



Educación

Apoyo a la integración escolar, vinculación del tratamiento de rehabilitación con la cobertura del costo de la profesora de sordos e hipoacúsicos

V. C. P. en nombre y representación de su hijo menor c/ IOSPER y otro s/ Acción de amparo

En la ciudad de Paraná, Capital de la Provincia de Entre Ríos, a los veintisiete días del mes de octubre de dos mil once, reunidos en el Salón de Acuerdos los Sres. miembros de la Sala de Procedimientos Constitucionales y Penal del Excmo. Superior Tribunal de Justicia, a saber: Vocal a/c de la Presidencia Dra. CLAUDIA MONICA MIZAWAK y los Vocales Dres. CARLOS ALBERTO CHIARA DIAZ y GERMAN R. F. CARLOMAGNO, asistidos por el Dr. Rubén A. Chaia fueron traídas para resolver, las actuaciones caratuladas:"V., C. P. en nombre y representación de su hijo menor c/IOSPER y otro S/ ACCION DE AMPARO".

Practicado el sorteo de ley resultó que la votación debía tener lugar en el siguiente orden: Sres. Vocales Dres. CHIARA DIAZ, MIZAWAK y CARLOMAGNO.-

Examinadas las actuaciones, el Tribunal planteó las siguientes cuestiones:

PRIMERA CUESTION: ¿Existe nulidad?

SEGUNDA CUESTION: ¿Qué cabe resolver?

A LA PRIMERA CUESTION PLANTEADA EL SEÑOR VOCAL DR. CHIARA DIAZ, DIJO:

Conforme a lo establecido en los arts. 16 y 31 de la Ley Nº 8369 de Procedimientos Constitucionales, el recurso de apelación interpuesto en un proceso de amparo, de ejecución y/o de prohibición conlleva el de nulidad y, en su virtud, el tribunal ad-quem deberá avocarse al examen de todo lo actuado con la finalidad de constatar, subsanar o, en su caso, eliminar los vicios invalidantes que se verifiquen.-



Las partes recurrentes no hicieron mérito de la presencia de ellos con interés de conseguir concretamente su nulificación en la presente instancia, como tampoco lo hizo el Ministerio Público Fiscal (cfr. fs. 183/4).-

Finalmente, practicado por el Tribunal el examen ex-officio de lo actuado, no se advierte la presencia de irregularidades que por su entidad y magnitud revistan idoneidad suficiente para justificar una declaración nulificante en esta instancia y, en razón de ello, es menester brindar una respuesta negativa al interrogante formulado en la primer cuestión.-

Así voto.-

A la misma cuestión propuesta la Sra. Vocal Dra. MIZAWAK expresa su adhesión al voto del Dr. CHIARA DIAZ.-

A su turno el Señor Vocal Dr. CARLOMAGNO manifiesta que hace uso de la facultad de abstención que le confiere el art. 33º de la Ley Orgánica del Poder Judicial.-

A LA SEGUNDA CUESTION PROPUESTA EL SEÑOR VOCAL DR. CHIARA DIAZ DIJO:

I.- Acerca de la sentencia dictada por la Sra. Juez a cargo del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial de Nº 9 de Paraná, Dra. Maria Gabriela Tepsich (fs. 149/9), que hizo lugar a la acción ordenando al IOSPER y subsidiariamente al SGPER que reconozca en favor del menor el 100% del costo de apoyo a la integración escolar reclamado por la suma de \$80 la hora y con un tope de \$ 2052,58 mensuales, hasta la finalización completa del año lectivo 2011, debiendo la actora presentar a la accionada al finalizar el mismo un informe de la evolución del niño, e impuso las costas a las accionadas vencidas, se disconformó el IOSPER mediante el libelo de fs. 158.-

II.- Previo a las consideraciones a efectuar sobre el planteamiento realizado por la parte accionante, creo conveniente reseñar ab-initio, con el fin de otorgar a mi voto una mayor claridad



expositiva, ciertos hechos trascendentes por considerarlos relevantes para la solución a tomar, a saber:

II.1.- La Sra. C. P. V., en nombre y representación de su hijo V. A. (fs. 32/24), y con el patrocinio del Dr. A. D. L., interpuso el 29/08/11 acción de amparo contra el IOSPER y subsidiariamente respecto del Estado Provincial, para que se les ordene arbitrar los medios económicos y los recursos humanos necesarios a los fines de brindarle con carácter de urgente la cobertura económica del 100% correspondiente la Profesora de Sordos e Hipoacúsicos que necesitaba el menor V.A.-

Acreditó la afiliación de su hijo discapacitado al IOSPER (fs.7), su calidad de madre del mismo (fs.5) y la discapacidad que padece con el respectivo Certificado Nacional de Discapacidad (fs.4), consignándosele allí su diagnóstico: "Hipoacusia Neurosensorial sin otra especificación".-

Sostuvo que integraba un grupo familiar compuesto por su hijo discapacitado, otro hijo menor mas y su esposo; que se desempeñada como Trabajadora Social para el Estado Provincial y que era el único ingreso con que contaba la familia, rondando tales haberes, aproximadamente, en la suma de \$ 1760, con lo cual tenía que hacer frente a la subsistencia del grupo y a los gastos que demandaban los diferentes tratamientos del niño discapacitado.-

Señaló que el menor estaba siendo tratado por un grupo de profesionales, siendo equipado con audífonos, y que su evolución constaba en los informes de los profesionales, que la modalidad de trabajo se llevaba a cabo en la Institución Educativa "El Madero" y constaba de 5 días de acompañamiento semestral (4 horas diarias de reloj) de lunes a viernes de 13.00hs a 17:00hs, aclarando que hasta el mes de junio del presente año, la Obra Social cubrió el costo de las prestaciones ya que existía una sentencia judicial que así lo disponía hasta el período mencionado, ya que el Certificado Nacional de Discapacidad vencía en esa fecha.-

Señaló que habiendo obtenido un nuevo certificado Nacional de Discapacidad, solicitó nuevamente la cobertura dando origen al expediente Nº 120.801-000 en el marco del cual le notificaron que se cubrirían integralmente los tratamientos de psicopedagogía, fonoaudiología y psicología por los meses de julio a diciembre de 2011, pero respecto de la profesora de sordos se



le informó verbalmente que no se cubriría por tratarse de prestaciones educativas que debía atender el Estado Provincial y Nacional a través de Consejo General de Educación.-

Fundó la acción en los derechos emergentes de los arts.25 de la Constitución Provincial y 17 , 14 y 43 y de la Constitución Nacional, 1º , sgts. y concordantes, de la ley 8369 y en las Leyes Nacionales Nos. 222431, 23660 , 23661 y 24901 . Acompañó prueba documental con la demanda y manifestó que hacía reserva del "caso federal".-

II.2- Oportunamente (fs. 112/6) contestó la demanda el IOSPER, solicitando el rechazo de la acción deducida, con costas.-

Fundó su posición en la circunstancia de que el niño no era afiliado obligatorio al IOSPER y además aparecía en la página oficial de ANSES como beneficiario del Programa Federal de Salud (PORFE) y que se encuentra afiliado a la Obra Social del personal de estaciones de servicio, garages, playas de estacionamiento, lavaderos automáticos y gomerías de la República Argentina como adherente de su padre, quien podría haber solicitado la misma cobertura, resultando de todo ello que la acción debía declararse inadmisibile.-

Máxime ese organismo había cumplido con las obligaciones a su cargo, brindando una cobertura integral a valores referenciales establecidos en el Programa Integral de Discapacidad implementado. Sostuvo asimismo que la acción resultaba inadmisibile por no haber mediado de su parte conducta alguna subsumible en los arts. 1º y 2º de la LPC.-

Afirmaron que dicho organismo había cumplido con las obligaciones a su cargo y que brindaba una cobertura integral a los valores referenciales establecidos en el Programa Integral de Discapacidad implementado, y que la persona encargada de las sesiones era una Profesora habilitada al efecto por el CGE, no una fonoaudióloga, por lo que se trataba de una persona encargada de la formación de un niño y no de su rehabilitación, lo cual era el Consejo General de Educación el que debía hacerse cargo.-



Finalmente expresaron que la acción resultaba inadmisibles por no haber mediado de su parte conducta alguna subsumible en los arts.1º y 2º de la LPC y por ello era inadmisibles.-

II.3- Oportunamente el Fiscal de Estado, Dr. J. R. S., en representación del Superior Gobierno Provincial, evacuó el informe del artículo 8º de la LPC a fs. 125/9, planteando la inadmisibilidad de la acción puesto que no mediaba una conducta manifiestamente ilegítima atribuible a su representado, ya que la ley 9891 disponía en su art. 9º que el Estado por intermedio de la Secretaría de Salud garantizaría las prestaciones asistenciales básicas a las personas con discapacidad, salvo aquellas que contaran con Obra Social.-

Sostuvo que su instituyente no había sido requerido a los efectos de la cobertura de las prestaciones que se demandaban y por ello la acción en su contra no debía prosperar.

III- Concedido el recurso de apelación planteado (fs. 160), tanto la actora como el IOSPER hicieron uso del derecho acordado por el art. 16 de la Ley Nº 8369 de presentar memoriales en la Alzada.-

IV- A fs. 180/1 se expidió el Señor Defensor General de la Provincia, Dr. Maximiliano Francisco Benitez, analizando el planteo actoral y teniendo en cuenta los antecedentes que consideró aplicables al caso, propició que se rechace el recurso y se confirme la sentencia en crisis por ajustarse en un todo al ordenamiento jurídico vigente.-

A su turno dictaminó el Sr. Fiscal Adjunto de la Procuración General de la Provincia, Dr. J. E. B., haciéndolo en igual sentido que el representante del Ministerio Pupilar.-

V- Reseñados brevemente en los párrafos precedentes las posturas de las partes y de los Ministerios Públicos Pupilar y Fiscal frente al objeto litigioso, es posible abordar el mismo, teniendo presente que el recurso de apelación en los procesos de amparo, de ejecución o de prohibición, otorga al Tribunal ad-quem la plena jurisdicción, colocándolo en la misma posición del juez a-quo (cfme.: S.T.J.E.R., Sala Penal, in rebus "PITTAVINO", sent. del 12/07/88 L.A.S. 1987/88, fs. 112; "STURZ", sent.del 30/6/89, L.A.S. 1989, fs. 234; "PITTALUGA de MAGGIONI", sent. del 9/11/89, L.A.S. 1989, fs. 459; "MEDRANO", sent. del 27/2/90, L.S. 1990, fs. 12; "FARMACIA



LIBERTAD" S.C.S.", sent. del 19/3/90, L.S. 1990, fs. 44; "YESSI ", sent. del 23/3/90, L.S. 1990, fs.59; "SCHIMPF", sent. del 28/12/92; "BARCOS de FERRO", sent. del 19/2/93, "VILLEMUR", sent. del 7/4/93; "DIAZ VELEZ", sent. del 2/6/93; "FASSIO", sent. del 11/4/94, L.S.Amp. 1994, fs. 153; "RODRIGUEZ SIGNES", sent. del 3/5/94, L.S.Amp. 1994, fs. 158; "BUSSI", sent. del 17/5/94, L.S.Amp. 1994, fs. 172; "MUÑOZ", sent. del 14/7/94, L.S.Amp. 1994, fs. 208; "TEPSICH", sent. del 5/9/94, L.S.Amp. 1994, fs. 256; y "CAINO de CELLI", sent. del 23/3/95; entre muchos otros).-

Así perfilada la cuestión a resolver y haciendo uso de la plenitud de la jurisdicción para juzgar la totalidad de los hechos y el derecho acerca de la misma, cabe entonces ingresar a su tratamiento y decisión.-

Liminarmente destaco que propondré que se rechace el recurso de apelación incoado, atento a que el fallo impugnado resulta armónico con lo establecido por ésta Sala Nº1 en numerosos precedentes, entre los que se puede mencionar: "COLOMBIANI Juan Martin...", sent. del /6/11, donde sostuve:"...respecto al costo de la profesora de sordos ..., la condena debe confirmarse dado que en una vez más se configura la conducta disvaliosa tantas reprochada al demandado en sentido que "se observa que cuando el IOSPER funda la legitimidad de sus disposiciones que restringen las prestaciones aseguradas por la Ley 24091 , que establece un sistema de Prestaciones básicas en Habilitación y Rehabilitación Integral a favor de personas con Discapacidad al cual adhirió la ésta Provincia mediante la sanción de la Ley Nº 9891 , no repara en el hecho de que por más facultades delegadas que ostente el directorio para "determinar la naturaleza, proporción, extensión y forma de los beneficios que se otorguen" -inc. c), art. 12 Dec. Ley 5326-, en su ejercicio no le está permitido desconocer o vulnerar derechos consagrados por normas de mayor rango dictadas con posterioridad, y menos aún si se repara en el carácter progresivo de la consagración del derecho fundamental a la salud reconocido de modo amplio en la reforma constitucional de nuestra provincia en sus artículos 19 y 20" (cfr. "CELIS, Julio A. en nombre y rep. de su hijo menor c/IOSPER S/ ACCION DE AMPARO, sent. del 16/3/10, entre muchos otros).-

Es que dicho discapacitado merece una asistencia integral, tal cual lo consideró y decidió en un caso similar el Tribunal de FERIA del STJER, in re "MOSTAFA" -sent. del 30/12/04-, especificando: "...no debemos olvidar que aún antes de la reforma constitucional de 1994, ya se consideraba el



derecho a la vida y a la salud, como una garantía innominada derivada del art. 33 de la Constitución Nacional (Cfr. "El amparo y el derecho adquirido a una mejor calidad de vida" por Susana Albanese, en L.L. 1991-D, pag. 77) y además que con el plexo de instrumentos internacionales de Derechos Humanos incorporados a la C.N. por la reforma aludida, los que fueran por ella, elevados a la jerarquía constitucional, lo que implica igualación con la constitución misma, tal como lo sostiene Pablo Manili en su tesis doctoral "El Bloque de constitucionalidad", ed. L.L., año 2004, pág.199, no cabe duda que la situación planteada por el amparista, encuentra en la normativa citada y analizada, total encuadre, asistiéndole el derecho que peticiona a recibir de su obra social la cobertura íntegra de gastos que demanden la rehabilitación de su hijo . y desde el inicio de la terapia. y por todo el tiempo que fuera necesario a criterio de los profesionales tratantes y hasta su restablecimiento total".-

Cabe recordar también que el criterio sustentado por mayoría por ésta Sala Nº 1 establece que: "Más allá del cúmulo de normas contenidas en los Tratados internacionales constitucionalizados en el art. 75, inc. 22 , de la Carta Magna Federal, la Constitución de Entre Ríos ha incorporado normas precisas y explícitas en sus arts. 15, 16 , 18 y 19 que garantizan el derecho a la vida, establecen la protección integral de los niños, reconocen la salud como derecho humano fundamental y la asistencia sanitaria gratuita, universal, igualitaria, integral, adecuada y oportuna, y, finalmente, de conformidad con lo expresamente establecido en el art. 21 , el Estado asegura a las personas con discapacidad y en su caso a sus familias: la igualdad real de oportunidades; la atención integral de la salud orientada a la prevención y rehabilitación; la extensión de los beneficios de la seguridad y previsión social del titular que los tuviera a su cargo y el acceso a la educación en todos los niveles con la infraestructura necesaria.-

A su vez, por ley 24.901 se ha creado un sistema de prestaciones básicas "de atención integral a favor de las personas con discapacidad" y se ha dejado a cargo de las obras sociales comprendidas en la ley 23.660 la obligatoriedad de su cobertura (arts. 1 y 2). Por su parte, el Estado Provincial ha adherido a dicha normativa por Ley Nº 9891, poniendo a cargo de la obra social estatal (IOSPER) la atención de tales prestaciones y de las que emergen directamente impuestas por la puntual normativa del ordenamiento jurídico constitucional local.



Tampoco puede obviarse en este análisis que estamos frente a prestaciones directamente vinculadas con el tratamiento de rehabilitación del menor discapacitado y su posibilidad de acceso real al nivel de educación necesario, lo cual, dada la patología implicada, no puede quedar sometido a las vicisitudes administrativas, económicas o comerciales, sin riesgo de traer aparejado graves consecuencias, en tanto lo que está en juego es la salud y la educación de un menor discapacitado.-" (cfr. "BENITEZ (2), Liliana Graciela (en nombre y repr. de su hijo menor José Rodrigo TITO) C/ I.O.S.P.E.R. S/ ACCION DE AMPARO", sent. del 10/5/10).-

Lo expuesto es suficiente para proponer el rechazo de los recursos de apelación incoados por el IOSPER y el Estado en lo que respecta a la cobertura integral y al 100% de las prestaciones condenadas, y la confirmación de la sentencia en crisis, en este aspecto, dado que a ello se adicionan también los argumentos vertidos en "SILVESTRI DE MAC RAE", sent. del 11/4/02 y "BALLEJOS", sent. del 31/3/03, entre otros...."

Asimismo debe ponderarse que tal ha sido el criterio de ésta Sala Nº 1 del STJ al resolver el caso del mismo niño V. A. el 26/5/11 (confr. fs. 94/96), como así también en los autos caratulados: "SCHMAEDKE, María Luz c/I.O.S.P.E.R. y S.G.P.E.R. S/ ACCION DE AMPARO", sent. del 19/6/11.-

En cuanto al agravio fundado en la afiliación del menor a otra Obra Social, también ha sido resuelto por esta Sala Nº 1 de Procedimientos Constitucionales y Penal en el caso "OYARBIDE, Martha Estela en representación de su esposo c/IOSPER y otro S/ ACCION DE AMPARO", sent. del 6/4/11, donde se sostuvo: "...Cuadra reflexionar acerca de que la posición asumida por los representantes del IOSPER no registra apoyatura legal, que no fue invocada norma alguna que, por el motivo indicado, autorice al Ente a sustraerse de las obligaciones que tiene como prestadora respecto de su afiliado y que se encuentran contenidas en las normas por las que fue creado el Instituto, como así también en las Constituciones de la Nación y de la Provincia y en los Pactos y Convenciones internacionales, siendo dable mencionar que es un trámite normal entre los prestadores de salud el recupero de las sumas erogadas en los casos de tener que afrontar prestaciones para una persona que, por los motivos que fuere, estuviera afiliada a dos o más de éstas entidades.-



Tal conclusión se impone tratándose del derecho a la vida e integridad física- constitucionalmente consagrados -,y las conductas deben adecuarse a ello, cubriendo la prestación de servicios médico-asistenciales de forma oportuna a la necesidad de salud".-

Adiciono asimismo que en autos no fué controvertida la calidad de discapacitado, ni las necesidades terapéuticas del hijo de la actora, por todo lo cual concluyo propiciando el rechazo del recurso de apelación deducido y la confirmación del fallo en crisis, con costas a la recurrente vencida.-

Así voto.-

A la misma cuestión propuesta, ya su turno, la Sra. Vocal Dra. MIZAWAK, dijo:

Adhiero a la solución que propicia el Dr. CHIARA DIAZ por ser acorde al criterio de este Tribunal, que suscribí en el precedente "SCHMAEDKE MARIA LUZ..." -19/06/11-, de similares presupuestos fácticos y jurídicos al supuesto de autos.-

Así voto.-

A su turno el Señor Vocal Dr. CARLOMAGNO manifiesta que hace uso de la facultad de abstención que le confiere el art. 33º de la Ley Orgánica del Poder Judicial.-

Con lo que no siendo para más, se dio por terminado el acto quedando acordada la siguiente sentencia:

Firmado:

Claudia M. Mizawak.

Carlos Alberto Chiara Díaz.



Germán R. F. Carlomagno-

SENTENCIA:

Paraná, 27 de octubre de 2011.-

Y VISTOS:

Por los fundamentos del acuerdo que antecede;

SE RESUELVE:

1º) ESTABLECER que no existe nulidad.-

2º) RECHAZAR el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada -I.O.S.P.E.R.- a fs. 158 contra la sentencia de fs. 145/149, la que, por los fundamentos de la presente, se confirma.-

3º) IMPONER las costas de esta instancia a la recurrente vencida.-

4º) REGULAR los honorarios profesionales del Dr. D. A. L., por la actuación en esta Alzada, en la suma de xx (\$xx) -cfme.: arts. 2, 3, 5, 15, 64, 91 y ccdtes. Decreto Ley Nº 7046/82, ratif. por Ley Nº 7503; 1º y 13º Ley 24.432; 505 Código Civil-.-

Protocolícese, notifíquese y, en estado bajen.-

Firmado:

Claudia M. Mizawak.

Carlos Alberto Chiara Díaz.



Germán R. F. Carlomagno.

Ante mí: Rubén A. Chaia-Secretario

****ES COPIA****

Rubén A. Chaia Secretario