

**DEFENSORÍA GENERAL
MINISTERIO PÚBLICO**

Excmo. Superior Tribunal:

I

La Fiscalía de Estado de la Provincia de Río Negro, interpone Recurso de Apelación contra la Sentencia de fecha 29 de junio de 2022, dictada por el Sr. Juez de la Unidad Jurisdiccional Contencioso Administrativo N° 15 de la ciudad de Gral.Roca.

La resolución impugnada dispuso en su parte pertinente: *"Declarar procedente la acción de amparo iniciada por R. R. G. M. -en nombre y representación de su hijo O. R. J. N, DNI N° 47.049.681- contra el I.PRO.S.S. y por las razones expuestas anteriormente, ordenó a la demandada a que en el plazo de 5 días de notificada, proceda a dar cobertura de las cuotas mensuales y matrícula que requiere el amparista para cursar sus estudios durante el ciclo lectivo 2022 en el Instituto Adventista de la ciudad de General Roca".*

II

De las constancias de autos surge que J. es un adolescente de 16 años de edad, que se encuentra en situación de discapacidad, al padecer cuadriplejia espástica, leucomalacia cerebral neonatal y dificultad para caminar, conforme surge del certificado de discapacidad obrante en los presentes obrados.

La madre de J. inicia la presente acción de amparo, a los fines que IPROSS le brinde la cobertura total de la escuela a la que concurre su hijo -Instituto Adventista de la ciudad de Gral. Roca- con el pago de la matrícula.

El Sr. Juez del Amparo hizo lugar a la acción interpuesta teniendo en consideración la normativa vigente y el *corpus iuris* de Derechos Humanos que ampara al niño J..

Contra dicho pronunciamiento, se agravia la recurrente por considerar que la vía intentada por la amparista no es la idónea, dado que -a su entender- no se cumple con los requisitos de

**DEFENSORÍA GENERAL
MINISTERIO PÚBLICO**

actualidad e inminencia de la lesión, restricción y alteración del derecho a la salud del niño, por cuanto J. es alumno regular de la escuela Adventista y se encuentra cursando Cuarto Año del Nivel Medio.

Asimismo, alega que la Obra Social tiene por objeto prestar cobertura de salud, que la cobertura solicitada debería ser demandada al Ministerio de Educación y que solo ante el eventual supuesto que éste no pudiera brindarla, podría ser cubierta de manera excepcional, por la Obra Social provincial.

La recurrente se agravia también por entender que la sentencia del Juez del Amparo es arbitraria, porque condena a IPROSS sin mayores recaudos probatorios que acrediten la pretensión de la amparista.

Finalmente, la recurrente se agravia en cuanto a la orfandad probatoria y cita los antecedentes "Pagliaccio" STJRNS4 Se. 139/20 y STJRNS4 Se. 139/17 "Larrinaga", en los cuales entiende que no se encuentra acreditada la necesidad ineludible de los niños/as de concurrir a los establecimientos escolares solicitados.

III

Previo a dictaminar se solicitó la intervención de la Oficina de Servicio Social de este Ministerio Público, desde donde se mantuvo contacto telefónico con la amparista a efectos de obtener información actualizada de la cuestión debatida en autos. Se adjunta al presente el informe respectivo.

IV

Intervengo en el presente de conformidad a lo dispuesto en el art.103 inc. a) del CCyC.

En tal carácter, advierto que la sentencia dictada en autos, es acorde a derecho constitucional y convencional que busca adecuadamente resguardar de manera concreta y razonable, los

**DEFENSORÍA GENERAL
MINISTERIO PÚBLICO**

derechos del adolescente J., quien es merecedor de una tutela inmediata, especial y efectiva, en razón a que detenta una doble protección legal, como niño y como persona en situación de discapacidad (arts. 33, 43 y 75 inc. 22 de la Const.Nac.; arts. 14, 33, 36, 43, 60 y 62 de la Const. Provincial; art. 19 de la CADH; art. 13 del PIDESyC; art. 3, 23, 28 y 29 la CDN; CDPD -con jerarquía constitucional conforme Ley N° 27044-; OG N° 1/2001, 9/2006 y 14/2013 del Comité de los Derechos del Niño; OG N°4/2016 del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; OG N° 13/1999 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; la Leyes Nacionales N° 26061 y 24901 y Leyes Provinciales N° 4109, 3467 y 2055).

Ingresando a lo expuesto por la recurrente en el memorial del recurso respectivo, surge que la misma se agravia por considerar que la vía intentada por la amparista no es la idónea, dado que -a su entender- no se cumple con los requisitos de actualidad e inminencia de la lesión, restricción y alteración del derecho a la salud del niño, por cuanto J. es alumno regular de la escuela Adventista y se encuentra cursando Cuarto Año del Nivel Medio. Asimismo, alega que la Obra Social tiene por objeto prestar cobertura de salud, que la cobertura solicitada debería ser demandada al Ministerio de Educación y que solo ante el eventual supuesto que éste no pudiera brindarla, podría ser cubierta de manera excepcional, por la Obra Social provincial.

Ante ello, entiendo que no asiste razón a la condenada, toda vez que si bien el joven es alumno regular del mencionado establecimiento y se encuentra cursando el nivel indicado, la recurrente omite referir que la Obra Social le venía otorgando a J. cobertura de cuota y matrícula escolar desde sus 5 años de edad y en razón de ello, la negativa a continuar haciéndolo es lo que configura un acto arbitrario y contradictorio que lesiona y altera los derechos constitucionales y convencionales a la educación, a la salud y al desarrollo integral del adolescente, habilitando a todas luces la interposición de la acción expedita y rápida de

**DEFENSORÍA GENERAL
MINISTERIO PÚBLICO**

amparo (art. 43 CN) que pretende la continuidad de actos propios previa y legalmente asumidos.-

Se advierte además de ello, que el Sr. Juez del Amparo ya analizado y contestado las mismas alegaciones en la sentencia cuestionada y ha otorgado acabados fundamentos para rechazarlas, al sostener con extrema claridad y razonabilidad que *"El rechazo de I.PRO.S.S a la cobertura de la cuota mensual y matrícula del año 2022 del Instituto Adventista para un adolescente, al que se le ha otorgado cobertura desde los cinco años de edad para que desarrolle su trayectoria escolar en la misma institución en la que ahora pretende negarla, implica por un lado una afectación concreta y actual sobre sus derechos humanos -máxime teniendo en cuenta que en el presente caso nos encontramos con una persona que producto de su discapacidad goza de especial protección y requiere de un 'plus protectorio' y por ello es sujeto de preferente tutela constitucional (art. 75 inc. 23 CN y demás Tratados citados)-, y por otro, acarrea una grosera contradicción respecto de los propios actos que, desde el ciclo lectivo 2011 hasta la fecha, ha realizado la obra social aquí demandada abonando los aranceles dispuestos por la Escuela Adventista: '(...) las pretensiones que ponen a la parte en contradicción con sus comportamientos anteriores jurídicamente relevantes devienen inadmisibles, recordando que el ordenamiento jurídico no protege las conductas contradictorias, mucho menos frente a quien tiene un plus protectorio por su estado de discapacidad (...)'* Sic. *'CARRILAF FABIANA C/ OSPEDYC S / AMPARO (c) S/ APELACION'* (Expte. N° 30618/19- STJ-), Se. de fecha 10/02/2020".

En ese sentido considero que la decisión de la Obra Social de no continuar con la cobertura de la cuota y matrícula escolar, conforme lo venía realizando, no solo constituye una conducta contradictoria no protegida por el ordenamiento jurídico que deviene institucionalmente inadmisibles, conforme lo señala el Sr. Juez del Amparo en los considerandos ya citados y conforme surge de diversos precedentes de ese Superior Tribunal entre los que

**DEFENSORÍA GENERAL
MINISTERIO PÚBLICO**

podemos mencionar "Rodríguez" -Se. 139/18 STJRNS4- y "Sotz" -Se. 91/20 STJRNS4-; sino que con tal negativa se incumple con uno de los principios rectores de los derechos humanos, el de "no regresividad".

Sobre el principio de la "no regresividad" en materia educativa, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en la Observación General N° 13/1999 sostuvo que *"La admisión de medidas regresivas adoptadas en relación con el derecho a la educación, y otros derechos enunciados en el Pacto, es objeto de grandes prevenciones. Si deliberadamente adopta alguna medida regresiva, el Estado Parte tiene la obligación de demostrar que fue implantada tras la consideración más cuidadosa de todas las alternativas y que se justifica plenamente en relación con la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga el Estado Parte"* (OG N° 13/1999, párr. 45); justificación plena que en modo alguno fue brindada por la Obra Social al decidir dar cese a la cobertura.

Asimismo, la recurrente considera que la sentencia del Juez del Amparo es arbitraria porque condena a IPROSS sin mayores recaudos probatorios que acrediten la pretensión de la amparista.

Entiendo que aceptar dicho agravio por parte de la recurrente, cuando durante once años brindó la cobertura que ahora busca desconocer, sería avalar, también en este aspecto, *"... pretensiones que ponen a la parte en contradicción con sus comportamientos anteriores jurídicamente relevantes"* lo cual resulta a todas luces inadmisibles, pues conforme se ha señalado con absoluto acierto *"... el ordenamiento jurídico no protege las conductas contradictorias, mucho menos frente a quien tiene un plus protectorio por su estado de discapacidad"* ("Sotz" Se. 91/20 STJRNS4).

Finalmente, advierto que los precedentes "Pagliaccio" -Se.

**DEFENSORÍA GENERAL
MINISTERIO PÚBLICO**

139/20 STJRNS4- y "Larrinaga" -Se. 139/17 STJRNS4-, citados por la recurrente en el memorial de agravios, no resultan aplicables al presente caso, dado que dichos antecedentes no guardan analogía sustancial con el presente caso, toda vez que en autos ha quedado debidamente acreditado que el niño asiste al establecimiento escolar adventista hace más de diez años, contrariamente a lo sucedido en dichos precedentes.

En ese sentido considero que lo resuelto en la sentencia cuestionada sí se condice con lo expuesto por ese Superior Tribunal de Justicia en "Clodomiro" -Se. 91/21 STJRNS4-, precedente que precisamente guarda analogía sustancial con las presentes actuaciones, en la medida que en dicho pronunciamiento jurisdiccional, ese Máximo Tribunal ponderó que *"...el niño comenzó su escolarización en el establecimiento educativo y el cambio de institución no resulta aconsejable, si se priorizan sus necesidades, su bienestar y el pleno desarrollo de sus derechos (...). Las particularidades que aquí se presentan colocan en cabeza de la requerida el deber de reconocer la cobertura demandada, ajustándose a las prescripciones de la Ley N° 24.901 -a la cual adhirió la provincia a través de la Ley D 3467- en cuanto también incumbe a las obras sociales brindar las prestaciones educativas -cf. art(s). 21 y sig(s)"*.

Asimismo, advierto que lo decidido por el Sr. Juez del Amparo también es coincidente con lo sostenido por el Comité de los Derechos del Niño en la Observación General N° 1, respecto a que el art. 29 párr. 1 de la CDN, toda vez que el mismo *"... 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, y subraya la necesidad de que los procesos educativos se basen en los mismos principios enunciados (...). El objetivo es habilitar al niño desarrollando sus aptitudes, su aprendizaje y otras capacidades, su dignidad humana, autoestima y confianza en*

**DEFENSORÍA GENERAL
MINISTERIO PÚBLICO**

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" (OG N° 1/2001, párr. 2).

En ese sentido, corresponde tener en prudencial y especial consideración lo informado por la psicóloga del adolescente, Lic. G. -acompañado por la Oficina de Servicio Social en el informe que se adjunta-, al sostener que los vínculos de amistad de J. *"...son pocos y están en el colegio que él asiste, Escuela Adventista, desde sala de jardín, hasta el día de la fecha. Actualmente cursa 4° año del secundario, por lo que es necesario desde el aspecto y desarrollo psicoemocional continuar en esta institución que le brinda seguridad, confianza y estabilidad, en base a sus creencias que son acordes a lo que la institución religiosa sostiene...Esto lo lleva a relacionarse solo con su grupo de pares, compañeros y amigos del curso, con los que se conoce desde los cinco años. Siendo esto muy importante para su crecimiento, estabilidad emocional y salud en general...No sería apropiado ni recomendable un cambio en su estructura de vida actualmente".*

De conformidad a lo expuesto, llama también la atención que no se atienda debidamente en el recurso interpuesto a dicha especial y tan delicada circunstancia, extremo que con mayor razón permite concluir, sin hesitación alguna, que IPROSS debe garantizar la cobertura total de la escolaridad al adolescente J., en tanto se está ante un joven en situación de discapacidad que merece especial y urgente protección por parte del Estado, en consonancia con el amplio abanico proteccional de raigambre constitucional y convencional que lo asisten.

Se trata en definitiva y en esencia, de cumplimentar acabadamente con las medidas constitucionales de acción positiva a

**DEFENSORÍA GENERAL
MINISTERIO PÚBLICO**

cargo del Estado, el acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva de los sectores más desaventajados de nuestra sociedad, como así también de brindar protección integral por parte de todos los organismos, removiéndose cualquier tipo de obstáculo para tal fin y optimizándose los mandatos y principios constitucionales y convencionales en juego.

En ese sentido, pertinente es recordar que la CSJN ha sostenido que las personas en situación de discapacidad "...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" (Fallos 322:2701 y 324:122).

De esta manera, considero que la sentencia dictada por el Sr. Juez del Amparo ha tenido en especial consideración las necesidades especiales y personales de J., ajustando y definiendo la situación de forma individual, evaluando y determinando el interés superior del niño en función de las circunstancias específicas del caso en concreto (OG. 14/13 del Comité de los Derechos del Niño, párr. 32).

En suma, entiendo que el resolutorio impugnado debe ser confirmado por resultar una decisión que pondera y respeta de manera adecuada, razonable y legal los derechos constitucionales-convencionales del adolescente J..

Es mi Dictamen.

Viedma, 21 de septiembre de 2022.-
Dictamen N° 53/22