

Corte Suprema de Justicia de la Nación

Causa: Olivo, Pablo Ezequiel y otra c/ Buenos Aires, Provincia de y otros s/ daños y perjuicios

Buenos Aires, 11 de diciembre de 2018

Autos y Vistos;

Considerando:

1º) Que a fs. 17/57 Pablo Ezequiel Olivo y Lucrecia Ester Erique, en nombre propio y en representación de su hija Camila Leila Olivo -por entonces menor de edad-, deducen demanda contra la Provincia de Buenos Aires (Poder Ejecutivo Ministerio de Salud), el Estado Nacional (Poder Ejecutivo - Ministerio de Salud), el "Hospital de Alta Complejidad en Red El Cruce - Dr. Néstor Carlos Kirchner" y el Dr. Nicolás Bacaloni, a fin de obtener el pago de una indemnización por los daños y perjuicios derivados de la mala praxis médica en que habría incurrido el equipo de profesionales que le efectuó una intervención quirúrgica a su hija.

Asimismo, solicitan la declaración de inconstitucionalidad del art. 51 de la ley 12.008, Código Contencioso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires, (modificado por la ley 13.101), de modo subsidiario, y arts. 7 y 10 de la ley nacional 23.928, de Convertibilidad (modificados por el art. 40 de la ley 25.561).

También en forma subsidiaria pretenden que se declare la inconstitucionalidad de la ley nacional 26.944 de Responsabilidad del Estado, y de los arts. 1720, 1764 y 1765 del Código Civil y Comercial de la Nación, en cuanto prevén una eximente de responsabilidad civil, tanto para los profesionales de la salud que han intervenido en la operación de la menor, como de los Estados demandados.

LA INELUDIBLE TUTELA PREVENTIVA EN MATERIA DE DISCAPACIDAD

THE UNAVOIDABLE PREVENTIVE GUARDIANSHIP REGARDING DISABILITY

VALERIA DE LAS MERCEDES SOLA¹

RESUMEN:

En el siguiente artículo se analiza la causa "O.P.E. y otra c/ Buenos Aires, Provincia de y otros s/ daños y perjuicios", en la cual el día 11 de diciembre de 2018, la Corte Suprema de la Justicia de la Nación, si bien se declaró incompetente para entender en el caso en instancia originaria, hizo lugar -por mayoría de votos- a la medida cautelar innovativa consistente en la provisión de una silla de ruedas motorizada. Dicha medida fue solicitada en el marco de un reclamo de indemnización por daños y perjuicios derivados de una supuesta mala praxis donde se encontraba involucrada una persona con discapacidad.

¹ Abogada (UNC); Escribana (US21); Diplomada en Derecho Procesal Civil (UBP); Especialista en Derecho Tributario (UNC); Especializanda en Derecho Judicial y de Judicatura (UCC); Adscripta a la cátedra de Teoría General del Proceso (UNC); Adscripta a la materia Sip VI (UBP). Se desempeña como Prosecretaria Letrada del Boletín Judicial, área dependiente del Tribunal Superior de Justicia de la de la Provincia de Córdoba, con funciones de Coordinadora. Tutora civil del BJ. Mail: valeria_sola@hotmail.com - ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-8195-6471>.

2°) Que de conformidad con lo decidido por esta Corte en las causas "Barreto" (Fallos: 329:759) y "Castelucci" (Fallos: 332:1528), entre muchas otras, corresponde declarar la incompetencia del Tribunal para entender en el caso, ya que, por los fundamentos y conclusiones expuestos en esas oportunidades a los que corresponde remitir a fin de evitar repeticiones innecesarias, la causa no debe tramitar en la instancia prevista en el art. 117 de la Constitución Nacional.

3°) Que no es un óbice a lo expuesto el hecho de que se demande al Estado Nacional, ya que de conformidad con lo resuelto por esta Corte resulta inadmisibles la acumulación subjetiva de pretensiones contra estados que, en causas como la presente, únicamente están sometidos a sus propias jurisdicciones (cfr. causa "Mendoza", Fallos: 329:2316).

4°) Que en su mérito, la acción dirigida contra el Estado provincial deberá seguir su trámite ante la justicia local. A esos efectos, se remitirán fotocopias certificadas de estas actuaciones a la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, a fin de que decida lo concerniente al tribunal que entenderá en la causa, con arreglo a las disposiciones locales de aplicación (arg. Fallos: 323:3991, considerando 7°, y arg. causa CSJ 915/2016 (42-L)/CS1 "Ledezma, Juan Carlos y otros c/ Buenos Aires, Provincia de y otros s/ acción de amparo", pronunciamiento del 3 de julio de 2007).

5°) Que, asimismo, en relación a las restantes pretensiones efectuadas en autos, y con arreglo a lo decidido en Fallos: 294:25; 305:2001 y 307:852, este proceso deberá continuar su trámite ante la Justicia Nacional en lo Civil Y Comercial Federal (art. 116 de la Constitución Nacional).

6°) Que sin perjuicio de ello, las excepcionalísimas circunstancias que rodean al presente caso, habilitan que este Tribunal examine la medida cautelar solicitada a fs. 85/91 (art. 196, del código citado, cfr. causa CSJ 1690/2003 (39-P)/CS1 "Podestá, Leila Grisel c/ Buenos Aires, Provincia de y otro s/ acción de amparo", pronunciamiento del 18 de diciembre de 2003).

7°) Que, en ese sentido, esta Corte ha considerado a la medida cautelar innovativa como una decisión excep-

ABSTRACT:

The following article analyzes the cause "O.P.E. and another c / Buenos Aires, Province of and other s / damages and prejudices ", in which on December 11, 2018 the Supreme Court of Justice of the Nation, although it declared itself incompetent to understand in the case in instance originally, it took place - by majority vote - to the innovative precautionary measure consisting of the provision of a motorized wheelchair. This measure was requested in the context of a claim for compensation for damages arising from an alleged malpractice where a person with disabilities was involved.

Palabras Claves: Daños y perjuicios; Medida cautelar innovativa; Derecho a la salud; Personas con discapacidad; Tutela judicial efectiva.

Key Words: Damages; Innovative precautionary measure; Right to health; People with disabilities; Effective judicial protection.

I. Introducción

El derecho a la salud es un derecho personalísimo y fundamental que tiene toda persona por su condición de tal; y se encuentra reconocido en nuestra Constitución Nacional y en numerosos tratados internacionales con poseen idéntica jerarquía. Este reconocimiento normativo denota, por un lado, la importancia que tiene este derecho y, por el otro, su inescindible relación con el derecho a la vida.

cional porque altera el estado de hecho o de derecho existente al tiempo de su dictado, y que por configurar un anticipo de jurisdicción favorable respecto del fallo final de la causa, resulta justificada una mayor prudencia en la apreciación de los recaudos que hacen a su admisión (cfr. Fallos: 331:2889 y sus citas, entre otros).

8º) Que, asimismo, 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 (Fallos: 330:1261).

9º) 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 insita 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 (Fallos: 334:1691).

Que, en tales condiciones, corresponde acceder a la medida cautelar innovativa solicitada. En efecto, en el estrecho marco de conocimiento que ofrece el estudio de la cuestión, aparece con suficiente claridad que el mantenimiento de la situación padecida por la actora sin el correspondiente equipamiento ortopédico de ayuda motriz, podría generar, en las excepcionales y particulares circunstancias que se verifican en virtud de su condición, mayores daños, que deben ser evitados. Asimismo, el peligro en la demora aparece en forma objetiva en tanto la situación de discapacidad y la necesidad de cuidados que la peticionaria padece requiere el dictado de decisiones que resguarden los derechos por ella invocados hasta tanto exista la posibilidad de dirimir los puntos debatidos y de esclarecer los derechos que cada una de las partes aduce (cfr. Fallos: 320:1633 y 334:1691). Por ello y habiendo tenido intervención la Procuración General de la Nación, se resuelve: I.- Hacer lugar a la medida cautelar requerida y, en consecuencia, ordenar a los demandados que le provean a Camila Leila Olivo

En ese sentido, se ha señalado que “el derecho a la vida es el primer derecho natural de la persona humana preexistente a toda legislación positiva que resulta garantizado por la CN².

Por su parte, la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad, Ley 25.280, dispone que las personas con discapacidad tienen derecho a gozar del más alto nivel posible de salud sin discriminación por motivos de discapacidad (art. 25).

De ello se deriva que el derecho constitucional a la salud, asume una mayor dimensión cuando debe garantizarse y hacerse efectivo en un sujeto en condiciones de vulnerabilidad, particularmente, en el caso bajo estudio, una persona en situación de discapacidad. En consecuencia, los derechos comprometidos en el caso que nos convoca se encuentran inescindiblemente unidos con el derecho a la vida, pues todo ser humano tiene garantizado -al menos normativamente- el disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir su vida dignamente.

Partiendo de la importancia trascendental que tienen estos derechos fundamentales, y de la necesidad de herramientas que otorguen celeridad y seguridad jurídica para su protección, es que podemos vislumbrar la importancia que presenta la tutela preventiva en casos como el presente.

Así, la tutela judicial efectiva se presenta, como una herramienta para hacer efectiva la defensa de los derechos de las personas, en especial de las que se encuentran en condiciones de vulnerabilidad en razón de los mayores obstáculos que tienen que afrontar

2 CSJN en autos “Cisolotto, María del Carmen Baricalla de c/ Estado Nacional (Ministerio de Salud y Acción Social), resolución de fecha 27/01/1987. Fallo: 310:112, entre otros.

una silla de ruedas motorizada, de las características descriptas en la documentación agregada con la presentación de fs. 85/91, en el término de veinte días. A tal fin, practíquense las notificaciones respectivas; II. Declarar la incompetencia de esta Corte para conocer en el caso por vía de su jurisdicción originaria; III.- Remitir a la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires copias certificadas del expediente, a fin de que decida lo concerniente al tribunal que entenderá en la causa en lo que respecta a la responsabilidad que se atribuye a la Provincia de Buenos Aires; IV.- Remitir las presentes actuaciones a la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal para que efectúe el sorteo correspondiente. Notifíquese, comuníquese a la Procuración General de la Nación y confecciónense los oficios por Secretaría para cumplir con lo resuelto.

CSJ 467/2016

ORIGINARIO

Olivo, Pablo Ezequiel y otra c/ Buenos Aires,¹

Provincia de y otros s/ daños y perjuicios.

DICIDENCIA PARCIAL DEL SEÑOR PRESIDENTE DOCTOR DON CARLOS FERNANDO ROSENKRANTZ

Considerando:

Que el infrascripto coincide con los considerandos 1º a 5º del voto que encabeza el presente pronunciamiento. 60) Que el Tribunal carece de jurisdicción para pronunciarse sobre la medida cautelar solicitada. El art. 196, primer párrafo, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación establece que los jueces deben abstenerse de decretar medidas precautorias cuando el conocimiento de la causa no fuese de su competencia, situación que es el caso, dado que en esta misma resolución se declara que la causa no corresponde a la competencia originaria de la Corte Suprema.

.....
para acceder al proceso y hacer efectivos derechos tan fundamentales.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación valorando las excepcionálísimas circunstancias que el caso presentaba, recepta –a través de una cautelar innovativa– la tutela preventiva del daño en materia de derecho a la salud, y en ello reside la importancia de la resolución en análisis.

II. Reseña del caso

En el caso que nos involucra³, los actores por derecho propio y en representación de su hija menor de edad C.L.O, interpusieron demanda en contra de Provincia de Buenos Aires (Poder Ejecutivo Ministerio de Salud), el Estado Nacional (Poder Ejecutivo - Ministerio de Salud), el "Hospital de Alta Complejidad en Red El Cruce - Dr. Néstor Carlos Kirchner" y el Dr. Nicolás Bacaloni, a fin de obtener el pago de una indemnización por los daños y perjuicios derivados de la mala praxis médica en que habría incurrido el equipo de profesionales que le efectuó una intervención quirúrgica a su hija.

Invocaron a los fines de fundar su pretensión que, al llegar a la edad de 11 años la menor comenzó a padecer escoliosis idiopática juvenil, pero sin registrar ningún daño en la médula espinal. El 17/02/2014 fue derivada al Hospital de Alta Complejidad en Red El Cruce, donde fue intervenida quirúrgicamente, momento en el que, invocan, sufrió una lesión medular intraoperatoria que le habría ocasionado paraplejía y pérdida de sensibilidad con un nivel T9. En definitiva, indican que a raíz de la lesión generada en la operación sufre una paraplejía espástica, incontinencia fecal, incontinencia urinaria, pérdida

³ CSJN en autos "O.P.E. y otra c/ Buenos Aires, Provincia de y otros s/ daños y perjuicios", sentencia de fecha 11/12/2018.

La disposición legal citada responde al manifiesto propósito de evitar la posibilidad de que el interesado pueda seleccionar el tribunal que resolverá el pedido cautelar y sortear de esa manera al que resulte competente de acuerdo con el orden preestablecido por la ley, con severo compromiso del principio de imparcialidad que debe presidir el funcionamiento del sistema judicial en su totalidad, incluida la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Por lo demás, no se ha alegado ni probado que las afecciones crónicas en la salud de la solicitante, con toda su gravedad, puedan verse agravadas durante el breve tiempo que media entre esta declaración de incompetencia y el momento en que el tribunal competente estará en condiciones de examinar la procedencia de una medida cautelar anticipatoria y, llegado el caso, en cuál habrá de ser su alcance. Por esta razón, tampoco se ve configurada la excepcionalísima situación prevista en la segunda parte del ya citado art. 196 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

A los efectos de que la interesada pueda obtener sin dilaciones un pronunciamiento judicial sobre su pedido, las comunicaciones a los tribunales competentes deberán practicarse de manera inmediata.

Por ello y habiendo tenido intervención la Procuración General de la Nación, se resuelve: I.- Declarar la incompetencia de esta Corte para conocer en el caso por vía de su jurisdicción originaria; II.- Remitir a la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires copias certificadas del expediente, a fin de que decida lo concerniente al tribunal que entenderá en la causa en lo que respecta a la responsabilidad que se atribuye a la Provincia de Buenos Aires; III.- Remitir las presentes actuaciones a la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal para que efectúe el sorteo correspondiente. Notifíquese, comuníquese a la Procuración General de la Nación y confeccionense los oficios por Secretaría de conformidad con lo expuesto en el último párrafo del considerando 6°.

.....

de sensibilidad y pérdida de movilidad, por lo que ha quedado en condición de “persona discapacitada” y con “gran invalidez”.

Sobre la base de tales imputaciones, los actores solicitaron como tutela preventiva de daños, una medida cautelar innovativa con carácter urgente, que imponga a las demandadas el pago del equipamiento ortopédico de ayuda motriz consistente en una silla de ruedas motorizada.

La Corte Suprema de Justicia, sin entrar a analizar los argumentos esgrimidos por la actora, al valorar la plataforma fáctica de la causa entendió que no debía tramitar en la instancia prevista en el art. 117 de la CN. Aplicó lo dispuesto en la causa “Mendoza” donde dijo que es inadmisibles “la acumulación subjetiva de pretensiones contra Estados que, en causas como la presente, únicamente están sometidos a sus propias jurisdicciones⁴”. Seguidamente, dispuso que la acción dirigida contra el Estado provincial se sustanciará ante la justicia local, y a esos efectos mandó a remitir fotocopias certificadas de las actuaciones a la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, a fin de zanjar el tribunal que deberá entender en la causa. Al mismo tiempo, y en relación a las restantes pretensiones, estableció la competencia de la Justicia Nacional en lo Civil y Comercial Federal, de conformidad con el art. 116 de la CN, lo cual generó la consecuente derivación del trámite.

Sin embargo, el alto tribunal contemplando las excepcionalísimas circunstancias que rodeaban el caso, examinó la cautelar requerida y –por mayoría– hizo lugar a la medida solicitada y ordenó a los demandados el cumplimiento de la manda impuesta.

⁴ CSJN en autos “Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/daños y perjuicios (daños derivados del contaminación ambiental del Río Matanza - Riachuelo)” de fecha 20/6/2006. Fallos 329:2316.

DICIDENCIA PARCIAL DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON HORACIO ROSATTI

Considerando:

1º) Que a fs. 17/57 Pablo Ezequiel Olivo y Lucrecia Ester Enrique, en nombre propio y en representación de Camila Leila Olivo -por entonces menor de edad-, deducen demanda contra la Provincia de Buenos Aires (Poder Ejecutivo - Ministerio de Salud), el Estado Nacional (Poder Ejecutivo - Ministerio de Salud), el "Hospital de Alta Complejidad en Red El Cruce - Dr. Néstor Carlos Kirchner" y el Dr. Nicolás Bacaloni, a fin de obtener el pago de una indemnización por los daños y perjuicios derivados de la mala praxis médica en que habría incurrido el equipo de profesionales que le efectuó una intervención quirúrgica a su hija.

Para fundar su pretensión, los demandantes sostienen que, al llegar a la edad de 11 años, Camila Leila Olivo comenzó a padecer escoliosis idiopática juvenil, si bien no registraba ningún daño, lesión o alteración de la médula espinal. En fecha 17/02/2014 fue derivada al Hospital de Alta Complejidad en Red El Cruce, donde fue intervenida quirúrgicamente, momento en el que, invocan, sufrió una lesión medular intraoperatoria que le habría ocasionado paraplejía y pérdida de sensibilidad con un nivel T9. En síntesis, sostienen que a raíz de la lesión generada en la operación sufre una paraplejía espástica, incontinencia fecal, incontinencia urinaria, pérdida de sensibilidad y pérdida de movilidad, por lo que ha quedado en condición de persona discapacitada y con gran invalidez.

Sobre esa base, invocan responsabilidad profesional del equipo médico a cargo de la intervención quirúrgica, responsabilidad directa de la entidad asistencial demandada (Hospital de Alta Complejidad en Red El Cruce, Dr. Néstor Carlos Kirchner) y responsabilidad civil de los Estados Provincial y Nacional demandados.

Asimismo, solicitan la declaración de inconstitucionalidad de los arts. 51 de la ley 12.008, Código Contencioso

.....

Por otra parte, y sin desmerito de lo dispuesto por la mayoría, resulta interesante el voto en disidencia parcial del Dr. Horacio Rosatti, ya que con un criterio progresista atendió específicamente la condición de discapacitada de quien se presentó como damnificada. Consideró que "la conexidad objetiva de las pretensiones deducidas, permitían concluir que en el sub examine se verificaban motivos de raigambre constitucional suficientes para que este Tribunal se aparte de su jurisprudencia que señala que "la acumulación subjetiva de pretensiones resulta inadmisibles si las partes demandadas no son aforadas en forma autónoma a la instancia originaria de la Corte"⁵.

En tanto que el Dr. Fernando Rosenkrantz, también en disidencia parcial, postulo el rechazo de la cautelar, fundando su voto en que los jueces deben abstenerse de decretar medidas precautorias cuando el conocimiento de la causa no fuese de su competencia. Esta postura tiene como finalidad evitar la posibilidad de que el interesado pueda seleccionar el tribunal que resolverá la medida que se peticiona.

III. Los derechos involucrados en el análisis de la cautelar innominada: Reconocimiento normativo

En el decisorio bajo análisis, la Corte Suprema de Justicia ordena a las demandadas que suministren a la persona con discapacidad el correspondiente equipo ortopédico de ayuda motriz, el cual consiste, específicamente, en la provisión de una silla de ruedas motorizada. De la valoración efectuada por el tribunal al analizar la medida cautelar peticionada, quedan evidenciados los derechos constitucionales implicados en la cuestión:

⁵ Fallos 329:2316 y otros.

Administrativo de la Provincia de Buenos Aires (modificado por la ley 13.101) y, de modo subsidiario, de los arts. 7 y 10 de la ley nacional 23.928, de Convertibilidad (modificados por el art. 40 de la ley 25.561).

En forma subsidiaria pretenden que se declare la inconstitucionalidad de la ley nacional 26.944 de Responsabilidad del Estado, y de los arts. 1720, 1764 y 1765 del Código Civil y Comercial de la Nación, en cuanto prevén una eximente de responsabilidad civil tanto para los profesionales de la salud que han intervenido en la operación de la menor, como de los Estados demandados.

Por último, estando la causa a resolver de este Tribunal, a fs. 85/91 la actora solicita se dicte, como tutela preventiva de daños, una medida cautelar innovativa, con carácter urgente, imponiendo a las demandadas el pago del Equipamiento Ortopédico de ayuda motriz consistente en una silla de ruedas motorizada. Basa su pretensión cautelar en su condición de discapacitada por padecimiento de una paraplejía espástica que atribuye a la intervención quirúrgica a la que fue sometida en fecha 12 de septiembre de 2014, cuya verosimilitud manifiesta acreditar mediante la EPICRISIS que, como prueba documental, adjuntara a la demanda. Fundamenta su petición en los términos de los arts. 1710 y 1711 del Código Civil y Comercial de la Nación y la jurisprudencia de este Tribunal adoptada en "Camacho Acosta" (Fallos: 320:1633) y "Pardo" (Fallos: 334:1691).

2º) Que las particulares circunstancias que rodean al presente caso y, específicamente, la condición de discapacitada de quien se presenta como damnificada, así como la conexidad objetiva de las pretensiones deducidas, permiten concluir que en el sub examine se verifican motivos de raigambre constitucional suficientes para que este Tribunal se aparte de su jurisprudencia conforme a la cual la acumulación subjetiva de pretensiones resulta inadmisibles si las partes demandadas no son aforadas en forma autónoma a la instancia originaria de la Corte (Fallos: 329:2316 y otros).

la "salud" y la "dignidad de la persona con discapacidad".

En relación a la garantía normativa de protección de los mencionados derechos, nuestro máximo Tribunal ha señalado "que la vida de los individuos y su protección -en especial el derecho a la salud- constituye un bien fundamental en sí mismo que, a su vez, resulta imprescindible para el ejercicio de la autonomía personal. El derecho a la vida, más que un derecho no enumerado en los términos del art. 33 de la ley fundamental, es un "derecho implícito", ya que el ejercicio de los derechos reconocidos expresamente requiere necesariamente de él y, a su vez, el derecho a la salud -especialmente cuando se trata de enfermedades graves- está íntimamente relacionado con el primero y con el principio de autonomía personal⁶.

En consecuencia, los derechos comprometidos en el caso que nos convoca se encuentran inescindiblemente unidos con el derecho a la vida, pues todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir su vida dignamente.

Al mismo tiempo, el derecho a la salud encuentra reconocimiento normativo en diversos tratados internacionales que tienen jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22 de la CN), entre ellos, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. 11); Declaración Universal de los Derechos Humanos (art. 25); Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 12, ap. 1); Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (art. 12); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 6, inc. 1). En suma, todos estos tratados están destinados a proteger la vida, la salud y la dignidad de la persona discapacitada.

6 CS, 18/12/2003, "Asociación de Esclerosis Múltiple de Salta c. Ministerio de Salud", DJ 2004-2-173, LA LEY 2004-D-30.

3°) Que, en el orden constitucional argentino, la reforma introducida en 1994 dio un nuevo impulso al desarrollo del principio de igualdad sustancial, mediante la adopción de discriminaciones inversas para el logro de una tutela efectiva de colectivos de personas en situación de vulnerabilidad. El art. 75, inc. 23 ha dotado a las personas con discapacidad con preferente tutela, al disponer que corresponde al Congreso Nacional "legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad".

En ese marco, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, instrumento con jerarquía constitucional conforme el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, refiere a su derecho de acceso a la justicia, y enfatiza que "los Estados Partes asegurarán que las personas con discapacidad tengan acceso a la justicia en igualdad de condiciones con las demás, incluso mediante ajustes de procedimiento y adecuados a la edad, para facilitar el desempeño de las funciones efectivas de esas personas como participantes directos e indirectos, incluida la declaración como testigos, en todos los procedimientos judiciales, con inclusión de la etapa de investigación y otras etapas preliminares" (art. 13 inc. 1).

Por su parte, con relación a la amplitud de este derecho, esta Corte ha expresado que "el derecho de ocurrir ante un órgano judicial en procura de justicia, consagrado en el artículo 18 de la Constitución Nacional, requiere que la tutela judicial de los derechos en cuestión resulte efectiva; esto es, que sea oportuna y posea virtualidad de resolver definitivamente la cuestión sometida a su conocimiento, tal como lo reconocen los tratados internacionales con jerarquía constitucional a partir de 1994 (artículo 75, inciso 22) entre los cuales cabe citar a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículos 8 y 25.2 a) y al Pacto Internacional de

.....

Por otro costado, y en procura de la consecución de los fines señalados, el art. 75 inc. 23 de la CN establece entre las atribuciones del Congreso, legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución Nacional y por los tratados internacionales vigentes sobre los derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las "personas con discapacidad". En efecto, con la incorporación de los mencionados tratados internacionales se ha definido en mayor medida la obligación que tiene el Estado de asumir acciones positivas destinadas a la preservación de la salud como sustento del principio de la dignidad inherente a la persona humana.

En consonancia con lo señalado, debemos mencionar que la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, Ley 25.280, dispone que las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás (art. 1, párrafo 2°).

La nombrada Convención tiene como propósito: "promover, proteger y asegurar el goce pleno y en *condiciones de igualdad* de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las *personas con discapacidad*, y *promover el respeto de su dignidad inherente*". Este objetivo que se pretende alcanzar se vislumbra, además, del art. 25 que prescribe "las personas con discapacidad tienen derecho a gozar del más alto nivel posible de salud sin discriminación por motivos de discapacidad".

En el caso que motiva nuestro análisis, la actora es una persona con discapacidad motriz que requiere una silla de ruedas motorizada que le permita movilizarse en forma inde-

Derechos Civiles y Políticos (artículo 14.1)" (Fallos: 339:740). Asimismo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha enfatizado que el debido acceso a la justicia juega un rol fundamental para enfrentar las diversas formas de discriminación padecidas por las personas con discapacidad (CorteIDH, "Furlán y Familiares vs. Argentina", sentencia del 31 de agosto de 2012, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, serie C, nro. 246, párr. 135 y ss.). Específicamente, en el caso citado consideró "relevante recordar que el ... proceso civil por daños y perjuicios involucraba un menor de edad, y posteriormente un adulto, en condición de discapacidad, lo cual implicaba una obligación reforzada de respeto y garantía de sus derechos"

(párr. 201). Así, señaló que "en casos de personas vulnerables, como lo es una persona con discapacidad, es imperante tomar las medidas pertinentes, como por ejemplo la priorización en la atención y resolución del procedimiento por parte de las autoridades a su cargo, con el fin de evitar retrasos en la tramitación de los procesos, de manera que se garantice la pronta resolución y ejecución de los mismos" (párr. 196).

En ese marco, así como esta Corte resolvió la inconstitucionalidad de la ampliación de su competencia apelada ordinaria en miras a la tutela judicial efectiva de un colectivo sujeto de preferente tutela constitucional (Fallos: 328:566), tales principios exigen, en el presente, una interpretación armónica entre el art. 75 inc. 23 y el 117 de la Constitución Nacional.

En síntesis, los argumentos desarrollados en el presente considerando son de aplicación en el sub examine, por cuanto no cabe imponer a la persona con discapacidad una mayor mortificación que la que su propio estado le ocasiona (ver causa CCF 12922/2006/CA2/CS1 "S., J. L. c/ Comisión Nac. Asesora para la Int. de Personas Discapac. y otro s/ amparo", pronunciamiento de fecha 5 de diciembre de 2017, disidencia del juez Rosatti), compeliéndola a acudir a procedimientos jurisdiccionales distintos ante diversos tribunales sobre el mismo hecho, máxime cuando tal desdoblamiento en el tratamiento de una causa representa un despido de fondos

pendiente. En consecuencia, tiene derecho a que se le reconozca -al igual que todas las demás personas- su derecho a la salud y a la dignidad sin ningún tipo de discriminación.

IV. Derechos involucrados en el análisis de la acción de daños y perjuicios: Acceso a la justicia

Respecto de la acción de daños y perjuicios deducida por los actores, en el caso analizado, la Corte Suprema de Justicia resolvió conforme lo ya decidido en varios precedentes⁷. De este modo, sin entrar a analizar los argumentos esgrimidos por los peticionantes, se declaró incompetente para entender en la causa (art. 117 de la CN). En esta dirección, sostuvo que "no era óbice para ello, el hecho de que se demande al Estado Nacional, ya que de conformidad con lo resuelto por esta Corte resulta inadmisibles la acumulación subjetiva de pretensiones contra estados que, en causas como la presente, únicamente están sometidos a sus propias jurisdicciones"⁸.

Sin embargo, más allá de lo resuelto por la mayoría, resulta novedoso el voto de la disidencia parcial del Dr. Rosatti, quién con un criterio progresista de los derechos de las personas en condiciones de vulnerabilidad, resalta la necesidad de garantizar el acceso a la justicia de las personas con discapacidad como un derecho esencial que -también- debe ser reconocido.

Por este motivo, el magistrado teniendo en cuenta las circunstancias que rodeaban el

7 CSJN en autos "Barreto, Alberto Damián y otra c/ Buenos Aires, Provincia de y otro s/ daños y perjuicios" de fecha 21/6/2006 (Fallos 329:759); CSJN en autos "Castelucci, Oscar Jorge y otra c/ Buenos aires, Provincia de y otros s/daños y perjuicios", de fecha 23/6/2009 (Fallos: 332:1528).

8 Cfr. Fallos 329:2316.

y recursos humanos, a la par de la potencial existencia de pronunciamientos contradictorios.

40) Que, por su parte, las razones de conexidad de las pretensiones deducidas por los actores resultan evidentes en el caso si se tiene en cuenta que sus elementos objetivos son los mismos: esto es, el daño generado en la intervención quirúrgica a la que fue sometida la actora.

En el marco de lo expuesto, toma especial predicamento el criterio del Tribunal conforme al cual la acumulación se puede admitir cuando se evidencia la posibilidad de fallos contradictorios y el consiguiente escándalo jurídico que originaría el tratamiento autónomo de pretensiones que se encuentran vinculadas por la causa o por el objeto (Fallos: 322:2023, considerando 5°; causa CSJ 903/2010 (46-S)/CS1 "San Luis, Provincia de c/ Estado Nacional", sentencia de fecha 18 de noviembre de 2014, causa CSJ 1173/2005 (41-P)/CS1 "Panontín, Jorge c/ Santiago del Estero, Provincia de y otro s/ daños y perjuicios", pronunciamiento del 27 de diciembre de 2005). 5°) Que, en consecuencia, los argumentos expuestos en los considerandos anteriores son suficientes para que este Tribunal se aparte en el presente caso de su jurisprudencia conforme a la cual es inadmisibles la acumulación subjetiva de pretensiones contra estados que únicamente están sometidos a sus propias jurisdicciones (conf. causa "Mendoza", Fallos: 329: 2316).

Ahora bien, en virtud de la composición del litisconsorcio pasivo generado en el marco de la acumulación de pretensiones señalada, y ante la naturaleza prorrogable de la competencia en razón de la persona (Fallos: 315:2157; 321:2170; 329:218; 332:1430, entre otros) y la particular relevancia que en este caso corresponde reconocer al acceso a justicia de la actora en virtud de su condición, se estima prematuro pronunciarse en el presente estadio procesal sobre la competencia, debiendo continuar la causa según su estado, a sus efectos.

6°) Que, finalmente, con relación a la pretensión cautelar deducida por la actora, cabe en principio recordar

.....

caso, la conexidad objetiva de las pretensiones y, específicamente, la condición de discapacitada de quien se presentó como damnificada, concluyo que en el caso se verificaban motivos de raigambre constitucional suficientes para que el Tribunal se apartara de la jurisprudencia conforme a la cual "la acumulación subjetiva de pretensiones resulta inadmisibles si las partes demandadas no son aforadas en forma autónoma a la instancia originaria de la Corte"⁹.

Para decidir en tal sentido, señaló que no cabe imponer a la persona con discapacidad una mayor mortificación que la que su propio estado le ocasiona¹⁰, compeliéndola a acudir a procedimientos jurisdiccionales distintos ante diversos tribunales sobre el mismo hecho, máxime cuando tal desdoblamiento en el tratamiento de una causa representa un dispendio de fondos y recursos humanos, a la par de la potencial existencia de pronunciamientos contradictorios.

Además, precisó que el art. 75 inc. 23 de la CN ha dotado a las personas con discapacidad con "preferente tutela", pues ha impuesto al imponer al Congreso Nacional la obligación de legislar medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos no solo en la Constitución Nacional sino también por los tratados internacionales de derechos humanos, en particular respecto de personas con discapacidad.

Refirió también que la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapaci-

⁹ Cf. Fallos 329:2316 y otros.

¹⁰ CSJN, en autos "S., J. L. c/ Comisión Nac. Asesora para la Int. de Personas Discapac. y otro s/ amparo", sentencia de fecha 5/12/2017, disidencia del juez Rosatti.

que es de la esencia de estos institutos procesales de índole 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, por- que dichas medidas precautorias se encuentran enderezadas a evitar la producción de situaciones que podrían tornarse de muy dificultosa o imposible reparación en la oportunidad del dictado de la sentencia definitiva (Fallos: 326:3210 y disidencia de los jueces Maqueda y Rosatti en Fallos: 341:169).

En ese marco, si bien esta Corte ha considerado a la medida cautelar innovativa como una decisión excepcional, por configurar un anticipo de jurisdicción favorable respecto del fallo final de la causa (conf. Fallos: 316:1833 y 319:1069), las ha acogido cuando existen fundamentos de hecho y de derecho que exigen una evaluación del peligro de permanencia en la situación actual, a fin de habilitar una resolución que concilie -según el grado de verosimilitud- los intereses en juego (Fallos: 326:3210 y disidencia de los jueces Maqueda y Rosatti en Fallos: 341:169).

Tal situación se verifica en los presentes, por lo que corresponde hacer lugar a la medida cautelar innovativa solicitada. En efecto, en el estrecho marco de conocimiento que ofrece el estudio de la cuestión, aparece con suficiente claridad que el mantenimiento de la situación padecida por la actora sin el correspondiente equipamiento ortopédico de ayuda motriz podría generar, en las excepcionales y particulares circunstancias que se verifican en virtud de su condición, mayores daños, que deben ser evitados. Asimismo, el peligro en la demora aparece en forma objetiva en tanto la situación de discapacidad y la necesidad de cuidados que la peticionante padece requiere el dictado de decisiones que resguarden los derechos por ella invocados hasta tanto exista la posibilidad de dirimir los puntos debatidos y de esclarecer los derechos que cada una de las partes aduce.

Por ello, SE RESUELVE:

.....

dad¹¹ alude a la obligación que pesa sobre los Estados de asegurar a las personas con discapacidad el acceso a la justicia en iguales condiciones que a las demás personas (art. 13 inc. 1).

Por último, mencionó que la Corte interamericana de Derechos Humanos ha enfatizado que el debido acceso a la justicia juega un rol fundamental para enfrentar las diversas formas de discriminación padecidas por las personas con discapacidad¹².

V. La tutela judicial efectiva en materia de salud

A partir de lo reseñado, vemos que el Estado resulta ser el principal obligado a garantizar el derecho a preservar la salud, la dignidad e incluso el acceso a la justicia de todas las personas y, especialmente, de los sujetos más vulnerables¹³.

En búsqueda de ese fin, el Estado debe brindar una “tutela judicial efectiva” para que los enunciados normativos, que procuran el reconocimiento y protección de tales derechos, no sean solo una mera expresión formal de declaración de derechos. De ahí la necesidad de que el justiciable cuente con las vías procesales que le permitan obtener una respuesta rápida y efectiva para prevenir o mitigar los derechos que se encuentren vulnerados.

Indiscutiblemente, cuando se encuentran involucrados -como en el caso bajo estudio-

11 Instrumento que posee jerarquía constitucional conforme el art. 75 inc. 22 de la CN.

12 CorteIDH, “Furlan y Familiares vs. Argentina”, sent. del 31/8/2012, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, n.º. 246, párr. 135 y ss.

13 La Corte Interamericana de Derechos Humanos en autos “Furlan, Sebastián y Familiares c. Argentina” del 31/8/2012, sostuvo que... “Toda persona que se encuentre en una situación de vulnerabilidad es titular de una protección especial...”.

I. Correr traslado de la demanda interpuesta, la que se sustanciará por la vía del proceso ordinario, a la Provincia de Buenos Aires, al Estado Nacional y al Hospital de Alta Complejidad en Red El Cruce, por el plazo de sesenta días (arts. 338 y concs., Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Para su comunicación a la señora Gobernadora y al señor Fiscal de Estado, líbrese oficio al señor juez federal en turno de la ciudad de La Plata. Asimismo, líbrense sendos oficios al Ministerio de Salud y Desarrollo Social de la Nación y al señor Presidente del Consejo de Administración del Hospital El Cruce. Con relación al codemandado Nicolás Bacaloni el plazo conferido para la contestación del traslado será de quince días. Para su notificación por cédula, líbrese oficio al señor juez federal de Quilmes. II. Hacer lugar a la medida cautelar innovativa solicitada a fs. 85/91. Notifíquese en la persona de la señora Gobernadora de la Provincia de Buenos Aires, de la señora Ministra de Salud y Desarrollo Social y del Presidente del Consejo de Administración del Hospital El Cruce. Notifíquese y comuníquese a la Procuración General de la Nación.

HORACIO ROSATTI

Profesionales intervinientes:

Parte actora: Pablo Ezequiel Olivo, Lucrecia Ester Enrique y Camila Leila Olivo.

Letrados patrocinantes: Dres. Ernesto Rodolfo Azorin y Daniel Sergio Sala.

Parte demandada: Provincia de Buenos Aires, Estado Nacional, Hospital de Alta

Complejidad en Red El Cruce Dr. Néstor Carlos Kirchner y Dr. Nicolás Bacaloni (no presentados en autos).

Para acceder al dictamen de la Procuración General de la Nación ingrese a:

<http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumento.html?idAnalisis=749552&interno=1>

derechos tan fundamentales, como los son el derecho a la salud, a la dignidad y al acceso a la justicia de las personas con discapacidad, el factor tiempo resulta de trascendental importancia para la real efectivización de tales derechos.

A continuación vislumbraremos la eficiente forma utilizada por nuestro máximo Tribunal para hacer efectiva la tutela judicial -de algunos- de los derechos comprometidos en la cuestión.

1. El despacho de la tutela cautelar anticipada

Es necesario en primer lugar, brindar una definición de medida cautelar innominada. En este sentido, la Dra. Claudia Zalazar indica que “es aquella que tiende a alterar el estado de hecho existente antes de la petición de su dictado. Es decir que la misma, efectivamente altera la situación imperante y en otros casos va más allá “creando” una situación nueva o distinta a la existente”¹⁴.

El caso bajo estudio, se trató -justamente- de un pedido de cautelar innominada configurativa de “tutela anticipada parcial”, por quién invocó y acreditó la calidad de persona discapacitada.

Pero, cabe precisar a tal fin que “...las medidas cautelares como la que aquí nos ocupa cumplen la función de significar un anticipo asegurativo de la garantía jurisdiccional, para impedir que el derecho cuyo reconocimiento se pretende obtener por medio del proceso pierda virtualidad o eficacia hasta el pronunciamiento de la sentencia definitiva...”¹⁵.

14 Zalazar, Claudia E. “Guía práctica para el ejercicio del derecho: Civil y Comercial”, Tomo I, año 2011, Ed. Advocatus.

15 CNCiv., Sala A, 12/1/00, JA, fasc. n°. 6176, pág. 73 citado por Pablo Oscar Gallegos Fedriani en “Derecho Procesal Administrativo, Tomo I, pág. 730, Ed. Hammurabi SRL, Bs. As., año 2004

Al respecto, prestigiosa doctrina ha señalado que “la referida tutela anticipada se motORIZA mediante el despacho de una cautelar innovativa a la que se le reconoce idoneidad para adelantar –siempre y cuando concurren plurales y exigentes recaudos–, la satisfacción de lo pretendido por la actora sin que ésta todavía hubiera obtenido una cosa juzgada favorable”¹⁶.

En consecuencia, podemos decir que existe una íntima conexión entre el “proceso cautelar” y “la tutela anticipada”, ya que, como se puede verificar en el caso, esta última se canalizó y se hizo efectiva, a través de una medida cautelar innovativa.

Por otro lado, sabido es que la tutela anticipada ha sido autorizada en el célebre caso “Camacho Acosta”¹⁷, donde se resaltó la necesidad de extremar los recaudos al valor la procedencia de la medida cautelar innominada. Así, la Corte precisó que es “una decisión excepcional”¹⁸ porque altera el estado de hecho o de derecho existente al tiempo de su dictado, y es configurativa de un anticipo de jurisdicción favorable respecto del fallo final de la causa¹⁹.

Asimismo, puso de relieve que el anticipo de jurisdicción que le incumbe a los tribunales al examinar ese tipo de medidas cautelares, jamás importa una decisión definitiva sobre la pretensión concreta del demandante pero sí lleva ínsita una evaluación del peligro de permanencia en la situación actual que padece. En otras palabras, el otorgamiento del despacho cautelar requerido, en nada empece al fondo de la cuestión, cuya consideración en su totalidad solo podrá ser efectuada, una vez concluido con el proceso en su totalidad.

Ahora bien, en el caso analizado, el máximo tribunal entendió que frente a la situación de discapacidad padecida por la actora, la no concesión del correspondiente equipamiento ortopédico de ayuda motriz, hasta el dictado de la sentencia definitiva, podría ocasionarle mayores daños a los ya soportados.

En este sentido, comparto lo resuelto por la CSJN al conceder a la parte actora, el equipo ortopédico necesario para que la persona con discapacidad pueda movilizarse -en forma independiente- a través de una silla de ruedas motorizada. Lo cual implica, por un lado, garantizar la realización del principio de autonomía personal, y por el otro, el reconocimiento del derecho a la salud y la dignidad sin discriminación.

Ahora bien, y siguiendo con el análisis de la admisión de la medida cautelar, vemos cuales fueron recaudos que tuvo en cuenta el máximo tribunal para proveer su despacho de manera favorable a la peticionante.

2. Recaudos de procedencia del despacho cautelar anticipado

Para conceder la medida cautelar innovativa solicitada, la CSJN consideró que se encontraban configurados dos requisitos esenciales: la verosimilitud del derecho y el peligro en la demora.

a) Verosimilitud del derecho

Destacada jurisprudencia ha resultado “estando en juego derechos humanos fundamentales tales como el derecho a la vida y a la integridad física, la verosimilitud del derecho,

16 Peyrano, Jorge W., “Tendencias pretorianas en materia cautelar” en Peyrano, Jorge W. (Director), *Medidas Cautelares*, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2010, T. I, pág. 68.

17 CSJN en autos “Camacho Acosta, Maximino c/ Gráfico Graf SRL y otros” de fecha 7/8/1997. Fallos 320:1633.

18 Refuerza el criterio de excepcionalidad en la procedencia de esta medida, al sostener que “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” (Fallos: 330:1261).

19 CSJN en autos “Obra Social Para La Actividad Docente (O.S.P. L.A.D.) C/ Buenos Aires, Provincia De S/Acción Declarativa De Inconstitucionalidad” de fecha 22/12/2008, Fallos: 331:2889, entre otros.

como requisito de la medida cautelar, se refiere a la posibilidad de que el derecho exista y no a una incontestable realidad que sólo se logrará al agotarse el trámite procesal del juicio respectivo. El análisis e interpretación de la pretensión debe ser flexible, en tanto no se trata de una cuestión crematística o patrimonial”²⁰.

Es decir, si bien estamos ante una medida cautelar de carácter excepcional -lo cual obliga al juez a ser más riguroso al analizar los requisitos de su procedencia- no debe perderse de vista que, en casos como el presente en donde el objeto último de la acción está dirigido a la protección de la salud de una persona con discapacidad, esa exigencia debe ser menos rigurosa que en otros, dadas las consecuencias dañosas que podría traer aparejada la demora en satisfacer la prestación como la que en el caso se reclama. Esto implica, también, que el juez deba ponderar el eventual perjuicio que podría generar para la persona con discapacidad la espera sin el correspondiente equipo ortopédico hasta el dictado de la sentencia definitiva.

Así lo resolvió el alto cuerpo al señalar que “...en el estrecho marco de conocimiento que ofrece el estudio de la cuestión, aparece con suficiente claridad que el mantenimiento de la situación padecida por la actora sin el correspondiente equipamiento ortopédico de ayuda motriz podría generar, en las excepcionales y particulares circunstancias que se verifican en virtud de su condición, mayores daños, que deben ser evitados”.

b) Peligro en la demora

Respecto de este requisito, se ha señalado que se trata en realidad, del “periculum in damni”, esto es, que con la demora se provoque o acentúe un daño²¹.

Sin embargo, entiendo que la naturaleza misma de los derechos involucrados -y que fueran relacionados precedentemente-, sumado a la trascendencia del aparato ortopédico para el mejor desarrollo de la persona con discapacidad en su ámbito familiar y social, y la demora que insumiría el desarrollo integral del proceso, constituían fundamento suficiente para que el tribunal tuviera por acreditado tal recaudo.

La CSJN en el caso preciso que “...el peligro en la demora aparece en forma objetiva en tanto la situación de discapacidad y la necesidad de cuidados que la peticionaria padece requiere el dictado de decisiones que resguarden los derechos por ella invocados hasta tanto exista la posibilidad de dirimir los puntos debatidos y de esclarecer los derechos que cada una de las partes aduce”²².

Considero que este requisito, debe ser considerado con suma cautela en cada caso planteado, ya que se encuentra inescindiblemente unido a la posibilidad de reparación del daño causado. Por ello, entiendo que el anticipo de jurisdicción -en la mayoría de los casos- se agota en los supuestos en que la salud y por ende la vida, se encuentren en peligro cierto e inminente de ser vulnerados.

Conclusiones

De un estudio integral del resolutorio en análisis, surge que la persona con discapacidad se encontraba en situación de perjuicio irreparable si no se arbitraba la cautelar anticipatoria que ordenará la provisión del correspondiente equipo ortopédico. Con el fin de proteger su salud y su dignidad, el tribunal tuvo especialmente en mira su situación de “discapacidad” y “la necesidad de cuidados especiales” que la persona en la práctica demandaba.

20 CNFed. Civ. y Com., Sala III, 28/8/2008, “Stegman, Brian Gunther Oscar c/ Dirección de Ayuda Social para el Congreso de la Nación”, DJ, 2003-3-1181.

21 Cámara Civil y Comercial de 4ta. Nominación, “P.B., G. T. C. Swiss Medical Groop - Amparo”, sentencia n°. 157, de fecha 21/5/2019.

22 Cfr. Fallos 320:1633.

Por todo ello, entiendo que la sentencia analizada efectúa un gran aporte a la jurisprudencia, al reforzar la admisión de la tutela preventiva en materia de derecho a la salud de las personas en condiciones de vulnerabilidad.

De este modo, celebro y comparto la forma en que la Corte, ponderando esencialmente los intereses que se encontraban implicados, recepta la tutela anticipada como herramienta –necesaria y esencial– de prevención de mayores daños a los ya padecidos por la persona con discapacidad.

En otras palabras, el tribunal optó por la tutela judicial efectiva del derecho a la salud y la dignidad de la persona discapacitada, ya que el adelanto de jurisdicción en él caso tuvo como fin remediar el agravio padecido por la actora. Especialmente tuvo en cuenta que se trataba de una persona que había padecido graves daños en virtud de una supuesta mala praxis que le habría ocasionado su condición de discapacitada.

Así se pregona que “nuestros jueces deben hacer uso de estos medios a fin de conjurar rápidamente verdaderas situaciones de injusticia que, de tener que mantenerse durante el transcurso de un litigio, harían mucho más gravosa la situación de una de las partes, y eventualmente, volverían ilusoria la sentencia definitiva que debiera dictarse”²³.

Por otro lado, comparto lo dispuesto por la disidencia parcial del Dr. Rosatti al fundamentar su voto en la decisión comentada, pues con un criterio progresista de los derechos de las personas en condiciones de vulnerabilidad, resaltó la necesidad de garantizar el acceso a la justicia de las personas con discapacidad como un derecho esencial que –también– debe ser reconocido.

De esta forma, el juez deja abierto el debate para que en futuros pronunciamientos se replantee la posibilidad de que las personas en condiciones de vulnerabilidad, puedan acceder a un único tribunal para reclamar todo lo relativo al mismo hecho padecido, lo cual evitaría –entre otras cuestiones– una mayor mortificación que la que su propio estado ya le ocasiona.

Situándonos en este marco, se concluye que la sentencia analizada, aporta elementos significativos que nos permiten sostener que el fallo es un ejemplo de resolución que dicen más que otras o que tiene un mayor alcance. Ello en cuanto, el resolutorio tuvo especialmente en mira, por un lado, brindar al justiciable –persona con discapacidad– una respuesta rápida y efectiva que reconociera los derechos que se encontraban vulnerados –salud y dignidad–y, por el otro, prevenir o mitigar el daño irreparable que hubiera podido originar el paso del tiempo hasta el dictado de la resolución definitiva de la causa.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARAZI, Roland (2016): “Hacia un nuevo Código Procesal Civil y Comercial”, en La Ley Online, Cita Online: AR/DOC/2924/2016.
- BARACAT, Edgar J. (2015): “Herramientas procesales para la prevención del daño en el nuevo Código Civil y Comercial”, en La Ley Online, Cita Online: AR/DOC/2143/2015.
- BERIZONCE, Roberto O. (2019): “Retardo de justicia. ¿Un mal que puede ser mitigado?”, en La Ley Online, Cita Online: AR/DOC/761/2019.

²³ Pezza, Mariela, “Reflexiones sobre el caso “Olivo” de la Corte Suprema”, en La Ley Online, Cita Online: AR/DOC/939/2019, pág. 2.

- GALDÓS, Jorge M. (2017): "Responsabilidad civil preventiva. Aspectos sustanciales y procesales", en La Ley Online, Cita Online: AR/DOC/2479/2017
- MARTÍ DE MINUTELLA, Estela R. (2019): "Bibliografías y Comentarios", en RDLSS 2019-4, Cita Online: AR/DOC/1066/2019.
- PEYRANO, Jorge W., (2001): "El perfil deseable del juez civil del siglo XXI" en JA, 2001-IV-863.
- PEYRANO, Jorge W. (2004): "La acción preventiva", Bs. As., Editorial LexisNexis – AbeledoPerrot.
- PEYRANO, Jorge W. (2018): "Acerca de la autonomía de la tutela anticipada de urgencia", Bs. As., Editorial LexisNexis – AbeledoPerrot.
- PEYRANO, Jorge W., (2010) "Tendencias pretorianas en materia cautelar" en Peyrano, Jorge W. (Director), Medidas Cautelares, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, T. I.
- PEYRANO, Jorge W., (2018): "Lo urgente y lo cautelar: diferencias y coincidencias", en SJA 13/2/2019, 3. JA 2019-I,3, Cita online: AR/DOC/3760/2018.
- PEZZA, Mariela (2019): "Reflexiones sobre el caso "Olivo" de la Corte Suprema", en La Ley Online, Cita Online: AR/DOC/939/2019.
- TAWIL, Guido Santiago (2015): "Exigibilidad frente al Estado del deber de prevención del daño", en La Ley Online, Cita Online: AR/DOC/3280/2015.
- URBINA, Paola A. (2019): "El derecho a la prevención en materia de discapacidad", en La Ley Online, Cita Online: AR/DOC/174/2019.
- ZALAZAR, Claudia E. (2011): "Guía práctica para el ejercicio del derecho: Civil y Comercial", Tomo I, Córdoba, Ed. Advocatus.