

## **El rol del juez frente a las medidas autosatisfactivas en el derecho a la salud**

María Marta Ventos Maturana\*

### **RESUMEN**

La obra de referencia aborda el tema de las medidas autosatisfactivas en el marco de las acciones de amparo en cuestiones de salud y la diferenciación de este instituto del de las medidas cautelares. También se analiza el rol que desempeña el juez en la materia para alcanzar un adecuado pronunciamiento judicial.

### **ABSTRACT**

*The reference article addresses the issue of self-sufficiency measures within the framework of the health protective actions (amparo) and the differentiation of this institute with the precautionary measures; as well as, the role of the judge within this matter bound to reach to an adequate judicial pronouncement.*

### **PALABRAS CLAVE**

Medidas autosatisfactivas, acciones de amparo en salud

### **KEYWORDS**

*Self-sufficiency measures, health protective actions (amparo)*

## **I. Introducción**

El estudio de las medidas autosatisfactivas resulta novedoso, teniendo en cuenta que el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación no contempla este instituto (aunque sí se encuentra incorporado en algunos Códigos Procesales provinciales), así como por el hecho de que la doctrina no es conteste a su caracterización y aplicación. No cabe duda de que, cuando de derechos fundamentales se trata, tanto el derecho sustancial como el de forma se ponen en funcionamiento con el fin de resguardarlos y evitar que se produzcan graves violaciones a ellos.

En el presente trabajo se abordará el estudio de las medidas autosatisfactivas; se procederá a su caracterización y distinción de otros institutos de naturaleza cautelar. Su objetivo final es el análisis del rol del juez al momento de tratarlas, y las consecuencias de su apreciación en lo que concierne a los derechos fundamentales de la defensa en juicio y el debido proceso. Particularmente, este análisis se circunscribirá al dictado de estas en materia de salud.

## **II. Tutelas diferenciadas: la medida autosatisfactiva**

La medida autosatisfactiva aparece como una herramienta para brindar una solución jurisdiccional inmediata. En general, se suscita cuando en el

---

\* Abogada y Especialista en Derecho Procesal (USAL). Auxiliar docente en la materia Derecho Civil I (USAL).

Trabajo recibido 15/06/2017. Aceptado 2/08/2017

caso que se presenta ante el tribunal existe un grado de cuasi certeza en el derecho invocado (no se trata de una simple verosimilitud); además, la pretensión exige ser satisfecha sin demora, ya que dicha premura veda la posibilidad de iniciar un proceso posterior.

Si bien doctrinariamente se han zanjado discusiones respecto a su denominación, lo cierto es que, en su mayoría, han recibido el nombre de “medidas autosatisfactivas”. Sin perjuicio de esto, es importante resaltar la idea de que ellas aparecen cuando se plantea un caso de urgencia absoluta.

La particularidad más significativa que reviste este tipo de medidas radica en que su resolución agota el fondo del asunto y resuelve el conflicto con carácter definitivo, es decir, satisface la pretensión principal, a diferencia de la medida cautelar, cuyo objetivo es asegurar los efectos de la sentencia.

Esta caracterización hace notar que la medida autosatisfactiva “vulnera”, en cierto modo, el derecho de defensa, toda vez que, en la mayoría de los casos, son decretadas inaudita parte, salvo que pueda conferirse sustanciación (generalmente, la urgencia del caso no permite esto último y es dicha urgencia la que genera la irreversibilidad del daño que puede producir la demora).

Por lo expuesto, puede afirmarse que la medida autosatisfactiva debe revestir carácter de excepcionalidad: la ejecución inmediata del fallo impide un adecuado derecho de defensa, por lo que al sujeto pasivo de la medida le asistirá la vía del reclamo del perjuicio sufrido.

Ahora bien, en la legislación argentina, las medidas autosatisfactivas encuentran diferentes vías de tratamiento e incluso, en algunos casos, como en los Códigos Procesales Civil y Comercial de la Nación y el de Santa Fe, estas no están contempladas, sino que resultan de aplicación la normativa referida a las medidas cautelares genéricas (art. 232 CPCCN).

En las provincias, las medidas autosatisfactivas se encuentran reguladas, por ejemplo, en el Código Procesal de La Pampa, en el de Corrientes, en el de Formosa y en el de Chaco. Asimismo, el Código Procesal de San Juan dedica un capítulo diferenciado al tratamiento de las medidas autosatisfactivas.

No obstante la falta de regulación en el Código Nacional, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha reconocido “expresamente la tutela anticipada como instituto procesal diferente a las medidas precautorias normales aun cuando éste no haya encontrado recepción legislativa nacional”<sup>1</sup>.

Por las características expuestas, se puede postular que las medidas autosatisfactivas son una solución anticipatoria cuando

se tratare de la pretensión apuntada a obtener el cese de la indisponibilidad del derecho o, en su caso, a evitarla, cuando haya fundado peligro de frustración o pérdida definitiva e irreparable; exista indiferencia de la calidad del derecho a proteger o restituir [...]; se trate de la verosimilitud del derecho en grado sumo (cuasi certeza); [...] inexistencia de situaciones de irreversibilidad de la anticipación, con la salvedad que dadas las circunstancias del caso, derechos en juego y

---

<sup>1</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Pardo, Héctor Paulino y otro c/ Di Césare, Luis Alberto y otro s/art. 250 del C.P.C.”, La Ley Online; AR/JUR/76491/2011 del 06/12/2011.

situación económica del obligado, en situaciones extremas, deba preferirse salvar el derecho del pretendiente [...]<sup>2</sup>.

En este orden cognoscitivo, una de las características diferenciales del instituto radica en la prueba, por parte del solicitante, de la cuasi certeza de que le asiste el derecho invocado. Ese grado de cuasi certeza puede resultar, como se dijo, tanto de las probanzas del peticionante como de la debilidad en la defensa del demandado (siempre que se garantice la sustanciación).

Ahora bien: ¿cómo diferenciar la "urgencia" propia de los procesos del "peligro en la demora" connatural a él? Pues bien, el lector debe tener en cuenta que, para verificar su presencia, se debe ponderar principalmente la prisa del requirente del proceso urgente del caso (una autosatisfactiva, por ejemplo). Cuando se trata de una cautelar se debe observar, centralmente, al destinatario de la precautoria y el riesgo de que este caiga en estado de insolvencia ("peligro en la demora"). Una vez más, no nos cansamos de repetir que si bien todo lo cautelar es urgente, no todo lo urgente es cautelar porque el campo de acción de la urgencia es mucho más amplio y abarcativo que el cautelar<sup>3</sup>.

Al mismo tiempo, las medidas cautelares tienden a asegurar el cumplimiento de la sentencia, revisten carácter instrumental respecto de la pretensión principal, subsisten siempre que se mantengan las circunstancias que dieron lugar a ella (*rebus sic stantibus*), no constituyen la vía idónea para establecer la certeza del derecho y cuya contracautela tiende a la reparación del daño que pudiera ocasionar su dictado. Por otra parte, las medidas autosatisfactivas –como su nombre lo indica– satisfacen la pretensión en sí, declarando la certeza del derecho por cuya preservación se pronuncian. En estos casos, la contracautela prestada tiene por fin restituir lo percibido. Otra característica diferencial radica en que las medidas autosatisfactivas no son susceptibles de sustitución, ya que ello implicaría la modificación de la pretensión.

Por ejemplo, en el marco de la acción de amparo en materia de salud, Ghersi describe a las medidas autosatisfactivas en dichos procesos en estos términos:

la medida autosatisfactiva es una situación procesal que, en definitiva, permite concertar el derecho de fondo sin que sea necesario concluir todo el procedimiento judicial pues se advierte *per se* el derecho como una incuestionable situación, donde la vida del peticionante está en grave peligro y no se le puede obligar a sustanciar el juicio. Esto es una justicia acorde con un derecho a la salud sustentable, en un país civilizado, que pretende ser del primer mundo, pues la salud y la vida de los habitantes no saben de derechos *per se* o en expectativa de reconocimiento, etc<sup>4</sup>.

<sup>2</sup> RIVAS, Adolfo A., *Medidas Cautelares*, Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007, pp. 28-29.

<sup>3</sup> PEYRANO, Jorge W., *La medida autosatisfactiva, hoy*, LA LEY 2014-C, 1134, 9/6/2014.

<sup>4</sup> GHERSI, Carlos, *El derecho constitucional a la salud y el PMO: las medidas autosatisfactivas*, JA 23-5-2001, p. 65.

Jurisprudencialmente, el *leading case* en la materia es el fallo *Camacho Acosta*<sup>5</sup>. En el marco de un proceso por daños y perjuicios derivados de un accidente laboral, se reclamaba que el empleador (demandado) proveyera al actor de una prótesis para paliar las consecuencias de la pérdida de un brazo. Esta misma solicitud se peticionaba como medida cautelar innovativa, y se indicaba la urgencia en el cumplimiento de la prestación –acreditada por certificados médicos– porque, de lo contrario, el paso del tiempo sin colocar la prótesis perjudicaría de modo irreversible la parcial recuperación.

El juez de grado y la Cámara desestimaron la medida porque entendieron que el recurrente no había dado cumplimiento al recaudo de la verosimilitud del derecho, ya que de adentrarse el tribunal en el examen de la cuestión debatida emitiría opinión sobre el fondo.

La Corte consideró a la medida cautelar innovativa como una decisión excepcional porque alteraba el estado de hecho o de derecho existente al tiempo de su dictado. En tanto configuraba un anticipo de jurisdicción favorable respecto del fallo final de la causa, consideró justificada una mayor prudencia en la apreciación de los recaudos que hacen a su admisión.

Respecto de la procedencia de medidas que "adelanten la jurisdicción", señaló la Corte que "en ciertas ocasiones –como ocurre en la medida de no innovar y en la medida cautelar innovativa– existen fundamentos de hecho y de derecho que imponen al tribunal expedirse provisoriamente sobre la índole de la petición formulada" (consid. 9). Asimismo, sostuvo que el pedido de la medida citada era procedente

pues es de la esencia de esos institutos procesales, de orden excepcional, enfocar sus proyecciones -en tanto dure el litigio- sobre el fondo mismo de la controversia, ya sea para impedir un acto o para llevarlo a cabo, porque dichas medidas precautorias se encuentran enderezadas a evitar la producción de perjuicios que se podrían producir en caso de inactividad del magistrado y podrían tornarse de muy dificultosa o imposible reparación en la oportunidad del dictado de la sentencia definitiva (consid. 10).

Y agregó que

[...] el mencionado anticipo de jurisdicción que incumbe a los tribunales en el examen de ese tipo de medidas cautelares, no importa una decisión definitiva sobre la pretensión concreta del demandante y lleva ínsita una evaluación del peligro de permanencia en la situación actual a fin de habilitar una resolución que concilie -según el grado de verosimilitud- los probados intereses de aquél y el derecho constitucional de defensa del demandado (consid. 12).

Otro caso, de urgencia similar, se dio en relación al pedido de una madre desempleada para que su obra social continuara cubriendo la prestación médico asistencial a su hijo oxígeno dependiente más allá del plazo de cese de la cobertura, y frente a la falta de precisión de la fecha en que el ente público entregaría el equipo. El tribunal estimó que se trataba de una medida autosatisfactiva, que se encontraba en juego la insoslayable tutela judicial de los derechos humanos: uno de los más elementales, el respirar. Puesto que

---

<sup>5</sup> Fallos 320:1633.

la vida del paciente corría riesgo, el tribunal dispuso que la obra social continuara prestando el servicio hasta que el Ministerio de Salud proveyera lo necesario para preservar su salud y ordenó a dicho ministerio proveer en el menor plazo la prestación adecuada. Se responsabilizaría en forma personal al titular del organismo por el incumplimiento de lo ordenado<sup>6</sup>.

Por lo demás, es preciso manifestar que, cuando se trata de casos relacionados con la preservación de la salud, suelen en la práctica “confundirse” o “tratarse de igual modo” las medidas autosatisfactivas y las medidas cautelares. La razón de ello radica –a criterio de quien escribe– en la premura en el tratamiento en la práctica, donde se vislumbra la urgencia de la necesidad de la tutela. Así lo manifiesta Peyrano: “la categoría “urgente” es más amplia que el espacio concedido a una de sus especies, cual es la diligencia precautoria o cautelar”<sup>7</sup>. Por tal motivo, muchas veces se presentan como simples “medidas cautelares” pretensiones que, en realidad, se agotarían con la sola resolución cautelar, identificándose con el objeto de la pretensión de fondo. Sin embargo, para un adecuado estudio, deben diferenciarse tres aspectos dentro de las pretensiones urgentes: las medidas autosatisfactivas, (cuya resolución agota el fondo de la cuestión) las tutelas anticipatorias y, por otro lado, las medidas cautelares (cuyo fin es asegurar el dictado de la sentencia definitiva).

Finalmente, no puede dejar de destacarse el concepto de proceso urgente. Ante todo, se entiende que

hay proceso urgente cuando concurren situaciones que exijan una particularmente presta respuesta y solución jurisdiccional. A saber y sin pretensiones exhaustivas, pueden citarse: las coyunturas en las cuales pueden despacharse medidas cautelares, la acción de amparo, el habeas corpus, [...] las medidas autosatisfactivas, es decir, aquellas diligencias que no son cautelares pese a que solucionan cuestiones de urgencia, pero que se agotan en sí mismas satisfaciendo ya al requirente y sin generar un proceso accesorio sirviendo de otro principal que no es menester promover<sup>8</sup>.

La propia Corte se manifiesta respecto a los procesos urgentes, específicamente cuando se trata del derecho a la salud, en estos términos:

habiéndose solicitado una medida cautelar por los padres de una niña discapacitada, no cabe soslayar aún en esa etapa “larval” la índole y trascendencia de los derechos en juego ni el espíritu mismo de la legislación respectiva, desde que la vida es el primer derecho de la persona humana reconocido y protegido por la Ley Fundamental, por manera que corresponde el dictado de medidas de urgencia en el curso de la acción amparo para que el Estado Nacional y una provincia provean a un menor discapacitado la medicación necesaria para conjurar un riesgo de vida, bajo apercebimiento de astreintes<sup>9</sup>.

<sup>6</sup> Trib. Flia. Lomas de Zamora N°3 mayo 21-999, S.M.I. JA 7-6-00

<sup>7</sup> PEYRANO, Jorge, *Reformulación de la teoría de las medidas cautelares: tutela de urgencia. Medidas autosatisfactivas*, JA. 1997 – II – 926.

<sup>8</sup> PEYRANO Jorge, *La tutela de urgencia en general y la tutela anticipatoria en particular*, ED 163- 786.

<sup>9</sup> CSN, 24-4-03, Fallos, 326:1400.

Sentada así la cuestión relativa a la caracterización de las medidas autosatisfactivas, a continuación, se realizará un análisis comparativo sobre los efectos del pronunciamiento que se dicta, tanto cautelar como autosatisfactivo.

### III. El pronunciamiento judicial

La sentencia cautelar tiene por objeto garantizar el éxito de la sentencia definitiva, es decir, es un instrumento para asegurar el derecho de fondo. Para su dictado, el juez debe valorar una determinada situación de hecho, jurídica, junto con los presupuestos de admisibilidad previstos. Como es posible que en el desarrollo del proceso esa situación fáctica se vea alterada, el anticipo deberá adecuarse a las nuevas características. Por ese motivo, se afirma el carácter mutable y provisorio de tal resolución. Además, la provisionalidad se relaciona con el derecho de defensa del afectado, que no puede verse “eternamente” obligado a cumplir una prestación cautelar, de ahí la importancia de arribar a una sentencia definitiva.

En relación a la cosa juzgada, la resolución cautelar no causa estado – puede hablarse de cosa juzgada formal– y podrá modificarse siempre que varíen las circunstancias de hecho que justificaron su dictado. Finalmente, para decretar esta medida deben acreditarse fehacientemente los presupuestos ya que no se oír al afectado porque se dicta inaudita parte. Este último podrá cuestionarla por la vía recursiva.

En segundo lugar, aparece la sentencia cuyo carácter es anticipatorio. Esta

es aquella porción del proceso urgente que anticipa total o parcialmente el contenido mismo de ciertas pretensiones siempre y cuando se acredite *prima facie* una fuerte dosis de probabilidad de ser declarado el derecho solicitado en la sentencia de fondo y que pueda llegarse a sufrir un perjuicio irreparable o de difícil reparación, extremo este último que constituye un plus respecto del habitual peligro en la demora que se exige para el despacho de las medidas cautelares y en el marco del proceso troncal cuyo objeto mismo se está anticipando y sin perjuicio de que la sentencia definitiva revoque o confirme tal anticipación<sup>10</sup>.

En este caso, puede darse una breve sustanciación, previa a su dictado, dado que como requisito deberá acreditarse la imposibilidad de reparar el perjuicio como adicional a los presupuestos comunes. Esta nota demuestra que cuando la defensa tiene lugar con posterioridad al dictado puede devenir vana, sustentada en esa imposibilidad. De los Santos manifiesta: “cuando la medida cautelar innovativa importa un anticipo de la sentencia de mérito el requisito de ‘irreparabilidad del perjuicio’ resulta insoslayable”<sup>11</sup>.

Es por eso que el orden jurídico prevé oír al futuro afectado previamente. Se tiene en cuenta que las sentencias anticipatorias son frecuentes en los procesos de salud. Dado que en estas cuestiones no existe peligro

<sup>10</sup> CARBONE, Carlos, *Los despachos interinos de fondo. Análisis de sus presupuestos: la noción de certeza suficiente, la exigencia de la urgencia y la irreparabilidad del perjuicio. Libro Sentencia anticipada*, Ed. Rubinzal –Culzoni, Buenos Aires, 2000, p. 89.

<sup>11</sup> DE LOS SANTOS, Mabel Alicia, *La medida cautelar innovativa y el anticipo de la sentencia: Su ubicación entre los llamados “procesos urgentes”*, Ed. Abeledo – Perrot, JA 1996-I-633.

relacionado con la posible insolvencia patrimonial del deudor, o el deterioro o pérdida de un bien, no se estaría afectando la naturaleza asegurativa propia de estas medidas. Por el contrario, se trata de una forma de equilibrar el principio de bilateralidad tanto para el peticionante como para el afectado.

Por último, y en concordancia con las manifestaciones vertidas precedentemente, la solicitud de una sentencia autosatisfactiva requiere, en exclusiva, un grado de cuasi certeza más que la simple verosimilitud en el derecho. El juez debe estar convencido, casi en su totalidad, del derecho que le asiste al peticionante dado que su sentencia agotará el fondo de la cuestión: la pretensión se agotará en sí misma. Por tratarse de una medida autónoma, y por su cualidad decisiva, la sentencia autosatisfactiva es definitiva, con las características propias de ella (es apelable y, una vez firme y consentida, pasa en autoridad de cosa juzgada, etc.).

Desarrollados estos conceptos, corresponde hacer una aclaración que se funda en la importancia –más específicamente en los amparos de salud– de continuar el proceso hasta arribar a la sentencia definitiva, dado que solo esta asegurará con todos sus efectos el derecho sobre el cual se decida. Por lo general, muchas de las cuestiones de salud que llegan a la instancia de la sentencia definitiva se resuelven como cuestión de puro derecho, cuando la medida cautelar satisfizo la pretensión. Otras veces, al momento del dictado de la sentencia definitiva, resulta que la cuestión devino abstracta.

Tal como fue mencionado en muchas ocasiones, en el ejercicio práctico se da tratamiento cautelar tanto a aquellas medidas que lo son como a las autosatisfactivas. Sin embargo, el pronunciamiento cautelar reviste carácter provisorio y, en estas cuestiones tan sensibles y fundamentales como los derechos personalísimos, es importante contar con una decisión firme. No obstante, muchos consideran –y no es menor– que en el derecho a la salud el carácter provisional cede en las sentencias cautelares por la gravedad que este importa. Sostienen que no podría establecerse un plazo, por ejemplo, durante el cual la obra social cumpla con la cobertura de medicamentos oncológicos. Por ello, se insiste, es necesario arribar a la sentencia de mérito que dirima definitivamente la cuestión y acuerde el derecho a quien le corresponde.

En su trabajo respecto a la importancia de la sentencia definitiva, Camps manifiesta con claridad que

en estos casos (cautelares) la función de la sentencia de mérito a la que se llega luego de obtenida la plena cognición, permitiéndose el amplio ejercicio del derecho de defensa de las partes, es nada más ni nada menos que la determinación (en grado de certeza) de si se tuvo o no derecho para obtener aquello que se entregó cautelarmente con base en una mera verosimilitud del derecho e inaudita altera parte.

De esta manera, y luego de toda la actividad probatoria que sea pertinente, puede surgir la plena justificación de la medida precautoria adoptada. De allí que lo ganado cautelarmente adquiere -lo cual no es poco- carácter irrevocable con la fuerza de la cosa juzgada material y pasa a ser -en forma incontrovertible- propiedad del demandante.

Por el contrario, puede ocurrir que de este debate pleno aparezca que la pretensión cautelar haya sido esgrimida de manera injusta, abusiva y hasta con intenciones de perjudicar al contrario (dolosa). Tal acreditación llevaría en los casos en que sea posible a un reintegro de las cosas a su estado anterior (devolución de lo otorgado como cautela, reconstrucción

de lo destruido, etc.) y en todas las oportunidades, a la exigibilidad de los resarcimientos por los daños ocasionados (mayores en los supuestos de irreversibilidad de las medidas de cautela material), pudiendo hasta justificarse una persecución penal por el mismo hecho en supuestos muy extremos<sup>12</sup>.

Es evidente que el juez debe, finalmente, expedirse sobre la cuestión de fondo para asegurar la inmutabilidad de la situación sometida a su decisión. Sin embargo, el rol del juez no es sencillo, sobre todo cuando se trata de derechos personalísimos en pugna con la defensa del afectado por la medida. Lorenzetti se expresa respecto la labor del juez en estos términos:

¿Qué sucede cuando existe colisión de derechos, principios y valores? La realidad es que hay proliferación de derechos y escasez de bienes para satisfacer plenamente a todos ellos. Por esta razón, los derechos entran en colisión y surge la perturbadora necesidad de optar; se trata siempre de opciones trágicas puesto que hay que decidir buscando un nivel óptimo y a veces esto supone realizar opciones excluyentes. Es necesario ponderar qué derecho debe prevalecer en el caso concreto<sup>13</sup>.

Es sabido que nuestro sistema normativo nacional carece de disposiciones específicas que regulen las cuestiones urgentes. No obstante, pueden aplicarse por analogía las normas provinciales que los contemplan. Morello y Arazi –por su parte– esbozan una propuesta de texto legislativo para dar respuesta a este vacío legal:

Dentro de nuestro tema específico es posible que el respeto irrestricto de los principios procesales colisione con otros derechos como el de la vida y la salud. Pensemos en un caso de negativa del Estado o de una obra social o de medicina prepaga de realizar una intervención quirúrgica urgente de la cual depende la vida de una persona [...]. Puede suceder que ninguno de los tipos procesales legislados se muestren idóneos para lograr la tutela en tiempo oportuno [...]. Es por ello que las leyes procesales deben incluir una norma que hemos concebido en los siguientes términos: "En caso de extrema urgencia, cuando se encuentren en peligro derechos fundamentales de las personas, el juez podrá resolver la pretensión del peticionario acortado los plazos previstos para el proceso sumarísimo y tomando las medidas que juzgue necesarias para una tutela real y efectiva; excepcionalmente podrá decidir sin sustanciación. Las normas que regulan las medidas cautelares serán de aplicación supletoria, en lo que fuese pertinente y compatible con la petición". Se advierte que debe tratarse de la tutela de derechos fundamentales que pueden considerarse de rango superior al respeto irrestricto de los principios del debido proceso. Debe preferirse oír a la parte que pueda verse perjudicada por la medida, dentro de un plazo compatible con la urgencia; si ello no fuese posible el juez resolverá sin más trámite: la bilateralidad se cumplirá luego de que se hizo efectivo el mandato judicial y si este es irreversible el perjudicado podrá pedir el resarcimiento que corresponda. La aplicación supletoria de las normas sobre medidas cautelares es útil para ejecutar el mandato

<sup>12</sup> CAMPS, Carlos Enrique, *La medida cautelar innovativa en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, Ed. Abeledo Perrot, SJA 28/12/2005, JA 2005-IV-1458.

<sup>13</sup> LORENZETTI, Ricardo L., *El juez y las sentencias difíciles*, en LL 1998-A-1039.

judicial aun antes de que sea notificado o para la concesión del recurso de apelación con efecto devolutivo, según sea el caso; para ponderar si se debe exigir contracautela; para permitir al afectado requerir daños y perjuicios si la medida fue obtenida con abuso o exceso en el derecho, etc<sup>14</sup>.

#### IV. Casos prácticos: “confusión” entre lo cautelar y lo autosatisfactivo en el inicio, trámite y decisión del proceso

En primer lugar, es preciso aclarar que el campo de estudio de casos prácticos, que tendrá lugar a continuación, se circunscribe a las causas iniciadas como “amparos de salud” en el fuero Civil y Comercial Federal de la Capital Federal. Tal como se resaltó en el presente análisis, el ejercicio práctico del derecho demuestra, en muchas oportunidades, que no existe la diferenciación en cuanto a presupuestos de admisibilidad y tratamiento cuando se trata de medidas cautelares y medidas autosatisfactivas. Es decir, se les da igual tratamiento sin advertir las consecuencias de los efectos que acarrearán una y otra en relación a la cuestión de fondo.

Se considera que, en general, esto puede deberse principalmente a:

a) la necesidad que se impone a los jueces de resolver las causas en las que se encuentra en juego el derecho a la salud, con premura. Ello, asimismo, se ve agravado por el hecho de que, en muchos casos, el requerimiento de la presentación de certificados médicos y/o cualquier tipo de documentación que acreditara la cuasi certeza o verosimilitud en el derecho, según el caso, conllevaría una demora perjudicial para el amparista, por lo que se debe resolver “con las constancias agregadas en la causa”. Si bien lo descripto no es regla general, toda vez que muchos magistrados intiman a la presentación de la documentación correspondiente, lo cierto es que, en algunos casos, esta cuestión de admisibilidad se torna inconveniente por el derecho fundamental en juego y

b) que el planteo del caso por parte de los letrados no se realice con propiedad, es decir, solicitan la pretensión como si fuera una medida cautelar y la acreditan como tal, cuando, en realidad, aquello reviste naturaleza propiamente autosatisfactiva.

Peyrano explica que la medida autosatisfactiva pretende trascender la medida cautelar, superando sus debilidades. Esto es así toda vez que, por ejemplo, si se iniciara una medida cautelar autónoma que requiriera de una pretensión urgente, el peticionante debería, luego, comenzar un proceso principal bajo apercibimiento de dar por decaída la tutela urgente obtenida de manera cautelar. Entonces, quien pretendiese una tutela urgente debería “imaginar” un proceso principal (aunque le fuere indiferente) para obtener una pronta respuesta jurisdiccional. Es claro así que existe identidad entre la pretensión cautelar y la de fondo.

En adelante, se analizarán algunos casos jurisprudenciales en los que puede vislumbrarse con claridad que tanto a la medida cautelar como a la medida autosatisfactiva se les da el mismo tratamiento, sin advertir las diferencias estructurales y, sobre todo, los efectos que ambas traen aparejados.

---

<sup>14</sup> MORELLO, A. y ARAZI, R., *Procesos urgentes*, Ed. Abeledo – Perrot, SJA 30/3/2005, JA 2005-I-1348.

En el caso “B.J.H. c/ OSDE binario s/ medida autosatisfactiva,”<sup>15</sup> la Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, en el tratamiento del recurso de apelación interpuesto contra el rechazo de la “medida cautelar,” entendió que OSDE –pese a su negativa, puesto que la prestación no estaba incluida en el PMO– debía cubrir la cirugía urológica robótica que le fuera prescripta al actor por su médico tratante, en virtud del diagnóstico de cáncer de próstata que padecía.

Es relevante destacar que, si bien el expediente fue iniciado como “medida autosatisfactiva,” ya que de la pretensión esgrimida resulta claramente que esta se agota con la decisión “cautelar”; en todo momento, el tratamiento que siguen los Camaristas se ajusta al que corresponde a una medida cautelar y no a una medida autosatisfactiva. Así, por ejemplo, la Cámara cita:

Sentado lo expuesto, cabe precisar que la *verosimilitud del derecho*, como requisito esencial para la procedencia de la *medida cautelar*, refiere a la posibilidad de que el derecho exista y no a una incontestable realidad, la cual solo se logrará al agotarse el trámite (Corte Suprema Fallos: 306:2060; esta Sala, causa 10.578/05 del 09.12.2005 y sus citas).

Y continúa:

cabe adelantar que resultan atendibles las quejas del actor *puesto que frente al derecho a la vida, los restantes valores siempre tienen carácter instrumental* (CSJN, Fallos: 232:1339). Así, pues, la diferencia del costo económico entre la cirugía convencional de próstata o por vía robótica, o la no inclusión de esta última en el Programa Médico Obligatorio, no se deben traducir en un perjuicio para la salud del actor y en un eventual riesgo de su vida, máxime teniendo en cuenta la severidad del cuadro diagnosticado al paciente.

Finalmente, los magistrados hacen alusión al requisito del *peligro en la demora* en estos términos:

[...] con relación al peligro en la demora, es importante recordar (*a los fines de tener por configurados los requisitos que hacen viable la cautelar*) que este Tribunal ha reconocido que en los casos en que se cuestionan decisiones relacionadas con la salud de las personas, *resulta suficiente para tener por acreditado tal recaudo, la incertidumbre y la preocupación que ellas generan, de modo que la medida sea necesaria para disipar un temor de daño inminente*, acreditado prima facie o presunto (cfr. causas 6655/98 del 7-5-99, 436/99 del 8-6-99, 7208/98 del 4-11-99, 1830/99 del 2-12-99, 1056/99 del 16-12-99 y 9884/06 del 26-12-06 [...]).

Por lo expuesto, resulta claro el tratamiento como medida cautelar que se da en este caso en el cual, al haber hecho lugar a la medida y ordenar a la obra social demandada la cobertura de la cirugía. El proceso culmina en virtud de la identidad entre la pretensión presentada como “cautelar” y el

<sup>15</sup> CNCiv. y Com. Fed., Sala III, “B.J.H. c/ OSDE binario s/ medida autosatisfactiva”; Causa N° 103.689/13; 11.3.14

fondo de la cuestión.

No debe perderse de vista que, en el mencionado caso, el derecho de defensa del demandado fue ejercido a través del recurso de apelación contra la medida cautelar decretada inaudita parte. En virtud del efecto devolutivo de la concesión del recurso y en un caso en que la pretensión del actor se agota con la sola realización de la cirugía, lo cierto es que la defensa por interposición de recurso podría resultar abstracta.

Por otra parte, lo mismo sucede en los casos en los que la prestación requerida es la cobertura integral del parto de una mujer embarazada, así como la práctica quirúrgica (cesárea). Así, en “S.M.L.F. c/ OSPE s/ amparo” se ordenó a la obra social demandada proceder a la cobertura solicitada. Se dio el tratamiento de medida cautelar; el magistrado citó jurisprudencia relativa a la concesión de la medida cuando se encuentra en juego el derecho a la salud, la cual reza:

así pues, no es ocioso agregar que en atención a la finalidad que las inspira, la Excm. Cámara del fuero tiene resuelto que -en términos generales-, *se debe proceder con amplitud de criterio para decretar medidas precautorias, resultando preferible el exceso en acordarlas que la estrictez en denegarlas* (cfr. CNCCFed., Sala II, causa 98 del 25.8.92 y sus citas).

Es claro que, una vez producido el nacimiento, solo resta determinar el reconocimiento del derecho, en razón de que la pretensión “cautelar” ya se encuentra satisfecha. Se aplican, en este caso, las conclusiones vertidas precedentemente respecto del ejercicio del derecho de defensa.

A criterio de quien escribe resultan, también, pretensiones autosatisfactivas los casos en los que se solicita la cobertura de estudios genéticos en el extranjero<sup>16</sup> y la solicitud de entrega de prótesis para una intervención quirúrgica<sup>17</sup>. Sin embargo, en ambos casos, el tratamiento brindado por los jueces fue el que se corresponde con una medida cautelar. Cabe resaltar que, en estos últimos ejemplos, los propios actores iniciaron el proceso con solicitud de medida cautelar innovativa, sin hacer que los supuestos encuadrasen en los de medidas autosatisfactivas.

Ahora bien, *a contrario sensu* de la exposición realizada hasta aquí, puede suceder que los magistrados traten la cuestión que les llega a su conocimiento en los términos propios que la caracterizan. Es ejemplo de ello el caso “R.F.P.M. c/ Obra Social de la Unión Personal Civil de la Nación s/amparo de salud”<sup>18</sup>, en el cual se solicita la cobertura del 100 % del costo de la cirugía de artroplastia total de cadera derecha, así como los materiales y prótesis a utilizar en dicha intervención quirúrgica. En esta circunstancia, el magistrado citó jurisprudencia con la que sustenta el tratamiento autosatisfactivo de la cuestión. Así, manifestó:

la medida cautelar requerida, tiene como particularidad la de configurar

<sup>16</sup> Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal N° 10, Secretaría 20; “B.M.S c/ Swiss Medical S.A. s/ Sumarísimo de salud” Expte. 4397/2013.

<sup>17</sup> Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal N° 11, Secretaría 21; “D.L.M. c/ Obra Social de la Unión Personal s/ amparo” Expte. 3695/2010.

<sup>18</sup> Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal N° 10, Secretaría 20; “R.F.P.M. c/ Obra Social de la Unión Personal Civil de la Nación s/amparo de salud” Expte. 4818/2016.

*un anticipo de jurisdicción favorable respecto del fallo final de la causa, por lo que se debe proceder con mayor prudencia en la apreciación de los presupuestos que hacen a su admisión (conf. C.S., Fallos 316:1833, 319:1069 y 320:1633).*

Esta particularidad no determina por sí misma la improcedencia de la medida -que debe ser calificada como de autosatisfactiva- cuando existan circunstancias de hecho que, en el supuesto de no dictarse, sean susceptibles de producir perjuicios de muy dificultosa o imposible reparación en la oportunidad del dictado de la sentencia definitiva (*conf. C.S., Fallos 320:1633*).

En efecto, el anticipo de jurisdicción que incumbe a los tribunales en el examen de este tipo de medidas no importa una decisión definitiva sobre la pretensión concreta del demandante y lleva ínsita una evaluación del peligro de permanencia en la situación actual, a fin de habilitar una resolución que concilie –según el grado de verosimilitud– los probados intereses de aquel y el derecho constitucional de defensa del demandado (*conf. CNCCFed., Sala III, causa 5514/02 del 8/10/02 y sus citas*).

Desde esta perspectiva, se puede concluir que resulta un presupuesto esencial, para el dictado de estas medidas de carácter excepcional, la existencia de una situación actual tal que, si no se accediese a la tutela pretendida, se podrían generar daños que deben ser evitados (*conf. C.S., in re "Salta, Provincia de c/ Estado Nacional s/ acción de amparo", 19/9/02, publ. en E.D. del 24/2/03, fallo 51.883, pág. 7 y CNCCFed., Sala III, causa 3.302/03 del 18/7/03*).

Luego, continúa el análisis de la cuestión a la luz del derecho a la vida y a la preservación de la salud que se encuentran en juego y analiza las prestaciones de salud que deben recibir las personas con discapacidad (PCD). Para decidir, el juez valoró que, en el caso, el médico tratante había prescripto la intervención quirúrgica y los materiales con carácter urgente; a su vez, el magistrado valoró el informe del Cuerpo Médico Forense (a quien se le dio intervención en la causa). Este se expresaba respecto del cuadro clínico de la siguiente manera:

el actor es un paciente joven, que padece una enfermedad inflamatoria multiarticular, con producción de rigidez articular e invalidante, lo que afecta su cadera derecha con dificultades para las actividades de la vida diaria. De ahí que, de acuerdo a las constancias de autos, es correcta la indicación quirúrgica para este caso de artroplastia total de cadera, sumado a que, por la franja etaria a la que pertenece el amparista, la prótesis importada cumple con los requisitos de calidad, diseño y durabilidad.

Sobre la base de dichos fundamentos y ponderando el derecho a la salud, se hizo lugar a la cautela solicitada, sin perjuicio de lo que correspondiera resolver sobre el fondo del asunto en oportunidad del dictado de la sentencia definitiva.

De este análisis se desprenden las siguientes conclusiones:

- El juez, ante la prestación requerida, encuadra el tratamiento de la cuestión en el marco de las medidas autosatisfactivas;

- El requisito de la cuasi certeza lo tiene por acreditado en virtud de las manifestaciones del presentante, la documentación aportada a la causa y el informe del Cuerpo Médico Forense;
- La medida es decretada sin perjuicio de lo que se resuelva al tratar el fondo de la cuestión. Como se analizó, es importante que el proceso culmine con el dictado de la sentencia de mérito que es la que, en definitiva, acuerda el derecho, que pasa en autoridad de cosa juzgada y
- Si bien el reclamo revestía carácter de urgente, en razón de la inminencia de la fecha programada para la intervención quirúrgica, lo cierto es que el juez ponderó –frente al carácter autosatisfactivo– el derecho de defensa: corrió traslado a la demandada a través de una intimación previa, frente a la cual, Unión Personal guardó silencio y primó contar con el dictamen del Cuerpo Médico Forense de modo de dar mayor sustento a la decisión arribada.

Ahora bien, dentro de este marco cognoscitivo, y teniendo en cuenta los motivos en que se fundó la resolución del caso precedente, en otro caso, la jueza hizo lugar a una “medida cautelar”<sup>19</sup> en la que se solicitaba la cobertura integral de los tratamientos de fertilización asistida de alta complejidad, la con ovodonación necesaria hasta conseguir el embarazo. Se incluían, además, los costos de la prestación médica, los honorarios médicos, los medicamentos, los estudios complementario, las muestras espermáticas y la eventual criopreservación.

Si bien en un primer momento la magistrada encuadró la medida dentro de las denominadas “autosatisfactivas”, lo cierto es que resolvió teniendo en cuenta los fundamentos aplicables a las medidas cautelares. Por tal motivo, en este aspecto, difiere del tratamiento que se llevó a cabo en el caso anterior. Así, resulta claro cómo se evidencia la “confusión” al momento del tratamiento de pretensiones presentadas como cautelares, pero que se agotan con la sola decisión, lo que las encuadraría dentro de las medidas autosatisfactivas. Sin perjuicio de ello, cabe resaltar que, en el caso, se intimó previamente a la demandada a fin de resguardar su derecho de defensa, para que manifestara su posición respecto a la cobertura de la prestación requerida.

En conclusión, a partir del análisis de los ejemplos, es posible afirmar que, en la práctica judicial, las medidas autosatisfactivas traen aparejado, en su mayoría, el tratamiento correspondiente a las medidas cautelares, sin valorar – en muchos casos– el requisito de la cuasi certeza en el derecho invocado, lo que resulta consecuencia, en principio, del derecho fundamental que se encuentra en juego. No obstante lo manifestado, debe dejarse a salvo que el derecho de defensa en juicio y las reglas del debido proceso son resguardados por los jueces, particularmente, al conferir traslado de la petición al sujeto pasivo de la medida.

V. El rol del juez ante una medida autosatisfactiva en el amparo de salud: la pretensión del amparista, el derecho de defensa y la función decisoria

Uno de los fines plasmados por los constituyentes en el Preámbulo de la

---

<sup>19</sup> Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal N° 10, Secretaría N° 19, “O.T.I. c/ OMINT S.A. de servicios y otro s/ amparo de salud.” Expte. 3324/2015.

Constitución Nacional es el de afianzar la justicia. Los principales encargados de llevar a cabo esta finalidad son aquellos que ejercen la función judicial, quienes desarrollarán su tarea en conjunto con los letrados y las partes que, en definitiva, aportan los hechos sobre los cuales se decidirá en razón de justicia.

Por tal motivo, resulta necesario centrarse en la figura del juez para poder aventurar una conclusión respecto a cómo debe actuar para el tratamiento de una medida autosatisfactiva, en razón de los efectos que ella acarrea.

En la actualidad, y con la modificación de la concepción clásica del derecho, se dio paso a la incorporación de elementos que tienden a la humanización del proceso y la justicia. Se trata de un proceso más atento a la importancia de la persona, por lo que los valores sociales han influido notablemente. Por eso, se exige una intervención distinta de la justicia.

Humanizar en sentido estricto significa *crear una justicia con rostro humano*. Con ello se pretende dar una respuesta al problema de la conformación del proceso y en general de la actividad judicial como una enorme, anónima, despersonalizada, entraña, lejana, fría, burocrática y deshumanizada maquinaria, cuya manera de ser y funcionamiento escapa a la inteligencia y comprensión del hombre común y entierra su confianza en el aparato judicial<sup>20</sup>.

En este contexto, se comienza a hablar de la función preventiva de la jurisdicción. “Prevenir” implica adelantarse al problema, verlo con antelación. Si bien en los procesos la regla es el principio de congruencia, que se refiere al alcance entre lo solicitado por las partes y lo que decide el juez, dicho principio se ha reformulado en pos de evitar –en el futuro– pronunciamientos similares sobre cuestiones ya decididas e, incluso, sentencias que ya no resulten efectivas en razón del transcurso del tiempo y la pérdida del derecho reclamado.

La cuestión se plantea en lo referido a las llamadas “tutelas urgentes o anticipatorias” y se relaciona con el derecho de defensa en juicio, que es la única garantía absoluta e innata a la persona humana. Es un derecho natural, absoluto e ilimitado que se plasma judicialmente. Peyrano habla de un “sacrificio” de esta garantía.

Sin embargo, Luis Herrero plantea una nueva concepción al respecto, una reformulación de estos institutos. Así, no cabría hablar de procesos urgentes sino de pretensiones urgentes. La necesidad de urgir corresponde a la parte, a través de su pretensión, y no al proceso. Las personas son las pretensiones procesales diferenciadas. Si el proceso es urgente, ¿qué es proceso? El proceso es intangible, es un método de debate. “Urgir” es instar la pronta solución, y esto lo peticiona la parte que es titular de la pretensión, quien sufre el daño si la decisión judicial no es oportuna. Esta es una concepción más humana del proceso.

La entidad del daño y el objeto de la pretensión determinan al juez su decisión, y al legislador el procedimiento a seguir. Son un mandato. El procedimiento debe ser proporcional a la naturaleza del conflicto: la medida del

---

<sup>20</sup> RIVERO SÁNCHEZ, Juan Marcos, “Proceso, Democracia y Humanización”. Ponencia presentada al [Seminario Internacional de Derecho Comparado](http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176136/000476785.pdf?sequence=3) denominado: “Ziviljustizsysteme, Zivilgerichtsverfahren und Juristenberufe im internationalen Vergleich”, dirigido por los profesores Dr. Peter Guilles y Dr. Takeshi Kojima y que tuvo lugar en la ciudad de Frankfurt a.M. en los meses de enero y febrero de 1992. <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176136/000476785.pdf?sequence=3>.

proceso es la pretensión común (proceso ordinario) y urgente (procesos sumarísimo y amparo)<sup>21</sup>.

En el caso, por ejemplo, de la concepción realista aristotélica, Michel Villey<sup>22</sup> enseña que Aristóteles investiga el sentido del término *dikaion*, que expresa dos realidades: lo justo (justicia como virtud que se encuentra en las personas) y derecho (como lo justo, que está en las cosas). Desde esta perspectiva, derecho como lo justo es el analogado principal, mientras que los analogados secundarios o derivados del término serán: la ley, la acción, la sentencia, el tribunal, el arte jurídico y la ciencia del derecho.

Del amplio concepto de justicia de Platón como la conducta del ciudadano realizada de conformidad con la ley moral, en pos del bien común político, concepto que abarca todas las virtudes, Aristóteles extrae el concepto de justicia particular. Esta hace referencia a las partes subjetivas de la justicia e implica el reparto o distribución: dar a cada uno lo suyo en términos de igualdad. En tal sentido, habría dos subespecies: la distributiva, sustentada en la igualdad, alteridad y débito exacto, es el reparto en virtud de los méritos y representa la igualdad geométrica o proporcional; y la conmutativa, relacionada con el intercambio o sinalagma, cuya función será corregir el desequilibrio que se produjo en virtud del reparto. La igualdad, en este caso, es aritmética, según el valor de la cosa objeto del intercambio.

Este concepto de justicia en Aristóteles permite entonces concluir que el derecho, como lo justo, se encuentra en lo concreto; en palabras de Aristóteles, en la observación de la naturaleza y el curso natural de las cosas. Por tal motivo, el estagirita propone las vías para el conocimiento de lo justo natural y lo justo positivo. Es decir, el legislador deberá realizar un trabajo dialéctico consistente en buscar el modo de aplicar la abstracción de lo que observa en la naturaleza y plasmarla en la ley.

Estas vías son: la conclusión (actividad intelectual por la que a partir de la observación de la naturaleza se extraen los principios o directivas imprecisas) y la determinación (que es la voluntad del legislador que toma esas directivas imprecisas y determina la norma.)

Es menester establecer que este mismo proceso dialéctico puede ser aplicado por el juez al caso concreto, cuya conclusión se derive del justo equilibrio entre lo que la ley establece y lo que observa en la naturaleza. A la hora de juzgar, no tiene en cuenta la existencia de los principios iusnaturalistas, que le permiten emplear la equidad cuando un caso concreto pueda llegar a resultar injusto si solo se aplican las disposiciones legales previstas para tal caso. En tal caso, puede decirse que es un juez "incompleto", poco comprometido con la cuestión que se debate.

Antes bien, es importante establecer que la decisión del juez será justa en tanto el proceso, como forma o camino, sea justo en relación al fondo y a la forma. La razón de ser de las formalidades y los plazos es arribar a la sentencia. Cada uno de los actos del proceso debe tender a esa finalidad.

Esta es la perspectiva clásica del derecho, es decir, el derecho es lo justo, la igualdad orientada al bien común. El proceso es el medio adecuado para el

---

<sup>21</sup> HERRERO, Luis René, *¿Tutelas o pretensiones procesales diferenciadas? Una mirada descarnada y una propuesta diferente sobre una figura jurídica de contornos evanescentes*, SJA 21/7/2010.

<sup>22</sup> VILLEY, Michel, *La formation de la pensée juridique moderne*, Ed. Quadrige Manuels, 2006. Traducción: C. R. S.

logro de ese fin. Es el método para el conocimiento de la verdad, llamada justicia, que se funda en el derecho. El proceso es entendido como el ejercicio de la prudencia judicial. El juez está comprometido a llevar a cabo hasta el final la verdad práctica: se compromete con los hechos, las partes y sus asesores; con las normas, con el bien y la verdad, que son los límites de la tarea judicial.<sup>23</sup>

La prudencia busca la justa medida de las pretensiones. El tecnicismo y el ritualismo nunca deben estar por encima de las virtudes y la conciencia moral del juez. Solo así el magistrado será susceptible de defender la condición humana ante todo: la dignidad y la igualdad.

Es así que, con las herramientas que brindan estas corrientes –sin perder de vista que resulta válida la aplicación de los principios de cualquier otra doctrina que tiendan a obtener un proceso más justo y humano– es posible que el litigio se lleve a cabo respetando las reglas del debido proceso, y asegurando tanto la pretensión del amparista como el derecho de defensa del sujeto pasivo. Incluso los principios mencionados permiten juzgar con mayor amplitud y brindan al juez diferentes caminos para dilucidar la cuestión, máxime cuando se trata de cuestiones urgentes. Por ejemplo, un juez comprometido con el proceso que intenta acercarse a las partes de modo tal de lograr una conciliación, o bien permitir a la accionada el ejercicio de su defensa previo al dictado de una medida autosatisfactiva, puede hacer uso de las facultades conferidas por el art. 36 inc. 2) del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, y convocar a las partes a una audiencia: se estima no hay solución mejor que la intermediación para decidir un caso.

El mencionado artículo 36 CPCCN dota al juez de diferentes facultades que le permiten arribar a una solución de manera más justa y eficaz. Le permite vislumbrar la dialéctica, el mecanismo de debate, en los términos en los que se ha caracterizado el proceso.

Así pues, es preciso hacer mención a la garantía del debido proceso y la defensa en juicio. Cabe recordar que el art. 18 de la Constitución Nacional dispone que “es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos”. De él se deriva el principio procesal de la contradicción o bilateralidad, que

implica la prohibición de que los jueces dicten alguna resolución sin que, previamente, hayan tenido oportunidad de ser oídos quienes pudieran verse directamente afectados por ella [...]. Las leyes procesales deben acordar, a quienes pudieren encontrarse en aquella situación, una suficiente y razonable oportunidad de ser oídos y producir pruebas<sup>24</sup>.

Es claro que en todo proceso debe respetarse la bilateralidad y, con ello, permitir la adecuada defensa. En general, la solución del caso dependerá de su complejidad, por lo que muchas veces resultará absolutamente necesario postergar la decisión hasta conferir sustanciación, es decir, hasta oír a la contraria.

Así las cosas, la doctrina se manifiesta en uno y otro sentido respecto a la necesidad de resguardar el derecho de defensa: algunos sostienen que este

---

<sup>23</sup> SANZ, Carlos Raúl, *Sobre el derecho y el proceso*, publicado en LA LEY T 1983-B, p. 875.

<sup>24</sup> PALACIO, Lino E., *Manual de Derecho Procesal Civil*, Vigésima edición, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2010, p. 55.

debe tener carácter previo a la concesión de la medida autosatisfactiva; otros, por el contrario, pretenden garantizarlo de manera posterior a su dictado.

Interesa la postura de Camps, quien entiende que

ni la apelación posterior ni el juicio ordinario subsiguiente resguardan de manera adecuada la bilateralidad y el derecho de defensa. Lo primero, por las limitaciones propias de la revisión de lo ya dispuesto, lo segundo, porque cuando la ley ha considerado viable un juicio ordinario posterior, lo ha establecido en forma expresa (juicios ejecutivos, interdictos, acciones posesorias, desalojo)<sup>25</sup>.

Esta tesis, si bien resulta adecuada a la hora de analizar la garantía de la defensa en juicio, debe ponderarse a la luz del derecho en juego en los casos como los que se plantean en este estudio.

Por su parte, Herrero ha sostenido que

el grado de plasticidad del derecho a ser oído frente al mandato constitucional que obliga al juez a afianzar (o garantizar) la justicia en el proceso, constituye la clave de bóveda del funcionamiento de todo el sistema procesal y determina el nivel de eficiencia de la respuesta jurisdiccional en el caso concreto. [...] El derecho a ser oído es un derecho absoluto e inviolable. Sin embargo, la inviolabilidad de la defensa en juicio no implica -en su análisis- que su ejercicio no pueda ser limitado u objeto de reglamentación. La ley procesal establece las condiciones de ese ejercicio<sup>26</sup>.

En conclusión, el juez debe analizar prudentemente el caso concreto para poder meritar, de manera adecuada, los derechos en juego, en función de la legítima petición y el derecho de defensa, todo ello a fin de no cercenar los derechos de las partes.

Por todo lo expuesto, y en cualquier caso, pueden destacarse las siguientes características que hacen al rol del juez, y que lo colocarán en posición tal de poder arribar a una decisión justa:

- a. el uso de las herramientas que permiten al juez la actividad “preventiva” sin avasallar las pretensiones de las partes ni vulnerar las reglas del debido proceso;
- b. el análisis de las pretensiones a la luz de lo justo natural y lo justo positivo, tal como lo explicaba Aristóteles;
- c. el ponderar, en primer lugar, el instituto frente al cual se encuentra, el realizar el adecuado encuadre jurídico (más específicamente cuando se trata de medidas autosatisfactivas) y resolver la cuestión en consecuencia;
- d. el meritar los efectos de la decisión autosatisfactiva de modo tal de asegurar el derecho de defensa del demandado en tiempo oportuno y
- e. el poner en marcha el principio de inmediación para posibilitar la cercanía con las pretensiones esgrimidas.

En efecto, resulta imprescindible aplicar todo mecanismo tendiente a garantizar

<sup>25</sup> CAMPS, Carlos E., *Actualidad de la tutela anticipada*. J.A. 2003-II-1218. Lexis N° 0003/009535 ó 0003/009691.

<sup>26</sup> HERRERO, Luis R. *El derecho a ser oído: eficacia del debate procesal*. J.A. 2003-III-1113. Lexis N° 0003/009899 ó 0003/009937 ó 0003/009931.

el debido proceso.

## VI. Conclusión

Las distintas corrientes actuales tienden a la humanización del proceso, a lograr un proceso justo, un proceso más humano, que tenga en cuenta al hombre y sus necesidades. Por tal razón, la ley y los tribunales deberán arbitrar todas las medidas tendientes a asegurar a las personas la tutela de sus derechos de manera efectiva y oportuna.

Es claro que se dimensiona de manera más trascendente la necesidad imperiosa de salvaguardar los derechos fundamentales, dado que no hay derechos sin una persona que sea su titular y no hay persona si no se asegura su vida. Como dice la Corte Suprema el derecho más fundamental es el derecho a la vida, de ahí que los restantes tienen carácter instrumental. Resulta evidente que la salud es lo que “da vida” a la persona y le permite desarrollarse e interactuar en la sociedad; es un “estado de bienestar” y, por lo tanto, no cabe duda de la aflicción que generan los padecimientos físicos, psíquicos y espirituales. Una enfermedad, una discapacidad o una necesidad sanitaria tornan apremiante el deber de asegurar los medios necesarios para combatirlas. De ahí que el derecho tiene por objeto dar respuestas –en el ámbito propio, el jurídico– a las cuestiones que alrededor de ello se susciten.

Puntualmente, no hay discusión, entonces, respecto de la relevancia de la preservación de la salud y la urgencia que esta significa, por lo que cualquier afectación amerita una pronta solución. Para dar respuesta a esta situación, el orden jurídico ha elaborado mecanismos tendientes a asegurar la eficacia y oportunidad en la protección de los derechos, tales como la acción de amparo, las medidas cautelares y los procesos o pretensiones urgentes. De ese modo, pretende suplir las falencias propias del sistema.

En particular, las medidas cautelares y las autosatisfactivas cumplen un rol fundamental ya que brindan protección –podría decirse– inmediata y adecuada. Sin embargo, hay quienes sostienen que, en la materia en cuestión, se vulnera el derecho de defensa que le corresponde al demandado (más allá de que se encuentre asegurado con la etapa recursiva o la breve sustanciación). Ello es así porque es frecuente que se haga lugar a la pretensión “cautelar” del peticionante. Frente a esta cuestión, no cabe duda que el derecho a la salud prima por sobre los demás. No obstante, será fundamental arribar a una sentencia definitiva, que decida el fondo de la cuestión ponderando la procedencia de la pretensión y la defensa del demandado (principalmente para asegurar que no haya abusos o excesos en las medidas cautelares y autosatisfactivas).

Asimismo, es relevante el avance de la doctrina y la jurisprudencia al admitir las medidas innovativas, lo que da lugar a que la mayoría de las cuestiones de salud puedan hacerse valer. Téngase presente que los jueces admiten estas medidas tanto como las autosatisfactivas respetando los presupuestos de admisibilidad fijados para la procedencia de las medidas cautelares (con la particularidad de exigir la cuasi certeza en las segundas). De ahí la “confusión” a la que se hace alusión en el presente estudio. No debe olvidarse que son los propios actores quienes, muchas veces, solicitan una medida autosatisfactiva bajo la denominación de “medida innovativa o de no innovar”. Lo cierto es que la medida innovativa se encuentra comprendida bajo las características de la

medida cautelar y esto debe tenerse presente en virtud de las diferencias existentes entre estas y las autosatisfactivas propiamente dichas. Empero, en todos los casos, será necesario instar a una pronta legislación nacional no solo respecto de ellas, sino en relación al acogimiento de las tutelas autosatisfactivas.

De momento, sería conveniente que los jueces, para un adecuado tratamiento de la medida autosatisfactiva, dictaran resoluciones en las que se encuentren acreditados los siguientes requisitos de admisibilidad: el grado de cuasi certeza en el derecho (le asiste evidente razón al peticionante); la gravedad en el peligro en la demora (irreparabilidad del daño); y, como requisitos de eficacia y procedencia: contracautela y sustanciación. De esta manera, la resolución sería más adecuada a los lineamientos que merecen las medidas autosatisfactivas y que permitirían diferenciarlas de las medidas cautelares.

En este orden de ideas, se analizó la cuestión relativa al rol del juez que debe dar respuesta a los conflictos llevados para su tratamiento. Así, las características que configuran su rol lo convierten en el mejor exponente de la función judicial para la sociedad. Esto es así, especialmente, cuando debe decidir respecto a derechos tan fundamentales como sensibles, y se dará en la medida en que reúna los siguientes principios: el conocimiento integrado del derecho vigente, la idoneidad, la intermediación y el compromiso con la justicia. Estos valores son los que, en definitiva, más allá de las garantías que la Constitución Nacional pueda brindar a los magistrados, asegurarán el rol del juez imparcial e independiente, capaz de juzgar los institutos que se le presentan en virtud de la naturaleza jurídica que a cada uno le es propia.

Como colofón, se entiende que la salud es un derecho fundamental, que debe ser tutelado de manera oportuna. Es el sistema jurídico el que debe brindar mecanismos céleres y efectivos para tutelar los derechos de todas aquellas personas que conforman la sociedad y que recurren a la justicia como último medio de protección de sus intereses cuando diversas circunstancias amenazan su bienestar y, aún más, cuando se trata de la preservación de la salud. A tal fin, y teniendo en cuenta que el derecho no es estanco sino dinámico, es preciso que los jueces pongan en funcionamiento todas las herramientas y mecanismos –como los descritos en este trabajo– de modo tal de arribar a soluciones justas, atendiendo a las circunstancias del caso, el derecho en juego, la adecuada defensa, el tipo de proceso y el instituto procesal de que se trata. Ello será posible con el ejercicio de la prudencia que, según Aristóteles, es la “recta razón en el obrar”. En definitiva, solo así habrá decisiones justas.

## VII. Referencias bibliográficas

- CAMPS, Carlos E., *Actualidad de la tutela anticipada*, J.A. 2003-II-1218, Lexis N° 0003/009535 ó 0003/009691.
- CAMPS, Carlos E., *La medida cautelar innovativa en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, Ed. Abeledo Perrot, SJA 28/12/2005, JA 2005-IV-1458.
- CARBONE, Carlos, *Los despachos interinos de fondo. Análisis de sus presupuestos: la noción de certeza suficiente, la exigencia de la*

- urgencia y la irreparabilidad del perjuicio. Libro Sentencia anticipada.* Ed. Rubinzal –Culzoni, Buenos Aires, 2000.
- DE LAZZARI, Eduardo N., *Medidas Cautelares*, Tomos I y II, Ed. Librería Editora Platense, La Plata, 1995.
- DE LOS SANTOS, Mabel A., *La medida cautelar innovativa y el anticipo de la sentencia: Su ubicación entre los llamados "procesos urgentes"*. Ed. Abeledo – Perrot, JA 1996-I-633.
- Digesto Práctico La Ley – Medidas Cautelares y Procesos urgentes*, Primera edición, LA LEY, Buenos Aires, 2001.
- GHERSI, Carlos, *El derecho constitucional a la salud y el PMO: las medidas autosatisfactivas*, JA 23-5-2001.
- HERRERO, Luis R., *El derecho a ser oído: eficacia del debate procesal*, J.A. 2003-III-1113. Lexis Nº 0003/009899 ó 0003/009937 ó 0003/009931.
- HERRERO, Luis R., *¿Tutelas o pretensiones procesales diferenciadas? Una mirada descarnada y una propuesta diferente sobre una figura jurídica de contornos evanescentes*, SJA 21/7/2010.
- LORENZETTI, Ricardo L., *El juez y las sentencias difíciles*, LL 1998-A-1039.
- MORELLO, A. y ARAZI, R., *Procesos urgentes*, Ed. Abeledo – Perrot, SJA 30/3/2005, JA 2005-I-1348.
- Normas Constitucionales y Tratados Internacionales*, Ed. JUSBAIRES, CABA, 2014.
- NOVELLINO, Norberto J., *Embargo y desembargo y demás medidas cautelares*, Ed. Abeledo – Perrot, Buenos Aires, 1984.
- PALACIO, Lino E., *Manual de Derecho Procesal Civil*, Vigésima edición, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2010.
- PEYRANO, Jorge W., *La medida autosatisfactiva, hoy*, LL 2014-C- 1134, 9/6/2014.
- PEYRANO Jorge W., *La tutela de urgencia en general y la tutela anticipatoria en particular*, ED 163- 786.
- PEYRANO, Jorge W., *Reformulación de la teoría de las medidas cautelares: tutela de urgencia. Medidas autosatisfactivas*, JA. 1997 – II – 926.
- RIVAS, Adolfo A., *Medidas Cautelares*, Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007.
- RIVERO SÁNCHEZ, Juan Marcos. "Proceso, Democracia y Humanización". Ponencia presentada al [Seminario](#) Internacional de Derecho Comparado denominado: "Ziviljustizsysteme, Zivilgerichtsverfahren und Juristenberufe im internationalen Vergleich", dirigido por los profesores Dr. Peter Guilles y Dr. Takeshi Kojima y que tuvo lugar en la ciudad de Frankfurt a.M. en los meses de enero y febrero de 1992. <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176136/000476785.pdf?sequence=3>.
- SAGÜES, Néstor P., *Derecho Procesal Constitucional – Acción de Amparo*, 5° edición actualizada y ampliada, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2013.
- SANZ, Carlos R., *Sobre el derecho y el proceso*, publicado en LA LEY, T 1983-B.
- VILLEY, Michel, *La formation de la pensée juridique moderne*, Ed. Quadrige Manuels, 2006. Traducción: C. R. S.

#### VIII. Jurisprudencia

CS, Fallos 323:3229.

- CS, Fallos 320:1633.
- CS, 24-4-03, Fallos 326:1400.
- CS, Fallos 316:1833 "Bulacio Malmierca"
- CS, Fallos 327:2177 y sus citas; 327:2413, 2510 "Unión de Usuarios y Consumidores c. Cía. Euromédica de Salud s/Amparo" 8/4/2008.
- CS, "Pardo, Héctor Paulino y otro c/ Di Césare, Luis Alberto y otro s/art. 250 del C.P.C.", La Ley Online; AR/JUR/76491/2011 del 06/12/2011.
- C.S., "Prodelco c/Poder Ejecutivo Nacional", La Ley 1998-C-574, 7/5/96.
- C.S., "Asociación Benghalensis" Fallos 323:1339; 1/6/00.
- C.S., "Portal de Belén" Fallos 325:292; 5/3/02.
- CNCiv. y Com. Fed., Sala I, causas 6655/98 del 7-5-99 y 7208/98 del 4-11-99.
- CNCiv. y Com. Fed., Sala I causas 630/03, 15-4-2003; Sala III causa 2216/04 del 15/11/2005.
- CNCiv. y Com. Fed., Sala II; Ramírez Waldina c/Inst. Nac Obras Sociales" 28/11/1997.
- CNCiv. y Com. Fed., Sala II, septiembre 1-989- Laboratorios de especialidades farmacéuticas c/Inst. de Serv. Soc. para Jubilados y Pensionados – LL 1991 –D-573, sec. Jurisp. Agrup., caso 7375.
- CNCiv. y Com. Fed., Sala III, causas 9168/04 del 15-04-08 y 11.997/08 del 29/6/10.
- CNCiv y Com Fed, Sala III, "B.J.H. c/ OSDE binario s/ medida autosatisfactiva"; Causa N° 103.689/13; 11.3.14.
- CNCont. Adm. Fed., Sala IV, junio 24-994- C., G.A. c/ Colegio Público de Abogados – LL 1995 –C -682, sec. Jurisp. Agrup., caso 10.345.
- CNCiv., Sala G, 8-10-80 LL 1981.
- C.Civ y Com Tucumán, Sala I; "Bestani María c/ Colegio Sagrado Corazón"23/6/2003.
- Cám. Apel. Civ. y Com., San Isidro, Sala I, causa 31.528.
- Juzgado Nacional 1ª Inst. en lo Civ. y Com. Fed. N° 11, Secretaría 21; "D. L. M. c/ Obra Social de la Unión Personal s/ amparo" Expte. 3695/2010.
- Juzgado Nacional 1ª Inst. en lo Civ. y Com. Fed. N° 10, Secretaría N° 19, "O.T.I. c/ OMINT S.A. de servicios y otro s/ amparo de salud." Expte. 3324/2015.
- Juzgado Nacional 1ª Inst. en lo Civ. y Com. Fed. N° 10, Secretaría N° 19, "B.E.A. c/ Unión Personal s/amparo de salud" Expte. 6578/2015.
- Juzgado Nacional 1ª Inst. en lo Civ. y Com. Fed. N° 10, Secretaría 19, "Q.S.B. c/ Unión Personal s/ amparo de salud" Expte. 1247/2016.
- Juzgado Nacional 1ª Inst. en lo Civ. y Com. Fed. N° 10, Secretaría 19, "L.M.A. c/ Unión Personal s/ amparo de salud Expte. 8030/2015.
- Juzgado Nacional 1ª Inst. en lo Civ. y Com. Fed. N° 10, Secretaría 20; "B.M.S. c/ Swiss Medical S.A. s/ Sumarísimo de salud" Expte. 4397/2013.
- Juzgado Nacional 1ª Inst. en lo Civ. y Com. Fed. N° 10, Secretaría 20; "R.F.P.M. c/ Obra Social de la Unión Personal Civil de la Nación s/amparo de salud" Expte. 4818/2016.
- Juzgado Nacional 1ª Inst. en lo Civ. y Com. Fed. N° 10, Secretaría 20 "G.S.C. c/ Unión Personal s/ amparo de salud" Expte. 2126/2016.
- Juzgado Nacional 1ª Inst. en lo Civ. y Com. Fed. N° 10, Secretaría 20, "L.J.N. c/ Unión Personal s/amparo de salud" Expte. 840/2016.
- Juzgado Nacional 1ª Inst. en lo Civ. y Com. Fed. N° 10, Secretaría 20, "L.M.L. c/ Unión Personal s/amparo de salud" Expte. 935/2016.

