decreto 896/01 resultan inconstitucionales, por cuanto no sólo determinan una quita en los salarios de los agentes públicos, sino que convierten sus retribuciones, por obra y gracia de la emergencia económica en algo aleatorio, conjetural, hipotético y sólo plausible, lo que no configura la reglamentación de un derecho —como pretende la accionada— sino el desconocimiento de ese derecho como tal, resultando así desigual e inequitativo y por ende injusto en los términos del art. 16 de la Constitución Nacional.

<sup>118</sup> CSJN, in re "Bustos, Alberto Roque y otros c/ Estado Nacional y otros s/ amparo", fallo del 26 de octubre de 2004.

constitucionales, que en este tipo de procedimiento debe resultar palmaria e inequívoca.<sup>119</sup>

Debe recordarse que los controles de legalidad administrativa y de constitucionalidad que competen a los jueces, no los facultan a sustituir a la Administración en la determinación de las políticas o en la apreciación de los criterios de oportunidad (doctrina de Fallos: 308:2246, considerando 4º; 311:2128, entre muchos otros) y, menos aún, cuando la imposibilidad de las entidades financieras de responder a sus obligaciones exigibles trascendió la particular situación económica de cada intermediario para adquirir la dimensión de una crisis sistémica, cuyo examen presupone un análisis integral a fin de superar el descalce bancario. La cuestión atañe no sólo a la recuperación y desenvolvimiento de las entidades que operan en un ámbito decisivo para la buena marcha de la economía, sino también la aptitud de éstas para coadyuvar a la devolución ordenada e igualitaria de las inversiones o ahorros.

El ejercicio de los mencionados controles no puede justificar que todas las medidas de política económica de los poderes competentes sean sometidas a la revisión, no de su legalidad sino de su acierto o su oportunidad, pues ello implicaría sustituir a los órganos constitucionales que tienen su origen directo en la voluntad popular por el criterio predominantemente técnico del Poder Judicial, cuya desvinculación de tal origen —que sólo podía ser indirecto en el texto constitucional originario— se ha acentuado en la reforma de 1994 con los nuevos procedimientos de designación. Los jueces están llamados a juzgar, no a administrar ni a fijar ni revisar la política económica de los poderes políticos, pues lo contrario implicaría desvirtuar el régimen democrático sustituyéndolo por el gobierno, o aun la dictadura, del Poder Judicial, que impediría el desarrollo de cualquier programa de gobierno coherente, máxime frente a una emergencia que los jueces no están capacitados para encauzar. Tampoco se justifica la extensión desmesurada del amparo para revisar lo que no viola los derechos y garantías constitucionales con manifiesta arbitrariedad o ilegalidad, en los términos del art. 43 de la Constitución, convirtiendo a la administración de justicia en una suerte de festival de amparos e inconstitucionalidades que traba el ejercicio de sus atribuciones por los poderes legislativo y ejecutivo.<sup>120</sup>

En palabras del Dr. Zaffaroni en su voto in re Bustos, pareciera que la situación de emergencia generada debería ser soportada conforme a la capacidad de cada individuo integrante de la sociedad, aunque esto implique una desigualdad de derecho tendiente a igualar los hechos, ya que sostuvo que “resulta disfuncional al progreso social que las personas de menores recursos, que sufrieron el impacto más importante de este estado de necesidad, carguen con la pérdida parcial de sus ahorros cuando la situación más urgente se ha superado”.<sup>121</sup>

Igualmente sostuvo que cualquier situación diferencial “no podrá erradicar por completo la discrecionalidad, es necesario reducir ésta al mínimo a la hora de apelar a la equidad en la solución de tan difícil situación. Ante la imposibilidad de analizar en profundidad la situación personal de cada ciudadano afectado, más allá de ciertas circunstancias personales de particular necesidad o urgencia a las que más adelante se hace referencia, es menester señalar un criterio objetivo referido al monto del depósito”<sup>122</sup>.

Para finalizar, si bien excede el marco del presente trabajo, resulta conveniente recordar la doctrina de la Corte Suprema de los Estados Unidos respecto de la emergencia económica en el caso "Perry v. United States" (294 US 330), resuelto en el año 1935, durante la "Gran depresión", cuando

<sup>119</sup> CSJN, Op.cit. consid. 7).

<sup>120</sup> CSJN, Op. Cit., consid. 12).

<sup>121</sup> CSJN, "Bustos", op. Cit, consid. 8) de su voto.

<sup>122</sup> CSJN, "Bustos", op. Cit. Consid. 9) de su voto.

Estados Unidos abandonó el estándar del oro como forma de determinar el valor de su moneda. Al resolver, la Corte norteamericana concluyó que la norma cuestionada, que declaraba contrarias al orden público las obligaciones con cláusulas oro del Estado con los particulares, excedió los límites que el Congreso tenía en la materia. El tribunal señaló "...Estados Unidos de América está tan ligado por sus contratos como lo están los particulares. El repudio de sus obligaciones equivale a la negativa de cumplir con lo pactado, con la connotación negativa y el reproche que ese término implica, del mismo modo que lo sería si el incumplidor hubiera sido un estado, un municipio o un ciudadano [...] Cuando Estados Unidos de América, con autoridad constitucional, celebra contratos, tiene derechos e incurre en responsabilidades similares a las de aquellos que son parte de dichos instrumentos [...] el puntual cumplimiento de las obligaciones contractuales es esencial para el mantenimiento del crédito de los deudores tanto públicos como privados [...] La Constitución le da al Congreso el poder de tomar dinero prestado sobre el crédito de la Nación. Un poder no calificado, un poder vital para el gobierno sobre el cual, en una situación extrema, su propia existencia podría depender. La calidad vinculante de esa promesa asumida por los Estados Unidos es de la esencia de la obligación crediticia contraída. Teniendo el poder de autorizar la emisión de obligaciones públicas para cancelar tales créditos, el Congreso no ha sido investido con facultad para alterar o destruir esas obligaciones..."

Pese a tan categóricos enunciados, el tribunal declaró que era imposible fijar el resarcimiento al actor porque habiéndose prohibido la comercialización de oro en todo el territorio de los Estados Unidos, así como la importación del metal, no podía mensurarse el daño sufrido por el actor, imposibilidad derivada de la inexistencia de un valor de mercado del oro, al estar fuera del comercio, prohibida su tenencia, negociación, exportación e importación, no obstante lo cual se encargó de señalar que *"afirmar que el Congreso puede retirar o ignorar la garantía es asumir que la Constitución la considera una promesa vana: una garantía que no tiene otro soporte que la voluntad o conveniencia del deudor"*.

Por todo ello, la Corte Suprema resolvió "Que, en virtud de las reglas que gobiernan las situaciones de emergencia mencionadas en los considerandos precedentes, y por las razones allí expuestas, cabe reputar legítimo que, ante situaciones de extrema gravedad, pueda recurrirse al empleo de medios que, en alguna medida, importen un sacrificio para los miembros de la sociedad, en virtud del principio de solidaridad social. En el caso, aun admitiéndose que la adopción de medidas indispensables para evitar males mayores podían acarrear ciertos perjuicios, lo irrazonable ha sido que tales perjuicios se hicieron recaer mayormente sobre una de las partes. Dicho de otra manera, no ha existido distribución equitativa del perjuicio. En lo que al caso atañe, el medio empleado ha provocado un menoscabo mucho más significativo para el depositante que para la entidad bancaria, con obvia lesión de los derechos patrimoniales de aquél."<sup>123</sup>

Todo esto sirve para afirmar que la situación de emergencia económica choca con la situación de emergencia de salubridad a pesar de ser, en definitiva, una lógica derivación de ella. Este conflicto surge de la simple ecuación de a mayor crisis económica menor posibilidad de afrontar gastos médicos por el afectado directo. El problema resulta ser que los agentes de salud no resultan ajenos a la existencia de la crisis, ni el Estado mismo podría apartarse de ella. Entonces, qué hacer?. Ante un hecho concreto en que se plasma dicho conflicto corresponde proteger la salud o la emergencia económica? Y si esta comienza a cesar? Lo determinante de las apreciaciones citadas resulta ser que necesariamente uno debe confrontar los hechos con su momento histórico para poder evaluarlo completamente. Sin duda que de despojarse de

<sup>123</sup> CSJN, "San Luis", op. Cit. Consid. 45).

estos cualquier fallo podría resultar cuasi-ineligible en situaciones extremas. Hoy, no cabe duda que nos encontramos ante una situación de desprotección médica en gran parte fruto de la crisis económica reseñada que tiende a normalizarse, pero para ello todavía ha de pasar mucho agua bajo el puente resultando fundamental, como ya se ha dicho, la protección judicial en el caso concreto.

#### **IV. Casos concretos del derecho a la salud.**

##### **a. Acercamiento y Clasificación:**

A propósito de lo sostenido a lo largo del presente trabajo, resulta arto ilustrativo realizar una breve reseña sobre la infinidad de casos concretos que han de presentarse en la práctica cotidiana de los tribunales argentinos. En tal sentido, he de señalar lo ardua que resulta la tarea de sistematizarlos, resultando cuando menos complicado su incorporación a una u otra categoría por corresponderse con más de una o ninguna, fruto de la casuística.

De su revisión, se vislumbran distintos fácilmente identificables de acuerdo a los requisitos exigidos por el Código de Rito para la concesión de las medidas cautelares.

Nótese que, una primera clasificación se impone al considerar que en la casi totalidad de los casos las medidas solicitadas resultan ser innovativas, dada la particularidad de la materia cuya protección se pretende.

Esto hace que las características propias de las medidas anticipativas se vea endurecida por la excepcionalidad de hecho en cuanto a que su dictado transforma la realidad imperante hasta ese momento, confundándose en muchos casos su pretensión con el fondo objeto de la litis.

Esto nos da pie para esbozar la primera y más amplia clasificación: las que se confunden con el fondo de la cuestión y las que no.

La otra clasificación que podría resultar útil resulta ser aquella que atiende a la legitimada pasiva. Por lo que hemos ya expresado en este trabajo, parece claro que la destinataria de la acción puede dividirse (aunque en muchos casos resulta codemandadas) en: Medicina Prepaga; Obra Social; Estado Nacional, Provincial, Municipal, o cualquier otro organismo dependiente del estado administrador correspondiente.

Otra podría hacerse por la jerarquía del Tribunal que la reconoce, pero resultaría poco útil en sí misma, aunque intentaré ordenar de esta manera la categorización que seguidamente propongo.

Una más podría apuntar al tipo de proceso en que se las dicta (de conocimiento, amparo, acción declarativa, etc.), pero a mi juicio resultaría igualmente intrascendente su aporte a este respecto.

Ahora bien, para aclarar la cuestión resulta sumamente útil recurrir a los casos concretos que se detallan a continuación.

##### **b. Categorización:**

A estos fines, me circunscribiré a medidas cautelares innovativas en el marco de la acción de amparo por ser el objeto del presente trabajo, aunque pueden encontrarse igualmente algunas otras formas de protección. Y dentro de ella, propongo la categorización que describo a continuación, situando los



casos en la que responda más fielmente a su holding con la salvedad de su reciprocidad con otras categorías y a riesgo de ser arbitrario en ella. Por último, he de resaltar a la legitimada pasiva ya sea una Obra Social, una empresa de Medicina Prepaga o un organismo estatal (Nacional o Provincial). Veamos algunos casos en el marco del derecho a la salud y a la vida:

- a) Urgencias. Cobertura por el instituto o por la obra social?
- b) Calidad de vida (espiritualidad, higiene, prevención, rehabilitación, etc.)
- c) Medicamentos.
- d) Tratamientos médicos.
- e) Discapacidad. Minoridad.

### **1. Concesión:**

#### **a) Urgencias. Cobertura por el instituto o por la obra social.**

En este sentido se ha resuelto que es improcedente que el instituto médico en el que se produjo la internación de urgencia ordenada judicialmente mediante una medida cautelar innovativa, deba soportar sus gastos por ser ajeno a la relación que los vincula. La **obra social** obligada a cubrir el tratamiento médico de la afiliada, deberá hacerse cargo de aquellos gastos a partir de la fecha de la medida cautelar por hallarse en juego el derecho a la salud.<sup>124</sup>

La Cámara Federal, al confirmar la resolución del juzgado de Primera instancia, resolvió que aún cuando la demandada se valió de una “gerenciadora” para diversos servicios de prestación médica, no la exime de satisfacer las deudas originales por la asistencia a sus afiliados. El agravio se fundaba en que la demandada había realizado pagos a la gerenciadora Servicio Medicos S.A. para que cumpliera con los reclamos, lo que el tribunal tuvo por no acreditado Sin perjuicio de ello, lo destacable del fallo en relación al tema objeto del presente trabajo es la extensión de la responsabilidad señalada anteriormente, ya que “el hecho de que la obra social demandada confiara el gerenciamiento de determinados servicios médicos no libera de su obligación de satisfacer las deudas originadas en los servicios de asistencia prestados a sus afiliados”<sup>125</sup>. Queda suficientemente claro entonces que delegar, no es zafar.

#### **b) Calidad de vida (espiritualidad, higiene, prevención, rehabilitación, etc.).**

En un caso en que una menor padece una enfermedad provocada por Hantavirus, se ordenó a la Municipalidad que garantice a la familia de la actora el traslado a un lugar con condiciones higiénico sanitarias de habitabilidad, pues se encuentran a cargo **del Estado** los aspectos preventivos, asistenciales y terapéuticos que hagan posible la salubridad de la población.<sup>126</sup>

<sup>124</sup> C.N.Fed. Civ. Y Com., Sala I, 23-9-2004, LL 27-10-06.

<sup>125</sup> “Chesón, S.A. c/DOSUBA s/incumplimiento de prestación de obra social”; CCiv.yCom. Fed., Sala III, publicada en el DJ del 11/9/06

<sup>126</sup> JContencioso Adm. Zárate-Campara n°1, 28-5-04, LL.Suplem. Adm., 08-04,p.76.

### c) Medicamentos.

La Corte Suprema ordenó, aún declarándose incompetente, la provisión de medicamentos por parte de **IOMA –obra social-, la provincia y el Estado Nacional**, para paliar que su estado de salud no se deteriore de modo irreversible por la situación de padecer sida;<sup>127</sup> en similar sentido, condenó a **la provincia y al Estado Nacional** a afrontar la entrega de una droga específica para paliar las dolencias generadas por la enfermedad de esclerosis lateral amiotrófica definida –considerada terminal- a una mujer desocupada con tres hijos a su cargo y sin obra social <sup>128</sup>; por último, también condenó **al Estado Nacional** a proveer los remedios prescriptos Deltisona B 40, Dionina, Neuryl 2, Equilibrane 20, Salburamol y Neumotex Bronquial.<sup>129</sup>

En otro caso la Corte atribuyó responsabilidad al **Estado Nacional** por el cumplimiento y regularidad el régimen de lucha contra el SIDA a fin de asegurar la continuidad del tratamiento y de la medicación correspondiente, **sin perjuicio de la responsabilidad que fuera atribuible a las jurisdicciones estadales locales y a las entidades privadas.**<sup>130</sup>

Finalmente, en otro, la Corte reconoció la constitucionalidad de la ley que extiende a **la medicinas prepagas** la cobertura que las obras sociales tiene que brindar en materia de drogadicción y de contagio de HIV, realizando el derecho a la salud pública por sobre la autonomía de la voluntad de contratar.<sup>131</sup>

Veamos a continuación algunos casos resueltos por Tribunales de segunda instancia:

En un caso en que el actor padece la enfermedad de mal de Parkinson, se encontró acreditado el peligro en la demora a los fines de la provisión de los medicamentos respectivos con anticipación a la sentencia perseguida **contra la obra social (PAMI) y el Estado Nacional.**<sup>132</sup>

Ante un pedido de provisión de medicamentos de un vecino de la provincia que carece de cobertura médica, se ordenó **al Estado Nacional y a la provincia** en cuestión, su cumplimiento ante la gravedad del cuadro de salud del peticionante y el peligro en la demora por las dolencias que padece.<sup>133</sup>

Igualmente, la jurisprudencia reconoció la cobertura de la **medicina prepaga** a la que estaba afiliado un discapacitado motriz que debía comprar fármacos de elevado costo, fundado en la cobertura integral a favor del amparista, ante el silencio por parte de la demandada en la previa gestión administrativa.<sup>134</sup>

Por último, resulta útil resaltar un caso de primera instancia en que un actor presentó demanda

<sup>127</sup> Caso “Diequez”, Fallos 325:3542.

<sup>128</sup> CSJN, “A., E.E.” del 14-12-04.

<sup>129</sup> CSJN, “Lopez, Miguel”, del 15-3-05.

<sup>130</sup> CSJN, “Asociación Benghalensis y ots. c/ Estado Nacional”, del 1-06-00, op. Cit.

<sup>131</sup> CSJN, “Hospital Británico de Bs.As. c. Ministerio de Salud...”, del 13.3.01, op. Cit.

<sup>132</sup> CFALP, Sala III, 19-3-02, in re: “M., M. E. c. PAMI y otro”.

<sup>133</sup> CFCiv. Y Com., Sala I, 21-08-03, DJ 03-3-1106.

<sup>134</sup> CNCiv., Sala K, “G. M c. Medicus S. A”, del 27.5.03, LL del 27-06-03.

contra **PROFE**, a la cual se encuentra afiliado en calidad de pensionado (pensión no contributiva) de la Provincia de Buenos Aires, y quien, habiéndole negado el 100% de la cobertura de los medicamentos, a saber Acetilcanitina 500 mg., Tanvimil E, B6 (VIT E, VIT A) (v.g. Tamuril), Amitriptilina, 25 mg. (v.g. Triptamol) Espironolactona, 100 mg. + Butizida, 10 mg. (Aldasida), Ibuprofeno, 400 mg. (Ibupirac) y la *proporción de una cama ortopédica, para el tratamiento de la patología denominada Míodistrofia leve progresiva de cintura pelviana y escapular, que le ocasiona una discapacidad motora total y permanente.* Manifiesta que con fecha 14/05/05 presentó en **PROFE**, por intermedio de un tercero, dado a que no puede movilizarse por sus propios medios; toda la documentación requerida; y ante la ausencia de contestación, envía carta documento, sin que hasta la fecha haya recibido respuesta alguna a su reclamo; todo lo que lleva a la concesión de la cautelar solicitada.<sup>135</sup>

#### d) Tratamientos médicos.

Estos pueden dividirse a su vez, básicamente en tratamientos en sí mismos, e intervenciones quirúrgicas:

##### i. Tratamientos:

Resultan destacados en esta materia, los siguientes casos tratados por Tribunales de Apelación Federales y locales, a saber:

Un actor de 60 años de edad que padece paraplejia aguda (nivel T8), cáncer de colon con metástasis hepática y ósea, con compromiso de columna, que impide la deambulación, presenta además, fractura espontánea de húmero; por ello, demandó a su **Obra Social (O.S.S.E.G.)** a fin de que le fueran otorgados, en forma inmediata, los requerimientos efectuados por la profesional médica que lo asiste. Ellos consisten en: i) una silla de rueda con inodoro, ii) un colchón de aire antiescara, iii) aerosol y parches antiescara y iv) una enfermera las 24 horas del día; concedida por el a quo, la Alzada advierte que entre lo requerido por el amparista y lo entregado o autorizado por la obra social existen algunas diferencias que justifican mantener parcialmente el anticipo de jurisdicción otorgado, revocándolo sólo respecto de la atención de una "enfermera las 24 horas (atención domiciliaria)" pues no surge de la prescripción médica.<sup>136</sup>

Se ha hecho lugar a la petición de un afiliado a una **mutual** para que se arbitren las medidas necesarias a fin de que se reanude su tratamiento quimioterápico, suspendido a causa de la rescisión con el prestador médico, dado el peligro cierto para su salud y la inexistencia de toda comunicación fehaciente hacia la peticionante.<sup>137</sup>

Un tema complejo resulta ser el tratamiento con la finalidad de inducir la ovulación, encontrándose casos en ambos sentidos entre los que cabe destacar el que hizo lugar a la medida cautelar innovativa para que la empresa de **medicina prepaga** se haga cargo de la cobertura de tal tratamiento

<sup>135</sup> Juzg. Fed. Junín, Pcia. de Bs.As., in re: "Barrenenchea, Orlando A. c/ PROFE s/ Acción de Amparo" expte. n° 34.963.

<sup>136</sup> CFALP, Sala III, in re: "B., C. A. c/ Obra Social de la Actividad del Seguro s/ amparo", sentencia del 5/9/06

<sup>137</sup> CNCrim. Y Correc., sala 5°, "Facorro, Norma", del 15-11-05, JA 2006-I, fasc. 2, p. 45.

durante la duración del proceso.<sup>138</sup>

A su turno, los tribunales de primera instancia se han expedido en los siguientes casos:

Un amparista demanda a la **Obra Social Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados (PAMI)**; por negarse al suministro de DOS bolsas diarias para el tratamiento de la colostomía tipo "CONVATEC" N°3 RECORTABLE, ordenándose su amplia cobertura por parte de la Obra Social demandada.<sup>139</sup>

Otra amparista presenta demanda contra la **Obra Social de los Empleados y Comercio y Actividades Civiles (OSECAC)** a la cual se encuentra afiliada, por haberse negado al suministro de un set de instrumentación con placa y tornillos de titanio para dos nichos de columna cervical modelo Zephir, para el tratamiento de la patología de hernia c5-c6 con compresión medula, ordenándose su inmediato cumplimiento en atención a la documental acompañada en el proceso.<sup>140</sup>

En un caso extremo, en que se demandó a la **obra social** para que brinde la cobertura asistencial total al esquema oncológico (radioterapia tridimensional) que se indicaba en razón del padecimiento de "adenocarcinoma de próstata", se dispuso que a pesar de que el PMO brinda un esquema normativo orientador en la implementación de políticas de salud, dicho ordenamiento, dictado por la autoridad administrativa no debe ser aplicado al margen de la ponderación de las circunstancias particulares de cada caso cuando, en razón de las mismas, la normativa general y abstracta del PMO generaría una afectación del derecho constitucional a la salud de un paciente concreto con detrimento del principio de supremacía constitucional; por lo que la no inclusión de una determinada prestación terapéutica o farmacológica en el PMO no excluye el derecho del beneficiario del sistema de obras sociales y/o entidades de medicina prepaga a recibirlas, cuando, como en el caso, su denegación coloca al paciente en una situación de desprotección ante el riesgo de padecer consecuencias irreversibles.<sup>141</sup>

## ii. Intervenciones quirúrgicas:

Conviene recordar aquí, aunque excede la clasificación intentada pues si bien el caso resultaba ser una medida cautelar innovativa, lo era en el marco de un proceso ordinario de daños y perjuicios derivado de un accidente laboral –no un amparo-, la postura asumida por la Corte Suprema respecto de la provisión de una prótesis para paliar las consecuencias de la pérdida de un brazo a la mayor brevedad posible por indicación médica, a la que hiciera lugar haciendo hincapié en el perjuicio irreversible que las pericias indicaban que tendría en su salud de no ordenarla.<sup>142</sup>

Luego de ello, en primera instancia se han suscitado los siguientes casos:

<sup>138</sup> CCom., Sala D, 13-8-02, JA 03-II-403, con nota de Guillermo F. Peyrano.

<sup>139</sup> Juzg. Fed. Junín, Pcia. Bs. As., in re: "Concetta Perelló".

<sup>140</sup> Juzg. Fed. Junín, Pcia. Bs. As., in re: "María Magdalena Castelao".

<sup>141</sup> Juzg. Crim. y Corr. de Transc. N° 1 de Mar del Plata, del 17-5-06, "C., M. A. c/Obra Social de la Federación Argentina de Trabajadores de Luz y Fuerza s/ amparo", ED del 6-11-06.

<sup>142</sup> Caso "Camacho Acosta", Fallos 320:1633, que constituyera un leading case en materia cautelar anticipativa.

El accionante promueve acción de amparo contra la **Obra Social de Choferes de Camiones y contra el Estado Nacional – Poder Ejecutivo de la Nación – Ministerio de Salud y Acción Social en forma subsidiaria**, con el objeto de que se ordene a ésta a otorgarle inmediata cobertura, consistente en un implante de células madre en el sistema nervioso, técnica que es implementada en el Hospital Británico de Uruguay. Manifiesta que en julio de 2005 le diagnosticaron **esclerosis lateral amiotrofica**, enfermedad neurológica degenerativa de carácter progresiva. Actualmente toma Rilutek, medicación cuyo costo mensual afronta la Obra Social y que es de tres mil pesos aproximadamente; siendo éste un tratamiento paliativo. Allí, se resolvió que, conforme al presupuesto acompañado los gastos de internación en dicho nosocomio son de U\$S 8.400, siendo los honorarios de los médicos intervinientes de U\$S 11.000, resultando un total de U\$S 19.400.- que representan 21 meses de la actual medicación provista, correspondía hacer lugar a la medida cautelar solicitada a pesar de encontrarse las prácticas solicitadas en etapa de experimentación, toda vez que el derecho a la vida y a la salud, se hallan coartados.<sup>143</sup>

Otro caso sumamente complejo en el que luego de idas y vueltas con los proyectos de rechazo y concesión se terminó resolviendo de la siguiente manera: la cobertura con carácter cautelar por parte del **Programa Asistencial Médico Integral (PAMI)**, a una jubilada beneficiaria del Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados en base a que, habiéndole negado la accionada la práctica de alta complejidad consistente en una “resección por recidiva de C.A. de colon más quimioterapia intraoperatoria (DEBULKING)”, recomendada en el Hospital Italiano, para el tratamiento de un cáncer de colon, transgrede derechos y garantías consagrados a su favor en la Constitución Nacional, a pesar de que la negativa al reclamo formulado encuentra fundamento en que al solicitar informes presupuestarios al Instituto Nacional de Oncología “Ángel H. Roffo”, mencionan que dicha práctica, si bien están en condiciones de realizarla, no cuenta con la autorización del A.N.M.A.T..<sup>144</sup>

#### e) Discapacidad. Minoridad.

Aquí resultan sumamente ilustrativos los siguientes pronunciamientos del Máximo Tribunal de la Nación:

El caso paradigmático por excelencia en la materia resulta ser aquél en que la CSJN, en un amparo presentado por los padres de un menor nacido con un padecimiento grave en su médula ósea que disminuye sus defensas inmunológicas –enfermedad de Kostman o Neutropenia severa congénita-, cuyo tratamiento depende de una medicación espacial que le fue suministrada por el Banco Nacional de Drogas Antineoplásicas dependientes del Ministerio de Salud y Acción Social, ante el peligro inminente de su interrupción basado en el aviso de entrega por última vez, ordenó su protección integral por hallarse amparado por las disposiciones de la ley 22.431 que obliga a asegurarle los tratamientos médicos en la medida en que no puedan afrontarlos las personas de quienes dependen o los enes de obras social a los

<sup>143</sup> Juzg.Fed.Junín, Pcia. de Bs.As., in re: “Altamirano, Carlos César c/ Obra Social de Choferes de Camiones s/ acción de amparo” expte. n° 35.056.

<sup>144</sup> Juzg.Fed. Junín, Pcia. de Bs.As., in re: “RODRÍGUEZ, Catalina c/ I.N.S.S.J.P. (PAMI) s/ Acción de amparo”, expte. n° 35.186.

que está afiliado, porque si bien la ley 24.901 creó un sistema de prestaciones básicas de atención integral a favor de las personas con discapacidad y se dejó a cargo de las obras sociales comprendidas en la ley 23.660 la obligatoriedad de su cobertura, frente a l énfasis puesto en los tratados internacionales para preservar la vida de los niños, el Estado no puede desentenderse de sus deberes haciendo recaer el mayor peso en la realización del servicio de salud en entidades que no ha dado siempre adecuada tutela asistencial.<sup>145</sup>

De dudosa resolución sobre competencia en razón de la persona al ser demandada **la Provincia de Bs.As. y el Estado nacional**<sup>146</sup>, pero de relevante contenido al mantener lo resuelto en casos anteriores<sup>147</sup> a favor de la concesión de medidas cautelares en beneficio del derecho de salud: en el caso, una persona de 55 años de edad expresó ser discapacitada visual y motor a por padecer esclerosis múltiple, enfermedad grave que ataca al sistema nerviosos central, para obtener la provisión del medicamento denominado acetato de Glatiramer Copoinero (Copaxone) indispensable para evitar los brotes, dejándose expresamente referido por el Máximo Tribunal ciertos requisitos para la conscesión de la cautelar solicitada, a saber: para acreditar el peligro en la demora: previo pedido de cobertura ante obra social o autoridad; su negativa o silencio; para acreditar la verosimilitud del derecho: certificado de discapacidad conforme a ley 22.431; para la necesidad. Receta o declaración del facultativo reconocido por la autoridad de aplicación.

Por último, siendo un menor discapacitado con panhipopituitarismo post quirúrgico, se ordenó al **Estado Nacional y la provincia** la provisión de medicamentos que debe suministrársele a los fine de conjurar un riesgo de vida, debiendo denunciarse su cumplimiento en el expediente para evitar la superposición de su cumplimiento por las codemandadas.<sup>148</sup>

En el mismo sentido, los tribunales de segunda instancia se han pronunciado en los casos que a continuación se detallan:

En un caso se ordenó que la **obra social del ejército** debe brindar cobertura integral para paliar la discapacidad sufrida por el hijo menor d un afiliado pues, un ente situado en la órbita del PEN no puede dejar de lado la obligación de brindar atención y asistencia integral a la discapacidad que contemplan las leyes 22.431 y 24.901, en tanto resulta obligación impostergable de la autoridad pública emprender acciones positivas dirigidas a promover y facilitar el acceso efectivo a los servicios médicos y de rehabilitación.<sup>149</sup>

Se ordenó, al tenerse por acreditado el peligro en la demora, la efectivización de ciertas prestaciones para paliar afecciones de orden espiritual cuya atención es urgente y que podrían agravarse con el tiempo, en el marco del padecimiento d enfermedades o dolencias, y sin que ocasionen perjuicios

<sup>145</sup> CSJN, "Campodónico de Beviacqua", del 24-10-2000, Fallos 323:3229.

<sup>146</sup> CSJN, abril 24-2003.- B., V.L. y ot. c. Buenos Aires, provincia de y otr. S7acción de amparo (ED Adm. 2003-177).

<sup>147</sup> CSJN, , abril 4-2002.- Orlando, Susana Beatriz c. Buenos Aires Provincia de y otso s/amparo (ED 201-36).

<sup>148</sup> CSJN, 24-04-03, LL, 03-D-261.

<sup>149</sup> CNCiv.y Com. Fed., Sala I, del 13-12-2005, "S, D. S. c. Instituto Obra Social del Ejército", LL 30-6-06.

graves en el demandado.<sup>150</sup>

En otro caso, el accionante promovió una acción de amparo -en representación de su hija menor- contra el **Instituto de Obra Médica Asistencial de la Provincia de Buenos Aires (IOMA)**, y en forma subsidiaria contra el Estado Nacional y a la Provincia de Buenos Aires, a fin de que se le reconozca a su hija que padece de retardo mental leve, enfermedad que requiere de atención terapéutica y educativa integral, el derecho a la cobertura total de las prestaciones escolaridad especial, Jornada Doble, en el Instituto Jhaití, como así también el transporte especial desde su domicilio hasta el lugar de rehabilitación y viceversa, sin limitaciones temporales y garantizándose la continuidad de la prestación en Institutos de educación especializados, y no la cobertura parcial de \$ 480 como la otorgada por el IOMA. Dicha solicitud fue admitida por el *a quo*, y confirmada por la Alzada.<sup>151</sup>

En otro caso de un menor discapacitado, se dispuso la provisión de un trasmisor indicado por el profesional tratante en atención al tipo y grado de hipoacusia bilateral profunda de orden congénito que padece, por parte de la **prestadora de salud** y sin dilación.<sup>152</sup>

En un caso de menor con minusvalía discapacitante generada por distrofia muscular con alo compromiso motor, se ordenó a la **Obra social** la provisión de silla de ruedas motorizada con comando manual, no pudiendo descartársela por temor a un prejuizamiento.<sup>153</sup>

Se dispuso la cobertura médica integral de Omint S.A. -empresa de **medicina prepaga**- comprensiva de las prestaciones de tipo educacional, y preventivas tendientes a detectar potenciales factores de riesgo, en un caso de un menor discapacitado que padece de una afección genética.<sup>154</sup>

También se ha reconocido la cobertura por parte de la Obra social, para hacer frente a los costos de atención en un centro educativo terapéutico especial para un niño autista.<sup>155</sup>

Por último, en primera instancia se ha resuelto:

En un caso de un menor de 12 años que sufría de una discapacidad motora, con diagnóstico de enfermedad de Duchenne (patología invalidante y progresiva), que genera dependencia ventilatoria mecánica y necesidad de evitar el alto riesgo de contagio de infecciones intrahospitalarias, se ordenó a la **Provincia de Bs. As.** que provea a su familia de una vivienda que reúna las características indicadas en el certificado médico agregado.<sup>156</sup>

<sup>150</sup> C.N.Fed. Civ. Y Com., Sala de feria, 22-01-02, LL 02-A-857.

<sup>151</sup> CFALP, Sala I, in re: "Villalba, Miguel A. y ot. c/Estado Nacional y IOMA s/ amparo", del 12-9-06.

<sup>152</sup> CNCiv., Sala B, 18-07-03, ED 206-147.

<sup>153</sup> CFed. Civ. Y Com, Sala III, 23-09-03, LL 03-F-671.

<sup>154</sup> Cciv., Sala A, 08-04-03, LL 03-C-345.

<sup>155</sup> CNCiv., y Com Fed., Sala 1º, "Deguisa, J. c. Obra Social de la Unión del personal civil de la nación y ot. S. amparo", del 10-7-03.

<sup>156</sup> Jcont. Adm. n°1 La Plata, 11-10-05, LL Bs.As. -2006, p. 15 yss. con nota de Néstor Solari.

## 2. Rechazo: medida cautelar o "in limine litis".

Aunque en menor medida, resulta esclarecedor también señalar algunos supuestos en los que más paradigmáticamente se ha dado el rechazo de este tipo de pedidos, por la justicia de primera instancia y - cuando menos- en relación a medicamentos o tratamientos, Veamos:

### a) Medicamentos:

Un caso así se dio cuando en base a la ínfima documental acompañada surge la autorización a acceder a la droga recetada por el médico tratante, siendo la discordancia entre la forma de aplicación (ampollas inyectable o comprimidos), una cuestión que no alcanza para conceder la media anticipativa solicitada.<sup>157</sup>

Otro caso se dio por falta de la negativa de la obra cuando de las constancias de la causa surge que la negativa de **la Obra Social** demandada se encuentra fundada en la existencia de un medicamento opcional, conjuntamente con la falta de obligatoriedad de su provisión atento a que excede el P.M.O., todo lo cual resulta necesario corroborar en forma previa al tratamiento de la cautelar solicitada ante la falta de acreditación por parte del actor y frente al grave perjuicio denunciado.

### b) Tratamientos: Intervención quirúrgica:

Un caso en que el accionante promueve acción de amparo contra la **Obra Social de los Docentes Privados (O.S.D.O.P.)** con el objeto de que se ordene a ésta a otorgarle inmediata cobertura del tratamiento indicado por el médico especialista, consistente en Intervención quirúrgica a los fines de enuclear el ojo derecho y colocar prótesis en la clínica de ojos del mismo doctor, como así también solicita el mantenimiento de las drogas necesarias para realizar dicho tratamiento médico y costo de la prótesis. Manifiesta que en el año 1984, tuvo un grave accidente el que le ocasiono la pérdida total de la visión del ojo derecho, siendo asistido ininterrumpidamente desde dicha fecha hasta el presente en la Clínica de Ojos señalada, y que si bien su ojo derecho a quedado ptisco y ciego, surgieron otras complicaciones que derivaron en la necesidad de la intervención quirúrgica. En base a ello, se resolvió que lo cierto y concreto era que el cambio de un centro asistencial por otro de igual tecnología y con profesionales especialistas en la materia, lejos evidencia arbitrariedad o lesión o afecciones que implique un cercenamiento de los derechos constitucionales a una prestación medica-hospitalaria integral y adecuada.<sup>158</sup>

En otro caso, la amparista presenta demanda **contra le Programa Asistencial Médico Integral (PAMI)** a la cual se encuentra afiliada, y quien, habiéndole negado la práctica de alta complejidad consistente en una neurocirugía recomendada por un cirujano, para el tratamiento de un meningioma del

---

<sup>157</sup> Juzg.Fed. de Junín, Pcia. de Bs.As., in re: "Martinez, Silvio Ulises c/ INSSJP s/Acción de amparo", expte. n: 34.827.

<sup>158</sup> Juzg.Fed. de Junín, Pcia. De Bs.As., del octubre de 2005: "Naya, Juan José c/O.S.D.O.P. s/ acción de amparo", expte. n° 34.967.



clivus (TUMOR CEREBRAL) que ocupa y se implanta en toda la cara posterior de la Apófisis Basilar del occipital comprimiendo en forma severa y desplazando al tronco encefálico. La negativa al reclamo formulado tuene sustento en que el cirujano específico no integra la red de prestadores del convenio INNSJP-FECLIBA; que ante la solicitud de Prácticas de Alta Complejidad, fue autorizado por el Médico Auditor a ser asistida por un prestador de la red FECLIBA; que de la derivación efectuada se le prescribió radioterapia fraccionada no aconsejándose la cirugía solicitada por correr riesgo innecesario de vida y que para poder realizar el tratamiento de radioterapia prescripto fue derivada a un Centro de la red. Se resolvió que, sin perjuicio de la situación invocada por el peticionante, en cuanto a que la práctica médica indicada por el profesional particular que no se encuentra en la cartilla de prestadores del Convenio INNSJP-FECLIBA a la que pertenece la actora, lo cierto es que no surge de las constancias de autos que el demandado haya negado la atención médica solicitada. Por el contrario, de la documental acompañada surgía la atención derivada autorizada por el médico auditor de entre los profesionales de la cartilla, prescribiendo un tratamiento disímil al que tendría acceso y desaconsejando la cirugía perseguida a través de la presente medida anticipada. En todo caso, la discordancia entre la práctica a desarrollar, amen de no alcanzar en esta instancia procesal para conceder la media anticipativa solicitada, pareciera deberse más a una cuestión médica a tratar por la vía administrativa correspondiente que a una negación de derechos como se pretende.<sup>159</sup>

Vayan estos casos reseñados a modo de simple ejemplo que permita una orientación más cierta sobre la división propuesta, y sus consecuentes soluciones.

---

<sup>159</sup> Juzg. Fed. de Junín, Pcia. de Bs.As., in re: "Rodríguez, Sara Antonia c/P.A.M.I. s/acción de amparo" expte. n° 35.153.

### c. El rol judicial. Control de constitucionalidad.

Reseñados ciertos casos paradigmáticos y efectuada la propuesta de su categorización, corresponde adentrarnos en el análisis del rol judicial en relación al derecho de salud, el control de constitucionalidad y la no obligatoriedad del acatamiento de los fallos de la CSJN, a propósito del permanente estado de emergencia que incluye a la salubridad y sus condiciones filosóficas para, luego, exponer las conclusiones finales del presente trabajo. Veamos,

#### 1. Control de Constitucionalidad:

Para analizar este punto, es válido recordar primeramente lo sostenido reiteradamente por el Máximo Tribunal y que fuera resumido en la causa "San Luis" para declarar la inconstitucionalidad del plexo normativo referido a la pesificación de los depósitos bancarios en el sentido que "Que es deber de este Tribunal señalar que la controversia que subyace en este proceso se ha visto reiterada en más de cien mil causas que tramitan ante los tribunales de todo el país, reveladoras de la aguda tensión existente entre una cantidad significativa de ahorristas, el Estado Nacional y las entidades financieras. De allí que la conclusión a que se arriba, parte de una cabal comprensión de las responsabilidades derivadas del rol institucional que es de la esencia de esta Corte Suprema resolver en tanto titular de uno de los departamentos del Gobierno Federal (art. 108 de la Constitución Nacional). Desde esa perspectiva, la interpretación acerca del alcance y contenido de las garantías constitucionales amparadas no puede desentenderse de las condiciones políticas, jurídicas, sociales y económicas dominantes que imperan en la comunidad en un momento dado. Así lo ha señalado este Tribunal en forma reiterada, remitiendo a la doctrina de reconocidos autores y filósofos del derecho que, como Ihering, afirmaron que no son los hechos los que deben seguir al derecho sino que es el derecho el que debe seguir a los hechos (Fallos: 172:21 "Avico c/ de la Pesa"). En "Kot, Samuel" (Fallos: 241:291) esta Corte reafirmó su doctrina en el sentido de que las leyes no pueden ser interpretadas sin consideración a las nuevas condiciones y necesidades de la comunidad, en tanto la Constitución, que es la ley de las leyes, y se halla en el cimiento de todo el orden jurídico positivo, tiene la virtualidad necesaria para poder gobernar las relaciones jurídicas nacidas en circunstancias sociales diferentes a las que existían en tiempos de su sanción. También ha señalado que es al Congreso a quien corresponde mantener el equilibrio que armonice las garantías individuales con las conveniencias generales, y no incumbe a los jueces sustituirse a los otros poderes del Estado en las funciones que le son propias (Fallos: 319:3241)."

Resulta conducente poner de relieve que desde antaño la Suprema Magistratura ha declarado que: "...es elemental a nuestra organización constitucional la atribución que tienen y el deber en que se hallan los tribunales de justicia, de examinar las leyes en los casos concretos que se traen a su decisión, comparándolas con el texto de la Constitución para averiguar si guardan o no conformidad con ésta y abstenerse de aplicarlas, si las encuentran en oposición con ella, constituyendo esta atribución moderadora, uno de los fines supremos y fundamentales del Poder Judicial..."<sup>160</sup>

A partir de allí tiene dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación que "...es preciso recordar la tradicional jurisprudencia del Tribunal cuya sintética formulación postula que las razones de oportunidad, mérito o conveniencia tenidas en cuenta por los otros poderes del Estado para adoptar decisiones que les

<sup>160</sup> CSJN, "Municipalidad de la Capital c/ Elortondo", Fallos: 33:162, año 1888.

son propias no están sujetas al control judicial (CSJN, Fallos: 98:20; 147:403; 150:89; 160:247; 238:60; 247:121; 251:21; 275:218; 295:814; 301:341; 302:457; 303:1029; 308:2246; 321:1252, entre muchos otros). Por otro lado, todo lo relativo al ejercicio de facultades privativas de los órganos de gobierno queda, en principio, excluido de la revisión judicial. Ello no obsta a que se despliegue con todo vigor el ejercicio de control constitucional de la razonabilidad de las leyes y de los actos administrativos (CSJN, Fallos: 1:32; 112:63; 150:89; 181:264; 261:409; 264:416; 318:445); por ende, una vez constatada la iniquidad manifiesta de una norma (CSJN, Fallos: 171:348; 199:483; 247:121; 312:826), o de un acto de la administración corresponde declarar su inconstitucionalidad.<sup>161</sup>

En relación con la emergencia económica señalada en anteriores puntos de este trabajo, cabe recordar que el Superior Tribunal Federal en el caso "*Peralta*"<sup>162</sup>, recuerda que la restricción del ejercicio normal de los derechos patrimoniales tutelados por la Constitución, debe ser razonable, limitada en el tiempo, un remedio y no una mutación en la subsistencia o esencia del derecho adquirido por sentencia o contrato, y está sometida al control jurisdiccional de constitucionalidad, toda vez que la situación de emergencia, a diferencia del estado de sitio no suspende las garantías constitucionales.<sup>163</sup>

Dentro de este contexto, el Dr. Bidart Campos señala con meridiana claridad que las restricciones en época de emergencia económica se han tornado endémicas en la Argentina y generalmente tienen origen -próximo o remoto, inmediato o mediato- en las políticas del Estado; no se desencadenan por arte de magia ni de la naturaleza y tampoco por obra exclusiva de los particulares, a menos que el poder económico haya convertido al gobierno de turno en un rehén que debió adoptar medidas complacientes para con él. Esto lleva a pensar si a una emergencia económica suscitada por una o más políticas estatales no hay que oponerle el axioma que dice "nadie puede alegar su propia torpeza" y si el estado no supo adoptar a su tiempo una buena política -económica, presupuestaria, fiscal o lo que fuere- no es justo ni razonable que la consecuencia para enmendarla y superarla se transfiera a los gobernados, que no tuvieron arte ni parte en la equivocación y que por ende, hay que tomar con beneficio de inventario el principio legitimante de las restricciones razonables al ejercicio de los derechos en tiempos de emergencia y partir de la presunción de arbitrariedad cuando la limitación al ejercicio de un derecho es muy severa o rigurosa.<sup>164</sup>

## 2. No obligatoriedad de la Jurisprudencia de Corte. Control difuso.

En segundo término, resulta útil recordar que en nuestro sistema de control judicial constitucional, la jurisprudencia de la CSJN no resulta obligatoria para los tribunales inferiores.

Esto es así, por cuanto si bien conforme a la reiterada jurisprudencia sentada en cuanto al leal acatamiento a las decisiones de la C.S.J.N.<sup>165</sup>, este sólo cede en la medida que se aporten nuevos argumentos que justifiquen modificar la posición sentada por el Tribunal Supremo<sup>166</sup>, lo cual permite

<sup>161</sup> CSJN, Fallos: 292:456; 305:102; 306:126, 400, 312:826; y recientemente in re "Banco de Galicia y Buenos Aires s/ solicita intervención urgente en autos 'Smith, Carlos Antonio c/ Poder Ejecutivo Nacional o Estado Nacional s/ sumarísimo", del 1/2/02, en adelante "Smith".

<sup>162</sup> CSJN, Fallos 313:1513.

<sup>163</sup>, Fallos: "*Cassin*", 243:467; 323:1566.

<sup>164</sup> "Las reducciones salariales por emergencia económica", La Ley, 1998.A-62.

<sup>165</sup> Fallos: 25:364; 212:51; 307:1094; 315:2386, entre otros; conforme puede leerse en el voto del Sr. Juez Virgilio Tedín en el primero de los precedentes citados.

<sup>166</sup> Doctrina de Fallos: 307:1092 y sus citas.

insistir en aquellos aspectos que no han sido objeto de consideración por la Corte.

En el entendimiento que los fallos emanados del Supremo Tribunal Federal no resultan obligatorios para otros casos análogos, lo cierto es que los jueces inferiores tienen el deber de conformar sus decisiones a las de la Corte, en tanto las sentencias de los tribunales que se aparten de tales precedentes sin aportar nuevos fundamentos que justifiquen modificar la posición sentada por aquélla -en su carácter de intérprete final de la Constitución Nacional y de la legislación dictada en su consecuencia-, carecen de sustento.

Asimismo su seguimiento se impone por razones de economía procesal y atento a la trascendencia que en el orden judicial revisten dichas decisiones.

Es que lo resuelto por la Corte Suprema en toda cuestión regida por la Constitución Nacional o las normas federales, debe inspirar decisivamente los pronunciamientos del resto de los tribunales. En otros términos, razones fundadas en la previsibilidad, estabilidad y orden aconsejan la adhesión a sus precedentes.

Concluyendo, dicho Tribunal ha resuelto en el caso "Cerámica San Lorenzo"<sup>167</sup>, que "no obstante que la Corte Suprema sólo decide en los procesos concretos que le son sometidos, y su fallo no resulta obligatorio para casos análogos, los jueces inferiores tienen el deber de conformar sus decisiones a aquéllas (conf. doc. de Fallos 25:364). De esta doctrina y de la de Fallos: 212:51 y 160, emana la consecuencia de que carecen de fundamento las sentencias de los tribunales inferiores que se apartan de los precedentes de la Corte sin aportar nuevos argumentos que justifiquen modificar la posición sentada por el Tribunal, en su carácter de intérprete supremo de la Constitución Nacional y de las leyes dictadas en consecuencia."<sup>168</sup>

### 3. El rol del juez.

Destaquemos ciertas cuestiones filosóficas ilustrativas de temas concretos como el del "rol del juez", con las que tuve oportunidad de contactarme a lo largo de la cursada de la maestría dictada en la UP<sup>169</sup>, con mira en la realidad que hoy nos toca vivir a quienes tenemos relación con el funcionamiento del Poder Judicial.

Veamos primeramente porqué el sistema jurídico continental aplicado - en parte- en nuestro país, que en la teoría conlleva un rol del juez sumamente escaso y atado, utiliza a "la codificación" como una de las estrategias para obtener certeza y estabilidad en el sistema normativo.

En este sentido, cabe precisar que la certidumbre y la justicia significan valores para todo "sistema normativo", entendiéndose a éste último como un cuerpo operativo de instituciones, procedimientos y normas jurídicas. No pretendo analizar aquí las implicancias de tales valores sobre el sistema del common law, pues excede la consigna, sino que me limitaré a señalar su relación con "la codificación" para explicar el porqué de su utilización por el civil law.

A propósito de ello, recordemos que es en el marco de una concepción creada a la luz de la caída del poder arbitrario, donde el estado surgió para dictar leyes sustentadas en la voluntad del pueblo

<sup>167</sup> Fallos: 307:1094.

<sup>168</sup> Fallos: 307:1094, cit., consid. 2º, en p. 1096 y 1097; véase, también, Miller, Jonathan M., Gelli, María Angélica y Cayuso, Susana, *Constitución y poder político*, Buenos Aires, Astrea, 1987, tomo I, p. 115 y siguientes; Sagiés, Néstor Pedro, *Derecho procesal constitucional. Recurso extraordinario*, 2da edición, Buenos Aires, Astrea, 1989, tomo I, p. 177 y siguientes y "Eficacia vinculante o no vinculante de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación", en "El Derecho" 93-892.

<sup>169</sup> Dres. Saba y Bohmer

entendida como soberana, y la legislatura como representante de la voluntad popular se arrogó la función de legislar al momento de determinar la estricta separación de poderes.

Así, la principal razón de la codificación francesa parte de la ideología de la revolución como glorificación del Estado-Nación. El movimiento hacia un Estado centralizado dio importancia a la creación de "unidad" de la diversidad de leyes. El objetivo llegaba -incluso- a lograr que los abogados fueran innecesarios, en virtud del deseo general de un sistema jurídico simple, sin tecnicismos ni vericuetos. De allí la necesidad de establecer el derecho de un modo claro y preciso para que todo ciudadano pueda comprenderlo. De allí también, el ideal de certeza, en beneficio del cual debía despojarse al juez de todo poder legislativo. La función del juez debía limitarse a seleccionar la disposición del código para aplicar al caso.<sup>170</sup>

En general, en el civil law, la razón por la cual "la codificación" ayuda a la certidumbre, es el concepto de previsibilidad de las situaciones posibles en cabeza del más capacitado para delinear derechos y obligaciones: "el pueblo", representado por el poder legislativo como máxima expresión, debido a sus orígenes de limitador de la tiranía del rey. Por ello, el legislador surge como un ser omnipotente respaldado por la fuerza de la soberanía popular. En definitiva, el objetivo de certeza es un reflejo de la desconfianza en los jueces. En nombre de la certeza, la legislación debe ser clara, completa y coherente, debiendo ser automática su aplicación.

A pesar de ello, el civil law reconoce -en parte- la existencia de confusiones en la interpretación de la legislación, cuando el juez resuelve su aplicación a casos determinados. El sistema en sí, no tiene lagunas; el problema de entendimiento es del juez. Los intersticios sólo existen en la interpretación que el juez, confundido, realiza del sistema codificado completo y perfecto.

No debe olvidarse que el sistema continental es un sistema epistemológico sin ambigüedad, y que la forma en que se interpreta el derecho en el sistema del civil law, como un sistema de normas singular, imperecedero, único, preciso, coherente, consciente, justo, económico, omnicompreensivo, se encuentra basada en la hipótesis del legislador racional.

En este sistema el poder del juez se ve limitado por su falta de legitimidad popular, impidiéndosele adoptar la interpretación normativa que le plazca con miras en la justicia y la equidad, debiendo atenerse a aplicar sistemáticamente las normas codificadas por el legislador y, en caso de dudas, remitírsela para su correcta interpretación. La tarea del juez resulta una mera aplicación sistemática de la ley.

En este sistema, la analogía resulta innecesaria, así como también la interpretación de las palabras comunes impuestas por el pueblo. En un sistema codificado, los abogados también resultan innecesarios como litigantes, reservándosele una función meramente jurista, doctrinaria o de enseñanza. La ciencia del derecho resulta descriptiva, meramente geométrica.

En resumen, en el civil law el texto de la ley lo es todo.

Ahora bien, resulta más que claro que esta concepción absolutista del civil law hace ruido con la realidad práctica de cada día.

Resulta ser que las normas no son todo lo abarcativas que se imaginaba, ni que su generalidad sea

---

<sup>170</sup> Conforme una antigua y reiterada jurisprudencia de la C.S.J.N. en materia de interpretación de la ley, la primera regla consiste en respetar la voluntad del legislador y, en tal sentido, cabe estar a las palabras que ha utilizado. Si la ley emplea determinados términos, la regla de interpretación más segura es la de que esos términos no son superfluos, sino que han sido empleados con algún propósito, por cuanto, en definitiva, la misión de los jueces es dar pleno efecto a las normas vigentes sin sustituir al legislador ni juzgar sobre el mero acierto o conveniencia de disposiciones adoptadas por aquél en el ejercicio de sus propias facultades (Fallos 317:1012 y sus citas del consid. 3º). Sobre el particular, en relación a la norma Constitucional, ver también: Segundo Linares Quintana, "Tratado de Interpretación Constitucional", Ed. Abeledo Perrot, Año 1998, Bs.As.

un beneficio cuando se transforma en vaguedad, ni que la interpretación resulte innecesaria por la completitud del sistema, ni que las normas conduzcan siempre a un camino de justicia equitativo. Esto preocupa sobremanera a quienes sostienen la existencia de un sistema como el descrito, llevándolos a idear sistemas interpretativos judiciales aferrados a la lógica.

Sin embargo, ello no alcanza para evitar el hecho de que el "legislador racional" es un legislador ideal que en la práctica no existe, ya que el legislador real -de carne y hueso- es sumamente distinto. Esta afirmación hace tambalear las características de la codificación que, al sostener al sistema continental, lo hace tambalear también.

Carlos Nino <sup>171</sup>, reinterpreta la hipótesis original para evitar esta consecuencia catastrófica para el sistema, reconoce las falencias del legislador real. Sin embargo, entiende que la ficción del "legislador racional" permite justificar un amplio conjunto de soluciones jurídicas originales de la dogmática, haciendo compatibles los ideales parcialmente competitivos del derecho positivo y adecuarlo a los estándares valorativos vigentes.

Afirma que la atribución de esas características no se formula como una hipótesis empírica a ser verificada, sino como un presupuesto dogmático excluido de la constatación fáctica. Dice que la dogmática no necesita de esas características perfectas, sino que debe interpretarse el sistema jurídico de forma tal que siga estas características dentro de todas las interpretaciones posibles. Soluciona las falencias del sistema a través de esta pauta de interpretación.

La intención de la dogmática así entendida es despojar al proceso de interpretación de toda decisión valorativa que usurpe el poder del pueblo que sustenta al sistema.

Ahora bien, existen aún dos críticas que hacen caer casi absolutamente a los presupuestos del sistema continental: indeterminación radical del derecho y superfluidad moral del derecho. Ambas se relacionan con la imposibilidad de sacar la carga valorativa a las normas y quienes deben aplicarla a los casos concretos.

La primera implica que el juez, necesariamente ha de interpretar una norma al momento de aplicarla dado que deberá analizar y elegir los hechos relevantes del caso y la norma que los regula identificando el material jurídico relevante. La segunda, se funda en la creencia de jueces como seres racionales que actúan conforme a sus capacidades para discernir sobre cuales principios morales deben suscribir las normas; el juez también justifica su decisión en un imperativo moral porque en algún momento la pirámide normativa se acaba.

Estas críticas resultan un problema, incluso para la dogmática sostenida por Nino. Para evitar la primera, Nino recurre a distintos pasos de la aplicación de normas: determinación, hallazgo del material jurídicamente relevante, su asignación o descubrimiento, la inferencia de sus consecuencias lógicas, la superación de las indeterminaciones, y la subsunción del caso individual a la norma. Para evitar la segunda, admite que entonces lo que se requiere conservar no es un texto sino todo un proceso convencional que satisface principios valorativos.

Al analizar el objetivo de justicia de ambos sistemas normativos, permiten determinar aún más tipos de roles que puede desempeñar un juez.

En este sentido, Fiss afirma que hacer justicia no es conformar a las partes litigantes en un conflicto, sino resolverlo con justicia. El juez depende de una comprensión social que contempla la existencia de valores públicos, sin la cual la institución no tendría sentido. En esa búsqueda el juez debe

---

<sup>171</sup> Nino, Carlos, "La filosofía del control judicial de constitucionalidad", Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989; y "Fundamentos de derecho constitucional", Ed. Astrea, Bs.As., 1992.

tener completa libertad individual.

Dworkin,<sup>172</sup> en cambio, sostiene que la justicia es el efecto de una búsqueda colectiva sustentada - básicamente- en el precedente, al que se encuentran atadas históricamente las futuras decisiones.

En el mismo sentido, Bickel afirma que, debido al tiempo y aislamiento que caracterizan a la función judicial, el juez resulta el más indicado para apelar a la mejor esencia del hombre, capaz de ser la voz de la razón y encargado de crear principios duraderos e impersonales.

Ely<sup>173</sup> por su parte, sostiene que el juez debe ocuparse del control de los procedimientos y no de las decisiones acerca de valores, propios de la administración y legislatura; allí los jueces aparecen actuando como outsiders, debiendo limpiar los canales del cambio político y evitar discriminaciones contra las minorías.

Dejemos para el final de este trabajo la conclusión a la que he de arribar, atento a que justamente el tema elegido resulta ser un concreto caso de realidades aplicadas a un sistema imperfecto que necesita de la actividad judicial para paliar las irregularidades que ocurren a diario; incluso a riesgo de extralimitarse, los jueces en el ejercicio de su función de Control de constitucionalidad pero sin dudas con sustento en la normativa internacional que le exige al Estado en su conjunto la resolución concreta de situaciones de desamparo.

---

<sup>172</sup> Dworkin, Ronald, "Los derechos en serio", Ed. Ariel, Barcelona, 1984; Ed. Planeta Agostini, Bs.As. 1993, p. 270 y ss..

<sup>173</sup> Ely, John, "Democracy and Distrust. A theory of judicial review"., Cambridge, Mass., Harvard U.P., 1980.

## V. Conclusiones.

La problemática planteada es compleja, principalmente si se repara en la situación de un sector especialmente vulnerable de la población frente al que el estado esta obligado a adoptar políticas especiales de protección y también plantea un problema de gestión para el sistema de salud por la elevada incidencia en los costos operativos. Además, las prestaciones de salud resultan un recurso escaso atento a la realidad que nos toca, generando un problema de asignación que persiste. Por todo ello, y el valor del bien en juego, ésta cuestión debe ocupar un lugar prioritario en la agenda política seria, mientras tanto, resulta útil rescatar la admisibilidad y procedencia de su resguardo por medio de procesos como el amparo y su cautelar, por parte de los tribunales locales.

Tengo para mí que en materia de derecho a la salud entre el apego a las normas y nomencladores de prácticas médicas y el derecho a la vida debe –indudablemente- *priorizarse* éste último. No parece dudoso que surge una discusión o conflicto entre el prestador primario o efector y el Estado Administrador acerca de quién deberá en definitiva afrontar económicamente la atención médica que urgentemente se requiera.<sup>174</sup>

A mi juicio, de las características reseñadas ut supra por autorizados defensores del civil law, teniendo en cuenta sus críticas y la práctica diaria, el objetivo de certeza y estabilidad del sistema normativo no se logra simplemente con la codificación. La hipótesis del legislador racional no supera las críticas que se enunciaron más arriba y, caída ella, todo el sistema de codificación cae también. Al ser necesaria la interpretación de las normas, ya sea porque están expresadas a través del lenguaje que resulta ambiguo por sus características esenciales, o por los motivos enunciados, parece imposible pensar en un sistema codificado sin intersticios. A su vez, entiendo que no es conveniente que un órgano político atado a las disposiciones de la mayoría sea el encargado de aplicar las normas a los casos individuales en los que se plantea la necesidad de interpretar. En definitiva, reitero, el objetivo de certeza es un reflejo de la

---

<sup>174</sup> En apoyo a estas consideraciones merece recordarse lo que de modo reiterado ha sostenido la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en cuanto a que la tarea de preservar la salud de las personas se inscribe en uno de los deberes primordiales e impostergables del Estado, cuyo resguardo debe garantizarse con acciones positivas ("Fallos" 323:1339 y 324:754, entre otros). En este mismo sentido, dicho Tribunal, a partir del caso decidido en "Fallos" 306:2030, ha dejado claramente establecido -tras recordar el precedente de "Fallos" 182:5- que "quien contrae la obligación de prestar un servicio lo debe realizar en condiciones adecuadas para llenar el fin para el que ha sido establecido, siendo responsable de los perjuicios que causare su incumplimiento o su irregular ejecución". Añadió que "esta idea objetiva de la falta de servicio encuentra fundamento en la aplicación por vía subsidiaria del art. 1112 del Código Civil que establece un régimen de responsabilidad 'por 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'". "Ello -continuó- pone en juego la responsabilidad extracontractual del Estado en el ámbito del derecho público que no requiere, como fundamento de derecho positivo, recurrir al art. 1113 del Código Civil al que han remitido desde antiguo, exclusiva o concurrentemente, sentencias anteriores de esta Corte". Y concluyó: "no se trata de una responsabilidad indirecta la que en el caso se compromete, toda vez que la actividad de los órganos o funcionarios del Estado realizada para el desenvolvimiento de los fines de las entidades de las que dependen, ha de ser considerada propia de éstas, que deben responder de modo principal y directo por sus consecuencias dañosas". Similar derrotero han seguido otros tribunales del país y el pensamiento de los autores (véase "La Ley" 1989-C-512 y allí el comentario de Juan Carlos Cassagne, "La responsabilidad del Estado por omisión" y Beltrán Gambier, "Algunas reflexiones en torno a la responsabilidad del Estado, por omisión, a la luz de la jurisprudencia", en "La Ley" 1990-E-61". CFALP, Sala III, in re: "PARISI DE FREZZINI c/ Laboratorios Huilen y otros s/ daños y perjuicios", del 28 de septiembre de 2006.



desconfianza en los jueces, y mi conclusión es que la certeza no proviene sólo de un determinado sistema, sino de sus operadores. Tales serán siempre seres humanos con defectos y virtudes propios de esta raza, resultando importante lograr métodos de selección de los operadores que permitan su composición en base a la capacidad. Mucho se ha avanzado en este sentido en el último tiempo en nuestro país. Por este camino la certeza del sistema ha de lograrse con mayor facilidad.

En definitiva, estando en juego un derecho constitucional tan basal, en virtud de las necesidades imperantes y la falta de soluciones directas por parte de los legisladores, resulta acertado suscribir mientras tanto la postura en pos de la medida cautelar innovativa dentro del proceso de amparo como técnica más atinada para su protección, en consonancia con lo sostenido por alguna jurisprudencia sobre la posibilidad de examinar si la medida a ordenar puede generar mayores daños que los derivados de su ejecución, en un sentido concordante con el test mayoritariamente consagrado en los Estados Unidos.<sup>175</sup>

Sentado ello, resta todavía sortear las particulares características de un eventual apelación contra dichas medidas dentro del proceso marco, y es allí donde cabe concluir que, la inexistencia de una nueva reglamentación de la acción de amparo, no debe llevar a la aplicación en bloque de la ley 16986, sino, en todo caso, al mantenimiento de la normativa que no sea obstáculo para el ejercicio de la garantía constitucionalmente protegida. En consecuencia, atento a que el instituto referido ha sido recepcionado constitucionalmente, no puede aceptarse la subsistencia de una norma que funcione como obstáculo de la tutela eficaz a la que está destinada la acción de amparo, y que suspende la efectividad de las medidas cautelares ordenadas precisamente para proteger esos derechos, hasta que aquellas sean revisadas por los respectivos tribunales de Alzada. Lo contrario implica en la práctica, la negativa lisa y llana a la protección que la C.N. reconoce, por obra de una norma infraconstitucional.

En resumen, la actividad judicial debe incluir la protección de los derechos constitucionalmente reconocidos, incluso, a través de la aplicación de medidas cautelares previas al dictado de la sentencia definitiva, puesto que el perjuicio de conceder los recursos de apelación contra ellas con efecto suspensivo, cumplidos los requisitos formales del art. 198 del CPCCN, resultará en detrimento de derechos constitucionalmente protegidos.

Por su parte, cabe precisar que si bien las medidas innovativas provocan un anticipo de jurisdicción favorable respecto del fallo final de la causa, ese anticipo es sólo parcial y en el plano fáctico, siempre condicionado al éxito en la pretensión de fondo.

Insisto, en caso de que no existan dudas sobre la imposibilidad de coincidencia plena entre lo resuelto en el estadio cautelar y lo que se decida en una sentencia de mérito, aún cuando la prestación concreta tenga los mismos efectos fácticos en una y otra oportunidad procesal<sup>176</sup>, resulta convincente sostener que el proceso de amparo con petición de medida cautelar innovativa<sup>177</sup>, resulta ser la vía más adecuada para el tratamiento de cuestiones de salud, cuya protección resulta constitucional a la luz de las

<sup>175</sup> Vallefín, "Protección cautelar frente al estado", Ed. Lexis Nexis- Abeledo Perrot, 2002, p.115 y ss.. Test denominado balance of hardships, consistente en que el actor debe mostrar que el perjuicio que él podría sufrir en el caso de no otorgarse la medida es sustancialmente mas grave que el daño que el demandado debería soportar si la medida fuera concedida.

<sup>176</sup> CSJN, "Camacho Acosta", Fallos 320:1633 y jurisprudencia concordante.

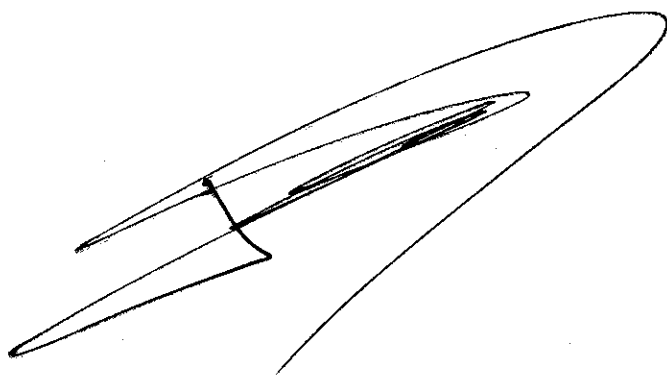
<sup>177</sup> Incluso a pesar de la confusión fáctica entre la cautelar ordenada y el fondo del asunto.

consideraciones vertidas a lo largo del presente trabajo. Incluso por sobre la denominada “medida autosatisfactiva”, porque a pesar de su similitud y celeridad, ésta última siempre correrá el riesgo de ser rechazada por cuestiones formales, por lo menos mientras se encuentre vigente la actual jurisprudencia de la CSJN<sup>178</sup>, en el sentido que como tales carecen de un proceso principal cuya trascendencia resulta sustancial para garantizar la bilateralidad del proceso y el consecuente derecho de defensa y debido proceso legal para el dictado de una sentencia definitiva.

Así y todo, resulta claro pues que con el dictado de la medida cautelar, aunque se confunda con el fondo del juicio, no se agota la protección del derecho. La función de la sentencia a la que se llega luego de obtenida la plena cognición permitiéndose el amplio ejercicio del derecho de defensa de las partes es nada más ni nada menos que la determinación en grado de certeza de si se tuvo o no derecho a obtener aquella cautelar basada en la verosimilitud del derecho, ganando carácter irrevocable con la fuerza de la cosa juzgada material pasando a ser propiedad del demandante.<sup>179</sup>

Si la democracia como forma de gobierno del sistema enmarcado en un Estado liberal vino a brindar la cobertura de necesidades del hombre, mas ellas colapsan las fuentes existentes para cubrirlas, qué hacer. La crisis económica crónica en la que parece desenvolverse nuestro Estado evidencian que éste se sostiene por los impuestos y contribuciones de la sociedad que demanda a su vez protección de la salud. Tal desproporción entre los ingresos y las demandas podrían resolverse por medio de soluciones alternativas equitativas fundadas en la realidad imperante.

Tiempo al tiempo, mientras tanto las contingencias sociales siguen aumentando y dificultan la toma de soluciones corporativas que excedan la casuística jurisprudencial analizada.



<sup>178</sup> CSJN, “Kiper”, del 28-12-01.

<sup>179</sup> Carlos E. Camps, “La medida cautelar innovativa...”, JA-2005, del 28-12-05, p. 21 y ss.