



Salud – Educación

**Garantía de la continuidad efectiva de la prestación de escolaridad especial, y el transporte desde el domicilio hasta el lugar de rehabilitación.**

**D.R. c/ IOMA s/ Amparo**

La Plata

30 de marzo de 2004.

VISTOS: Este expediente N° 6219/04 caratulado “D. R., c/ IOMA s/ amparo”, proveniente del Juzgado Federal de Primera Instancia N° 4 de esta ciudad.

Y CONSIDERANDO QUE:

EL DR. DUGO DIJO:

I. Llega la causa a esta Alzada en virtud del recurso de apelación en subsidio interpuesto por la parte actora contra la resolución de primera instancia que rechazó la medida cautelar solicitada en autos. Para así decidir, el a quo sostuvo que no se encontraban razonablemente acreditados los presupuestos del artículo 230 del CPCCN (v. fs. 112/127 vta. y 111, respectivamente).

II. Las actuaciones se iniciaron en virtud de la acción de amparo promovida por los progenitores de la menor R. C. D. -en su carácter de representantes legales- contra el Instituto de Obra Médica Asistencial de la Provincia de Buenos Aires (IOMA) a fin de que se le reconozca a su hija el derecho a la cobertura total de las prestaciones escolaridad especial, Jornada Doble, en el Centro Integral Psicopedagógico de Recuperación Infante Juvenil S” (CIPRIJ), como así también el transporte especial desde su domicilio hasta el lugar de rehabilitación y viceversa, sin limitaciones temporales y garantizándose la continuidad de la prestación. Sostiene que la actitud del mencionado Instituto asistencial bonaerense afecta de manera grave y urgente los derechos constitucionales de la niña a la vida, la salud y la educación. “Asimismo, para el caso que no se



considere responsable de dicha cobertura al IOMA , demandan subsidiariamente al Estado Nacional y a la Provincia de Buenos Aires .

Según relata la parte actora, la menor R. D. padece de encefalopatía crónica no evolutiva, dicha enfermedad requiere de atención terapéutica y educativa integral en Institutos de educación especializados. Sin embargo, la imposibilidad de sus padres de afrontar los gastos económicos que conlleva dicha atención solicitaron al IOMA , mediante Carta Documento, la cobertura total de la prestación escolaridad especial, Jornada Doble, en el mencionado Instituto y la prestación de transporte especial, y no así una cobertura parcial de \$ 480 como lo otorgada por el IOMA . La interrupción de la educación y rehabilitación para su hija -continúan diciendo los accionantes- implica un grave retroceso en los importantísimos avances que ha conseguido, según lo señalan las propias autoridades del Instituto especializado al que asiste la menor.

Simultáneamente, la accionante solicitó una medida cautelar innovativa tendiente a que se ordene al IOMA garantizar la continuidad de la prestación escolaridad especial en el Instituto CIPRIJ, sin limitaciones temporales, y el transporte especial desde su domicilio hasta el lugar de rehabilitación y viceversa, realizando los actos que corresponda (vgr. actualización de los pagos, celebración de convenio, etc.); todo ello bajo caución juratoria. Dicha solicitud fue rechazada, lo que motivó la intervención de esta “alzada

III. En sus agravios la recurrente manifiesta nuevamente la urgencia del caso y las razones de fondo que justifican la adopción de la medida cautelar solicitada.

IV. La Ley Nº 23.661 instituyó el sistema nacional de salud, con los alcances de un seguro social, a efectos de asegurar el pleno goce del derecho a la salud para todos los habitantes del país sin discriminación social, económica, cultural o geográfica. Con tal finalidad, dicho seguro ha sido organizado dentro del marco de una concepción “integradora” del sector sanitario, en el que la autoridad pública reafirme su papel de conducción general del sistema y las sociedades intermedias consoliden “su participación en la gestión directa de las acciones” (art. 1). Su objetivo fundamental es “proveer al otorgamiento de prestaciones de salud igualitarias, integrales y humanizadas, tendientes a la promoción, protección, recuperación y rehabilitación de la salud,



que respondan al mejor nivel de calidad disponible y garanticen a los beneficiarios la obtención del mismo tipo y nivel de prestaciones eliminando toda forma de discriminación...". Asimismo, "se consideran agentes del seguro a las obras sociales nacionales, cualquiera sea su naturaleza o denominación, las obras sociales de otras jurisdicciones y demás entidades que adhieran al sistema que se constituye..." (art. 2).

En el ámbito de la Provincia de Buenos Aires, el IOMA funciona como entidad autárquica con capacidad para actuar pública y privadamente de acuerdo con las funciones establecidas en la Ley 6982 y "...realizará en la Provincia todos los fines del Estado en materia médico asistencial para sus agentes en actividad o pasividad (en este caso afiliados obligatoriamente) y para los sectores de la actividad pública y privada que adhieran a su régimen" (art. 1 y 20 de la citada ley).

V. Resulta de indudable trascendencia en el sub lite destacar que la cuestión atinente a los derechos de las personas con discapacidad ha sido tratada con particular interés por la Convención Constituyente de Santa Fe en 1994, tal como lo he puesto ya de manifiesto en oportunidad de emitir mi voto en la causa "Caraballo, Luis E. c/ YPF s/ acción de reinstalación" (expte. Nº 7/96), fallado el 18-11-99.

En efecto, no es de extrañar que el constituyente de 1994, por medio de la reforma del art. 75, inc. 23, de la Ley Fundamental, haya venido a reconocer en favor de las personas con discapacidad una protección adicional que establece en un mismo rango la que ya la legislación, jurisprudencia y doctrina habían desarrollado a partir del histórico art. 16 (ver, en tal sentido, Claudio Marcelo Kiper, *Derechos de las minorías ante la discriminación*, ps. 127 y ss., Hammurabi, Buenos Aires, 1998, Gregorio Badeni, *Reforma Constitucional e Instituciones Políticas*, ps. 309 y ss., Buenos Aires, "d-Hoc S.R.L."), sobre todo si se tiene en cuenta la proficua labor legisferante anterior a la propia reforma en protección de las personas con alguna discapacidad. Cabe pues, formular una reseña de los antecedentes que concluyeron con la protección constitucional y de las normas infraconstitucionales dictadas sobre el particular que la precedieron y complementaron.

VI. Los debates de la reforma constitucional de 1994 informan que la primera aproximación a la redacción del actual inciso 23 del art. 75 (anterior 67) de la Ley Fundamental no contemplaba, por



lo menos expresamente, la situación de los incapacitados. En efecto, del Dictamen de Comisión Nro. 7, de la comisión de Integración y Tratados Internacionales surge la incorporación de un nuevo inciso al artículo 67 “ Dictar medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y trato, el pleno goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por los Tratados Internacionales de Derechos Humanos ratificados, en particular, para los niños, las mujeres y los ancianos”.

Conforme surge del informe de Comisión del despacho de Mayoría “El gran tema del derecho internacional sobre los derechos humanos es de transformar su retórica en acción a través de un cuerpo de normas que garantice su cumplimiento... En este marco, la Convención es una declaración de políticas orientadas hacia la promoción de estos derechos y su operatividad, concibiendo como igualdad la de facto y persiguiendo, también la eliminación de la discriminación de facto. Las acciones positivas son el instrumento inmediato, aunque transitorio, de esas políticas.” Continúa el informe: ““Ahora bien... cabe preguntarse quienes son los sujetos activos y pasivos de estas medidas de acción positiva. Podemos responder que el sujeto activo es el hombre y es la mujer dentro del sistema y que los sujetos pasivos son otros hombres y otras mujeres y, especialmente, el Estado, en nuestro caso por intermedio del Congreso. En este sentido, los Estados se han comprometido a implementar medidas que en apariencia son discriminatorias ya que manifiestan una desigualdad. Sin embargo, por ejemplo, los Estados han coincidido en que no son discriminatorias las normas que protegen a la mujer en relación con la maternidad...”.

Más adelante agrega: “...Esta enumeración de mujeres, niños y ancianos, es meramente enunciativa, y trata de volcar acciones a las franjas sociales más desprotegidas. Es ánimo de los firmantes, prestar también particular atención, a la lucha por la igualdad de oportunidades y trato a la persona con discapacidad. Cuando el Estado argentino ratificó las convenciones a las que hemos hecho referencia ha reconocido que hay discriminación, y en consecuencia se comprometió a remover ésta y aceptar el interés y el contralor de la comunidad internacional en el cumplimiento de sus obligaciones...” ( “Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994”, publicada por el Centro de Estudios Constitucionales y Políticos del Ministerio de Justicia de la Nación, Editorial La Ley, 1997, t. IV, ps. 3848 y ss).



Por otra parte, bajo el título “Inserción solicitada por el Sr. Convencional Valdés sobre “Discapacitados” entregada en Secretaría Parlamentaria en la Sesión Plenaria Número 23 Tomo V página 5249.” se transcribe lo siguiente:

“Estamos convencidos de que es imprescindible una mención expresa de los deberes que el Estado tiene para con el sector social por ser, precisamente, el propio Estado quien debe generar las condiciones para que aquéllos puedan valerse por sus propios medios o, al menos, tengan cuidados especiales y no sean abandonados a su suerte por la sociedad.... La ratificación por parte del gobierno argentino de la Declaración Universal de los Derechos promulgada por Asamblea General de las Naciones Unidas en 1.948, ya manifiesta la preocupación especial por demostrar ante el mundo que nuestro país garantiza el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana.

También la Declaración de los Derechos de las Personas con Discapacidad, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 9 de diciembre de 1.975 y suscripta por el gobierno argentino, establece que la persona discapacitada tiene derecho que se respete su dignidad humana y a disfrutar de una vida decorosa, lo más normal y plena que sea posible, cualesquiera que sean el origen, la naturaleza o la gravedad de sus trastornos y deficiencias.

Nuestro país avaló también con su voto el Programa de Acción Mundial para las Personas con Discapacidad aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 3 de diciembre de 1.982, en donde se enfatiza sobre el derecho de toda persona discapacitada a la participación e igualdad plenas, lo que significa oportunidades iguales para toda la población y una participación equitativa en el mejoramiento de las condiciones de vida resultante del desarrollo social y económico.

La República Argentina expresó su acuerdo al respecto también en la Conferencia General de la Organización Internacional de Trabajo (OIT), el 20 de junio de 1.983, en oportunidad de adoptar el Convenio 159 sobre la Readaptación Profesional y el Empleo de Personas Inválidas, en donde se establece la necesidad de asegurar, tanto en las zonas urbanas como en las rurales medidas adecuadas de readaptación profesional al alcance de todas las categorías de personas con



discapacidades y oportunidades de empleo para las personas discapacitadas en el marco regular de trabajo; la igualdad de oportunidades entre los trabajadores con discapacidades y los trabajadores en general, y la necesidad de formular, aplicar y revisar periódicamente la política nacional en este campo.

Finalmente, nuestro país es suscriptor de un documento conocido como Declaración de Cartagena de Indias sobre Políticas Integrales para las Personas con Discapacidad en el Área Iberoamericana. Todo política integral y coherente para las personas con discapacidades y quienes están en peligro de adquirirlas deben dirigirse a:

1. Prevenir la aparición de las deficiencias; evitar que éstas, cuando se produzcan, tengan consecuencias físicas, psicológicas y sociales negativas; y aminorar cuando no hayan podido evitarse, esas consecuencias, actuando sobre las causas que generan las deficiencias y sobre los factores que determinan su agravamiento;
2. Poner al alcance de las personas con discapacidades los recursos, servicios y medidas específicas de rehabilitación necesarios para asegurar el máximo posible de su desarrollo personal, de manera que reciban atención integral individualizada, de forma continua y coordinada y, preferentemente, en su propio contexto sociocultural;
3. Garantizar a las personas con discapacidades su participación lo más plena y activa posible en la vida social y en el desarrollo de su comunidad, haciendo efectivo su derecho a la seguridad económica y a un nivel de vida digno, y la defensa contra toda explotación o trato discriminatorio, abusivo o degradante; y
4. Contribuir a que las personas con discapacidades alcancen las mayores cotas posibles de autonomía personal y lleven una vida independiente, de acuerdo con sus propios deseos, haciendo efectivo el derecho a la propia identidad, a la intimidad personal, al respeto por el ejercicio responsable de sus libertades, a formar un hogar y a vivir preferentemente en el seno de su familia o, en su defecto, a convivir en ambientes sustitutos lo más normalizados posible, garantizando, cuando sea necesario, la efectiva tutela de su persona y bienes.



Sin lugar a dudas, ha llegado el momento de otorgarle rango constitucional a la protección de estos derechos.

Tal como lo establece la Ley 24.309, que la vía adecuada para ello es la modificación de las atribuciones del Congreso de la Nación...Debe dársele jerarquía constitucional a los Tratados Internacionales que la Nación haya suscripto y ratificado acerca de los derechos de las personas con discapacidad, y el Congreso adoptar medidas de acción positiva que pongan a nuestra legislación a la altura de las exigencias que la República se ha obligado internacionalmente a respetar..." (Ob. cit. t. VII, ps. 6891 y ss.).

VII. El derecho a la vida -en el que se encuentra ínsito el derecho a la preservación de la salud- ha sido reconocido por la Corte Suprema como el primer derecho de la persona humana reconocido y garantizado por la Constitución Nacional (Fallos: 302:1284; 310:112; 321:1684). En particular, los Tratados Internacionales que tienen jerarquía constitucional (conf. art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional) contienen cláusulas específicas que resguardan la vida y la salud de los niños y, sobre todo, vinculados con la asistencia y cuidados especiales que se les deben asegurar, según surge del artículo VII de la Declaración "Americana de Derechos y Deberes del Hombre, del artículo 25, inciso 2º, de la Declaración Universal de Derechos Humanos, de los artículos 4, inciso 1º, y 19 de la Convención "mericana sobre Derechos Humanos -Pacto de San José de Costa Rica-, del artículo 24, inciso 1º, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y del artículo 10, inciso 3º, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

En especial, con relación a los menores discapacitados, la Convención sobre los Derechos del Niño dispone la obligación de los Estados de alentar y garantizar a los menores con impedimentos físicos o mentales el acceso efectivo a los servicios sanitarios y de rehabilitación, de esforzarse para que no sean privados de esos servicios y de lograr cabal realización del derecho a beneficiarse de la seguridad social, para lo cual se debe tener en cuenta la legislación nacional, los recursos y la situación de cada infante y de las personas responsables de su mantenimiento (art. 23, 24 y 26).

VIII. La legislación nacional, como ya se dijo, propugnaba con anterioridad a la Reforma Constitucional de 1994 la protección integral de los discapacitados. La Ley Nº 22.431 estableció un sistema tendiente a asegurarles atención médica, educación y seguridad social, así como a



concederles las franquicias y estímulos que permitan en lo posible neutralizar la desventaja que la discapacidad provoca y les den oportunidad, mediante su esfuerzo, de desempeñar en la comunidad un rol equivalente al que ejercen las personas normales (art. 1). Mediante la Ley Nº 24.901 se ha creado, concordemente con las directivas constitucionales y los tratados con jerarquía equivalente, un sistema de prestaciones básicas de atención a favor de las personas con discapacidad con el objeto de brindarles una cobertura integral a sus necesidades y requerimientos, y se ha dejado a cargo de las obras sociales comprendidas en la Ley Nº 23.660 la obligatoriedad de su cobertura total (arts. 1 y 2).

En la Provincia de Buenos Aires las normas constitucionales y legales coherentemente con la legislación federal amparan con especial interés a las personas con discapacidad. El artículo 36 de la Constitución bonaerense establece que toda persona discapacitada tiene derecho a la protección integral del Estado y, en ese sentido, la provincia deberá garantizar la rehabilitación, educación y capacitación en establecimientos especiales. Por su parte, la Ley Nº 10.592 -que establece un régimen jurídico básico e integral para las personas discapacitadas- asegura los servicios de atención médica, educativa y de seguridad social a los discapacitados en imposibilidad de obtenerlos. Particularmente, el Instituto de Obra Médica Asistencial de la Provincia de Buenos Aires deberá promover y prestar asistencia médica integral a las personas discapacitadas afiliadas al mismo, con vistas a su rehabilitación -énfasis agregado- (conf. arts. 1 y 19 de la citada ley).

IX. Ahora bien, de las constancias de la causa ha quedado acreditada la deficiencia mental permanente que padece la hija de los accionantes y su carácter de afiliada al IOMA , a la vez que los medicamentos que debe tomar y la necesidad de contar con transporte desde el domicilio a la Escuela Especial que concurre y viceversa. También surge demostrado que el Centro Integral Psicopedagógico de Recuperación Infanto Juvenil S” (CIPRIJ) se encuentra inscripto en el Registro Nacional de Prestadores de Servicios del Sistema de Protección Básica de Atención Integral a favor de las Personas con Discapacidad (v. fs. 61, 62, 66, 67 y 71/72)

Con relación al caso de autos, las prestaciones terapéuticas y educativas reclamadas se encuentran incorporadas a las prestaciones básicas previstas en la Ley Nº 24.901, en particular la Educación General Básica cuyo arancel en el caso de Jornada Doble es de \$ 914. Asimismo,



también se contempla el derecho de los beneficiarios de la ley a requerir de su cobertura social un transporte especial, con el auxilio de terceros cuando fuere necesario, para el traslado entre su domicilio y el establecimiento educacional o de rehabilitación (conf. arts. 13, 16, 17 y 22 de la Ley N° 24.901; art. 2.1.6.2. de la Resol. M.S. N° 428/99, modif. por la Resol. M.S. N° 36/03).

X. Hasta aquí entonces, teniendo en cuenta las directivas emanadas de la Constitución Nacional y de la Provincia de Buenos Aires , los tratados internacionales con jerarquía constitucional, la intención del Constituyente de 1994 y la legislación especial tanto federal como provincial, cabe concluir que existe una particular protección estatal sobre las personas discapacitadas en lo que se refiere a su salud, educación y seguro social, con lo cual parece razonable pensar que -siempre con el grado de certeza que caracteriza la etapa cautelar- esa garantía debe ser integral y total a la vez que dicha carga se ha impuesto, principalmente, sobre las Obras Sociales y, de manera subsidiaria, sobre el Estado; encontrándose la hija de los accionantes legitimada para exigir la prestación médica reclamada.

XI. Sentado lo expuesto, corresponde examinar ahora si se encuentra presente el restante requisito previsto por el artículo 230 del CPCCN, es decir el peligro en la concreción de un daño irreparable.

En ese sentido, del informe escolar emitido por el Centro Integral Psicopedagógico de Recuperación Infanto Juvenil SA surge la conveniencia y la necesidad de que la menor R. D. continúe concurriendo a dicha Institución educativa y, a la vez, los perjuicios que podría causarle la interrupción del tratamiento terapéutico y educacional (v. fs. 68). Expresamente, se señala que “...el ámbito educativo es el único medio que le permite establecer relaciones afectivas vinculares, favorecedoras de los avances demostrados durante el ciclo escolar, negándose otro tipo de contactos fuera de la institución. Necesita también progresar en sus aprendizajes, que han sido significativos (por ejemplo: operaciones numéricas utilizando las 4 operaciones, escritos que poseen coherencia y significado, etc.), el apoyo y aprobación constante del docente. Es por todo lo expresado, que consideramos beneficioso que la alumna continúe en nuestra escuela a fin de no interrumpir los avances logrados y encauzar los objetivos pendientes.”



Por otra parte, de las misivas dirigidas por el CIPRIJ a la madre de la menor surge la deuda que actualmente mantiene con el Instituto y que “...en caso de no regularizarse dicha situación (procederán) a suspender el servicio de escolaridad y asistencia especial...” para el ciclo 2004 (v. fs. 73 y 103).

Frente a lo expuesto, surge manifiesta la situación de peligro real y concreto en que se encuentra la menor R. D. , por lo que de no adoptarse una pronta solución -vale decir, una “acción positiva” en los términos de la Constitución- podrían provocarse graves daños en su salud.

XII. En tales condiciones, corresponde tener por acreditados los requisitos del artículo 230 del CPCCN y, en tal sentido, ordenar al IOMA que garantice a la menor R. D. la continuidad efectiva de la prestación escolaridad especial, Jornada Doble, en el Instituto CIPRIJ y el transporte especial desde su domicilio hasta el lugar de rehabilitación y viceversa, hasta tanto se dicte sentencia definitiva en autos; todo ello bajo caución juratoria que deberá prestar el accionante en la instancia de origen. Dicha solución, por lo demás, se adopta con especial consideración del interés superior del niño (conf. art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, ya citada; en similar sentido, CSJN, “C. de B., “. C. c/ Secretaría de Programas de Salud y otro”, fallo del 24/10/00, consid. 21).

XIII. No obstante esta decisión, téngase presente que la parte actora ha demandado eventualmente al Estado Nacional y a la Provincia de Buenos Aires quienes, de manera subsidiaria y complementaria a las obras sociales, resultarían también prima facie responsables y garantes de la protección de la salud y educación de los niños discapacitados (conf. arts. 1, 3 y 4 de la Ley Nº 22.431, art. 3 de la Ley Nº 24.901 y art. 4 de la Ley Nº 10.592 de la Provincia de Buenos Aires ). Sin embargo, la obligación ya impuesta en cabeza del IOMA durante esta etapa cautelar hace innecesario insistir en igual carga respecto del Estado Nacional y Provincial, sin perjuicio de lo que se resuelva, en definitiva, sobre su responsabilidad al sentenciar.

XIV. Por tanto, en mérito de las consideraciones que anteceden, propongo al Acuerdo revocar la decisión apelada y, en consecuencia, ordenar al IOMA que garantice a la menor R. D. la continuidad efectiva de la prestación escolaridad especial, Jornada Doble, en el Instituto CIPRIJ y el



transporte especial desde su domicilio hasta el lugar de rehabilitación y viceversa, hasta tanto se dicte sentencia definitiva en autos; todo ello bajo caución juratoria que deberá prestar el accionante en la instancia de origen. Se omite la cuestión referida a la imposición de costas hasta la oportunidad de sentenciar.

Así lo voto.

EL DR. SCHIFFRIN DIJO:

Que adhiere al voto que antecede.

Por ello, en virtud del Acuerdo que antecede, el Tribunal RESUELVE:

REVOCAR la decisión apelada y, en consecuencia, ordenar al IOMA que garantice a la menor R. D. la continuidad efectiva de la prestación escolaridad especial, Jornada Doble, en el Instituto CIPRIJ y el transporte especial desde su domicilio hasta el lugar de rehabilitación y viceversa, hasta tanto se dicte sentencia definitiva en autos; todo ello bajo caución juratoria que deberá prestar el accionante en la instancia de origen. Se omite la cuestión referida a la imposición de costas hasta la oportunidad de sentenciar.

Regístrese, notifíquese y devuélvase.