

El derecho personalísimo a la salud y su protección

Por Guillermo F. Peyrano

“El derecho personalísimo a la salud y su protección”, Revista de la Colección de Derecho Privado de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario, Editorial El Derecho, Buenos Aires 2.007.-

Sumario: I.- El derecho a la salud. Derecho personalísimo y fundamental. Su consagración y su crisis.- II.- Las competencias de los poderes del Estado en el derecho a la salud.- III.- La intervención del Poder Judicial en materia de salud.- III.1.- Biotecnologías, bioética y bioderecho.- III.2.- La intervención del poder judicial: III.2.1.- Respecto de técnicas de fecundación extracorpórea.- III.2.2.- Diagnósticos sobre el embrión humano.- III.2.3.- “Selección” y “crioconservación” de embriones.- III.2.4.- Anticoncepción.- III.2.5.- Anencefalia.- III.2.6.- Transfusiones de sangre.- III.2.7.- Intervenciones quirúrgicas.- III.2.8.- Cambio de sexo.- III.2.9.- Eutanasia.- IV.- Los mecanismos judiciales de protección del derecho a la salud.- IV.1.- La acción de amparo.- IV.2.- Medidas autosatisfactivas.- V.- Conclusiones.-

I.- El derecho a la salud. Derecho personalísimo y fundamental. Su consagración y su crisis.

El concepto de salud, conforme el sentido atribuido al mismo por la Organización Mundial de la Salud, tiene un extenso alcance, y comprende el completo bienestar físico, mental y social, superando a aquél limitado que lo reduce a la mera ausencia de enfermedades¹.-

¹ Ver MOSSET ITURRASPE, Jorge “Nuevos derechos de los usuarios y consumidores”, en *“La Reforma de la Constitución”*, Edit. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe 1.994, pág. 97.-

Como lo expresara Fernández Sessarego “...la salud –entendida como ausencia de enfermedad- resulta ser un componente importante –más no el único- del bienestar integral de la persona”².-

Ese bienestar –de amplio espectro- reconoce un derecho cuya finalidad es garantizarlo, tal el conocido como “derecho a la salud”, de naturaleza fundamental en razón del respeto y promoción de la persona humana cuya realización implica³.-

Este “derecho a la salud”⁴, constituye hoy en día un “derecho personalísimo” indiscutible⁵, ostentando además raigambre constitucional, dado que su reconocimiento y protección, se desprende de varias disposiciones de la Carta Magna (arts.41, 42, 75 incs.19 y 23, etc.)⁶.-

² FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos “Apuntes sobre el daño a la persona”, en *“La Persona Humana”*, obra colectiva dirigida por Guillermo A. Borda, Edit. La Ley, Buenos Aires 2.001, pág.339.-

³ “Los derechos fundamentales constituyen la principal garantía con que cuentan los ciudadanos de un estado de derecho de que el sistema jurídico y político se orientará hacia el respeto y la promoción de la persona humana...” (GHERSI, Carlos A. *“Derechos fundamentales de la persona humana”*, Edit. La Ley, Buenos Aires 2.004, pág.275).-

⁴ “...el denominado “daño a la salud” o la integridad que se trata de preservar comprende: la tutela del consumidor; la tutela del ambiente; la tutela de la persona respecto de males físicos o mentales; la del trabajador en el ámbito laboral” (MOSSET ITURRASPE, Jorge “Nuevos derechos de los usuarios y consumidores”, en *“La Reforma de la Constitución”*, Edit. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe 1.994, pág. 97).-

⁵ “Los derechos a la vida, la salud, y la integridad psicofísica nos parece que debe encabezar esta lista, pues son las premisas del sistema, sin ellos es difícil pensar los demás derechos personalísimos” (GHERSI, Carlos A., *“Análisis socioeconómico de los derechos personalísimos”*, Edit. Cathedra Jurídica, Buenos Aires 2.005, pág.54).-

⁶ El derecho a la vida y el derecho a la salud se encuentran tutelados, tanto por disposiciones constitucionales como por disposiciones de pactos y tratados internacionales. Apuntamos, entre otros: a) los arts. 14 bis, 33,41, 42 , 43 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional,- b) la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (arts.I y XI),- c) la Declaración Universal de Derechos Humanos aprobada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948 (art. 1, 2 y 3),- y d) la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de Santa José de Costa Rica) (art.4°).-

Esa jerarquía y reconocimiento, son compartidas por la consagración de otros derechos de similar naturaleza, enmarcada en el debido respeto que merecen las personas en cuanto tales⁷.-

Sin embargo, como bien lo apunta Ghersi, en el marco de los valores “posmodernistas” imperante, se asiste a una contradicción entre las disposiciones que se consagran, y las actitudes que se concretan respecto de la real vigencia de esos derechos⁸.-

Es decir que, más allá de plausibles normativas, la concreción de esos valores encuentra innumerables dificultades prácticas.-

La insuficiencia o la mala asignación de fondos públicos, el encarecimiento de las prácticas médicas y el de los medicamentos (como consecuencia de la cada vez mayor incorporación de tecnología e investigación, para su desarrollo y producción), la dispar distribución de los recursos humanos y materiales, y las desigualdades sociales y económicas de la población, -entre otros muchos factores-, producen como resultado que el goce pleno de este derecho no sea alcanzado por todos, ni en la misma forma, ni en similares condiciones.-

⁷ “...la consagración de los derechos humanos personalísimos en las sociedades cultas, y desde su avance sin parar ni retroceder, abre una trayectoria que lleva a difundir el respeto jurídico de las personas en cuanto tales” (CIFUENTES, Santos, “Derechos de los pacientes”, en *“Derechos y garantías del Siglo XXI”*, obra en coautoría dirigida por Aída Kemelmajer de Carlucci y Roberto M. López Cabana”, Editorial Rubinzal-Culzoni, Santa Fe 1999, pág. 175-

⁸ “Por un lado, se alientan como derechos personalísimos, y hasta con rango constitucional, el derecho a la salud y a un ambiente sano; sin embargo, por otro, nos encontramos con el cierre de hospitales públicos y la constante contaminación por la ausencia de controles estatales adecuados, etcétera” (GHERSI, Carlos A., “Los derechos personalísimos en la posmodernidad”, en *“Derechos y garantías del Siglo XXI”*, obra en coautoría dirigida por Aída Kemelmajer de Carlucci y Roberto M. López Cabana”, Editorial Rubinzal-Culzoni, Santa Fe 1999, pág. 168).-

La salud no llega a todas las personas humanas de la misma manera, y por consecuencia, en muchísimos casos este derecho se presenta como restringido o menguado en la práctica para una gran cantidad de seres humanos.-

Ante esta problemática situación, patentizada por numerosos entuertos, que generan desde la indignación hasta la desesperanza, corresponde a los operadores jurídicos encontrar las vías adecuadas para una efectiva tutela del derecho fundamental de los seres humanos a la salud.-

Piénsese (por ejemplo) en los miles de pasivos que cotidianamente deambulan por las instalaciones de los efectores de salud, obligados a soportar largas esperas –a veces casi kafkianas- al sólo efecto, no de obtener una atención inmediata para sus urgencias de salud, sino de conseguir un simple turno de atención con ese fin (muchas veces fijado –por otra parte- para varios meses después de la fecha del pedido).-

O en aquellas personas que afiliadas a una obra social o a un sistema de medicina prepaga, encuentran que por alguna razón –siempre hay alguna- justo el profesional que les inspira confianza, o la prestación médica que necesitan, no se encuentran comprendidos en la cobertura que se les brinda.-

O en aquellas otras –y los ejemplos puede multiplicarse casi hasta el infinito- que requieren para una debida atención de sus padeceres, del acceso a determinados medicamentos, cuyos precios se encuentran totalmente fuera de su alcance, y que también en muchas oportunidades, tampoco pueden ser solventados en debida forma por los distintos sistemas

de cobertura (sea en la totalidad de su costo, sea por todo el tiempo en que resulta necesaria su administración).-

O también en aquellos que padecen la denegación de la atención médica que necesitan de modo imperioso, por causas que muchas veces ni siquiera llegan a comprender (prácticas no nombradas, diagnósticos insuficientes, períodos de carencia, etc.).-

Los ejemplos son innumerables, y constituyen una palmaria evidencia de que el declamado –y consagrado- “derecho a la salud”⁹, puede constituirse en una mera fórmula efectista pero inefectiva, que no conduce a satisfacer las necesidades de quienes precisan de las prestaciones necesarias para garantizarlo.-

Ante estas situaciones nos preguntamos ¿De qué modo se puede garantizar la efectiva vigencia de este derecho? ¿Debe el Estado acudir para lograr su efectivización?, y en tal caso, ¿De qué órganos del Estado depende la efectiva atención de la salud? ¿Puede judicializarse un reclamo fundado en el derecho a la salud?, Y, en su caso, ¿qué límites tendrá el Poder Judicial?

En fin, los interrogantes son muchos, y, de muy difícil respuesta.-

Nuestro trabajo tratará de despejar algunas de estas cuestiones, buscando puntualizar el modo de lograrse la efectiva vigencia de este derecho esencial.-

⁹ Debe reconocerse la deuda que tiene la legislación civil argentina en materia de salud, a cuyo respecto se registran escasísimas regulaciones civiles (como por ejemplo las relativas a los trasplantes de órganos –ley 24.391, modif. por ley 26.606). Entre esas carencias apuntamos las reclamadas, relativas a la incorporación al Código Civil de los derechos de la personalidad, y entre ellos, el relativo a la integridad psicofísica del ser humano con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina, y de regulaciones del consentimiento informado (Ver conclusiones de las XVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Comisión N°9 “Bioética y Derecho Civil”, realizadas en Buenos Aires en 1.997).-

II.- Las competencias de los poderes del Estado en el derecho a la salud.

Al Estado le cabe un rol fundamental en la garantía de la efectivización de este derecho a la salud, en nuestro sistema jurídico.-

Ya se ha visto cómo la Constitución Nacional y diversos tratados se ocupan de este derecho, de modo tal que la intervención estatal queda absolutamente comprometida en la materia.-

En función del esquema constitucional de división de poderes, corresponde en primer lugar establecer los límites de actuación de los Poderes del Estado¹⁰ en materia de salud.-

Tanto el Estado Nacional, como el Provincial, como el Municipal, tienen competencias propias y concurrentes en materia de salud, que atañen a los tres Poderes en los que se encuentran organizados.-

En la esfera del Poder Legislativo, esa competencia se materializa en el dictado de disposiciones normativas con el objeto primordial de la defensa y promoción de la salud pública, tanto de orden programático como presupuestario.-

Luego, el Estado, a través del Poder Ejecutivo, administra los recursos de la comunidad con el objeto de satisfacer sus demandas y de asistir sus necesidades.-

¹⁰ “El tratamiento sanitario obligatorio depende del fin de protección de la salud pública general, considerada uno de los más importantes objetos del Estado” (CIFUENTES, Santos, “*Derechos personalísimos*”, Edit. Astrea, Buenos Aires 1.995, pág.365).-

Para el cumplimiento de su cometido, este Poder planifica y decide, contando con la facultad y obligación de analizar un universo de supuestos, esto es, una visión global de los problemas a solucionar.-

La planificación conlleva la fijación de un orden de prioridades, establecido en función de aquel análisis global.-

Esto acontece en materia de salud, en la que el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo, deben en primer término realizar la asignación del porcentaje de los recursos globales para su atención, y luego, y en relación a los recursos disponibles asignados y a las necesidades sociales, el primero deberá fijar las distintas prioridades que corresponderán a su atención en salud.-

Así, teniendo en cuenta todos esos factores, puede por ejemplo, en determinadas épocas o circunstancias, disponerse vacunaciones obligatorias de sectores de la población, o emprenderse la ampliación del número de salas de neonatología en los hospitales públicos, o efectuarse la adquisición de equipos de diagnóstico por imágenes, o la de determinados reactivos para la realización de ciertos análisis, o emprenderse cualquier otro tipo de acción que considere pertinente en orden a la consecución de los fines propuestos.-

Resulta absolutamente claro que no corresponde –en principio- al Poder Judicial tomar resoluciones como las expresadas, en razón de no contar con elementos para realizar análisis globales, propios de decisiones de carácter político o político-administrativo (de allí la incumbencia asignada a los Poderes Legislativo y Ejecutivo).-

El Poder Judicial, por no contar con los organismos técnicos competentes, ni corresponder a su función el análisis de la totalidad de los problemas sociales, no puede decidir por ejemplo –en principio-, cuáles son los casos particulares que deben atenderse prioritariamente en materia de salud.-

Si lo hace, podría invadir la zona de reserva de otro poder, pudiendo incluso incurrir en el error de alterar -mediante valoraciones equivocadas- la gravedad de los supuestos que merecen la atención estatal.-

El reparto constitucional de competencias no sólo abona el desempeño armónico e independiente de los poderes, sino que también, hace al correcto ejercicio de cada uno de ellos, cuidando que el cumplimiento de sus respectivas funciones sea eficaz.-

Sin embargo, esto no puede ni quiere significar que el Poder Judicial deba abstenerse o desentenderse de actuar en la protección de este derecho, sino que debe hacerlo con la debida prudencia, y recurriendo –cuando fuere necesario- a recabar la opinión de los órganos de los otros poderes del Estado comprometidos.-

La efectiva vigencia del derecho a la salud, amerita la superación de las ineficacias que se verifiquen a su respecto, justificando una cierta permeabilidad en la vulneración de las competencias de los poderes del Estado.-

Ello empero, no puede transformar al Poder Judicial en el Poder con competencia en la administración de la salud¹¹, sino que, en todo caso, su

¹¹ “La acción de amparo no es la vía eficaz ni adecuada para dejar sin efecto la decisión de un órgano administrativo dictada dentro o en ejercicio de sus atribuciones legales y la disconformidad con la adopción de uno o más programas de salud, que no exceden el marco de lo opinable, no es fundamento para desplazar los medios ordinarios de solución

intervención debe resultar de utilidad para corregir las omisiones o incumplimientos en garantizar el derecho a la salud.-

En cumplimiento de esa función en cierto modo subsidiaria, se registran numerosas decisiones jurisprudenciales en las que los Tribunales se han preocupado por la reafirmación de ese derecho, y por su efectiva vigencia.-

de controversias por el remedio de excepción de la demanda de amparo”(C. Nac. Civ. y Com. Fed., sala 2ª, 30/12/1998, -A. N. y otros v. Obra Social de Seguros-JA 2000-IV-síntesis).-

III.- La intervención del Poder Judicial en materia de salud

III.1.- Biotecnologías, bioética y bioderecho

La intervención del Poder Judicial en materia de salud no solo encuentra su justificación en esa función subsidiaria que más arriba se ha destacado, sino que también se encuentra relacionada con los desarrollos de las biotecnologías, de la bioética y del bioderecho -por las repercusiones que estos desarrollos generan sobre la persona humana-, que han obligado a los Jueces a asumir roles preponderantes, prohibiendo, autorizando u ordenando prácticas, atenciones, intervenciones y tratamientos relativos a la salud, de las más diversas características y naturaleza, incluyéndose la intervención que les ha cabido en todo lo relativo a los actos de disposición del propio cuerpo.-

“Desde la perspectiva del bienestar del ser humano, los progresos científico-técnicos –particularmente en el campo de las denominadas “ciencias de la vida”, merced a los desarrollos de la biotecnología-, han alcanzado objetivos impensables no demasiado tiempo atrás. Los “misterios de la vida”, se van develando, en sus orígenes, desarrollo, mantenimiento y fin”¹².-

“Por primera vez en la historia de la humanidad, el hombre dispone de los conocimientos científicos y de la tecnología necesaria, empeñosa y talentosamente procurados, y desde, y con ellos, está actuando y

¹² PEYRANO, Guillermo F., “*Bioética, dignidad y derecho*”, en LexisNexis-Jurisprudencia Argentina, boletín del 30 de julio de 2.003, JA 2003-III, fascículo n.5.-

planificando dominar los procesos biológicos del origen y desarrollo de la propia vida humana y de la vida en general”¹³.-

Las tecnociencias han avanzado, situando al ser humano en una condición de “recreador” de sí mismo, y ese protagonismo entraña responsabilidades mayúsculas, para que los “progresos” alcanzados y a alcanzarse, respeten y preserven la esencia y dignidad de la humanidad¹⁴.-

“Las técnicas de fecundación extracorpórea,- los diagnósticos sobre el embrión humano –incluso antes de su implantación en el útero femenino,- la “selección” y “crioconservación” de embriones,- la fecundación de gametos con prescindencia de la paternidad,- la implantación de embriones para su desarrollo en el útero de “madres sustitutas”,- la determinación de las distintas etapas de desarrollo del embrión humano,- el descubrimiento de los procesos celulares, genéticos, químicos y metabólicos que entraña el desarrollo del antiguo “misterio” del proceso de la fecundación,- la utilización de células “stem” para el “cultivo” de tejidos humanos,- lo experimentos de clonación de individuos de especies superiores y de células humanas,- el desciframiento del genoma humano,- la determinación de las anomalías genéticas causantes de enfermedades de ese carácter,- las terapias génicas,- los trasplantes de órganos y materiales anatómicos,- la

¹³ ARIAS DE RONCHIETTO, Catalina E., “Persona humana, ingeniería genética y procreación artificial”, en *“La Persona Humana”*, obra colectiva dirigida por Guillermo A. Borda, Edit. La Ley, Buenos Aires 2.001, pág.16.-

¹⁴ “El desafío prometeico o tecnocientífico se refiere al mito de Prometeo y la sabiduría técnica en el proceso de civilización, cuando el titán reparador se ha tornado el artista recreador del género humano, y las nuevas técnicas del cuerpo requieren una nueva moral que ha dado en llamarse bioética. El desafío consiste en realizar la revolución biológica como revolución cultural para el progreso de la humanidad, desarrollando una ciencia con conciencia y la inteligencia prudencial que guíe el poder de manipular la vida y la vida humana en particular” (MAINETTI, José A. *“Desafíos bioéticos del nuevo milenio”*, Jurisprudencia Argentina, boletín N°6218 del 1° de noviembre de 2.000, pág. 63).-

posibilidad de determinar la sexualidad genética,- las técnicas quirúrgicas y tratamientos hormonales para la determinación o modificación de la sexualidad,- el empleo de embriones humanos y de individuos humanos adultos para investigaciones y experimentos científico-médicos y farmacológicos,- la posibilidad de prolongar la vida de los seres humanos, aún en graves situaciones, con el auxilio de medios de todo tipo,- etc., constituyen sólo simples ejemplos de los impresionantes avances logrados – o en camino de serlo- de las ciencias de la vida”¹⁵.-

Estos avances científico-técnicos entrañan problemáticas que hacen a la concepción misma del hombre y de la sociedad y a su modelo evolutivo, y las tecnologías, diseñadas “para el hombre”, lo están transformando en “cautivo” de su desarrollo¹⁶.-

Ya no se trata del ser humano disponiendo del mundo que lo circunda en su beneficio, sino de disponer de aquél, desde su generación hasta su fin, como igualmente del medio en que habrá de desarrollarse, con indudables consecuencias sobre su mismo destino como especie¹⁷.-

Esta situación ha generado el reclamo de estudiosos responsables, preocupados por la indiferencia que el posmodernismo -apuntado por Ghersi- genera.-

¹⁵ PEYRANO, Guillermo F., “*Bioética, dignidad y derecho*”, en LexisNexis-Jurisprudencia Argentina, boletín del 30 de julio de 2.003, JA 2003-III, fascículo n.5.-

¹⁶ “lejos de ser el amo, el hombre es manipulado por la tecnociencia” (MAINETTI, José A. “*Desafíos bioéticos del nuevo milenio*”, Jurisprudencia Argentina, boletín N°6218 del 1° de noviembre de 2.000).-

¹⁷ “La vorágine tecnicista, que todo lo invade y modifica, está llevando al hombre a desconocer su propia esencia y a socavar los pilares sobre los que se encuentra edificada la estructura social” (PEYRANO, Guillermo F., “*El derecho a la vida y el comienzo de la vida humana*”, LexisNexis-Jurisprudencia Argentina, Boletín del 2 de abril de 2003/JA 2003-II, fascículo n.1).-

Arias de Ronchietto ha expresado que “...es necesario comenzar por advertir que ante la persistente indiferencia típicamente posmoderna a los límites normativos ético-jurídicos y a sus fundamentos; no menos que la integridad del hombre individual y la de la propia especie humana, están expuestas al trato que propinan a su estatuto ontológico las ciencias de la vida y éstas, a su vez, al encuadre que reciben de las ciencias prácticas; ciencias a las que no caben dudas de que hoy se está ante procedimientos y posibilidades tecno-científicas que a la par que prometen beneficios preventivos, diagnósticos y terapéuticos de inédita envergadura, de no ser encauzados con suficiente sabiduría, afectarán, en profundísima medida, la propia identidad y la libertad del ser humano, las relaciones de alteridad, y en general, el desarrollo de la especie humana”¹⁸.-

En ese marco se registra la intervención de los Jueces, quienes a través de sus resoluciones, procuran lograr esos encauzamientos reclamados, en cuestiones relacionadas con el derecho a la salud, en las que los otros Poderes del Estado, no han podido, querido o sabido, dar con las soluciones adecuadas.-

Sus prohibiciones, autorizaciones u órdenes implican un protagonismo activo del Poder Judicial en la efectivización del derecho a la salud, más allá de sus aciertos o desaciertos y de las conformidades o discrepancias que generen.-

¹⁸ ARIAS DE RONCHIETTO, Catalina E., “Persona humana, ingeniería genética y procreación artificial”, en *“La Persona Humana”*, obra colectiva dirigida por Guillermo A. Borda, Edit. La Ley, Buenos Aires 2.001, pág.16.-

Se verifica un auténtico compromiso de los jueces con las cuestiones atinentes a la bioética, y con procurar la efectiva vigencia del derecho a la salud, en defensa de la dignidad de la persona humana¹⁹.-

Conforme Francis Abel (citado por Asnáriz, Rascio y Salvador) se entiende por “bioética” como el “estudio interdisciplinario de los problemas suscitados por los progresos biológicos y médicos tanto a nivel de la sociedad global, y sus repercusiones sobre la sociedad y sus sistemas de valores de hoy y mañana”²⁰.-

Este concepto se ha ido extendiendo, abarcando principalmente la ética aplicada al campo de la medicina y de la biología, y sobre la base del mismo se ha ido generando el denominado “bioderecho”, “...cuyo contenido se concreta con la “juridización” de los estándares, parámetros y restricciones que la bioética propone”²¹.-

Julián Herranz ha expresado que “el segundo campo investigación, de diálogo y de compromiso científico en defensa de la dignidad de la vida humana y del derecho a la vida está representado por la relación entre la biología y el derecho: el así llamado bioderecho”²².-

¹⁹ “La Bioética debe partir, en todos sus desarrollos, del irrenunciable principio de dignidad de la persona humana” (XVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil, conclusiones Comisión N°9- Bioética y Derecho Civil, Buenos Aires 1.997.-

²⁰ ASNÁRIZ, Teresa,- RASCIO, Alejandra,- y SALVADOR, Horacio, “*Bioética, disciplina con proyección social*”, comunicación presentada en las VII Jornadas Argentinas de Bioética y VII Jornadas Latinoamericanas de Bioética, celebradas en Rosario (Argentina) del 8 al 10 de noviembre de 2001, Libro de Comunicaciones, Edic. Suarez, Mar del Plata 2001, pág.43.-

²¹ PEYRANO, Guillermo F., “*Bioética, dignidad y derecho*”, en LexisNexis-Jurisprudencia Argentina, boletín del 30 de julio de 2.003, JA 2003-III, fascículo n.5.-

²² HERRANZ, Julián “La humanidad ante una encrucijada: Derecho y biología”, en <http://www.arvo.net/includes/documento.php?IdDoc=6350&IdSec=633>.-

La activa intervención de los Tribunales de Justicia en la tutela del derecho a la salud, resulta un elemento generador de ese “bioderecho” de trascendental importancia, toda vez que por lo general son los jueces quienes adelantan las soluciones a las problemáticas cuya elucidación la sociedad reclama.-

Prueba de este compromiso del Poder Judicial en la tutela del derecho a la salud, la constituyen los numerosísimos pronunciamientos que a su respecto se han dictado, los que responden a cuestiones de la más diversa naturaleza y características.-

III.2.- La intervención del poder judicial.

De modo absolutamente arbitrario e incompleto, y con la sola finalidad ejemplificativa podemos apuntar distintos temas en los que se verifican decisiones de los Tribunales de Justicia en materia de salud, a saber:

III.2.1.- Respecto de técnicas de fecundación extracorpórea:

Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, sala constitucional • 15/03/2000 •

Navarro Del Valle, Hermes c. Decreto Ejecutivo 24.029-S • ED214, 648

“Dado que la técnica de Fecundación in vitro y Transferencia de Embriones — FIVET— , regulada por el decreto 24029-S (Costa Rica), contraviene el derecho a la vida considerada en sí misma, debe dejarse constancia expresa de que, ni siquiera por norma de rango legal es posible autorizar

legítimamente su aplicación, al menos, mientras su desarrollo científico permanezca en el actual estado y signifique el daño consciente de vidas humanas”.-

III.2.2.- Diagnósticos sobre el embrión humano:

Tribunal Constitucional de España • 19/12/1996 • Ponente Villalón, Pedro C. • LA LEY1997-D, 196, con nota de Luis Guillermo Blanco.

“La ley 42/1988 de donación y utilización de embriones y fetos humanos parte de un presupuesto fundamental, implícito pero no por ello menos constante, cual es el carácter no viable de dichos embriones y fetos humanos, es decir, la incapacidad de vivir, de desarrollarse hasta dar lugar a un ser humano, a una persona en el fundamental sentido del art. 10.1. Constitución de España s legales a fetos humanos viables están dirigidas, en principio, a preservar su viabilidad, a prevenir que ésta pueda frustrarse”.-

III.2.3.- “Selección” y “crioconservación” de embriones:

Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, sala constitucional • 15/03/2000 •

Navarro Del Valle, Hermes c. Decreto Ejecutivo 24.029-S • ED214, 648

“La aplicación de la técnica de Fecundación in vitro y Transferencia de Embriones — FIVET— , aun con las restricciones que contiene el decreto 24029-S (Costa Rica), atenta contra la vida, ya que el embrión humano es

persona desde el momento de la concepción, por lo que no puede ser tratado como objeto, para fines de investigación, ser sometido a procesos de selección, conservado en congelamiento, y expuesto a un riesgo desproporcionado de muerte, siendo por ello ilegítimo constitucionalmente”.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala I • 03/12/1999 • R., R. D.

•

“El ovocito pronucleado -entendido como estructura biológica peculiar distinta de los gametos masculino y femenino que contiene los elementos con que pocas horas después se formará el embrión- debe recibir una tutela jurídica semejante a la persona humana”.

Tribunal Constitucional de España • 19/12/1996 • Ponente Villalón, Pedro C. • LA LEY 1997-D, 196, con nota de Luis Guillermo Blanco.

“Con relación al "nasciturus", la obligación del Estado de establecer un sistema legal para la defensa de la vida que suponga su efectiva protección e incluya, como última garantía, normas penales, no puede aspirar a revestir carácter absoluto, pues en determinados supuestos puede y aun debe estar sujeta a limitaciones. En el caso de la ley 42/1988, de donación y utilización de embriones y fetos humanos, es inadmisibile la pretensión de que cada una de las interdicciones contenidas en la misma vaya indefectiblemente acompañada de la correspondiente sanción penal”

Tribunal Constitucional de España • 19/12/1996 • Ponente Villalón, Pedro C. • LA LEY1997-D, 196, con nota de Luis Guillermo Blanco.

“Si bien los "narcituri" no son titulares del derecho a la vida, su vida es un bien jurídico constitucionalmente protegido por el art. 15 de la Constitución de España. Y en ese contexto se sitúa la ley 42/1988 de donación y utilización de embriones y fetos humanos, en cuanto regula determinados extremos relativos a embriones y fetos que pueden o han podido tener oportunidad de nacer, es decir, que han podido incorporar a un 'nasciturus', a un ser que en su día puede llegar a ser titular del derecho a la vida al igual que de los restantes derechos humanos.”.

III.2.4.- Anticoncepción:

Corte Suprema de Justicia de Chile • 30/08/2001 • P. I., S. c. Laboratorio ISP (Instituto de Salud Pública) • Sup.Const2002 (agosto), 72 - LA LEY2002-E, 333

“A los fines de garantizar el derecho a la vida -art. 19, Constitución de Chile-, el óvulo fecundado o embrión es un individuo de la especie humana -en el caso, se dejó sin efecto una autorización para la fabricación y venta de un fármaco por su eventual efecto abortivo- y como tal, digno de protección constitucional y legal para alcanzar su pleno desarrollo hasta que el nacimiento se produzca”

Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Minas Nro. 2 de San Luis • 21/03/2005 • Familia y Vida Asociación civil c. Provincia de San Luis • LLGran Cuyo 2005(julio), 746

“Cabe declarar la inconstitucionalidad, con alcance "erga omnes", de los arts. 1º y 2º inc. c de la ley 5344 de la Provincia de San Luis (Adla, LXII-E, 6009) en cuanto garantizan el suministro por parte del Estado provincial de métodos contraceptivos de emergencia pues siendo que todo método postcoital de emergencia tiene efecto abortivo en tanto impide el anidamiento del embrión en el útero, resulta evidente que las normas impugnadas atentan en forma flagrante contra el derecho a la vida de las personas por nacer”

Corte Suprema de Justicia de la Nación • 05/03/2002 • Portal de Belén - Asociación Civil sin Fines de Lucro c. M.S.y A.S. • DJ 2002-1, 664 - LA LEY 2002-B, 520 - ED 197, 13 - LA LEY 2002-C, 487, con nota de Germán J. Bidart Campos - LA LEY 2002-C, 697, con nota de Luis Guillermo Blanco - DJ 2002-2, 13, con nota de Jorge L. Manzini - RU 2002-2, 14 - JA 2002-III, 472 - CS Fallos 325:, 292 - Colección de Análisis Jurisprudencial Elems. de Derecho Administrativo - Julio Rodolfo Comadira, 380 - CS Fallos 325:, 292

”Toda vez que la vida comienza con la fecundación y todo método que impida el anidamiento del óvulo fecundado en el útero materno debe considerarse como abortivo, corresponde hacer lugar a la acción de

amparo interpuesta y prohibir la fabricación, distribución y comercialización del fármaco que produce tales efectos”

III.2.5.- Anencefalia:

Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires • 05/05/2004 • P., Fátima V. • LLBA 2004, 946, con nota de Rodolfo Guillermo Jáuregui

“No procede autorizar la realización de una inducción de parto en razón de la anencefalia que presenta el feto, toda vez que el niño en situación de desamparo debe ser protegido durante todos los tramos del embarazo de la madre y ello en el caso en función de un doble fundamento, cuales su condición de niño por un lado y de persona con discapacidad por el otro” (del voto en disidencia del doctor Pettigiani)

Tribunal Superior de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires • 26/12/2000 • T., S. c. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires • LA LEY 2001-B, 156 - LA LEY 2001-E, 272, con nota de Marcela I. Basterra - Rev. UNI, N° 1, p. 13

“La tensión entre la protección del niño con vida sólo intrauterina y la salud de la madre afectada por los consiguientes padecimientos psíquicos -en el caso, se solicita autorización judicial para anticipar el parto de un feto que padece anencefalia- debe resolverse a favor de la supervivencia del primero máxime cuando no se advierten peligros”

**físicos para la madre mayores a los de todo parto hasta el nacimiento”
(del voto en disidencia del doctor Casás).**

III.2.6.- Transfusiones de sangre:

Juzgado en lo Criminal y Correccional Nro. 1 de Transición de Mar del Plata • 09/05/2005 Hospital Interzonal General de Agudos Dr. Oscar Alende (HIGA) • LLBA2005(julio), 641, con nota de Augusto M.; Morello, Guillermo C. Morello

“Corresponde dejar librado al prudente criterio médico invocar el recurso al "privilegio terapéutico", atento a la situación de vulnerabilidad en la que se encuentra una menor no autorizada por su madre por razones religiosas a realizarse una transfusión sanguínea, en caso que la misma sea necesaria durante una intervención quirúrgica -en el caso, la madre profesa el culto Testigos de Jehová, pero no la hija-, si la revelación de toda la información pudiese redundar en un daño a la integridad psíquica de la paciente, con efectos negativos sobre la evolución de su salud”.”Es procedente la acción de amparo promovida por el director de un hospital a fin que se confiera autorización para realizar una transfusión de sangre a una persona de 18 años de edad, ante la oposición de su progenitora por razones religiosas -en el caso, la madre profesa el culto Testigos de Jehová, pero no la hija-, para el caso de resultar estrictamente necesaria durante la realización de una intervención quirúrgica, pues se trata de una persona en situación de

vulnerabilidad, cuya autonomía se halla seriamente disminuida en orden a la toma de decisiones que hacen al cuidado de su propia salud”.

III.2.7.- Intervenciones quirúrgicas:

Juzgado en lo Criminal y Correccional Nro. 1 de Transición de Mar del Plata • 19/07/2001 • P., J. C. • JA 2001-IV, 437

”Corresponde acoger favorablemente el pedido de autorización de una práctica quirúrgica necesaria para compatibilizar los órganos genitales de u transexual con los del género femenino, pues la incompatibilidad entre el sexo determinado en base a características externas y el sexo psicológico y psicosocial genera diversos dilemas a los que el orden jurídico en la medida de sus posibilidades debe ofrecer solución”.

Juzgado de Instrucción Nro. 2 de Comodoro Rivadavia • 12/12/2005 • M., R. R. • LLPatagonia2006 (febrero), 86

“La recta interpretación del art. 20 inc. c) de la ley de la Provincia del Chubut 989 sobre el ejercicio de la medicina, aventa toda posibilidad de someter a una persona mayor y capaz a cualquier intervención en su propio cuerpo sin su consentimiento.”

Juzgado en lo Criminal y Correccional Nro. 1 de Transición de Mar del Plata • 25/07/2005 • M. • LA LEY2005-E, 363, con nota de Alfredo J.

Kraut - LA LEY2005-E, 452, con nota de Eduardo A. Sambrizzi - LLBA2005 (octubre), 1066, con nota de Nelly A. Taiana de Brandi; Andrés Gil Domínguez; Cristina Mourelle de Tamborenea - LA LEY2005-F, 53, con nota de Walter F. Carnota

“Resulta aplicable el art. 19 de la ley 17.132 (Adla, XXX-A, 44), en cuanto dispone el deber de los profesionales de la medicina de respetar la voluntad del paciente en cuanto sea negativa a tratarse o internarse, respecto de la oposición de una paciente que padece una grave, progresiva e irreversible enfermedad, a someterse a procedimientos médicos invasivos y a permanencia -en el caso, respirador mecánico e hidratación y alimentación por tubo-, ya que el principio rector de carácter general es la autonomía personal”.

III.2.8.- Cambio de sexo:

Juzgado en lo Criminal y Correccional Nro. 1 de Transición de Mar del Plata • 06/10/2003 • N. N. • LLBA 2005 (marzo), 149, con nota de Gastón Federico Blasi

”Frente a un verdadero drama existencial que se plantea en lo más íntimo del ser humano que presenta un caso de transexualidad, el cambio de sexo somático -en el caso, adecuación de los órganos sexuales externos al género femenino- y jurídico resulta altamente beneficioso para consolidar una "saludable salud" en sentido integral y para

solucionar los conflictos de la identidad personal con sus múltiples proyecciones en la sociedad”

JA 2001-IV, 465 - LLC 2002, 575 - LA LEY 2002-D, 607

”No obstante la procedencia de la acción para que se modifique mediante nueva inscripción el sexo femenino que figura en la partida de nacimiento de un transexual por el masculino, se rectifique su nombre de pila y se expida nueva documentación de reparticiones públicas y privadas, cabe consignar en la nueva partida que en caso de matrimonio o adopción debe informarse a la autoridad administrativa o judicial el contenido de la presente sentencia, a fin de resguardar el derecho del futuro contrayente o los interesados en la adopción para conocer tal situación y decidir libremente”

Tribunal de Familia Nro. 1 de Quilmes • 30/04/2001 • K., F. B. • Sup.Const 19/10/2001, 2 - LA LEY 2001-F, 217 - Colección de Análisis Jurisprudencial Teoría Gral. del Derecho - Ricardo A. Guibourg, 316

”Toda persona goza del derecho a que se le reconozca socialmente y atribuya una identidad sexual congruente con su realidad personal -en el caso, la de un transexual con sexo genético femenino que se sintió y comportó como varón desde más temprana edad-, ya que ello es parte fundamental del concepto genético de la identidad personal -art. 19, Constitución Nacional, entendida como síntesis o complejo de la personalidad tomada co-mo una totalidad” (del voto del doctor Dalla

Via).

III.2.9.- Eutanasia:

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sección 4a • 29/04/2002 • P. c. Reino Unido • LA LEY 2003-B, 305, con nota de Calogero Pizzolo

”No atenta contra el derecho a la vida privada -art. 8º, Convenio Europeo sobre Derechos Humanos- el rechazo de la autorización pedida a un Estado europeo por una persona paralizada y con una enfermedad degenerativa incurable para que su cónyuge la asista en el suicidio sin ser reprimido por la Justicia criminal de dicho país, pues la injerencia en la intimidad del accionante está justificada en una sociedad democrática para la protección de los derechos de los demás, por lo que no resulta arbitraria ni irrazonable -artículo citado, apartado 2º-“.

Corte Constitucional de Colombia • 20/05/1997 • Parra Parra, José E. s/ inconstitucionalidad, art. 326, Cód. Penal. • LA LEY 1997-F, 518, con nota de Luis Guillermo Blanco

“La interpretación permisiva del art. 326 del Cód. Penal colombiano, según la cual se exime de responsabilidad al médico que, con el consentimiento del paciente terminal, comete homicidio eutanásico, debe extenderse a la ayuda al suicidio, contemplada en el art. 327 del

mismo ordenamiento. Por otra parte, no ha debido restringirse la opción legítima por la muerte a los pacientes terminales, pues existen casos dramáticos de enfermos no terminales --como los cuadrapléjicos-- a quienes debería comprender la posibilidad de optar por una muerte digna, si juzgan abrumador su padecimiento” (Del voto de los doctores Arango Mejía y Gaviria Díaz).

Corte Suprema de Justicia de la Nación • 06/04/1993 • Bahamondez, Marcelo. • LA LEY 1993-D, 130 - Colección de Análisis Jurisprudencial Teoría Gral. del Derecho - Eduardo A. Russo, 344 - Colección de Análisis Jurisprudencial Derecho Const. - Daniel Alberto Sabsay

“El Estado se halla investido de título suficiente para tutelar la integridad física y la vida de las personas en supuestos como el consumo individual de estupefacientes o la práctica de la eutanasia o de operaciones mutilantes carentes de una finalidad terapéutica. En estos supuestos, no existe óbice constitucional para el castigo tanto del afectado, como de los profesionales intervinientes, pues constituyen manifestaciones de una cultura de la muerte que, al lesionar la naturaleza y la dignidad de la persona, no son susceptibles de tutela ni tolerancia jurídicas”. (Del voto en disidencia de los doctores Cavagna Martínez y Boggiano).

Juzgado de Familia, Niñez y Adolescencia Nro. 2 del Neuquén • 20/03/2006

• E. C. • LL Patagonia 2006 (junio), 278, con nota de Andrés Gil Domínguez - DJ14/06/2006, 517

“Debe otorgarse la autorización solicitada por el director de un hospital para respetar la decisión de los progenitores de un menor que está en la etapa terminal de una enfermedad incurable, de no ingresarlo a la sala de cuidados intensivos, pues se acreditó la inutilidad de la implementación de la asistencia respiratoria mecánica, que sólo implicaría el aislamiento del menor en una sala de terapia intensiva, sin que ello acarree luego una mejora de su calidad de vida, sino que por el contrario, sería ostensible el deterioro con relación al estado actual”

Los decisorios precedentemente recordados, con sus aciertos y sus desaciertos, reflejan el apuntado compromiso del Poder Judicial en la garantía de la efectiva vigencia del derecho personalísimo a la salud (más allá de los resultados muchas veces equivocados de los Tribunales de Justicia), y constituyen demostrativos ejemplos de la activa participación de los Jueces en el logro de la efectiva vigencia de ese derecho.-

IV.- Los mecanismos judiciales de protección del derecho a la salud.

Habiendo quedado evidenciada la activa intervención del Poder Judicial en la efectivización del derecho personalísimo a la salud, cabe ahora formular

algunas consideraciones en torno a los mecanismos a través de los cuales ese Poder del Estado interviene en esta temática.-

Constituyendo la salud un valor cuya preservación no suele admitir dilaciones o demoras, han sido aceptados distintos mecanismos de protección judicial de carácter urgente y expeditivo, comprendidos en el elenco de los destinados a proporcionar una tutela rápida y efectiva de los derechos.-

Esto ha implicado dotar a este derecho de la personalidad –esencialísimo y fundamental²³- de medios de tutela que garantizan que su protección se efectivice en tiempo propio, minimizándose las dilaciones propias de los intrincados trámites judiciales.-

Tanto las medidas autosatisfactivas²⁴, como las sentencias anticipatorias²⁵, como las acciones de amparo, entre los distintos instrumentos disponibles en el arsenal procesal, se han presentado -y se presentan- como medios aptos para allegar una tutela generalmente asociada a la impostergabilidad de su concreción.-

²³ Ver GHERSI, Carlos A. “*Derechos fundamentales de la persona humana*”, Edit. La Ley, Buenos Aires 2.004, pág.275.-

²⁴ “El pedido, formulado por una madre desempleada, de que su obra social continúe prestando servicio médico asistencial a su hijo oxigenodependiente más allá del plazo de cese de la cobertura, y ante la falta de precisión sobre la fecha de entrega del equipo necesario por parte del ente público correspondiente, se encuadra en el ámbito de las medidas autosatisfactivas”. (Con nota de Carlos A. GHERSI-Trib. Familia Lomas de Zamora, n. 3, 21/5/1999, - S., M. I.-JA 2000 - II – 393). Sobre estas medidas, también ver PEYRANO, Jorge W., “*Vademecum de las medidas autosatisfactivas*”, en J.A. 1996-II-709.-

²⁵ “La medida anticipatoria requiere: a) la existencia de una fuerte probabilidad de que el derecho en discusión será reconocido en la sentencia de mérito; b) la existencia de un riesgo tal que permita inferir que, de no adoptarse la medida, se provocará un grave perjuicio al peticionante; c) que sólo se otorga después de la traba de la litis; d) previo otorgamiento de contracautela suficiente, y d) que no produzca efectos irreparables en la sentencia definitiva”. (Con nota de Jorge W. PEYRANO-C. Civ. y Com. Mar del Plata, sala 2ª, 23/9/1999, - N., L. v. S., R. O.-JA 2000 - II – 31).-

En definitiva, lo que se procura es obtener en la protección de este derecho lo que se conoce como una “tutela judicial procesal efectiva”²⁶.-

IV.1.- La acción de amparo.

En primer término habremos de referirnos a la acción de amparo, respecto de la cual, el art. 43 de la Constitución Nacional reformada, determinó un ámbito de procedencia que privilegia el derecho a la jurisdicción, en pos de favorecer decisiones judiciales rápidas, expeditivas y eficaces.-

Concretó así el constituyente del año 1994, una disposición expresa, enmarcada en el espíritu del instituto que viera la luz en nuestro derecho, por medio de las señeras decisiones de la Excma.Corte Suprema de Justicia de la Nación, recaídas en las causas “Siri” y “Kot”.-

Sin duda el texto sancionado se compadece con la “Protección Judicial” consagrada en el Pacto de San José de Costa Rica (art.25 ap.1), el que por imperio del art. 75 inc.22 de la Constitución Nacional, ostenta hoy también rango constitucional.-

Conforme lo prescribe el artículo de la Constitución Nacional regulatorio del “Amparo”, en cualquier supuesto en que un derecho o garantía reconocido, no sólo por la misma Constitución, sino también por un tratado, o por una ley, aparezca menoscabado, lesionado, restringido o amenazado,

²⁶ “...tenemos que ante la jurisdicción se pueden presentar sujetos de derecho que soliciten (y al amparo de un derecho constitucionalmente consagrado) que el oficio les dispense una “tutela judicial procesal efectiva”, para remediar, componer o, incluso, prevenir una situación jurídica subjetiva particularmente amenazada o violada y cuya reparación requiere “urgencia” en la implementación” (VARGAS, Abraham Luis, “Teoría General de los Procesos Urgentes”, en la obra colectiva “*Medidas Autosatisfactivas*”, Edit. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe 1.999, pág. 121).-

en forma actual o inminente, y con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, procederá este remedio, el que sólo no podrá ser utilizado en el supuesto de la existencia de “otro medio judicial más idóneo”.-

En suma, el Amparo ha adquirido con la reforma constitucional una dimensión superadora, reafirmando su carácter de instrumento por excelencia para la tutela urgente y expeditiva de derechos lesionados, restringidos o amenazados.-

Néstor P. Sagüés, comentando la acción de amparo delineada en el texto de la Ley 25.675, ha expresado que “el art. 30 "in fine" de la ley 25.675 (Adla, LXIII-A, 4), siguiendo la moda argentina vigente en el orden federal, de crear una multiplicidad de amparos (general, contra actos de particulares, por mora administrativa, por mora de la Agencia Federal de Impuestos y de la Dirección General de Aduanas, electoral, sindical, etc.), ha programado un nuevo subtipo de amparo...”, al que calificara como “amparo ambiental”²⁷, dejando en claro que se verifican distintos subtipos de amparo en nuestro sistema jurídico.-

Puede afirmarse que empero no contar con un régimen especial, existe también, un auténtico “amparo de la salud” o del “derecho a la salud”, cuyos lineamientos se han ido fijando por numerosos pronunciamientos jurisprudenciales.-

El viejo y conocido instituto del amparo, no obstante la irrupción de nuevas figuras cuyo objeto finca en brindar soluciones jurisdicciones urgentes²⁸,

²⁷ SAGÜES, Néstor P., “*El amparo ambiental*”, LA LEY 11/06/2004, pág.1.-

²⁸ Respecto del cual ha expresado el Maestro Morello "Irrumpe el proceso urgente ((único; cómo quisiéramos todos que el tipo regla fuera el amparo!)), caudaloso como el brasileño o pausado y con mayor recato en Europa. Pero quién puede detener la ola que busca la

todavía es considerado como una vía con idoneidad específica para tutelar el derecho a la salud.-

En orden a los referidos lineamientos de este “subtipo de amparo” se han pronunciado los

Tribunales de Justicia, como a continuación habremos de ver.-

IV.1.1.- Procedencia del amparo en defensa de la salud.

“Procede la vía de amparo cuando está en juego el efectivo cumplimiento de la defensa de la salud”.(Sup. Corte Just. Mendoza, sala 1ª, 01/03/1993, -Fundación Cardiovascular de Mendoza y otro v. Asociación de Clínicas y Sanatorios de la Provincia de Mendoza y otros- JA 1995-II, síntesis).-

“La acción de amparo resulta la vía idónea para la efectiva protección del derecho a la salud de los enfermos internados en el Servicio de Salud Mental (pacientes psiquiátricos HIV) que podría verse seriamente afectado frente a una omisión en la adopción de las condiciones mínimas de bioseguridad” -Con notas de Augusto M. Morello, Miguel M. Padilla y Néstor P. Sagüés- (Juzg. Crim. Mar del Plata, n. 3, 22/10/1993, -Servicio de Salud Mental del Hospital Interzonal Gral. de Agudos de Mar del Plata, amparo- JA 1994-III-3).-

respuesta rápida y sobremanera útil. La tutela anticipatorias no es un hallazgo de biblioteca o un producto académico, es un capitular con las exigencias de una nueva realidad, que las necesidades del justiciable impone, y que la gente estimula" (MORELLO, Augusto M., en "*Anticipación de la tutela*", Librería Editora Platense, La Plata 1996, pág.13).-

“Cuando se está en presencia de una violación constitucional manifiesta y el derecho conculcado tiene la jerarquía y proyección del derecho a la salud e integridad físicas de las personas, el remedio excepcional del amparo es el procedimiento más apropiado para poner la situación jurídica en su quicio” (C. Nac. Civ. y Com. Fed., sala 2ª, 08/08/1997, -Aguirre, Juan J. y otros v. Instituto de Servicios Sociales para el Personal Ferroviario-A 2000-IV-síntesis).-

“El amparo como acción y derecho constitucional con sustento en la Constitución Nacional, Tratados Internacionales, la Constitución de la Provincia de Buenos Aires (según reformas de 1994) y la ley 7166 t.o. ley 7261 , se erige como la vía más idónea para la exigencia de la efectiva protección de los derechos humanos fundamentales como la vida, la salud y la integridad psicofísica de las personas, a través de otro derecho esencial como lo es el acceso a la jurisdicción, es decir aquella garantía que le asiste a todo habitante de esta Nación de tener un juez a quien recurrir en reclamo del respeto de sus derechos”.(Juzg. Crim. y Corr. Transición Quilmes, n. 3, 14/09/2001, -M., M. I., acción de amparo- JA 2001-IV-458).-

“El amparo como acción y derecho constitucional aparece como la vía para la efectiva protección del derecho a la vida como a la salud y a la idónea integridad psicofísica”. (Con nota de Graciela Medina y Héctor D.

Fernández). (Juzg. Crim. y Corr. Transición Mar del Plata, n. 1, 19/07/2001, -P., J. C.- JA 2001-IV-437).-

“La acción de amparo provincial constituye la vía idónea para la protección efectiva del derecho a la vida, y su corolario, el derecho a la preservación de la salud”. (Con notas de José A. Mainetti y María M. Mainetti y de Eduardo L. Tinant). (Juzg. Crim. Mar del Plata, n. 3, 05/09/1997, -A., K.-JA 1998-IV-298).-

“La acción de amparo resulta la vía adecuada tendiente a la obtención de una prestación médica -concibiendo a la vida y a la salud como "derechos positivos- con miras a la expedita protección jurisdiccional, por resultar el amparo la vía protectora más eficaz e idónea para el resguardo de los derechos en crisis”. (Con notas de José A. Mainetti y María M. Mainetti y de Eduardo L. Tinant). (Juzg. Crim. Mar del Plata, n. 3, 05/09/1997, -A., K.-JA 1998-IV-298).-

“La acción de amparo constituye la vía idónea para la protección del derecho a la vida y su corolario el derecho a la preservación de la salud”. (Con nota de Carlos Fernández Sessarego). (Juzg. Crim. Mar del Plata, n. 3, 06/11/1997, -M., M. A., amparo- JA 1998-III-339).-

IV.1.2.- Amparo en defensa de la salud y subsidiariedad de la vía.

“La existencia de otras vías formalmente aptas o la subsidiariedad del amparo, no debe llevarse al extremo de negarlo, cuando la prolongación de la vía administrativa puede generar un daño irreparable (en el caso, debido a las insuficientes condiciones de bioseguridad) “-Con notas de Augusto M. Morello, Miguel M. Padilla y Néstor P. Sagüés-(Juzg. Crim. Mar del Plata, n. 3, 22/10/1993, -Servicio de Salud Mental del Hospital Interzonal Gral. de Agudos de Mar del Plata, amparo- JA 1994-III-3).-

“La acción de amparo resulta la vía idónea para la efectiva protección del derecho a la vida como a la salud y a la integridad psicofísica”. (Con nota de Carlos A. Ghersi) (Juzg. Crim. y Corr. Transición Mar del Plata, n. 1, 13/09/1999, -B., M. E., amparo-JA 1999-IV-414).-

“El amparo -que en el caso tiende a la efectiva protección del derecho constitucional a la salud- procede aun si existen otras vías alternativas utilizables cuando éstas, por lentas o dificultosas, tornarían ilusoria la tutela del derecho sustancial en crisis”. (Con notas de Carlos A. Ghersi y de José A. Mainetti). (Juzg. Crim. y Corr. Transición Mar del Plata, n. 1, 19/06/2003, -S., S. A.- SJA 3/11/2004 JA 2004-IV-566).-

IV.1.3.- La legitimación en el amparo en defensa del derecho a la salud.

“La legitimación de las personas invocadas en el art. 43 CN. para promover una acción de amparo, entre los que se encuentra el defensor del pueblo, se circunscribe a los supuestos en que se encuentren comprometidos derechos de incidencia colectiva relacionados con el medio ambiente, la salud pública, los servicios públicos y no derechos subjetivos, individuales o exclusivos de los ciudadanos o usuarios” (Con notas de Ricardo L. Lorenzetti y Jorge M. Galdós) (C. Nac. Civ. y Com. Fed., sala 1ª, 16/03/2000, -Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires v. Edesur S.A.- JA 2000-II-223).-

IV.1.4.- Supuestos particulares de tutela del derecho a la salud por medio del amparo.

“El amparo es la vía adecuada para cuestionar la legalidad de la decisión de la empresa de medicina prepaga de cesar una afiliación con base en la mayoría de edad de la beneficiaria del servicio portadora asintomática del virus HIV., en tanto en el caso se hallan comprometidos los derechos constitucionales a la vida y a la salud y no existiendo una vía procesal más idónea para su tutela” -Del voto en disidencia del Dr. Saux-.(C. Civ. y Com. Santa Fe, sala 1ª, 11/08/1997, -A., P. L. v. N. M.- JA 2001-IV-628).-

“Procede el amparo interpuesto por quien, primero en virtud de su relación laboral y después por haber continuado el vínculo pagando las cuotas, recibía el servicio médico, y corresponde condenar a la empresa de prestaciones de salud a restituirlo, si no demostró la supuesta actitud dolosa consistente en omitir declarar una enfermedad” (C. Nac. Com., sala E, 02/11/2001, -B., E. A. v. Sistema de Protección Médica S.A.- JA 2002-II-603).-

“Corresponde hacer lugar al amparo y ordenar al Estado Nacional que prohíba la fabricación, distribución y comercialización de un fármaco que impide la implementación del óvulo fecundado en el útero materno”. (Con nota de José A. Mainetti). (Corte Sup., 05/03/2002, -Portal de Belén v. Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación- JA 2002-III-472).-

“Es admisible la vía del amparo encontrándose afectadas prestaciones médicas imprescindibles para preservar la salud de la actora”. (C. Nac. Com., sala C, 16/09/2003, -C., C. A. v. Sociedad Italiana de Beneficencia de Buenos Aires Hospital Italiano- SJA 21/1/2004 JA 2004-I-488).-

“La conducta adoptada por la empresa de medicina prepaga que rescindió unilateralmente y desde el momento de afiliación el contrato de cobertura suscripto con el amparista restringe con arbitrariedad manifiesta el derecho a la salud de raigambre constitucional, si de los elementos acompañados a la

causa no puede inferirse -prima facie- que éste conociera la enfermedad hepática que padecía, y sus consecuencias, ni que la hubiera ocultado intencionalmente al solicitar su inscripción”. (Con nota de Laura Pérez Bustamante). (C. Nac. Cont. Adm. Fed., sala 4ª, 29/04/2004, -Massola, Eduardo A. v. Medicus S.A.-SJA 30/3/2005 JA 2005-I-606).-

“El amparo es la vía idónea para obtener autorización judicial para efectuar un trasplante de riñón entre personas divorciadas, dado que el procedimiento especial contemplado en el art. 56 ley 24193 rige exclusivamente para el orden federal, y no existe otro medio judicial más eficaz” (conf. art. 43 CN. y art. 20 Const. Provincial). (Con notas de Santos Cifuentes y Augusto Mario Morello).(Juzg. Crim. Mar del Plata, n. 3, 06/06/1995, -R., I. B. y otro /amparo- JA 1995-IV-229).-

“Es ajustado a derecho disponer, en el marco de una acción de amparo, la medida cautelar consistente en mantener la prestación de servicios de salud a jubilados por parte de la obra social a la que permanecen afiliados, sin perjuicio de la oportuna resolución de la cuestión de fondo, y a fin de evitar los perjuicios que la privación de dicho servicio pudiera irrogarles”.(C. Nac. Trab., sala 5ª, 05/04/1996, -Debernardi, Carlos P. y otros v. Instituto de Obra Social y otros- JA 1997-II-48).-

IV.2.- Medidas autosatisfactivas.

También la tutela del derecho a la salud se ha canalizado recurriendo a una figura relativamente nueva, que presenta una enorme utilidad para allegar soluciones jurisdiccionales urgentes (como lo son las requeridas en lo que hace a la protección de ese derecho). Tales las denominadas “medidas autosatisfactivas”.-

Constituye un carácter típico de estas "medidas autosatisfactivas", el de proporcionar soluciones jurisdiccionales "urgentes" y "definitivas"²⁹, esto es, dar respuestas a aquellos supuestos que no admiten dilaciones ni son susceptibles de ser sometidos a los avatares temporales que implican los debates judiciales³⁰.-

Su despacho exige que se encuentre patentizada una "urgencia impostergable", que justifique la perentoriedad de la solución impetrada³¹, más aún teniendo en cuenta que las mismas implican quizás el ejercicio en una de sus dimensiones más acabadas del poder jurisdiccional.-

²⁹ "a) Su despacho (el de la medida autosatisfactiva) reclama una fuerte probabilidad de que lo pretendido por el requirente sea atendible y no la mera verosimilitud con la que contenta la diligencia cautelar; b) su dictada acarrea una satisfacción "definitiva" de los requerimientos del postulante (salvo, claro está, que el destinatario de la precautoria hubiera articulado exitosamente las impugnaciones del caso), y c) lo más importante: se genera un proceso (a raíz de la iniciación de la medida autosatisfactiva) que es autónomo en el sentido de que no es tributario ni accesorio respecto de otro, agotándose en sí mismo" (PEYRANO, Jorge W., "Los nuevos ejes de la reforma procesal civil", en la obra colectiva del Ateneo de Estudios del Proceso Civil *"Sentencia Anticipada (despachos interinos de fondo)"*, Edit. Rubinzal Culzoni, Santa Fe 2.000, pág.18).-

³⁰ PEYRANO, Guillermo F., *"La tutela del medio ambiente a través de la medida autosatisfactiva (La problemática de la "alta probabilidad del derecho" del peticionante)"*, en J.A., Boletín N °6121 del 23/12/1998.-

³¹ "La procedencia de las medidas autosatisfactivas está supeditada a la concurrencia simultánea de circunstancias infrecuentes (o sea no cotidianas) derivadas de la urgencia impostergable en la que el factor tiempo y la prontitud aparecen como perentorios...", GALDOS, Jorge M., *"El contenido y el continente de las medidas autosatisfactivas"*, en J.A., Boletín N ° 6.100 del 29/7/98.-

En materia de la tutela del derecho a la salud, esa urgencia aparecerá en muchas ocasiones casi siempre ínsita, por la impostergabilidad que resulta connatural de la mayor parte de las cuestiones relativas a la salud³².-

Muchas son las soluciones judiciales que han garantizado la efectiva vigencia de este derecho fundamental de la persona humana, recurriendo a esta figura.-

Podemos, entre otras, apuntar las siguientes:

“Ante el inminente cese del servicio médico asistencial prestado por una obra social a una menor oxigenodependiente, derivado del fin de la cobertura, con el consiguiente riesgo para la vida de la paciente, corresponde disponer, a título de medida autosatisfactiva: a) que la obra social continúe prestando el servicio hasta que el Ministerio de Salud provea lo necesario para preservar la salud del paciente; y b) que el Ministerio de Salud provea a la menor en plazo perentorio la prestación de salud adecuada, responsabilizándose en forma personal al titular del organismo por el incumplimiento de lo ordenado”. (Con nota de Carlos A. Ghersi). (Trib. Familia Lomas de Zamora, n. 3, 21/05/1999, -S., M. I.- JA 2000-II-393).-

“El trámite de la "medida autosatisfactiva" es aplicable, iura novit curia, en el caso del pedido destinado a que una obra social suministre de manera regular, continua y permanente los medicamentos necesarios para el

³² Aunque esta característica, bien puede faltar, como puede ser el caso de soluciones relativas a la salud de naturaleza fundamentalmente estética.-

tratamiento del virus HIV, atento la configuración de un interés tutelable cierto y manifiesto en razón de la expresa obligación que el art. 1 ley 24455 impone a dichos entes”

“Corresponde disponer, en calidad de medida autosatisfactiva y sin que sea necesaria la dación de contracautela, que la obra social del demandante le suministre de manera regular, continua y permanente los medicamentos necesarios para el tratamiento del virus HIV, de conformidad con lo dispuesto por el art. 1 ley 24455, bajo apercibimiento de astreintes y de las demás sanciones que correspondan por desobediencia. (Con nota de Carlos A. Ghersi). (Juzg. Nac. Civ., n. 67, 08/09/1999, -R. D., J. S. v. Obra Social de la Unión Obrera Metalúrgica- JA 2001-II-452).-

“Encuadra en la estructura del proceso urgente denominado "medida autosatisfactiva", el pedido de cumplimiento del suministro de medicación oncológica a cargo de PAMI, quien dejó de entregarlo alegando defectos formales en la documentación presentada con la solicitud del medicamento”. (Con nota de Carlos A. Ghersi). (Trib. Familia Lomas de Zamora, n. 3, 24/05/2001, -M., H. N. v. PAMI- JA 2001-III-421).-

“Aún cuando el amparista, persona vulnerable en atención a la enfermedad que padece, recurrió a la acción de amparo a fin de obtener que el IOMA. se haga cargo del costo de las sesiones de oxigenoterapia hiperbárica que necesita, por el principio iura novit curia cabe encuadrar procesalmente la petición formulada en la figura de la llamada "medida autosatisfactiva",

cuyo eventual otorgamiento por la vía judicial agota la prestación médica necesaria en este momento para su salud”. (Con nota de Celia Weingarten y Carlos A. Ghersi). (Juzg. Crim. y Corr. Transición Mar del Plata, n. 1, 23/05/2001, -B., A.- JA 2001-IV-566).-

“La medida innovativa denominada "autosatisfactiva", es excepcional, urgente, autónoma, no cautelar, de ejecutoriedad inmediata, despachable in extremis e inaudita parte, y tiene por finalidad dar una respuesta adecuada a situaciones inminentes como la planteada, en la que el PAMI. no hizo entrega de la medicación para tratar la leucemia del afiliado, al nosocomio en el cual éste estaba siendo tratado”. (Juzg. Crim. y Corr. Transición Quilmes, n. 3, 14/09/2001, -M., M. I., acción de amparo- JA 2001-IV-458).-

Como podemos observar, la figura de la “medida autosatisfactiva” ha caído como “anillo al dedo”, para la urgente tutela que es normalmente requerida en la protección del derecho a la salud, coadyuvando además, a evitar inútiles desgastes jurisdiccionales respecto de cuestiones que se agotan con la obtención de la protección del derecho en sí misma, y que no justifican la continuación de debates ulteriores, que resultarían a todas luces estériles, cuando no existen más razones para la discusión.-

Estas situaciones se dan a menudo en la salvaguarda del derecho a la salud, y apuntamos la utilidad de este medio procesal, en especial cuando otros medios legalmente predispuestos (como el amparo), reconocen cortapisas que dificultan su utilización.-

Derecho fundamental por otra parte, en cuya efectivización se encuentran comprometidos tanto el Estado como la sociedad toda.-

En la esfera de competencia estatal, la división de poderes no puede implicar “per se” el apartamiento del Poder Judicial en su responsabilidad y compromiso con la efectiva vigencia de este derecho.-

Es por ello...

V.- Conclusiones

Ya comenzado el Siglo XXI, se verifica el ensanchamiento del espectro de los denominados “derechos personalísimos”, y a tono con esa impronta, se ha incorporado al elenco que los comprende, como un derecho esencialísimo de la persona, el denominado “derecho a la salud”.-

Este derecho personalísimo y fundamental, ha encontrado un terreno apto para su desarrollo en los progresos de las biociencias, las que han generado -y generan permanentemente- dilemas novedosos en los que aparece comprometido este derecho, obligando a procurar soluciones que resulten, no sólo las de mayor justicia, sino también las que garanticen la dignidad de la persona humana.-

De similar manera, el reconocimiento de la efectiva vigencia de los derechos esenciales de la persona humana, ha obligado a aceptar la ingerencia del Poder Judicial en el punto, toda vez que el mismo resulta el garante último de esa efectiva vigencia.-

Tanto por los referidos progresos de las biociencias, como por las carencias, desatenciones, deficiencias, omisiones, e incumplimientos en la debida satisfacción de las prestaciones necesarias para garantizar este derecho (sea por parte del Estado, sea por parte de prestadores privados), la intervención del Poder Judicial, ha adquirido una trascendental importancia en lo que hace a garantizar que el derecho a la salud se concrete en beneficios tangibles para la persona.-

En ese marco la impostergabilidad que suelen conllevar los requerimientos de la salud, han obligado al empleo de soluciones judiciales expeditivas y rápidas, que allegan soluciones inmediatas para satisfacer esas urgencias.-

Es más, la necesidad de lograr la efectiva vigencia del derecho a la salud, ha servido como fundamento adecuado hasta para el desarrollo de institutos procesales novedosos, que acercan el ideal de obtener que la Justicia sea impartida en tiempo propio.-

En suma, este derecho personalísimo y fundamental, se ha abierto camino y ha obtenido un reconocimiento pleno, de la mano de soluciones jurisdicciones valientes e innovadoras, preocupadas para que se logre efectivamente garantizar a la persona, el bienestar físico, mental y social que la salud entraña.-

Guillermo F. Peyrano