

# **GRUPO N° 11**

*Dr. Darío Langleben*

*Dra. Marta C. Ornstein*

*Dr. Raúl Mario Potenza*

**Año 2005**

## **SUMARIO**

- \* INTRODUCCIÓN
- \* ANTECEDENTES HISTÓRICOS
- \* LEADING CASES “SIRI” y “KOT”
- \* LEY 16.986 Y JURISPRUDENCIA POSTERIOR
- \* LEY 7.166 / ART. 20 CONSTITUC. PCIA. DE BS. AS.
- \* ART. 43 C.N Y JURISPRUDENCIA POSTERIOR
- \* DECLARACIONES INTERNACIONALES
- \* CIUDAD AUTONOMA DE BUENOS AIRES
- \* PROPUESTA DE REGULACION FEDERAL DEL AMPARO DE SALUD
- \* CONCLUSIONES
- \* FRASE SINTETIZADORA

# AMPARO INDIVIDUAL

## INTRODUCCION

Corrientemente se ha definido al Amparo, como una acción judicial breve y sumaria, destinada a garantizar los derechos y libertades constitucionales, que por haber sido presuntamente conculcados debían ser restablecidos con urgencia; encontrándose exceptuada la libertad física, específicamente protegida por el Hábeas Corpus.-

Ello así y antes de adentrarnos en el tratamiento del tema que nos ocupa, diremos que etimológicamente “amparar” proviene del latín “ante-parare” que significa “prevenir”, dando lugar a que hoy se utilice como sinónimo de “favorecer”, “auxiliar” y “proteger”; permitiéndonos incluir a través del vocablo, tanto la acción cuanto el efecto de amparar o ampararse.-

Dicho esto; justo es reconocer que a partir de la Reforma de la Constitución Nacional del año 1994, esta figura usualmente tratada entre las garantías procesales, devino en un verdadero derecho a la tutela judicial efectiva ya que a través de la celeridad y simplicidad en su tramitación, pretendía lograr un fácil acceso a la Justicia, dentro de un período de tiempo razonable que permitiera la obtención de una solución justa.-

Así, técnicamente el amparo apunta a ser un verdadero derecho garantista de eficacia Jurisdiccional a favor de las personas, interactuando armónicamente con las garantías individuales (o de la libertad) y con las colectivas (o del orden social y jurídico), para lograr que éstas no se tornen abstractas por no contar con la prerrogativa del reclamo efectivo asegurado mediante su interposición.-

Nótese que estamos hablando de derechos fundamentales de la persona humana, que le corresponden por su esencia, y que son reconocidos y respetados por todo el “bloque de constitucionalidad” formado por la Carta Magna y los Tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional, que en la actualidad permiten el pleno ejercicio de las libertades a través del establecimiento de formas y procedimientos a los que deben sujetarse las autoridades en beneficio de la sociedad toda, como herramienta procesal fundamental del principio de razonabilidad.-

Téngase en cuenta además, que el contenido material de la Constitución, responde a una ideología y razón histórica que no se

agota con sólo considerarla un instrumento adjetivo de organización del poder, de sus órganos y funciones, debiendo atender primordialmente al eje antropocéntrico que le sirve de andamiaje por ser el hombre, el destinatario de la normativa en ella consagrada.-

Dicho esto, nos preguntamos – hoy por hoy – ¿se ha logrado el fin propuesto?.-

Entendemos que no.-

De allí la importancia que le adjudicamos al tema, que gira en torno a la preocupación que nos genera el advertir, que los instrumentos legales con que contamos, no alcanzan a satisfacer con eficiencia, las expectativas que tenemos en el Órgano Judicial como mano ejecutora eficaz para resolver en plenitud, el reconocimiento de los derechos protegidos constitucionalmente.-

Por eso, nuestro empeño es encontrar una herramienta útil para lograr el objetivo propuesto en el párrafo anterior, siendo el único modo plausible, la adaptación de los instrumentos legales con los que contamos, para alcanzar además el mejoramiento del servicio de la administración de Justicia.-

Nuestra intención reformadora, surge al comprobar que esos derechos no son gozados por la ciudadanía en toda su plenitud, en razón de acciones u omisiones de autoridades públicas, de particulares, - y nosotros agregamos - de la propia administración de justicia, que los restringen, alteran o amenazan con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta resultando a la postre que quienes proclaman su defensa irrestricta no hacen más que un discurso declamatorio, en lugar de una actividad útil en aras de la protección objeto de su discurso.-

Hasta llegamos a pensar que no era necesario recurrir a la Justicia para hacer valer nuestros derechos fundamentales garantizados constitucionalmente, y entendimos que esta posición era una utopía irresoluta por cuanto por el carácter supralegal que ostentan, sólo serán reconocidos en toda su magnitud, por aquellos que los controviertan cuando el sistema judicial ofrezca una respuesta rotunda e irrefutable que no permita abrigar duda alguna sobre el valor e importancia de los mismos.-

Pensar de este modo, nos permite concluir que las normas que los consagran no tienen existencia autosuficiente, dado que siempre habrá quien los controvierta.-

Sería ideal, sería lírico, pensar lo contrario.-

El gran interrogante que nos planteamos es:

¿De qué modo reformamos la legislación vigente para obtener el objetivo que nos proponemos alcanzar?.-

Este es el desafío que ahora asumimos, y la victoria será, haber pergeñado los mejores elementos con los que contará el Juez para que esas normas exhiban el verdadero valor que tienen y que el mismo sea reconocido sin titubeos.-

Luego de esta introducción expondremos el marco teórico legal que rodea al amparo remontándonos ab initio, a los **antecedentes históricos** que le dan origen ya que resultan de interés por el impacto que producen en la realidad actual.-

Para ello diremos que aquél tuvo su aparición en América Latina, dentro de la Constitución Mexicana de Yucatán de 1840 y luego fue retomado a posteriori en la de 1917.-

Esta ley fundamental al igual que la de Brasil, bajo la denominación de “Mandato de segurança” le dan gran fuerza a la institución que estamos analizando, no obstante lo cual la ley orgánica de amparo de Venezuela del año 1985 es la que constituye un verdadero código de la materia.-

Ya en nuestro continente, el Pacto de San José de Costa Rica prevé la aplicación del amparo en su Art. 24 a los países signatarios del mismo. Dicha disposición establece que toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes que los ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la Convención, aún cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones judiciales.-

En nuestro país, la evolución del instituto atravesó por distintas etapas que podemos desmembrar en momentos claramente definidos que parten con su consagración en Constituciones provinciales como las de Santa Fe (año 1921 y derogada en 1936), la de Entre Ríos (año 1933 y aún vigente), la de Santiago del Estero (año 1939), la de Mendoza (año 1949), y las de Chaco, Chubut y Formosa allá por el año 1957 - por nombrar sólo algunas de ellas - y su consecuente reconocimiento doctrinario como corolario de la realización de Conferencias, Jornadas y Convenciones.-

A posteriori, entre 1933 y 1956 su tratamiento se debate entre la negación de la figura ya sea en forma terminante o atenuada, a lo que necesariamente sigue un período de consolidación restrictiva de la

misma hasta que en 1966 se sanciona la ley 16.986 que la reglamenta hasta hoy con aciertos y defectos.-

Pero en honor a la verdad, en Argentina, el amparo tuvo raigambre eminentemente pretoriana en los **leading cases “Siri” (año 1957) y “Kot” (año 1958)** – a los que nos referiremos solo tangencialmente dada la abundante bibliografía que los explicita en detalle - marcando un antes y un después a partir de que la Corte Suprema de Justicia de la Nación admitió, pese a la ausencia de regulación procesal específica, la existencia de una acción destinada a la protección de los derechos no alcanzados por el hábeas corpus, ya que se estimó que los preceptos constitucionales y la experiencia institucional reclamaban de consuno el deber de asegurar el goce y ejercicio plenos de las garantías individuales para la efectiva vigencia del Estado de Derecho, cuando ya desde 1956 la institución se encontraba consolidada en el derecho comparado.-

En el primer caso, se protegía la libertad de prensa frente a una violación del poder público, cuando Ángel Siri, propietario del periódico “Mercedes” fue detenido clausurándose el diario a la vez que se mantuvo una consigna policial al frente del establecimiento aún después de su liberación.-

Rechazado en Primera y Segunda Instancia su reclamo de que se proveyera lo necesario para hacer cesar la restricción de sus derechos (libertad de imprenta y trabajo), los Magistrados interpretaron que se trataba de un recurso de hábeas corpus que solo protegía la libertad física o corporal siendo que en verdad el actor se encontraba en libertad.-

Es entonces la Corte Suprema de Justicia la que advierte – previo informe sobre la subsistencia de la clausura – que el recurrente nunca había invocado que articulaba un hábeas corpus, sino que accionaba por la garantía de la libertad de imprenta y trabajo (Arts. 14, 17 y 18 CN) con lo cual bastaba la comprobación inmediata de que la garantía constitucional invocada se hallaba manifiestamente restringida sin orden de autoridad competente y sin expresión de causa que la justificara, para que la misma fuera restablecida por los Jueces en su integridad.-

En ausencia de reglamentación procesal, este fallo reivindicó la intervención de los jueces, no ya como “facultad” sino como “deber” al decir que las garantías individuales existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar consagradas en la constitución y con independencia de las leyes que reglamentan su ejercicio, contando con el voto disidente del Dr. Carlos Herrera, que sostuvo que la jurisdicción

proviene de la ley y los agentes del Poder Publico deben ajustarse a ella.-

En este caso, el valor de la sentencia dictada, radica en la consagración de la operatividad de los derechos y garantías fundamentales con prescindencia de su reglamentación legal, lo que se sumaba al deber de la Judicatura de arbitrar los medios necesarios para efectivizarla, consagrando una doctrina de gran apertura .-

En el segundo caso, Juan Kot, titular de la empresa “Manuel Kot S.A” requirió la restitución del inmueble en que funcionaba una fábrica textil ocupada por los trabajadores en disconformidad con la decisión de la patronal de reincorporar sólo a algunos de ellos y luego de que la autoridad administrativa hubiere declarado la ilegalidad de la medida de fuerza, lo que condujo a la paralización del establecimiento por varios meses, restringiéndose por tanto la libertad de trabajo.-

En las dos Primeras Instancias fracasó, porque se caratuló como denuncia de usurpación, a pesar de haberse acreditado que la ocupación había tenido como causa un conflicto laboral y no el despojo de la posesión del inmueble con ánimo de someterlo al ejercicio de un derecho de propiedad.-

Cuando la Cámara rechazaba la apelación, y ante el mismo Tribunal, el apoderado de la empresa promovió “Recurso de Amparo” invocando el caso “Siri”. La Alzada, incurriendo en idéntico error que en el caso antecedente, lo rechaza considerando que el hábeas corpus tenía por objeto esencial la protección de la libertad corporal, no resultando extensiva a la protección de otros derechos.-

La Corte, al resolver el recurso extraordinario federal, entendió que se había deducido una garantía distinta a la que protege la libertad corporal; pero admitió que en ambos casos la protección era expeditiva y rápida.-

Como consecuencia; verificada la lesión a los derechos de trabajo, propiedad y libre actividad, ordenó restituir la fábrica a sus propietarios invocando la Jurisprudencia del caso “Siri”, con la diferencia de que aquí se admitía la acción respecto de una restricción al derecho que emanaba del acto de un particular, lo que condujo a una solución más cuidadosa respecto de la que los jueces no podían distinguir donde la Constitución no lo hacía, destacándose además que si bien se había intentado antes otra vía procesal ante el fuero criminal, se justificó la especialidad del amparo como único medio procesal apto para restablecer de inmediato el derecho restringido.-

El Alto Tribunal – con una integración distinta a la anterior - determinó en esta verdadera doctrina, las características de la acción, al considerarla como excepcional y reservada a las delicadas y extremas situaciones en las que, ante la ausencia de otras vías legales, se pone en peligro la salvaguarda de derechos fundamentales del hombre para lo cual se requirió la evidencia de la violación constitucional, la falta de debate amplio y la configuración de un daño grave a un derecho constitucional.-

Es así que llegamos al año 1966 cuando **aparece la regulación legal del Amparo con la Ley 16.986**, la que se sanciona dentro del gobierno de facto del General Juan Carlos Onganía y que si bien ordena el tema, lo hace con restricciones pronunciadas al consagrar por ejemplo, la exigencia de que no haya otra vía judicial o administrativa alternativa para su procedencia o que quede vedada la posibilidad de declarar la inconstitucionalidad de la norma que origina el proceder reprochable.-

La pretensión de esta ley fue dar vigencia a la institución y poner fin a la falta de certeza por la aplicación dispar de los distintos Tribunales del país, instaurando un trámite especial para el amparo que lo apartaba del Habeas Corpus, como una acción más conectada al derecho procesal constitucional que a cualquier otra disciplina.-

Se le critica el procedimiento legislativo que no contó con la divulgación del proyecto y si bien se la juzga aceptable, se le endilga la exclusión del amparo contra actos de particulares, aunque hubo quien interpretó que no estaba descartado.-

Para algunos, restringía la acción como institución básica para el convivir argentino; y en lugar de facilitar el acceso a la Justicia convertía en obstaculizante su progreso por la limitación que imponía para su admisibilidad, a lo que se sumaba la redacción del Art. 321 del CPCCN, que receptaba el amparo cuando iba dirigido contra actos de particulares.-

En este momento es menester no guardar silencio respecto de la innegable influencia que la ley 16.986 recibió de su antecesora de la Provincia de Buenos Aires, dado que en Diciembre de 1965 se publicó en el Boletín Oficial la **Ley 7166**.-

Dicha norma provincial reconoció un proyecto antecedente del año 1961 que reglamentaba procesalmente la acción de amparo descartándolo para atacar decisiones judiciales, atribuyéndosele carácter subsidiario, excluyendo de su tratamiento el hábeas corpus, previendo el agotamiento de la vía administrativa y declarando la innecesariedad de

la prueba cuando la lesión hubiera comenzado a producirse consagrando a la vez las facultades judiciales para dictar medidas para mejor proveer.-

Es también en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires donde hasta la sanción de la Ley 7166 la Jurisprudencia llenó el vacío legislativo, siendo que con el advenimiento de la norma, procedía la acción de amparo cuando las irregularidades partieran de autoridad pública - exclusión hecha de los actos provenientes del Poder Judicial - cuando no existieran otros procedimientos ordinarios administrativos o judiciales, y a excepción de las circunstancias motivadoras del Hábeas Corpus entre las más salientes.-

Cabe destacar que hoy, el **Art. 20 de la Constitución Bonaerense** legitima tanto al Estado como a los particulares, contra actos lesivos o amenazas provenientes de autoridades públicas o privadas, exceptuando las emanadas del Poder Judicial, y permitiendo la declaración de inconstitucionalidad de la norma en que se fundamenta tal agresión.-

Pero volviendo a la Ley 16.986, debemos poner de resalto que la Jurisprudencia ha traído fallos en abierta contradicción a dicha normativa legal, prueba de ello es el caso **“OUTON CARLOS J y OTROS s/ AMPARO” (29/3/67)** que configuró un evidente regreso a las fuentes del caso “Siri” en ocasión de que un grupo de trabajadores marítimos reclamaba contra las disposiciones del Decreto 280/64, reglamentario de la “Bolsa de Trabajo Marítimo para Marinería y Maestranza” que condicionaba para su inscripción en la misma, la obtención del carnet de afiliación sindical, lo que se consideraba violatorio del derecho a trabajar libremente.-

Este fallo reivindicó el derecho de trabajar a la vez que el de la libre agremiación, desdibujando la prohibición de declaración de inconstitucionalidad consagrada en la ley 16.986 mediante la afirmación de que ello no es absoluto cuando estamos en presencia de una violación manifiesta.-

Otra referencia Jurisprudencial importante la configura el caso **“PERALTA LUIS y OTRO c/ ESTADO NACIONAL (MINISTERIO DE ECONOMIA – BANCO CENTRAL)” (27/12/90)** que significa un duro golpe a la Ley 16.986 anticipando su derogación parcial al consagrar la admisibilidad del debate de inconstitucionalidad cuando con la sentencia se establece que las disposiciones impugnadas aparecen manifiestamente violatorias del Derecho que el remedio pretende proteger. La Corte admitió aquí que el

Amparo era la vía apta para resolver cuestiones de puro derecho como el planteo de inconstitucionalidad de decretos de necesidad y urgencia y cuando no se reducen las posibilidades de defensa del interesado en cuanto a amplitud de debate o prueba, máxime cuando en la instancia de grado las partes pudieron alegar y obtener las medidas de prueba conducentes.-

Muchos años después, **en 1994, la reforma constitucional** incorporó el Amparo en su Primera Parte, Capítulo Segundo rotulado “Nuevos Derechos y Garantías” y de su propia redacción podemos inferir los caracteres más salientes que presenta como una verdadera acción irrestricta, que garantiza con su promoción el ejercicio de derechos constitucionales y que es expedita, incondicional, rápida y específica para proteger a los ciudadanos de los actos arbitrarios o ilegales provenientes de autoridades públicas o de particulares.-

Definirla como una **verdadera acción irrestricta** significa negarle carácter de recurso, ya que mediante su interposición no sujeta a limitación alguna, se ejerce un derecho subjetivo que pone en movimiento al aparato jurisdiccional en busca de una respuesta que satisfaga las necesidades del proponente.-

Reconocerla como **garantía constitucional**, atiende a los derechos que se pretenden garantizar a través de su ejercicio.-

Tildarla de **expedita e incondicional** le atribuye estar libre de estorbos como camino conducente a un pronto obrar sin vicios manifiestos que la condicionen.-

Calificarla de **rápida y específica** proclama que la respuesta del Estado y la tramitación misma están imbuidas de rapidez, lo que bajo ningún punto de vista implica ligereza, atribuyéndola en favor exclusivo del afectado.-

Mientras que la **arbitrariedad** en la conducta reprochable objeto del amparo, se exterioriza mediante un proceder irracional, injusto o ilegal producto de un mero capricho.-

Luego de esta caracterización diremos que el Art. 43 CN pretendió producir un cambio fundamental en el tratamiento del tradicional proceso de amparo, intentando aumentar la protección garantística de los derechos consagrados en la Ley Fundamental, con la eliminación del requisito de la etapa administrativa previa y la posibilidad de que los Jueces declararan la inconstitucionalidad de la norma cuando constituyera un acto u omisión lesivos.-

Su clara intención era abandonar la figura procesal del amparo para erigirla en un derecho o garantía específica destinada a instalar la

tutela efectiva de un derecho. Circunstancia que aún no se satisface por la existencia de las normas restrictivas de la Ley 16.986 supra señalada.-

En la República Argentina la reforma constitucional conservó la redacción de dicha ley para caracterizar el acto lesivo objeto del amparo y estableció las dos formas de legitimación reguladas en nuestra legislación (contra actos del Estado y contra actos de particulares) integrando el vacío de la Ley 16.986 en concordancia con el Art. 321 inc. 2 CPCCN) y exigiendo para su admisibilidad formal la inexistencia de otro medio judicial hábil para hacer cesar la violación, restricción ilegítima o peligro que impidiera el goce y ejercicio de un derecho (Art. 43 CN).-

En este punto es menester aclarar que de haberlas; basta con demostrar que las otras vías no resultan aptas para lograr la protección que se persigue mediante el cese del acto que origina la lesión.-

Asimismo, con referencia a la categorización de los actos respecto de los cuales puede interponerse la acción de amparo, debemos destacar que la lesión al derecho afectado puede también consistir en una omisión.-

La nueva norma constitucional agrega como derechos protegidos, los provenientes de Tratados y leyes en congruencia con lo normado por el Art. 75 inc. 22 CN que otorga supremacía constitucional a los convenios que allí se indican y avanza en materia de control de constitucionalidad ya que le concede al Juez la facultad de declarar la inconstitucionalidad de la norma en la que se funden el acto u omisión lesivos, solución ya consagrada en el célebre caso “Peralta” que mencionamos más arriba (LL 1991 – C – 158; ED 141 p. 523 y JA 1991 – IV –66).-

Vigente ya la reforma de 1994 es nuevamente la Jurisprudencia la que caracteriza al Amparo en el caso **“BALLESTEROS JOSE” del 4/10/94** a raíz de un recurso de hecho deducido por LRA 13 Radio Nacional Bahía Blanca”, donde quedó reducido a la categoría de vía excepcional, mientras que en **“PROVINCIA DE SAN LUIS c/ ESTADO NACIONAL y OTROS “ (J.A – 2003 – I – 5, considerando 12 y sus notas;** por mayoría la CSJN se aparta de una visión estrecha reconociéndolo siempre que aparezca de un modo claro y manifiesto el daño grave e irreparable que se causaría, remitiendo el examen de la cuestión a los procedimientos ordinarios, administrativos o judiciales.-

Asimismo en **“BUSTOS FACUNDO y OTROS c/ JUNTA ELECTORAL DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA**

**UNIVERSIDAD NACIONAL DE MAR DEL PLATA” (L.L 1998 - B – 69)** la Cámara Federal de aquella ciudad el 9/9/97 resolvió que debía revocarse la medida innovativa decretada por el Juez Federal de Primera Instancia, y desestimó el amparo deducido contra la junta electoral de un centro de estudiantes universitarios, ya que la cuestión que motivó el pedido de intervención judicial se encontraba pendiente de resolución por parte de dicha junta.-

Igualmente el 3/8/99 el STJ Entre Ríos, Sala I Penal, en el caso **“MALLAR CLARA c/ MUNICIPALIDAD DE COLON “ (LL, 2000 – C – 890, 42.615 – S)** determinó que correspondía declarar la improcedencia del amparo, por tener el mismo objeto que el recurso planteado ante la autoridad administrativa, de tal manera, que quedaba excluido por el propio acto del particular.-

Por lo dicho, será una vez más la actividad de los Jueces, la que restablezca de inmediato, por la rápida vía del amparo, el derecho restringido a fin de que el curso de los procedimientos ordinarios no torne abstracta o tardía la efectividad de las Garantías Constitucionales.-

Pero este consabido derecho a la celeridad en los procesos, también se pide a través de numerosas **Declaraciones Internacionales** como el “Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos” (N.Y 1966), la “Convención Americana sobre derechos humanos” y el “Convenio Europeo para la protección de los derechos del hombre”, entre otros.-

Estos tratados con jerarquía superior a las leyes, contienen la previsión del procedimiento rápido, sencillo y eficaz, dejando a cada legislador encontrar en su ordenamiento las vías adecuadas para ello.-

No queremos dejar de mencionar a esta altura de nuestra exposición que en el año 1996, la **Ciudad Autónoma de Buenos Aires** en el Art. 14 de su Constitución, consagra el ejercicio de una acción expedita, rápida y gratuita de amparo, cuando no haya otro medio judicial más idóneo; contra actos u omisiones de autoridad pública o de particulares que en forma actual o inminente, lesionen , restrinjan, alteren o amenacen con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta derechos y garantías reconocidos por la Constitución Nacional, los Tratados Internacionales, las leyes de la Nación, ésta Constitución, las leyes que se dicten en su consecuencia y los Tratados Interjurisdiccionales en los que la ciudad sea parte. Legitimando a todo habitante y a las personas jurídicas defensoras de los derechos e intereses colectivos y admitiendo la declaración de oficio de la inconstitucionalidad de la norma en la que se fundan el acto u omisión lesivos, con un procedimiento desprovisto

de toda formalidad procesal que afecte su operatividad, con plazos breves y perentorios donde sólo la temeridad o malicia justifican la condena en costas.-

No obstante lo dicho, en Argentina aún, el único instrumento de regulación legal es la antigua Ley 16.986.-

Pero si a la luz del trabajo investigativo realizado, debemos colocar en la mira a los derechos fundamentales cuya protección buscamos garantizar mediante el Amparo, son sin duda los derechos a la vida y por ende a la salud con su consiguiente integridad psicofísica los que se erigen con todo vigor reclamando una tutela efectiva que cuando es tardía deja de ser eficiente.-

Claro resulta concluir que dentro de un sistema democrático constitucional como el nuestro, la causa, fundamento y fin de toda la organización política descansa sobre el individuo. Téngase en cuenta que ya desde los antecedentes constitucionales más remotos se establecía el sagrado derecho de la protección a la vida reconociéndola como un atributo fundamental de todos los habitantes e imponiendo al Estado el deber de proteger a los hombres en el disfrute de ese derecho, gozando de un concepto tan uniforme entre todos que no necesitaba de más explicación (Vg.: Decreto de Seguridad Individual de 1811, Estatuto Provisional de 1815, Constituciones de 1819 y 1826, y el propio Estatuto Provisional de 1816 aprobado por el Congreso de Tucumán.).-

Jurídicamente, mucho se habla hoy de procesos urgentes, cuando el peligro radica en mantener una situación disvaliosa, y se ha catalogado como tal y por antonomasia al Amparo consagrado en el Art. 43 de la C.N; por eso, retomando el interrogante que nos planteáramos al comienzo, para lograr la acabada protección de bienes de carácter supremo tales como la vida, la salud, y la integridad psicofísica, concluimos que la legislación actual no resulta eficaz por excesivamente ritualista.-

Por ello, **proponemos una reforma legislativa** sustancial que unifique las vías procedimentales con abierto criterio federalista, regulando el **amparo de salud** con la finalidad de que por la entidad de los derechos fundamentales que pretende garantizar, sea abordado idénticamente en todo el territorio del país, más teniendo en cuenta que la virtualmente derogada Ley 16.986, tuvo en mira la protección de actos provenientes del Poder Nacional y el Art. 43 C.N omite toda referencia a los Amparos estatales que contemplaban el arco tuitivo como garantías propias.-

En tal sentido, apuntamos a que se amplíe la legitimación más allá del afectado directo y se extienda a todo habitante, ya sea persona individual, colectiva, física o jurídica que tome conocimiento por cualquier razón, de la conculcación del derecho fundamental a la vida, salud y/o intergridad psicofísica de las personas.-

A que se prescinda de plazos de prescripción y caducidad, pudiendo ser promovida por ante el Juzgado de Turno aún sin patrocinio letrado.-

A que el acceso a la Jurisdicción no se sujete a formas sacramentales que lentifiquen el progreso de la instancia, debiendo ser tan simple como la presentación de una solicitud de trámite suscripta por quien o quienes ejerciten la acción para habilitar la Jurisdicción, acompañada de un certificado médico que determine el diagnóstico, la medicación requerida, y el tratamiento aconsejado - sea éste convencional o no - y debiendo en éste último caso ajustarse a las disposiciones del ANMAT (Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología) dependiente del Ministerio de Salud y Medio Ambiente de la Nación, en cuanto a la gratuidad del mismo.-

A que ante la imposibilidad de la presentación del experticio médico, el Magistrado corra vista a la Oficina Pericial Departamental para que dentro de las 24 hs expida el certificado correspondiente.-

A que en igual plazo se intime el cumplimiento de la prestación que corresponda, debiendo el obligado dentro del mismo, suministrar la medicación o proveer el tratamiento requerido, teniendo en consideración que tanto en uno como en otro caso, el Magistrado deberá acotar su sentencia a los porcentuales establecidos en las Resoluciones del Ministerio de Salud y Ambiente de la Nación relativas al PMO (Programa médico obligatorio) y al PMOE (Programa médico obligatorio de emergencia); éste último originado ante la imposibilidad del primero en dar satisfacción a las prestaciones a su cargo.-

Aplicándosele una multa diaria si expirado el plazo, el obligado no diera estricto cumplimiento a la intimación que se le formula.-

A que si el Juez de Grado denegara el amparo, la petición se eleve en forma inmediata al Tribunal Superior a fin de habilitar la instancia revisora contando con un plazo de 48 hs para evacuarla.-

A que la autoridad representativa de las distintas instituciones prestadoras de servicios médicos sea penalmente responsable por el delito de desobediencia en que incurra, en concurso con las penalidades previstas para el incumplimiento de los deberes de funcionario público que se aplicarán analógicamente.-

A que sin propender a una indiscriminada ausencia de bilateralidad, la misma sea de carácter mitigado, es decir que la primera medida consista en satisfacer la pretensión incoada cuando la verosimilitud del derecho pretendidamente conculcado aparezca manifiesta.-

A que su promoción no sea considerada excepcional sino específica, para señalar y dar finiquito y solución al incumplimiento de ciertos deberes de la administración o la judicatura a la vez que una verdadera medida anticipatoria in audita parte que permita otorgarle carácter resarcitorio si el damnificado optara por establecer un monto dinerario que tendiera a recomponer la situación existente antes de la producción de la lesión.-

A que el Magistrado interviniente, ajuste su decisorio a las resoluciones que sobre administración de medicación y tratamientos médicos tenga dictadas el Ministerio de Salud y Ambiente de la Nación innovándose en la inclusión de todas las prestaciones que puedan brindarse, pero siempre en los porcentajes que dicho Ministerio establece, tanto respecto de las Obras Sociales que se encuentran bajo la égida de las Leyes 23.660 y 23.661 creadoras de los agentes del seguro de salud y del sistema de financiamiento mediante los aportes provenientes de la ley 24.452 (vulgarmente conocida como ley de cheques), así como de las de naturaleza estatal que hasta el presente no hayan adherido al sistema creado por ellas.-

A que la previsión del párrafo anterior, asuma el carácter de verdadero **control judicial** constituyéndose en un límite cierto para que se responsabilice por mala praxis al Magistrado que se aparte de las mencionadas disposiciones en flagrante detrimento del prestador del servicio de salud de que se trate, quien encontrándose obligado por condena judicial, se ve expuesto a la inescrupulosidad de proveedores mercantilistas, que aprovechan la situación de aquél suministrando insumos con injustificados sobrepuestos.-

A que el Magistrado que exceda el límite impuesto supra, responda con su propio patrimonio por los daños y perjuicios que ocasione.-

A que se establezca para las obras sociales del Estado, no adherentes de las leyes 23.660 y 23.661, una subvención Estatal para los casos debidamente fundados en la incapacidad financiera en solventar la prestación que deban brindar.-

A que en la hipótesis de doble afiliación del amparista a una Obra Social no inscripta en el sistema y a otra sí – lo cual es legalmente

posible – cuando sea demandada la que está fuera del sistema, se disponga la citación de la otra como tercero en garantía a fin de compartir entre ambas la responsabilidad emergente del cumplimiento de lo peticionado por el demandante.-

Creemos que todo ello establecerá en la conciencia de cada uno de nosotros que hay ciertos derechos que no pueden esperar para ser garantizados; que primero deben restablecerse y recién después debatirse.-

En síntesis: De lo dicho extraemos dos **conclusiones** vitales, la primera relacionada con la tarea fundamental desplegada por la Jurisdicción, y la segunda con el tratamiento especial que debe suministrar el legislador a los Amparos en general y a los de salud en particular.-

Respecto del primer tópico nadie desconoce la obligación estatal del resguardo del derecho a la vida y a la salud de los habitantes de la Nación, por consiguiente los organismos jurisdiccionales que conforman uno de los Poderes del Estado, cuentan entonces con la obligación insoslayable de sortear con sus resoluciones los impedimentos formales que obstruyan el efectivo goce de tales derechos, garantizándolos por igual sin ninguna distinción.-

Ello, sumado a que sin duda la protección de tales primordiales derechos redundará en beneficio no solo del interés individual del directamente afectado sino de la sociedad toda, eje rector que no debe perderse de vista en las decisiones judiciales o administrativas.-

Sin olvidar la esencialidad de la defensa de los derechos de salud, ese celo para defender el de la vida, no debe hacer perder de vista al Magistrado que intervenga, el dar una respuesta equilibrada atendiendo también a la situación del prestador sometido al corrupto accionar de ciertos proveedores de insumos. (Vgr: provisión de tubos de oxígeno, pañales descartables, tabulación por kilómetro recorrido en transporte para el traslado de pacientes con discapacidades motrices etc.) ante el conocimiento de que la obligación impuesta por el sentenciante es de cumplimiento impostergable, lo que generará en el Juez que se aparte de las normas dictadas al respecto su responsabilidad por los daños y perjuicios que ocasione.-

Sentada así la preminencia que ha de otorgárseles a estos derechos fundamentales y en la seguridad de que los nombrados son una de las expresiones más claras de aquellos, consideramos que resulta necesario evitar dilaciones que basadas en las formas del proceso impidan su satisfacción inmediata.-

Al respecto la Corte Suprema Nacional ha expresado que las normas procesales dictadas por el Congreso de la Nación son inmediatamente reglamentarias de los derechos amparados por nuestra Carta Magna y/o los Tratados Internacionales por ella reconocidos, procurando no caer en un exceso ritual que constituye una verdadera renuncia consciente a la verdad jurídica objetiva, incompatible con el adecuado servicio de Justicia (C.S.N 4/11/97 – L.L 1997 F, 818 – 96527, comentado por Lino Enrique Palacio, Fallos “MENDOZA MARIA M c/ INSTITUTO DE SERVICIOS SOCIALES BANCARIOS”,L.L 1998 F, 42 – 98.054, ídem 10/08/99, “FARIAS HELVECIA c/ ANSeS, L.L 2000 A, 23 – 99.790 entre otros.-

Lo contrario podría provocar una situación de extrema gravedad ya que el excesivo rigorismo en la valoración y aplicación de normas adjetivas, produce un perjuicio irreparable en institutos fundamentales, comprometiéndose de tal forma normas de rango superior y dejando de lado la aplicación del derecho sustantivo para la resolución de cuestiones donde el aspecto jurídico no satisface el lado humano de la situación y las necesidades vitales han sido conculcadas.-

Sobre el particular ha señalado Carrió “ ... diremos que una sentencia es arbitraria si incurre en rituales excesivos, o en abusos de forma, en desmedro de “la verdad sustancial ...” (“El recurso extraordinario por sentencia arbitraria”, Tomo I, pag. 267, Editorial Abeledo Perrot, 1978), máxime entonces como en el de los casos a los que ajustamos este ensayo cuando se menoscaban garantías y derechos constitucionales.-

Morello, por su parte expresa “que en la interpretación de las normas procesales no puede olvidarse el rol estricto de funcionalidad y practicidad de las mismas al servicio de los derechos sustanciales. De otra manera se sacrificaría la necesidad de acordar primacía a la verdad jurídica objetiva: por ello, de no reprobarse el excesivo rigor formal obturante del acceso a la verdad, se vulnera la exigencia del adecuado servicio de justicia (“Recursos extraordinarios y eficacia en el proceso”, Tomo III, pag. 945, Editorial Hammurabi, 1987).-

El segundo tópico aparece en razón de que nuestra Carta Magna no contiene un listado detallado de los derechos fundamentales que consagra, ni un orden de prelación o importancia entre ellos, y si bien el derecho a la vida, a la salud o a la integridad psicofísica no están expresamente enunciados, a través de una interpretación finalista, sistemática y dinámica de sus preceptos, resulta claro que ellos integran el concepto del hombre objeto de la regulación constitucional,

correspondiendo a los operadores del derecho en cada circunstancia fáctica velar por ellos, y en primer lugar por el de la vida, lo que cobra un valor irrefutable desde que nuestro sistema legal la reconoce a partir del momento mismo de la concepción.-

Es por tanto que en la libertad de vivir queda comprendida la integridad física de los hombres como intangibilidad del propio organismo y se traduce en el derecho a que no se lesione el cuerpo o la salud psicofísica de las personas.-

Así planteadas las cosas, interpretamos que el derecho por antonomasia es el derecho a la vida con su consiguiente derecho a la salud y al disfrute de esa integridad psicofísica, y si bien es admitido el principio general de que las sentencias que rechazan la acción de amparo dejando subsistente el acceso a la revisión judicial a través de la instancia ordinaria por ser necesarios una mayor amplitud de debate y prueba no tienen carácter definitivo, este principio deja de ser razonable cuando el agotamiento de la vía ordinaria conlleva un perjuicio irreparable, ya que a raíz de aquél pretexto se desvirtúa la función específica del Poder Judicial en orden a la tutela de los derechos. Nada justifica frente a la defensa del derecho a la vida acceder a la extensión del proceso ordinario cuya resolución final puede traer consecuencias irreparables en la salud de quien es objeto del litigio. Lo manifestado mueve a que el Legislador implemente sin titubeos el proceso adecuado.-

A veces, pretendiendo ser más papistas que el Papa, nos rasgamos las vestiduras en miras a la abolición de sobreabundantes burocracias, pero llegado el momento de actuar, somos temerosos y no deseamos incurrir en abreviaciones de las que debemos tener que rendir cuentas a posteriori.-

Como jueces, tenemos temor al pleno ejercicio del imperium y nos da la sensación que su despliegue puede llegar a producir el efecto no deseado de la conculcación de algún derecho, sin avizorar que en su exaltación tenemos reconocido hasta un poder de contralor respecto de la actuación de autoridades administrativas que excediéndose en sus funciones pudieran perjudicar los derechos fundamentales reconocidos a un tercero.-

En suma el creciente deterioro del salario, de la educación y de la salud no son más que la exaltación del deterioro de la vida civilizada en su conjunto, sometiendo al hombre a las miserias más temidas y entre ellas al abandono, a la enfermedad, al sufrimiento, a la falta de una atención médica adecuada, a la denegación del goce de una calidad de

vida respetable, a la no provisión de la medicación necesaria, y en fin a la posibilidad de una muerte digna.-

Nuestro momento es el aquí y el ahora, no lo dejemos pasar.-

Y es entonces que después de este abordaje nos reformulamos la pregunta del inicio ¿Habremos logrado el fin propuesto?. Creemos haber hecho un pequeño aporte en aras a obtener aquélla herramienta que al inicio pretendimos fuera eficaz, veloz. y que sirviera al Juez en mejor forma que la Ley 16.986.-

Estará a cargo de quien analice nuestra propuesta determinar si la misma resulta de utilidad.-

***“Nazco en una sociedad que no elijo, con nombres impuestos y con derechos inalienables y controversiales, que sólo la benevolencia y eficacia del erudito me permitirá gozar en plenitud. ¿Hay mejor remedio?”***

## BIBLIOGRAFIA

- “El Amparo” - Adolfo A. Rivas - Ediciones La Rocca / 2003.-
- “Derecho Procesal Constitucional – Acción de Amparo”- Néstor Pedro Sagües – Editorial Astrea / 1995.-
- “El amparo constitucional – Perspectivas y Modalidades – Art. 43 C.N” – Germán J. Bidart Campos / Néstor P. Sagües.-
- “Derecho procesal constitucional – Amparo” – Osvaldo Alfredo Gozaíni - Rubinzal / Culzoni / 2002.-
- “El Amparo como garantía para la defensa de los derechos fundamentales” – Daniel Alberto Sabsay (Rev. Jurídica del Centro de Estudiantes de la Facultad de Derecho de la UBA – Nro. 6 / 1996.-
- “Convención Americana sobre derechos Humanos” (Art. 25).-
- “Pacto Internacional de Derechos Civil y Políticos” – Parte II, Art. 2, ap. 3.-
- “Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre” (OEA 1948 – Art. 18).-
- “Declaración Universal de derechos humanos” (OEA 1948 – Art. 8).-
- “El recurso extraordinario por sentencia arbitraria”, Tomo I, Editorial Abeledo Perrot,/ 1978”.-
- “Recursos extraordinarios y eficacia en el proceso”, Augusto M. Morello, Tomo III, Editorial Hammurabi/1987”.-