

A C U E R D O

En la ciudad de La Plata, a 15 de diciembre de 2004, habiéndose establecido, de conformidad con lo dispuesto en el Acuerdo 2078, que deberá observarse el siguiente orden de votación: doctores **Roncoroni, Pettigiani, Genoud, Hitters, Soria, Negri**, se reúnen los señores jueces de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario para pronunciar sentencia definitiva en la causa Ac. 90.868, "C., M. y otra contra OSMECON SALUD. Amparo".

A N T E C E D E N T E S

El Tribunal de Familia N° 3 del Departamento Judicial de Lomas de Zamora hizo lugar a la medida urgente solicitada.

Se interpuso, por la demandada, recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley.

Oído el señor Subprocurador General, dictada la providencia de autos y encontrándose la causa en estado de dictar sentencia, la Suprema Corte resolvió plantear y votar las siguientes

C U E S T I O N E S

1ª. ¿Corresponde anular de oficio la sentencia de fs. 46/51?

Caso negativo:

2ª. ¿Es fundado el recurso de inaplicabilidad de ley?

V O T A C I O N

A la primera cuestión planteada, el señor Juez doctor Roncoroni dijo:

1. El tribunal **a quo**, omitiendo la forma de acuerdo y el voto individual (fs. 46/51 vta.), dispuso la medida urgente solicitada. Consecuentemente, ordenó a OSMECON SALUD a cumplir con las prestaciones básicas solicitadas por los padres del menor E. M. C., destinadas a brindarle una atención integral.

2. Anticipo mi opinión en el sentido que corresponde decidir afirmativamente la cuestión planteada, puesto que el fallo recurrido no cumple con los requisitos exigidos por la Constitución provincial (art. 168). Si bien es cierto que esta Corte ha eximido a determinadas decisiones -por su naturaleza- de observar la formalidad del acuerdo y voto individual de los jueces, las características de la resolución que aquí se trata me persuaden para proponer en este acuerdo su anulación de oficio.

Ello así porque, ya sea que se trate de una sentencia definitiva en sentido estricto o de una decisión equiparable a sentencia definitiva, a los fines de los recursos extraordinarios, si la misma decide cuestiones esenciales (entendiéndose por tales conforme lo ha señalado esta Corte a aquéllas que conforman el esquema jurídico que la sentencia debe atender), los jueces no pueden dejar de

observar la forma de acuerdo y voto individual (conf. Ac. 43.237, sent. del 20-XI-1990 en "Acuerdos y Sentencias", 1990-IV- 233; Ac. 78.665, sent. del 3-X-2001; Ac. 81.650, sent. del 1-IV-2004, entre otras).

No obstante revestir la decisión impugnada tal calidad, ha sido dictada sin haber observado las mencionadas formas, tal como lo exige la norma Constitucional provincial citada, no subsanando dicho déficit la circunstancia de que los integrantes del Tribunal cumplieran el mandato constitucional -innecesariamente por cierto- al resolver la concesión del recurso extraordinario interpuesto (fs. 82).

Esta Corte tiene dicho que corresponde declarar la nulidad, aún de oficio, del pronunciamiento que al resolver una cuestión de carácter definitivo no observó la formalidad del acuerdo y del voto individual de los jueces (conf. Ac. 33.300 y Ac. 33.467, ambas sents. del 17-XII-1985 en "Acuerdos y Sentencias", 1985-III-639; Ac. 43.237, sent. del 20-XI-1990 en "Acuerdos y Sentencias", 1990-IV-233).

Es dable observar, que en el andarivel elegido por el Tribunal apartándose del que se propusiera en la demanda como pretensión cautelar accesorio, resulta ostensible el quiebre del principio de bilateralidad y contradicción, que como es sabido constituye el eco procesal de una manda

constitucional que los jueces deben privilegiar aún cuando se trate de una medida autosatisfactiva sobre la que se oficio, se ha decidido derechamente como pretensión principal agotándose así el objeto del proceso, sin que la parte que debe soportar las consecuencias de la decisión, haya tenido la más mínima oportunidad de ser oída (arts. 18, Constitución nacional y 15 de la Constitución local).

3. Así como esta Corte no puede soslayar la existencia de las infracciones constitucionales, en particular al art. 168 de la Constitución local, debiendo en tal caso pronunciar aún de oficio la nulidad el acto jurídico procesal viciado (art. 161 inc. 3º, "b"); tampoco puede desentenderse de las circunstancias del caso que han llegado a su conocimiento, de las que resulta también patente que se encuentra en riesgo la salud de un menor a quien debe brindársele urgente atención mediante las medidas peticionadas y que fueron ordenadas por el **a quo**, medidas que, por una censurable conducta del órgano jurisdiccional que las dispuso, quedarán sin efecto como consecuencia fatal de la decisión nulificadora. Repárese que, notificada la recurrente del fallo de este Tribunal, inmediatamente dejará de cumplir las prestaciones a que se le obligó y que cuestionó, quedando entonces el menor en situación de desamparo y colocando a sus progenitores en una angustiante situación que, por qué no decirlo, es el

resultado, sin duda no querido, de un inapropiado actuar del órgano jurisdiccional, que no supo realizar el acto jurídico en que la sentencia consiste, con estricta sujeción al recordado precepto constitucional. Como Juez de esta Corte no puedo avalar que en el patíbulo del formalismo procesal sucumba la urgente, cautelar y provisional atención que debe brindarse al pequeño E..

Es que los límites propios de la instancia extraordinaria que corresponden a esta Corte, que dejan en principio embretada su competencia, pueden y deben ser sobrepasados cuando en forma patente resulta imperioso transitar la senda que nos propone el fin dikelógico, con el cual se ha enriquecido el instituto de la casación originariamente circunscripto al control nomofiláctico y a la faena uniformadora de la jurisprudencia. Tal excepción se nos brinda con particular dramatismo en el presente caso, pues se ha propuesto al órgano jurisdiccional una pretensión de amparo que, acunada en la demanda, porta además aquella otra accesoria de naturaleza cautelar, que el **a quo** entendiera necesario atender con el ropaje singular de la "medida autosatisfactiva".

El Derecho procesal, el proceso en sí mismo, las formas y modos rituales en que él se vertebra, no tienen otro fin que actuar como instrumentos para el debate y el reconocimiento de los derechos sustanciales y el resguardo

de las garantías constitucionales. Poco y nada se necesita para prontamente advertir que esta función del proceso se agudiza, hasta alcanzar su máximo de instrumentalidad, cuando el mismo es puesto al servicio del interés superior del niño, cuya consideración primordial se impone a toda institución o autoridad, incluida entre ellas las judiciales (art. 3º, "Convención de los Derechos del Niño"). Y es obvio que la debida atención y satisfacción de ese supremo interés no pueden frustrarse como ocurriría, en el caso de autos, si esta Corte no procurara dar una solución legal a lo que aparece como evidente, al disponerse de oficio la nulidad del decisorio que viene recurrido. Es que la pretensión -tanto la principal como la cautelar- que se constituye como objeto de este proceso se encuentran teñidas por el interés social y el orden público, en cuyas tierras calan profundo los derechos y el interés del niño.

Así entonces, en la necesidad de satisfacer aquel interés, pero también buceando en el plexo normativo, para encontrar en él un adecuado fundamento legal (art. 171, Constitución local), encuentro en los arts. 196 y 232 del Código Procesal Civil y Comercial, los dispositivos en los cuales, este Tribunal, asumiendo positivamente la satisfacción de la tutela requerida, puede disponer las medidas solicitadas por los progenitores de E., las que, obviamente, son cautelares, provisionales y accesorias de

la pretensión principal (arts. 31, 75 inc. 22 y cc. de la Constitución nacional; 23 y 24 de la Convención sobre los Derechos del Niño).

4. Por todo lo expuesto, oído el señor Subprocurador General, propicio: a) Declarar nula de oficio la sentencia obrante a fs. 46/51 vta., por infracción a los arts. 168 de la Constitución de la Provincia, 18 de la Constitución nacional y b) Disponer, la medida cautelar solicitada por la actora (arts. 196, 232 y cc. del C.P.C.C.), las que deberán ser cumplimentadas en forma continuada por OSMECON SALUD, para la atención integral del menor E. M. C., afiliado n° 9721/2004, el cual padece de Síndrome de Pallister-Killian con hipotonía, como asimismo retardo mental profundo, signos físicos como epicantos, hipertelorismo, criptorquidia del lado derecho, puente nasal deprimido, trisomía brazo corto del cromosoma 12 en mosaico, hipotonía generalizada y poco control cefálico, presentando una alteración profunda del trofismo muscular, inestabilidad postural y dificultad para la fijación proximal, tanto de tronco como de miembros, no poseyendo reacciones de equilibrio ni de defensa, como así también dificultades respiratorias, en la succión y en la deglución. Las prestaciones que se deberán satisfacer serán: la estimulación temprana, fonoaudiología, terapia ocupacional, terapia física del neurodesarrollo y cobertura

de pañales.

Voto por la **afirmativa**.

A la primera cuestión planteada, el señor Juez doctor Pettigiani dijo:

Adhiero al voto de mi distinguido colega doctor Roncoroni.

Considero que en él se expone debidamente el alcance que debe darse a la operatividad de las pautas procesales en especialísimos contextos como el que plantea el caso en estudio donde, además, se encuentra en juego el "interés superior del niño".

Sólo habré de agregar que aquí la definitividad de la resolución del Tribunal de Familia obrante en fs. 46/51 deviene del particular tratamiento que se le dio a la petición que realiza el amparista de una medida cautelar tradicional (la medida cautelar innovativa, ver fs. 42/44).

En efecto, el **a quo** satisfizo esta parcela de la pretensión mediante el dictado de una "medida autosatisfactiva" a través de la cual ordenó prestaciones sin escuchar previamente a la contraparte y sin condicionarlas a la suerte de un proceso principal al entender que "el régimen del amparo no resulta idóneo como carril procedimental en autos. Pues deviene abstracta la cuestión una vez que se resuelva la medida urgente esgrimida simultáneamente, porque coinciden ambas

pretensiones" (fs. 49 vta.).

Sin entrar en el debate acerca de la existencia o no como figura procesal autónoma de las denominadas "medidas autosatisfactivas" ni en el vinculado al acierto del Tribunal al resolver como lo hizo, lo concreto es que al haber emitido la decisión de marras en los términos reseñados, ha dado lugar a un pronunciamiento que -como lo pone de resalto el colega preopinante- reviste carácter definitivo en tanto "termina la litis y hace imposible su continuación" (art. 278, Código Procesal Civil y Comercial).

Voto por la **afirmativa**.

Los señores jueces doctores **Genoud e Hitters**, por los mismos fundamentos del señor Juez doctor Pettigiani, votaron la primera cuestión también por la **afirmativa**.

A la primera cuestión planteada, el señor Juez doctor Soria dijo:

Por los argumentos expuestos en el punto 2, quinto párrafo del voto del doctor Roncoroni y en el tercer párrafo del voto del doctor Pettigiani, juzgo -al igual que mis colegas- que el pronunciamiento del tribunal **a quo** es una sentencia equiparable a definitiva que se pronuncia sobre una cuestión esencial y, por ende, requiere el voto individual de los miembros del Tribunal colegiado y la formalidad del acuerdo (cfr. doct. causa Ac. 79.343, "C.",

sent. de 10-IX-2003). Desoídos por el tribunal de la instancia dichos requerimientos, la infracción al art. 168 de la Constitución provincial queda configurada. Así, lo propuesto por el doctor Roncoroni en el punto 4, apartado a) de su voto cuenta con mi adhesión.

Respecto de la concesión de la medida cautelar que se ventila en el **sub examine**, advierto que la propia accionada a fs. 74 vta. expresamente acepta que así se proceda. Ello, junto a las concordantes razones del doctor Pettigiani -segundo párrafo de su opinión-, me inclinan por adherir al punto 4, apartado b) del voto del doctor Roncoroni.

Con estos alcances, voto también por la **afirmativa**.

El señor Juez doctor **Negri**, por los mismos fundamentos del señor Juez doctor Soria, votó la primera cuestión también por la **afirmativa**.

A la segunda cuestión planteada, el señor Juez doctor Roncoroni dijo:

En atención a lo acordado al votar la primera cuestión, no corresponde el tratamiento de la restante planteada.

Los señores jueces doctores **Pettigiani, Genoud, Hitters, Soria y Negri**, por los mismos fundamentos del señor Juez doctor Roncoroni, votaron la segunda cuestión en igual sentido.

Con lo que terminó el acuerdo, dictándose la siguiente

S E N T E N C I A

Por lo expuesto en el acuerdo que antecede, oído el señor Subprocurador General, por mayoría de fundamentos, se declara nula de oficio la sentencia de fs. 46/51 vta. por infracción al art. 168 de la Constitución provincial, disponiéndose la medida cautelar solicitada por la actora, las que deberán ser cumplimentadas por OSMECON SALUD en los términos que resulta del punto 4 'C' del primer voto (arts. 196, 232 y cc. del C.P.C.C.).

Notifíquese y devuélvase.