

Concurso N° 99

Procurador/a Fiscal ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación

Sras. y Sres. miembros del Tribunal,

me dirijo a ustedes en mi condición de Jurista Invitada en el Concurso N° 99 convocado por Resolución PGN N° 2317/13 para proveer un cargo de Procurador/a Fiscal ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación y en el marco del Reglamento para la Selección de Magistradas/os del Ministerio Público Fiscal de la Nación (Res. PGN N° 751/13) y a fin de elevar el Dictamen no vinculante que me fuera encomendado respecto de la Prueba de Oposición ESCRITA rendida el día 23 de abril de 2014.

Conforme surge de la comunicación remitida por la Secretaría de Concursos con fecha 23.04.14 se presentaron dieciséis (16) postulantes a rendir el examen de oposición escrito, habiendo resultado sorteado el expte. “G:I. c/ Swiss Medical s/ amparo”, conforme las disposiciones reglamentarias pertinentes (art. 31, inc. a).

La prueba escrita consistió en la elaboración de un dictamen correspondiente a la intervención del Ministerio Público Fiscal en el caso seleccionado.

He tenido a la vista y he leído detenidamente una copia del expediente real idéntica a la que le fuera entregada a cada uno de los postulantes, como así también de la consigna que les fuera proporcionada el día del examen. Dispongo asimismo de copia de las dieciséis pruebas rendidas que preservan el anonimato, ya que cada una está identificada sólo por dos letras en mayúscula.

La evaluación de cada uno de los trabajos ha tomado en cuenta los arts. 33 y 35 del Reglamento aplicable en lo pertinente a la actividad que debo llevar a cabo y las prescripciones incluidas en la consigna mencionada. Así pues, son objeto de evaluación la claridad en la exposición de los argumentos, la corrección gramatical, la observación de las reglas de forma, la extensión máxima del escrito (15 carillas) y la advertencia de que se soslayaran las cuestiones de competencia, planteos de prescripción u otros defectos formales si impidieran pronunciarse sobre el fondo de la cuestión debatida (conf. texto de la consigna).

Del mismo modo en la calificación se ha respetado que puede asignarse un puntaje de hasta 50 puntos y que para integrar el orden de mérito el examinado debía obtener como mínimo el 60 por ciento (30 puntos) de ese puntaje máximo previsto (art. 35 del Reglamento).

En términos generales, he considerado el relevamiento adecuado de las piezas principales del expediente; la claridad narrativa y el orden de los argumentos; la razonabilidad de la solución propiciada, la coherencia entre los puntos de vista sustentados y la circunstancias de la causa. Asimismo se ha prestado especial atención a la pertinencia de las normas invocadas (preceptos constitucionales, legislación federal, Tratados y Convenciones Internacionales), de la jurisprudencia nacional e internacional y doctrina citadas y a su análisis, como también las referencias a pautas de actuación de la Procuración General de la Nación. El estilo y la redacción, la corrección gramatical y ortográfica, la precisión del lenguaje jurídico, han sido otros de los aspectos contemplados.

Para emitir mi opinión he procedido a leer todos los exámenes en forma sucesiva, para luego detenerme en cada uno de ellos y calificarlos en términos comparativos.

Por último, señalo que las discrepancias que pudiera mantener con las opiniones expresadas en las pruebas no han incidido en su calificación, siempre y cuando fueran interpretaciones posibles de los marcos normativos y fácticos elegidos. Dicho de otro modo, la diferencia de opinión que pudiera mantener con las presentaciones que me fueron sometidas a consideración, en tanto estas últimas guardaran coherencia interna y resultaran suficientemente fundadas, no se reflejaron en una reducción del puntaje final.

Integra este dictamen como ANEXO una reseña del caso que fuera sorteado y sobre el cual debieron emitir opinión los postulantes.

En los apartados que siguen incluyo las evaluaciones individuales de cada uno de los concursantes:

1) Concursante identificado como AF.

El escrito tiene 10 carillas. Exhibe corrección gramatical y ortográfica. El estilo y redacción son pobres y la utilización del lenguaje jurídico es regular.

En el primer apartado resume la sentencia de Cámara, en el segundo el REF, en el mismo apartado se refiere confusamente a la contestación de Swiss Medical, a la apelación del actor. La exposición no es ordenada, va y viene respecto de las normas que menciona (art. 14bis y 75 inc. 23 CN, Convención sobre los Derechos del Niño, Leyes 26061, 23661 y punto 12, Directrices de Riad).

La presentación posee poca claridad argumentativa y hace referencias muy generales a las normas federales e internacionales que a veces se reduce a la mera enunciación de las mismas.

A partir del tercer apartado evalúa el recurso, solo trata dos de los agravios ya que no alude a las costas.

Propicia hacer lugar al recurso y revocar la sentencia con fundamentos excesivamente generales y con reflexiones en torno a la persona humana con alusión explícita a la filosofía de Heidegger que no aportan más sustento a su presentación.

Calificación 20/50.

2) Concursante identificado como DE.

El dictamen tiene cinco páginas, de las cuales dos páginas y media se destinan a resumir el expediente. La estructuración es adecuada, clara y realiza una buena síntesis de los hechos y los agravios.

Erróneamente afirma que los dos demandados y el actor interpusieron REF, cuando solo lo hizo éste último (Pág. 3, punto VII).

En el apartado VIII emite opinión acerca de la procedencia de la vía del amparo aunque admite que el punto no es materia de agravio. La exposición es pobre, poco ordenada.

Se limita a mencionar las siguientes normas y repetir alguno de sus preceptos (Leyes 22431, 23660, 24764, 16986, 24941, 48, 24901). Adviértase que hay error en la referencia a las leyes 24764 y 24941, que deberían ser 24754 y 24901.

Comparte las objeciones a la procedencia del recurso que aparecen en las contestaciones al REF de los codemandados. Contradictoriamente califica como “real” (calificativo que no tiene sentido en el contexto) que desde el punto de vista estrictamente teórico jurídico el REF tiene falencias pero adhiere al Fiscal de Cámara cuando dice “se ha decidido contra la validez de los derechos reclamados por el accionante y, toda vez que corresponde al superior tribunal nacional intervenir como su

último intérprete, la cuestión federal se encuentra suficientemente habilitada...” (Pág. 3 de su dictamen).

No funda ni las opiniones que emite ni la solución que propicia. En este punto no advierte que modificar parcialmente la sentencia de Cámara reduciendo el reconocimiento de pago de la cuota escolar afecta el principio *reformatio in peius*.

En materia de costas afirma que “Por su parte, entiendo que la representación del Estado –Servicio Nacional de Rehabilitación– ha argüido dentro del marco de su competencia, regida por la ley 24901 art. 3 2º párr., por lo cual, si bien es cierto que es una obligación del Estado Nacional la protección en general de toda persona con discapacidad, entiendo que no resulta adecuada la condena en costas del ente autárquico en cuestión” (Pág. 4 de su dictamen). Afirmación que carece de sentido en el caso.

No hay análisis de normas, solo las menciona ni de jurisprudencia ni de doctrina. En síntesis, no alcanza el nivel mínimo de aceptabilidad.
Calificación 10/50.

3) Concursante identificado como EB.

El dictamen tiene ocho carillas, el estilo, la redacción y el manejo del lenguaje jurídico son satisfactorios.

La presentación del caso es precisa y clara.

En el apartado IV ingresa en los agravios del recurrente.

El primero es el referido al acompañante terapéutico, analiza la normativa invocada y propone la armonización de los conceptos que refieren a la protección de la salud, a la integridad física, desarrollo de una vida digna, protección de los discapacitados, respeto a su dignidad, protección de los niños. Hace eje en el carácter de niño y discapacitado configurando un tipo de vulnerabilidad.

En el apartado V trata el agravio del reintegro de la matrícula escolar. Supera acertadamente la limitación de la Cámara que entendía que al pedir las cuotas de marzo a diciembre la matrícula quedaba excluida, con apoyo en las constancias de pago del colegio en las que se advierte que el pago de la matrícula se realiza justamente dentro de los períodos de educación básica (entre marzo y diciembre de cada año)

Invoca la obligación de progresividad de los derechos y la prohibición de regresividad para reforzar el reconocimiento del derecho a percibir el valor de la matrícula. Resuelve asimismo con acierto e invocación de jurisprudencia de la Corte que aún tratándose de amparo el reintegro es pertinente porque está vinculado con la preservación de la salud y la integridad psicofísica.

En el apartado VI trata el tercer agravio que es la imposición de las costas, se hace cargo de que la cuestión es en principio ajena al recurso del art. 14 de la ley 48 con mención de fallos de la Corte pero propone que en atención a la solución que propicia (admitir en su totalidad la reclamación de la actora) las costas deben aplicarse a la vencida.

Acierta en el plexo normativo que introduce y en el modo en que vincula sus disposiciones (Leyes 24901, 22431, 23660, 23661, 24754, 26378, 16378, 48).

Si bien no cita expresamente jurisprudencia de la Corte, se advierte que los criterios de los fallos están presentes en el tratamiento de la cuestión.

Transcribo dos párrafos que ejemplifican bien la calidad del dictamen “El primer agravio del recurrente es solicitar la cobertura integral y total de la prestación asistencial de Acompañante terapéutico. Los sentenciantes acotan esa cobertura valorando los dichos de la Lic. Hebe Bellocchio en cuanto que por pedido de la Obra social facturaba en concepto de apoyo a la integración escolar y por ello no otorgaban el concepto de acompañante terapéutico. Parecería tratarse sólo de una cuestión semántica si no fuese porque ello implica que un niño discapacitado no cuente con el acompañamiento que requiere según prescripción médica (conf. fs 16/17 y 19) y que implica una violación e incumplimiento de sus derechos constitucionales” (Pág. 3 de su dictamen)

“Para arribar a tal conclusión, he ponderado las especiales particularidades del caso, la documentación acompañada y las defensas articuladas y sobretodo, la naturaleza y jerarquía de los derechos implicados y la función eminentemente tuitiva y de efectividad que debe tener la presente acción de amparo. Por un lado, los jueces han valorado los instrumentos internacionales y las leyes que amparan el derecho de educación relacionado con la salud del niño Goycolea y por otro, la han restringido estimando que no corresponde al período de escolarización básica el pago de matrícula anual” (Pág. 6 de su dictamen).

Resuelve todos los aspectos del caso que tienen relevancia (véase último párrafo punto III, punto V, págs. 2, 3 y 7) con exhaustividad.

Calificación 45/50.

4) Concursante identificado como FA.

El dictamen de once carillas es satisfactorio en cuanto a estilo, redacción, manejo del lenguaje jurídico.

Hay claridad expositiva y un desarrollo ordenado de argumentos.

Invoca exhaustivamente la normativa aplicable y acierta en el modo en que vincula sus disposiciones (Leyes 24901, 22431, 23660, 23661, 24754, 24901, 16378, 48, 26378).

Adviértase que hay un error material en la mención de la norma 16378 que debería ser 26378.

La presentación del caso es correcta. También la del REF y su procedencia, y el fundamento de la cuestión federal en la interpretación de los tratados internacionales, de la que excluye la imposición de costas por ser materia ajena al REF.

Entiendo que el modo en que alude a la tacha de arbitrariedad no es el adecuado toda vez que no se concedió el recurso por ese agravio.

En las págs. 4, 5 y 6 de su dictamen exhibe cierta confusión en la introducción de circunstancias y argumentos y también en las alusiones a los escritos del Servicio Nacional de Rehabilitación y de Swiss Medical. En el apartado IV comienza el análisis de las cuestiones sustanciales materia del recurso con una referencia al modelo de “indiferencia jurídica de las diferencias” propuesto por Luigi Ferrajoli a partir del cual interpreta las normas 22431, 23660, 24754, 24901.

Agrega que en la misma línea se ha expedido la Corte en varios pronunciamientos de los cuales menciona algunos. En ese marco hace eje en el principio de la cobertura integral y total de las prestaciones necesarias para favorecer la integración social de personas con discapacidad tanto más tratándose de un niño.

Propicia hacer lugar a los agravios referidos al reintegro de la matrícula y a la cobertura total del acompañante terapéutico con los reintegros desde el año 2011. No así como dije al agravio sobre imposición de costas.

En apoyo de la solución propuesta trae la distinción del filósofo Amartya Sen entre un esquema de justicia basado en instituciones y un esquema de justicia basado en realizaciones. Afirma que desde esta perspectiva la resolución de alzada está en flagrante contradicción con “el sistema que instauran las leyes federales y tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional cuya inteligencia se encuentra cuestionada en el caso de autos. Ello así, en tanto tales cuerpos normativos responden a un esquema de justicia basado en realidades” (Pág. 11 de su dictamen).

La mención de la jurisprudencia de la Corte es siempre oportuna y consolida la línea argumental de todo el dictamen, en el cual no incluye jurisprudencia internacional.

Vale la pena citar “En tal sentido, la Corte ha dicho que los jueces están facultados para discurrir los conflictos litigiosos y dirimirlos según el derecho vigente, calificándolo la realidad fáctica y subsumiéndola en las normas que la rigen con prescindencia de los fundamentos jurídicos que invoquen las partes (fallos 310:2733). Ello es así, máxime en el caso

de autos, cuando –en realidad– como señaló la Sra. Defensora en su dictamen de fs. 289/290 ‘dicho rubro fue incluido al reclamar períodos de educación básica’. Por ende, aunque la recurrente no haya mencionado expresamente el nombre del rubro, en razón de reclamar cobertura de prestaciones educacionales, la matrícula (2013) no puede considerarse como excluida de tales prestaciones según lo dispuesto por la normativa vigente en la materia” (Pág. 10 de su dictamen).

Calificación 43/50.

5) Concursante identificado como GI.

El dictamen tiene ocho carillas.

La presentación y el estilo son adecuados.

Se expide sobre condiciones de admisibilidad y entiende que hay caso federal (“cuestión federal simple”).

Advierte que el agravio por arbitrariedad fue denegado.

Menciona prolijamente la sentencia de Cámara recurrida y la pretensión del amparista en la demanda y sus agravios ante la sentencia de 1º instancia y luego en el REF.

Entiende que la suerte de la controversia se decide a partir de normativa federal, y pactos internacionales que enumera.

Refiere la secuencia de las leyes que regulan el seguro de salud, sin aludir a la Ley 26682 y se detiene en la Ley 24901.

Buena parte del dictamen consiste en el análisis de la causa “Cambiaso Peres de Nealón” (C-595.xli., 28-8-2007) sobre el que va y vuelve, que ocupa 2 1/2 páginas y es la línea argumental más desarrollada en el texto. Refiere especialmente los votos en disidencia de los jueces Highton, Argibay y Lorenzetti (en punto a las obligaciones de la ley 24901 en relación con las empresas de medicina prepaga).

Menciona los precedentes “Giroldi”, “Mazzeo”, “Videla”, “Massera” para señalar que el análisis no puede detenerse en el derecho interno sino que los jueces están obligados a un control de convencionalidad, pero no hace uso de los tratados y convenciones que ya citara, ni incluye jurisprudencia internacional.

Critica fuertemente el REF para concluir en que no hay cuestión federal porque la lectura de la Cámara de las normas aplicables al caso no es contraria a los derechos cuya protección pretende el amparista. Esta afirmación es contradictoria y confusa porque ya se había expresado en el sentido de que había caso federal.

Añade que no habiéndose concedido el REF por arbitrariedad ninguna de las pretensiones denegadas pueden ser analizadas en el marco del recurso extraordinario.

También agrega que el amparo no es vía idónea para dirimir el conflicto suscitado entre el actor y el demandado, tema que, como es obvio, no es materia de agravio, toda vez que el recurso es del amparista.

No trata el agravio sobre costas.

La estructura formal del dictamen no es objetable, pero la base argumentativa se reduce casi exclusivamente al tratamiento de un precedente de la CSJN, el tratamiento de los agravios es sesgado, de una generalidad excesiva y débil argumentativamente, entre otras razones por la contradicción ya señalada.

Calificación 22/50.

6) Concursante identificado como GO.

El dictamen tiene solo cinco carillas de las cuales 4 las dedica al relato de los hechos.

La presentación no cumple con las reglas de forma establecidas en la consigna y la exposición es pobre.

Trata de manera escueta y superficial los agravios incluido el de las costas (en donde parece darle razón a la Cámara).

Entiende que el caso procede por interpretación de la Ley 24901 y por arbitrariedad (agravio que fue denegado y cuyo tratamiento no justifica). No argumenta a partir de las normas federales e internacionales aplicables al caso.

Erra cuando se detiene en el rechazo a la apelación interpuesta por el Servicio de Rehabilitación, toda vez que éste no interpuso REF.

Confusamente se extiende en las contestaciones de las demandadas al REF para concluir que las mismas no tienen entidad suficiente para refutar los fundamentos sobre la procedencia de la vía.

Cita de manera incompleta el plexo normativo federal aplicable. En materia internacional solo menciona la Convención sobre los Derechos del Niño.

En síntesis, la presentación no reúne requisitos mínimos de aceptabilidad.

Calificación 10/50.

7) Concursante identificado como IA.

El dictamen tiene seis carillas. Cumple reglas de forma y es muy escueto.

El estilo y la utilización del lenguaje jurídico es pobre.

Trata el agravio por arbitrariedad como si hubiera sido concedido pese a que previamente afirma que ello no ocurrió.

Alude a la violación al derecho de defensa en juicio y de la garantía del debido proceso que no están introducidos por el actor.

Se extiende en la cuestión de los requisitos formales con cita en Villagran Morales (Corte Interamericana) Menciona especialmente el caso “Cambiaso Péres de Naelón Celia María Ana y otros c/ Centro de Educación Médica e Investigaciones Médicas” (causa C.595.XLI, de fecha 28 de agosto de 2007) y por eso centra su análisis en la interpretación armónica de las leyes 24901 y 24754 aunque invoca también las normas 22431, 23660, 23661,24754, 24901, 48 y 16986.

Dedica varios párrafos incluso con jurisprudencia internacional para explicar que no tendrá en cuenta la Acordada 4/2007 de la CSJN

Propicia la admisión del agravio sobre las cuotas y asistencia del acompañante terapéutico. No admite, en cambio el agravio respecto de la matrícula escolar por no integrar la demanda (principio de congruencia).

Mi impresión es que el enfoque global es desacertado. Más allá de la solución que sostiene creo que el defecto fundamental reside en que construye el dictamen en torno a la arbitrariedad (agravio que fue desestimado) y no da razones suficientes para abordar por el camino de las cuestiones federales involucradas, la evaluación de circunstancias fácticas dirimentes.

En algún momento parecería intentar ese camino pero la fundamentación es deficitaria. No menciona el tema de las costas

En síntesis creo que el análisis es poco fundado y los argumentos no son suficientes.

Calificación 10/50.

8) Concursante identificado como IS.

El dictamen tiene seis carillas. Cumple reglas de forma, hay errores ortográficos y de redacción (vg. “ocaciones”, “swizz”).

El estilo es pobre y la fundamentación tan sucinta que no alcanza para validar la presentación. El uso del lenguaje jurídico es muy elemental.

Contiene muchas generalidades.

En el desarrollo del texto se pasa, sin solución de continuidad de lo decidido en las instancias inferiores al contenido del REF.

Destaca como está integrado el sistema de salud (Pág. 3 de su dictamen). Menciona los tratados internacionales y la definición de la noción de salud de OMS.

En el apartado IV resume bien algunas circunstancias que están fuera de debate porque no han sido discutidas por las demandadas lo que

le sirve para concluir “la sentencia en crisis vulnera el plexo jurídico vigente en especial al tratarse de un menor discapacitado, categorías de especial tutela” (Pág. 5 de su dictamen).

Las normas federales (24901, 22431, 26378, 23849, 23660, 24754, 48, 23661, 25280, 26061) y los pactos internacionales apenas son mencionados.

No trata el tema de las costas.

La solución propiciada es correcta pero se torna débil por falta de fundamentos.

En síntesis, el texto se asemeja más a un resumen apurado que a un dictamen que se autoabastezca.

Calificación 15/50.

9) Concursante identificado como MF.

El dictamen de solo cinco carillas dedica tres a resumir el expediente, y en ese relato se incluye tramos del proceso que al momento de considerar el REF son irrelevantes (vg. Concesión de cautelar, la apelación del Servicio Nacional de Rehabilitación)

El estilo de redacción y la utilización del lenguaje jurídico son regulares.

Menciona las normas de carácter federal y los tratados internacionales pero en ningún momento los usa como fundamento de su opinión con lo cual el dictamen parece apoyarse solamente en el sentido común. No utiliza jurisprudencia.

No se hace cargo de que la arbitrariedad fue desestimada y por ese único agravio hace lugar al recurso.

No incluye el agravio respecto de las costas.

La solución que propicia puede ser correcta pero no tiene un mínimo aceptable de fundamentación.

Calificación 10/50.

10) Concursante identificado como NC.

El dictamen tiene cinco carillas. El estilo y la redacción del dictamen es elemental; no hay nada que destacar en la utilización del lenguaje jurídico.

Identifica correctamente la concesión del recurso.

Entiende que hay caso federal y explicita que no puede pronunciarse sobre la arbitrariedad.

Se refiere a la protección del derecho a la salud y a la no discriminación de las personas con discapacidad.

Aunque admite que no es una cuestión principal dedica casi una página a la vía del amparo que no es materia de agravio y reclama como posición personal que se regule el art. 43 de la CN.

Dedica casi 3 páginas y medio al relato y solo una y media a la cuestión de fondo.

No utiliza las normas que invoca para fundar su presentación, prácticamente no hay desarrollo argumentativo y la pobreza de argumentos lo descalifica como dictamen

Lo único interesante es que introduce como un derecho afectado el de la no discriminación. Sólo refiere al tema de las costas al resumir la sentencia de Cámara.

Menciona las leyes 16986, 24901, 24754, 26682 pero no las utiliza. Muy pobre en fundamentos, no alcanza el nivel del dictamen que se le pidiera.

Calificación 10/50.

11) Concursante identificado como ÑA.

El dictamen tiene diez carillas, cumple las reglas formales, es correcto gramatical y ortográficamente.

El estilo y la redacción resultan satisfactorios, toda vez que permiten una comprensión clara y precisa del proceso en las instancias anteriores, de los agravios del recurrente y de la solución que sugiere.

Funda bien la admisibilidad del recurso en tanto cuestiona la interpretación de normas federales y de convenciones internacionales. Hace buenas consideraciones respecto de las circunstancias acreditadas en el expediente que sustentan la cuestión federal que habilita el recurso. Destaca que la necesidad de contar con un ayudante terapéutico es condición para el éxito del programa de inserción social educativa del niño ha sido reiterada a lo largo de la causa y es decisiva para la solución del caso.

Agrega “si bien el rechazo de la acción de amparo no es en principio revisable por esta vía, se debe hacer una excepción cuando la desestimación de la acción produce un agravio de tardía, insuficiente o difícil reparación ulterior” (pág.3 de su dictamen) y concluye en que el caso encuadra en tales parámetros.

Enfoca, además, la cuestión desde la condición de la actora como consumidora en posición de subordinación estructural, lo que amerita habilitar la vía sumaria.

Sustenta su análisis en una cuidada referencia a fallos de la Corte Suprema de Justicia, respecto de la interpretación armónica del plexo normativo aplicable (ley 22240, 27754, 23661, 26682, como también el pronunciamiento del Ministerio Público, L.85 L. XLVII, L. Edith Silvia c.

Centro de Educación Médica e Investigaciones Clínica Norberto Quirno-CEMIC- s. Amparo, 8-5-2013).

Buena mención y extenso tratamiento de la jurisprudencia nacional y de la Corte Interamericana. Es muy interesante la referencia a cuáles son los criterios que deben guiar una adecuada interpretación de las normas que imponen una acción positiva del Estado frente a casos particulares (Págs. 8 y 9 de su dictamen).

Caracteriza la situación en análisis como una de aquellas en las cuales las leyes dictadas por el Estado le imponen a este un mandato de acción positiva.

Resume la argumentación en un párrafo que cito por su pertinencia: “Este punto de partida, debe guiar la adecuada interpretación de estos preceptos en su aplicación en casos particulares, considerando no limitar el alcance de las prestaciones a las que las personas con discapacidad deber tener acceso para alcanzar mayor inserción en la vida social, y en especial adoptando como punto de partida de cualquier examen no sólo la subordinación contractual con las empresas de medicina prepaga, sino también, fundamentalmente la condición de discriminación estructural que subyace a esta relación, y que es deber del Estado democrático transformar a través de políticas distributivas y de reconocimiento (cfr. Owen Fiss, “Groups and the Equal Protection Clause, en Philosophy and Public Affairs, Volumen 5, p. 107, 1976, Reva Siegel, “El discurso de la igualdad. Los valores de antisubordinación y anticlasificación en las luchas constitucionales en torno al caso Brown”, en R.Post, y R. Siegel., “Constitucionalismo Democrático”, Siglo XXI, Bs, As, 2013, p. 174)” (Pág. 9 de su dictamen)

Define de modo indubitable que el recurso es procedente, que deben admitirse los agravios del recurrente pero luego de evaluar las constancias de la causa que no fueron debidamente evaluadas propone “En atención a los términos en que fue concedido el recurso extraordinario, no corresponde examinar si el tribunal ha valorado razonablemente la prueba, sino si es adecuada y conforme a derecho su interpretación de la normativa federal aplicable al caso, en función de lo cual ha acotado las prestaciones que le corresponde a cubrir a la entidad demandada y al Estado Nacional en forma subsidiaria, ordenando no cubrir la prestación requerida por la familia, sino otra, que tiene un alcance significativamente más acotado” (pág. 5 de su dictamen).

En cuanto a la solución propiciada el postulante entiende que hay que hacer lugar a la cobertura de la matrícula escolar, a la cobertura integral de un ayudante terapéutico, no dice nada de las costas.

Así propone declarar procedente el REF, revocar la sentencia de Cámara y devolver las actuaciones al tribunal de origen para que dicte un nuevo fallo conforme a derecho.

Calificación 47/50.

12) Concursante identificado como SE.

El dictamen tiene ocho carillas.

Cumple reglas formales, de corrección gramatical, estilo, redacción y utilización del lenguaje jurídico correctamente. Es adecuado el resumen de la causa y del REF.

En el apartado II hay dos aclaraciones preliminares interesantes, una que refiere a la intervención necesaria del MPD y la otra en el sentido de que no le corresponde al MPF sino a la Corte evaluar el cumplimiento de la acordada 4/2007 por parte del recurrente.

En el apartado III entra en la consideración de los agravios federales y proporciona una adecuada interpretación del recurso en el sentido de que las referencias a la errónea, parcial e incorrecta evaluación de las pruebas efectuada en las instancias anteriores no obstan la procedencia del recurso porque a través de ellas quedan evidenciadas las cuestiones federales, con lo que supera la denegatoria del agravio por arbitrariedad.

Cito por pertinencia: “El silogismo constitucional que corresponde examinar es si la denegatoria de estas dos peticiones por parte de la sentencia, afectan el derecho federal que el apelante funda en ellos y corresponde hacer una declaración sobre el punto disputado (art. 14 inc. 3° de la ley 48). En el caso se ha planteado a mi juicio un asunto constitucional idóneo, pues se ha puesto en tela de juicio la inteligencia de previsiones federales atinentes al derecho a la salud y la integridad psicofísica de las personas menores de edad y discapacitadas en el contexto de la institución del amparo (Fallos 332:1394).” (Pág. 6 de su dictamen)

Por fin con igual precisión muestra que la labor realizada por la psicopedagoga que asiste al niño corresponde a la de un acompañante y que es irrelevante el nombre que se le asigne a esa actividad que tiende a la integración social del afectado y a la satisfacción de una cobertura integral (cuotas y matrícula). No menciona el tema de las costas.

En el apartado IV desarrolla de forma clara, ordenada y exhaustiva sin extenderse en demasía los derechos afectados, la naturaleza federal de esa afectación, las incoherencias de la Cámara, por ejemplo como puede asistir el niño a la escuela, aún cuando se reconozca la obligación de satisfacer las cuotas escolares, si se excluye el pago de la matrícula.

Hace mención expresa de de las normas federales e internacionales aplicables y de jurisprudencia (Fallos de Corte IDH, CSJN sobre niñez, salud y discapacidad). También señala con acierto que las disposiciones de la ley 24901 y las resoluciones del programa médico obligatorio son un piso y no un máximo lo que abona la idea de la cobertura integral.

Por último subraya que según doctrina de la CSJN (cita un fallo) la actividad “mercantil” de la demandada no puede oponerse a que “el efecto de los derechos fundamentales sea irradiado con eficacia

horizontal”, es decir entre privados como lo ha dicho la Corte en numerosas decisiones.

Propone hacer lugar al REF, revocar la sentencia “por los fundamentos del punto IV” de su dictamen.

Calificación 45/50.

13) Concursante identificado como SI.

El dictamen tiene siete carillas, es correcto gramatical y ortográficamente, el estilo y la redacción son aceptables.

Identifica correctamente la concesión del recurso. Entiende que hay caso federal (por leyes nacionales, tratados y actos de autoridad), y si bien no hubo queja por arbitrariedad, afirma que tratará las cuestiones que involucran hechos y prueba porque resultan inseparables de las cuestiones federales por las que el REF procede (con citas jurisprudenciales pertinentes).

Considera que no cabe el tratamiento del agravio relativo a la distribución de las costas del juicio, por ser ajeno a la instancia federal de excepción.

Alude con acierto, aunque sin exhaustividad a los tratados internacionales y a las leyes 48, 23661, 24901, 26378, 24754, 16986, jurisprudencia nacional e internacional.

Argumenta que la interpretación del alcance de los derechos en el campo de la salud y en la situación de una persona con discapacidad; lo establecido por la ley 24901 y el principio a favor del consumidor imponen el reconocimiento de los derechos a una rehabilitación integral y a las prestaciones terapéuticas educativas.

Releva la incompatibilidad de la sentencia de Cámara al no admitir el reintegro de lo abonado en concepto de matrícula escolar, con lo dispuesto por la res. 15/2012 de la superintendencia de Salud. En el mismo punto destaca con acierto que Swiss Medical, al contestar el amparo, de la prestación en su integridad, no diferenció entre matrícula y cuotas. Asimismo está bien tratado el incumplimiento que denuncia la actora de la prestación relativa al acompañante terapéutico, con buenas referencias a la causa.

Propicia hacer lugar al recurso y dejar sin efecto la sentencia apelada.

En síntesis, el dictamen está bien presentado, estructurado y fundado, aun cuando lo sea de manera sencilla y breve.

Calificación 40/50.

14) Concursante identificado como XW.

El dictamen tiene siete carillas, el estilo y la redacción no destacan, utiliza bien el lenguaje jurídico.

La presentación es pobre. Va y viene sobre si el recurrente mantuvo la cuestión federal más allá de que reconoce que siempre se hizo reserva de la misma. Muy confuso en la exposición de los hechos.

Menciona el tema de las costas sólo al detallar las sentencias de 1° instancia y Cámara.

Prácticamente no hay análisis del fondo ni fundamentos ni referencias a doctrina, fallos o legislación sobre protección integral a la salud, discapacidad, normativa internacional, leyes federales. Menciona las leyes 16986, 48 y 24901.

Rechaza recurso por no cumplir requisitos de fundamentación autónoma.

Calificación 10/50.

15. Concursante identificado como YJ.

El dictamen tiene seis carillas.

El estilo, la redacción y el uso del lenguaje jurídico es adecuado.

Considera admisible el recurso por hallarse en discusión normas de jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22 CN), sostiene que hay cuestión federal simple.

Entiende que corresponde tratar los agravios sustentados en la arbitrariedad (aunque este agravio fue denegado) porque están unidos a la interpretación de normas de alcance federal.

No se expide respecto de requisitos de la Acordada 4/2007 con apoyo en el criterio de la Procuración.

En cuanto a la cuestión de fondo afirma que debe examinarse a partir del bloque de tratados internacionales y de la pauta hermenéutica del art. 75, inc. 23 CN, que cita, con particular referencia a los niños y personas con discapacidad.

Menciona la doctrina de la CSJN respecto de la obligación del Estado de asegurar el derecho a la salud y las leyes 24901 y 26378 para considerar la procedencia de todos los agravios contenidos en la concesión del REF, incluidas las costas al que le dedica un párrafo especial.

La presentación es breve pero correcta en su argumentación.

Satisface los requisitos de un dictamen aunque podría haberse extendido en argumentos. No faltan consideraciones apropiadas y la estructuración del texto es ordenada y coherente.

Calificación 35/50.

16. Concursante identificado como ZT.

El dictamen tiene ocho carillas. La corrección gramatical, el estilo, la redacción y la utilización del lenguaje jurídico son correctos.

Trata la admisibilidad y considera la existencia de cuestión federal en atención a las normas en juego (leyes 24901, 22431, 23660, 23661, 24754, 23849 y 26378).

Funda en la relación inescindible entre las cuestiones federales en juego y los aspectos fácticos, el relevamiento de estos últimos aún cuando el agravio por arbitrariedad fuera denegado (con remisión a fallos de la CSJN).

Entiende apropiado hacer consideraciones respecto del amparo y su adecuada utilización en casos como el de autos.

En cuanto al fondo del asunto se expone en consideraciones muy generales que parten de la idea de que las normas no se pueden analizar por separado sino de forma integral, comenzando por las de mayor rango lo que explica que formule su dictamen con apoyo básicamente en los tratados internacionales que menciona (con especial referencia a la Convención de los Derechos del Niño y de la Convención sobre los Derechos de las personas con discapacidad).

Enfatiza las obligaciones que esas convenciones imponen al Estado y el principio de que los derechos y deberes allí consagrados son normas jurídicas operativas “con vocación de efectividad” y no meras declaraciones. Asimismo hace eje en las disposiciones de la ley 24901, 26378 y 24754 y en el fallo (Cf. Q. 64. XLVI, in re Q., C., S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo).

Enfatiza el perjuicio y la restricción de los derechos del menor que derivan del excesivo rigor formal con que la Cámara deniega el reembolso de cuotas escolares y el pago de la matrícula.

La solución que propicia (reconocer la procedencia de la reparación integral, la extensión de la cobertura tanto en un establecimiento educativo común para favorecer el desarrollo y la inclusión del menor, como su apoyo y acompañamiento terapéutico, “y a solicitarla desde el momento en que es debida dicha prestación” (Págs. 7 y 8 de su dictamen) se deriva razonablemente de la argumentación que propone.

Dedica un párrafo a defender que en atención a los derechos en juego en lugar de reenviar a la Cámara se resuelva en la CSJN el fondo del asunto.

Propone revocar la sentencia apelada en su totalidad, con lo cual podría entenderse que incluye la cuestión de costas.

Calificación 38/50.

ANEXO

G.I c/Swiss Medical S.A/s/amparo

1. Reseña del expediente.

El padre de un niño con discapacidad por sí y en representación de su hijo menor de edad inició amparo contra una empresa de medicina prepaga Swiss Medical con el objeto de que la demandada cubra las cuotas escolares en un colegio privado y el servicio de acompañante terapéutico a favor del niño atento las circunstancias especiales que lo afectan. La Cámara Federal de Bahía Blanca hace lugar a la cobertura de las cuotas escolares desde el año 2009. No obstante, en contra de lo que había decidido el juez de primera instancia, negó la cobertura de “acompañante terapéutico” (que está a cargo de un agente de salud que actúa como reforzador externo del niño para lograr su inserción en el medio social y el desarrollo de funciones autónomas¹) y la limitó al “servicio de apoyo a la integración escolar” (que está dirigida al apoyo pedagógico y curricular de los niños) en horario escolar. También negó la cobertura de la matrícula escolar porque no había sido solicitada con la interposición de la demanda.

El recurso extraordinario interpuesto por la amparista fue concedido por la Cámara. Solo en cuanto al agravio referido a la interpretación de normas federales. Rechazó, en cambio la tacha de arbitrariedad. El recurrente no opuso queja por esta denegatoria.

2. Acción y objeto: En acción de amparo contra Swiss Medical S.A fue requerido un conjunto de prestaciones adecuadas a un niño con discapacidad. En particular se solicitó:

- cobertura integral al pago de **cuotas escolares** del establecimiento educativo Rosario Vera Peñaloza de Bahía Blanca, a partir de septiembre de 2012.
- cobertura total a la prestación **acompañante terapéutico** a partir de septiembre de 2012.

¹ El acompañante terapéutico cumple el rol de reforzador externo. Acompaña, cuida y estimula y procura a integrar socialmente a personas que se encuentran imposibilitadas de desarrollar, de modo autónomo, ciertas actividades de la vida diaria, recreativas, laborales y /o escolares. Es un facilitador, que busca mayores niveles de autonomía en el sujeto y su integración con el entorno y la comunidad. Funciona como un nexo entre el paciente y los profesionales médicos (fs. 59/61 de la acción de amparo).

- Reintegre las **diferencias monetarias por la categorización incorrecta** de acompañante terapéutico como “apoyo a la integración escolar”, para los períodos marzo/diciembre de los años 2009, 2010 y 2011 y marzo/agosto del año 2012.

2. Hechos: la discapacidad y los tratamientos ordenados

Cuando I.G tenía la edad de 4 años tantos sus padres como los docentes del jardín de infantes comenzaron a notar algunas dificultades en su comportamiento. De acuerdo con el certificado médico de 20-02-09, expedido por médica neuróloga, el niño posee discapacidad mental transitoria, trastorno del lenguaje y del aprendizaje, total temporal. En el año 2009 -cuando I.G comienza primer grado- la médica neuróloga solicita un acompañante terapéutico en horario escolar de 8 a 13. Según la actora, por pedido expreso de la entidad la doctora comenzó a solicitar la cobertura como “apoyo a la integración escolar” en lugar de “acompañante terapéutico”.

En el año 2010 se le diagnosticó “trastorno sensorial asociado a la velocidad de proceso de la información”.

El niño asiste al establecimiento educativo Vera Peñaloza desde sus primeros meses de vida. Desde el tratamiento iniciado en agosto de 2009 con la psicopedagoga, se produjeron cambios positivos y el niño logró pasar a segundo grado sin adaptaciones curriculares. De acuerdo con lo informado por los padres recibe contención y acompañamiento permanente desde la institución y se han producido múltiples progresos. Según los informes profesionales, la escuela tiene como objetivo la atención de niños con necesidades educativas especiales y proyectos de integración. También por certificado médico se sugirió, teniendo en cuenta los avances evidenciados, la continuación del niño en la institución con el mismo equipo de profesionales. Según un informe de su acompañante terapéutico (del 17/08/12) el niño ha logrado pasar a cuarto grado con pocas adecuaciones escolares, ha desarrollado un sentido de pertenencia con la institución, ha logrado insertarse socialmente y desarrollado un buen vínculo con ella y sus docentes.

La entidad de medicina prepaga se ha negado a cubrir la prestación “acompañante terapéutico” en razón de que no se encuentra prevista en el nomenclador de prestaciones básicas de atención integral a favor de las personas con discapacidad.

3. Las decisiones judiciales

. Primera instancia:

El juez de primera instancia (fs. 68/69) hizo lugar a la medida cautelar solicitada ordenándole a la entidad abonar la cuota escolar y la cobertura de un acompañante terapéutico. Esta decisión fue confirmada por la Cámara Federal de Bahía Blanca (fs. 135/136).

El 13 de marzo de 2013 se emitió la sentencia de fondo en la que se hizo lugar a la acción de amparo y se ordenó a Swiss Medical y en forma subsidiaria al Servicio Nacional de Rehabilitación de las Personas con Discapacidad- integrado a la litis a partir del pedido del defensor oficial-:

- la cobertura total de las cuotas escolares del colegio Rosario Vera Peñaloza desde septiembre de 2010 (fecha en que el amparista presentó la solicitud en la obra social).
- la cobertura total de la prestación acompañante terapéutico, abonando las diferencias desde febrero de 2011 en adelante - atento a lo informados a fs. 196- y rechazándola por los períodos anteriores.

. Segunda instancia:

La sentencia referida fue apelada por el amparista, el Servicio Nacional de Rehabilitación y Swiss Medical.

El Fiscal de Cámara opinó que se debía hacer lugar al reclamo relativo al reembolso correspondiente a los períodos cursados para los años 2009 y 2010 como así también las diferencias por el servicio profesional de acompañante terapéutico pues si bien el amparo no constituye la vía apta para encauzar dicha solicitud, se trata de aspectos íntimamente vinculados con la cuestión de fondo debatida, proporcionadas a la entidad de los derechos en juego y porque replantear el caso en otro proceso constituiría un dispendio jurisdiccional.

La Cámara Federal Civil y Comercial de Bahía Blanca (fojas 187/190), confirmó parcialmente la sentencia de grado. Admitió el amparo y mantuvo la condena a la entidad SWISS MEDICAL S.A. y en subsidio al Estado Nacional-Servicio Nacional de Rehabilitación de las Personas con Discapacidad respecto de:

- la cobertura total de las cuotas escolares del niño incluyendo el reembolso de cuotas correspondientes a los períodos 2009 y 2010.

- Rechazó, sin embargo, el reembolso de la matrícula escolar de 2013 y
- desestimó el pedido de cobertura de un “acompañante terapéutico”, limitándolo a un “apoyo pedagógico a la integración escolar”.

Para decidir como lo hizo, la Cámara entendió, en relación con las cuotas escolares, que tratándose de un niño con discapacidad tiene derecho a la cobertura integral. Destacó que, acreditada la edad y la recomendación médica, el menor queda comprendido en el punto que regula la educación general básica. Recordó la doctrina del tribunal vinculada con el tratamiento de acreencias dinerarias en el marco del amparo cuando están vinculadas íntimamente con las cuestiones de fondo debatidas y atento a la entidad de los derechos en juego. Refirió que las obligaciones que surgen del contrato de medicina prepaga, exceden el mero plano negocial, siendo jurisprudencia constante de la Cámara el carácter enunciativo del PMO. Resaltó que la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CPD) impone la realización de “ajustes razonables”.

Rechazó el reintegro de la matrícula porque no había sido expresamente pedido en la demanda y, con lo cual de admitirlo se estaría violando el principio de congruencia.

Entendió que no correspondía la cobertura y el reembolso de gastos en concepto de “acompañante terapéutico”, sino sólo como servicio de “apoyo a la integración escolar” pues en el informe que obra a fojas 33/35 del expediente, la psicopedagoga que asiste al niño, indica que es esa la labor asistencial que viene realizando con I.G.

Consideró la procedencia de la condena en subsidio del Servicio de Rehabilitación para las Personas con Discapacidad, en base a sus precedentes y la jurisprudencia de la Corte, y el deber de garantía y rectoría del Estado Nacional en relación con las prestaciones para las personas con discapacidad de acuerdo a la ley 24.901 y el sistema nacional de salud.

Postuló que las costas se impusieran por su orden.

El recurso extraordinario

Contra ese pronunciamiento la parte actora interpuso recurso extraordinario federal (fojas 191/198) que fue concedido por la Cámara (fojas 232) en cuanto al caso federal, y rechazado respecto a la tacha de

arbitrariedad de la sentencia, cuestión que quedó consentida por el apelante.

El recurrente sostuvo, en síntesis, que la sentencia, al rechazar la pretensión respecto de un servicio de acompañante terapéutico violó el principio de cobertura integral de las prestaciones básicas para las personas con discapacidad establecido en la leyes 24.901, 23.661 y, como consecuencia, derechos reconocidos en la Constitución Nacional y en diversos tratados internacionales de derechos humanos tales como la Convención Interamericana Para la Eliminación de todas Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, la Convención de Naciones Unidas sobre Personas con Discapacidad, y la Convención de Derechos del Niño, así como el derecho a la salud consagrado en el artículo 12, Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la protección de la familia del artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y el mandato del artículo 75 inciso 23 de la Constitución Nacional.

Estima que el tribunal realizó una errónea interpretación de la ley aplicable, no evaluó adecuadamente las necesidades particulares del niño acreditadas en el expediente, limitó las prestaciones a un servicio de apoyo de integración escolar merituando lo que determina un nomenclador y prescindiendo de las prescripciones médicas acompañadas en el proceso que indican que lo que el niño necesita es un acompañante terapéutico. Sostuvo que el acompañamiento terapéutico es lo apropiado para la inserción social del niño pues brinda cuidados especiales, facilita la integración del niño en el medio escolar, su adaptación al programa metodológico y curricular, así como fundamentalmente sus vínculos afectivos con los docentes y con los otros niños y en enlace entre la escuela, la comunidad que la rodea y la familia.

El recurrente también se agravió por la negativa a cubrir la matrícula escolar en virtud de que la Resolución 1511/2012 de la Súper Intendencia de Servicios de Salud establece que las prestaciones de carácter educativo se cubrirán hasta once meses. Manifestó que no se solicitó, de manera expresa, porque cuando las obras sociales cumplen la cobertura escolar abonar la matrícula.

Se agravió, por último, de la imposición de costas por su orden.