

*Procuración General de la Nación*

Suprema Corte:-

-I-

Contra la sentencia dictada por la Cámara Federal con asiento en la provincia de Salta, que confirmó el rechazo de la acción de amparo promovida en autos, el Defensor Público Oficial dedujo el recurso extraordinario de fs. 89/100, concedido parcialmente en cuanto "... se encuentra cuestionada la interpretación de la ley 23.890 y el estatuto de la obra social..." (v. fs. 114 vta.).

-II-

En lo que nos interesa, el tribunal arguyó que: i.- el amparo es un proceso excepcional, utilizable sólo en delicadas y extremas situaciones en las que, por carencia de otras vías aptas, pelagra la salvaguarda de derechos fundamentales; ii.- ese mecanismo exige la presencia de arbitrariedad o ilegalidad manifiestas que, ante la ineficacia de los procedimientos ordinarios, originan un daño concreto y grave, sólo reparable por ese medio; iii.- M.G.B. percibe una pensión por discapacidad —con la consecuente cobertura de PAMI—, además de la asignación por hijo acordada por el Consejo de la Magistratura, de manera que no se advierte un compromiso para su salud; iv.- esas circunstancias impiden calificar la negativa de la obra social como manifiestamente arbitraria o ilegal, puesto que el estatuto respectivo exige que el familiar colateral por consanguinidad esté a cargo exclusivo del afiliado titular (art. 8); v.- la alusión a la exclusividad en la manutención, supone la incompatibilidad respecto de cualquier otro ingreso que pueda coadyuvar al sostenimiento del afectado; vi.- el agravio acerca de la insuficiencia de la pensión y de lo engorroso de la tramitación de las prestaciones de PAMI no puede discutirse por esta vía, diseñada para situaciones extremas que —en materia de salud— se configuran con la carencia total de cobertura (v. fs. 86 y vta.).

-III-

En concordancia con el Sr. Defensor Oficial ante esa Corte, debo advertir

ante todo que el proceso se encuentra viciado de nulidad, desde que no se ha escuchado al Ministerio Pupilar, como era menester que se hiciese, en función de la incapacidad que afecta a la interesada.

Entonces, ausente como está la garantía de la doble representación que asiste a las personas carentes de capacidad legal, se constata aquí una grave vulneración del derecho de defensa de M.G.B. (arg. Fallos: 332:1115; 333:1152; 334:419; S.C. V. N° 154, L. XLIV, “Vargas, Moisés Roberto c/Balut Hermanos S.R.L. s/”daños y perjuicios”, del 7 de junio de 2011; y “D., J.B. y otro c/EN –Servicio Penitenciario Argentino– y otro s/daños y perjuicios”, del 11 de octubre de 2011).

Así las cosas, correspondería declarar la nulidad de las actuaciones efectuadas sin esa intervención y devolver el expediente al tribunal de origen.

No obstante, habida cuenta del objeto del diferendo, considero que en esta particularísima emergencia, la tutela de la que es acreedora M.G. encontrará mayor satisfacción mediante la obtención inmediata de una decisión definitiva (arg. opinión emitida *in re* S.C. L. N° 578, L. XLV, “Lucero viuda de Aguirre, María Jaquelina c/Liberty Art. S.A. s/indemnización por muerte”).

En ese entendimiento, pasaré a dictaminar sin más trámite.

-IV-

Respecto de la procedencia formal del recurso, estimo que estamos frente a una sentencia definitiva, pues la discusión sobre los recaudos a los que se sujeta la afiliación, no podrá reabrirse en un ulterior proceso de conocimiento (arg. Fallos: 331:1178).

Por otro lado, el conflicto que se ventila en autos pone en juego la inteligencia de previsiones federales atinentes al derecho a la salud de las personas discapacitadas, en el contexto de la institución del amparo. Pienso, por ende, que la apelación resulta formalmente procedente (arg. Fallos: 332:1394, por remisión al dictamen de esta Procuración [v. su punto II]).

En tales condiciones, los argumentos de las partes o del *a quo* no vinculan la decisión a adoptar en esta instancia, sino que incumbe a esa Corte realizar



## *Procuración General de la Nación*

una declaración sobre el tema en disputa (Fallos: 333:604 y 2396, entre muchos otros).

Asimismo, al no haberse interpuesto queja alguna contra el rechazo del que da cuenta la providencia de fs. 114, la jurisdicción ha quedado expedita en la medida en que se concedió el recurso extraordinario (Fallos: 329:5033).

-V-

A mi modo de ver, el fallo apelado acota injustificadamente el acceso a la vía intentada, soslayando consolidadas líneas hermenéuticas trazadas por esa Corte en materia de acción de amparo, derecho a la salud y discapacidad.

En efecto, la Cámara confina expresamente la idoneidad de la vía elegida por la actora, a los litigios en los que se verifique una “carencia total de cobertura” (v. fs. 86 vta., segundo párrafo *in fine*).

Creo que esta restricción –que, como puede observarse fácilmente, excluye del instituto del amparo a todo aquel que cuente con cobertura, cualesquiera sean sus alcances y calidad–, no puede extraerse del art. 43 de nuestra ley mayor. Dicha interpretación se aparta abiertamente de la doctrina federal de V.E., que ha tenido por particularmente pertinente la utilización de este procedimiento dispositivo cuando se trata de la preservación de la salud y la integridad psicofísica (v. Fallos: 330:4647; 331:2135; S.C. P. N° 943, L. XLIII *in re* “P., S.E. c/Comisión Nac. Asesora para la Integ. de las Pers. Discapac. y otro s/amparo”, del 27 de mayo de 2009 [esp. consid. 6°], entre muchos otros).

Precisamente, en el dictamen emitido en los autos recién citados, esta Procuración opinó que “... la consideración de la índole de la pretensión y del proceso mismo, no debería estar ausente en esta ocasión, desde que esas variables constituyen el marco referencial necesario, para formar convicción acerca de cuál es la mejor solución posible. Es que si se quiere comprender cabalmente la situación jurídica planteada y sus requerimientos instrumentales, no puede hacerse abstracción de la realidad a la que esas formas deben servir. Así lo ha enseñado V.E. al decidir que, si es posible inferir que se ocasionará un daño grave e irreparable remitiendo el examen de la cuestión a otros

procedimientos, los jueces han de abrir la vía del amparo (arg. Fallos: 327:2413, por remisión al dictamen de esta Procuración), y que la existencia de otras alternativas más idóneas no puede establecerse sino con referencia a las circunstancias del caso (arg. Fallos: 318:1154 consid. 5º)...”

“... En este supuesto, se trataría de una persona especialmente vulnerable, tanto por su menor edad como por la grave patología denunciada. Un niño con una compleja enfermedad, y con una cobertura social restringida, de cuya ampliación dependería la continuidad de la prestación asistencial, en curso al momento de iniciarse el expediente. Luego... no puede ignorarse que el panorama que describimos, está vinculado con el derecho a la salud...”

“... En dicho contexto ... la aproximación al complejo proceso constitucional que es el amparo –instrumento y, a la vez, garantía–, tiene que llevarse a cabo en una línea de equilibrado balance que no desvirtúe su especificidad, pero que tampoco coarte con rigorismos antifuncionales el acceso a una pronta intervención jurisdiccional. Como lo ha marcado V.E., si bien este valioso mecanismo no está destinado a reemplazar los medios necesarios para solucionar todo tipo de controversias, su exclusión no puede fundarse en una apreciación meramente ritual (Fallos: 330:1076), en tanto el objeto del amparo, mas que una ordenación o aseguramiento de competencias, es el efectivo resguardo de derechos fundamentales (Fallos: 320:1339; 308:155 y sus citas)...”.

La existencia de cauces procesales alternativos no puede, insisto, ponderarse en abstracto, sino en relación con la situación puntual sujeta a juzgamiento (arg. Fallos: 330:4647, entre muchos otros). Y, en este caso particular, encuentro que la propia índole de la enfermedad que aqueja a M.G. autoriza a concluir que someterla a ella y a su familia al empleo de un trámite ordinario, no satisfará la exigencia de tutela judicial efectiva (art. 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; arg. Fallos: 331:1755). Reparemos en que, como es público y notorio, el síndrome de Down conlleva severas limitaciones psiquiátricas y clínicas, que exigen una constante atención, cuya ausencia, defecto o postergación, tienen siempre derivaciones negativas en la integridad psicofísica del enfermo.

*Procuración General de la Nación*

En ese orden, V.E. enseña que la urgencia es inherente a los temas de asistencia integral de la discapacidad, de manera que los jueces deben buscar soluciones congruentes con ella, enderezando los trámites por carriles expeditivos, y evitando que el rigor de las formas conduzca a la frustración de derechos que cuentan con tutela constitucional (Fallos: 327:2413 y citas del dictamen publicado en Fallos: 332:1394 [punto VI]).

-VI-

Despejado ese punto preliminar, cabe recordar ahora que el expediente tiene por objeto impugnar el rechazo que hizo la Obra Social del Poder Judicial de la Nación (OSPJN), respecto de la inclusión de una persona discapacitada en calidad de afiliada familiar, por no encontrarse a cargo exclusivo de la peticionaria (art. 8° del estatuto respectivo).

Del escrito inicial, se extraen los siguientes hechos:- i.- La postulante (M.G.B.) es hermana de la agente titular (V.P.B.); ii.- M.G.B. padece síndrome de Down, patología que la priva total y permanentemente de su capacidad laboral; iii.- en el respectivo juicio de insania se declaró la incapacidad de M.G.B., y se designó curadora a la aquí actora; iv.- M.G.B. vive con su representante legal, quien maneja todos sus menesteres; v.- no existe ningún tipo de colaboración por parte de terceros; vi.- junto con los haberes de la curadora, el Poder Judicial de la Nación liquida la asignación por hijo con discapacidad; vii.- M.G.B. percibe una pensión derivada que, en junio de 2010, ascendía a \$ 868,30; viii.- dicha pensión no alcanza para cubrir las necesidades básicas de alimentación, vestimenta y medicación, ni para abonar el estipendio de la auxiliar que supervisa a M.G.B. en ausencia de la curadora; ix.- en razón de ese beneficio previsional, M.G.B. posee la cobertura de la Obra Social para Jubilados y Pensionados (INSSJP [en adelante, PAMI]); x.- ese organismo no cuenta con odontólogos especializados en pacientes con síndrome de Down; xi.- el paso obligado por el médico de cabecera para realizar cualquier consulta especializada, así como las dilaciones en la obtención de turnos, aparejan frecuentes inconvenientes; xii.-

para superar esas dificultades, la Sra. B. recurre siempre a profesionales particulares; xiii.- la OSPJN presta servicios de calidad superior; xiv.- la curadora se ha comprometido a dar de baja a su pupila del padrón de PAMI, de ser necesario.

-VII-

A partir de este sustrato fáctico firme y en esta especial parcela de los derechos humanos, para argüir válidamente que el sostenimiento de la causante no está efectivamente a cargo de la Sra. B., por la sola presencia de beneficios estatales, deben estudiarse indefectiblemente las condiciones específicas de esos ingresos. Particularmente lo referido a su cuantía, así como a la autonomía económico-financiera real que los importes en cuestión confieren a esta persona, imposibilitada absolutamente de alcanzarla por sí.

Las características puntuales de esas variables indicarían que las necesidades de M.G. son solventadas por su hermana, desde que la insuficiencia de las sumas que recibe la curada, para subvenir a sus requerimientos alimentarios elementales, no fue objeto de controversia.

Por otro lado, la Sra. B. cobra la asignación por hijo con discapacidad, cuya concesión está sujeta, entre otros recaudos, a que el familiar esté a cargo del trabajador (art. 8° de la ley 24.714). Es forzoso concluir, entonces, que el Poder Judicial de la Nación considera que M.G. se encuentra a cargo de su curadora.

Es cierto que el régimen de asignaciones no prevé, como consecuencia directa, la afiliación del familiar a la respectiva obra social. También lo es que este último organismo no intervino en aquel trámite. No obstante, dado que el único fundamento de la denegatoria reposa en el incumplimiento de un requisito que el Poder Judicial había tenido por verificado, la incompatibilidad de esas dos decisiones —ambas atinentes al campo de la seguridad social— resulta notoria y cuestiona la regularidad de la segunda de ellas.

Asimismo, pienso que la actual cobertura de PAMI —que, por lo demás, la representante está dispuesta a dar de baja—, dista de ser definitiva.

Más aún, la demandada no sólo se abstiene de cuestionar las diversas

### *Procuración General de la Nación*

dificultades que la organización de dicho instituto acarrea a la insana, sino que proclama la excelencia de sus servicios como indiscutible. Empero reprocha a la curadora ir tras esa “opción más eficaz (o funcional)” para la atención de su pupila (v. esp. fs. 71/72).

Sin embargo, la búsqueda de un mayor grado en el goce de los derechos fundamentales, no sólo hace al parentesco que une a la Sra. B. con la causante y al ministerio de aquella como representante legal. En palabras de V.E., el reconocimiento del derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, es una responsabilidad de las distintas agencias gubernamentales que dimana, por de pronto, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, incorporado a nuestro derecho interno por la ley 23.313, con rango constitucional a partir del art. 75, inc. 22, de la ley fundamental (S.C. P. N° 35, L. XLIV, “Pérez de Capiello, Marta c/Instituto de Seguros de Jujuy y Estado Provincial s/queja”, del 6 de marzo de 2012 [v. esp. consid. 15]).

Por ende, en el marco de lo expresado más arriba, creo que no se ajusta a derecho obligar a M.G. a permanecer en un ámbito que le provoca constantes complicaciones en un plano tan delicado como es la salud, impidiéndole acceder a una calidad de vida superior, a través de la incorporación a una estructura que le brindaría una mejor atención, a la que habrá de cotizar como cualquier otro afiliado de la misma categoría.

De tal suerte, se profundiza injustamente la mortificación de M.G. y su familia, al tiempo que se sustraen “... posibilidades de tratamiento a otros enfermos que lo necesitan dentro del sistema general de salud pública” (arg. consid. 14 del precedente citado en el párrafo anterior).

-VIII-

En esta misma dirección nos guía la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (ley 26.378).

Así, su art. 25 contiene un principio capital, que es el derecho de las personas con discapacidad a gozar del más alto nivel posible de salud, sin

discriminación por motivos de discapacidad. Es a partir de allí que se establecen pautas de actuación de los Estados Partes, que tienen entre sus ejes esenciales la prontitud en la intervención (inc. b), la cercanía (inc. c), la actuación de profesionales capacitados en la problemática (inc. d), y la prestación justa y razonable del seguro de salud (inc. e).

La plenitud en el goce de derechos, su promoción por todos los medios, y la facilitación de la existencia para la persona con discapacidad y para el grupo familia que la acompaña, son ideas omnipresentes en ese instrumento internacional (v. esp. inc. "x" del preámbulo; arts. 4º, inc. 1º, "a" y 19, inc. "b").

Esos mismos parámetros surgen también a partir del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, pues aun cuando su texto no se refiere expresamente a quienes padecen esta problemática, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales interpreta que, obviamente, ellos son titulares plenos de los derechos reconocidos por el Convenio. En ese orden, aclara que los Estados partes tienen obligación de tomar acciones positivas, en las esferas pública y privada, para equilibrar las desventajas estructurales de estos miembros vulnerables de la sociedad y proporcionarles el adecuado trato preferencial, lo cual supone invariablemente la provisión de recursos adicionales y la amplitud que han de tener las medidas especiales que se requieren, sobre todo en tiempos de severas restricciones económicas. En lo que aquí nos interesa, enfatiza la particular importancia que asumen en este campo los esquemas de la seguridad social y el sostén de quienes operan como cuidadores, así como la especial atención que los países deben poner respecto de la situación de las personas con discapacidad. Paralelamente, propicia tres estándares que encuentro de singular peso en este caso, a saber:- la necesidad individual como base para la adopción de decisiones, la suficiencia del nivel de atención conforme a esa necesidad, y la accesibilidad a los planes de salud, en condiciones razonables, proporcionadas y transparentes. Asimismo, en el capítulo de obligaciones jurídicas específicas, establece que la obligación de proteger exige que se impida la imposición de barreras injustificadas de admisibilidad (Observación General N° 5, "Personas con discapacidad" [11ª. Sesión; 9/12/1994], esp. parág. 6, 9, 10, 17, 28, 30, 33, y sus citas; y Observación General N° 19, "El derecho a la seguridad social (artículo 9)", esp.

*Procuración General de la Nación*

parág. 13, 20, 22, 24, 31 y 45; v. as. art. 11 de la ley 26.657).

Similares lineamientos encontramos en las denominadas “Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad” (Resolución aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en su 48° período de sesiones; A/RES/48/96, 4 de marzo de 1994), que tampoco tienen carácter preceptivo pero constituyen herramientas útiles, en tanto provienen del organismo que más tarde elaboraría la Convención vigente. Ellas subrayan, entre otros factores, los relativos a la atención médica eficaz (art. 2), la contención de quienes operan como cuidadores (art. 8) y la necesidad individual como base para la toma de decisiones (Introducción; Conceptos fundamentales de la política relativa a la discapacidad; Logro de la igualdad de oportunidades [parág. 25]).

A partir de estos principios, a la hora de evaluar la concurrencia de los recaudos impuestos por un precepto de rango ciertamente inferior, no estamos autorizados a aplicar un criterio estricto, que restrinja la posibilidad de ingreso a más y mejores servicios.

Esa regla es, por otra parte, la que alienta V.E. en materia de seguridad social, al decir que lo esencial aquí es la cobertura de aspectos elementales, por lo que no debe llegarse al desconocimiento de derechos sino con extrema cautela, y de acuerdo con el principio *in dubio pro justitia socialis* (arg. Fallos: 322:2926; 330:4690 y 5303, entre muchos otros).

También es el rumbo a seguir desde la perspectiva del derecho a la salud, cuya consistencia constitucional, en el contexto del sistema internacional de los derechos humanos, ha quedado vastamente delineada en numerosos precedentes, juntamente con el enfoque jurídico específico que reclama el problema de la discapacidad (v. esp. Fallos: 302:1284; 321:1684; 323:1339 y 3229; 324:754 y 3569; 325:677; 326:4931; 327:2127; 328:1708; 329:1226, 1638, 2552 y 4918; 330:3725 y 4647; 331:453 y 2135; 332:1394; S.C. S. N° 670, L. XLII, *in re* “Sanchez, Elvia Norma c/Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados y otro”, del 15 de mayo de 2007; S.C. P. N° 35, L. XLIV, “Pérez de Capiello, Marta c/Instituto de

Seguros de Jujuy y Estado Provincial s/queja”, del 6 de marzo de 2012 [esp. consid. 15°]; y S.C. G. N° 783, L. XLVI, “Gerard, María Raquel y otro c/I.O.S.P.E.R. s/acción de amparo”, del 12 de junio de 2012, por remisión al dictamen de esta Procuración. Ver asimismo, en lo pertinente, los dictámenes emitidos *in re* S.C. A. N° 804, L. XLI, “Arvilly, Giselle Marina c/Swiss Medical S.A., de fecha 14 de febrero de 2006; S.C. R. N° 796, L. XLII, “Rago, Juan Ignacio c/Caja de Previsión Social para Abogados de la Provincia de Buenos Aires Sistema de Salud”, de fecha 1° de octubre de 2007; y S.C. N. N° 289, L. XLIII, “N. de Z., M.V. c/Famyl S.A. Salud para la Flia. s/reclamo contra actos de particulares” del 16 de abril de 2008), donde los eventuales reparos deberían solventarse en favor de la persona afectada, nunca en su perjuicio, en tanto este ámbito se encuentra gobernado por el principio *pro homine*.

Entiendo que si así no se hiciese, al decir de esa Corte, todos las directrices superiores que rigen el área, no dejarían de ser sino enfáticas enumeraciones programáticas, vacías de operatividad (Fallos: 329:2552).

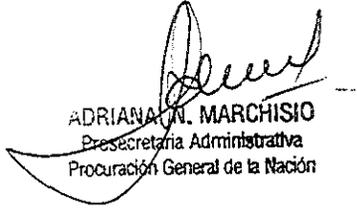
-IX-

En tales condiciones, opino que corresponde hacer lugar al recurso extraordinario deducido y revocar la sentencia apelada, en los términos expuestos.

Buenos Aires, 21 de febrero de 2013.



M. ALEJANDRA CORDONE ROSELLO  
Procuradora Fiscal ante la  
Corte Suprema de la Nación  
SUBROGANTE



ADRIANA N. MARCHISIO  
Prosecretaria Administrativa  
Procuración General de la Nación