

El amparo como proceso de inmediatez para restablecer los derechos de los ciudadanos

Por

Raúl A. Gordo

SUMARIO: Introducción. El amparo en favor del Estado establecido en la Constitución de la provincia de Buenos Aires. El amparo como proceso de inmediatez para salvaguarda de la salud. Tres casos diferentes con un mismo resultado. Otras causas similares.

Introducción

Ha sido común conceptuar el amparo como "la acción destinada a tutelar los derechos y libertades que, por ser diferentes de la libertad corporal o física, escapan a la protección judicial por vía del hábeas corpus" (Germán Bidart Campos, *Compendio de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Ediar, 2005, pág. 209).

Por su parte, Alberto Dalla Vía y Marcela Basterra lo definen diciendo que es "Una acción judicial breve y sumaria, destinada a garantizar los derechos y libertades constitucionales distintos de la libertad física y que no puedan ser satisfechos, debido a la urgencia, por la vía judicial ordinaria" (Alberto Dalla Vía y Marcela Basterra, *Hábeas data*

y otras garantías constitucionales, Buenos Aires, Némesis, 1999, pág. 25).

Si bien hoy la acción de amparo tiene sustento constitucional al haberse incorporado al nuevo art. 43 merced a la Reforma de 1994, anteriormente dicha acción carecía de normativa constitucional que la avalara aunque para la mayoría de los autores, la creación jurisprudencial de la Corte Suprema (casos "Siri" y "Kot") nacen de la interpretación que la Corte efectúa al art. 33 de la Constitución Nacional que establece que "Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumeradas pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno".

Es así que en el *leading case* "Siri", la Corte acogió un amparo *contra un acto de autoridad pública* (recordar que se trata del diario *Mercedes*, de la ciudad homónima, a quien se le impedía la

impresión y circulación del diario por parte de la policía local). Aquí la Corte, fundando el fallo en los artículos 14,17 y 18 de la Const. Nacional, determinó que "las garantías existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar consagradas en la Constitución, independientemente de las leyes que reglamenten las mismas..." (Fallos tomo 239, pág. 459-467 del 27/12/1957).

Esta afirmación de la Corte Suprema no significó que la garantía del amparo constaba como tal en la Constitución, sino que, aun sin mencionarlo expresamente, surgía como la vía defensiva de los derechos, cuando era menester arbitrarla por su rapidez y eficacia en un caso concreto. O sea, que el garantismo constitucional lo daba por implícitamente incluido.

Solo 10 meses después llega a la Corte Federal el caso Samuel Kot S.R.L., (Fallos: tomo 241, pág. 291-313-05/9/1958) donde se establece un nuevo *leading-case*, en este caso *contra un acto de particulares*, ya que se trata aquí de una empresa textil ocupada por los obreros, quienes se niegan a desalojarla y la Justicia ordinaria le niega a su propietario, Samuel Kot S.R.L., la orden de desalojo. El fallo expresa que "nada hay ni en la letra ni en el espíritu de la Constitución, que permita afirmar que la defensa de los derechos humanos, porque son los derechos esenciales del hombre, está circunscrita a los ataques que provean de la autoridad" ... "Nada hay tampoco que autorice a afirmar que ante el ataque ilegítimo, grave y

manifiesto de otros particulares o de grupos organizados de individuos carecerán de la protección de la ley..."

Y explayando aún mas el argumento utilizado en el caso Siri, la Corte afirmó que "Siempre que aparezca de modo claro y manifiesto la ilegitimidad de una restricción cualquiera a uno de los derechos esenciales de las personas, así como el daño grave e irreparable que se causaría remitiendo la cuestión a los procedimientos ordinarios (administrativos o judiciales), les corresponderá a los jueces restablecer de inmediato el derecho restringido por la rápida vía del recurso de amparo".

Y agrega finalmente "...los jueces deben extremar la ponderación y la prudencia, a fin de no decidir, por el sumarísimo procedimiento de esta garantía constitucional, cuestiones susceptibles de mayor debate y que corresponda resolver de acuerdo con los procedimientos ordinarios. Pero, guardadas la ponderación y la prudencia debida, ningún obstáculo de hecho o de derecho debe retardar o impedir el amparo constitucional. De otro modo, habría que concluir que los derechos esenciales de la persona humana carecen en el Derecho argentino de las garantías esenciales para su existencia y plenitud y es obvio que esta conclusión no puede ser admitida sin serio menoscabo de la dignidad del orden jurídico de la Nación".

Como consecuencia de estos dos fallos (y de otros posteriores), se dicta en 1966 la Ley 16.986 sobre Amparo respecto de Actos Estatales y posteriormente, en

1968, la Ley 17.454, que incorpora al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación el amparo *contra actos de los particulares*, aunque las graves restricciones que imponía el art. 2° de la Ley 16.986, que limitaba la posibilidad de interponer esta acción únicamente a los casos en que no existiera la posibilidad de reclamarlo por vía judicial o administrativa, hizo que el instituto del amparo decayera en su intensidad y solo se recurrió a él esporádicamente.

Hoy sin duda la mayor garantía de la acción de amparo surge de su incorporación al texto mismo de la Constitución Nacional, merced a la Reforma del año 1994, estableciéndose en el nuevo art. 43 que *"Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridad pública o de particulares, que en forma actual o inminente, lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad e ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley..."*.

Sin duda que esta incorporación de la garantía del amparo, junto al hábeas corpus y al nuevo hábeas data a la letra de la Constitución Nacional (CN), ha dado al instituto una jerarquía que antes no tenía. Más aún cuando incorpora a la tutela, la posibilidad de garantizar no solo derechos de jerarquía constitucional sino también aquellos solo tutelados por un Tratado o por una ley común.

La constitucionalización del amparo importó emancipar esta institución de cualquier vasallaje procesal, ya que su ejecución, en las condiciones y observando los presupuestos que determina la Carta Magna, hace imposible que se puedan pretender reglamentaciones locales o normativas provinciales que limiten o condicionen de cualquier manera la vigencia efectiva e inmediata de las acciones procesales constitucionales que nacen del art. 43 del la CN.

El 2° párrafo del art. 43 de la CN incorporó algo realmente novedoso para nuestro Derecho Público, como es el amparo colectivo.

Así expresa: *"Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen el ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a dichos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización"*.

La norma avanza aquí sobre la regulación legal de la acción, en consonancia con los derechos consagrados en los artículos 41 y 42 de la CN ampliando el ámbito de esta garantía para que sea usada no solo ante la violación de los derechos y garantías individuales sino también en defensa del medio ambiente, del consumidor y sobre la problemática de la discriminación.

Nos encontramos aquí frente a los llamados derechos de tercera generación o de incidencia colectiva, derechos que se fundan principalmente en la protección de los intereses difusos, o sea aquellos intereses que no se asientan directamente en cabeza de un sujeto determinado sino que se encuentran diseminados entre todos los individuos de una comunidad. Se deja de proteger aquí solamente el interés individual, directo, concreto y se avanza en una protección de los intereses colectivos, que requieren más de la aplicación del principio de precaución por encima del principio de previsión.

El amparo en favor del Estado establecido en la Constitución de la provincia de Buenos Aires

Un caso curioso y digno de un pequeño párrafo es el caso de la Constitución de la provincia de Buenos Aires.

La Carta Magna provincial, reformada en 1994, a tono con la Constitución Nacional, establece en su art. 20, entre otras muchas cosas, el amparo en favor del Estado.

Allí reza que *"inc. 2) La garantía del amparo podrá ser ejercida por el Estado en sentido lato o por los particulares, cuando por cualquier acto, hecho, decisión u omisión, proveniente de autoridad pública o de persona privada, se lesionen, amenacen, en forma actual o inminente, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, el ejercicio de los derechos constitucionales individuales o colectivos..."*.

Dalla Vía se pregunta si los constituyentes provinciales habrán pensado que era necesario proteger al "débil e indefenso Estado" de la opresión que le pueden causar los poderosos particulares. Cómo es posible que no hayan advertido que las garantías son, por definición, límites al poder estatal en defensa de los derechos individuales. Aplicando lógica pura, nadie puede interponer un amparo contra sí mismo, ni siquiera el Estado.

Sin intentar ahondar demasiado en el tema, me pareció interesante hacer una pequeña alusión al mismo, simplemente por considerarlo un verdadero contrasentido.

El amparo como proceso de inmediatez para salvaguarda de la salud

Debemos coincidir que la protección de la salud es un derecho de los habitantes y un deber ineludible del Estado, dentro de un marco económico y social determinado. La protección de la salud de la población debe ser siempre el objetivo primordial de la política de salud estatal.

Florencio Escardó dice "La salud no se sabe, se la siente y se la disfruta o se padece cuando se la pierde".

La Organización Mundial de la Salud es mucho más explícita pues afirma que *"La salud no es algo puramente negativo, como si la salud en general consistiera en la simple exclusión de la enfermedad corporal, como si la salud mental, en particular, no significara*

otra cosa que la ausencia de alineación. La salud comprende positivamente el bienestar espiritual y social de la humanidad y, por este título, es una de las condiciones de la paz mundial y de la seguridad común” (Constitución de la Organización Mundial de la Salud, Nueva York, 22 de julio de 1946).

Aun en su amplitud, este concepto ha sido objeto de numerosas críticas afirmando que se trata de un punto de vista utilitarista, que asocia salud con bienestar, lo que conduciría a considerar enfermos a todos los sujetos que no alcancen determinado nivel de calidad de vida (Conferencia Internacional sobre la Atención Primaria de la Salud, 12/09/1978).

Ese Derecho a la Salud es incorporado en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 (art. 25), por la Declaración de los Derechos del Niño del 1959 (principios 2 y 4), en la Convención de los Derechos del Niño (año 1989), y en el Pacto Internacional de los Derechos Económicos Locales y Culturales (1996, art. 12), como así también en la Carta de la OEA (1945, punto 4) entre otros ejemplos.

Por lo tanto, podemos afirmar que **la salud se trata de un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no meramente de la ausencia de afecciones o de enfermedades.**

Hoy el sistema de salud en nuestro país está cubierto por el propio Esta-

do (nacional, provincial o municipal) a través de los hospitales públicos y privadamente por las obras sociales (sindicales o prepagas) y regula fundamentalmente por dos leyes “madres”: la Ley N° 23.660 (B.O. 20/01/1989) de Obras Sociales (para aquellos trabajadores en relación de dependencia) y la Ley N° 23.661 (B.O. 20/01/1989) de Seguro Nacional de Salud, que incorpora la posibilidad de una cobertura integral para los trabajadores autónomos y aquellas personas que se encuentran sin protección médica asistencial por no desarrollar tareas remuneradas.

Estas dos leyes no solo basan su eficacia en el principio de la solidaridad, pues establecen aportes obligatorios de empleados y empleadores o de autónomos, sino que en la 21.661 se avanza hacia una solidaridad mucho más extendida, pues establece la creación de un fondo solidario de redistribución a cargo de todas las obras sociales, destinado al financiamiento de las prestaciones de mayor costo y ateniendo a la capacidad operativa de cada obra social.

Finalmente el Programa Médico Obligatorio (PMO) establecido por Resolución 939/ 2000 del Ministerio de Salud de la Nación y su transformación en Programa Médico Obligatorio de Emergencia (PMOE) sancionado mediante decreto de necesidad y urgencia N° 486/2002) trata de definir la canasta básica de prestaciones que todo seguro de salud (obra social sindical o prepaga) debe cubrir en forma obligatoria y es, en gran medida,

la barrera que tratan de oponer las obras sociales y las organizaciones privadas de medicina prepaga para poner límite a las prestaciones que - por imperio de aquella definición de salud que dimos al principio- deben necesariamente cubrir.

Con este panorama legal, en cualquier país medianamente organizado, el sistema de salud debería funcionar a la perfección y evitarse las cuantiosas situaciones injustas, por lo evitable de las mismas, pero lamentablemente, en nuestro país es común advertir que en la obras sociales sindicales, los fondos de los trabajadores y empleadores se desvían para otras actividades de la agrupación sindical y en las empresas de medicina prepagas, dado que la misma no es otra cosa que una actividad comercial, al menos para sus propietarios, lo que priva es el interés económico y no la función social para las que fueron creadas.

Ante todas estas injusticias, evitables por cierto, el recurso de amparo tiende a proveer a los ciudadanos de una herramienta legal que sirva para solucionar (o al menos tratar de hacerlo) los inconvenientes mas graves y de mas urgente solución. Y así lo ha entendido la Corte Suprema y consecuentemente, los Tribunales Inferiores.

Hay que tener muy en cuenta que la Corte Suprema, de modo habitual tiene en cuenta sus propios precedentes y se apoya en ellos para justificar sus Sentencias.

Es así que, haciendo un estudio muy somero de dichos fallos, motivo fun-

damental de este trabajo, comenzaremos a analizar alguno de ellos:

1. Creo que algunos casos, son señeros en esto de marcar una tendencia de la Corte, después de la incorporación de la acción de amparo al art. 43 de la CN (recordar que la Ley 16.986 prácticamente había acabado con los amparos).

Me estoy refiriendo en primer lugar al denominado "*Asociación Benghalensis y otros c/ Ministerio de Salud y Acción Social-Estado Nacional s/ Amparo*" (Sentencia del 1º de junio de 2000, Fallos 323-1339).

En este renombrado fallo, la Corte ratifica las Sentencias de 1ª y 2ª instancia, haciendo lugar a la acción de amparo interpuesta por la Asociación Blaghalensis y otras instituciones no gubernamentales que desarrollan actividades contra el virus del sida y condenó "*al Estado Nacional-Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación a dar acabado cumplimiento a su obligación de asistencia, tratamiento y, en especial, suministro de medicamentos en forma regular, oportuna y continua a los enfermos de ese mal registrados en los hospitales públicos y demás efectores de salud del país*" (Considerando 1º del voto de Eduardo Moliné O'Connor).

Asimismo, juzga que los actores tenían "legitimación suficiente para interponer la presente acción, pues queda probado que existen pacientes necesitados de los medicamentos cuya provisión se requiere y, a su vez,

el objeto de la pretensión -suministro de medicamentos- queda comprendido entre los fines de sus estatutos. En tales condiciones se configuran los requisitos señalados por el art. 43 de la CN, en cuanto reconoce legitimación a sujetos potencialmente distintos de los directamente afectados" (Considerando 7).

Que esto es así, pues "*a partir de la Reforma Constitucional de 1994, el derecho a la salud se encuentra expresamente reconocido con jerarquía constitucional en el art 75 inc. 22, conforme lo establecido en el art. XI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre..., el art. 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos..., el art. 12 del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales... entre otros*" (Considerando 10).

O sea que este es uno de los primeros casos en que se le reconoce legitimación para interponer la acción de amparo a una entidad distinta de los perjudicados y actuando colectivamente.

Poco tiempo después, nuevamente la Corte analiza la problemática de la salud y la solución a través del amparo en el caso "*Campodónico de Beviacqua Ana c/ Ministerio de Salud y Acción Social*" (de fecha 24/10/2000, Fallos 323-3229- Public, J-A- 2001-1-464).

El hijo de la actora sufre de una severa enfermedad congénita que afectaba su médula ósea, disminuyendo

sus defensas inmunológicas. Para el tratamiento de esa patología debía suministrársele una droga que era provista por el Banco Nacional de Drogas Antineoplásticas, dependiente del Ministerio de Salud de la Nación. En determinado momento, ese organismo hace saber a la madre del menor que no seguiría suministrándole el fármaco, ya que era obligación de la obra social a la que estaban afiliados la entrega del medicamento. Atento a que la citada obra social (OSPEDYC) tiene suspendidos sus servicios y, ante el riesgo que la interrupción del tratamiento generaba en el menor, la madre del mismo inicia acción de amparo contra el Estado Nacional a efectos de que este le garantice el suministro del fármaco en cuestión. El juez de 1ª Instancia admite la demanda, confirmada por la Cámara, que tuvo en cuenta la situación deficitaria de la entidad gremial y el estado de urgencia del suministro del medicamento requerido. Interpuesto recurso extraordinario, el que es rechazado, el Estado Nacional llega en queja a Corte, quien confirma la Sentencia de 1ª Instancia, destacando "la preeminencia del derecho a la vida como primer derecho de la persona humana que resulta reconocido y garantizado por la CN", concluyendo que "el Estado Nacional ha asumido compromisos internacionales explícitos encaminados a promover y garantizar la salud de la población y especialmente de los niños y no puede desligarse válidamente de esos deberes, so pretexto de la inactividad de entidades intermedias (públicas o privadas), máxime cuando todas ellas participan de un

mismo sistema sanitario que el propio Estado debe controlar y coordinar en su funcionamiento”.

Pocos meses después (13/03/2001), se dan dos fallos dignos de estudio. Por un lado, tenemos el denominado “Hospital Británico de Buenos Aires c/ Ministerio de Salud y Acción Social s/ amparo (13/03/2001, Fallos 324-754).

Aquí el Hospital Británico de Buenos Aires había interpuesto un recurso de amparo contra el Estado Nacional pidiendo se declarase la inconstitucionalidad de la Ley 24.754 (que obliga a las entidades de medicina prepaga a cubrir los tratamientos derivados de la drogadicción y del contagio por virus HIV (sida). Dicha norma legal ampliaba a las entidades de medicina prepagas lo resuelto para las obras sociales sindicales por la Ley 24.455).

La causa llega a la Corte en queja interpuesta por el Estado Nacional, ya que la acción de amparo del Hospital Británico había sido rechazada en 1ª Instancia y aceptada por la Cámara Federal de la Seguridad Social, quien había decretado la inconstitucionalidad de la Ley 24.754, fundada en que dicha ley implicaba un mayor costo del precio del contrato privado de medicina prepaga.

La Corte dice que “el derecho a la salud no es un derecho teórico sino uno que debe ser examinado en estrecho contacto con los problemas que emergen de la realidad social,

penetra inevitablemente tanto en las relaciones privadas como en las semipúblicas, correlato de la cual resultan normas como la Ley 24.754...” y agrega: “la Ley 24.754 representa un instrumento al que recurre el derecho a fin de equilibrar la medicina y la economía, puesto que pondera los delicados intereses en juego, integridad psicofísica, salud y vida de las personas, así como también que más allá de su constitución como empresas, los entes de medicina prepagas tienen a su cargo una trascendental función social que está por encima de toda la cuestión comercial...” (Considerando 13 del voto de Adolfo Vázquez) y el mismo día (13 de marzo de 2001) en autos “Etcheverry Roberto Eduardo c/ OMINT Sociedad Anónima y de Servicios s/ Amparo (Fallos 324- 676).

Aquí, al igual que en el fallo anterior (Hospital Británico...) se reclama por parte del acto la cobertura y el tratamiento contra el sida por parte de una empresa de medicina pre paga (OMINT).

La Corte establece aquí que la Ley 24.754 es un instrumento al que recurre el Estado para equilibrar la medicina y la economía. Las empresas de medicina prepaga, más allá de su constitución como empresa, tiene a su cargo una trascendental función social que está por encima de toda cuestión comercial, “pues, al igual que las obras sociales, las prepagas son agentes del seguro de salud, a efectos de procurar el pleno goce del derecho a la salud para todos los habitantes, sin discriminación social,

económica, cultural o geográfica” (Considerando 16).

Como vemos, la Corte aquí hace extensiva a las empresas de medicina prepaga las obligaciones que había anteriormente a la Ley 24.455 de las Obras Sociales y que la Ley 24.754 amplía a las empresas de medicina prepaga (fundamentalmente en cuanto a la cobertura de los tratamientos contra la drogadicción y contra el sida). Ratificación incluso que hace al rechazar el planteo de inconstitucionalidad interpuesto por el Hospital Británico de Buenos Aires.

Una respuesta similar a la brindada en los autos “Campodónico de Beviá-cqua” la Corte Suprema la realiza en autos “*Marcelino Monteserin c/ Estado Nacional-Ministerio de Salud y Acción Social - Servicio Nacional de Rehabilitación y Promoción de la persona con discapacidad s/ amparo*”, Sentencia del 16/10/2001, Fallos 324-3569.

Aquí el padre de un niño con parálisis cerebral, residente en la ciudad de Santa Fe, solicita que el Poder Ejecutivo Nacional a través del Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación, le preste los servicios básicos de rehabilitación a su hijo, servicios dispuestos en la Ley 24.901 de Protección Integral de los Discapacitados, para las personas discapacitadas, carentes de obra social y de recursos económicos.

El juez de 1º Instancia hizo lugar al amparo y ordenó al Ministerio de Salud y Bienestar Social de la Nación,

para que a través de sus organismos, diera al menor las prestaciones necesarias que requiere su estado de salud. El fallo fue confirmado por la Cámara y mediante recurso de queja llega a la Corte Federal.

Igual que en el caso anteriormente analizado, la Corte ratificó la Sentencia de 1º Instancia, destacó la jerarquía constitucional del derecho a la preservación de la vida y resaltó la obligación impostergable que tiene el Estado de garantizar ese derecho a la vida y a la salud, con acciones positivas y no meramente declarativas.

Cabe destacar, en este caso, el llamado de atención que la Corte efectuó a las autoridades nacionales ante la inexplicable excusa que el demandado opone a la pretensión de la actora. Se había opuesto como excusa que el organismo encargado de efectuar la prestación (el Sistema de Prestaciones Básicas de Atención Integral a los Discapacitados, creado por la Ley 24.901) “no contaba con las partidas presupuestarias necesarias para satisfacer lo reclamado por el actor”.

Similar al anterior y digno de análisis es lo resuelto en autos “*Martín Sergio G. y otros c/ Dirección General de Bienestar para el Personal de la Fuerza Aérea s/ amparo*” (Corte Suprema, Sentencia del 08/06/2004).

Se trata aquí de una acción de amparo promovida contra la Obra Social de la Fuerza Aérea para que esta obra social, a la que se encuentran afiliados los padres de la menor de

edad, brinde la cobertura necesaria para que la niña pueda realizarse análisis de psicología, psicomotricidad y otros, y cubra, además, el posterior tratamiento. El amparo se promueve atento a que la obra social brindó el servicio durante un tiempo pero luego decidió suspender el mismo, fundada en lo dispuesto por la Ley 24.901 atento a que la misma no se encuentra adherida al sistema de las Leyes 23.660 y 23.661.

El juez de 1º Instancia hizo lugar a lo solicitado, incluyendo una medida cautelar que imponía la cobertura integral a cargo de la obra social mientras se sustanciaba el juicio, fundándose en que se encontraban comprometidos el derecho a la salud y a la integridad física de la menor, para cuya tutela resultaba idóneo el amparo. Esta Sentencia fue revocada por la Sala 1º de la Cámara Federal de la Cap. Fed con el argumento de que la obra social no estaba adherida a las leyes mencionadas (23.660 y 23.661) y a la Ley 24.90,1 por lo que sus prestaciones no eran obligatorias a la misma.

Aquí la Corte revoca la Sentencia de la Cámara y ratifica la de 1º Instancia fundada en el interés superior de la niña. Dice que *"De conformidad con lo establecido en la Convención sobre los Derechos del Niño, que goza entre nosotros de jerarquía constitucional en razón de lo establecido por el art 75 inc. 22 de la CN, el interés superior del niño opera para nosotros como un principio de máxima jerarquía normativa, por lo que, cuando*

se encuentran comprometidos la salud y el normal desarrollo de los niños, se requiere la especial atención de los jueces y de la sociedad toda" y agrega que *"atañe a los jueces buscar soluciones que se avengan con la urgencia de la situación, para lo que deben encauzar los trámites por vías expeditivas y evitar que el rigor de las formas puedan conducir a la frustración de los derechos constitucionales, lo que ocurría si la actora tuviera que iniciar un nuevo proceso para obtener la cobertura por parte de organismos a los que aluden los decretos reglamentarios de las leyes que rijan en esta materia"*.

Los mismos argumentos son usados por la Corte en los autos *"Gómez, Mirta L. y otros c/ Dirección de Bienestar de la Armada s/ Amparo, "Sentencia del 23/11/2004"*, y tomados por la Cámara Nacional Civil y Comercial Federal Sala 1º, en autos *"M.M.M. c/ Instituto Obra Social de Ejército (IOSE) s/ Amparo (Sentencia del 05/10/2006)*.

Tres casos diferentes con un mismo resultado

Estos tres casos mencionados (*"Campodónico de Beviacqua"*; *"Marcelino Monteserín M.S.G c/ Obra Social de la Fuerza Aérea"*) son sin dudas completamente diferentes en sus planteos pero muy similares en el resultado final, ya que en el primero de ellos se trata de un menor afiliado a una obra social que suspende la entrega de medicamentos por su propia falencia económica y ordena la continuidad de la

prestación por parte del Estado; en el segundo caso, un niño discapacitado, carente de obra social y de recursos económicos que solicita la prestación de los servicios básicos que la ley otorga en su favor, y en el tercer caso, una niña discapacitada afiliada a una obra social que no adhirió al sistema de seguro nacional de salud, por lo que, por ende, las prestaciones deben ser absorbidas por el Estado.

Los tres casos han sido resueltos por la Corte en el mismo sentido: el de potencializar el rol del Estado como garante de la atención de la salud de la población, expresando claramente que "el Estado no puede desentenderse de esas obligaciones, bajo el pretexto de la inactividad de otras entidades, sean estas públicas o privadas, pues en definitiva es el encargado de velar por el fiel cumplimiento de los derechos constitucionales que amparan la vida y la salud".

Fundada en este criterio, la Cámara de Apelaciones de nuestra ciudad de San Francisco en autos "*Giavenno Miguel c/ Asoc. Mutual Sancor - Amparo*" (de fecha 23/02/2007), ratificó la Sentencia de 1ª Instancia y ordenó a la Asociación Mutual demandada que proveyera el tratamiento solicitado por el médico, aun cuando la prestadora no es una obra social ni una empresa de medicina prepaga sino una asociación mutual, que no está incluida en las normas de las Leyes 23.660 y 23.661 y cuando el tratamiento solicitado no está incluido por la asociación mutual en la cartilla de prestaciones a las que se hace cargo.

El interés en salvaguardar la salud es la causa principal del fallo pero, además, y fundándose en una opinión de Guegorini Clusellas acerca del tema, la cámara afirma que en caso de tratarse de tratamientos nuevos, se debe estar a los avances tecnológicos vigentes al momento de la prestación y no a los vigentes al momento de la contratación.

Otras causas similares

Otro fallo similar se da en la causa "*Orlando Susana Beatriz c/ Provincia de Buenos Aires y otros s/ Amparo*" de fecha 04/04/2002. Aquí la actora dirige su pretensión contra actos y omisiones de los demandados (Provincia de Buenos Aires y Estado Nacional) a raíz de que la esclerosis múltiple no resulta ser una patología cubierta por la Dirección de Política de Medicamentos (Ministerio de Bienestar Social de la Nación). Solicita como medida cautelar se le entreguen los medicamentos necesarios para su supervivencia, a lo que accede la Corte, con el mismo fundamento mencionado, o sea que el Estado debe garantizar la salud y la vida de los habitantes, y proveer las soluciones, más aún cuando los medicamentos requeridos se encuentra contemplados en el PMO.

Lo mismo se da en la causa "*N. L. M. c/ Swiss Medical Group S.A.*" de octubre de 2003, donde a raíz de una medida cautelar ordenada en 1ª Instancia, la misma había sido revocada por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, por lo que la

Corte, "advirtiendo que se encuentra en juego el interés superior del niño en aspectos tan esenciales como su salud y su vida, no resulta razonable dejar sin efecto la medida cautelar y mantener la misma hasta que el juzgador se expida respecto de las diversas incidencias planteadas...".

Iguals argumentos son usados por la Corte en la causa "*R.D.O y R de M.M. c/Obra Social de la Universidad Nacional de Tucumán s/amparo*" de fecha 14/11/2006, donde se ordena a la obra social demandada que otorgue a un menor discapacitado (autista) la cobertura que establece la Ley 24.901.

Solo tres o cuatro casos más caben mencionar en este análisis que venimos realizando: uno es "*Reynoso Nilda Noemí c/ Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados s/ amparo*", de fecha 16/05/2006, no por lo novedoso, ya que los argumentos son reiterativos de los mencionados anteriormente, sino porque en esta causa la Corte ordena "la entrega sin cargo de pañales descartables" a una persona anciana, expresando que, cuando se habla de garantizar a la población el acceso a la salud, esta incluye vivir con dignidad y tener posibilidades de contar con pañales cuando se sufre de incontinencia, es una manera de proteger la salud.

También considero que es de máxima actualidad un fallo de la Suprema Corte de la Provincia de Mendoza, que en el caso "*Galán, Liliana Beatriz*

c/ Obra Social de Empleados Públicos de Mendoza s/ Recurso de amparo" de fecha 01/ 02/ 2007, con el primer voto de la Dra. Aída Kemelmajer de Carlucci se hace lugar a lo solicitado ordenando a la demandada (O.S.E.P.) a cubrir íntegramente los gastos que demande la intervención quirúrgica de banda gástrica por vía laparoscópica" ante un caso de obesidad mórbida.

Hay que destacar que, en el caso puntual en que se reclama cobertura de la cirugía de banda gástrica, existen también muchos fallos de Cámaras diversas que niegan la cobertura ya que la misma sería, en opinión de estos magistrados, más una cirugía estética que reparadora. Estimo que habría que probar en el caso la denominada "obesidad mórbida" para que la acción entablada pudiera prosperar.

También incluido como "derecho a la vida y a la salud" encontramos un fallo reciente de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo de la Ciudad de Buenos Aires, de fecha 18 /07/ 2007, autos "*Asociación Civil por la igualdad y la Justicia c/ Gobierno de la ciudad de Buenos Aires - Amparo*", donde se hace lugar al reclamo de la asociación mencionada en representación de sus asociados y se ordena al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires que mantenga la provisión de agua potable a la población, aun cuando esta no haya abonado en término las facturaciones por la provisión del fluido, ya que "los amparistas gozan del derecho constitucional de provisión de agua potable

en forma suficiente para sus necesidades básicas y elementales para un desarrollo integral y pleno de su vida, en términos de dignidad personal”.

Finalmente el último caso que he analizado tiene que ver con los derechos de incidencia colectiva pues en los autos *“Basiglio Edita c/ Granja Avícola Huefres S.R.L. - Amparo”* (C. A. Civ. Com. de Junín, 29/05/2007) se ordena la clausura de un establecimiento avícola en virtud de la contaminación ambiental producida por la proliferación de moscas en las viviendas y escuelas de la zona, a raíz del deficiente manejo en dicho establecimiento de los residuos patógenos del mismo. Similar si-

tuación de cobertura de la salud se ha dado en el caso *“Copetro”*.

Sin duda existen numerosos fallos más dictados por nuestra Corte Federal e innumerables casos de amparos que, por suerte, cumplen su cometido sin necesidad de llegar al máximo Tribunal de nuestro país, muchísimos casos donde la acción de amparo actúa como un verdadero proceso de inmediatez para restablecer los derechos de los ciudadanos. Aquí solo hemos querido mencionar algunos de ellos, en un trabajo medianamente sistematizado y que puede servir de guía para investigaciones mucho más minuciosas y profundas.