000452/2023

Comodoro Rivadavia, doce de septiembre de 2023.

VISTOS Y CONSIDERANDO:

Estos autos caratulados: **"C. T. M. D. M. c/ H. R. J. M. S. y Otros s/ MEDIDA AUTOSATISFACTIVA", Expte. N° 452/2023**, venidos de la Oficina de Gestión Unificada del Fuero de Familia (Expte. N° 1831/2023), por haber interpuesto la actora recurso de reposición con apelación en subsidio contra la decisión de fecha 23 de junio de 2023.

El primero es rechazado y se concede el segundo en relación y con efecto suspensivo.

I- La resolución impugnada rechaza la medida autosatisfactiva respecto la cobertura integral y total (100%) de las prestaciones de cuidador domiciliario, silla hamaca para ducha y transporte desde el hogar hasta la institución donde se realizan terapias de rehabilitación y regreso. Dispone que la accionante deberá ocurrir por la vía correspondiente conforme lo establecido en el art. 4 de la Ley V n° 84 y su modificatoria Ley V n° 180.

II- La recurrente en su memorial-ID 1131743- sostiene que la sentencia dictada no está razonablemente fundada, no surge la valoración de los hechos ni del derecho invocado (art. 3 CCyC). Señala que los extremos fácticos y jurídicos invocados han sido acreditados. Manifiesta que es palmaria la necesidad de su hijo I. de acceder a las prestaciones requeridas en virtud de su condición de discapacidad, diagnóstico consignado, estado de salud, carecer el grupo familiar de recursos suficientes y no contar con obra social o prepaga de salud. Señala que todo ello surge de las constancias y

documental agregada al expediente digital. Destaca la obligación legal de las demandadas de brindar las prestaciones solicitadas. Invoca el derecho a la salud de I. y de recibir tutela urgente. Reitera los antecedentes del caso. Afirma que el riesgo y peligro en la demora consisten en el agravamiento de la salud y condición de I. por la demora en otorgar las prestaciones requeridas y prescriptas por el médico tratante. Dice que la magistrada sostiene que procede ocurrir por la vía de amparo, sin considerar que el trámite interpuesto ha sido una medida autosatisfactiva y, sin tener en cuenta que aquella vía podría ser considerada no idónea por el magistrado que actuare, dilatando el proceso y la tutela judicial efectiva de los derechos de I.. Tampoco tiene en cuenta que el presente es el tercer proceso iniciado en pos del reconocimiento de los derechos de I., cuyo derecho a la salud está protegido constitucional, convencional y legalmente. Insiste que la presente medida es el proceso más idóneo para tutelar el derecho a la salud de I., por ser un proceso urgente que no requiere necesariamente sustanciación con la contraria y, en el que se ha acreditado los extremos fácticos y jurídicos que habilitan el dictado de la tutela a su derecho a la salud.

Agrega que la magistrada otorga el pedido de provisión de la bomba de alimentación entendiendo que el presente es el proceso idóneo para la tutela efectiva de los derechos del niño con condición de discapacidad y rechaza el resto de las prestaciones por considerar que no son urgentes, sin fundar o motivar debidamente su negativa. Cita doctrina que entiende apoya su

postura. Solicita se haga lugar al recurso y se revoque la decisión de grado.

La Asesora de Familia en esta instancia contesta la vista conferida-ID 1172285-, considera que corresponde hacer lugar a la medida urgente solicitada por los fundamentos que expone.

III- De las constancias del expediente surge que la actora por medio de la Defensa Pública y en representación de su hijo con condición de discapacidad, I. M. Q. C., interpone medida autosatisfactiva contra el H. R. de esta ciudad dependiente del Ministerio de Bienestar Social de la Provincia y el programa "Incluir Salud" Unidad Ejecutiva Chubut, con el objeto que brinden la cobertura íntegra y total del 100% de las prestaciones de discapacidad indicadas por su médico tratante en mayo de 2023, a saber: cuidador domiciliario, bomba de fusión para alimentación por gastrostomía, silla hamaca para ducha y transporte desde el hogar hasta el lugar en que se realizan las terapias de rehabilitación y su regreso al domicilio.

Relata los antecedentes del caso, manifiesta que ha agotado sin éxito las instancias administrativas ante el H. R. y programa "Incluir Salud", no habiendo recibido respuesta, adjunta certificado de discapacidad, diagnóstico consignado y prestaciones requeridas por el médico tratante de I.. Adjunta documental.

Sostiene la verosimilitud del derecho a la salud y a la vida invocados, funda la pretensión en normas constitucionales, convencionales y leyes nacionales y provinciales. Invoca el peligro en la demora y el riesgo para la salud del niño, ofrece caución juratoria

y solicita se ordene se cumplan con las prestaciones solicitadas. Hace reserva del caso federal.

La magistrada dicta la resolución de fecha 16 de junio de 2023 que hace lugar al pedido de otorgar bomba gástrica para alimentación por gastrostomía, en razón de la condición de discapacidad de I., urgencia del caso y riesgo en la salud del niño, se declara incompetente para entender en el caso por los fundamentos que expone y remite las actuaciones a esta Alzada por considerar que corresponde la vía de amparo y ser la Cámara de apelaciones competente en el caso.

Este tribunal dicta el proveído de fecha 21 de junio de 2023 que por la naturaleza del trámite promovido por la actora- medida autosatisfactiva-, declara su incompetencia para entender en el presente y remite las actuaciones a la magistrada de grado que previno.

La magistrada dicta la resolución aquí recurrida que, considera que en relación a las demás prestaciones solicitadas no se configuran los presupuestos de admisibilidad de la medida autosatisfactiva. Insiste que corresponde la vía de amparo para la tutela que se reclama y rechaza la pretensión.

IV- Entrando al análisis de la procedencia en el sub-lite de la medida autosatisfactiva solicitada, ya ha dicho el S.T.J.CH que: "Existen diferencias claves entre las medidas cautelares –fueren anticipatorias o en el marco de un proceso- con las medidas autosatisfactivas. Sobre las semejanzas y diferencias entre unas y otras, Mabel de los Santos expresa, que tienen en común el carácter urgente, ser de ejecutabilidad inmediata y mutables o flexibles

sustituibles por otra más apropiada-. Y se diferencian, en tanto las autosatisfactivas no son instrumentales sino autónomas, no son provisionales sino definitivas, no necesariamente deben disponerse inaudita parte, el grado de conocimiento para despacharlas consiste en que exista casi certeza del derecho (fuerte probabilidad o interés tutelable cierto y manifiesto), el requisito de "peligro en la demora" aumenta y se traduce en que la tutela inmediata sea imprescindible, frustrándose en caso contrario el derecho invocado, y que pueden ordenarse previa contracautela o prescindir de ella, según el caso. Opina también que deben obtenerse en el ámbito de un proceso propio urgente, autónomo, dispositivo y contradictorio, con una bilateralidad de trámite rápido o posterior al despacho de la resolución (STJCH. Leuful Víctor c/ Provincia del Chubut s/ Medida Autosatis-factiva". 01-07-2002").

Como se evidencia, dado el carácter definitivo de las medidas autosatisfactivas, constituyendo en la práctica una tutela anticipada, la fuerza de la probabilidad del derecho invocado y peligro en la demora debe ser de tal entidad que justifique la misma, siendo su implementación excepcional e interpretación de carácter restrictivo.

Sobretodo teniendo en cuenta que con la misma se satisface el objeto de la pretensión sustancial no siendo necesaria la tramitación de un proceso posterior.

En el presente, la actora, en representación de su hijo IAN, pretende que -como medida autosatisfactiva- se le suministren las prestaciones por discapacidad indicadas por el médico tratante del niño, atento su estado de salud y condición de discapacidad acreditados

en autos, carecer el grupo familiar de recursos económicos suficientes, no contar con obra social o prepaga y ser prestaciones a las que el Estado está obligado legalmente suministrar (Programa “Incluir Salud”, CN, Constitución Provincial, Convenciones internacionales, leyes nacionales 26061, 26378, 24901,22431, Ley I 296, Ley XVIII 36, CPr, y demás normativa citada).

La condición de discapacidad de I. está acreditada con el certificado de discapacidad agregado al expediente, las prestaciones necesarias para su tratamiento y rehabilitación surgen de la documental presentada por el médico tratante, Dr. M. M. A., la situación económica del grupo familiar y la carencia de obra social surgen de las demás constancias de autos y de los procesos promovidos con anterioridad, cuya conexidad denuncia.

De estas constancias surge que para preservar el estado de salud de I.an y procurar su rehabilitación atento su condición de discapacidad, es necesario contar con la cobertura de las demás prestaciones, insumos y tecnología o aparatología requerida y aconsejada por el médico tratante, Dr. M. A.. Esto es así, pues el niño por su condición necesita ser trasladado por medio de silla de ruedas a los lugares de rehabilitación, por medio de vehículos especiales, requiere para un correcto aseo diario de la silla hamaca solicitada que lo sostenga, la designación de un cuidador domiciliario diario, por lo menos por ocho horas diarias a fin que colabore con los cuidados necesarios, prestaciones que el grupo familiar no puede brindar atento sus escasos recursos.

La urgencia en la cobertura de dichas prestaciones surge palmaria, en virtud que son necesarias para la rehabilitación y cuidados diarios de IAN, cuya condición de discapacidad y estado de salud se ha acreditado en autos, con la certeza requerida para este tipo de procesos. A esto cabe agregar, la obligación legal del Estado de brindar la cobertura del 100 % de estas prestaciones que surge, no solo del reconocimiento y garantía constitucional y convencional del derecho a la vida y a la salud del niño, sino de la legislación aplicable al caso y obligaciones asumidas por el estado en el Programa "Incluir Salud", normativa en la que la recurrente encuadra e invoca su pretensión.

La demora en la cobertura solicitada importa un agravamiento en las condiciones de vida de I. y de su estado de salud, por la falta oportuna de las terapias de rehabilitación y reeducación que requiere y que de otro modo, su grupo familiar no podría suministrar siendo necesario la contribución y aporte del estado por medio de las autoridades y organismos pertinentes, en el caso, el H. R. por medio del Programa "Incluir Salud" unidad de ejecución Chubut.

Los extremos invocados por la peticionante han sido acreditados con el grado de certeza y probabilidad necesarios para el adelantamiento de la tutela requerida, no se puede soslayar que en el caso está en juego el derecho a la salud y a la vida de I., cuya situación de vulnerabilidad ha sido constatada en autos.

Reparase que de los antecedentes del caso surge que las demandadas no se han opuesto a las prestaciones solicitadas, habiendo en cada caso al ser intimadas bajo apercibimiento de astreintes, cumplido con la cobertura

requerida (ver constancia que surge que el 24/8/2023 se entregó bomba de infusión por alimentación por gastrostomía y las actuaciones correspondientes al expte n° 31129/21 conexo al presente).

La insistencia de la magistrada que se adecue la petición por la vía procesal del amparo y no por este medio, no solo no ha sido debidamente fundada, sino que significa imponer un rigorismo formal que conculca los derechos del niño con condición de discapacidad y la demora injustificada en brindar tutela jurídica, del que podría derivar la responsabilidad del Estado por incumplimiento de tratados internacionales y deberes impuestos por la CN y Constitución Provincial y normativa vigente.

Por todo lo expuesto, corresponde hacer lugar al recurso de la actora y revocar el punto I) de la resolución de fecha 26 de junio de 2023, debiéndose en la instancia de grado intimar al Sr. Director del H. R. de esta ciudad dependiente del Ministerio de Salud de la Provincia y al responsable del "Programa Incluir Salud" Unidad Ejecutiva Chubut a la cobertura íntegra y total (100%) de las prestaciones por discapacidad solicitadas por la peticionante.

VI- Las costas se imponen por su orden (arts. 69 y 70 CPr). Se fijará los honorarios de los profesionales intervinientes teniendo en cuenta la labor desarrollada, éxito obtenido, situación económica de los obligados al pago y demás pautas orientadoras de la ley de aranceles (Ley XIII 4 y 15)).

Por ello, la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial II con asiento en la ciudad de Comodoro Rivadavia,

RESUELVE:

1) Hacer lugar al recurso de la actora y revocar el punto I) de la resolución de fecha 26 de junio de 2023, debiéndose en la instancia de grado intimar al Sr. Director del H. R. de esta ciudad dependiente del Ministerio de Salud de la Provincia y al responsable del "Programa Incluir Salud" Unidad Ejecutiva Chubut a cumplir con la cobertura íntegra y total (100%) de las prestaciones por discapacidad solicitadas.

2) Imponer las costas por su orden.

3) Regular los honorarios de los Dres. P. A. y L. A. V., en forma conjunta, en la suma de pesos equivalente a 4 jus.

4) Regístrese, notifíquese y devuélvase.

REGISTRADA BAJO EL N° 483 DEL AÑO 2023
DEL LIBRO DE SENTENCIAS INTERLOCUTORIAS