

## Accion De Amparo Discapacidad Derecho A La Salud Interes Superior Del Nino Acompañante Terapeutico Interpretacion Amplia

### JURISPRUDENCIA

Acción de amparo. Discapacidad. Derecho a la salud. Interés superior

del niño. Acompañante terapéutico. Interpretación amplia Se hace lugar a la acción de amparo interpuesta por la madre de un menor discapacitado y, por ello, se ordena a la obra social demandada que arbitre los medios necesarios a fin de proveerle al menor un acompañante terapéutico de 12:30 a 18:00 horas por el período de enero a diciembre de 2019. VIEDMA, 5 de junio de 2019. Habiéndose reunido en Acuerdo los señores Jueces del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro, doctores Sergio M. BAROTTO, Liliana L. PICCININI, Ricardo A. APCARIÁN, Enrique J. MANSILLA y Adriana C. ZARATIEGUI, con la presencia de la señora Secretaria doctora Ana J. BUZZEO, para el tratamiento de los autos caratulados: ?FLORES, LILIANA DEL CARMEN EN REP. DE MUNIAGURRIA, AGUSTIN C/UNIÓN PERSONAL S/AMPARO S/APELACION? (Expte. N° 30261/19-STJ-), deliberaron sobre la temática del fallo a dictar, de lo que da fe la Actuaria. Se transcriben a continuación los votos emitidos, conforme al orden del sorteo previamente practicado. VOTACIÓN El señor Juez doctor Sergio M. BAROTTO dijo: ANTECEDENTES DE LA CAUSA Llegan las presentes actuaciones en virtud del recurso de apelación interpuesto a fs. 58 y fundado a fs. 60/65 por la apoderada de la Obra Social Unión Personal, Dra. Romina Barreto, contra la sentencia dictada por la Dra. Marcela Trillini, a cargo del Juzgado de Familia nro. 9 de San Carlos de Bariloche, obrante a fs. 48/49 vta., que hizo lugar a la acción de amparo incoada por Liliana del Carmen Flores, en representación de su hijo y ordenó a la Obra Social Unión Personal a que arbitre los medios necesarios a fin de proveerle a Agustín Muniagurria un acompañante terapéutico de 12:30 a 18:00 hs. por el período de enero a diciembre de 2019. Para resolver de ese modo, la magistrada consideró vulnerado el derecho a la salud y a la vida (art. 25 Declaración Universal de los Derechos Humanos); destacó el plus protectivo emergente de la normativa nacional e internacional (arts. 3 y 24 CDN, art. 5.1 y 19 de la CADH, ley nacional N° 26.061 y ley provincial 4109 entre otro)-y ponderó lo dispuesto por la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, -aprobada por ley 26.378-, la Constitución Provincial (arts. 36 y 59), y ley provincial D 3467. Entendió que al denegarse al adolescente la cobertura de una prestación que resulta necesaria para su tratamiento, -y que fuera indicada por la psiquiatra a cargo del mismo a fs. 9- se configuró una situación de peligro grave, inminente y verosímil, que justificó poner en marcha la vía excepcional del amparo. Preciso que la negativa de la obra social es ilegítima y arbitraria, aclarando que si bien en la presentación se requiere acompañante terapéutico por 8 horas diarias la constancia médica de fs. 9 indica de 12:30 has a 18.00 hs., de modo que corresponde hacer lugar a lo allí indicado. La apelante, a fs. 60/65, señala que se dio la cobertura solicitada hasta diciembre de 2018, y que ante el nuevo pedido formulado, se le solicitó a la aquí amparista que justifique el mismo médicamente, de acuerdo a la Res. 428/99 que establece que ?el otorgamiento de estas prestaciones deberá estar debidamente justificado en el plan de tratamiento respectivo?. Alega que la documentación presentada por la Sra. Flores no cumple con lo requerido para auditar y realizar dichas prestaciones y no corresponde autorizar la prestación al no estar médicamente fundada ni esbozado el plan de tratamiento. Señala que la postura de la Obra Social no resulta arbitraria por requerir que la autorización de las prestaciones se hallen debidamente justificadas y se ajusten a la normativa en materia de salud. Agrega que la sentencia en crisis omite considerar los fundamentos esgrimidos en torno a la figura del acompañante terapéutico y el marco de regulación del mismo, como así también el rol del psiquiatra tratante. Expresa que es el psiquiatra tratante junto con el resto del equipo interdisciplinario quienes en forma conjunta deben indicar el acompañamiento terapéutico y establecer las consignas, destacando que la figura del acompañante terapéutico no es un tratamiento aislado, ni un tratamiento per se, sino que es un complemento en los casos de pacientes graves, a los fines de evitar su internación, dentro del abordaje interdisciplinario de salud mental. Considera que no surge de la sentencia un estado clínico o grado de compromiso en la patología del afiliado que justifiquen el otorgamiento de la prestación y concluye solicitando se haga lugar al recurso impetrado. La amparista al contestar el traslado conferido a fs. 67/68 vta. -con el patrocinio del Dr. Guillermo Harari Nahem- alega que la requerida efectúa una interpretación ligera y errónea sobre la cobertura de acompañante terapéutico, lo cual viola lo normado en materia de salud mental. Afirma que hasta la fecha la demandada no ha cumplido con la cobertura ordenada, y que el acompañante terapéutico está indicado para la atención de personas con patologías congénitas o adquiridas, que por las características de su diagnostico quedan excluidos de la atención habitual brindada en instituciones especializadas y requieren asistencia permanente y personalizada en su domicilio. Reseña que con la figura del acompañante terapéutico se intenta alcanzar el objetivo de continuar el tratamiento sin aislar al paciente de su entorno socio-familiar, a la vez que permite sostener la continuidad de los tratamientos ambulatorios o domiciliarios. A fs. 72/75 la

Defensora de Menores e Incapaces N° 3, Dra. Natalia de Rosa y el Defensor Adjunto Dr. Martín Fernández, contestan las vistas conferidas a fs. 66, 69 y 71. Solicitan que se declare extemporáneo el recurso dado que la Sra. Jueza habilitó días y horas inhábiles, aquel debió ser interpuesto en el mes de enero, durante la feria judicial. Al respecto, destaca que la apelante fue notificada de la sentencia en fecha 28 de diciembre de 2018 -cf. correo electrónico que consta a fs. 50/51- y, posteriormente el 7 de enero de 2019 mediante cédula de notificación al domicilio real de la Obra Social cf. fs. 54/57 y al domicilio constituido mediante cédula 20180027738 cf. surge del sistema de notificaciones electrónicas. Subsidiariamente, adhiere en lo pertinente a la contestación realizada por la parte actora. Alega que la normativa administrativa de la Gerencia Médica de la Obra Social y la Res. 428/99 detalladas por el apelante en su memorial de agravios, en modo alguno pueden hacerse valer en el presente caso, en el cual se debe tener como norte el interés superior del niño. Agrega que la Obra Social no tuvo en cuenta el art. 36 de la Constitución de la Provincia de Río Negro, tampoco lo dispuesto por la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad y la Convención Internacional sobre derechos de las Personas con Discapacidad, incorporadas ambas al derecho interno y que el temperamento adoptado por la Obra Social es contrario al andamiaje convencional. Finalmente, solicita el rechazo de la apelación. A fs. 82/83 vta. el Sr. Defensor General Dr. Ariel Alice dictamina que la sentencia recurrida es una resolución con fundamentación razonada y legal que respeta de manera adecuada el interés superior de Agustín y su derecho a la salud, a su desarrollo integral y a gozar de una integración plena en la vida social. Expresa que la magistrada hizo prevalecer lo prescripto por la médica psiquiatra del joven y ordenó la cobertura peticionada, de manera concordante con lo señalado por este Superior Tribunal de Justicia -en otros casos similares al de autos-, en los cuales destacó la calidad de vida del paciente; el derecho a disfrutar del más alto nivel posible de salud física y mental y que no puede negarse al hijo de la amparista el acceso al tratamiento aconsejado por su médico tratante (cf. STJRNS4 Se. 70/13 ?POLICH?, Se. 126/13 ?CASTRO?, Se. 166/15 ?CHIRINO?, Se. 66/16 STJRNS4 ?CALVO?). Destaca que, en el caso, el acompañante terapéutico ha devenido en el apoyo que se necesita para ejercer su derecho a la educación en iguales condiciones a las demás personas y así resguardar su derecho mediante un sistema de inclusión en la escuela a la que asiste; todo ello de acuerdo a la Observación General N° 1/2014. En relación al agravio planteado por la recurrente respecto a que no se encuentra acreditado el estado clínico y el grado de compromiso que presenta la patología de Agustín para justificar el otorgamiento de la prestación, considera que de la sola lectura del informe y prescripción de su médica tratante, surge la necesidad ineludible de la asistencia que requiere el joven por su situación de discapacidad -síndrome de asperger-, por lo que entiende debe otorgarse dicha prestación. **DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL** A fs. 85/89 vta. el Sr. Procurador General Jorge Oscar Crespo dictamina que debe rechazarse la apelación interpuesta por Obra Social de la Unión del Personal Civil de la Nación, toda vez que no consigue demostrar el hipotético error en que habría incurrido la sentenciante al receptar la acción incoada. Señala que los planteos del apelante solo permiten evidenciar su desacuerdo con lo decidido, ya que los argumentos vertidos al momento de expresar agravios remiten en esencia a los consignados al contestar el informe de fs. 41/42. Indica que el médico tratante es el especialista en quien el enfermo ha confiado ese control de calidad, es el llamado a determinar que control y que periodicidad necesita el paciente de acuerdo a su patología. Concluye que el decisorio adoptado por la jueza lo ha sido teniendo presente la normativa constitucional y convencional involucrada, y lo expresado por la médica psiquiatra. **ANÁLISIS Y SOLUCIÓN DEL CASO** Liminarmente, en referencia al planteo de la Defensoría de Menores e Incapaces N° 3 formulado a fs. 72 y vta. relativo a la extemporaneidad del recurso de fs. 58, corresponde precisar que la habilitación de días y horas inhábiles formulada por la Sra. Jueza en el punto 4) de su sentencia, ha sido solo a los efectos de la notificación de aquella. Expuesto lo anterior, corresponde ingresar al análisis del recurso interpuesto por la requerida, el cual no tiene chances de prosperar, toda vez que los agravios no pasan de ser meras discrepancias, sin el debido desarrollo argumental que permitan demostrar el hipotético yerro en que habría incurrido la Jueza del amparo, resultando insuficientes para conmovir los fundamentos de la decisión que se ataca. Es dable reiterar que pesa sobre el apelante la carga de efectuar una crítica concreta y razonada de las partes del fallo recurrido que serían a su criterio equivocadas, exigencia que se cumple mediante la indicación detallada de los errores, omisiones y demás deficiencias que pudiera reprochar al pronunciamiento recurrido y la refutación de las conclusiones de hecho y de derecho en que fundó el juez su decisión (cf. STJRNS4 Se. 36/14 ?MENDEZ?, Se. 141/14 ?CEBALLOS? y Se. 166/15 ?CHIRINO?), circunstancia que no se ha configurado en autos. Los agravios expuestos -en lo sustancial- versan sobre la falta de justificación en el plan de tratamiento médico tendiente a brindar un acompañante terapéutico. Y no rebaten las constancias meritadas por la magistrada en virtud de las cuales consideró configurada una situación de peligro grave inminente y verosímil que justificó poner en marcha la vía del amparo teniendo en cuenta los derechos y libertades humanas que la misma protege. En este orden de ideas, no corresponde receptar aquellos puesto que luce la fundamentación de la médica tratante -Dra. Carolina Ninin- a fs. 9 en la que solicita acompañante terapéutico para el adolescente, sumado al informe médico obrante a fs. 10 y vta, del cual surge ?mejoría? con acompañante terapéutico, en ?hábitos e

independencia?; cuestión que ha sido soslayada por la requerida. De las constancias obrantes en autos surge que Agustín -con diagnóstico de Síndrome de Asperger (fs. 5)- era adolescente al momento del dictado de la sentencia aquí impugnada; la médica tratante indicó un acompañante terapéutico de 12.30 a 18 hs. para el período comprendido entre enero y diciembre de 2019 (fs. 9); pretensión que había sido otorgada en anteriores requerimientos, conforme la orden de autorización que luce a fs. 2 y el reconocimiento de la propia Obra Social al contestar el informe a fs. 41. Si bien Agustín hoy tiene 18 años (fs. 7), la magistrada ponderó el plus protectivo resultante al interés superior del niño y los adolescentes y del sistema integral de protección de las personas con discapacidad. El derecho que le asiste al amparista de autos ha sido reconocido como un derecho humano fundamental, encontrando la presente acción sustento en los arts. 33, 42, 43 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional; 33, 36 y 59 de la Constitución Provincial; 4.1, 5.1, 11.1 y 27.2 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos; 5 inc. 2, 11 inc. 1 y 12.2 ap. c del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales; 3 inc. c, 6, 23, 24, 25 27 inc. 1 y 39 de la Convención sobre los Derechos del Niño; 3 y 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; I y XI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 5 inc. 2, 6 inc. 1 y 24 inc. 1 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos; la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las personas con discapacidad, que se encuentra incorporado al derecho interno por la Ley N° 25.280; y la Convención Internacional sobre derecho de las Personas con Discapacidad, que se incorpora al derecho interno de nuestro país mediante la Ley N° 26.378. A su vez, la Provincia de Río Negro adhirió a la normativa nacional -24.901- a través de la ley D n° 3.467, contando con una ley provincial específica como lo es la Ley D n° 2.055, que instituyó un régimen de promoción integral de las personas con discapacidad. En atención a la amplia protección prescripta en el corpus normativo señalado, tanto para los niños y adolescentes, como así también para las personas con discapacidad en temas tan sensibles como la salud y el desarrollo, aunado a la necesaria protección de los más débiles o vulnerables, corresponde adoptar un criterio amplio en el análisis y ponderación de toda circunstancia que coloque en crisis el goce de tales derechos humanos. Máxime si a la vulnerabilidad propia de la franja etaria y estado de madurez, se le aditan sus capacidades diferentes (cf. STJRNS4 Se. 45/14 ?VICENCIO?, Se. 142/15 ?LOFIEGO? y Se. 8/16 ?MARDONE?, entre otros). Es válido insistir que la Convención sobre los Derechos del Niño eleva el ?interés superior? de los infantes al rango de principio rector de todas las decisiones de las autoridades públicas (cf. Corte Suprema, Fallos 318:1269; 22:2701; 323:2388; 324:112, entre muchos otros), en consecuencia, debe privilegiarse el derecho a la salud del niño con discapacidad y garantizar su plena calidad de vida. No es ocioso recordar que el Alto Tribunal ha sostenido que ?...los discapacitados, a más de la especial atención que merecen de quienes están directamente obligados a su cuidado, requieren también la de los jueces y de la sociedad toda, siendo que la consideración primordial del interés del incapaz, viene tanto a orientar como a condicionar la decisión de los jueces llamados al juzgamiento de estos casos? (cf. Corte Suprema, in re ?Lifschitz, Graciela Beatriz y otros c/ Estado Nacional? de 15.6.04; en igual sentido, doctrina de Fallos 322:2701 y 324:122, STJRNS4 Se. 138/15 ?CORNELIO?). Asimismo este Cuerpo ha dicho que -en casos como el de autos- resulta necesario tener como principio rector la calidad de vida del paciente. Las personas tienen el derecho a disfrutar del más alto nivel posible de salud física y mental, no pudiendo negarse al actor el acceso al tratamiento aconsejado por su médico tratante (STJRNS4 Se. 155/17).

**DECISIÓN** Por todo lo expuesto, se advierte que la sentencia ha sido motivada en los máximos postulados legales y supra legales que hacen al derecho de la salud, y en particular la protección del joven discapacitado, por lo que corresponde, y así propongo al acuerdo, rechazar el recurso de apelación presentado por la Obra Social Unión Personal.

**ASI VOTO.** La señora Jueza doctora Liliana L. PICCININI dijo: Adhiero a la solución propuesta por el señor Juez del voto ponente.

**ASI VOTO.** El señor Juez doctor Ricardo A. APCARIÁN dijo: Ingresando al análisis de las presentes actuaciones, doy por reproducidos los antecedentes del caso, y adelanto que disiento con el voto preopinante, de acuerdo a los fundamentos que a continuación se exponen. En autos, la acción de amparo está dirigida contra la Obra Social Unión Personal, a fin de que provea la cobertura de un acompañante terapéutico a Agustín Muniagurria para el período comprendido entre enero y diciembre de 2019. He advertido antes de ahora que cuando se trata de una obra social, la justicia provincial resulta incompetente para entender en las actuaciones cuando se reclama una cobertura médica asistencial (cf. STJRNS4 Se. 81/16 ?PÉREZ VALLET? y Se. 114/16 ?VAZQUEZ?). En dichos precedentes se consideró que de los términos previstos en la ley 23.661 surge que el conocimiento de estas cuestiones resultan privativas de la justicia federal, conforme el artículo 38 de la citada normativa, el cual prescribe que los agentes de seguro estarán sometidos exclusivamente a la justicia federal, pudiendo optar por la correspondiente a la justicia ordinaria cuando fueren actoras. Por ello al tratarse de una obra social y no de una empresa de medicina prepaga la competencia para entender en el caso corresponde de modo exclusivo al fuero federal, máxime cuando dicha competencia resulta de orden público y por lo tanto indisponible para las partes, en tanto se encuentran en juego normas y principios institucionales y constitucionales de prioritaria trascendencia para la estructura del sistema de salud implementado por el Estado Nacional. (STJRNS4 159/16 ?LEDER?). En definitiva, toda vez que se encuentra demandada una obra social que en principio estaría comprendida en

los términos de los arts. 12 de la ley 23.660, corresponde aplicar el art. 38 la ley 23.661, en cuanto prevé el sometimiento exclusivo de sus agentes a la jurisdicción federal, pudiendo optar por la justicia ordinaria solo cuando fueran actores (del dictamen del Procurador General, que la CSJN hace suyo, en "E.R.M.L. c/ OSECAC" del 18/10/2006 cita online AR/Jur/11902/2006).  
Teniendo en cuenta la pretensión jurídica deducida debe recordarse que el Alto Tribunal ha decidido que si las cuestiones conducen, en último término, a la aplicación e interpretación de normas, reglamentos y decisiones concernientes a la estructura del sistema de salud implementado por el Estado Nacional, que involucra tanto a las obras sociales, como a las prestadoras privadas de servicios médicos, relaciones que se hallan regidas o alcanzadas por normas federales, las causas deben tramitar ante dicha jurisdicción *ratione materiae*. (Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema CSJN Fallos 329:2923 "Chacon Graciela Cristina C/ Austral Omi S/Acción de Amparo?"). ASI VOTO El señor Juez doctor Enrique J. MANSILLA dijo:  
Adhiero a la solución propuesta por el señor Juez del primer voto. ASI VOTO La señora Jueza doctora Adriana C. ZARATIEGUI dijo: Atento la coincidencia entre los señores jueces preopinantes, me abstengo de emitir opinión (art. 38 L.O.).  
ASI VOTO. Por ello: EL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA RESUELVE: Primero: Rechazar el recurso de apelación presentado por la apoderada de la Obra Social Unión Personal, conforme las consideraciones expuestas en los considerandos. Segundo: Registrar, notificar y oportunamente, devolver al Tribunal de origen. Firmado digitalmente APCARIÁN - BAROTTO - MANSILLA - PICCININI - ZARATIEGUI En igual fecha ha sido firmado digitalmente el instrumento que antecede en los términos y alcances de la Ley Nac. 25.506 y Ley A. 3997, Res. 398/05 y Ac. 12/18-STJ. CONSTE. Fdo.: ANA JULIA BUZZEO SECRETARIA SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA

040359E