

Citar Lexis N° 20001953

Textos Completos

## DERECHOS PERSONALÍSIMOS

Derecho a la salud – Prestación de servicios médicos vitales – Subsistencia de la cobertura social – Medida autosatisfactiva

(Trib. Familia Lomas de Zamora, n. 3, 21/05/1999– S., M. I.). JA 2000–II–393.

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

Banfield, mayo 21 de 1999.– Considerando: 1. A fs. 5/5 vta. se presenta M. I. S., por sí y en representación de su hija menor C. N. Q., sin patrocinio letrado, solicitando medida de protección imprescindible para la vida de su hija.

Manifiesta ante la asistente social del equipo técnico de este Tribunal de Menores que su hija C. N. Q. es oxigenodependiente, dado que padece de insuficiencia respiratoria crónica e hipertensión pulmonar. Por ello, la niña se halla conectada a un equipo de oxigenoterapia a domicilio, provisto por la Obra Social del Personal de la Sanidad Argentina (O.S.P.S.A.), a través de la empresa AGA – Gases Lomas S.A.

Dice que ha sido despedida de la Clínica del Sol –en la que se desempeñaba como enfermera– hace casi tres meses. Por fenecer la cobertura de O.S.P.S.A. a los tres meses de producido el distracto, la empresa AGA le avisó que el día 26 de mayo desconectaría y se llevaría el equipo que provee el oxígeno a su hija.

Agrega que inició el expediente n. 2346–5940/1999, ante la Oficina de la Región Sanitaria VI del Ministerio de Salud de la Provincia de Buenos, solicitando los equipos que su hija necesita, pero no se le precisó fecha en que se le entregarían.

Por las razones expuestas, solicita que: 1) Se ordene judicialmente a la O.S.P.S.A. la extensión de la cobertura del equipo de oxigenoterapia, dado que que es imprescindible para la vida de la niña y 2) se oficie al Ministerio de Salud para la urgente entrega de los equipos solicitados.

Acompaña M. I. S. la documentación que acredita sus dichos, agregada a fs. 1 a 4, 7 a 10 y 12 a 15.

A f. 11 se expide el médico forense departamental, a partir de los antecedentes de interés médico legal obrantes en autos, sobre "si existe riesgo para la salud y/o vida de la niña C. N. Q. ...en el caso de suspensión de la prestación de medios auxiliares de oxigenoterapia descriptos en el acta y remito que anteceden".

En calidad de previas a las conclusiones, considera el perito médico que la enfermedad que padece C. N. Q. "le ocasiona insuficiencia respiratoria moderada severa y hace necesaria la administración permanente de oxígeno, pues si se le suspendiese se agravaría la insuficiencia

respiratoria con grave peligro para la vida de la niña". Agrega que "la aparatología descripta es la mínima que debe tenerse para seguir preservando la salud de la enferma".

Concluye el informe médico forense informando que "existe riesgo para la salud y vida de C. N. Q. si se suspende la administración permanente de oxígeno con los medios descriptos".

A f. 20, el asesor de menores e incapaces departamental presta conformidad a la perentoria petición de M. I. S., descartando el riesgo de la situación.

2. En la cuestión así planteada –iniciada a raíz de la presentación de una madre desempleada, que lo hace por sí y en representación de su hija de dos años oxigenodependiente (conf. art. 274 CCiv.) sin patrocinio letrado (conf. art. 829 CPCC. Bs. As. ..."cuando razones de urgencia lo justificaren"... y art. 1111 ley 5177 [1] ..."cuando se deban solicitar medidas precautorias o urgentes")– tiene competencia este Tribunal de Familia, por disponerla el art. 827 inc. t CPCC. Bs. As. "en todo asunto relativo a la protección de personas".

En virtud de la relación de dependencia de la madre de la niña con la Clínica del Sol, ambas –madre (beneficiario titular) e hija (integrante del grupo familiar)– estaban incluidas en calidad de beneficiarias de la O.S.P.S.A. Pero producido el distracto laboral el 24/2/1999, se mantiene por tres meses la afiliación –período durante el cual se continúa teniendo derecho a la prestación del servicio médico–. Por esta razón, la Sra. S. presentó ante el Tribunal una credencial de O.S.P.S.A. con la inscripción de provisorio y con fecha de vencimiento el 24/5/1999 (conf. leyes 23660 [2] y 23661 [3]).

Denuncia la Sra. S. que inició un trámite administrativo ante el Ministerio de Salud, dado que –hallándose sin empleo y ante la inminente carencia de cobertura de la obra social– el sector público se debe hacer cargo de dar el servicio de salud, por tratarse de un bien esencial para el desempeño humano social. En la especie, es el derecho al respiro vital de la hija menor de la Sra. M. I. S., el que se encuentra en riesgo debido al desamparo médico–asistencial en que quedaría la niña, si se suspende la administración permanente de oxígeno con los medios descriptos" (fs. 11 vta. informe del médico forense) –ya sea por vencimiento de la cobertura de la obra social o por no provisión oportuna de la aparatología terapéutica solicitada al Ministerio de Salud.

Ante el derecho de vivir, personalísimo, y más que esencial esencialísimo –diría Cifuentes–, pues de él dependen todos los demás bienes, se tiene derecho a que los demás se abstengan de atacarlo, a la conservación de la vida y al goce de ella. Y en la dimensión jurídica, el goce comporta su defensa. Su protección constituye un llamado ineludible para el juez desde los planos constitucional, penal, civil y procesal (conf. arts. 18 y 75 inc. 22 CN. [4], 6 , 24 , 26 y 28 Convención de los Derechos del Niño [5], VII Declaración Americana de los Derechos del Hombre [6], 25 Declaración Universal de Derechos Humanos [7], 5 ap. 1, 8 ap. 1 y 19 Convención Americana de Derechos Humanos [8], 10 ap. 3, 11 ap. 1 y 12 Pacto De–Co. Soc. y Cult. [9], 15 y 36 ap. 2 Const. Prov. [10], 827 inc. t CPCC. Bs. As.).

En el caso concreto de la urgente protección solicitada en autos, la distracción judicial ante la exigencia constitucional–procesal de una tutela judicial efectiva y sin demoras indebidas tendría como consecuencia un daño irreparable a bienes esencialísimos, como lo son la salud y la vida de una niña oxigenodependiente, sólo evitable si la pretensión se acoge en tiempo oportuno (conf. arts. 18 y 75 inc. 22 CN., 8 ap. 1 Convención Americana de Derechos Humanos, 15 Const. Prov. y

827 inc. t CPCC. Bs. As.).

Colocado el juez ante la urgencia dramática generada por la fuerte probabilidad de daño a los bienes humanos primeros de una niña (según surge del informe pericial), ante el perentorio vencimiento del plazo de la cobertura de salud existente (24/5/1999), ante la denuncia materna de la imprecisión del Ministerio de Salud provincial sobre el tiempo de entrega de la aparatología terapéutica de reemplazo y ante la situación de desempleo de la madre, no existen alternativas para excluir la necesidad de que sea O.S.P.S.A. quien continúe prestando el servicio médico–asistencial de C. N. Q., y ello durante un plazo razonable, a efectos de no desequilibrar el sistema.

La cuestión planteada encuadra en lo que la doctrina procesal moderna denomina medidas autosatisfactivas –requerimiento urgente formulado ante el órgano jurisdiccional por el justiciable, que se agota con su despacho favorable, sin necesidad de iniciar una ulterior acción principal para evitar su caducidad–: situación de extrema urgencia, con fuerte probabilidad de que el planteo formulado sea atendible y que se juzga, en este caso, tan atendible que se considera innecesario el otorgamiento de contracautela. Comparte la medida autosatisfactiva con las medidas cautelares su carácter urgente, su ejecutabilidad inmediata y la circunstancia de que, en determinados casos –como el de autos– sea despachable inaudita parte. Asimismo la satisfacción definitiva de los requerimientos de quien la postula deben 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. En el caso "Clavero, Miguel Á. v. Comité Olímpico Argentino", citado por Mabel A. De los Santos (JA 1997–II–926), el actor debió adosar una pretensión principal de amparo, cuando lo único que pretendía era lograr el dictado de la medida ordenada. En la sentencia que resuelve sobre el amparo, el juez señaló que el caso planteado encuadraba en lo que la doctrina denomina "medida autosatisfactiva", pues el objeto de la acción deducida se había agotado previamente con el dictado de la cautelar.

En virtud de las consideraciones procesales antecedentes y por tratarse de la insoslayable tutela judicial oportuna de los derechos humanos primeros –preexistentes a toda regulación positiva– de una niña, se aplica el procedimiento previsto para las medidas cautelares genéricas previstas en el art. 232 CPCC. Bs. As., adaptado a las exigencias de sencillez y urgencia de las medidas autosatisfactivas de esta cuestión concreta, conforme se ha descripto ut supra (conf. art. 20 inc. 2 CPCC. Bs. As.).

Por todo lo expuesto, corresponde hacer lugar a las medidas de protección urgentes que seguidamente se detallan. Se ordena a:

- 1) A O.S.P.S.A. que se continúe prestando el servicio médico–asistencial a la niña C. N. Q. –como lo ha hecho hasta la fecha– hasta que el Ministerio de Salud de la Provincia de Buenos Aires provea a la niña lo necesario para preservar su salud integral.
- 2) A AGA –Gases Lomas S.A.– que continúe poniendo a disposición de la niña C. N. Q. la administración de oxígeno necesario con los equipos descriptos en autos, como lo ha hecho hasta la fecha.
- 3) Al Ministerio de Salud de la Provincia de Buenos Aires que provea a la niña C. N. Q. dentro del plazo de diez días hábiles de notificada la presente resolución, la prestación de salud adecuada

para una niña oxigenodependiente –cuyo padecimiento surge de las constancias obrantes en autos– y que fuera solicitada por su madre por medio del expte. n. 2946–5941/1999, responsabilizándose en forma personal al ministro de Salud por el incumplimiento de lo ordenado. Asimismo, deberá dicho Ministerio informar al tribunal y O.S.P.S.A. la debida efectivización de lo ordenado. A tal fin, líbrese el correspondiente oficio.

4) Poner esta resolución en conocimiento del gobernador de la Provincia de Buenos Aires, mediante oficio de estilo.

5) Notifíquese por Secretaría con habilitación de días y horas inhábiles; disponiéndose expresamente que el oficial notificador interviniente, notifique de la presente al administrador de la filial zona Sud de O.S.P.S.A. –sita en Hipólito Yrigoyen 7066 de Banfield– y al presidente del directorio de la empresa AGA –Gases Lomas S.A. con domicilio social sito en la calle Molina Arrotea 1159 de Lomas de Zamora–.

6) Sin costas, en atención a la naturaleza de la cuestión planteada (art. 68 párr. 2º CPCC. Bs. As.).– María S. Villaverde.

#### NOTAS:

(1) ALJA 1853–1958–2–42 – (2) LA 1989–A–51 – (3) LA 1989–A–58 – (4) LA 1995–A–26 – (5) LA 1994–B–1689 – (6) LA 1994–B–1607 – (7) LA 1994–B–1611 – (8) LA 1994–B–1615 – (9) LA 1994–B–1633 – (10) LA 1994–C–3809.

#### DERECHO CIVIL CONSTITUCIONAL A LA SALUD. MEDIDAS AUTOSATISFACTIVAS

SUMARIO: I. Introducción.– II. Los hechos en síntesis y las cuestiones a debatir.– III. Los nuevos derechos civiles constitucionales.– IV. La operatividad judicial y las medidas autosatisfactivas

#### I. INTRODUCCIÓN

El Tribunal de Familia de Lomas de Zamora –con firma de su presidenta, Dra. María Silvia Villaverde– da en los presentes autos un claro ejemplo de un Poder Judicial al servicio de los seres humanos, como debe ser, con celeridad, en protección de la vida y obligando a las empresas, más allá de su carácter privado y esencialmente economicista, a cumplir con el rol social que deben tener.

Por otra parte, también es interesante resaltar el imperium de un Poder Judicial independiente respecto de la Administración Pública –sector salud– cuando sus contestaciones son evasivas, renuentes, etc. y obligarla ante lo esencial de la necesidad del servicio de salud a prestarla sin demoras ni excusas.

Es pues importante que la comunidad toda conozca y valore a magistrados que no dudan ni titubean, en la aplicación de los nuevos derechos civiles constitucionales, pues a partir de ellos seguramente se edificará un derecho más solidario y menos individualista–economicista que el que ha desplegado el neoliberalismo de la década de los noventa.

#### II. LOS HECHOS EN SÍNTESIS Y LAS CUESTIONES A DEBATIR

Se trata de una madre –recientemente desempleada– que al perder la cobertura de su obra social, advierte el peligro inminente de que su hijita, de tan solo dos años, oxigenodependiente, se vea privada de la aparatología imprescindible para su vida, salud y subsistencia.

La empresa privada prestadora del equipo hace saber que por la finalización de la cobertura de la obra social, retirará aquel, lo cual lisa y llanamente implica la defunción de la pequeña; por otra parte, efectúa un requerimiento al Ministerio de Salud de la Provincia de Buenos Aires, sin que se obtengan respuestas concretas y rápidas como la situación aconseja, se presenta ante el Tribunal de Familia de Lomas de Zamora, reclamando el efectivo ejercicio del derecho a la vida y la salud.

El Tribunal procede, como señalamos, con celeridad y sentido social: ordena a la empresa privada mantener la aparatología y obliga a la Administración Pública a que en el término de diez días provea la aparatología imprescindible.

Pretendemos abordar nuestro comentario en torno a dos ítems: los nuevos derechos civiles constitucionales y la importancia de un Poder Judicial al servicio de la sociedad humana y no del mero economicismo.

### III. LOS NUEVOS DERECHOS CIVILES CONSTITUCIONALES

El primer considerando de la Declaración Universal de los Derechos Humanos afirma: "La libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana".

Estos derechos son supranacionales y aplicables en la Argentina desde 1994 –reforma de la Constitución– en forma directa y sin los subterfugios a los que antes nos tenía acostumbrados la clase política mediante la indigna frase: las leyes que reglamenten su ejercicio.

Desde 1948 –fecha de la Declaración– fueron muchas las luchas por una aplicación efectiva a nivel nacional e internacional; sin embargo, siempre existía lo que hemos dado en llamar el último vallado que impedía jurídicamente su real ejercicio y otras veces la irrupción de los totalitarios que violaban no sólo la Constitución, sino todos los tratados internacionales de defensa del ser humano; baste recordar la triste experiencia de la Argentina durante las tiranías.

Recordemos que el art. 3 de la Declaración establece el derecho a la vida... y, con posterioridad, el art. 5 establece el derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes; el art. 15 inc 3. establece que la familia... tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado; por último, el art. 25 inc. 2 establece la protección social de los niños.

Complementariamente y a partir de 1959 tenemos la Declaración de los Derechos del Niño, que en su art. 3 establece clara y terminantemente: El niño física o mentalmente impedido o que sufra algún impedimento social debe recibir el tratamiento, la educación y los cuidados especiales que requiere su caso particular.

La Reforma Constitucional de 1994 –aun cuando creemos que estaban ya anteriormente incorporados algunos expresa y otros implícitamente– extendió la protección a la persona humana desde los tratados internacionales, que entendemos que, al igual que los nuevos derechos civiles constitucionales, son operativos per se.

La Constitución Española de 1978 fue pionera en establecer el compromiso jurídico respecto de la operatividad de los derechos fundamentales (1).

Es necesario que nuestros magistrados comprendan que son el último baluarte frente al poder y la economicidad del sistema que nos está cosificando a todos los seres humanos (2) y para ello la operatividad jurídica de los derechos civiles constitucionales debe ser un valor sobreentendido y efectivo (3).

La Ley Fundamental Alemana de 1992 afianza esta idea de inmediatez de los derechos y los denomina nuevos instrumentos democráticos, pues ya no se mide a los Estados por su acceso o pertenencia a la democracia como institución, sino que se apunta a la calidad de la democracia (4) y precisamente una de las pautas para su medición, es la calidad de las instituciones denominadas civiles y su efectivo funcionamiento (5).

Es pues hoy operativo el derecho a la salud, a partir de esta idea de los derechos civiles constitucionales (6).

#### IV. LA OPERATIVIDAD JUDICIAL Y LAS MEDIDAS AUTOSATISFACTIVAS

También es positivo en este aspecto el pronunciamiento comentado.

Creemos que en esto de celeridad y adopción ideológica del rol de magistrado, los americanos aciertan con el concepto de racionalidad práctica (7), como respuesta del sistema jurídico a cada asunto, en donde resulta necesario mantener ciertos valores, porque lo que se ha dado en llamar expansión del caso, que si bien entre nosotros tiene una valla legal, sin embargo representa una parte importante del derecho efectivamente aplicable (8).

La Magistratura es tal vez el último lugar imaginario donde esperamos que se encuentre la autoconciencia de la humanidad: sus pronunciamientos son siempre creaciones concretas con la genericidad reflexiva (9) de la jerarquía de los valores puestos en la memoria del ser humano, por lo cual no puede reflejar simplemente un derecho formal, tardío, no operativo, sino que debe ser realista al servicio de la particularidad, con celeridad y anticipándose a la causación o agravación del daño y éste es el sentido trascendental de las medidas autosatisfactivas (10).

Es pues el pronunciamiento comentado un ejemplo a imitar que, al decir de Niklas Luhmann, es la operatividad bajo circunstancias desfavorables, pues la excesiva formalidad quita poder a los jueces y transforma a sus pronunciamientos en comunicación artificial; nosotros pretendemos que sea (en las mismas palabras del citado autor) una generalización simbólica de la calidad de la democracia, medida a partir de las sentencias judiciales (11).

CARLOS A. GHERSI

NOTAS:

(1) García Gómez, M., "Derechos Humanos y Constitución española", 1984, Ed. Alhambra S.A., Madrid, p. 176.

(2) Gheri-Hise-Rossello, "Derecho y reparación de daños", vol 1., p. 20: "Entonces el Estado

postmoderno ha limitado su rol en el marco social– en el sentido hegeliano de sociedad civil–, reservándose en el área de la política económica una discrecionalidad absoluta con la excusa de sostener la gobernabilidad del sistema económico. El mercado ha impuesto nuevas formulaciones relacionales, ampliando las zonas de intereses particulares; de allí, entonces, que ello debió implicar una privatización de los conflictos y una modificación sustancial de la competencia del control de aquéllos, sin embargo, con un poder casi irrestricto, ello no fue así (vgr., decretos de necesidad y urgencia para aumentar tarifas o instaurar la flexibilización laboral, etc.).

"Nadie puede pagar con recursos de los que no dispone. Es una actitud de enfermiza contradicción social la que pretende que determinadas instituciones cumplan con la prestación de beneficios con los que no puedan cumplir, o previstos en épocas distintas, al costo de verse confrontadas con la imposibilidad de subsistencia", "Peralta, Luis A. y otro v. Banco Central de la República Argentina s/amparo", 27/12/1990 (JA 1991–II–556).

(3) Van Roermund, Bert, "Derecho, relato y realidad", (El guardián de la Constitución), 1997, Ed. Tecnos, Madrid, p. 142.

(4) O'Donnell, Guillermo y otros, "La política. La democratización y sus límites. Después de la tercera ola", 1996, Ed. Paidós, p. 37.

(5) Lipset, Martin S., "Repensando los requisitos de la democracia", Rev. American Sociological Review, vol. LIX, febrero de 1994, Yale University.

(6) Hooft, Pedro, director, "Bioética", JA 1999–IV–1347.

(7) Fainsworth, E. A., "Introducción al sistema legal de EE.UU.", 1990, Ed. Zavalía, p. 57.

(8) Efectivamente es un uso y costumbre en la aplicación del derecho en la Administración de Justicia, por parte de los abogados y los magistrados, consultar la tendencia jurisprudencial, para afianzar sus demandas, contestaciones o pronunciamientos, especialmente aquellos que fundan nuevos criterios.

(9) Lukacs, George L., "Maestros del pensamiento contemporáneo", 1973, Ed. Grijalbo S.A., México, p. 50.

(10) De los Santos, Mabel, "Conveniencia y necesidad de legislar sobre las tutelas de urgencia", JA 1999–IV–992.

(11) Luhmann, Niklas, "Poder", 1995, Ed. Anthopos, Barcelona, ps. 4/5.