

PRÓLOGO

1 — Cuando fui invitado a prologar esta magnífica obra de mi amiga Silvia Tanzi y su eximio coautor Juan María Papillú, puse en dudas los motivos del pedido: era por ¿razones de mutuo sentimiento afectivo?, por ¿una supuesta especialidad en temas procesales (que el libro abarca con precisión) que pudieran ser destacados?, o por ¿la idea de introducir el tema acentuando la protección antes que el deber de prestación? ..., en fin, sin tantos remilgos pensé que lo mejor sería leer la obra, y dar una visión crítica como si fuera una reseña antes que un elogio propio de todo prólogo.

Conociendo a los autores, mis dudas quedaron superadas al reconocer en ellos ese modo de actuar con responsabilidad manifestado en sus actos y compromiso social, donde la consigna de *hacer para merecer* es cotidiana, sin reparar en beneficios personales o elogios eventuales.

Debo admitir que al derecho a la salud, desde que aparece en el escenario jurídico, lo he visto con cierta endeblez y mucho de utopía. Es verdad que la Constitución Nacional lo garantiza y lo asegura con el respaldo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), de igual jerarquía constitucional conforme el art. 75, inc. 22. Recuérdese que el art. 12 del Pacto define al derecho a la salud como “*el derecho que toda persona tiene al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental*”.

Es decir, que el marco de contención de por sí es directo pero elusivo, porque el derecho a tener un nivel elevado de salud depende de las circunstancias donde se preste, exaltando el deber de tutela jurisdiccional cuando la prestación no es adecuada en el rango que se pueda considerar procedente. Pero ¿es esto cierto? ¿se puede respaldar la afirmación en el contexto de los derechos humanos que se deben resguardar con igualdad y paralelismo sin fronteras?

2 — Nuestros autores se introducen en el tema aceptando las dos versiones de este noble derecho, que puede ser “personalísimo”, instalado en el territorio de los

derechos individuales donde el demandante se presenta como “afectado”; o bien expresando la garantía como deber del Estado, señalando qué tiene que “hacer” para la defensa de un derecho humano tan esencial.

En ambos espacios se desenvuelven los instrumentos procesales tradicionales y novedosos, que el libro desarrolla con aplicada intención práctica como después veremos.

Ahora bien, la versión reducida del derecho a la salud se puede vincular con las posibilidades económicas de real ejecución, disminuyendo así el deber estatal de actuar en el nivel más alto que se recomienda; o bien, disponer que la garantía sea un derecho fundamental de todas las personas a la vida y a vivir dignamente, acoplando la exigencia con la definición que reporta la Organización Mundial de la Salud cuando sostiene que el derecho a la salud es *“un estado de completo bienestar físico, mental y social”* que se trata *“no solamente del acceso a la atención médica, sino también del acceso a todos los bienes y servicios que son esenciales para una vida saludable o que conducen a ella”*. Una vivienda segura, un medio ambiente limpio, una alimentación adecuada e información correcta sobre la prevención de enfermedades son las bases de una vida saludable. El derecho a la salud también implica que las personas tengan control sobre su cuerpo y su salud.

Tal dualismo impera en el escenario jurídico, poniendo de relieve que la protección efectiva puede quedar dispersa en dos escenarios que no devuelven al espejarse iguales imágenes.

3 — En efecto, si el derecho a la salud se dispone como un derecho de contenido esencial (fundamental), la actuación de los jueces no puede ser diluida con ideologías. En este terreno se habla de una Jurisdicción constitucional destinada a comprender las potestades que tiene el órgano judicial encargado de tutelar la vigencia efectiva de los derechos humanos (como norma fundamental), la supremacía constitucional y el cumplimiento de las pautas mínimas que regulan los procedimientos constitucionales frente a un modelo diferente donde conviven los intereses particulares de partes a quienes se enfrenta con el clásico esquema del proceso como lucha.

A partir de esta distinción es preciso saber para qué sirve trazar distancias, porque en la base de la cuestión aparece el derecho que se controvierte. Por un lado, cuando se quiere hacer “justicia constitucional” los valores anidan en las respuestas; mientras que el debate dialéctico esconde el derecho a tutelar detrás de las posiciones que ambas partes defienden. En consecuencia, los resultados son distintos: en el primero habrá fiscalización efectiva a través del control de constitucionalidad y de convencionalidad, y en el segundo la sentencia será el resultado de la prueba y la eficacia de la persuasión.

4 — En nuestra perspectiva el derecho a la salud es un derecho que tiene dos caras visibles: el deber de prestación y el deber de protección. A su vez, estos dere-

chos tienen a las personas como beneficiarios, pero al mismo tiempo, hay un compromiso social que iguala el derecho hacia todos como un derecho colectivo de exigencia general. En su caso, son las dimensiones del amparo individual y del amparo colectivo.

Pero en ambas situaciones el medio donde se debate es un proceso constitucional, no un juicio ordinario. La distancia que emplazamos pone énfasis en el poder de interpretación de los jueces. Vale decir: la finalidad es la misma, pero la implementación del proceso difiere sensiblemente en la construcción de los hechos y en la aplicación del derecho consecuente.

Esto, inclusive, cambia algunas reglas como el principio de bilateralidad y contradicción, el alcance de la sentencia y la extensión de la cosa juzgada.

5 — Por ello no es posible eludir la Observación General n° 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que establece los siguientes estándares para el derecho a la salud:

- a) *Disponibilidad.* Los Estados deben crear toda la infraestructura de salud necesaria en todo su territorio. Esta infraestructura debe contar con agua, electricidad, personal capacitado y todos los medicamentos necesarios.
- b) *Accesibilidad.* La infraestructura y los servicios de salud deben ser accesibles a todas las personas sin discriminación. Esto incluye:
 1. Accesibilidad física. Los centros de salud deben estar ubicados cerca de todas las comunidades.
 2. Accesibilidad económica. Todas las personas deben tener acceso al nivel más alto posible de servicios de salud independientemente de sus ingresos.
 3. Las personas también deben tener acceso a información pertinente sobre los problemas de la salud.
- c) *Aceptabilidad.* La infraestructura de salud debe estar de acuerdo con la cultura y las prácticas de las comunidades a las que atiende.
- d) *Calidad.* La infraestructura de salud debe ser científica y médicamente apropiada, contando con todos los equipos y el personal necesario, y agua potable y condiciones sanitarias adecuadas.

En síntesis, este cuadro de estándares de mínima, es un elemento viviente que convive con la realidad paradójica de personas con situaciones disímiles, como bien lo resalta esta obra al confrontar los servicios de salud pública con las prestaciones que se otorgan mediante seguros de salud. Vale decir, se trata de argumentar simetrías en un mundo desparejo que hace de la equidad una utopía y de los derechos humanos un postulado nominalista.

6 — En orden a los instrumentos que vuelven eficaz al proceso como vía de reclamación para los derechos derivados de la salud, el libro releva todas las posibilidades individuales y agrupadas. La diversidad de acciones se puede enfocar desde la perspectiva de la función jurisdiccional y sus posibilidades; o desde la parte que las requiere en orden a las situaciones jurídicas subjetivas que presenta.

Es decir, la dispersión de funciones en la actividad jurisdiccional disciplina alternancias que dependen de lo que el juez pueda realizar más allá de lo legislado, pero también habilita la creatividad del abogado que solicita desde la demanda de innovadoras pretensiones que no se muestran en el clásico conjunto "material" y "procesal". Dicho esto en el sentido de advertir una transformación en la dinámica del objeto, que no encuentra el molde apropiado en el sistema procesal con el que se cuenta, toda vez que la costumbre de práctica cotidiana es que el juez actúa, a instancia de parte, para reparar el perjuicio sufrido o restablecer el principio de legalidad.

Entonces ¿qué ocurre? La respuesta nos parece simple: hoy los roles de los jueces y tribunales son diferentes, pues tienen un deber implícito en la función que es "hacer justicia", más allá de las pretensiones interesadas de las partes, aunque sin quebrar las garantías que a éstos se les debe preservar. Pero el problema está en que los esquemas no han variado y siguen aplicándose principios y reglas que, a pesar de los reclamos de la doctrina para su adaptación, continúan tratando la controversia judicial como una lucha entre partes.

En este contexto es preciso obrar claramente para impedir que la actividad no se vea como un ejercicio de autoritarismo judicial. Sobre todo, porque los perfiles novedosos que se encuentran en realidad tienen precedentes conocidos, sólo que nominalmente se los presenta con denominaciones diferentes.

7 — Actualmente la acción preventiva se define como aquélla "que persigue evitar el acaecimiento, repetición, agravación o persistencia de daños potencialmente posibles, conforme al orden normal y corriente de las cosas, a partir de una situación fáctica existente; existiere o no algún vínculo jurídico preexistente con el legitimado pasivo de ella. De tener éxito se traducirá, por lo general, en una orden de hacer o de no hacer que busque revertir o modificar la situación fáctica que genera el riesgo de daño (o de persistencia o repetición) que justifica su promoción"¹.

La definición podría ser la misma para la tutela inhibitoria, pero lo preventivo supone, además de un mandato específico de hacer o no hacer, adelantarse al peligro y eludir la actuación *ex post facto*. Se trata de llegar a tiempo con la resolución judicial, que es provisoria pero suficiente.

¹ Peyrano, Jorge W., *La acción preventiva*, LexisNexis - Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2004, p. 36.

Por supuesto que hay adversidades propias del conservadorismo jurídico (como es la posición del llamado garantismo procesal), sin que puedan explicar en la oposición el rol preventivo que tuvieron y tienen, por ejemplo, todas las posibilidades de actuación preventiva del Código Procesal. En los hechos la tutela preventiva de carácter procesal es distinta a la “cautela material” que ensaya respuestas anticipadas ante el riesgo inminente.

En cambio, cuando el anticipo trabaja sobre los efectos de la sentencia, cabe hacer una diferencia según el pronunciamiento sea provisional (v. gr.: entrega de medicamentos; atención específica) y como tal revisable y pendiente del proceso principal que lo subordina, respecto de las sentencias anticipatorias, propiamente dichas, que asignan un tipo de cosa juzgada diferente a la formal y material, y que podría ser instalada en un grupo nuevo, como cosa juzgada anticipatoria. En éstas la *res judicata* opera cual los efectos de la preclusión, de modo tal que la consolidación del estado jurídico (sobre bienes, cosas o personas) si no puede ser revertido ante una sentencia desfavorable, sólo cambiará con un crédito emergente del pronunciamiento.

La duplicidad muestra que no son dos caras de una identidad, sino fisonomías diferentes con particularidades también distintas. La tutela anticipada forma parte del elenco de las “tutelas de urgencia”, y le permite al juez satisfacer la pretensión antes de llegar a la sentencia final. Para hacerlo la certeza es ineludible, la urgencia debe ser manifiesta, y la posibilidad de revertir el anticipo un elemento esencial para el test de admisión.

Para el final quedan las llamadas “medidas autosatisfactivas” que la doctrina ha trabajado muchísimo, como también se ocupa la jurisprudencia de llevarlas a cabo y señalar presupuestos y condiciones que legislativamente aparecen en pocos ordenamientos.

En este sentido se exponen como requisitos:

- a) Que fuere necesaria la cesación inmediata de conductas o vías de hecho producidas o inminentes, contrarias a derecho según la legislación de fondo o procesal.
- b) Que el interés del postulante se circunscriba, de manera evidente, a obtener la solución de urgencia no cautelar requerida, no extendiéndose a la declaración judicial de derechos conexos o afines.
- c) Los jueces podrán fijar límites temporales a las medidas de satisfacción rápida que despacharen, y disponer, a solicitud de parte, prórroga de las mismas. No rigen en la materia los principios de instrumentalidad y caducidad propios del proceso cautelar.
- d) Los jueces deberán despachar directamente la medida autosatisfactiva postulada, o excepcionalmente según fueran las circunstancias del caso y la

materia de la medida, someterla a una previa y reducida sustanciación, que no excederá de conceder a quien correspondiere la posibilidad de ser oído.

- e) El legitimado para contradecir una medida autosatisfactiva ordenada, podrá optar para impugnarla entre la interposición directa del recurso de apelación que será concedido en su caso, con efecto devolutivo, o iniciar un proceso declarativo general sumario de oposición cuya promoción no impedirá el cumplimiento de la decisión judicial impugnada; elegida una vía de impugnación, se perderá la posibilidad de hacer valer la otra. También podrá solicitar la suspensión provisoria de la medida autosatisfactiva que lo afectare, en el supuesto de que acreditare *prima facie* la existencia de la posibilidad de sufrir un perjuicio de difícil o imposible reparación, previo ofrecimiento y prestación de contracautela suficiente².

8 — Bienvenida, entonces, esta obra de lectura necesaria y altamente recomendable. Quien lo haga seguramente tendrá una fuente de recurrencia permanente, una guía profunda y bien sistematizada, acorde con el prestigio que aportan sus autores, que torna innecesaria cualquier tipo de presentación. A ellos mis felicitaciones.

OSVALDO A. GOZAÍNI

² Corresponde a las exigencias del art. 232 *bis* del Código Procesal Civil y Comercial de la provincia del Chaco.