

LOCALIDAD: VIEDMA.-

FUERO: ORIGINARIAS.-

INSTANCIA: Unica.-

EXPTE. N° 23280/08.-

SENTENCIA N° 119.-

ACTOR: MATAR, Silvia Elena.-

DEMANDADO: .-

OBJETO: s/Amparo s/Apelación.-

VOCES: Rechaza recurso.- Remite al precedente "ARIAS".-

FECHA: 26-11-08.-

///MA, 26 de noviembre de 2.008.-

-----Habiéndose reunido en Acuerdo los señores Jueces del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro, doctores Luis LUTZ, Víctor H. SODERO NIEVAS y Alberto I. BALLADINI, con la presencia del señor Secretario doctor Ezequiel LOZADA, para el tratamiento de los autos caratulados: "MATAR, SILVIA ELENA s/AMPARO s/APELACION" (Expte. N° 23280/08-STJ-), elevados por la Cámara del Trabajo de la IIIa. Circunscripción Judicial, con asiento de funciones en la ciudad de San Carlos de Bariloche, deliberaron sobre la temática del fallo a dictar, de lo que da fe el Actuario. Se transcriben a continuación los votos emitidos, conforme al orden de sorteo previamente practicado.-----V O T A C I O N-----

El señor Juez doctor Luis LUTZ dijo:-----

-----1.- ANTECEDENTES.- Vienen los presentes autos a conocimiento de este Superior Tribunal de Justicia en razón del recurso de apelación concedido a fs. 56 por el Presidente de la Cámara del Trabajo de la IIIa. Circunscripción Judicial, doctor Ariel Asuad, interpuesto por el apoderado de la Fiscalía de Estado de la Provincia de Río Negro, Dr. Roberto Stella, a fs. 51/55 y fundado a fs. 59/66 y vta., contra la sentencia obrante a fs. 39/42 que hizo lugar a la acción de amparo impetrada, ordenando a la Obra Social –I.PRO.S.S.- a prestar la cobertura requerida, consistente en asistencia con maestra integradora a la hija de la amparista.-

-----La misma, a fs. 15, persigue que la Obra Social, preste cobertura integral a su hija Fadila Matar, quien posee discapacidad –retraso madurativo de dos años- la que se refleja especialmente en temas de aprendizaje.-----

-----El tribunal del amparo, previo a resolver solicitó informes al I.PRO.S.S. y al

Ministerio de Educación. Consideró que la necesidad de la niña de ser asistida por una maestra integradora dos horas por día, tres veces por semana, se encuentra acreditada por el certificado extendido por el médico neurólogo.- - - - -

-----El a quo, señaló que no se trata de una cuestión surgida en el ámbito educativo sino que es de origen neurológico como secuela de prematuridad extrema. Por ello, consideró que corresponde a la Obra Social que se haga cargo del mismo modo en que lo hizo con la psicopedagoga, citando a las Leyes N° 24.091 y a la D N° 2055. Por último señala que la función del certificado de discapacidad es la de acreditar plenamente la existencia de la discapacidad, cuya existencia no ha sido discutida en la presente causa.- - - - -

-----2.- AGRAVIOS DE LA APELACION.- RESPONDE.- El apoderado de la Fiscalía de Estado, Dr. Roberto Stella, apela el decisorio y solicita la nulidad de todo lo actuado. Señala que el tribunal no dio vista a la Asesora de Menores; tampoco dio intervención al Consejo Provincial de Personas con Discapacidad. Invoca falta de notificación de la acción y del decisorio al Fiscal de Estado. Arguye incompetencia del tribunal actuante conforme la doctrina sentada in re: “FULVI”. Por último, tilda a la sentencia de incongruencia, atento a que condena a la Obra Social a cumplir con la prestación de una maestra especial integradora, lo que no es de su injerencia.- - - - -

-----La amparista, a fs. 92/94 señala que el apoderado de la Fiscalía de Estado promueve la nulidad sin expresar el perjuicio concreto sufrido del que derive su interés en obtener la nulidad, ejercitando las defensas que no pudo oponer. Asimismo, destaca la omisión de señalar ley, doctrina o jurisprudencia para fundamentar que la obligación excede al I.Pro.S.S.. Destaca que es afiliada cautiva a la Obra Social desde hace 36 años y que es madre soltera y adoptiva de la niña de cuya salud y desarrollo se trata en estos obrados.- - - - -

-----3.- DICTAMEN DE LA PROCURACION GENERAL.- A fs. 101/110, la señora Procuradora General, Dra. Liliana L. Piccinini, dictamina que se debe hacer lugar parcialmente al recurso de apelación, en lo que respecta a la nulidad del fallo por haber sido dictado inaudita parte. Solicita que declarada la nulidad del decisorio se pronuncie este tribunal haciendo lugar a la acción impetrada por Silvia Elena Matar, ordenando al

I.PRO.S.S. la cobertura integral (100%) de la prestación correspondiente a los fines del acompañamiento, asistencia y protección de la Niña con capacidades diferentes, debiendo ese instituto provincial gestionar la intervención del CO.NI.AR., a los fines de cumplir acabadamente el rol y la función del Estado en las políticas de protección integral de la niñez y adolescencia.- - - - -

-----4.- CONSIDERACIONES PREVIAS AL VOTO.- Previo a ingresar en el contenido sustancial he de efectuar consideraciones previas a mi voto y señalar algunos aspectos, tales como los siguientes:- -

-----a) Cuando la garantía procesal específica se plantea contra la Administración, en cualquiera de sus niveles, el "juez de amparo" al requerir el informe debe citar en los términos de los arts. 181, inc. 1; 190; 65 y cc. de la Constitución Provincial; de la Ley F N° 2444 y modificatorias y el art. 341 y cc. del CPCyC., al Gobernador de la Provincia, al Fiscal de Estado y a la autoridad de la institución pública correspondiente. Así lo he indicado en Sentencia N° 41/05 en "S., A. s/AMPARO s/APELACIÓN"; ello, para asegurar el debido proceso y la garantía de defensa aun dentro de la bilateralidad restringida del amparo (cf. STJRNCO., "LEVIN, A. G y Otros s/Amparo s/Apelación", Se. N° 60/05; "S., M. M. s/AMPARO s/APELACIÓN", Se. N° 63/05).- - - - -

-----b) Hay que retrotraer el procedimiento especial, nulificando el pronunciamiento, puesto que aun con bilateralidad restringida, se colocó en clara indefensión a la Provincia de Río Negro quien no tuvo la oportunidad de ser oída y ejercitar la defensa en juicio (Voto del Dr. Lutz, cf. STJRNCO.: "A., D. E. s/AMPARO s/APELACIÓN", Se. N° 19/07). - - - - -

-----c) Cuando el art. 43 de la Constitución Provincial se direcciona contra organismos del Estado provincial, a mi entender corresponde que el informe le sea requerido simultáneamente al señor Gobernador de la Provincia y anoticiar al señor Fiscal de Estado (Disidencia del Dr. Lutz, cf. STJRNCO.: "A., C. A. s/ACCION DE AMPARO s/COMPETENCIA", Se. N° 34/07).- - - - -

-----d) Tampoco se cumplió con la formalidad de notificar la sentencia al Estado conforme lo dispuesto en el art. 341 del CPCyC. (cf. STJRNCO., in re "CASELLA" Se. N° 110 del 24-11-05; "PROVINCIA DE RÍO NEGRO s/QUEJA EN: B., A. M. s/AMPARO", Se. N° 187 del 14-02-07; MOYANO, SALOME DEL CARMEN c/I.P.P.V. s/AMPARO s/APELACIÓN", Se. N° 61/08).- - - - -

-----Expuesto lo anterior, considero que se debe anular el pronunciamiento venido en recurso, y sin perjuicio de ello, atento las particularidades de la presente causa y por razones de economía procesal, y tal como lo propicia la señora Procuradora General corresponderá un pronunciamiento sobre el fondo de la cuestión planteada.- - - - -

-----Así, tal como se decidiera en Sentencia N° 43, del 5 de abril de 2.006, en autos caratulados: "HUUSMANN, DIANA s/AMPARO s/APELACIÓN", se advierten aspectos en el procedimiento llevado a cabo en autos que merecen su revisión. El instituto excepcional y urgente del art. 43 de la C.P., más aún en relación a una situación tan particular en que están comprometidos los derechos a la salud, viene mereciendo un criterio amplio de interpretación y aplicación del S.T.J., pero siempre en orden a preservar y restablecer el orden jurídico vigente y comprometido ante específicas circunstancias del caso. En punto a la procedencia de la acción de amparo, sabido es que éste es un proceso utilizable en las delicadas y extremas situaciones en las que, por carecer de otras vías idóneas o aptas, peligra la salvaguarda de derechos fundamentales, por esa razón su apertura exige circunstancias muy particulares caracterizadas por la presencia de arbitrariedad o ilegalidad manifiesta y la demostración de que el daño concreto y grave ocasionado, sólo puede eventualmente ser reparado acudiendo a esa vía urgente y expeditiva (cf. CSJN., H. 90. XXXIV., Hospital Británico de Buenos Aires c/Estado Nacional-Ministerio de Salud y Acción Social-, 13-03-01, T. 324, LL.18-05-01, N° 102.015; STJRNCO.: Se. N° 150 del 28-11-01, "ABECASIS, Ricardo y ALEGRE, María V. s/Amparo s/Apelación", LUTZ-BALLADINI-SODERO NIEVAS; STJRNCO.: Se. N° 151 del 4-12-01, "GARRIDO, Antonio s/Mandamus"). Ello es así, porque la excepcionalísima vía intentada (amparo en cualquiera de sus formas) sólo puede atender a situaciones especialísimas en las que de ningún modo se presenten medios administrativos o judiciales idóneos, y en las que los actos que supuestamente restringen su derecho se manifiesten de modo francamente manifiesto, claro y evidente, de una gravedad tal que no admita dilación alguna. En este sentido, es esencial que los jueces sean cuidadosos de la doctrina legal respecto de la notoriedad y constatabilidad de los actos que ameritan la acción, o sea que resulten palmarios, tangibles y manifiestos para acreditar la gravedad, urgencia e irreparabilidad y particularmente la inexistencia de otra vía (cf. STJRNCO.: Se. N° 150 del 28-11-01, "ABECASIS, Ricardo y ALEGRE, María V. s/Amparo s/Apelación", Expte. N° 16272/01-STJ-). No se desconoce ni la Convención Internacional de los Derechos del

Niño, ni el derecho a la salud, ni los derechos de las personas con discapacidad, sino que debemos dar un encaminamiento lógico que es natural de cualquier organización que atiende a la administración de los intereses colectivos de sus afiliados, que se deben solidaridad entre sí.- - - - -

-----Por otro lado, parte de la cuestión propuesta al Tribunal reviste carácter debatible, que amerita un análisis en un contexto procesal distinto, en tanto no se trata de una pura restricción a un derecho constitucional (v.gr. "a la salud"), sino de la correcta interpretación de derechos y obligaciones de carácter patrimonial entre los afiliados y la institución prestadora de servicios, que ameritan mayor amplitud de debate, discusión y ejercicio de las pruebas que pudieran hacer valer las partes, cuestiones ajenas al ámbito procesal de esta naturaleza.-

-----Asimismo, tengo presente que en sentencia del 29 de junio de 2.006, en autos caratulados: "RIVERO, GLADYS ELIZABETH s/AMPARO s/APELACIÓN" donde se advirtió que la autoridad de aplicación en el orden provincial de la Ley D N° 3467, "es el Consejo Provincial del Discapacitado (no el I.PRO.S.S.), ante quien no se acredita haber cumplido ninguna tramitación ni gestión, (...) y en lo referido a la Ley R N° 3280, es el Consejo Provincial de Salud Pública. Al respecto se observa que ninguno de esos Consejos ha asumido el rol de requerido en el presente amparo, así como el Jefe de la Administración y superior jerárquico de todos ellos, el Gobernador de la Provincia (ver art. 181 de la C.P. y art. 341 y cc. del CPPyC.)".- - - - -

-----5.- OBITER DICTUM.- No comparto lo sostenido por este Superior tribunal de Justicia en la reciente Sentencia N° 94 del día 24 de septiembre de 2.008 (en ausencia del suscripto por licencia por enfermedad de largo tratamiento), en los autos caratulados: "ARIAS, SILVIA ALEJANDRA s/AMPARO (I.PRO.S.S.) s/APELACION" (Expte. N° 23088/08-STJ-), por cuanto a mi entender desnaturaliza el sentido y la finalidad perseguida en los precedentes dictados por este STJ. hasta ese momento. Corresponde reiterar la postura previa sostenida por este Cuerpo en cuanto al carácter público del I.PRO.S.S., que funciona con una ecuación financiera para sus prestaciones, respecto de cuyo desenvolvimiento equilibrado le caben responsabilidades a las autoridades y funcionarios públicos no oídos en tiempo oportuno; y conforme se expresara en el precedente "SALAZAR" (sentencia del 4 de mayo de 2005), cuando mediante la vía del amparo se pretenda acceder a determinadas prestaciones de excepción, y aunque pudieren ser absolutamente legítimas, están sujetas a una

tramitación que asegure objetivamente la razonabilidad, procedencia y factibilidad. Ello no importa una mera intelección de los hechos y el arbitrario ejercicio de la voluntad del juzgador, sino entender y aplicar el derecho a una situación determinada, sin incurrir en "voluntarismo", como ya se advirtió en "PIZARRO" (Se. N° 21/02).- - - - -

- - - - - Tampoco considero necesario que se establezca en la sentencia –tal como se propone en el dictamen de la Procuración a fs. 107-, que se acuerde la participación del CO.NI.A.R., creado por la Ley D N° 4109 -que tiene por objeto la protección integral de los derechos de las niñas, los niños y los adolescentes de la Provincia de Río Negro-, ello, por cuanto en los precedentes mencionados supra (cf. "RIVERO") ya ha quedado delineado con suficiencia que en el plazo establecido la Obra Social encuadre a la amparista dentro de los alcances de la operatividad de los derechos de los arts. 36, 59 y cc. de la Constitución Provincial, las Leyes Nacional N° 24901 y Provincial D N° 3467, y que debe dar participación o derivar en cuanto así corresponda a otros organismos del Estado vinculados a la casuística (vgr. Consejo Provincial del Discapacitado o el Consejo Provincial de Educación), para que se garanticen en plenitud y complementen tales derechos conforme las Leyes D N° 2055 -Régimen de promoción integral de las personas discapacitadas- y D N° 3467 -adhesión a la Ley N° 24901, sistema de prestaciones básicas-. - - - -

- - - - - 6.- DECISORIO.- Sin perjuicio de lo señalado hasta aquí, y a fin de evitar cualquier eventual perjuicio considero que corresponderá hacer lugar parcialmente a la apelación, fijando excepcionalmente un plazo de 60 días desde la notificación de la presente, durante el cual se deberá continuar por parte de la Obra Social con la prestación correspondiente a la cobertura requerida –asistencia mediante Maestra Integradora- plazo asimismo en el que la Obra Social deberá encuadrar a la niña dentro de los alcances de la operatividad de los derechos de los arts. 36, 59 y cc. de la Constitución Provincial, las Leyes Nacional N° 24.901 y Provincial D N° 3467, dando participación o derivando en cuanto así corresponda a otros organismos del Estado vinculados a la casuística, sea Consejo Provincial del Discapacitado o el Consejo Provincial de Educación, para que se garanticen en plenitud y complementen tales derechos conforme las Leyes D N° 2055 -Régimen de promoción integral de las personas discapacitadas- y N° 3467 -adhesión a la Ley N° 24901, sistema de prestaciones básicas-. - MI VOTO.- - - -

- - - - - Los señores Jueces doctores Víctor H. SODERO NIEVAS y

Alberto I. BALLADINI dijeron:- - - - -

-----Adelantamos nuestra opinión respecto a que en el presente caso corresponderá mantener la decisión del Tribunal de amparo, en coincidencia con lo expuesto por este STJ. en Sentencia N° 94 del 24 de septiembre de 2.008 (Prot. Tomo II-Sent. N° 94-Folios 648/669-Sec.N° 4), en los autos caratulados: "ARIAS, SILVIA ALEJANDRA s/AMPARO (I.PRO.S.S.) s/APELACION" (Expte. N° 23088/08-STJ-), que decidió adecuar la doctrina legal del Superior Tribunal de Justicia a los más recientes pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, como a la doctrina que sobre la materia se ha desarrollado.- - -

-----Este Cuerpo ha expresado en: "CORTES" (STJRNCO., Se. N° 38 del 30-03-07); "SOTO OJEDA" (STJRNCO., Se. N° 28 del 14-03-07); "CURTOLO" (STJRNCO., Se. N° 13 del 23-02-06) y "VARGAS BURGOS" (STJRNCO., Se. N° 124 del 12-10-06), que en situaciones como la presente, "la defensa en juicio se encuentra garantizada con el informe previo previsto en el art. 43 de la Constitución Provincial". En el sub examine, se ha efectivizado correctamente a través del requerimiento del mismo, al I.PRO.S.S. (fs. 16) y al Ministerio de Educación (a fs. 29). Por lo expuesto, el planteo de violación del derecho de defensa sobre tal cuestión debe ser desestimado (STJRNCO.: Se. N° 34 del 07-05-08, "E., F. L. c/GALENO ARGENTINA S.A. s/Amparo s/Apelación").- - - - -

-----Ya en lo referido a las observaciones efectuadas por el magistrado que nos precede en el voto, en punto a la notificación de la sentencia, atento las particularidades de la presente causa y por razones de economía procesal, habiendo asumido la apelación la Fiscalía de Estado, tal como lo propicia la señora Procuradora General corresponderá un pronunciamiento sobre el fondo de la cuestión planteada frente a los agravios expuestos por el recurrente.- - - - -

-----En el precedente ("ARIAS") que enunciamos, se dijo que en materia de discapacidad el derecho internacional refleja los múltiples compromisos del Estado, algunos de ellos mencionados en el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en fecha 28-8-2007 ("C. P. de N., C. M. A. y otros v. Centro de Educación Médica e Investigaciones Médicas").- - - - -

-----Pablo O. Rosales en "La Corte Suprema de Justicia de la Nación y la discapacidad: obligación de las empresas de medicina prepaga de cumplir con la ley 24901" (Cf. Lexis N° 0003/013893 ó 0003/013900 ó 0003/013898), recuerda algunos de esos compromisos; y así menciona: "Las Normas Uniformes sobre la Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad se han elaborado sobre la base de la experiencia adquirida durante el Decenio de las Naciones Unidas para los Impedidos (1983-1992). El fundamento político y moral de estas normas se encuentra en la Carta Internacional de Derechos Humanos, que comprende la Declaración Universal de Derechos Humanos (LA. 1994-B-1611), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (LA. 1994-B-1633) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (LA. 1994-B-1639); y también en la Convención sobre los Derechos del Niño (LA. 1994-B-1689) y la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (LA. 1994-B-1669), como así también en el Programa de Acción Mundial para los Impedidos. La Ley N° 25280 (LA. 2000-C-3121), de aprobación de la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra las Personas con Discapacidad, promulgada el 31-7-2000, B.O. del 4-8-2000".- - -

-----La Constitución Nacional, ya desde la reforma del año 1994 (LA. 1995-A-26), incorporó en el art. 75, inc. 23 las acciones positivas para cuatro grupos vulnerables, entre los que se encuentran las personas con discapacidad y las mujeres y, señala el citado autor que este compromiso del año 2000 no es más que la reafirmación de dicha manda constitucional.- - - - -

-----La Corte reiteró la obligatoriedad de hacer cumplir los compromisos internacionales del Estado y el carácter de política pública del Estado: "La atención y asistencia integral de la discapacidad -con sustento en las leyes 24431 y 24901, en el decreto 762/1997 y en los compromisos asumidos por el Estado Nacional- constituye una política pública de nuestro país; máxime si lo decidido compromete el interés superior de quien, al inicio de las actuaciones, era, además, menor de edad, pues la Convención sobre los Derechos del Niño encarece su tutela elevando aquel 'interés superior' al rango de principio -del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema-" (Corte Sup., "Lifschitz, Graciela B. v. Estado Nacional" , 15-6-2004, L. 1153.XXXVIII, t. 327, p. 2413, RDLSS 2005-2-105).- - - - -

-----Las características que el legislador ha otorgado al sistema de la Ley N° 24901 son:

a) un sistema de prestaciones básicas, pero de atención integral; b) la cobertura de esas prestaciones será integral, es decir, al 100%; c) los objetivos del sistema son múltiples: prevención y promoción (sobre todo a cargo del Estado, pero también de las obras sociales y prepagas por el art. 5 de la ley) y asistencia y protección de las necesidades y requerimientos de las personas con discapacidad.- - - - -

-----Los alcances del concepto de "rehabilitación" de la Ley N° 24901 exceden ampliamente lo meramente relacionado con la salud, de conformidad con la perspectiva de derechos humanos que ha desplazado al "modelo médico" y que ha fraguado en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.- - - - -

-----En todos los casos se deberá brindar cobertura integral en rehabilitación, cualquiera fuere el tipo y grado de discapacidad, con los recursos humanos, metodologías y técnicas que fuere menester, y por el tiempo y las etapas que cada caso requiera.-

-----Rosales, estima que la Corte Suprema de Justicia al referirse al art. 28, Ley N° 23661 está resolviendo el caso puntual puesto a su consideración (cuyo objeto son prestaciones de salud); por lo que no puede interpretarse que el tribunal se circunscribe a ellas (descartando las prestaciones educativas y/o de rehabilitación), pues ni por la lectura literal ni por la vía de la exégesis puede llegarse a esa interpretación.- - - - -

-----Laura Clérico y Sebastián Scioscioli, en comentario al fallo de la Corte Suprema del 28 de agosto de 2007 ("CEMIC") en el artículo "El derecho a la salud de las personas con discapacidad y el impacto del derecho constitucional internacionalizado en la regulación de las actividades de las prepagas: el caso 'CEMIC'" (Conforme SJA 2 de abril de 2008; Lexis 0003/013773 ó 0003/013776 ó 0003/013775), señalan que "La cuestión en el caso "CEMIC" era para la mayoría de la Corte determinar si las empresas de medicina prepaga debían hacerse cargo de las prestaciones que surgían de la ley 24901 en virtud de la interpretación del art. 1, ley 24754, que establece que las empresas o entidades que presten servicios de medicina prepaga deben cubrir, como mínimo, las mismas prestaciones que resultaren obligatorias para las obras sociales. La Corte Sup. por mayoría decidió que las entidades de medicina prepaga debían cubrir, como mínimo, las mismas prestaciones que resultaren obligatorias para las obras sociales.- - - - -

-----Así, el derecho a la salud se encuentra explícitamente formulado en los arts. 41 (referido al medio ambiente), 42 (aunque en un contexto particular de la relación de consumo y de usuario de servicio público) y 75, incs. 22 (vinculado a la jerarquía

constitucional de varios instrumentos internacionales de derechos humanos que involucran al derecho a la salud) y 23 (referido a las medidas de acción positiva para promover los derechos de las personas con discapacidad, entre otros).- - - -

-----Asimismo, la Corte ha expresado frecuentemente que este "derecho a la vida y a la preservación de la salud" se encuentra también reconocido en los arts. 14 y 14 bis, 18 y en especial, 19 y 33, CN.. Respecto de estos dos últimos, la Corte ha señalado en el caso "Asociación Benghalensis" (Fallos 323:1339) que "la vida de los individuos y su protección -en especial el derecho a la salud- constituyen un bien fundamental en sí mismo que, a su vez, resulta imprescindible para el ejercicio de la autonomía personal -consagrada en el art. 19, CN. (LA 1995-A-26)-".- - - -

-----En esta línea, continúa expresando que el derecho a la vida resulta ser un derecho implícito, puesto que el ejercicio de los derechos reconocidos expresamente en la Constitución requiere necesariamente de éste, y se ha detenido en el derecho a la salud asociándolo íntimamente con el principio de autonomía recientemente señalado, toda vez "que un individuo gravemente enfermo no está en condiciones de optar libremente por su propio plan de vida". También en otros fallos de la Corte se han formulado relaciones entre el bienestar general y el derecho a la vida, asumiendo que aquél debe computar con prioridad indiscutible la preservación de la salud. En varios de estos casos mencionados se asocia el derecho a la vida con los fundamentos jurídicos que sirven para la protección del derecho a la dignidad de la persona (casos "Hospital Británico" y "Campodónico") y la protección de la integridad física (caso "Etcheverry").- - - - -

-----La segunda fuente reconoce jerarquía supralegal; particularmente resulta aplicable en el tema de análisis la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra las Personas con Discapacidad. Sus objetivos son "... la prevención y eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad y propiciar su plena integración en la sociedad".- - - - -

-----La tercera fuente es de jerarquía legal y se vincula con el complejo y desarticulado entramado de las leyes referidas al sistema de salud en general y a la discapacidad en particular. En este sentido, el marco general se encuentra previsto por las Leyes N° 23660, N° 23661 y N° 24901.- - - - -

-----Este conjunto de normas está lejos de significar el marco completo de protección, ya que a las leyes nacionales, decretos y resoluciones del Ministerio de Salud de la Nación se suma aquella fuente normativa (local) que es fruto de las autonomías

provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. En este sentido, las distintas jurisdicciones locales o bien han procedido a adherirse a la legislación nacional en el tema o han sancionado sus propias leyes sobre discapacidad, tal como ocurre en la Provincia de Río Negro, con las Leyes D N° 2055, D N° 3467 y D N° 4109, siempre bajo el paradigma del art. 59 de la Constitución Provincial en cuanto "La salud es un derecho esencial y un bien social que hace a la dignidad humana".- - -

-----El derecho a la salud establecido en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC.) determina para los Estados, por lo menos, tres tipos de obligaciones: de "respetar", "proteger" y "garantizar". Si un Estado establece un sistema de organización de la prestación de servicios de salud mixto, en parte público y en parte privado, como parece ser el argentino, tiene obligaciones aun respecto de las relaciones que se generan entre particulares (usuarios y prepagas).- - - -

-

-----La autoridad pública tiene la obligación impostergable de garantizar ese derecho con acciones positivas, sin perjuicio de las obligaciones que corresponden a las jurisdicciones locales, obras sociales y entidades de medicina prepaga sobre el tema. Esta regla tiene su origen en el caso "Policlínica" (Fallos 321:1684, JA. 1999-III-337), termina de precisarse en el caso "Campodónico" (Fallos 323:3229, JA. 2001-I-464) y se reitera en "Monteserín" (Corte Sup., 16-10-2001, Fallos 324:3527), "Orlando" (Corte Sup., 4-4-2002, Fallos 325:519), "Neira" (Corte Sup., 21-8-2003, Fallos 326:2906), "Martín" (Corte Sup., 8-6-2004, Fallos 327:2291) y muchos casos más, entre ellos "Díaz, Brígida" (Fallos 326:970), "Sánchez, Norma" (Corte Sup., 8-6-2004). En todos ellos la Corte remarca que el Estado Nacional no puede desentenderse de las obligaciones que derivan del cumplimiento de este derecho bajo pretexto de la inactividad de otras entidades públicas o privadas (provincias, municipios, obras sociales, empresas de medicina prepaga). Máxime cuando todas ellas participan de un mismo sistema sanitario, y dado que es el Estado Nacional el encargado de velar por el fiel cumplimiento de los derechos constitucionales y los compromisos internacionales asumidos.- - - - -

-----En el supuesto de las entidades que no puedan dar adecuada tutela asistencial, entonces se debe prestar preferente atención a las necesidades derivadas del derecho de las personas con discapacidad (Fallos 323:3229 , consid. 33).- - - - -

-----Es decir, no basta con que el Estado "respete". Pues se trata de "un grupo tan

vulnerable y desfavorecido [que] la obligación consiste en adoptar medidas positivas para reducir las desventajas estructurales y para dar el trato preferente apropiado a las personas con discapacidad, a fin de conseguir los objetivos de la plena participación e igualdad dentro de la sociedad para todas ellas. Esto significa en la casi totalidad de los casos que se necesitarán recursos adicionales para esa finalidad, y que se requerirá la adopción de una extensa gama de medidas elaboradas especialmente".- - - - -

- - -

-----Por último, estas obligaciones de protección del derecho a la salud de las personas con discapacidad son impostergables y no admiten como razón justificatoria la escasez de recursos. En este sentido se señala: "...la obligación de los Estados parte de proteger a los miembros vulnerables de sus respectivas sociedades reviste una importancia más bien mayor que menor en momentos de grave escasez de recursos". Incluso, si se afecta el "contenido mínimo" del derecho a la salud de las personas con discapacidad, éste no puede ser ponderado o graduado frente a otros principios. Por ejemplo, no puede el Estado alegar el argumento de haber agotado el "máximo de los recursos disponibles del Estado" y, sin embargo, no estar en condiciones de cumplir con la obligación. La obligación sigue siendo impostergable e inderogable. Respecto de este punto también se ha dicho en nuestra jurisprudencia que "lo fundamental es, en el régimen legal, que [el Estado...] debe asistirlo sin que pueda servir de excusa para incumplir con el mandato legal la pretendida alegación de falta presupuestaria" (Fallos 324: 3527, pto. 6 del dictamen del procurador general de la Nación).- - - - -

-----Los argumentos que justifican la posición mayoritaria de la Corte en el referido caso "CEMIC", refleja adecuadamente la obligación de proteger que tiene el Estado respecto del derecho a la salud de las personas con discapacidad y que puede ser integrada en el caso concreto por vía judicial. Además, es la que mejor encaja con las razones de la línea jurisprudencial sostenida por la Corte en materia de derecho a la salud de personas con discapacidad. Por ello, Laura Clérico y Sebastián Scioscioli (ob. cit.) alegan que "CEMIC" es un eslabón más en las razones que sostienen los precedentes "Hospital Británico", "Etcheverry" y, especialmente, "Sartori".- - - - -

- -

-----El argumento según las razones de la ley y según el objeto y fin de los tratados de derechos humanos establece que el objetivo del sistema de la Ley N° 23661, según su art. 2, es "proveer al otorgamiento de prestaciones de salud igualitarias, integrales y humanizadas, tendientes a la promoción, protección, recuperación y rehabilitación de la

salud, que respondan al mejor nivel de calidad disponible". Por ello las razones de la Ley N° 23661, a la que remite la Ley N° 24754, se relacionan con los derechos de toda persona "al disfrute del más alto nivel posible de salud..." y "...a una mejora continua de las condiciones de existencia...", enunciados en el PIDESC. (arts. 12.1 y 11.1, con jerarquía constitucional; y 75, inc. 22, CN.; cf. Corte Sup., 28-8-2007, "CEMIC").- - - -

-----Justamente en este punto aparece el impacto del derecho constitucional internacionalizado. En forma implícita, los autores antes mencionados consideran que la Corte nos dice que esta interpretación no es sólo la que mejor se condice con las razones de la Ley N° 23661 sino también con el alcance del derecho a la salud del PIDESC.. Aquí se aplica la cláusula pro homine. Así, cuando es posible realizar más de una interpretación de la norma bajo estudio, o cuando para la solución de un caso concurren dos normas, otorgándole a una un mayor alcance que a la otra, la respuesta pasa por la aplicación de la máxima de la interpretación pro homine: se debe escoger aquella interpretación de la norma que proteja, en este caso, el derecho a la salud en forma más extensa.- - - - -

-----En el tratamiento de cuestiones referidas al derecho a la salud de personas con discapacidad convergen dos líneas de precedentes. La primera se refiere al derecho a la salud de las personas con discapacidad cuando el prestador del servicio de salud es el Estado y/o una obra social. Esta línea jurisprudencial se inicia con el caso "Campodónico" y se consolida con "Monteserín", "Orlando" , "B. V. L." , "Lifschitz", "Martín", "Maldonado", "A. O. J.", "Barría", "Mosqueda", "Floreancing", "Passero" y "María Flavia Judith". Todos estos casos tienen en común que se trata de la discusión del cumplimiento de obligaciones estatales y de las obras sociales. De ella se desprende con claridad que el Estado tiene la obligación impostergable de hacer algo (en forma positiva) para posibilitar el ejercicio del derecho a la salud de un grupo de personas que es considerado por la Constitución como un grupo vulnerable que requiere especial protección (art. 75, inc. 23, CN.).- - - - -

-----Sin embargo, existe una segunda línea de precedentes. Ésta se refiere al impacto del derecho a la salud en las relaciones entre particulares, y es la que mejor encaja para la resolución del caso "CEMIC", tal como lo interpreta la mayoría, pues éste trata de una relación contractual entre particulares. Así, "CEMIC" es en la jurisprudencia de la Corte un caso que sigue la línea de "Etcheverry", "Hospital Británico" y "Sartori".- - - - -

-----Atento los precedentes y doctrina expuestos hasta aquí, corresponde enfatizar además que actualmente están vigentes dos Convenciones sobre Discapacidad: la Convención Interamericana ya mencionada (para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las personas con discapacidad, que se encuentra incorporado al derecho interno por la ley 25.280) y en el mes de mayo de 2008 la Convención Internacional sobre derecho de las Personas con Discapacidad, se incorpora al derecho interno de nuestro país mediante la Ley N° 26.378.- - - - -

-----Por todo ello, y teniendo en consideración lo previsto en el art. 14 bis de la Const. Nacional, en cuanto a que el Estado otorgará los beneficios de la seguridad social, que tendrá carácter de integral e irrenunciable; corresponderá rechazar el recurso de apelación intentando en autos, y en consecuencia confirmar la sentencia venida en recurso, sin perjuicio de indicar, tal como se hiciera en “ARIAS”, que corresponde la participación del I.PRO.S.S., el Consejo Provincial de Educación, el Consejo del Discapacitado, el Ministerio de Salud y el Ministerio de Familia, con cargo al I.PRO.S.S. para que acuerde participación al CO.NI.A.R., a fin de poner en funcionamiento las responsabilidades que por imperativo legal le correspondan, como autoridad y organismo de aplicación de políticas de protección mediante la articulación transversal de todas las áreas del gobierno que deben garantizar el cumplimiento de las mismas, otorgando la protección de los derechos afectados.- NUESTRO VOTO.- - - - -

-----Por ello,

EL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA

R E S U E L V E:

Primero: Rechazar el recurso de apelación intentando por el apoderado de la Fiscalía de Estado, doctor Roberto STELLA, a fs. 51/55, fundado a fs. 59/66 y vta., y en consecuencia confirmar la sentencia venida en recurso (39/42), e indicar que corresponde la participación del I.PRO.S.S., el Consejo Provincial de Educación, el Consejo del Discapacitado, el Ministerio de Salud y el Ministerio de Familia, con cargo al I.PRO.S.S. para que acuerde participación al CO.NI.A.R., a fin de poner en funcionamiento las responsabilidades que por imperativo legal le correspondan, como autoridad y organismo de aplicación de políticas de protección mediante la articulación transversal de todas las áreas del gobierno que deben garantizar el cumplimiento de las

mismas, otorgando la protección de los derechos afectados.- Segundo: Regístrese, notifíquese y oportunamente devuélvanse.- Fdo.: LUIZ LUTZ JUEZ EN DISIDENCIA PARCIAL VICTOR HUGO SODERO NIEVAS JUEZ ALBERTO I. BALLADINI JUEZ ANTE MI: EZEQUIEL LOZADA SECRETARIO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA

PROTOCOLIZACION Tomo III-Se. N° 119-Folios 850/867-Sec. N° 4.-