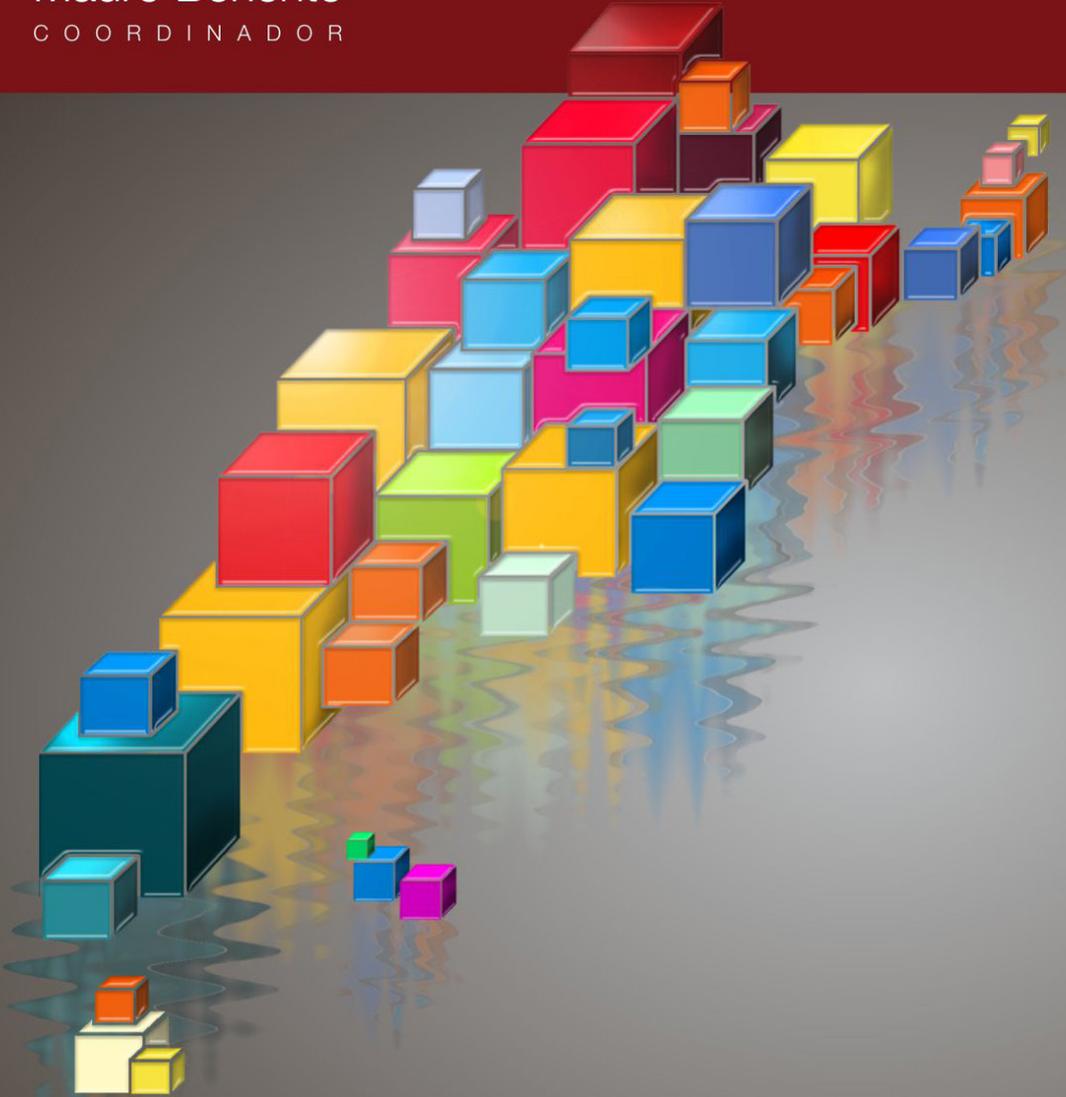


Los derechos económicos, sociales y culturales en los tribunales superiores de provincia

Mauro Benente
COORDINADOR



Río Negro

**MARÍA RITA CUSTET LLAMBÍ
Y DANIELA HEIM**

1. INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo analizamos la jurisprudencia del Superior Tribunal de Justicia de Río Negro (en adelante, STJ) en materia de derechos económicos, sociales y culturales (en adelante, DESC), enfocándonos en la última década. Durante dicho período este organismo tuvo dos composiciones diferentes –en función de la renovación de sus integrantes–¹ pero ha mantenido una línea sin mayores divergencias en cuanto al reconocimiento de los citados derechos.

Los casos seleccionados se relacionan con el derecho a la vivienda, el derecho a la educación y el derecho a la salud. Se tomaron los precedentes más relevantes de la jurisprudencia del STJ, teniendo en cuenta el alcance de la protección de esos derechos, tanto en lo que respecta a sus contenidos y conceptualización, como en lo que hace a su operatividad y al control de razonabilidad de las políticas públicas y/o privadas que la determinan. En el recorrido del análisis haremos referencia al impacto que ha tenido en la provincia el fallo “Q. C., S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo”, del 24 de abril de 2012 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

¹ En este período el Superior Tribunal de Justicia estuvo conformado por tres miembros –Dres. Luis LUTZ, Víctor SODERO NIEVAS y Alberto BALLADINI– hasta la sanción de la Ley N° 4837 (B.O. 23/05/2013) que amplió la integración actual a cinco jueces –Dres. Lilita PICCININI, Adriana ZARATEGUI, Enrique MANSILLA, Ricardo APCARIÁN y Sergio BAROTTO–.

2. EL RECONOCIMIENTO DE DESC EN LA CONSTITUCIÓN DE LA PROVINCIA DE RÍO NEGRO

En el ámbito local opera la constitución de la provincia de Río Negro cuya última reforma data del año 1988. A pesar de que fue sancionada con anterioridad a la reforma de la Constitución Nacional del año 1994 que incorporó los tratados internacionales a la Constitución, en su artículo 14 determina la “plena operatividad de los derechos y garantías que implícita o expresamente ha reconocido” en tanto el “Estado asegura la efectividad de los mismos, primordialmente los vinculados con las necesidades vitales del hombre. Tiende a eliminar los obstáculos, sociales, políticos, culturales y económicos, permitiendo la igualdad de oportunidades”.

En el capítulo III, bajo el título *Derechos Sociales*, reconoce el derecho a la protección de la familia, la igualdad de derechos entre el hombre y la mujer, el amparo a la niñez y la formación de la juventud, los derechos de la tercera edad, los derechos de las personas con discapacidad, exenciones impositivas para personas jubiladas, derecho a las actividades sociales como complementarias del hombre y su familia, el derecho al trabajo y la vivienda digna, los derechos gremiales y los derechos de los pueblos indígenas.

En la Sección Segunda, bajo el título *Política Previsional*, establece el derecho a la salud como derecho al completo bienestar físico y espiritual, y a la asistencia en caso de enfermedad, asimismo que los medicamentos son considerados un bien social básico y fundamental. Se impone al Estado provincial la organización y fiscalización de los prestadores de la salud, asegurando el acceso, en todo el territorio provincial, al uso igualitario, solidario y oportuno de los más adecuados métodos y recursos de prevención, diagnóstico y terapéutica. También reconoce dentro de esta sección el derecho a un medioambiente sano.

En la Sección Tercera se detallan los derechos relacionados con las políticas culturales y educativas. Se reconocen la cultura y la educación como derechos esenciales de todos los habitantes y obligaciones irrenunciables del Estado. Se promueve la educación como “un instrumento eficiente para la liberación, la democracia y el inalienable respeto por los derechos y obligaciones del hombre”. El Estado debe asegurar que la educación sea de carácter común, “único, gratuito, integral, científico, humanista, no dogmático y accesible a todas las personas”. A su vez, establece que las políticas educativas

son formuladas por el Consejo Provincial de Educación y que el Estado asigna en la ley de presupuesto un fondo para la educación no menor a un tercio de las rentas generales.

La jurisprudencia del Superior Tribunal tiene como base en muchos de sus fallos los derechos reconocidos por la Carta Magna rionegrina, la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos, como asimismo la doctrina de la Corte Suprema de la Nación que opera de amalgama y piso de toda la actividad jurisprudencial nacional.²

3. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN.

INTERPRETACIÓN DEL ALCANCE DE LOS DESC:

OPERATIVIDAD DERIVADA Y CONTROL DE RAZONABILIDAD

En el fallo “Q. C., S. Y.”, la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo que la exigibilidad de los DESC depende, en primer lugar, de que esos derechos y deberes estén consagrados en la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos, que no son meras declaraciones, sino normas jurídicas operativas con vocación de efectividad. El segundo aspecto que cabe considerar es que la mencionada operatividad tiene un carácter derivado en la medida en que se consagran obligaciones de hacer a cargo del Estado. La tercera característica de los derechos fundamentales de operatividad derivada es que están sujetos al control de razonabilidad por parte del Poder Judicial, que funciona como “una frontera a la discrecionalidad de los poderes públicos”. Para la procedencia del control de razonabilidad “debe acreditarse una afectación de la garantía, es decir, una amenaza grave para la existencia misma de la persona”.

² De acuerdo con THEA, “La Constitución Nacional argentina no dispone expresamente la obligatoriedad de la doctrina emanada de la Corte Suprema. Sin embargo, se ha generado jurisprudencia –tanto de tribunales inferiores como de la propia Corte Suprema– postulando su obligatoriedad, ya sea considerando un deber de acatamiento liso y llano de la jurisprudencia de la Corte o un deber de sometimiento condicionado, que le permitiría a los jueces inferiores no seguir la jurisprudencia del Máximo Tribunal cuando circunstancias debidamente fundadas lo justifiquen” (THEA et al, 2017: 47-48).

El precedente reviste gran importancia no solo porque proviene del máximo intérprete jurisdiccional de la Constitución Nacional³ en todo el territorio nacional, sino también porque establece criterios de justicia constitucional para garantizar la protección de uno de los derechos que afecta, en particular, a los sectores más vulnerabilizados de la sociedad, como es el caso del derecho a la vivienda. Resulta interesante analizar, entonces, de qué manera se reconocen los DESC en nuestra provincia y si la doctrina del citado precedente de la CSJN ha impactado (y de qué forma) en la jurisprudencia de su más alto tribunal.

4. LOS DESC EN LA JURISPRUDENCIA DEL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DE RÍO NEGRO

4.1. *El derecho a la vivienda*

En relación al derecho a la vivienda y a su “plena operatividad” expresamente determinada por la Constitución local, hasta el año 2010 la doctrina del STJ sostuvo que las políticas de acceso a la vivienda no podían ser cuestionadas mediante amparo en tanto el Poder Judicial no podía desplazar a la Administración en esta materia,⁴ no admitiéndose excepciones a dicho principio interpretativo.

4.1.1. El control de razonabilidad de las políticas públicas a partir de “Peñipil”

La postura referida tuvo su primer punto de inflexión en la temática a partir del año 2010. Por entonces el vocal del STJ, Dr. Luis Lutz, adelantándose a la que fuera más tarde la doctrina asumida por la CSJN en “Q.C., S.Y.” se

3 “Más allá de los diversos argumentos y de la jurisprudencia contradictoria en la materia –incluso de parte de la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación–, lo cierto es que la gran mayoría de las decisiones judiciales de nuestro país acepta algún tipo de obligatoriedad de los precedentes del Máximo Tribunal, y ese constituye, junto con la ubicación y el rol institucional que cumple como cabeza del Poder Judicial, uno de los principales motivos para estudiar y analizar con detalle la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación” (THEA et al, 2017: 50).

4 STJRN Se. 61/08 (12/06/2008) y Se. 141/07 (23/10/ 2007), entre otros.

expidió en el caso “Peñipil”⁵ ante el amparo planteado por dos ciudadanas de Sierra Grande que reclamaban que el Municipio y la provincia de Río Negro proveyeran lo necesario para la finalización de una vivienda con destino a una mujer con discapacidad intelectual, madre y víctima de violencia de género. Concretamente se sostuvo que:

Adoptado un curso de acción por el Ejecutivo, o bien por el contrario verificándose un supuesto de omisión material, el Poder Judicial tiene la posibilidad de examinar –ante un caso concreto– si la alternativa elegida se adecua a las exigencias establecidas por la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos. No se trata de un análisis de oportunidad, mérito o conveniencia: la cuestión que se pone bajo escrutinio judicial es la idoneidad de la medida implementada para garantizar el acceso de los interesados al derecho.⁶

En el mismo sentido, el STJ se expidió posteriormente en pleno en “Funez”,⁷ ante un reclamo contra el Instituto Provincial de la Vivienda en el que se encontraba en juego la preservación del estado de salud de dos niños, uno de ellos con discapacidad. Para confirmar la sentencia de grado, que había ordenado al Instituto Provincial de la Vivienda proveer al grupo familiar una solución habitacional, se ponderó lo dispuesto en el artículo 36 de la Constitución provincial, en cuanto a que el Estado protege integralmente a toda persona con discapacidad, y el espíritu especial que anima a la norma, “en orden a las facilidades y reconocimiento que la sociedad toda debe conferirles”.⁸

5 STJRN (30/06/2010), “Peñipil, Mónica Mirta s/ Amparo”. Se. 54/10.

6 El fallo cita como antecedentes a la resolución de la “Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sala II, (12/3/2002), “Ramallo, Beatriz y otros v. Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/amparo”; LL, Suplemento de Derecho Constitucional, 2002-2058; y Revista del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, N°. 28, septiembre 2003, p. 30. con cita del Tribunal del caso resuelto por la Corte Constitucional de Sudáfrica, “The Government of the Republic of South Africa and others vs. Irene Grootboom”, caso “C. C. T.”, 11/00, fallado el 4/10/2000, en el cual se analizó la justiciabilidad del derecho a la vivienda, con fundamento en el art. 11, párr. 1º, Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el art. 26 de la Constitución que los rige; cf. “Asociación Civil Miguel Bru y otros c/Ministerio de Desarrollo Social de la Provincia de Buenos Aires s/Legajo de apelación”.

7 STJRN (18/11/2011) “Funez, Silvia Beatriz s/ Amparo s/ Apelación.” Se. 127/11.

8 STJRN (18/11/2011), “Funez, Silvia Beatriz s/ Amparo s/ Apelación.” Se. 127/11.

Resaltó en el caso que el interés superior del niño impone que el Estado en la administración de sus recursos ceda en favor del más débil. Sostuvo que el principio general de no intromisión del Poder Judicial sobre la Administración

debe ceder ante circunstancias excepcionales que denoten con claridad la existencia de peligro inminente, gravedad y la necesidad de lograr una protección excepcional de carácter urgente que preserve la salud de los amparistas y que requieren un trato específico de la Administración por no responder al parámetro de soluciones generales que conforma el plexo de los derechos sociales previstos en la Constitución.

Más adelante, en los casos “Morales”⁹ y “Moser”,¹⁰ se sostuvo que existen situaciones particulares, como las que presentaban los amparistas,¹¹ que “solamente pueden merecer un trato específico de la Administración por no responder al parámetro de soluciones generales previsto en la legislación”.

Con posterioridad, siguiendo el mismo criterio, el STJ sostuvo la procedencia de demandas contra el Estado en causas en que ha considerado situaciones de carácter extremo. En “Custet Llambi”¹² se ordenó al Instituto Provincial de la Vivienda la provisión de una solución habitacional, en la modalidad que se estime más conveniente, destinada a una madre y una niña, ambas con discapacidad. Se argumentó que en los supuestos de los DESC rige el principio de progresividad y que la regla de que todas las políticas que dicten los Poderes Ejecutivo y Legislativo en sus respectivos ámbitos de competencia son propias de la esfera de reserva de dichos poderes “tiene

⁹ STJRN (20/04/2012), “Morales Andrea Fabiola s/Amparo s/ Apelación”.Se. 48/12.

¹⁰ STJRN (25/06/2012), “Moser, Carlos Luis s/Amparo s/ Apelación”. Se. 81/12.

¹¹ En ambos casos las personas involucradas poseían serias deficiencias funcionales, que generaban discapacidad, y carencia de recursos económicos. En el caso “Morales” la Jueza de grado, había hecho lugar al amparo presentado por la madre de un niño que requería un lugar adecuado para recibir los tratamientos acordes a la internación domiciliaria conforme su grave estado de salud. En “Moser” se trataba de una cuestión compleja que involucraba a una persona con discapacidad diagnosticada “con Hemiparesia facio braquío crural derecha, diabetes, asma e hipertensión, agravándose su situación médica por el hecho de vivir en un lugar insalubre, que limita con depósitos de basura, y en el que no cuenta con provisión de los servicios públicos básicos”.

¹² STJRN (12/04/2013), “Custet Llambi, María Rita, Defensora General del Ministerio Público s/ Acción de amparo.” Se. 30/13.

su excepción, como ocurre en general con las medidas cautelares cuando se encuentran involucrados menores de edad que se encuentren privados de bienes humanos básicos como son en principio la educación, la salud y los alimentos”.¹³ El STJ afirmó que en virtud del principio “pro homine”, que orienta la interpretación de los derechos humanos, de acuerdo con la doctrina de la CIDH, la tarea de garantizar los derechos requiere la toma de las medidas necesarias a efectos de la remoción de los obstáculos para que “los individuos puedan disfrutar de los derechos reconocidos en la Convención, debiendo los jueces, en cada caso, velar por el respeto de los derechos de los que son titulares cada niña, niño o adolescente bajo su jurisdicción”.¹⁴

4.1.2. Alcance del derecho a la vivienda. Incidencia del fallo Q.C.S.Y

El fallo “Q.C., S.Y” ha tenido alguna incidencia en la jurisprudencia de la Corte rionegrina. En el anteriormente referido caso “Moser”¹⁵ por primera vez el STJ se expidió sobre el alcance que correspondía aplicar al criterio de la “solución habitacional”, señalando que conforme el precedente de la CSJN, la obligación del Estado en casos excepcionales “no necesariamente importa la construcción y/o asignación de una nueva casa, sino que puede consistir en otras alternativas acordes a las necesidades de salud del amparista que le permitan el alojamiento en condiciones edilicias adecuadas a la patología que presenta”.

El mismo criterio con referencia al precedente nacional fue seguido en el caso “Flores”,¹⁶ en el que se involucraba el interés superior de una niña con discapacidad, con síndrome de Down y síndrome de West, que requería protección y cuidados permanentes. Aquí, el STJ hizo lugar al recurso de la Fiscalía de Estado, revocó parcialmente la resolución del juez de grado en cuanto ordenaba al Estado adjudicar una vivienda y ordenó brindar una solución habitacional bajo la modalidad que considerara más “conveniente”.

¹³ Con cita CSJN (07/03/2006), “E. y otros c/ Bs.As. Prov., de y otros s/ amparo, LL 2006 D 56.

¹⁴ Con cita CSJN 334:913.

¹⁵ STJRN (25/06/2012, “Moser, Carlos Luis s/Amparo s/ Apelación”. Se. 81/12.

¹⁶ STJRN (05/06/2013), “Flores Virgilio Ramon s/Amparo (IPPV) s/Apelación”. Se. 58/13.

El mismo criterio fue seguido en el caso “Arrejoria”¹⁷ en el que el Estado municipal había recurrido una sentencia de grado que lo obligaba a proveer de una vivienda a un joven con discapacidad en estado extremo de vulnerabilidad.¹⁸ Se hizo lugar parcialmente al recurso, en tanto se consideró que el Municipio no se encontraba obligado a dotar al amparista de una vivienda en carácter de propietario, pero sí lo estaba a brindarle una solución habitacional:

la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha señalado que el reconocimiento del derecho a una vivienda digna importa el deber concreto e inmediato del Estado de reglamentarlo e implementarlo para garantizar su efectividad, reglamentación que debe respetar tanto la finalidad como los límites impuestos por las normas de jerarquía superior, debiendo el Estado realizar el mayor esfuerzo posible para lograr, en forma progresiva y dentro de sus reales capacidades y limitaciones económicas, la plena efectividad de tal derecho a todos sus habitantes.¹⁹

4.2. Derecho a la educación

La recorrida por los fallos del STJ en materia del derecho a la educación da cuenta de que la provincia de Río Negro ha establecido desde largo tiempo atrás –casos “Depetris”,²⁰

¹⁷ STJRN (02/08/2016), “Arrejoria, Yahel Emiliano s/ amparo s/ apelación.” Se. 72/16.

¹⁸ Se trataba de un joven de 20 años en situación de máxima vulnerabilidad, no solo por su grave estado de salud (con diagnóstico de Parapleja espástica: no camina, no controla esfínteres, no siente dolor ni ninguna otra sensación y con una infección en los huesos de su cadera) sino también porque se encontraba en una situación habitacional altamente deficitaria en relación a los cuidados específicos que requiere su salud e integridad, sumado a que los ingresos del grupo familiar eran insuficientes para atender sus necesidades básicas, garantizar una alimentación adecuada y la provisión de los elementos esenciales para su cuidado.

¹⁹ Asimismo, fundamentó la decisión en la doctrina de la CSJN en caso “Lifchitz” en tanto sostuvo 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”.

²⁰ STJRN (12/02/1999), “Depetris, Catalina María s/Amparo s/Competencia”, Se. 4/99. Se cuestionaba vía amparo la constitucionalidad de la Resolución N°488/99 del Consejo de Educación que establecía un promedio anual de 7 puntos para aprobar las asignaturas del plan educativo.

“Cobas”,²¹ “Novoa”,²² entre otros– que el establecimiento de políticas educativas, como así también la planificación, organización y administración del sistema son, por imperio constitucional, privativas de las autoridades administrativas. Esta postura ha sido reiterada en precedentes más actuales²³ al referir que no incumbe al Poder Judicial juzgar sobre la oportunidad, mérito o conveniencia de las decisiones propias de los otros poderes del Estado. Esta doctrina, como se especificará a continuación, es particularmente restrictiva en lo que refiere a cupos escolares, pero ha admitido notorias excepciones en casos en que se encuentran involucrados derechos de alumnas y alumnos con discapacidad.

4.2.1. Cupos escolares

En “Depetris”²⁴ se rechaza todo control de razonabilidad por parte del Poder Judicial a la política de distribución y asignación de los cupos en las escuelas. Es el criterio seguido hasta la fecha, aun en casos de extrema vulnerabilidad: las políticas del Estado en este aspecto no han sido cuestionadas ni interpe-ladas por el Poder Judicial.

A modo de ejemplo hemos relevado tres sentencias emblemáticas. En el caso “Brust”²⁵ la madre de un niño con retraso madurativo solicitó, por indicación del equipo tratante, que su hijo permaneciera en la sala de cinco años de un jardín de infantes estatal. La jueza del amparo rechazó la acción por “tratarse de una política pública educativa y su respeto a la división de poderes” y ordenó el seguimiento específico del caso por parte del Ministerio de Educación. El STJ confirmó la decisión, aun cuando en cuestiones de salud ha prevalecido su doctrina de proveer la cobertura en salud y educación que requiera el médico tratante y pese a la posición de la Defensoría de Menores

21 STJRN (27/03/2000), “Cobas, María Cecilia S/Amparo S/Competencia”, Se. 21/00. Se planteaba la inconstitucionalidad de la Resolución N° 1986/94 del Consejo de Educación que establecía una serie de pautas de carácter general que determinaban el orden de preferencia para la inscripción de los alumnos en las instituciones escolares.

22 STJRN (06/06/2000), “Novoa, Roberto s/ Mandamus”, Se 38/2000.

23 STJRN (05/10/2015), “Cepedano” Se. 149/15 y “Córdoba” Se. 35/16 (02/05/ 2016).

24 STJRN (12/02/1999), “Depetris, Catalina María s/Amparo s/Competencia”, Se. 4/99.

25 STJRN (16/05/2016), “Brust, Jessica Marina s/ Amparo s/ Apelación”. Se. 43/16.

que dictaminó que en el caso concreto se soslayaba el interés superior del niño.

Por su parte, en el caso “Reyes”²⁶ en el cual la madre de una adolescente que había sufrido un intento de secuestro mientras esperaba uno de los dos colectivos que debía tomar para asistir a la escuela, interpuso un amparo para cambiar a la joven de establecimiento educativo. El STJ confirmó la sentencia que rechazó el amparo, ante la evidente situación de vulnerabilidad de la adolescente (en su calidad de niña, mujer y víctima de un delito), por cuanto la madre no había cumplido el requerimiento formal de la jueza de grado para que acredite el trámite administrativo iniciado para el cambio de escuela. Todo ello pese a que el informe social dio cuenta de que las autoridades administrativas no informaron oportunamente sobre los trámites administrativos a seguir como se habían comprometido con la familia de la joven.

Finalmente, en “Ávila”²⁷ se rechazó un recurso contra una sentencia de grado que había denegado un amparo cuyo objeto era la admisión de un niño de 8 años a una escuela más cercana a su domicilio. Se comprobó que el niño estaba en situación de vulnerabilidad por cuanto su madre, quien ejercía sola los cuidados parentales, laboraba como empleada doméstica y no podría acompañar a su pequeño a tomar el transporte escolar por los horarios de trabajo ni podía afrontar los gastos de pasajes de los dos colectivos para llegar a la distante escuela, lo que generaba muchas inasistencias por parte del niño a clases. Pese a que había intervenido el organismo proteccional de niñez aconsejando el cambio de escuela y que ya habían transcurrido dos años desde entonces sin respuesta de parte del Ministerio de Educación, el STJ confirmó la decisión porque consideró que el amparo no era la vía adecuada para lograr el objetivo perseguido, porque el mismo podía procurarse a través de los mecanismos administrativos pertinentes “sin que se vislumbre una violación actual o inminente al derecho a la educación”.

²⁶ STJRN (14/06/2017), “Reyes, Marcela Yanet c/ Consejo Provincial de Educación s/ Amparo s/ Apelación”, Se. 74/17.

²⁷ STJRN (10/07/2017), “Ávila, Rosmari del Carmen Alicia c/ Consejo Provincial de Educación de Río Negro s/ Amparo s/ Apelación”, Se. 85/17.

4.2.1. El derecho a la educación de los niños y niñas con discapacidad

Los criterios estrictos en lo que respecta al control de razonabilidad de las políticas educativas en cuestiones relativas a la asignación de cupos en establecimientos escolares ceden en cuanto al acceso a la educación de los niños y niñas con discapacidad.

Desde “Arias”²⁸ se determinó la obligación de las obras sociales y prepagas de solventar, como parte de la cobertura integral de salud, la educación privada de niños con discapacidad. Entonces se actualizó la doctrina legal que anteriormente había sostenido la obligación de cubrir prestaciones básicas a través de los organismos estatales y se avanzó significativamente en el reconocimiento a la cobertura integral de las personas con discapacidad. En la oportunidad se analizó profundamente el derecho a la salud de las personas con discapacidad en las leyes vigentes y los tratados internacionales, especialmente a la luz del modelo social de la discapacidad y la necesidad de una amplia cobertura para la atención integral.

Más recientemente, en “Cecchi”²⁹ se confirmó una resolución de la jueza de grado que ordenó al Instituto Provincial de Salud solventar los gastos de una escuela privada a la que asistía una niña con síndrome de Down, sobre la base de que ello atendía a su interés superior, conforme las recomendaciones del equipo tratante de la niña.

En idéntico sentido, se ha determinado la obligación del Estado de proveer el servicio de maestras integradoras para los niños y niñas con discapacidad, haciendo lugar a aquellas demandas contra la provincia en los casos en que el Ministerio de Educación se negaba a proveer el servicio. En los precedentes “Colombo”³⁰ y “Godoy”³¹ se expidió confirmando las sentencias de las juezas que habían resuelto un amparo obligando a la provincia a disponer la atención personalizada de una maestra de apoyo por el tiempo que los profesionales intervinientes determinen, conforme el interés superior de los niños

²⁸ STJRN (24/09/2008), “Arias, Silvia Alejandra s/Amparo (I.PRO.S.S.) s/Apelación”, Se. 94/08.

²⁹ STJRN (05/07/2017), “Cecchi, Mariana Isabel y Mateos, Claudio José c/ I.PRO.S.S. s/ Amparo s/ Incidente de apelación”, Se. 83/17.

³⁰ STJRN (26/05/2016), “Colombo, Luciano Andrés y otra (en rep. de C.; G. N) c/ Ministerio de Educación de Río Negro S/ Amparo (E-S) s/ Apelación”, Se. 45/16.

³¹ STJRN (16/05/2017), “Godoy, Carina Lorena y Palma, Gabriel Nazareno c/Consejo de Educación s/ Amparo s/Apelación”, Se. 65/2017.

afectados. Estos precedentes son importantes, también, porque se había ordenado (y así fue confirmado) la creación del cargo respectivo y su cobertura a través de las correspondientes asambleas docentes, cuando la provincia se había negado a proveer el servicio sosteniendo, en contra de los informes docentes aportados, que debía proveerse un acompañante terapéutico y no una maestra de apoyo.

Con posterioridad, en el caso “Avendaño”,³² el STJ tuvo la oportunidad de expedirse ante el planteamiento del caso inverso. Los padres de un niño de 4 años reclamaban la provisión de un acompañante terapéutico para su hijo que se encontraba con serios problemas de movilidad luego de un accidente automovilístico. La obra social se negaba a solventar el servicio argumentando que correspondía proveer al niño de una maestra de apoyo y no de un acompañante terapéutico. En este caso, se confirmó la sentencia de la jueza de amparo que había hecho lugar a la demanda. Asimismo sostuvo, con remisión a lo dictaminado por la Defensoría General,³³ que el agravio relativo a que el niño requería de una maestra de apoyo y no de un acompañante terapéutico, no podría prosperar porque la asistencia reclamada se relacionaba con la movilidad física y no con temas vinculados a desarrollo educativo del niño.³⁴

4.3 *Derecho a la salud*

El precedente “Salazar”³⁵ ha dado marco a la doctrina del Tribunal rionegrino en materia de salud. En dicho caso sostuvo que existe una responsabilidad compartida entre la Nación y la Provincia para la protección de este derecho, en cuanto el sistema de salud tiene en nuestro país una organización federal

³² STJRN (07/11/2017), “Avendaño, Ana Laura c/ Obra Social de Personal Civil de la Nación s/ Amparo s/ Apelación”, Se. 155/2017.

³³ Dictamen DG N° 98/17 del 29 de septiembre de 2017.

³⁴ Se sostuvo: “El derecho que le asiste al niño ha sido reconocido como un derecho humano fundamental, encontrando la presente acción sustento en los arts. 33, 41, 42 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional; art. 33, 36 t 59 de la Constitución Provincial, Convención, Americana sobre los Derechos Humanos, art. 5.1; Pacto Internacional de los Derechos Económicos Sociales y Culturales art. 12 inc. c; la Convención sobre los Derechos del Niño, art. 24, la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las personas con discapacidad, que se encuentra incorporado al derecho por la ley 25.280, y la Convención Internacional de sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”.

³⁵ STJRN (04/05/2005), “Salazar, Ana s/ amparo s/ apelación”, Se. 41/05.

y la responsabilidad de los estados provinciales no ha sido delegada en la Nación.³⁶

La mayor cantidad de amparos por derecho a la salud se presentan, en general, por el requerimiento de cobertura integral, ya sea contra instituciones públicas o privadas. El STJ ha sostenido reiteradamente que resulta necesario tener como principio rector la calidad de vida del paciente y un concepto amplio de salud, de acuerdo a lo dispuesto por la OMS (Organización Mundial de la Salud) que incluye los aspectos físico, psíquico y social del bienestar de las personas.

4.3.1. Competencia del STJ en casos de demandas contra obras sociales y prepagas

En la causa “Arvigo”³⁷ se determinó que la jurisdicción provincial era competente, por la vía del amparo, para controlar el cumplimiento de las prestaciones a cargo no solo de las obras sociales sino también de la medicina prepaga. Ello por cuanto el artículo 59 de la Carta Provincial expresamente establece que la provincia “organiza y fiscaliza a los prestadores de salud, asegurando el acceso, en todo el territorio provincial, al uso igualitario, solidario y oportuno de los más adecuados métodos y recursos de prevención, diagnóstico y terapéutica”. En consecuencia, se ha establecido la procedencia del amparo para proteger el derecho a la salud ante el grave e irreparable daño que se causaría si se remitiera el asunto a otras vías administrativas u ordinarias.

4.3.2. Cobertura de prestaciones indicadas por el médico tratante

En relación al reclamo por la falta de cobertura, por parte de las prestadoras de salud, de prácticas no incluidas en el PMO (Programa Médico Obligatorio) se ha sostenido, desde tiempo atrás, que el hecho de que los tratamientos requeridos no figuren como prestación reconocida para su cobertura por la obra social en el PMO “no resulta óbice para la cobertura de dicho

³⁶ Voto del Juez SODERO NIEVAS.

³⁷ STJRN (27/06/2011), “Arvigo Carolina y otro s/Amparo s/Apelación”, se. 56/11.

tratamiento, puesto que tal situación contraviene normativas constitucionales de rango superior”.³⁸

A partir de “Polich”³⁹ se amplió dicha doctrina al sostenerse que las personas tienen el derecho a disfrutar del más alto nivel posible de salud física y mental, no pudiendo negarse el acceso al tratamiento aconsejado por su médico tratante con motivo de que el tratamiento no se encuentra incluido en el PMO.⁴⁰ Esta doctrina es reiterada posteriormente⁴¹ y ha sido el resultado de la adopción por parte del Tribunal del criterio expuesto por la Procuradora General. Al dictaminar el caso la Procuradora sostuvo que el parámetro para analizar la razonabilidad de las políticas de coberturas de salud se relaciona directamente con las indicaciones del médico tratante, considerado como el especialista

en quien el enfermo ha confiado el control de su calidad de vida y quien determina si su paciente realmente necesita un medicamento o un tratamiento determinado, con qué grado de urgencia y en que estadio de la enfermedad.⁴²

En el reciente caso “Calvo”,⁴³ ante un recurso del Instituto Provincial de Seguros de Salud, el STJ confirmó una sentencia que ordenaba la cobertura

³⁸ STJRN (17/12/2008), “Meléndez, Viviana Alejandra e Ibarra, Gustavo s/ amparo s/ apelación” Se. 133/08.

³⁹ STJRN (18/06/2013), “Polich, Enrique Alberto c/ Swiss Medical Group s/ Acción de Amparo art. 43 C. Pcial s/ Apelación”, Se. 70/13.

⁴⁰ En el precedente citado la prestadora de salud se negaba a solventar un tratamiento oncológico de Radioterapia de Intensidad Modulada indicada por el médico tratante con el fin de disminuir la toxicidad en el paciente argumentando que la práctica se encontraba expresamente excluida del PMO ante lo cual el STJ confirmó la resolución del juez del amparo y sostuvo que la alegada falta de cobertura por no estar en el PMO no procede en virtud de que: “la obligación de la accionada no puede limitarse a dicha lista, desde que la finalidad perseguida por dicho plan receptada en el reglamento interno de la empresa, es un otorgar una amplia cobertura de los medicamentos de baja incidencia y alto costo, y el art. 28 de la Ley N° 2662 previo su actualización periódica de conformidad con el avance tecnológico de la ciencia”. STJRN (18/06/2013), “Polich, Enrique Alberto c/ Swiss Medical Group s/ Acción de Amparo art. 43 C. Pcial s/ Apelación”, Se. 70/13.

⁴¹ STJRN (06/11/2013), “Castro” Se. 126/13 y (27/10/2015), “Chirino” Se. 166/15, entre otras.

⁴² Dictamen PG N° 64/13 del 6 de mayo de 2013, Dra. Liliana L. Piccinini.

⁴³ STJRN (07/07/2017), “Calvo”, Se. 66/17.

de un acompañante terapéutico por 8 horas diarias. La provincia se agravió de que la limitación legal dispuesta por los Decretos provinciales N° 1395/15 y N° 84/16 que regula la actividad del acompañante terapéutico limita a 6 horas diarias la prestación. La sentencia luego de una extensa remisión a normativa internacional y nacional y provincial referida a la protección de la salud, la discapacidad y la niñez sostuvo que dicho cuerpo normativo “no pueden ser desoídos so pretexto de cuestiones reglamentarias de la Obra Social, toda vez que el joven hijo de la accionante requiere los tratamientos de asistencia terapéutica domiciliaria necesarios conforme su discapacidad, tal como lo ha indicado su médica tratante”.

4.3.3. Prestaciones integrales para personas con discapacidad.

Referimos anteriormente el precedente “Arias”⁴⁴ en el cual el STJ sentó las bases para el efectivo goce de prestaciones en orden al reconocimiento de una asistencia integral para las personas con discapacidad conforme criterios de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad. A ello se suma que, en criterio del máximo tribunal rionegrino, la habilitación hacia el control judicial de razonabilidad de las prestaciones de salud se profundiza en el caso de niñas, niños y personas con discapacidad y, en especial, en la interseccionalidad de ambas identidades, como lo expresa en “Vicencio”:

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 [sic] sus capacidades diferentes.⁴⁵

4.3.4. Salud reproductiva

La salud reproductiva también goza de una amplia protección en la jurisprudencia del STJ. Desde 2008, en particular, la doctrina de ese Tribunal sostiene que el sistema de salud rionegrino se basa en la universalidad de la cobertura y que la falta de inclusión de una dolencia en el PMO –en este

⁴⁴ STJRN (24/09/2008), “Arias, Silvia Alejandra s/Amparo (I.PRO. S.S.) s/Apelación”, Se. 94/08.

⁴⁵ STJRN (13/05/2014), “Vicencio, Vanesa Mariana S/Amparo S/Apelación”, Se. 45/14, reiterada en (20/09/2015), “Lofiego” Se. 142/15 y (08/11/2017), “Avenidaño” Se. 155/17.

caso, la infertilidad– no puede ser un obstáculo al acceso a las técnicas de reproducción humana asistida. Nos referimos al caso “Melendez”,⁴⁶ en el que se reconoció el derecho a la cobertura económica de un tratamiento de reproducción humana asistida denominado de “baja intensidad” (microfertilidad con el método ICSI).

El criterio de amplia protección en materia de salud reproductiva fue reiterado, entre otros, en el año 2014 en los fallos “Elena”⁴⁷ y “Fresco”,⁴⁸ en los cuales se reconoció el derecho a la cobertura integral para los tratamientos de alta complejidad. Ese mismo criterio, la protección del acceso a la salud reproductiva fue ampliado en el fallo “Tortarolo”,⁴⁹ en el que se reconoció el derecho a la cobertura médica total para los tratamientos de fertilidad asistida de la pareja de la persona afiliada a una obra social. Posteriormente, en el caso “Miguel”,⁵⁰ se reconoció la cobertura total de un tratamiento con óvulo donación y vitrificación de embriones, incluido el 100% de la medicación.

4.3.4.1. Aborto no punible

En materia de aborto no punible, el STJ rionegrino tomó postura a favor del aborto no punible con anterioridad al precedente “F,A.L.” de la CSJN.⁵¹ En la causa “N, R.F.”⁵² dejó sentado que:

si el embarazo proviene de una violación, el aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento informado de los padres de la niña embarazada no es punible, con lo que la figura del inc. 2 del art. 86 del Código Penal hace

⁴⁶ STJRN (17/12/2008), “Melendez Viviana Alejandra e Ibarra Gustavo s/ Amparo s/ Apelación”, Se. 133/08.

⁴⁷ STJRN (19/12/2014), “Elena Marpia de los Angeles c/UP (Accord Salud) s/ Amparo (E-S) s/ Apelación”, Se. 175/14.

⁴⁸ STJRN (18/09/2014), “FRESCO, Silvana Beatriz c/ OSDE s/ Amparo”, Se. 111/14.

⁴⁹ STJRN (04/02/2014), “Tortarolo, Marina S/ Amparo (F) s/ Apelación” Se. 2/14.

⁵⁰ STJRN (27/09/2017), “Miguel, Marta c/ Mutual Federada 25 de Junio S.P.R. s/Amparo s/Apelación”, Se. 129/17.

⁵¹ CSJN (13/03/2012), “F., A.L. s/medida autosatisactiva” (Fallos 335:197).

⁵² STJRN (26/05/2011), “N., R.F. s/Abuso Sexual s/Incidente de solicitud de interrupción de embarazo s/Apelaciones s/ Casación”, Se. 43/11.

extensiva la impunidad al denominado aborto sentimental o ético, sin distinción en que la violación cometida sea sobre mujer sana o sobre idiota o demente.

La sentencia destaca como fundamento el derecho a la salud previsto en el artículo 59 de la carta local y declara expresamente que no hace falta la denuncia previa de los hechos ni autorización judicial para que se practique el aborto, estableciendo un criterio de operatividad directa en la materia.

Asimismo, refiere a la doctrina del control de convencionalidad –planteada en el caso por la Defensora General– y la aplica en orden a lo establecido en los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)⁵³ relacionados con el rol “constructivo” de dicho control, en su doble papel: el que obliga a los jueces nacionales a no aplicar las normas internas que se opongan a la Convención Americana de Derechos Humanos y el que los obliga a interpretar las leyes nacionales con arreglo a la normativa supranacional de referencia y a la interpretación que de ella hace la CIDH. En este sentido, cita el Cuarto Informe Periódico de Argentina del Comité de Derechos Humanos, del 22 de marzo de 2010, en el que expresa su preocupación por la legislación restrictiva del aborto contenida en el artículo 86 del Código Penal, así como la inconsistente aplicación por parte de los Tribunales de las causales de no punibilidad contenidas en ese artículo e insta a que nuestro país modifique su legislación de forma que ayude efectivamente a las mujeres a evitar embarazos no deseados y a que no tengan que recurrir a abortos clandestinos que podrían poner en peligro sus vidas. Entre otros argumentos, también expresa que el aborto no punible no vulnera el artículo 4.1 del Pacto de San José de Costa Rica, criterio sostenido por la propia CIDH, en cuanto ha expresado que en el sistema interamericano de derechos humanos, la protección del derecho a la vida desde la concepción no es absoluta, porque están incluidos diferentes países en los que existen distintos supuestos de despenalización del aborto.⁵⁴ De esta manera, el STJ reconoce operatividad directa al derecho

⁵³ Con cita a “Almonacid Arellano” (26/09/06), “Trabajadores del Congreso” (24/11/06) y “Radilla Pacheco” (23/11/09).

⁵⁴ El fallo de referencia cita la Resolución N° 23/81 de la CIDH en el caso 2141, en el que resolvió que las decisiones de la Corte Suprema de Estados Unidos y la Corte Suprema Judicial de Massachussets que dejaron impune una interrupción voluntaria del embarazo de una joven de 17 años no vulneraron el derecho a la vida.

al aborto no punible con anterioridad a que lo hiciera la CSJN, criterio que ha mantenido hasta ahora.

4.3.4.2. Píldora del día después

El criterio amplio que el STJ rionegrino sostiene en materia de aborto no punible es extensible a la denominada “Píldora del día después”. La resolución del caso “Breide” (STJ, 2006)⁵⁵ en el año 2013, fue la ocasión para expresarlo. En este fallo, se resolvió una acción de inconstitucionalidad de la Ley provincial N° 3999 –luego consolidada por el Digesto Jurídico en Ley R 3059– llamada de “Anticoncepción de Emergencia”. La acción de inconstitucionalidad había sido planteada por un ciudadano que consideró que la píldora tenía comprobados y reconocidos efectos abortivos y que, por lo tanto, la norma que regulaba su uso violentaba los derechos constitucionalmente protegidos a la vida, la dignidad y a la salud humana.

El STJ resolvió no hacer lugar a la acción de inconstitucionalidad, apartándose del precedente “Portal de Belén” de la CSJN⁵⁶ que había resuelto hacer lugar a una acción de amparo contra el Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación, con la finalidad de que se le ordene revocar la autorización y prohíba la fabricación, distribución y comercialización del fármaco. En “Breide” el STJ consideró, por mayoría⁵⁷ que la citada norma no era inconstitucional. Resultan de interés los argumentos esgrimidos por el Juez BAROTTO, en cuanto sostuvo que la utilización de este fármaco es voluntaria, de modo que está reservada a la esfera de la privacidad de las personas y por ello aplica la doctrina de la CSJN que surge de “Arriola”.⁵⁸ Así, expresó que

el artículo 19 de la Constitución Nacional constituye una frontera que protege la libertad personal frente a cualquier intervención ajena, incluida la estatal. No se trata sólo del respeto de las acciones realizadas en privado, sino del reconocimiento

⁵⁵ STJRN (30/11/2006), “Breide, Diego José s/Acción de Inconstitucionalidad Ley 3999/05”, Se. 215/06.

⁵⁶ CSJN (05/03/2002), “Portal de Belén - Asociación Civil sin Fines de Lucro c/ Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación s/ amparo”.

⁵⁷ Votos de los jueces MANSILLA y BAROTTO, en minoría voto del Dr. SODERO NIEVAS.

⁵⁸ CSJN, ARRIOLA, “Sebastián y otros s/ recurso de hecho causa N° 9080”, Fallos 332: 1963

de un ámbito en el que cada individuo adulto es soberano para tomar decisiones libres sobre el estilo de vida que desea. Este poderoso reconocimiento de la libertad personal implica una inversión de la carga argumentativa, de modo que toda restricción de ese ámbito debe ser justificada en la legalidad constitucional. Por ello, no cabe prohibir conductas realizadas en privado que no ocasionan peligro o daño para terceros; y los argumentos basados en la mera peligrosidad abstracta, la conveniencia o la moralidad pública no pueden superar de modo alguno el test de constitucionalidad. En tal sentido, toda persona adulta es soberana para tomar decisiones libres sobre el estilo de vida que desea.

5. CONCLUSIÓN

El STJ de Río Negro desde largo tiempo atrás y, en especial, durante la última década, ha considerado operativos –de operatividad derivada– los DESC. Cuenta con gran cantidad de antecedentes en los cuales ha realizado el control de razonabilidad de las políticas públicas y ha ponderado especialmente la situación de niños y personas con discapacidad en extrema situación de vulnerabilidad.

En materia de vivienda, se puede afirmar que hasta el año 2010 la doctrina del STJ rionegrino, en general, no admitía la doctrina del control jurisdiccional de las políticas habitacionales. Desde entonces, esto es, antes del precedente nacional “Q.C., S.Y.”, el STJ cambió ese criterio y reconoció la operatividad derivada del derecho a la vivienda digna, ordenando la adjudicación de viviendas en aquellos casos en que se verificaran situaciones extremas que pusieran en riesgo la integridad de las personas. La discapacidad fue considerada a partir de aquí como un factor determinante de la vulnerabilidad. Con posterioridad al citado precedente nacional, el criterio de adjudicación de la vivienda cambió por el de “solución habitacional” aclarándose expresamente que no implica la adjudicación de una vivienda en propiedad. Si tomamos como referencia el citado fallo de la CSJN, advertimos que solo es citado en escasas oportunidades por el Tribunal local y con el objetivo de remarcar que el derecho a una vivienda digna no importa el derecho a la propiedad de una casa sino a obtener del Estado una solución habitacional en casos de extrema vulnerabilidad, conforme la modalidad que se considere más adecuada.

En el caso del derecho a la educación advertimos un criterio más restrictivo en cuanto a amparos por vacantes, en los cuales la política del Ministerio

de Educación no ha sido cuestionada ni se ha admitido su revisión judicial. Este criterio no ha sido sostenido en lo que respecta a las políticas educativas relacionadas con la provisión de maestras integradoras y de ayudantes terapéuticos para casos de estudiantes con discapacidad, en los que sí se ha aplicado la doctrina del control de razonabilidad de las políticas públicas y se ha reconocido una amplia protección al derecho a la educación y a la salud.

En materia de salud, por último, es donde encontramos que en general el STJ reconoce una operatividad directa del derecho a la salud que alcanza a las prestaciones de salud provistas por entes públicos y privados. Se observa un especial énfasis en lo que respeta a la protección de la salud sexual y reproductiva, que se expresa en brindar una máxima cobertura sanitaria a los tratamientos de fertilización asistida, en el reconocimiento del acceso al aborto no punible como un derecho relacionado con la salud y la protección de la vida de las mujeres gestantes y en el rechazo a las acciones que han intentado impedir la distribución de la denominada “píldora del día después”. En materia de aborto no punible, la doctrina del fallo “F.A.L.” de la CSJN fue adoptada por el STJ de Río Negro con anterioridad a ese precedente nacional y en lo que hace a la distribución de la píldora del día después, se ha apartado de la doctrina de la CSJN que emerge del fallo “Portal de Belén”. En particular, en los casos referidos a la cobertura de acompañantes terapéuticos y tratamientos excluidos del PMO, el STJ ha entrado a analizar la razonabilidad de las limitaciones que impone la reglamentación a la luz de la normativa internacional y determinado la obligatoriedad de la prestación a cargo de particulares y del Estado sosteniendo –como principio rector en sus fallos– la calidad de vida del paciente.

La conclusión general que se desprende de estas situaciones es que los criterios restrictivos con los que se interpreta el derecho a la educación no se condicen con la mayor amplitud de miras con las que se interpretan el derecho a la vivienda y el derecho a la salud. El análisis del tipo de demandas que generan estos pronunciamientos y la forma en que se judicializan (temas que exceden el marco de este trabajo y advierten la necesidad de ulteriores desarrollos), podría dar elementos para un mejor diagnóstico sobre la protección jurisdiccional de los DESC en nuestra provincia y para establecer los déficits de acceso a la justicia de los grupos más vulnerables de la población que podrían estar operando.

6. BIBLIOGRAFÍA

THEA, F. et al (2017). *Análisis Jurisprudencial de la Corte Suprema: Parte General*. José Clemente Paz: Edunpaz. Recuperado de <https://unpaz.edu.ar/sites/default/files/AnalisisJurisprudencial.pdf>