

## EL MANDATO PREVENTIVO COMPLEMENTARIO

*por Silvia L. Esperanza\**

La sentencia del Juzgado Civil y Comercial N° 7 (1) de la ciudad de Corrientes es la consecuencia de una acción de amparo tendiente a obtener la provisión de por vida de determinados medicamentos para el tratamiento de la artritis reumatoidea deformante que padece la accionante.

Sin perjuicio de hacer lugar a la pretensión, la juez asume, con significativa certeza, el papel social al que está llamado a desempeñar el Poder Judicial, al advertir el peligro que corre la vida de la accionante -suicidio- y dispone, preventivamente y de oficio que la obra social arbitre los medios para la atención psiquiátrica de aquélla, debiendo presentar a la jurisdicción un informe con las acciones llevadas a cabo en procura de la preservación de la vida de la amparista bajo apercibimiento de que se realice a su costa.

El pronunciamiento se enrola, así, dentro de la función preventiva de la jurisdicción. Tópico que abordaremos a continuación y, es eje temático del IV Encuentro Nacional de la FAEP (2).

La Tutela inhibitoria, así denominada por los civilistas, es la que fue marcando el camino en la materia. Allí, la finalidad preventiva se concreta mediante normas que apuntan a frenar, detener, una actividad. Esta detención, puede hacerse mediante mandatos de no hacer y de hacer (3). Su origen, se remonta a las nociones de tutela inhibitoria definitiva y cautelar desarrolladas en el derecho romano. El interdicto era una orden cautelar del magistrado, que podía consistir en vedar un acto, aplicándose cuando había un interés casi público y para proteger la posesión (4).

Sin embargo, los civilistas entendían, que la prevención compulsiva de daños no era incumbencia de ellos sino del derecho administrativo y tarea estatal (5). No obstante, en los proyectos de unificación del Código Civil de 1987 (6), 1993 (7), 1998 (8) estaba regulada y hoy en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (9) en los arts. 1032 (10), 1710 (11); 1711 (12).

El género Tutela Judicial Preventiva tiene dos variables: una el mandato preventivo y la otra la acción preventiva (13), en esta oportunidad nos detendremos en el primero.

Previo a ello recordemos que la función preventiva de la jurisdicción parte de la premisa de un juez que se anticipa a lo que puede ocurrir según el orden normal y corriente de las cosas, y procura que el quebrantamiento jurídico no se concrete, también, de asegurar (facilitando las cosas) una programación jurídico normativo compleja que contempla alternativas que pueda ser motivo de aprovechamiento (14).

Se podría decir que a partir del precedente "L.H.R."(15), del Tribunal Superior de la Provincia de Buenos Aires, el mandato preventivo constitucional tuvo consagración en la jurisprudencia. Ahora bien, ¿Qué se entiende por mandato preventivo constitucional? Es aquél que tiende a que no se produzcan desconocimientos de derechos constitucionales reconocidos, procura garantizar especialmente la efectividad de los derechos sociales prometidos por el texto constitucional (16).

Se advierte en el pronunciamiento la protección de normas constitucionales como de los tratados internacionales, referentes al derecho a la salud, desde los párrafos referidos a la habilitación de la vía escogida por la accionante. No debemos olvidar que nuestro país ha firmado, entre otros, los siguientes tratados vinculados al derecho a la salud:

1.1. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Artículo 12, "los Estados partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental".

1.2. Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre, bajo la denominación de Derecho a la Preservación de la salud y al bienestar, Art. 11: "toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y la comunidad".

1.3. Declaración Universal de Derechos Humanos. Art. 25. 1. "Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud....".

1.4. Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación Racial, artículo 5 determina la obligación de los Estados partes de garantizar a toda persona el goce del derecho a la salud pública y la asistencia médica.

1.5. Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, art. 25: los Estados Partes reconocen que las personas con discapacidad tienen derecho a gozar del más alto nivel posible de salud sin discriminación por motivos de discapacidad. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para asegurar el acceso de las personas con discapacidad a servicios de salud que tengan en cuenta las cuestiones de género, incluida la rehabilitación relacionada con la salud.

1.6. Protocolo Adicional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos Económicos, Sociales y Culturales, Protocolo de San Salvador. Artículo 10 "toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social".

Lo trascendente del pronunciamiento, subrayamos, es la medida de seguridad dispuesta. En este punto se palpa la eficacia deseada de las decisiones judiciales como así también la instrumentalidad del proceso. Se podrá objetar que hasta el momento no está regulado específicamente, como lo hace el nuevo Código Civil y Comercial. Sin embargo, la judicatura en un rol activista, aprovecha y muy bien las herramientas que están a su alcance, se constituye en el domicilio de la amparista para informarse por las suyas, corrobora con los certificados médicos y en consecuencia dispone la medida preventiva.

La magistrado ha realizado la preservación del derecho a la salud soslayando con ese actuar la afectación de normas constitucionales y la de los tratados internacionales firmados por el estado argentino, evita así una potencial responsabilidad argentina ante la CIDH por el incumplimiento de lo suscripto.

Consideramos que no es válido manifestar, en decisiones de ésta índole, la transgresión al principio de congruencia. Sobre el particular escuchemos lo que ha dicho la Corte bonaerense en la causa Carrizo (17) y que la sentencia bajo la lupa lo remarca en bastardilla, "los jueces cuentan con poderes implícitos e irrenunciables en orden a salvaguardar la eficiencia de la administración de justicia, pues le cabe ejercer su imperio jurisdiccional con la eficacia real y concreta que, por naturaleza, exige el orden

jurídico, de manera que éste alcance su efectiva vigencia en el resultado positivo de las decisiones que la Constitución Nacional ha encomendado al Poder Judicial."

Así también el tribunal platense dijo: "es inobjetable la legitimación del órgano jurisdiccional para adoptar oficiosamente medidas de la naturaleza de la aplicada en autos, en cuya disposición, como se ha visto, no media afectación del principio de congruencia."

Además, y esta es la característica de la función preventiva, como lo destaca el Dr. De Lázzari al votar en la causa "Carrizo", la "observancia de este último (refiriéndose al principio de congruencia) corresponde ciertamente al conflicto particular debatido en la causa, el proceso de dos partes resuelto en la sentencia. Pero no es atingente al segundo de los tramos a que se viene aludiendo, la función preventiva de daños que ha asumido el juez".

Por su parte Peyrano (18) nos ilustra del siguiente modo, no puede considerarse que ha violentado la congruencia, puesto que cuando el órgano jurisdiccional se decide a incursionar en el ámbito del mandato preventivo, se abre una suerte de nueva instancia; muy diferente a aquella que le sirve de marco y, si se quiere, de ocasión. Son dos procedimientos autónomos susceptibles cada uno de toda la gama recursiva (recursos ordinarios, extraordinarios) correspondiente y que no se influyen uno sobre otro.

Tampoco se podría alegar que se ha violado el derecho de defensa. En el caso la accionada ha tenido oportunidad de objetar el certificado médico. Oigamos a la jurisdicción cuando dijo "No dejo de advertir los preocupantes e inquietantes términos del certificado, actuaciones todas éstas que además de no haber sido objetadas por la demandada han sido debidamente notificadas".

De lo expuesto, podemos concluir que: a) El mandato constitucional preventivo se hace realidad desde las manos de un juez enrolado en la corriente activista. b) No se transgrede el principio de congruencia c) No se viola el derecho de defensa d) El mandato constitucional preventivo (variable de la Tutela Judicial Preventiva de la jurisdicción) es un procedimiento autónomo dentro del que se dispuso e) Las vías recursivas son independientes del tema central debatido y sentenciado.

\* Secretaria de Jurisprudencia del Superior Tribunal de Justicia

## Notas

(1) "Zalazar, Lidia Ramona c/Instituto de Obra Social de Corrientes y/o Estado de la Pcia de Corrientes s/Amparo", sentencia del 11 de noviembre de 2014. Juzgado a cargo de la Dra. Liliana M. Reina.

(2) A desarrollarse en la ciudad de Resistencia (Chaco) el 5 de junio de 2015. Federación de Ateneos de Estudios Procesales://www.faeproc.org. Institución que converge a más de quince Ateneos en todo el país

(3) Lorenzetti, Ricardo L, "La tutela civil inhibitoria", Publicado en LA LEY 1995-C , 121.

(4) Bonfante, Pedro, "Instituciones de Derecho Romano", p. 135, Ed. Reus, Madrid, 1979, citado por Lorenzetti, ob. cit.

(5) Zabala de González, Matilde, Resarcimiento de daños, t. 4, pág. 427, Hammurabi, Buenos Aires, 1999.

(6) Se incorpora un párrafo al art. 1071. "En su caso, el juez proveerá lo necesario para evitar sus efectos abusivos y, según las circunstancias, procurará la reposición (7) "Art. 1549, párrafo 2do. Los jueces podrán disponer medidas tendientes a evitar la producción de daños futuros, salvo que ellas afecten garantías constitucionales. Las asociaciones representantitas de intereses colectivos están legitimadas para iniciar acciones preventivas vinculadas a su objeto."

(8) "Art. 1585. Toda persona tiene el deber, en cuanto dependa de ella: a) evitar causar un daño no justificado; b) de adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño o disminuir su magnitud. Si tales medidas evitaron o disminuyeron la magnitud de un daño, del cual un tercero habría sido responsable, tiene derecho a que éste le reembolse el valor de los gastos en que a incurrido para adoptarlas, conforme a las reglas del enriquecimiento sin causa; c) de no agravar el daño si ya se ha producido".

(9) Ley 26.994, modificada por ley 27.077 en relación a la entrada en vigencia (1.8.2015).

(10) "Art. 1032. Tutela preventiva. Una parte puede suspender su propio cumplimiento si sus derechos sufriesen una gran amenaza de daño porque la otra parte ha sufrido un menoscabo significativo en su aptitud para cumplir, o en su solvencia. La suspensión queda sin efecto, cuando la otra parte cumple o da seguridades suficientes de que el cumplimiento será realizado."

(11) "Art. 1710. Deber de prevención del daño. Toda persona tiene el deber, en cuanto de ella dependa, de: a) evitar causar un daño no justificado; b) adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud; si tales medidas evitan o disminuyen la magnitud de un daño del cual un tercero sería responsable, tiene derecho a que éste le reembolse el valor de los gastos en que incurrió, conforme a las reglas del enriquecimiento sin causa, c) no agravar el daño, si ya se produjo".

(12) "Art. 1711. Acción preventiva. La acción preventiva procede cuando una acción u omisión antijurídica hace previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento. No es exigible la concurrencia de ningún hecho de atribución."

(13) Peyrano, Jorge W., "El mandato preventivo constitucional: variante elogiada de la jurisdicción preventiva", en Problemas y Soluciones procesales, pág. 156, Edit. Juris.

(14) Peyrano, Jorge W., "El mandato preventivo facilitador",

(15) En esa causa la pretensión principal fue desestimada, sin embargo, el tribunal no paso por alto que el accionante se encontraba en un total desamparo (como consecuencia de un accidente sufrido estaba parapléjico e impedido de atender las necesidades propias y la de dos hijos menores de los cuales era guardián y único sustento económico) y dispuso anotar y de algún modo "compeler al Poder Ejecutivo de la Provincia de Buenos Aires para que en el caso cumplimente adecuadamente con mandas constitucionales y que también fluyen de convenios internacionales suscriptos por la Argentina que decretan la especial tutela que merecen los menores, la preservación del derecho a la salud y el emplazamiento privilegiado que corresponde asignarle a los discapacitados en la Argentina".

(16) Ob. cit. nota 13

(17) "Carrizo, Carlos Alberto y otra c. Tejada, Gustavo y otra-Daños y perjuicios", 30 de marzo de 2005.

(18) Peyrano, Jorge W., "La jurisdicción preventiva civil en funciones". Cuestiones procesales modernas, Suplemento Especial L.L., pag. 153