

S.C. R. N° 104; L. XLVII

*Procuración General de la Nación*

Suprema Corte:

-I-

Contra la sentencia dictada por la Sala N° 2 de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, que revocó lo resuelto en primera instancia en cuanto a la cobertura de diversos rubros por parte de la obra social demandada, la actora interpuso el recurso extraordinario de fs. 204/222, que fue concedido a fs. 234.

-II-

Respecto de la procedencia formal de la apelación, cabe advertir ante todo que –en lo que atañe al establecimiento educativo– el fallo encauza a los actores hacia el sistema público; y –en lo que concierne a las demás prestaciones que vienen en debate–, ordena que sean solventadas por la demandada, a través de los profesionales de la cartilla. Entiendo, sin embargo, que en ambos aspectos concurre un gravamen que –al par de actual– resulta irreparable o de muy dificultosa reversión ulterior, puesto que aquí se encuentran implicados la salud, desarrollo pleno e integración de un niño con discapacidad, factores que podrían verse afectados irreversiblemente por el cambio que –como se verá más adelante– conlleva el temperamento adoptado, en delicadas áreas del tratamiento integral garantizado por el estatuto jurídico aplicable.

Por lo demás, la apelación resulta admisible desde que se ha puesto en tela de juicio la inteligencia de normativa de carácter federal y la decisión impugnada es contraria al derecho que la recurrente pretende sustentar en él (art. 14 inc. 3 de la ley 48; Fallos: 332:1394 y sus citas).

Por ende, los argumentos de los litigantes o de los jueces de la causa no restringen la actuación de ese tribunal, sino que le incumbe a V.E. realizar una declaratoria sobre la controversia (doct. de Fallos: 329:5621; 330:2286, 2416, 3758, 3764, 4721; 333:604

y 2396).

Asimismo, atento a que la arbitrariedad que se atribuye al pronunciamiento guarda estrecha relación con la violación de los derechos constitucionales invocados, ambas aristas han de examinarse conjuntamente (arg. Fallos: 321:2764; 325:2875; 326:1007; 327:3536, 5736, entre muchos otros).

-III-

Los padres del niño D. R. –quien hoy día cuenta con ocho años de edad y padece Síndrome de Down– persiguen, en lo que aquí interesa, que se pongan a cargo de la Obra Social del Personal de la Salud (OSPSA) los siguientes rubros:-

i.- los estipendios de la psicopedagoga, la fonoaudióloga y la maestra integradora que atienden a su hijo D. Aquí la Sala determinó que esas prestaciones quedaran en manos de profesionales de la demandada. Relacionó esa solución con el principio general en el que se basaría la ley N° 24.901, aduciendo que si bien dicha norma contempla la intervención de especialistas que no pertenezcan al cuerpo de la obra social cuando su actuación resulte imprescindible por las características específicas de la patología, tal necesidad no surge de las constancias reunidas. Observó que las indicaciones médicas traídas al expediente, no contienen referencias al respecto.

ii.- los aranceles del establecimiento “Instituto América del Sur”, donde D. viene cursando su escolaridad. En este punto, el fallo sostuvo que la ley N° 24.901 prevé, cuando ello sea posible e indicado, la implementación de la escolaridad en un establecimiento común con integración, mientras que la Resolución N° 428/99 del Ministerio de Salud y Acción Social dispone que las prestaciones educativas incluidas en el nomenclador, serán provistas a aquellos beneficiarios que no cuenten con oferta educacional estatal adecuada a la índole de su discapacidad. En definitiva, se apoyó en que no está acreditada la existencia de alguna necesidad particular por la cual el menor deba concurrir a dicha institución, y menos aún la

14

S.C. R. N° 104; L. XLVII

*Procuración General de la Nación*

ausencia de una opción pública apta, extremo este último que se habría invocado tardíamente.

-IV-

Los fundamentos reseñados plantean dos delicados problemas, ligados –por cierto– inescindiblemente. Ellos son, de una parte, el relativo a la cobertura de acciones asistenciales, terapéuticas o educativas llevadas a cabo por efectores externos y, de otra, el atinente a la carga de la prueba de las circunstancias previstas en la Resolución N° 428/99 del Ministerio de Salud y Acción Social (punto 6 del Anexo I) y en el art. 39 de la ley N° 24.901.

No he de extenderme en consideraciones acerca de los principios rectores que rigen allí donde se ponen en juego los estatutos de la salud, la discapacidad y la niñez, pues tanto V.E. como esta Procuración General han tenido sobrada ocasión de expedirse en esta materia (conf. esp. desarrollo efectuado en el dictamen emitido *in re* S.C. A. N° 804, L. XLI, "Arvilly, Giselle Marina c/Swiss Medical S.A." fechado 14/2/2006; doctrina de Fallos: 321:1684; 323:1339 y 3229; 324:754 y 3569; 326:4931; 327:2127 y 2413; 328:1708; 329:2552; 330:3725; 331:2135; 332:1394 y sus citas). Sólo recordaré que, en esta particular área de los derechos humanos, los imperativos de integralidad, efectividad, accesibilidad en la restitución de derechos, promoción, atención privilegiada, disfrute de una vida plena y decente, máxima inclusión social de los niños con discapacidad y consideración primordial de su interés tienen jerarquía superior, imponiendo una dirección a la tarea interpretativa (conf. esp. arts. 75 inc. 22 y 23 de la Constitución Nacional; Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad [aprobada por Ley N° 26.378; esp. arts. 3, 7, 10, 23, 24, 25 y 26]; y Convención sobre los Derechos del Niño [esp. arts. 3, 23 y 24], con las que se alinea la ley N° 24.901 [esp. arts. 2, 11 y 15]; v. asimismo Observación General N° 9 "Los derechos de los niños con discapacidad" [CRC/C/GC/9 del 27/2/2007; esp. parág. 9.b, 11,

14, 29 y 30]; Resolución de la Asamblea General de la ONU "Normas uniformes sobre la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad" [A/Res/48/96, 48° período de sesiones; v. esp. Introducción, Preámbulo y arts. 2, 3 y 6]; Resolución CD 47.R1 sobre derechos humanos y discapacidad [OPS/OMS, 25/9/2006]; e Informe del Relator Especial sobre el derecho a la educación: "El derecho a la educación de las personas con discapacidades" [A/HRC/4/29 del 19/2/2007; esp. parág. 16 a 25, 42, 43 y 81]).

Me detendré sí en los dictámenes publicados en Fallos: 327:2413, 331:2135 y 332:1394, en los cuales se propició la perspectiva de que es la parte demandada la que debe ocuparse concretamente de probar –y poner a disposición– una alternativa entre sus prestadores, que proporcione un servicio análogo al que se persigue en juicio. Asimismo, se ponderó –*a contrario sensu*– que debía demostrarse la exorbitancia o sinrazón de la elección paterna, siendo que el Síndrome de Down lleva de suyo la necesidad de iniciar y mantener el tratamiento en establecimientos que cuenten con equipos capacitados, con modelos sistemáticos y, en principio, inclusivos, lo cual –insisto aquí– resulta un correlato propio de esa patología y de los progresos logrados por la persona afectada, que podrían desvanecerse de no continuar el proceso en curso (conf. A/HRC/4/29, parág. 10, 12, 25, 27, 40, 41, 84 "d", "e", "f" y "g"; Observación General N° 9, parág. 27 y 33).

En ese sentido, entiendo que el régimen propio de la discapacidad se ve desnaturalizado al dejar sin cobertura una necesidad central, con único fundamento en la ausencia de una prueba negativa que la ley N° 24.901 no exige. Como se vio, el *a quo* deriva su conclusión de una norma de rango inferior (la Resolución N° 428/99 del Ministerio de Salud y Acción Social [punto 6 del Anexo I]), cuyo texto tampoco autoriza a colocar una carga de tal magnitud en cabeza de la familia del niño discapacitado. Al contrario –y aun concediendo por hipótesis que pueda abrirse una duda a raíz de la limitación que introdujo la mencionada resolución ministerial–, frente a la disyuntiva, debió procederse con arreglo a las directrices tuitivas que dicho sistema impone en favor del niño D. y, por añadidura, de sus

4

S.C. R. N° 104; L. XLVII

*Procuración General de la Nación*

cuidadores (conf. Observación General N° 9, esp. parág. 12, 13 y 41).

A esta altura –ya en el plano de la doctrina de la arbitrariedad– resulta conducente el señalamiento de la interesada en cuanto a que la demandada guardó silencio frente al emplazamiento decretado a fs. 49 (segundo párrafo) y tampoco presentó en tiempo el informe del art. 8° de la ley N° 16.986; situación ésta que –aunque no conduce a un acogimiento automático de la demanda– tiene, de un lado, innegables consecuencias tanto a nivel de reconocimiento de la documental y de los hechos lícitos invocados en la demanda como en lo que hace a la oportunidad de las alegaciones que configurarán los términos del debate; y, de otro, obliga a actuar con extrema cautela en la apreciación de las circunstancias (v. fs. 42 –esp. ap. “d”–, 72, 72 vta., y 87). Tanto más, reitero, cuando reflexiones introducidas recién en la segunda instancia pueden llevar a la caducidad del derecho de cobertura integral, en un punto esencial para la rehabilitación e inserción social del niño discapacitado, como es el aprendizaje formal.

Valga tener presentes los alcances del art. 29 de la Convención sobre los Derechos del Niño que el Comité de los Derechos del Niño (ONU) analizó en la Observación General N° 1 (2001 – Anexo IX) “Párrafo 1 del artículo 29: Propósitos de la Educación” (CRC/GC/2001/1), donde se dijo –en lo que ahora nos interesa– que esas finalidades “...están directamente vinculados con el ejercicio de la dignidad humana y los derechos del niño, habida cuenta de sus necesidades especiales de desarrollo y las diversas capacidades en evolución. Los objetivos son el desarrollo holístico del niño hasta el máximo de sus posibilidades (29 (1) (a)), lo que incluye... potenciar su sensación de identidad y pertenencia (29 (1) (c)) y su integración en la sociedad e interacción con otros (29 (1) (d))...” El art. 29 “...no sólo añade al derecho a la educación reconocido en el artículo 28 una dimensión cualitativa que refleja los derechos y la dignidad inherente del niño, sino que insiste también en la necesidad de que la educación gire en torno al niño, le sea favorable y lo habilite... La educación a que tiene derecho todo niño es aquella que se concibe para prepararlo para la

vida cotidiana, fortalecer su capacidad de disfrutar de todos los derechos humanos y fomentar una cultura en la que prevalezcan unos valores de derechos humanos adecuados. El objetivo es habilitar al niño desarrollando sus aptitudes, su aprendizaje y otras capacidades, su dignidad humana, autoestima y confianza en sí mismo. En este contexto la "educación" es más que una escolarización oficial y engloba un amplio espectro de experiencias vitales y procesos de aprendizaje que permiten al niño, ya sea de manera individual o colectiva, desarrollar su personalidad, dotes y aptitudes y llevar una vida plena y satisfactoria en el seno de la sociedad... En armonía con la importancia que se atribuye en la Convención a la actuación en bien del interés superior del niño, en este artículo se destaca que la enseñanza debe girar en torno al niño: que el objetivo principal de la educación es el desarrollo de la personalidad de cada niño, de sus dotes naturales y capacidad, reconociéndose el hecho de que cada niño tiene características, intereses y capacidades únicas y también necesidades de aprendizaje propias.... Por lo tanto, el programa de estudios debe guardar una relación directa con el marco social, cultural, ambiental y económico del niño y con sus necesidades presentes y futuras, y tomar plenamente en cuenta las aptitudes en evolución del niño; los métodos pedagógicos deben adaptarse a las distintas necesidades de los distintos niños... Todo niño tiene derecho a una educación de buena calidad, lo que a su vez exige concentrar la atención en la calidad del entorno docente, de los materiales y procesos pedagógicos, y de los resultados de la enseñanza" (parág. 1, 2, 9 y 22; v. asimismo parág. 10 y 12 y Observación General N° 9 [cap. VIII y sus citas]).

-V-

Pienso que las pautas antes referidas resultan perfectamente extensibles al resto de los rubros que vienen en reclamo (psicopedagogía, fonoaudiología y maestra integradora). Los aspectos a los que están llamadas a dar respuesta todas esas

14

S.C. R. N° 104; L. XLVII

*Procuración General de la Nación*

prestaciones participan, en efecto, de objetivos promocionales comunes, e integran procesos (arg. art. 15 de la ley 24901) que suponen por definición una cierta estabilidad, donde el vínculo con un determinado profesional puede no resultar indiferente.

Asimismo –y desde el ángulo de la arbitrariedad– observo con la recurrente que en el escrito inicial se aseveró que la obra social estaba cubriendo las áreas psicopedagógica y fonoaudiológica a cargo de especialistas externos (fs. 30 vta.), hecho éste no desconocido en juicio por OSPSA, y corroborado en esta instancia (v. fs. 228 vta./229). La Sala omitió ponderar esa circunstancia (que se le había señalado a fs. 189 vta.), a pesar de la incongruencia que comporta discontinuar una cobertura que se venía suministrando, y agravar así la situación del enfermo anterior a la promoción de un trámite judicial en el que –además y como se vio–, la demandada ni siquiera se presentó en tiempo propio (arg. Fallos: 328:1708 consid. 9° y 10°).

Más allá de todo ello, cabe señalar que el art. 39 de la ley N° 24.901 estatuye que “[s]erá obligación de los entes que prestan cobertura social, el reconocimiento de los siguientes servicios a favor de las personas con discapacidad: a) Atención a cargo de especialistas que no pertenezcan a su cuerpo de profesionales y deban intervenir imprescindiblemente por las características específicas de la patología, conforme así lo determine las acciones de evaluación y orientación estipuladas en el artículo 11 de la presente ley”. A su vez, este último precepto dispone que “[l]as personas con discapacidad afiliadas a obras sociales accederán a través de las mismas, por medio de equipos interdisciplinarios capacitados a tales efectos, a acciones de evaluación y orientación... y todas aquellas acciones que favorezcan la integración social de las personas con discapacidad y su inserción en el sistema de prestaciones básicas” (el subrayado es mío).

De tal suerte, obligada como estaba OSPSA a llevar a cabo el respectivo análisis interdisciplinario con la finalidad expresa –insisto– de favorecer la integración social de D. y su inclusión en el sistema de prestaciones básicas, no me parece que –aún desde la

literalidad de la norma– sea posible asignar a la familia la responsabilidad de probar que es necesaria la intervención de operadores externos; sobre todo cuando, según se denuncia en la demanda, se habría realizado una auditoría médica (v. fs. 31), hecho éste no desconocido por la obra social que, sin embargo, omitió cualquier referencia a sus resultados.

-VI-

En el particular contexto del estatuto de la discapacidad, opino entonces que los padres de este niño sólo debían acreditar la condición de su hijo, su carácter de afiliado y la prescripción profesional respectiva, quedando en cabeza de OSPSA –en lo que aquí se discute– invocar y agregar elementos suficientes para crear convicción en el sentido de que podía proveer por otros medios prestaciones de jerarquía técnica igual o mayor, así como que la modificación no era nociva en orden a la evolución del niño, o que en autos se verificaba alguno de los supuestos del art. 12 de la ley 24.901, de modo que fuera más beneficioso para el niño el cambio de institución o terapeuta, hacia operadores de su plantel.

-VII-

En consecuencia, propicio que V.E. haga lugar al recurso extraordinario interpuesto y revoque la sentencia apelada.

Buenos Aires, 16 de marzo de 2012.

MARTA A. BELLO B. GONZÁLEZ  
ABOGADA EN EJERCICIO  
CALLE URUGUAY 1000 - 1º PISO - CABA

ADRIANA N. MARCHISIO  
Prosecretaría Administrativa  
Procuración General de la Nación