

## DERECHOS PERSONALÍSIMOS

Derecho a la salud – Suministro de medicación oncológica – Medida autosatisfactiva

(Trib. Familia Lomas de Zamora, n. 3, 24/05/2001– M., H. N. v. PAMI). JA 2001–III–421.

(\*) Ver nota de Carlos A. Ghersi.

2ª INSTANCIA.– Banfield, mayo 24 de 2001.– Considerando: 1. Que el 22/5/2001 a fs. 1/4 y 13/14 se presenta H. N. M. como afiliada de PAMI n. 405078702604, por sí, con el patrocinio letrado de la Dra. Olga I. Vázquez, solicitando:

1) El cese inmediato de la omisión en que incurre el PAMI al no entregarle el medicamento prescripto el 17/4/2001 por la médica oncóloga de cabecera asignada por el PAMI, Dra. Diana L. Beloqui, y 2) El suministro en el día de la fecha del fármaco Arimidex (anastrozol 1 mg.), sin más dilaciones y teniendo en cuenta que se trata de una medicación de largo plazo.

Hállanse agregadas en autos las constancias de los sucesivos rechazos de PAMI (20/4/2001, 2/5/2001 y 9/5/2001), fotocopias del resumen de la historia clínica, del informe histopatológico, del centellograma óseo total, de la resonancia magnética de columna cervical, de las órdenes de tratamiento oncológico, del informe de tratamiento de cobalto terapia.

A fs. 16/22 la médica forense de la Asesoría Pericial departamental, especialista en Medicina Legal y en Ginecología, Dra. Gladys C. Zurbano, se expide a partir de la documentación de interés médico legal obrante en autos, sobre la urgencia en el suministro de la medicación requerida.

Resulta de su detallado informe que:

a) H. N. M. padece de un carcinoma ductal infiltrante de mama diagnosticado en 1984, tratándose de un cáncer de tipo invasivo y en oportunidades multicéntrico; que a pesar de los tratamientos efectuados presentó metástasis ósea (columna cervical y dorsal), lo que sustenta la necesidad de que sea sometida a tratamiento de hormonoterapia de 2ª línea con un inhibidor de los estrógenos a nivel suprarrenal, como es el Arimidex.

b) La medicación propuesta es sumamente necesaria, siendo urgente la necesidad de su administración, ya que se ha agotado el tratamiento de primera línea.

2. En el caso planteado es competente este Tribunal de Familia por disponerlo el art. 827 inc. t CPCC. Bs. As., "en todo asunto relativo a la protección de personas". Conforme señalan Berizonce, Bermejo y Amendolara, la latitud del precepto y su naturaleza residual dejan una puerta abierta para que el tribunal pueda conocer en cuestiones expresamente no contempladas en los incisos anteriores, pero que hagan a la integridad física o espiritual de las personas, en el ámbito personal o familiar. (Berizonce, Bermejo y Amendolara, "Tribunales y proceso de familia, Ley 11453 modif.

por ley 12318 ", 2001, Ed. Librería Editora Platense, p. 97).

H. N. M. que padece una grave enfermedad oncológica, promueve acción de amparo contra PAMI, debido a la dilación en la entrega de un medicamento, a efectos de que cese la falta de atención sanitaria que la perjudica. Simultáneamente con la acción de amparo deducida, peticona que se ordene en el día de la fecha el suministro del fármaco solicitado, sin más dilaciones.

El Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados (INSSJP–PAMI) fue creado por la ley 19032 , aclarándose su naturaleza jurídica por medio de la ley 19465 , en la que se señaló su carácter público no estatal.

Por lo tanto, se ha promovido en autos un amparo portador de una medida urgente, pues la pretensión material del amparo y la pretensión de la medida esgrimida son idénticas; en realidad, lo único que se pretende es la entrega por parte de PAMI del medicamento prescripto, sin demora.

Entonces, al decretarse la medida urgente solicitada deviene innecesario sustanciar el amparo, dado que se habría operado la extinción de la pretensión que comporta y el proceso respectivo por sustracción de materia –siéndole prohibido al órgano jurisdiccional dictar pronunciamientos abstractos–.

En la jurisprudencia, similar situación se verificó en el caso "Clavero, Miguel A. v. Comité Olímpico Argentino" fallado por el Juzgado Nacional de ferias en julio de 1996, en el que se adosó una medida cautelar genérica a la acción de amparo deducida, cuando lo único que se pretendía era el dictado de la medida ordenando la acreditación del actor en el equipo de ciclistas argentinos ante la XXVI Olimpiada, del que había sido excluido "por no estar en los listados". Así, en la resolución final el juez da por concluido el proceso, por "haberse agotado el objeto de la acción deducida" con el dictado previo de la medida (fallo citado por Mabel A. De los Santos en JA 1997–II–926 , por la C. Civ. y Com. Lab. y Paz Curuzú Cuatiá, 13/5/1999 en "Balbi, Carmen y otros v. Provincia de Corrientes", anotado por Jorge A. Rojas en JA 2000–II–71 , y por este Tribunal de Familia en "S., M. I. s/protección de persona", 21/5/1999, anotado por Carlos A. Ghersi en JA 2000–II–393 ).

También la C. Nac. Civ., sala C, se ha expedido ante cuestiones procesales de esta índole, resolviendo que "es procedente el amparo al solo fin de obtener una medida cautelar autónoma innovativa" (LL 1996–E–109).

No obstante haberse admitido por la doctrina y por prestigiosa jurisprudencia que "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 física" (Juzg. Crim. y Corr. Transición Mar del Plata, n. 1, 13/3/1999, consid. 3, anotado por Carlos A. Ghersi, en JA 6166 del 3/11/1999), en la comisión VII de las IX Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial, Procesal y Laboral, llevadas a cabo en Junín en el mes de noviembre de 2000, una de las cuestiones tratadas fue el tema de las medidas autosatisfactivas y el amparo, sobre el que existieron dos posturas, cuyo detalle se considera pertinente transcribir por su vinculación con la problemática de autos.

La primera: a) En presencia de actos u omisiones encuadrables en los términos del art. 43 CN., la acción de amparo es susceptible, con rapidez y eficacia, de dar adecuada satisfacción a esos derechos; b) Como regla, deben los jueces, por aplicación de los arts. 16 y 18 , oír previamente a la persona afectada por el fallo, aunque excepcionalmente, cuando ello no resulte posible por la

urgencia del caso o la irreparabilidad del perjuicio invocado, resolver la cuestión inaudita parte; y c) Las leyes reglamentarias de la pretensión de amparo deben contemplar esta última posibilidad. La segunda: a) Se recomienda legislar prioritariamente –de manera no demasiado detallista– las formas urgentes del moderno proceso civil argentino (medidas autosatisfactivas, tutela anticipada, etc.). Sin perjuicio de ello, se estima que pueden despacharse pretoriamente con el marco normativo actual; y d) El régimen de amparo no siempre resulta idóneo para servir de carril procedimental para las vías urgentes del proceso civil (Revista de Derecho Procesal, 2001–1, Ed. Rubinzal–Culzoni, p. 538).

Subyace en los temas abordados en las jornadas, uno de los más significativos desvelos del estado constitucional de derecho real –el acceso a la justicia– y también, una tendencia –la identificación de los obstáculos y sus interrelaciones, para poder idear los medios e instituciones efectivos para superarlos–. Estas técnicas de garantía de los contenidos sustanciales del derecho, vinculados normativamente a los principios y a los valores inscriptos en la norma constitucional, constituyen la tarea y la responsabilidad de la cultura jurídica. Pues como sostienen Cappelletti y Garth, citando a Jacob, "son las reglas procesales las que infunden vida a los derechos sustantivos, las que activan dichos derechos para hacerlos efectivos (Cappelletti, Mauro y Garth, Bryant, "El acceso a la justicia. La tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos", 1996, México, Ed. Fondo de Cultura Económica).

En el marco de estas precisiones y con estas exigencias, se analiza la situación de H. N. M., una mujer mayor afiliada a PAMI, que percibe mensualmente una pensión de \$ 102 y que padece cáncer ductal de mama invasivo con metástasis a nivel óseo.

Del resumen de historia clínica de fecha 17/4/2001 –fecha de presentación de la solicitud en PAMI–, confeccionada, firmada y sellada por la médica oncóloga tratante en papel con los datos identificatorios de la clínica (Clínica Modelo de Lanús, dirección y teléfono), surge lo siguiente: 1) En 1984: cáncer de mama derecho (T4 indica la porción del pecho afectada por la enfermedad, casi en su totalidad) con metástasis (TMx); 2) en 1988: cáncer de mama izquierda; 3) en 1992: extracción quirúrgica de los ovarios; y 4) en 2001: metástasis ósea en columna cervical y dorsal, tratamiento de primer nivel con tamoxifeno, y prescripción de tratamiento de segundo nivel con Arimidex (f. 6).

Motiva la presentación judicial actual, la demora de más de un mes (desde el 17/4/2001 hasta 22/5/2001) por parte de PAMI, en el suministro del fármaco mencionado ut supra prescripto por la médica oncóloga tratante, que ha sido considerado necesario y urgente por la médica forense de la Asesoría Pericial departamental, especialista en ginecología (f. 22).

a) Preciso es admitir que el tribunal considera en sus decisiones los componentes reales que operan sobre las necesidades humanas (Gherzi), lo que significa un reconocimiento del valor "humanidad" y la reubicación de la persona humana como centro del derecho, poniendo el acento en todos sus aspectos: los físicos o somáticos y los psíquicos; individuales, sociales, familiares, relativos a la capacidad de contemplación, de gozar, de proyectar, sentir, amar, al estado de salud (Mosset Iturraspe), advirtiendo en virtud de ello, y procurando superar, la incompatibilidad entre el "progreso jurídico" y las condiciones materiales y espirituales que conspiran contra la dignidad humana y la libertad (Gherzi, Carlos A., "Metodología de la investigación en las ciencias jurídicas", 2001, Ed. Gowa profesionales, p. 112, p. 39; Mosset Iturraspe, Jorge, "Revista de Derecho Privado y Comunitario", n. 1, "Daños a la persona", Ed. Rubinzal–Culzoni).

En virtud de lo expuesto, la prevención –como mecanismo asegurado por la Constitución como garantía implícita para neutralizar los perjuicios no causados– constituye un mandato para la magistratura, cuya función preventiva de daños es una faceta de su accionar, tanto o más importante que la de reparar los perjuicios causados; en especial cuando se trata de los derechos humanos primeros (en cuyo caso la prevención es preferible a su reparación) de los más vulnerables (en cuyo caso la tutela debe ser mayor). Por lo tanto, este tribunal considera a la actora en situación de vulnerabilidad, que amerita el mandato preventivo de daños, fundado en la gravedad de su enfermedad, en el sufrimiento que genera el padecimiento físico que la aqueja desde 1984, en el escaso ingreso económico mensual y en su edad (conf. Preámbulo y art. 75 inc. 23 CN.; Corte Sup., "S., V. v. M., D. A. s/medidas preventivas", 3/4/2001; Peyrano, Jorge W., "El proceso atípico", 1993, Ed. Universidad, p. 30; De Los Santos, Mabel, "Los valores en el proceso civil actual y la consecuente necesidad de reformular los principios procesales", JA 2000–I–752 ).

b) Asimismo, ante el derecho a la vida y el derecho a la preservación de la salud que lo integra –determinantes para el desarrollo de todo proyecto vital–, pues de ellos dependen los demás bienes humanos, se tiene el derecho a que los demás se abstengan de atacarlos, a la conservación de la vida y al goce de ella. Y en la dimensión jurídica el goce comporta su defensa (conf. Preámbulo y arts. 33 , 42 y 43 CN., 3 y 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos [1], 12 incs. 1 y 2 ap. d del Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales [2], 4 inc. 1, 5 inc. 1 y 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos [3], 12 y 36 inc. 8 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires –Trib. Familia Lomas de Zamora, n. 3, 21/5/1999, "S., M. I. s/protección de persona", anotado por Carlos A. Ghersi, en JA 2000–II–393 ).

A esos fines, reclama M. que se ordene a PAMI la atención sanitaria oportuna, mediante el cese de la omisión constitucional actual al denegarle mediante sucesivos rechazos la prestación del servicio farmacológico oncológico debido (PMO.), sin fundamentos suficientes –ilegibilidad de los estudios enviados, falta de dirección y teléfono de la Clínica Modelo de Lanús, inadmisibilidad de los sellos preimpresos de los profesionales, reenvío de estudios médicos, entre otros–.

El sentimiento jurídico se rebela frente a respuestas que conspiran abiertamente contra el respeto a la dignidad humana. Pues se contraponen a las razones invocadas por PAMI, el daño a los valores humanos básicos: la vida y la salud. Cabe destacar, además, para comprender la magnitud del incumplimiento –en el que abrevia su antijuricidad manifiesta–, que el objetivo fundamental del Sistema Nacional de Seguros de Salud consiste en "proveer el otorgamiento de prestaciones de salud igualitarias, integrales y humanizadas". (conf. art. 2 ley 22661 y resolución general 247/1996 Ministerio de Salud y Acción Social sobre cumplimiento del Programa Médico Obligatorio).

Frente a esta situación humana de urgencia y gravedad, en la que se peticona la defensa de los derechos humanos esenciales de una mujer, el mandato constitucional–procesal exige una tutela judicial efectiva y sin demoras indebidas, consagrada por los arts. 18 , 75 inc. 22, 8 ap. 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, 15 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires (4) y 827 inc. t CPCC. Bs. As. (5).

En orden a la efectividad de los derechos, el régimen del amparo no resulta idóneo como carril procedimental en autos, pues deviene abstracta la cuestión una vez que se resuelve la medida urgente esgrimida simultáneamente, porque coinciden ambas pretensiones.

Por lo demás, diversos procesos urgentes forman parte de la respuesta de la ciencia del derecho y

de la práctica judicial a la demanda latente de métodos para hacer efectivos los derechos, reconociendo la recurrente dificultad de poner en vigor las leyes ideadas para proteger y beneficiar a los sectores menos poderosos de la sociedad. La sujeción del juez a la Constitución, y, en consecuencia, su papel de garante de los derechos constitucionalmente reconocidos, refuerza el compromiso jurisdiccional con los problemas de su tiempo y destierra paulatinamente la figura del juez pasivo; en ese vínculo precisamente radica el principal fundamento de la legitimación de la jurisdicción en la actualidad.

En este sentido, Gelsi Bidart sostiene que no puede hablarse de humanización procesal, si no nos referimos a la época en que nos encontramos, por cuanto el hombre es un ser histórico y el proceso un medio modificable a través del tiempo, según las necesidades y modalidades que van apareciendo... la radical individualidad del hombre por una parte y las diferentes clases de sociedad que va construyendo, obligan a revisar continuamente los medios que en ella se utilizan (Gelsi Bidart, Adolfo, "Humanización del proceso", en "El proceso. Los nuevos desafíos").

Entonces, en base a las consideraciones previas, aplicando el principio *iura novit curia*, la cuestión planteada encuadra en la estructura del proceso urgente denominado "medida autosatisfactiva", caracterizada por ser una solución jurisdiccional excepcional, urgente, autónoma, de ejecutoriedad inmediata, despachable inaudita et altera pars, mediando una fuerte probabilidad de que lo pretendido sea atendible, y que se juzga, en este caso, tan atendible que deviene innecesaria la contracautela ("Faiart Argentina S.A.", C. Civ. y Com. Rosario, sala 2ª, 18/9/1998, anotado por Roberto A. Vázquez Ferreyra en JA 1999-I-470 –fallo en el que se dictó una medida autosatisfactiva mediante la aplicación del principio *iura novit curia*–).

Disponer en esta situación urgente una comunicación previa a PAMI implicaría ignorar el deber judicial de tutelar el derecho a la vida, que incluye el derecho a la preservación de la salud; específicamente, significaría no hacer cesar un daño que persiste desde hace más de un mes y que no es evitable por otros medios, porque la peticionante carece de recursos económicos suficientes, ignorándose así los avances del cáncer diagnosticado sobre el cuerpo de H. N. M. –avances que agravan instante tras instante su deteriorada salud–, y como consecuencia disminuyen su calidad de vida con menoscabo de su dignidad. En general, significaría desconocer que el acontecer de la vida aparece inserto en el tiempo; en especial, significaría no poder comprender las resonancias dolorosas que para la peticionante enferma de cáncer con metástasis ósea, tendría la lectura de Borges: "El tiempo es la sustancia de que estoy hecho. El tiempo es un río que me arrebató, pero yo soy el río; es un tigre que me destroza, pero yo soy el tigre; es un fuego que me consume, pero yo soy el fuego..." (Cappelletti, Mauro y Garth, Bryant, "El acceso a la justicia. La tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos", 1996, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, p. 17, "Diferencias entre el poder de los litigantes –la situación económica–"; Borges, Jorge L., "Nueva refutación del tiempo", Obras Completas, Ed. Emecé, p. 771; Cárdenas, Eduardo, "El tiempo en los procesos de familia", LL 1985-D-748).

Sin embargo, aun frente a una situación en que se hallan ofendidos valores de tan alta jerarquía como los de autos –que justifican la preferencia jurisdiccional y consiguiente postergación temporal del principio de bilateralidad–, la satisfacción definitiva de los requerimientos de quien postula la medida debe entenderse en sus justos límites, pues, conforme explica Morello, ello ocurrirá en los supuestos en que la medida sea consentida o que adquiera firmeza como resultado de la frustración de las vías impugnatorias.

Se ha reafirmado el carácter excepcional de este tipo de proceso tendiente a obtener la tutela autosatisfactiva, debido precisamente a que no cabe duda de que el principio de bilateralidad, aun cuando no se ha suprimido, debe reconocerse que se encuentra debilitado. Por ello tienen que existir valores de jerarquía superior que autoricen ese debilitamiento, a fin de que éstos no se vulneren totalmente. En el conflicto de valores el juez debe preferir el que estime prioritario (Arazi, Roland y Rojas, Jorge A., "Código Procesal Civil y Comercial, comentado, anotado y concordado con códigos provinciales", t. 1, 2001, Ed. Rubinzal-Culzoni, p. 753).

Recientemente afirmó la Corte Suprema de la Nación, que "...el derecho a la vida es el primer derecho de la persona humana que resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional (6) (Fallos: 302:1284 [7]; 310:112 [8])... el hombre es eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo –más allá de la naturaleza trascendente– su persona es inviolable y constituye el valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental (Fallos 316:479 [9], votos concurrentes)... a partir de lo dispuesto en los tratados internacionales que tienen jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22), se ha reafirmado en distintos pronunciamientos el derecho a la preservación de la salud –comprendido dentro del derecho a la vida– y se ha destacado la obligación impostergable que tiene la autoridad pública de garantizar ese derecho con acciones positivas, sin perjuicio de las obligaciones que deben asumir en su cumplimiento las jurisdicciones locales, las obras sociales o las entidades de la llamada medicina prepaga" (Corte Sup., causa C.823 XXXV RH, "Campodónico de Beviacqua, Ana C. v. Ministerio de Salud y Acción Social – Secretaría de Programas de Salud y Banco de Drogas Neoplásticas" –24/10/2000– consid. 15 y 16 ).

El hombre como eje y centro del derecho. Esta idea fundante ha sido vivificada por el constituyente de 1994, mediante la jerarquización constitucional de los tratados de derechos humanos, que Ekmekdjian denomina "Tratados de integración humanitaria (que internacionalizan los derechos humanos)". Entiende este Tribunal de Familia, en coincidencia con Quiroga Lavié, que con dicha jerarquización, "se ha priorizado la ética sobre la economía" (Ekmekdjian, Miguel A., "Tratado de derecho constitucional", t. 7, 1997, Ed. Depalma, p. 616).

Por todo lo expuesto, corresponde hacer lugar a la medida urgente solicitada por H. N. M., en calidad de autosatisfactiva. Por lo tanto, el tribunal ordena a PAMI: 1) la entrega de la medicación Arimidex (anastrozol 1 mg.) de 28 comprimidos, conforme a la prescripción de la Dra. Diana Beloqui, por intermedio de la Farmacia Forcada, ubicada en la Calle Juan XXIII 596 de Lomas de Zamora, con teléfono n. 4282-0871 y 4283-0647, y dentro de las veinticuatro horas de la notificación de la presente resolución, responsabilizándose en forma personal al interventor a cargo de la dirección del ente público por el incumplimiento de lo ordenado, y 2) conforme a una interpretación previsor, asegurar las entregas futuras de la medicación prescrita por los médicos tratantes, en forma continuada, evitando dilaciones burocráticas innecesarias y toda discontinuidad en el tratamiento oncológico de H. N. M., con número de beneficio 405078702604. 3) Por la naturaleza de la cuestión planteada, sin costas (conf. art. 68 párr. 2º CPCC. 4) Se autoriza a Graciela L. Vázquez para todo diligenciamiento o notificación, a efectos de dar cumplimiento a todo lo aquí ordenado.– María S. Villaverde.– Gabriel C. Díaz Dopazo.– Enrique Quiroga.

NOTAS:

(1) LA 1994-B-1611 – (2) LA 1994-B-1639 – (3) LA 1994-B-1615 – (4) LA 1994-C-3809 – (5) ALJA 1968-B-1446 – (6) LA 1995-A-26 – (7) JA 1981-II-61 – (8) JA 1987-II-331 – (9) JA

## MEDIDAS AUTOSATISFACTIVAS: EL PODER JUDICIAL Y LOS DERECHOS HUMANOS

SUMARIO: I. Introducción.– II. El rol del Poder Judicial, la Constitución Nacional y la función judicial.– III. El derecho a la vida con dignidad, apotegma primigenio de la Constitución Nacional y razón fundante de toda sociedad.– IV. Las medidas anticipativas.– V. Reflexión a modo de colofón

### I. INTRODUCCIÓN

Es necesario, antes de iniciar nuestro comentario a este trascendental pronunciamiento, citar y resaltar una frase del mismo porque precisamente en los momentos tan difíciles que vive la Argentina es el signo de esperanza (1) de un pueblo que quiere vivir en paz y del ser humano que pretende recuperar su dignidad: "La sujeción del juez a la Constitución y en consecuencia, su papel de garante de los derechos constitucionalmente reconocidos refuerza el compromiso jurisdiccional con los problemas de su tiempo y destierra paulatinamente la figura del juez pasivo; en ese vínculo precisamente radica el principal fundamento de la legitimación de la jurisdicción en la actualidad".

Sin duda merece ser puesta en la primera página de todos los diarios de nuestro país, para que en cada ciudad, pueblo o caserío, los niños, las mujeres y los hombres de buena voluntad, sepan que se está "construyendo" (2) un nuevo Poder Judicial, con mayúsculas, desde abajo, como deben ser todas las revoluciones pacíficas y engrandecedoras del alma humana.

Son funcionarios públicos que en silencio y desde sus lugares de trabajo, hacen de su rol una premisa de honestidad, probidad y como diría Jurgen Habermas: "El deber de compensar la carencia de sentido con valores por vía del aparato del Estado y ofrecer servicios de bienestar" (3).

Intentaremos resaltar algunas cuestiones que nos parecen no sólo importantes sino que legitiman a la sentencia del Trib. Familia Lomas de Zamora, n. 3, como señera en la protección del ser humano ante la adversidad de la enfermedad y la crueldad del sistema, que muchos funcionarios sobreponen a la vida de las personas.

### II. EL ROL DEL PODER JUDICIAL, LA CONSTITUCIÓN NACIONAL Y LA FUNCIÓN JUDICIAL

Comparto aquel viejo pero sólido concepto de Gramsci acerca de que el "Estado es soberano en la medida en que es la misma sociedad ordenada" (4) y precisamente desde la irrupción del neoliberalismo y la "operación" destrucción del Estado, los ciudadanos, los seres humanos, están inertes ante el sistema que genera nuevos daños individuales, colectivos y sociales, como hemos señalado en reciente comentario a fallo (5) y que la teoría general del derecho de daños debe enfrentarse como nuevo desafío, pero que no lo puede hacer sin el auxilio del derecho procesal, como dice el maestro Morello (6).

Las acciones institucionalizadas (la sentencia de un magistrado) contienen dos principios fundamentales, que son: la creencia en la legitimidad (cumplen la exigencia de la doctrina de los valores) y la función ideológica del consenso intersubjetivo (la correlación de las acciones con la veracidad de sus preferencias) y en esto opera el rol del Poder Judicial como parte de la lucha de medios y fines en la sociedad.

Las dimensiones socio–históricas que la Constitución Nacional le adjudica al Poder Judicial en el proceso de racionalización (en el sentido weberiano) y reconstrucción de la distribución asimétrica en la sociedad, lo refunda como humanizador (escuela de Frankfurt) (7) y lo coloca en la praxis real, como sujeto de la soberanía, que normalmente le corresponde, pero que mucho le ha costado asumir.

Los procesos de crisis son en el fondo estados de amenaza de identidad social, donde se quiebra la integración (es decir, se produce la desintegración social de las instituciones) y la pertenencia a un poder y generan conductas "anónimas" (Durkheim–Merton), de allí que la recuperación implica una reducción de complejidades que le permite –al magistrado– una reinserción al sistema y una reconexión con la norma fundacional (la Constitución Nacional), esto es lo que estimamos viene acaeciendo en las filas del Poder Judicial.

Los principios de organización le acuerdan al Poder Judicial una cuota de "poder" como espacio abstracto y concreto de cambio social, de limitación de los otros poderes (control constitucional), de control del cumplimiento de las funciones de los otros poderes (el caso de autos es típicamente esta situación, la falta de entrega de un medicamento vital a una persona carenciada en resguardo de su salud, que es su propia vida) y estas "metas" son las garantizadas de los derechos fundamentales de la persona humana (8) que la Constitución Nacional, a partir de la reforma de 1994, ha incorporado por vía de los Tratados Internacionales (9).

De allí que Poder Judicial, Constitución Nacional y función de los magistrados, son una trilogía de preferencia veritativa y de propensión al equilibrio imprescindible en el ambiente del sistema y en el mundo de vida (poder y auto gobierno).

### III. EL DERECHO A LA VIDA CON DIGNIDAD, APOTEGMA PRIMIGENIO DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL Y RAZÓN FUNDANTE DE TODA SOCIEDAD

Schelling, en su obra "Investigaciones sobre la libertad humana" (1809), coloca una frase que siempre me ha hecho meditar mucho y que creo que es oportuna: "La historia de la naturaleza comienza con el bien, puesto que es obra de Dios; la historia de la libertad, con el mal, pues es obra del hombre".

Las personas en la naturaleza están libradas a la voluntad de su creador, pero en la "sociedad" pierden su libertad, en la necesidad de una convivencia sujeta a reglas que le aseguran la paz y seguridad.

El problema central es cuánto de esa libertad hay que dar

Siempre hemos entendido que ese "dar de la libertad" tiene su límite en la "dignidad", pues cuando se coloca al ser humano en "indignidad" se pierde la esencia misma de la persona y llega la marginación, el odio, la violencia y el devenir se torna incierto, oscuro pero no sólo para el "despojado" sino para toda la humanidad (mi querido maestro Luis M. Boffi Boggero, me decía que cuando se dañaba a un ser humano, se estaba dañando a toda la humanidad).

El derecho a la vida no es un derecho a secas, por sí y en sí, (aun cuando sí lo sea en otro aspecto, entiéndaseme bien) sino lo es indisolublemente unido a la dignidad, a la calidad de vida, al goce del "ser humano" (10).

Las patologías son contingencias en la vida de las personas que afectan su calidad de vida y que en la medida que puedan ser aliviadas o sanadas deben serlo, pues sino incorporan un sufrimiento que poco a poco denigra esa calidad de vida humana (11).

En este sentido, la sociedad como núcleo organizado, al cual cada uno de nosotros le entrega parte de esa libertad, debe colocarse al lado del sufriente, pues esa es la "función social del Estado o la Sociedad Organizada" de lo contrario esta última no tiene finalidad teleológica y pierde razones de sus esencias y existencia.

La entrega de un medicamento a una enferma de cáncer no puede ser negada bajo ningún pretexto, es más importante que construir autopistas para que circulen los automotores, es más importante que el financiamiento de la política... es más importante... porque se trata de quitar el dolor, de ser misericordioso con el otro, ¿será esto tan difícil de entender para algunos funcionarios públicos?

No se puede pensar una organización social (de hecho la Constitución Nacional, LA 1995–A–26, no lo dispone así) sin un proceso de valorización ideológica del ser humano y esto es simplemente la "dignidad" del otro, del conciudadano, del emparejamiento frente a la realidad del que sufre.

No puede haber una sociedad concebible, donde aparezca la dicotomía entre la moral interna y la moral discursiva (entre una sentencia que rescata el valor de la dignidad y un discurso vacío y abstracto de un ministro de salud) donde haya oposición entre campos regulados por la moral y campos regulados por el derecho (Hegel, "Fenomenología del espíritu").

El sistema de roles (entre los poderes) permite asegurar las funciones (desde la magistratura) donde esas contradicciones generan en una sentencia simple y humilde (pero de importancia central en el sistema) con acciones de evitación de daños (12).

#### IV. LAS MEDIDAS ANTICIPATIVAS

El derecho procesal pretoriano ha logrado establecer mecanismos (medidas autosatisfactivas, anticipativas, etc.) (13) que se colocaron en la entrelínea de los valores y las normas con inmanencia ontogenética que supieron priorizar su poder legítimo como herramienta de los derechos fundamentales.

Está bien, me hace ser optimista, me hace recordar la frase de Weber: "la necesidad en que se encuentra todo poder y aun toda chance de vida, de obtener su autojustificación".

Las necesidades humanas son temporales y espaciales, de allí que fuera de un tiempo y lugar propios, dejen de ser prioridades para convertirse en el "sitio" de la historia, por ello cuando se necesita inmediatez, es necesario que el magistrado entienda que la prioridad es lo "material" y no lo formal (amparos, medidas autosatisfactivas y anticipativas) porque está en juego la vida, la salud, la calidad de vida, valores "ultraconstitucionales" patrimonios de la humanidad toda por sobre los Estados Nacionales; deberían ser el primer derecho globalizado y sin embargo pareciera no hablarse de ésto.

Por eso es necesario insistir en que las herramientas derecho de fondo y derecho procesal deben aunarse en tiempo y lugar justos; de lo contrario, el derecho sólo servirá para el disciplinamiento

social injusto y perderemos así la significación moral del derecho (14).

## V. REFLEXIÓN A MODO DE COLOFÓN

Las constituciones burguesas, con sus reformas durante el Estado de Bienestar (incluyo la de 1994 pues a pesar de que cronológicamente estábamos en el Estado Neoliberal, su contenido es propio de la década de los ochenta o sea de la restauración del Estado de Bienestar) constituyen una herramienta discursiva y reivindicativa que necesita de herramientas procesales y de magistrados que las hagan operativas (como en el caso de autos) pues de lo contrario estaremos en el doble discurso donde tener derechos no implica ejercerlos.

El "decisionismo" (término acuñado por J. Habermas) de los jueces confirma la legitimidad de la acción de petición y posibilita deontológicamente reivindicar a la persona como imperativo de una sociedad que quiere establecer un sistema de preferencias o metas seleccionadas: primero los seres humanos (15).

CARLOS A. GHERSI

(1) Consult. Weingarten Celia, "La confianza en el sistema jurídico", 2001, Ed. Cuyo.

(2) Consult. Lovece, Graciela, "La construcción social del derecho", Libro de Ponencias 1º Encuentro de Derecho Privado y Mercosur, 2001, Universidad del Salvador.

(3) Habermas, Jurgen, "Problemas de legitimación en el capitalismo tardío", 1998, Ed. Amorrortu, p. 8.

(4) Gramsci, Antonio, "La política y el Estado moderno", "El Estado es soberano en la medida en que es la misma sociedad ordenada. No puede tener límites jurídicos, no puede tener límites en los derechos públicos subjetivos, ni puede decirse que se autolimita. El derecho positivo no puede ser un límite para el Estado porque éste puede modificarlo en cualquier momento en nombre de nuevas exigencias sociales, etc.", 1993, Ed. Planeta, Madrid, p. 172.

(5) Gheri, Carlos A., "Las decisiones políticas y el respeto por los derechos constitucionales. El amparo y el derecho ambiental", JA del 7/3/2001.

(6) Morello, Augusto M., "Entre la vida y la muerte", JA del 18/4/2001.

(7) Horkheimer, M., "Teoría crítica", 1973, Ed. Amorrortu.

(8) Serrano, Alonso E., "Derecho de la persona", 1996, Ed. La Ley, Madrid, p. 5.

(9) Consult. Vega, Juan C. y Graham, Marisa, "Jerarquía constitucional de los tratados internacionales", 1996, Ed. Astrea.

(10) Consult. Hoff, Pedro, "Bioética y Derechos Humanos", 1999, Ed. Depalma.

(11) Habermas, Jurgen, "Problemas de legitimación en el capitalismo tardío": "El proceso crítico, la enfermedad, aparece como algo objetivo. Una enfermedad infecciosa, por ejemplo es provocada

en el organismo por influencias exteriores; y la derivación del organismo respecto de su estado canónico, normal, de salud puede observarse y medirse con parámetros empíricos. Ningún papel juega en esto la conciencia del paciente; lo que este sienta y el modo como viva su enfermedad son, en todo caso, síntomas de un proceso sobre el cual apenas puede influir. Pero tan pronto como, desde el punto de vista médico, se trate de la vida y de la muerte, no podríamos hablar de crisis si ese proceso objetivo se considerase sólo desde fuera y el paciente no se encontrase envuelto en él con toda su subjetividad. La crisis es inseparable de la percepción interior de quien la padece. El paciente experimenta su impotencia respecto de la enfermedad objetiva sólo por el hecho de que es un sujeto condenado a la pasividad, privado temporariamente de la posibilidad y estar, como sujeto, en la plena posesión de sus fuerzas". 1998, Ed. Amorrortu, p. 15.

(12) Ghersi, Carlos A., "La tercera vía", (Derecho de daños: anticipación y prevención antes que reparación), 2001, Ed. Gowa, p. 85.

(13) Peyrano, Jorge W., "Medidas cautelares", JA del 2/5/2001.

(14) Apel, Karl O. y otros, "Ética comunicativa y democracia", 1991, Ed. Ref. Crítica, Barcelona, p. 15.

(15) Bakunin, Mijail, "Dios y el Estado", "La libertad individual no es, según ellos, una creación, un producto histórico de la sociedad. Pretenden que es anterior a toda sociedad, y que todo hombre la trae al nacer, con su alma inmoral, como un don divino. De donde resulta que el hombre es algo, que no es siquiera completamente él mismo, un ser entero y en cierto modo absoluto más que fuera de la sociedad. Siendo libre anteriormente y fuera de la sociedad, forma necesariamente esta última por un acto voluntario y por una especie de contrato, sea instintivo o tácito, sea reflexivo o formal. En una palabra, en esa teoría no son los individuos los creados por la sociedad, son ellos, al contrario, los que la crean, impulsados por alguna necesidad exterior. Tales como el trabajo y la guerra", 2000, Ed. Grupo Editor de América Latina, p. 84.

NOTAS:

\* \* \*