



NEUQUÉN, 12 de Mayo del año 2021

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "**ONGARO JORGE EDUARDO C/ INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL DEL NEUQUEN (ISSN) S/ ACCIÓN DE AMPARO**" (**JNQLA6 EXP 100540/2020**) venidos en apelación a esta **Sala I** integrada por los Dres. **Cecilia PAMPHILE** y **Jorge PASCUARELLI**, con la presencia de la Secretaria actuante, Dra. **Estefanía MARTIARENA**, y de acuerdo al orden de votación sorteado la Dra. **Cecilia PAMPHILE** dijo:

1. La Sra. Jueza de Primera Instancia rechaza la acción de amparo interpuesta por el Sr. Ongaro, en representación de su hija menor de edad.

Para así hacerlo, considera que no se encuentran dados los presupuestos previstos en el artículo 1 de la ley 1981.

Contra dicha resolución, interpone recurso el amparista y la demandada.

1.1. La demandada se queja de la imposición de costas en el orden causado, al entender que, conforme los argumentos dados por la sentenciante, es claro que no asistía derecho al accionante para acudir a la vía.

Agrega que, a partir de los argumentos expuestos para desestimar la cautelar, el proceso estaba destinado al fracaso, pese a lo cual, la parte actora no desistió de la pretensión, sino que insistió en ella.

1.2. Por su parte, el amparista indica que la magistrada omite considerar las previsiones de la ley 26.396, las que priman por sobre la reglamentación interna del ISSN.

Destaca que las prestaciones correspondientes al tratamiento integral de los trastornos alimentarios se encuentran incluidas dentro del PMO.

Por lo tanto, concluye, las afirmaciones de la demandada en el sentido de que la cobertura no está incluida



en el PMO o que, es reconocido por vía excepcional, son desacertadas.

Se refiere, luego, a la ley provincial 2616 y señala que el ISSN no tiene la facultad de establecer co-seguros.

Hace alusión a los debates parlamentarios en sentido concordante a su interpretación y sostiene que el enunciado de la demandada en el sentido de reconocer el 80% por vía de excepción, renovable cada seis meses, carece de sustento normativo.

Sostiene, además, que se deja de lado lo informado por el centro asistencial, en punto a los efectos adversos de un cambio en el equipo tratante.

1.3. Sustanciados los agravios, los de la actora son contestados en hojas 167 y ss.

Indica que su parte otorga a la menor cobertura integral e interdisciplinaria, tal como lo indican sus médicos tratantes, en base a los valores que se reconocen a otros afiliados, esto es, el 80% del tratamiento.

Agrega que todos los afiliados deben soportar el co-seguro del 20%, lo que el actor ha consentido desde el principio, toda vez que la afiliada no se encuentra incluida en el Plan D.

Por su parte, la actora contesta en hojas 173 y ss.

1.4. Conferida intervención a la Sra. Defensora de los Derechos del Niño, Niña y Adolescente, evacúa la vista en hojas 179/180, dictaminando en favor de la posición del amparista.

Así planteada la cuestión, en las particulares circunstancias de este caso, entiendo que la pretensión objeto de este amparo debe prosperar. Explicaré las razones que me conducen a adoptar tal solución.

2. En primer lugar debo señalar que no desconozco que, en el análisis, debe partirse de un principio general, cual es, que las prestaciones que los agentes del seguro de



salud deben a sus beneficiarios, corresponde que sean brindadas por medio de prestadores propios o contratados.

De allí que, también como regla, sea inadmisibile la elección del prestador; de lo contrario, *"cualquier afiliado podría por sí y ante sí concurrir a cualquier institución asistencial y reclamar luego el reintegro de los gastos a su obra social sin limitaciones, premisa cuyo mero enunciado convence sobre su desacierto, pues se desbarataría así el sistema de funcionamiento de las obras sociales..."* (conf. C.P. c/ OSDE s/ AMPARO SALUD, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, Sala III, 6 de febrero 2018).

Pero lo cierto es que, como toda regla, tiene excepciones, supuesto que entiendo se configura en este concreto caso.

2.1. En efecto, tal como lo indica Kemelmajer de Carlucci:

"...la CS sostiene que "el derecho a la salud no es un derecho teórico, debe ser examinado en estrecho contacto con los problemas que emergen de la realidad social y penetra, inevitablemente, tanto en las relaciones privadas como en las semipúblicas"; "La Constitución Nacional en cuanto reconoce derechos, lo hace para que estos resulten efectivos y no ilusorios, sobre todo si se encuentra en debate un derecho humano"; "Si la Constitución de una provincia –en el caso art. 48 de la Constitución de Jujuy– garante el derecho a la salud, la protección no constituye una mera enunciación programática, sino que pesan sobre la estructura local responsabilidades semejantes a las que incumben a la Nación en la esfera federal, lo cual no implica desconocer el rol que tiene el Estado Nacional en subsidio de las prestaciones de salud a cargo de la jurisdicción provincial para el caso en que estas no pudieran ser provistas".

En el mismo sentido, en 1993, siendo jueza de la sala I de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza,



dije: *"El derecho a la salud no es un derecho abstracto, teórico, sino que exige el análisis directo de qué problemas emergen de la realidad social para individualizarlos y subsumirlos en la perspectiva social"*.

2.2. Traigo a colación las citas anteriores, por cuanto entiendo que -en abstracto- el planteo defensivo del ISSN podría ser aceptado: Situándonos en el esquema cerrado de la Obra Social, es cierto que no está obligada a cubrir la atención en un centro no prestador.

Desde allí, de elegir el afiliado a un profesional o establecimiento ajeno a la cartilla, en principio, debe asumir su costo, más allá de que -conforme las circunstancias de cada caso- procediere el reintegro de gastos, conforme los valores autorizados a prestadores (cfr. en este sentido, los desarrollos efectuados -aun cuando se resolviese en sentido adverso al ISSN- en autos "CORIA ANALIA GISELA C/ I.S.S.N. S/ACCION DE AMPARO" JNQFA3 EXP 68497/2014, resolución de fecha 6-9-18).

3. Pero, en concreto, analizando las particularidades del caso, tal como corresponde a nuestra función de juzgar, su defensa no puede ser admitida: *"En cada caso debe estarse a las particularidades de hecho y derecho que lo rodean a fin de brindar una adecuada solución legal, como así también valorar la naturaleza del derecho amenazado"* (cfr. Tanzi, Silvia Y., Papillú, Juan M. "Amparo y Salud. Prestadores no incluidos en la cartilla" Publicado en LLBA 2016 (mayo), 293 • DFyP 2016 (noviembre), 191).

3.1. En esta línea, desde el punto de vista de los derechos comprometidos y marco normativo aplicable, es necesario destacar que en la pretensión se encuentra comprometido el derecho a la salud y la protección al interés superior de la adolescente.

Como es sabido, el derecho a la salud se encuentra expresamente reconocido en la Declaración Universal de



Derechos Humanos (arts. 3° y 25), el Pacto Internacional sobre Derechos Económicos Sociales y Culturales (art. 12, incs. 1° y 2°, apart. d]), la Convención Americana de Derechos Humanos (arts. 4°, inc. 1°, 5°, inc. 1°, y arts. 19 y 26) y la Convención sobre los Derechos del Niño (arts. 3°, 6°, 23, 24 y 25). Y todos estos instrumentos gozan de jerarquía constitucional (conf. art. 75, inc. 22, CN).

Y poniéndose énfasis en el último de los instrumentos enunciados, cuando el derecho a la salud tiene como destinatario a un niño o niña -en este caso concreto a una adolescente- la cuestión debe analizarse a través del prisma de la Convención de los Derechos del Niño, con énfasis en su interés superior, noción flexible que exige, que, en cada caso, se lo califique y redefina.

En esta línea, justamente, la Corte Suprema ha indicado, que *"...constituye un deber de los tribunales dar consideración primordial al interés superior del niño en todas las medidas concernientes a él, siendo una de sus claras expresiones el derecho que aquel tiene a la atención integral de su salud, a recibir la asistencia médica necesaria y a acceder en igualdad de oportunidades a los servicios y acciones de prevención, promoción, información, protección, diagnóstico precoz, tratamiento oportuno y recuperación de la salud"* (cfr. CS, 08/06/2004, JA 2005-II, 333, con nota de CAMELO DÍAZ, Gustavo); CFed. La Plata, 27/06/2019, "B. M. S. y otro c/ Estado Nacional - Ministerio de Salud de la Nación", citado por Kemelmajer de Carlucci, op. cit).

Y, sin agotar la nómina, en similar sentido y en un caso que guarda analogía con el aquí analizado, sostuvo la Cámara Federal de Apelaciones de Bahía Blanca:

"...corresponde destacar que el caso sub examine involucra la presencia de un derecho fundamental del individuo, el derecho a la preservación de la salud (art. XI, DADDH; art. 25, DUDH; art. 75 inc. 22, CN); y en consecuencia



corresponde buscar una solución que, fundada en derecho, satisfaga las exigencias de moral y de justicia que el ordenamiento jurídico argentino ordena.

7. *En segundo lugar, dado que en el presente se encuentra comprometido el derecho a la salud de una menor, corresponde determinar el marco normativo aplicable. La Convención sobre los Derechos del Niño hizo expreso reconocimiento del derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud (art. 24) y a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social (art. 27.1)...*" (cfr. CÁMARA FEDERAL DE APELACIONES DE BAHÍA BLANCA, SALA I, C., C. A. c. IOSFA (Instituto Obra Social de las FF.AA.) s/ amparo ley 16.986 • 18/09/2019 Cita Online: AR/JUR/27708/2019).

En lo que hace a la concreta dolencia padecida, la ley 26.396 considera "trastornos alimentarios" a la obesidad, la bulimia, la anorexia nerviosa y las demás enfermedades que la reglamentación determine, relacionadas con inadecuadas formas de ingesta alimenticia (art. 2).

Con ella se crea el Programa Nacional de Prevención y Control de los trastornos alimentarios en el ámbito del Ministerio de Salud (art. 3).

Asimismo establece que el Ministerio de Salud, como autoridad de aplicación de la ley, coordinará acciones en el ámbito del Consejo Federal de Salud con las demás jurisdicciones a los fines de asegurar la implementación de la norma y dispondrá las medidas necesarias para que en cada una de las jurisdicciones funcione al menos un centro especializado en trastornos alimentarios (art. 4).

En su artículo 15 se consigna que "quedan incorporadas en el PMO, la cobertura del tratamiento integral de los trastornos alimentarios según las especificaciones que a tal efecto dicte la autoridad de aplicación".



A su turno, la Provincia del Neuquén adhirió por medio de la ley 2616, estableciéndose -tal como consigna el amparista- en su Artículo 2°:

"Dispóngase dentro del Sistema de Salud Pública provincial, del Instituto de Seguridad Social del Neuquén y de todas las obras sociales y prepagas que presten servicio dentro del ámbito provincial, lo siguiente:

a) Considerar a la obesidad como enfermedad, y su prevención, diagnóstico y tratamiento como prestación básica obligatoria esencial garantizada. La prevención comprende educación alimentaria nutricional; el desarrollo de programas de alimentación saludable y actividad física; la detección y tratamiento de factores de riesgo. El diagnóstico se llevará a cabo mediante la aplicación de criterios y métodos clínicos, antropométricos, diagnóstico por imágenes, bioquímicos y demás medios que resulten útiles y efectivos para tal fin. El tratamiento comprenderá educación alimentaria, seguimiento nutricional, programa de actividad física y tratamiento psicológico que se efectuará mediante una evaluación médica integral a través de un equipo interdisciplinario de profesionales. El tratamiento quirúrgico será realizado por indicación médica con el consenso del equipo interdisciplinario tratante y del paciente. El mismo alcanzará la totalidad de los tratamientos posteriores reparadores y farmacológicos. El desarrollo de las prestaciones mencionadas no es taxativo.

b) Considerar la prevención, diagnóstico y tratamiento de la bulimia y anorexia nerviosa como prestación básica obligatoria esencial garantizada que deberá ofrecerse de manera integral e interdisciplinaria..."

Es, entonces, en este contexto normativo, constitucional y legal, que corresponde analizar el caso, de acuerdo a sus particularidades de hecho.



4. En este caso, no se encuentra controvertido que la adolescente es afiliada del ISSN, que como tal, tiene derecho a recibir sus prestaciones.

Tampoco, que su centro de vida se encuentra en la ciudad de Córdoba, localidad en la que vive con su madre y que las prestaciones médicas son brindadas, en esa provincia, a través de "PROTECCION MEDICA".

La prestación requerida, tampoco se encuentra en cuestión, surge -por caso- de las disposiciones 141/20, 903/20, 1719/20, que la solicitud fue evaluada y justificada médicamente, por lo cual fue aprobada.

Y, en lo que considero central para resolver, el amparista afirma como hecho que "desde Protección Médica nos informaron que no tenían convenio con ninguna institución que realice el tratamiento interdisciplinario que V. necesita".

Con relación a esta afirmación, no se pronuncia el ISSN en su responde (no niega esta circunstancia) y además, tampoco señala la existencia de un centro de atención de la dolencia.

Es cierto que, conforme nota de fecha 18-11-2020, suscripta digitalmente por la Sra. Mirtha Laura Ramírez, se indica que *"nuestra Institución posee prestadores con convenio en TCA y contamos con una norma y valores aprobados; dichos montos y aumentos son otorgados por el órgano superior del ISSN, el Consejo de Administración"*.

Sin embargo, a renglón seguido aclara: *"Por ello se cubre la prestación a valores fijados por nomenclador ISSN, dado que en la provincia del Neuquén se cuenta con las mismas prestaciones y cubiertas por la Obra Social de acuerdo a las normas vigentes"*.

Al presentar el informe, el ISSN pone énfasis en el carácter de no prestador del Centro que asiste a la adolescente y de allí, que alude a la excepcionalidad de la cobertura.



También consigna que los valores reconocidos se corresponden a los aprobados por el Consejo de Administración para "los prestadores locales con convenio".

Y aclara que la referencia a los prestadores locales "EL PUENTE" (Neuquen) y JOVENES (Cipolletti), no fue en términos de oferta o como alternativa.

4.1. Ahora, trazando un hilván entre todas las ideas anteriores, en este caso, hay una adolescente temprana que padece una afección especialmente protegida por el sistema de salud.

Tan es así que se declara *"de interés nacional la prevención y control de los trastornos alimentarios"*; y a esta declaración adhiere la Provincia del Neuquén, estableciendo además, que la prevención, diagnóstico y tratamiento de la bulimia y anorexia nerviosa debe considerarse *"como prestación básica obligatoria esencial garantizada"*.

Si el ISSN garantizara la cobertura de atención por un prestador con el que tiene convenio, su defensa podría tener andamiaje.

Pero, como ya lo señalara y queda claro a través de las transcripciones efectuadas, este no es el caso: el centro de vida de la niña/adolescente se encuentra en la ciudad de Córdoba y, desde allí, que la Obra Social demandada reconozca la ausencia de prestadores con los que tenga convenio, en condiciones de asistirla.

En este escenario, si se trata -conforme a los expresos términos de la ley provincial- de "una prestación básica obligatoria esencial garantizada que deberá ofrecerse de manera integral e interdisciplinaria", asiste razón al accionante.

Se torna entonces aquí, plenamente trasladable la razón de decisión empleada por la Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, en tanto indicara:



"Debe recordarse que la ley 26.396 sobre "Trastornos Alimentarios" establece que "quedan incorporadas en el Programa Médico Obligatorio, la cobertura del tratamiento integral de los trastornos alimentarios" (art. 15); y "la cobertura que deberán brindar todas las obras sociales... y las empresas o entidades que presten servicios de medicina prepaga, conforme a lo establecido en la ley 24.754, incluirá los tratamientos médicos necesarios, incluyendo los nutricionales, psicológicos, clínicos, quirúrgicos, farmacológicos y todas las prácticas necesarias para una atención multidisciplinaria e integral de las enfermedades" (art. 16).

Es decir, se establece una cobertura "integral" e "interdisciplinaria" para las personas que sufren trastornos alimenticios. Si bien es cierto que la "clínica Cormillot" requerida por la amparista no resulta ser un prestador de la demandada, ésta tiene el deber de suministrarle al paciente primero y al Tribunal después, toda la información que permita juzgar sobre la idoneidad y experiencia de los profesionales e instituciones de su cartilla en condiciones de atender la patología de la actora, circunstancia que no se ha verificado en el presente.

4. En tales condiciones, considerando los específicos términos de la prescripción del médico tratante (fs. 29 y 34) como también que de las misivas incorporadas a la causa no surge que la demandada haya puesto a disposición de los padres de A.B. algún centro especializado acorde a la patología de la menor y teniendo en cuenta que el juzgamiento de la pretensión cautelar sólo es posible mediante una limitada aproximación a la cuestión de fondo sin que implique avanzar sobre la decisión final de la controversia, cabe concluir que resulta verosímil que la medida cautelar dispuesta a fs. 32/33 sea modificada en el sentido requerido en el escrito de inicio, esto es, que la prestación sea llevada a cabo en la



institución Dr. Cormillot. Se decide así pues, lo que se intenta evitar es el agravamiento de las condiciones de vida de la paciente, en el tratamiento de la enfermedad que padece...".

Resuelve entonces "Modificar la resolución apelada y ordenar a Swiss Medical S.A. la cobertura integral de la prestación requerida por los médicos tratantes de la menor en la clínica del Dr. Cormillot a fin de dar debida atención a la patología que padece (anorexia nerviosa restrictiva)..." (cfr. V.A.B. c. Swiss Medical S.A. s/ amparo de salud • 23/12/2014, Cita Online: AR/JUR/66955/2014).

Es que como indica Garay, en comentario a ese fallo y en consideraciones que comparto "la medicina prepaga (con sus característica de servicio médico prepago) asume el compromiso que el Estado le delega de garantizar el derecho a la salud de los habitantes del territorio nacional; porque Swiss Medical omitió poner a disposición de la asociada-amparista la más amplia información tendiente a demostrar que sus prestadores eran de una envergadura similar o superior a la clínica por aquella solicitada; y porque el objeto esencial o central de la empresas de medicina prepaga es el de brindar a los asociados-usuarios "prestaciones de prevención, protección, tratamiento y rehabilitación de la salud humana" (art. 2° de la ley 26.682), lo que al no haber sido dispuesto por la propia prepaga, tuvo que ser ordenado por el tribunal..." (cfr. LA MEDICINA PREPAGA Y EL DERECHO A LA SALUD EN UN CASO DE TRASTORNO ALIMENTARIO, Garay, Oscar E. Publicado en: LA LEY 16/03/2015 , 10 • LA LEY 2015-B , 139).

5. A partir de las consideraciones anteriores y trasladadas a este caso, entiendo que la formulación efectuada por el ISSN en el sentido de que ha dado cumplimiento a las prestaciones que son debidas, mediante el reintegro del 80% del valor reconocido a los prestadores locales con los que tiene convenio, no puede ser receptada por su insuficiencia.



Concretamente, no ha ofrecido dar la atención interdisciplinaria establecida legalmente a través de un prestador propio, lo que habilita el planteo del amparista.

Tampoco ha cuestionado concretamente la razonabilidad de los valores comprometidos, considerando que no cuenta con convenio prestacional con la institución.

Y, conforme lo interpreto, dada la especial protección acordada en la normativa nacional y provincial, la atención no sólo debe ser interdisciplinaria, sino también integral, vértice desde el cual, corresponde ordenar el reintegro de la totalidad del tratamiento.

6. No obstante la decisión que propongo se adopte para este caso, entiendo necesario -aún en suerte de digresión- referirme a un aspecto del procedimiento llevado a cabo en esta causa.

De la lectura de las actuaciones se desprende que, en la primera instancia, se ha omitido dar intervención alguna a la Defensora de los Derechos del Niño, Niña y Adolescente. Ninguna participación tuvo antes del tratamiento de la cautelar, durante el resto de la tramitación, ni antes del dictado de la sentencia definitiva.

6.1. Ahora, tal como lo he señalado en otras oportunidades, con cita de Gozáini, *"...el proceso siempre se ha visto como un problema entre dos partes (actor y demandado) que litigan (luchan) ante un tercero (juez) que, como director de la contienda, no sólo controla las reglas sino, también, decide quién gana y quien pierde.*

Vale decir, el proceso es de dos, al punto que un tercero con intereses propios, inclusive diferentes al de las partes, está facultado a intervenir (voluntariamente o llamado por alguno de las partes) y ubicarse al lado de uno u otro, porque la figura del tercero excluyente, nuestro código federal expresamente la rehúye.



Cuando en el proceso aparecen intereses del niño y/o del adolescente la cuestión cambia. La relación jurídica, originariamente pensada para dos, queda impactada notoriamente, pues a ellos se los debe oír, y esa intervención no es de naturaleza probatoria (testimonial o informativa); menos aun llegan al expediente como terceros, ni se instalan como sujetos de un litisconsorcio (activo o pasivo); en consecuencia, el proceso deja de ser bilateral, se triangulariza la relación jurídica procesal y por vez primera, en la historia del proceso visto como lucha, aparece en el ring un tercero con intereses singulares que deben ser atendidos, tutelados y protegidos..." (Gozáini, Osvaldo Alfredo, "El niño y el adolescente en el proceso", Publicado en: LA LEY 09/08/2012, 4).

Ahora bien, sin incurrir en confusión con la figura del abogado del niño, he efectuado esta cita, porque entiendo importante enfatizar, la necesaria concepción tuitiva que debe impregnar la interpretación de las normas procesales, cuando se encuentran involucrados derechos de un menor.

Desde esta perspectiva de tutela, está diseñada la necesaria intervención del Ministerio Pupilar, a fin de evitar que queden comprometidas "las garantías de defensa en juicio, del debido proceso legal, de acceder a la justicia en un pie de igualdad, y el derecho a ser oído, tutelados -con relación a los menores- por la Constitución Nacional y por la Convención sobre los Derechos del Niño... Cabe recordar que la Corte, concordemente con lo señalado en el dictamen de la Defensoría Oficial y a la reiterada doctrina sobre el tema, expresó en un reciente caso que es "...descalificable la sentencia que, al confirmar una resolución, omitió dar intervención al ministerio pupilar para que ejerciera la representación promiscua a pesar de que dicha resolución comprometía en forma directa los intereses de la menor, lo que importa desconocer el alto cometido que la ley le ha asignado



a dicho ministerio, y no sólo menoscaba su función institucional sino que acarrea la invalidez de los pronunciamientos dictados en esas condiciones" (conf. C. 1096. XLIII. R.O. -Carballo de Pochat, Violeta Sandra Lucía c/ ANSeS s/daños y perjuicios-, sentencia del 19 de mayo de 2009, ver también Fallos: 325:1347 y 330:4498 y doctrina de Fallos: 305:1945 y 320:1291).

Es menester agregar que de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 59, 493 y 494 y art. 54 de la Ley Orgánica del Ministerio Público 24.946 el Defensor de Menores es parte esencial y legítima en todo asunto judicial o extrajudicial en el que intervenga un menor de edad, e incluso puede deducir todas las acciones y adoptar las medidas que sean necesarias para su mejor defensa en juicio, bajo pena de nulidad de todo acto que hubiere lugar sin su participación..." (del dictamen del Procurador Fiscal, que la CSJN hace suyo en autos "Rivera, Rosa Patricia", 06/07/2010).

3. Recuerdo aquí que, en línea coincidente con la regla interpretativa fijada por el TSJ, señalamos que "...tal como lo ha establecido la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en su OC-17 "en los procedimientos judiciales y administrativos que involucren a los niños deben observarse los principios y las normas del debido proceso legal, atendiendo a las particularidades que se derivan de su condición específica". De este modo, todos los recaudos que se exigen para realizar el proceso justo constitucional del adulto rigen para el del niño, con un plus adicional determinado por su especial condición."

"Esto debemos contextualizarlo dentro de las garantías que integran el proceso constitucional, que deben ser no sólo observadas sino, más aún, reforzadas frente a la condición de niño del destinatario del servicio de justicia. Así: "...deben considerarse una serie de principios y garantías propias de la materia de la niñez para conformar un



núcleo fundamental... que contemple un principio de discriminación positiva para procurar equidad y compensar mediante mayores y más específicas garantías estas situaciones de franca desigualdad que existen en la realidad". Traducir estas asimetrías fácticas en desigualdades de tratamiento jurídico no viola el principio de igualdad (art. 16 CN), sino que resulta una discriminación positiva como instrumento de protección (art. 75 inc. 23 CN), por cuanto la verdadera igualdad consiste en aplicar la ley a los casos ocurrentes según las diferencias constitutivas de ellos. Es que la aspiración de justicia excede la concepción aristotélica de "dar a cada uno lo suyo", planteándose en la modernidad actual como una pretensión de "igualdad de poder".

La CIDH se ha referido a esta necesidad de nivelación en una OC ajena al tema de infancia en estos términos: "El proceso debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real... [y] adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan la defensa eficaz de los propios intereses... [para]... un verdadero acceso a la justicia y... un debido proceso legal en condiciones de igualdad"... (cfr. Fernández Silvia E. "Rol del Asesor de Menores a la luz del sistema de Protección integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes. Nuevos Perfiles del debido proceso constitucional de infancia" en "REDEFINIENDO EL ROL DEL ASESOR DE MENORES. MONOGRAFÍAS SELECCIONADAS EN EL CONCURSO REALIZADO EN LAS XXII JORNADAS NACIONALES DE LOS MINISTERIOS PÚBLICOS 2009, Eudeba)."

"Y esto, además, encuentra correlato en las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, estableciendo que la edad es uno de los criterios para considerar una persona en situación de vulnerabilidad, y disponiendo en el art. 5 que "todo niño, niña y adolescente debe ser objeto de una especial tutela por parte de los órganos del sistema de justicia en consideración



a su desarrollo evolutivo" (reglas a las que ha adherido el TSJ, mediante Acuerdo 4612/10, punto 19)."

Y, por eso también es que el Defensor de los Derechos del Niño y del Adolescente, "... debe intervenir en aquellos momentos donde resulta necesario promover o requerir medidas conducentes a la protección de las personas y de los bienes de los menores, suplir la inacción de los representantes legales o controlar su actuación.

Es decir: su intervención no se limita a controlar o suplir la participación del menor en un juicio al demandar o contestar demanda, sino que además le corresponde actuar en otras etapas procesales, que tienen incidencia directa en la defensa de su derecho.

En el ejercicio de sus facultades, entre otras medidas, puede ampliar una demanda interpuesta por los progenitores, como así también oponer defensas.

En la etapa probatoria, pueden ofrecer o ampliar las pruebas ofrecidas por los representantes necesarios, alegar e intervenir en instancias superiores.

Para ello, es necesario que se le dé la participación adecuada y oportuna..." (cfr. Casado, Eduardo J., "Alcances de la participación del Ministerio Público Pupilar en los procesos judiciales", Publicado en: DFyP 2011 (agosto), 84 Fallo Comentado: Corte Suprema de Justicia de la Nación ~ 2011-04-19 ~ Faifman, Ruth Myriam y otros c. Estado Nacional Fallos 334:419).

"Porque, como señala Toselli y es importante remarcar: "...Va de suyo que tal disposición legal es de carácter imperativo y de orden público, consagrando en favor de los "incapaces" un sistema de protección general a aplicarse "automáticamente" cualquiera sea la situación jurídica en la que se encuentren; es un reaseguro que tiende a garantizar a aquellos que carecen de discernimiento – suficiente– la protección derivada de su situación de



debilidad comparativamente establecida con la persona capaz.” (cfr. Toselli, Juan Carlos, “La necesaria intervención del Ministerio Pupilar: finalidad, función y legitimación procesal”, Publicado en: LA LEY 2011-B, 338)...” (cfr. sentencia del 22/08/12, Exp.385710/9)...” (cfr. “MERINO CRISPINO MOISES S/BENEFICIO DE LITIGAR SIN GASTOS”, EXP N° 373875/2008)...” (cfr. en extenso consideraciones efectuadas en autos “VELEZ NATALIA SILVANA C/ EL PRADO S.A. S/INDEMNIZACION”, JNQLA4 EXP 501179/2013).

6.2. Ahora, también abordando en el concreto caso sus particularidades, debo sopesar las consecuencias de tal falta de intervención, considerando que la Sra. Defensora -al conferírsele intervención en esta instancia- no ha efectuado planteo alguno sobre el tema y que, además, en orden a la solución que se propone, es nulo el perjuicio para el interés de la adolescente preferentemente tutelada.

En este contexto, declarar la nulidad se presentaría como una solución sustancialmente disvaliosa, puesto que importaría dilatar innecesariamente el trámite de las actuaciones, lo que sin lugar a dudas, importaría un perjuicio para quien se intenta tutelar.

Por ello y sin perjuicio de entender necesario remarcar la importancia de la intervención de la Defensoría de los Derechos del Niño, Niña y Adolescente y encomendar a la primera instancia que se adopten los procedimientos necesarios para evitar su omisión, entiendo que procede el dictado de este pronunciamiento.

7. En mérito a todas estas consideraciones, propongo al Acuerdo que se haga lugar al recurso de apelación deducido por el amparista, revocándose la sentencia de grado y condenando al ISSN a satisfacer la pretensión en los términos en los que ha sido propuesta, esto es, cubriendo de manera integral el tratamiento que V.O.A. realiza actualmente en la Fundación CENTRO ALUBA.



De acuerdo al modo en que se resuelve, las costas de ambas instancias se imponen a la demandada en su calidad de vencida, deviniendo abstracto el recurso de apelación deducido en materia de costas. **MI VOTO.**

El Dr. **Jorge PASCUARELLI** dijo:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo expidiéndome de igual modo.

Por ello, esta **Sala I**

RESUELVE:

1. Hacer lugar al recurso de apelación deducido por el amparista, y en consecuencia, revocar la sentencia de grado y condenar al ISSN a satisfacer la pretensión en los términos en los que ha sido propuesta, esto es, cubriendo de manera integral el tratamiento que V.O.A. realiza actualmente en la Fundación CENTRO ALUBA.

2. Imponer las costas de ambas instancias a la demandada vencida, deviniendo abstracto el recurso de apelación deducido en materia de costas (art. 68, 2° párrafo del C.P.C. y C.).

3. Regular los honorarios de la Dra. ..., patrocinante de la parte actora, por su actuación en esta instancia en la suma de \$ 14.168,16 (art. 15, LA).

4. Regístrese, notifíquese electrónicamente y, oportunamente, vuelvan los autos a origen.

Dra. Cecilia PAMPHILE - Dr. Jorge D. PASCUARELLI

Dra. Estefanía MARTIARENA - SECRETARIA