------ En la ciudad de Rawson, Capital de la Provincia del Chubut a los 15 días del mes de diciembre del año dos mil diez, reunida en Acuerdo la Sala Civil, Comercial, Laboral, Contencioso Administrativo, de Familia y de Minería del Superior Tribunal de Justicia, con la Presidencia de su titular Dr. Daniel Luis CANEO y asistencia de los Sres. Ministros Dres. José Luis PASUTTI y Fernando S.L. ROYER para dictar sentencia en los autos caratulados **"S. V., A. d R. y Otros c/ Provincia del Chubut s/ Acción de Amparo"** (Expte. N° 21.920-S-2.010) y teniendo en cuenta el sorteo practicado a fs. 669, de conformidad con lo dispuesto en las Acordadas Nº 3.202 y 3.204 correspondió el siguiente orden para la emisión de los respectivos votos: Dres. ROYER, PASUTTI y CANEO.----------

------ Acto seguido, se resolvió plantear y votar las siguientes cuestiones: **PRIMERA**: ¿Es procedente el Recurso de Apelación Ordinaria interpuesto? y **SEGUNDA**: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?.----------

------ A la primera cuestión el Dr. ROYER dijo:----------

------ Vienen los presentes autos a conocimiento de esta Sala por vía del Recurso de Apelación Ordinaria que la demandada dedujera a fs. 611 contra la Sentencia Definitiva Nº 52/2.009 y fundara a fs. 628/642.----------

------ **I.- ANTECEDENTES**:----------

------ I.- A fs. 128/144 vta. se presentó el Defensor Público, Dr. N. R., en su carácter de apoderado de A. d R. S. V. y de L. R. y G. A. V. (madre y padres de los menores E. A. L. y M. E. V. R., respectivamente) y dedujo acción de amparo contra la Provincia del Chubut, para que otorgara el acto

///

administrativo pertinente que dispusiera la designación de una maestra integradora, a tiempo completo y en forma exclusiva -en tareas de apoyo y adecuación del proceso pedagógico para ambos niños-, en las escuelas de su concurrencia, para asegurar la “efectivización del derecho a la educación de los niños” ante la omisión de la demandada en “brindar una educación especializada adecuada” para ellos, con expresa imposición de costas. --------

------ Solicitó como medida innovativa, el anticipo de su petición ya que calificó de viable la misma en función de la actual jurisprudencia local, a la que cita.----------

------ En los hechos, indicó que E. A. L., padecía síndrome de Down, desde su nacimiento el 04/09/96. Continuó su relato y dijo que entre los años 2.005 y 2.006 concurrió a la escuela N° 53 de Trelew, oportunidad en la que contó con un maestro integrador asignado en forma permanente por resolución ministerial.----------

------ Más tarde, en el año 2.007, concurrió a la Escuela N° 151 de la misma ciudad, donde a partir de mayo de dicho año, contó con la atención de una docente asignada a las adecuaciones curriculares, durante dos días por semana. Continuó en dicha escuela y culminó el cuarto grado, con una carga horaria reducida: lunes y viernes de 13 a 15 horas, y martes, miércoles y jueves de 14:30 a 16:50 hs. Ello así, porque no contaba con maestra integradora. Refiere que el Ministerio de Educación justificó dicha parcialidad, porque asistía una vez a la semana a la Escuela Especial N° 503 a contra turno.----

------ La madre del menor solicitó, desde ese año, que se la asignara una maestra especial exclusiva para la atención de su hijo, pero no obtuvo respuesta satisfactoria a su pedido. Señaló que el niño recibía tratamiento fonoaudiológico, psicopedagógico y neurológico desde hacía varios años y

que sus médicos tratantes, coincidían en que la concurrencia regular a la escuela era muy positiva para la socialización y desarrollo del menor.----------

------ Refirió que, de los certificados adjuntados, se infería la necesidad de contar con una maestra integradora para el menor en forma aúlica (opinión de la neuróloga M. d l A. F,). Opiniones similares fueron dadas por la pediatra y por la psicopedagoga del menor, Dras. P. y D., respectivamente.----------

----- Indicó que, siguiendo los dichos de la madre del menor, éste ha querido permanecer durante todo el año 2.008 en tiempo completo en la escuela y que en sólo dos años culminará su proceso de educación básica, por lo cual era necesario una mayor permanencia en la escuela para avanzar en el logro de objetivos más ambiciosos, por cuanto no se había logrado apropiar las nociones elementales de lecto-escritura.----------

------ En el punto B) se refirió a M. E. V. R., quien naciera con síndrome de Down el 07/11/03. Relató que comenzó la escuela en el año 2.007 en un jardín privado, que le proveyó de una auxiliar de sala. Al año siguiente, concurrió a la Escuela de Nivel Inicial N° 425, donde no pudo tener maestra integradora, puesto que, la Dirección del Centro Integrador, manifestó que sólo contaban con dos maestras de esa especialidad para atender la demanda de todos los jardines de infantes de la ciudad. Ello llevó a sus progenitores a peticionar ante el Ministerio de Educación, desde donde se autorizó que fuera una maestra integradora una vez por semana.----------

----- Apuntó que los médicos tratantes han recomendado la asistencia especial que se pide en la demanda. Agregó que en el informe pedagógico final, las docentes y la directora concluyeron que era conveniente contar con

///

maestra integradora para el período siguiente.----------

------ En el punto C) detalló los reclamos administrativos llevados adelante por los padres de los dos menores, dirigidos al Ministerio de Educación para solicitar (por notas N° 411 y 412), la asignación de una maestra integradora a tiempo completo todos los días de clase para el período lectivo 2.009. Este pedido no recibió respuesta expresa.----------

------ Remitieron, entonces, nuevas notas (N° 590 y 591/2.008), y desde el Ministerio de Educación se les contestó: que E. contaba con maestra integradora desde el mes de mayo en 4° año de la Escuela N° 151 de Trelew, cuando el menor estaba cursando la primera etapa de un primer grado, según lo dichos de la actora. Para el caso de M. se indicó que el niño contaba con maestra integradora una vez por semana. Así, los niños culminaron el ciclo electivo 2.008 con adecuaciones y promovidos al año siguiente.------

------ No obstante ello, los padres, disconformes con el nivel pedagógico y educativo que recibían sus hijos, reiteraron el pedido para que se les asignara una maestra integradora todos los días y a tiempo completo. El requerimiento fue respondido por la Sra. Ministro de Educación quien ratificó sus notas anteriores y manifestó que no se había vulnerado ningún derecho, que sería necesario acompañar a los padres reclamantes en el sentido de que adquirieran confianza respecto de la atención que se les brindaba a los menores, y que ese tipo de atención quebrantaría las libertades individuales de los niños e impediría el desarrollo favorable en sus procesos madurativos en la forma más independiente posible.---------

------ Sostuvo que con la actitud burocrática del Ministerio de Educación, culminó la etapa epistolar y obligó a entablar la presente acción ante la clara

///

vulneración del derecho a la educación de sus hijos. Consideró que los antecedentes del caso convertían en arbitraria e ilegal la negativa a conceder lo pedido por los actores y la no designación de maestra integradora lesionaba los derechos establecidos por las Leyes N° 4.347 y 5.413, además de las normas de rango constitucional. Consideró vulnerado el principio de progresividad, el principio de la autonomía individual (art. 19 C.N.). Así, el amparo, devino indispensable para la concreción y satisfacción de los derechos fundamentales de los menores y sus respectivos grupos familiares.----------

------ Fundó su legitimación para actuar. Consideró que la vía procesal elegida resultaba idónea ante las infructuosas actuaciones administrativas que lo precedieron, y que la prueba de ello no le compete al amparista sino, en todo caso, al Juez.----------

------ En el punto 5) indicó que el derecho a la educación había sido vulnerado atento lo dispuesto por el art. 26 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; el art. 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; jurisprudencia que consideró acorde; art. 15 y 26 de la Ley N° 26.061; art. 23 de la Convención Internacional de los Derechos del niño; art. 11 de la Ley N° 26.026; art. 27 y 30 de la Constitución Provincial, entre otros, los cuales desarrolló.----------

------ Ofreció prueba, solicitó como medida cautelar innovativa que se ordenara la “inmediata designación de un docente especial para cada niño” en carácter de tutela anticipada para prevenir que la justicia no llegase tarde ni mal. Señaló los recaudos que a su entender justificaban la cautelar, fundó su derecho, formuló reserva del caso Federal y efectuó petitorio de estilo.----------

///

------ II.- Con fecha 18 de mayo de 2.009 la Juez de grado declaró admisible el amparo pero rechazó la medida cautelar por entender que no se encontraba probada “prima facie” la necesaria designación de una maestra integradora en forma permanente.------

------ III.- Apelado este decisorio, la Sala “A” Cámara de Apelaciones revocó la sentencia de grado, hizo lugar a la cautelar y fijó el plazo de 20 días para que el Ministerio de Educación de la Provincia del Chubut designara maestros integradores para desempeñarse en las aulas de las escuelas a las cuales concurrían ambos menores.----------

------ IV.- La demandada no contestó el amparo impetrado dentro del plazo legal previsto para ello, y a pedido de la actora (fs. 191)se la declaró rebelde a fs. 192. A fs. 284 y vta. se la tuvo por presentada pero por incontestada la demanda.----------

------ V.- A fs. 524/528 obra el fallo definitivo de primera instancia que rechazó la acción promovida. En el mismo, fueron analizados los lineamientos de la ley provincial sobre discapacidad y su decreto reglamentario. Luego, refiriéndose a las normas que regulan el amparo, se consideró que tanto el art. 43 de la Constitución Nacional, como el art. 54 de la Constitución Provincial y el art. 3° de la Ley de Amparo local, exigían que el hecho, acto u omisión que se atacaran por esta vía, contuvieran una arbitrariedad o ilegalidad manifiestas. Señaló que tanto la doctrina como la jurisprudencia aplicables, habían exigido que los vicios citados fueran inequívocos, incontestables, ciertos, ostensibles, palmarios, notorios, indudables y la turbación al derecho constitucional debía ser grosera.----------
---

------ Ello llevó a la Juez de grado a revisar la decisión del Ministerio de Educación frente a la petición de los padres de los menores de que solicitaban la designación de maestras integradoras a tiempo completo y en

forma exclusiva, los cinco días de la semana. Ello así, con la finalidad de constatar si la misma había sido arbitraria o ilegal. Siguiendo esa línea de pensamiento, tuvo en cuenta los informes obrantes en autos, de los cuales coligió que no se había acreditado que la decisión de la Sra. Ministro de Educación hubiera sido manifiestamente arbitraria o ilegal, puesto que no advirtió que se hubiera cercenado el derecho a la educación de los menores discapacitados, sino que, por el contrario, se siguieron las pautas educativas que resultaban más adecuadas para lograr la mayor autonomía posible de los niños. Los informes del equipo Interdisciplinario de Educación Especial del Ministerio de Educación de fecha 10/08/2.009, elaborados luego de entrevistar al personal docente y sobre la base de la observación directa de los niños, la llevaron a considerar que, en el caso de E., se le proporcionaron desde el Estado, alternativas válidas para completar su aprendizaje conforme a su discapacidad, e indicó que la madre del niño no aceptó las diferentes propuestas ofrecidas, al no concurrir a la escuela especial, sino tan solo una vez por semana a contra turno. Los informes de la psicopedagoga y pediatra, los descartó porque ambas atendieron al niño en forma individual y no en el cotidiano contexto escolar. Concluyó que la función de las maestras integradoras tendía a la aplicación de trabajos institucionales y no personalizados (atento lo informado a fs. 126), donde entendió que se debía respetar el individualismo de los menores. Por último consideró que la función a cargo del Ministerio de Educación, era la de integrar a los discapacitados al sistema educativo especial o común.----------

------ Con relación al menor V. R., entendió que le cabían las mismas consideraciones efectuadas respecto a E. L. E., en punto a no entender arbitraria la decisión ministerial que no le otorgó una maestra integradora en forma exclusiva y a tiempo completo los cinco días de la semana, en virtud del informe emanado del Equipo Interdisciplinario de Educación Especial del Centro de Integración N° *** (fs. 352/353), donde se estableció que el acompañamiento por parte de una maestra integradora dentro del aula,

///

obstaculizaría el desarrollo de pautas de autonomía necesarias para la incorporación de aprendizajes. Agregó que el menor repitió la sala de 4 años a pedido de sus padres, motivo por el cual dejó de tenerla, al haber alcanzado sus objetivos.----------

------ Así, resolvió rechazar el amparo interpuesto, toda vez que no se comprobó la arbitrariedad o ilegitimidad manifiesta de la decisión de no otorgar maestras integradoras a tiempo completo y en forma exclusiva los cinco días de la semana para ambos niños. Impuso las costas a los accionantes.----------

------ VI.- El fallo fue apelado por la Defensoría Pública en representación de la parte actora (fs. 531/539vta.), quien se agravió en primer lugar, por las conclusiones poco precisas y dogmáticas del fallo, lo cual -según indicó-, lo descalificarían como acto jurisdiccional. Refirió violado el debido proceso legal, criticó la metodología con que el sistema provincial de educación venía implementando el "Proceso de Inclusión Educativa" en la escolaridad ordinaria de los niños con "necesidades educativas especiales". Entendió que los actores contaban con la presunción favorable del art. 60 del C.P.C.C. y la del art. 80 de la Ley N° 4.572, los cuales no fueron tenidos en cuenta al sentenciar, circunstancia que violó el debido proceso.----------

------ Descalificó los fundamentos de la juez a quo por cuanto debieron, a su entender, sustentarse en otros diferenciados de los propios de la accionada. ----------

------ Otro agravio lo constituyó la omisión de aplicar normativa de jerarquía superior, entre ellas las Leyes N° 26.061, 26.206 y 26.378, art. 16, 75, inc. 22 y 23 de la C.N., como asimismo, los pactos internacionales, los cuales había detallado en demanda.------

///

------ También se quejó de la omisión de la sentenciante en ponderar el Interés Superior de los Niños, no sólo por las particularidades de los menores para obtener una adecuada "integración educativa". Reiteró que se habían vulnerado derechos de raigambre constitucional respecto de los cuales eran titulares, por los principios insoslayables de la Convención Internacional de los Derechos del Niño.----------

------ Su último agravio lo fundó en la falta de ponderación del principio de prohibición de regresividad. Formuló reserva del Caso Federal.----------

------ VII.- A fs. 544 y vta. la Cámara de Apelaciones solicitó como medida instructoria -a los efectos de esclarecer la verdad de los hechos controvertidos-, el dictamen de un experto en psicopedagogía, el cual se produjo a fs. 573/583, pese a la oposición formulada por la actora.----------

------ VIII.- La provincia demandada contestó agravios a fs. 546/548. En primer lugar, adhirió en todos sus términos a la sentencia dictada en autos, y luego, resaltó los informes obrantes en el expediente que determinaron el rechazo del amparo.----------

------ **II.- SENTENCIA DE LA CÁMARA DE APELACIONES**:-------

------ La Alzada revocó la Sentencia dictada en la instancia de origen. Tuvo en cuenta para ello, la jerarquía normativa, el principio de no discriminación y lo previsto por el art. 4° de la Ley N° 5.413 que impone al Estado Provincial, la escolarización de las personas con discapacidad, en las condiciones que sean necesarias de acuerdo al grado de la misma. También consideró esencial el informe de la psicopedagoga por sus fundamentos basados en principios científicos y técnicos propios de la especialidad y de suficiente

///

peso para formar la convicción necesaria acorde a la sana crítica.----------
---

------ Entendió que la accionada debía garantizar la escolarización adecuada conforme el art. 4° antes indicado, y reforzó dicho argumento en función de la aplicación de la ley provincial protectora de la niñez, adolescencia y familia.---
---

------ Por último, ordenó a la Provincia accionada a prestar “la asistencia docente integradora especial en forma permanente solicitada respecto de los menores M. E. V. R. -en el Nivel Inicial en forma parcial para el período 2.009 y permanente para el período lectivo 2.010- y de E. L. en forma permanente en las escuelas N° 151 y N° 425 de Trelew a las que respectivamente asisten”.----------

------ **III.- EL RECURSO DE APELACIÓN ORDINARIA**: ----------

------ 1.- La demandada articuló recurso de Apelación Ordinaria el que fue denegado por la Alzada (fs. 613 y vta.). Contra dicha resolución, interpuso Recurso de Queja por ante este Tribunal, el cual fue admitido mediante S.I. N° 02/S.R.O.E./10.----------

------ En su pieza recursiva expresa los agravios que le causa la sentencia de la Cámara de Apelaciones, y los desarrolla a fs. 628/642. Relata los antecedentes del caso, de la demanda, de la contestación, la cual fue tenida erróneamente por no presentada, lo que privó a su parte de exponer los argumentos defensivos pertinentes.----------
---

------ Su primer agravio se refiere, precisamente a cuestionar la decisión que tuvo por incontestada la demanda, puesto que ello quebrantó su derecho de defensa en juicio. Señala que el art. 341 del C.P.C.C. establece que cuando

se entabla juicio en que una provincia fuere parte, se debe efectuar una doble notificación: al Gobernador y al Fiscal de Estado, cosa que la Juez de grado no atendió al momento de tener a la demandada por rebelde.----------

------ Indica que en la Apelación en subsidio efectuada por ante la Alzada, se dejó en claro esta errónea aplicación de las normas procesales donde si bien, cesó la rebeldía, no así sus efectos en la medida que se ordenó desglosar la contestación de demanda. Ello además, viola el derecho de igualdad.----------

------ Cuestiona la no aplicación del criterio del art. 341 del C.P.C.C. y la errónea aplicación de lo dispuesto por el art. 59 del mismo ordenamiento legal.----------

------ Se agravia asimismo, de la errónea valoración probatoria desplegada por la Alzada al tomar como referente fundamental para el decisorio, el informe emitido por la perito designada en autos, quien lo hiciera en forma “individual”, desmereciendo el anterior que fuera llevado a cabo por un equipo de profesionales cuya relevancia no era dable omitir. Considera desacertado efectuar un análisis parcial de los informes agregados en autos sin la debida fundamentación. Cita jurisprudencia que considera acorde a su pretensión.----------

------ Califica a la perito como desconocedora de la concepción actual en materia de discapacidad a la cual ha adherido nuestra provincia, en la medida que el maestro integrador no actúa centrándose en la discapacidad sino como un “facilitador de contextos”, cosa que erróneamente plantea la experta, apegándose así, a un parámetro que ya no se aplica en el país.----------

------ Reivindica el informe del equipo interdisciplinario de Educación Especial donde se proporcionaran sugerencias y alternativas a sus padres, con la

///

participación de las docentes, directoras y supervisoras, la directora de Educación Inclusiva y la Coordinadora de Educación especial, de donde ha quedado clara la activa participación del Ministerio de Educación para atender el derecho a la educación de ambos menores.----------

------ Relata el contenido del informe de fecha 10 de agosto cuyo apartamiento no ha sido justificado al sentenciar, circunstancia que denota -según sus términos-, el desacierto de los Camaristas. Transcribe las partes del informe que entiende relevantes y que no fueron valoradas en el fallo.----------

------ Considera un agravio que se endilgue a la demandada que “la omisión de prestar asistencia implicaría una potencial violación a los derechos y garantías de los menores...”.----------

------ Afirma que los menores cuentan con apoyo de maestras integradoras dos veces por semana, con la posibilidad de realizar un contraturno en escuela especial, más la concurrencia a los talleres tecnológicos. Ello demuestra que no hubo la omisión de prestar asistencia a los mismos, como se atribuye a la accionada.----------

------ Se agravia también la recurrente por cuanto considera que las políticas educativas corresponden al ámbito de incumbencia del Ministerio de Educación, cuestión no judiciable por ser privativa del Poder Ejecutivo.----------

------ Insiste en que los amparistas no demostraron tampoco, la ilegitimidad de la decisión ministerial atacada, que lejos de cercenar el derecho de los menores, les otorga la educación más acorde tendiente a lograr la mayor autonomía de ellos, conforme el informe interdisciplinario obrante en autos de

///

fecha 10 de agosto de 2.009.----------

------ Señala que existen límites del control judicial respecto de los actos administrativos de los entes públicos sobre todo cuando no se acreditó la supuesta ilegitimidad del mismo, como, oportunamente, sentenció la Juez de grado. Por ello, entiende que la calificación en ese sentido dada por la Alzada no fue motivada.----------

------ Sostiene que existe un quiebre entre la pretensión de los padres y la decisión ministerial de fijar las políticas educativas más acordes a la necesidad de los menores.----------

------ Por otra parte considera que estructurar las clases con maestras integradoras a tiempo completo, sería prácticamente imposible teniendo en consideración que las docentes cuentan con treinta alumnos por aula en los cursos de educación común, lo que obligaría a la reestructuración de todo el sistema educativo, empezando por armar grupos más reducidos por aula.----------

------ Señala que el marco normativo impone al estado nacional, provincial y municipal, garantizar la educación y el conocimiento, a los que califica como un bien público y social. Siguiendo la legislación invocada, se deben asegurar las condiciones de igualdad respetando las diferencias entre las personas sin ningún tipo de discriminación. En cuanto a las personas discapacitadas la propuesta pedagógica debe permitirles el máximo desarrollo de sus posibilidades, donde entiende que cada provincia fija sus políticas educativas respetando ciertos parámetros. Así, la asistencia a la escuela común de las personas con discapacidad, para hacer desaparecer las barreras, que puedan sociabilizar, pero con asistencia a las escuelas especiales para adquirir aprendizajes significativos acordes a sus posibilidades cognitivas reales.----------

///

------ Por último considera que el fallo viola el sistema de división de poderes en la medida que avasalla el ámbito de potestades de otros poderes del Estado, y contraría, asimismo, lo normado por el art. 112 de la C.P. y art 1° de la Ley VIII, N° 49. Cita jurisprudencia que considera aplicable.----------

------ Sostiene que la designación de maestras integradoras posee contenido económico, además de constituir una invasión del Poder Judicial en el ámbito de competencia del Ministerio de Educación, encargado de diagramar la política educativa. Si bien el fallo sólo se aplicará a dos menores, su dictado atraerá, indudablemente a otros menores que se pudieren encontrar en similar situación.----------

------ 2.- A fs. 646/651 la actora contesta los agravios de la demandada, donde, principalmente, sostiene los fundamentos dados por los Sres. Camaristas en la sentencia opugnada, a la que califica de vanguardista en la resolución de los derechos sociales, dentro del territorio nacional.----------

------ A continuación, califica de insuficiente la crítica contenida en los agravios de la recurrente, y por ende, incapaz de modificar el fallo de la Alzada. Solicita se declare desierto el Recurso de Apelación articulado. Sin perjuicio de ello, contesta cada agravio en particular.----------

------ Así, con relación a la queja que cuestionó la declaración de incontestación de demanda, entiende que debe descartarse de plano por tratarse de una cuestión ventilada y resuelta en la instancia de origen, de modo que operó a su respecto, el instituto de la cosa juzgada.----------

///

------ Al agravio referido a la valoración probatoria lo define como inconsistente con la crítica exigida para revertir el decisorio, y solicita se declare su deserción. Lo mismo respecto del agravio referido a la actuación pericial producida en la instancia anterior, sobre todo cuando la accionada no cuestionó la designación de la perito ni la producción del nuevo informe.----------

------ En cuanto a la violación de la división de poderes, considera retrógrada la posición de la accionada respecto de la vigencia, efectividad y operatividad de los derechos sociales, lo que denota un total desconocimiento de la doctrina vigente desde hace más de diez años, aunque reconoce que es el tipo de argumento que viene sosteniendo, reiteradamente, el estado provincial demandado ante este tipo de reclamos. Agrega que tampoco se demostró el perjuicio que le podría causar el cumplimiento de la sentencia de Cámara. Solicita en definitiva, el rechazo de los agravios en todas sus partes.----------

------ 3.- A fs. 653/655 obra dictamen del Sr. Procurador General, quien considera que algunos de los fundamentos de los agravios formulados por la Provincia demandada, resultan atendibles en la medida que de los informes obrantes en autos, se colige que no ha habido desatención de los menores con discapacidad.----------

------ Advierte que existe una organizada política inclusiva de la accionada y una propuesta educacional específica para atender los derechos y necesidades de los educandos con capacidades diferentes.----------

------ Considera que el informe individual de la psicopedagoga designada en autos, no puede prevalecer sobre el examen de un equipo interdisciplinario que se encuentra abocado al tratamiento de estos casos, teniendo en cuenta el interés superior de los menores con discapacidad. Entiende que la

///

interacción de un equipo de profesionales da valor agregado a los informes de autos donde se contempla el derecho a la educación e integración de ambos menores.----------

------ Coincide con lo expresado por la accionada en cuanto a que las políticas educativas deben ser fijadas por el Estado, y el Poder Judicial deberá tutelar los derechos, cuando, en el caso concreto no se atendieran los de carácter fundamental.----------

------ Finaliza su dictamen al considerar que en el caso sub examine no se advierte desatención de los menores sino una distinta modalidad de atender sus necesidades educativas e integrativas, de manera que se inclina por hacer lugar al recurso articulado por la demandada y revocar en todas sus partes el fallo apelado.----------

------ 4.- A fs. 657/658 vta. contesta vista el Sr. Defensor General quien cuestiona que no se haya dado el trámite del amparo al presente juicio y solicita se libre oficio al Ministerio de Educación a los efectos de informar respecto de la situación pedagógica actual de ambos niños y de su progreso en las escuelas a las cuales concurren. Sin perjuicio de ello, considera que la situación de los menores, a partir del cumplimiento de la medida cautelar, no ha generado disconformidad de ninguna de las partes, y por ende se pregunta si los jueces deben “descomponer lo que se ha compuesto”. Agrega que no le parece serio el argumento que señala la demandada al manifestar que la asignación de los docentes integradores, habrá de significar un gasto o erogación que desbaratará el presupuesto provincial.----------

------ **IV.- ANÁLISIS**: ----------

------ I.- En forma liminar, habré de analizar si el presente Recurso Ordinario de Apelación es pasible de ser tratado en esta instancia. Para ello, es

///

necesario constatar que se encuentren reunidos los requisitos impuestos por el ordenamiento jurídico para tal fin, teniendo en cuenta que pesa mayor estrictez en su análisis, toda vez que la naturaleza y finalidad específicas del Recurso Ordinario de Apelación, tiene por objeto proteger los intereses del fisco y conceder mayor seguridad de acierto a las sentencias que deciden cuestiones que comprometan el patrimonio de la Nación o la Provincia (Conf.: TAWIL, Guido Santiago, "Recurso Ordinario de Apelación ante la Corte Suprema de Justicia", Ed. Depalma, 1.990, pág. 53). ----------

------ De la lectura de los agravios, se advierte, *prima facie*, que se encuentran reunidos los recaudos pertinentes para su tratamiento por este Cuerpo, establecidos por el art. 32, inc. 6° de la Ley V, N° 3. Si bien, como ya expresara, la exigencia de su análisis es más estricta que la requerida para los recursos extraordinarios, no puedo dejar de considerar que la vía intentada: "debe aportar elementos que refuten lo resuelto por la instancia anterior, pero esta exigencia debe sin embargo, ser observada con especial prudencia, pues una visión errada de su verdadero significado podría derivar en una colisión con el principio de congruencia y, consecuentemente, en una restricción injustificada del derecho de defensa de las partes" (Guido Santiago TAWIL, obra citada, pág. 156).----------

------ II.- Establecida la admisibilidad del recurso, observo que el primer agravio de la accionada consiste en atacar la errónea aplicación del derecho al tener por incontestada la demanda. Califica de quebrantado el derecho de defensa de la provincia demandada, ante una incorrecta interpretación del art. 341 del código de rito (actual art. 344 de dicho cuerpo legal), por medio de la cual se la declaró rebelde en primer lugar, para tenerla por presentada después pero ordenado el desglose de su contestación.---

------ Este agravio, fue motivo de sendos recursos de reposición y de apelación en subsidio en la instancia de origen (fs. 285/286). La juez de

grado rechazó el primero y concedió el segundo en relación y con efecto suspensivo (fs. 299/300). La Cámara, declaró mal concedido este último en función de no encontrarse la providencia cuestionada, dentro de los supuestos legales que lo hacían procedente, teniendo en cuenta el marco recursivo restrictivo del amparo (fs. 309 y vta.) y porque el ataque se refiere a la falta de comparecencia y no a la incontestación de la demanda. Esta resolución motivó la articulación de un nuevo recurso, esta vez el de Queja por ante este Cuerpo, el cual fue rechazado por extemporáneo por prematuro, conforme registro de Sentencias Interlocutorias de esta Sala del Superior Tribunal, que tengo a la vista, y que obra bajo el N° 08/S.R.O.E./09. Ello quiere decir, que a partir de ese momento, el agravio en cuestión, perdió virtualidad y precluyó la oportunidad procesal para insistir en su planteo.----------

------ Se agota pues, la discusión respecto de la incontestación de demanda, ya que no corresponde tratar la queja en la medida que no se puede retrotraer el análisis a cuestiones ya resueltas y concluidas. Todo procedimiento judicial se conforma con el cumplimiento de distintas etapas (ordenadas y cronológicas), que conducen a un resultado final, la sentencia, sin que puedan generarse retrocesos, so pena de ocasionar extremas e injustificadas dilaciones. La ley quiere que el proceso judicial sea un mecanismo dinámico, a la par que seguro, mediante el cual pueda alcanzarse la vigencia del derecho y la certeza de su goce (Conf.: BORTHWICK, Adolfo E. C., "Principios Procesales", MAVE Mario A. VIERA, Editor, 2.003, pag. 114).----------

----- Sobre el particular este Superior Tribunal de Justicia ha sostenido que: "Así como el principio dispositivo deja en manos de las partes la fijación y el alcance del contenido de la pretensión y oposición en todos sus elementos (sujeto-objeto-causa), el principio de preclusión indica que desde que el proceso se desarrolla en forma sucesiva (progresividad) con la clausura definitiva de cada uno de los estadios que agotan su desarrollo, la

///

determinación de aquellos elementos debe concretarse a las piezas liminares del proceso. A su vez, el principio de consumación impedirá reeditar el ejercicio de tales facultades procesales, salvo en hipótesis excepcionales. El acatamiento de estos principios asegurará la vigencia de aquellos otros que consagran la bilateralidad del contradictorio, la igualdad de las partes y el equilibrio procesal. Habida cuenta de ellos, la expresión de agravios se constituye en una alegación crítica -de hechos o derecho- que valora la atendibilidad de la pretensión o de la oposición, impugnando las conclusiones del fallo. Aquellos aspectos de la sentencia de Primera Instancia que no fueron materia de expresión de agravios ante la Segunda, fueron consentidos por las partes, y, aunque fuere parcialmente, la materia consentida ha pasado en autoridad de cosa juzgada, amén de haber precluido por consumación, la facultad procesal impugnatoria" (Conf. S.D. N° 20/S.R.E./99). Similar criterio se ha seguido en S.I. N° 73/S.R.E./97; 51 y 134/S.R.E./06, S.D. N° 26/90; 14/S.R.E./00; 8 y 19/S.R.E./01, 11/S.R.E./02 y 80/S.R.E/09, entre otras.----------

------ En este mismo sentido, señalé que: "el principio de progresividad reconoce su fundamento en motivos de seguridad jurídica al impedir que el juicio se retrotraiga a etapas ya superadas, porque debe considerarse axiomático que los actos procesales precluyan cuando han sido cumplidos observando las formas que la ley establece" (Conf. S.D. N° 17/S.R.E./2.001). ----------

------ La presente Apelación Ordinaria en ningún modo puede interpretarse como una nueva posibilidad de efectuar peticiones cuyo tratamiento ya se encuentra agotado por la propia actividad procesal de la parte. Es por este motivo que propongo al acuerdo desestimar el presente agravio. **ASÍ LO VOTO**. ----------

------ III.- El segundo agravio se refiere a la valoración probatoria, la cual ha sido selectiva -en los términos de la recurrente-, toda vez que el fallo se

///

sustenta de manera exclusiva, en el dictamen de la perito psicopedagoga designada en Segunda Instancia, con total prescindencia de los restantes informes obrantes en autos. Considera gravoso que la Alzada pueda afirmar que no cuenta con otros elementos probatorios distintos del último informe pericial que al ser individual, tiene una mirada restringida de un campo enorme, y además, contrario al desarrollado por el equipo interdisciplinario en el mes de agosto de 2.009. El desarrollo del presente, abarcará también los puntos B.-) y C.-) del recurso articulado, por cuanto representan aspectos relativos a la valoración probatoria.----------

------ Y adelanto mi opinión en el sentido que advierto de inmediato, el yerro del fallo de la Cámara que refiere la accionada. Obran en autos más elementos de convicción que el último informe pericial, a contrario sensu de lo que refiere el primer votante. En efecto, a fs. 349/369 y 370/500, obran los dictámenes emitidos por el Equipo Interdisciplinario de Educación. También, se agregaron certificados a fs. 332/339, expedidos por pediatras, psicopedagoga clínica, fonoaudióloga y musicoterapeuta. Es decir, al momento del dictado de la sentencia de la Cámara, había otros elementos de prueba incorporados a la litis que, evidentemente, no fueron merituados en forma adecuada.----------

------ Considero que en autos ambas pruebas, la pericial y la emanada del equipo técnico son relevantes para decidir el tema en discusión. Así, es dable señalar que la necesidad de contar con el informe de peritos en determinadas materias, tiene que ver con la imposibilidad de los jueces de conocer, además del derecho, cuestiones de naturaleza científica, técnica, artística respecto de las cuales no pesa la exigencia de ser un experto. En estos supuestos es necesario contar con la opinión de quienes poseen conocimientos específicos de la materia en cuestión, que se relacionan con el grado de su capacitación especial, dependiendo, en cada caso, de la complejidad técnica de las diversas circunstancias que se relacionan con la

///

materia bajo análisis o que se hubieran suscitado. La validez de su opinión habrá de apoyarse, desde ya, en la idoneidad del experto a los efectos de asegurar un cierto grado de acercamiento a la verdad, al momento de resolver en definitiva, toda vez que suministran a la causa, fundamentos con basamento científico, que permite formar convicción respecto de acontecimientos o circunstancias que, como ya expresara, exceden el marco cognoscitivo del juez.----------

------ Así, conforme prestigiosas notas doctrinarias, “la prueba pericial constituye un medio por el cual personas ajenas a las partes, que poseen conocimientos especiales en alguna ciencia, arte o profesión y que han sido previamente designadas en un proceso determinado, perciben, verifican hechos y los ponen en conocimiento del juez, y dan su opinión fundada sobre la interpretación y apreciación de los mismos, a fin de formar la convicción del magistrado, siempre que para ello se requieran esos conocimientos.” (Roland ARAZI, “La prueba en el proceso civil”, Ed. La Roca, Año 1.998, pág. 379).----------

------ Por su parte, la interdisciplina es una práctica novedosa y compleja, pero no por ello menos eficaz, cuya implementación -si bien acompañaron al derecho de familia, dadas las especiales características que rodean la problemática de dicha materia-, ha constituido una herramienta de suma utilidad dada la diversidad de profesionales que lo integran y la capacidad de enfocar una misma realidad desde las distintas aristas que conforman los conflictos como el que no ocupa, para reunir la mayor cantidad de datos y elementos de convicción, indispensables al momento de definir la controversia judicial.----------

------ Así, los equipos técnicos interdisciplinarios asisten y colaboran con los jueces en las tareas que estos les encomienden a los fines de lograr, para el caso de los tribunales de familia, cuerpos letrados efectivamente especializados. Tienen contenido jurídico y dada la complejidad de los

///

problemas de familia, el derecho no resulta suficiente, por si solo, para resolverlos.----------

------ Estos equipos amplían la inmediación judicial pues posibilitan la profundización jurídica del sentido nuclear de la persona mediante la indagación profunda de su realidad y de sus interacciones exigiendo del juez soluciones que se adapten a las circunstancias de cada caso, a la realidad de la cuestión a resolver. En la práctica interdisciplinaria se parte de la elaboración jurídica del problema -colocado como centro del sistema de intercambios interdisciplinarios- y se lo somete a diversas re elaboraciones metajurídicas, que por aproximaciones sucesivas -como en un diálogo- producen reorganizaciones parciales de los enfoques que participan en el abordaje. En este esquema no debe considerarse al derecho como mero receptáculo de las proyecciones extrajurídicas, pues el sistema disciplinario opera como si fuera el modelo del sistema solar, en que la disciplina ubicada en el centro del sistema ejerce un rol relevante. A ello se agrega un componente ético, donde sus protagonistas se enrolan en un diálogo cooperativo, argumentado de convicciones y compromete la búsqueda colectiva de la verdad, presuponiendo la diversidad (María Silvia VILLAVERDE, “Los equipos técnicos en el proceso de familia de la Provincia de Buenos Aires”, Revista de Derecho Procesal, Derecho Procesal de Familia I, 2.002-1, Ed. RUBINZAL-CULZONI, pág. 271 y ss.).----------

------ Y ello en pos de lograr la materialización de la justicia. “La doctrina procesal universal afirma que el magistrado, cualquiera sea la materia que tenga entre sus manos, debe intentar llegar a la verdad real y no a la meramente formal” (Conf.: Aída KEMELMAJER de CARLUCCI, J.A., 1.993-IV, pág. 685).----------

------ La aplicación de las normas que regulan todo lo relacionado en materia de discapacidad, más allá de haber sido acabadamente enunciadas en

autos, no pueden aplicarse de modo literal sin tener en cuenta el caso concreto y circunstanciado de cada uno de los menores por los que se reclama. Y es por ello que sin dejar de lado los principios jurídicos que regulan la materia, resulta claro que sólo a través de la opinión de los expertos que han interactuado directamente con M. y E., es que habrá de apoyarse cualquier decisorio que pretenda establecer cuál de los métodos propuestos en autos, resulte el mas adecuado a las especiales circunstancias de cada uno de ellos.----------

------ Tengo en cuenta, muy especialmente, que existen varios elementos de convicción agregados a la litis que, de alguna manera, no coinciden exactamente con otros de similar importancia también oportunamente producidos, circunstancia que no deja de generar, un inevitable estado de incertidumbre que impide al juzgador, otorgarle a cualesquiera de ellos, plena eficacia probatoria. No soslayo que ninguna prueba pericial obliga o vincula de manera excluyente el criterio del juez, quien debe ponderar todos los elementos disponibles para formar plena convicción. Y esa es la tarea que emprenderé.----------

------ Si en el proceso existen diferentes medios probatorios que desvirtúan las conclusiones del dictamen o dejan en situación de incertidumbre sobre el mérito que le merezca, luego de una crítica razonada y de conjunto, aquel, obviamente, puede tener plena eficacia probatoria. La opinión del experto no puede sustituir la función del magistrado, que es el único juzgador de los hechos litigiosos, de la conducta de las partes y de la norma jurídica aplicable al caso (Roland ARAZI, op. citada, pág. 404). Es por ello que el dictamen del perito, cualquiera fuera su oficio no obliga al juez a decidir en el mismo sentido, sino en la medida en que los mismos se vean corroborados por los demás medios probatorios obrantes en autos.----------

///

------ Ha sostenido nuestro cimero Tribunal de Justicia que: “Los dictámenes periciales están sujetos -como todo otro elemento probatorio- a la valoración por parte de los jueces con arreglo a las pautas del art. 477 del CPCC, y no son obligatorios para los mismos cuando las circunstancias objetivas de la causa aconsejan no aceptar totalmente sus conclusiones” (C.S.J.N., Rep. ED, 27-522, sum. 6, 7 y 8).----------

------ Y esto es lo que se observa de las pruebas agregadas en la litis. Obra, por una parte, el informe del equipo interdisciplinario de Educación Especial y el pericial efectuado por la psicopedagoga designada por la Cámara de Apelaciones, como así también, informes individduales de la pediatra y demás profesionales que atendieron en forma privada a Emanuel. No escapará en este análisis, la circunstancia de contar con elementos de prueba -tanto el informe del equipo técnico como el de la perito designada en autos-, que han emanado de personal dependiente del mismo Ministerio de Educación. Pero ello no empece el valor técnico científico que ambos aportan en la resolución de la presente controversia.----------

------ En el caso de M. el informe de la psicopedagoga refiere, en grandes lineamientos, que el niño se expresa a través de gestos señalando o indicando lo que quiere, atiende lo que se le indica; acepta las propuestas que se le formulan y reacciona bien a los cambios de actividad. Su nivel de pensamiento intuitivo responde a la edad de 4-6 años, en promedio, conforme las evaluaciones formuladas. En las actividades académicas participa activamente con dificultad en lo verbal, pero usa la computadora, es zurdo al escribir, y sigue las consignas dadas, sin dificultad para completar gráficos sencillos, dibujar círculos, pétalos; etc.----------

------ Concluye que la institución a la cual concurre el menor, desarrolla prácticas inclusivas y crea culturas de igual naturaleza lo que ha llevado a la plena inclusión del niño a la escuela promoviendo el conocimiento y respeto

///

de valores y normas para la formación de actitudes en relación con la confianza en si mismo, en los otros, la autonomía, la solidaridad, la cooperación, amistad, trabajo compartido, entre otras. Resalta las cualidades del docente integrador en su rol de asesor del maestro de sala, atendiendo a las necesidades educativas del menor, respetando sus tiempos y requerimientos. Pero sugiere que paulatinamente se reduzcan sus intervenciones para lograr mayor independencia de M., aunque continuando con el asesoramiento del maestro de sala. Califica a la inclusión como un nuevo método de responder a las diferencias, para remover barreras tanto en la educación como en la participación, poniendo énfasis en los grupos de estudiantes con mayores riesgos de ser marginados, excluidos o de tener rendimientos menores.----------

------ El Equipo Interdisciplinario de Educación, si bien produjo su informe en agosto de 2.009, resaltó que el menor cursaba la sala de 5 años, donde se observó su integración en el aula con superación de su retraso lingüístico y que la permanencia de maestra integradora dentro del aula, obstaculizaría el desarrollo de pautas de autonomía necesarias para la incorporación del aprendizaje. Se estableció que el ambiente familiar era favorecedor de la autonomía y logros obtenidos, con el aporte de los tratamientos particulares acordes a su patología para el cambio de ciclo (fs. 350/351).----------

------ En el caso de E., el informe de la perito señala que respondió a la entrevista con un lenguaje sencillo oral y con frases cortas, comentó hechos cotidianos con dificultad en los relatos mas extensos. En las pruebas de conocimiento, se estableció su edad promedio entre 6-7 años. Definió la escritura como alfabética inestable, con necesidad de soporte fonológico. Logra realizar copia a partir de un modelo. Reconoce los números hasta el 30 y escribe hasta el 100. No reconoce los billetes. En sus actitudes es activo y logró integrarse con sus compañeros pero se frustra cuando algo lo enoja y suspende el diálogo. Concluye que el maestro integrador permanente seria necesario junto con un plan de integración para acordar estrategias de

intervención acordes a las posibilidades reales de aprendizaje; optimizar los tiempos de atención; incorporar los contenidos de las áreas de ciencias y los importantes para la vida social.----------

------ Por su parte, el informe emanado del Equipo Interdisciplinario de Educación, indica (también llevado a cabo en agosto de 2.009) que tiene dificultades para dominar la lecto lectura y el cálculo en la medida de estar comprometidos los dispositivos de aprendizaje como la memoria de trabajo, la atención y la concentración. Presenta dificultad en seguir la rutina de la clase, especialmente en los contenidos de lengua y matemática. No logra grandes períodos de permanencia en las distintas actividades, se para y camina por el aula generando distracción y utiliza un tono de voz elevado que altera la dinámica del aula. No logra respetar los límites en relación con sus compañeros. No cuenta con los recursos cognitivos necesarios para afrontar la tarea, la que tiende a evitar. Estas dificultades, en resumen, motivaron la sugerencia del equipo de retomar la concurrencia a la escuela especial iniciada el año anterior para ampliar la jornada escolar en la escuela especial N° *** para la adquisición de aprendizajes significativos y acordes a sus posibilidades. Se propuso a su madre el horario a contraturno a la escuela especial pero ella sólo aceptó que fuera un día a la semana.--

------ Del análisis de la totalidad de informes sumados a la litis, emanados de distintos profesionales y médicos tratantes, y atento el reclamo efectuado a través de la acción de amparo, encuentro elementos de convicción que me permiten tener por cierto que ambos menores reciben una atención idónea y acorde a sus necesidades reales y actuales. El informe producido por el Equipo Técnico Interdisciplinario, demostró un trabajo conjunto, donde los profesionales que intervinieron interactuaron en el aula con los niños, sus compañeros, maestras de sala y directivos de los establecimientos escolares respectivos (fs. 422/424). Ello otorga basamento científico altamente confiable, tanto en su desarrollo como en sus conclusiones. Creo asimismo,

///

que las funciones y misiones del maestro integrador, como el propio término lo indica, busca zanjar las diferencias que permitan una adecuada y paulatina incorporación de los menores con discapacidad, dentro del ámbito escolar, trátese de educación normal o especial. La superación se logra cuando el alumno puede obtener su autonomía. Ello no se obtendrá con una conducta de acompañamiento permanente, pues precisamente, genera una dependencia que es la que se anhela reducir. La asistencia diaria permanente se contrapone con esta premisa.----------

------ Tengo en cuenta para ello, la información obtenida del sitio http://www.adeei.org.ar/area_integracion_escolar.php. Allí se indica que la función del maestro integrador es la de brindar los medios necesarios para que un alumno con dificultades puedan acceder, lo mejor posible, a toda la información y actividades que está en condiciones de ofrecerle la Institución a la que concurre, además de ser el nexo entre los docentes del curso, el alumno y sus compañeros. Para ello, según los temas dados en el curso, brindará todas las técnicas y el apoyo necesario para la comprensión de los mismos, combinando las explicaciones con la adaptación del material didáctico.----------

------ Por su parte las normas de discapacidad vigentes, tanto a nivel nacional como provincial, imponen la implementación de políticas educativas que respeten sus principios y considerandos, donde se tomen medidas y dicten resoluciones acordes con dichos principios. Es por ello, que la resolución cuestionada en autos en punto a la limitación del tiempo en el cual ambos menores podrán contar con la maestra integradora, no contraviene en modo alguno, dichos principios. Adviértase que el art. 23, inc. 1 de la Convención de los derechos del niño, establece la obligación para los estados parte de reconocer en el niño mental o físicamente impedido, a disfrutar de una vida plena y decente en condiciones que aseguren su dignidad, le permitan bastarse a si mismo y faciliten su participación activa en la comunidad. La

///

Ley N° I N° 296 establece un sistema provincial de protección integral a las personas con discapacidad, tendiente a promover su integración social y desarrollo personal, y equiparación de accesibilidad y oportunidades, asignando a la Secretaría de Salud, la competencia para certificar la existencia de la discapacidad, naturaleza y su causa (art 3° de la referida normativa). En su art. 4° el Estado provincial se obliga, entre otras cosas, a proporcionar la escolarización en las condiciones que sean necesarias de acuerdo al grado de discapacidad. El Ministerio de Educación tendrá a su cargo, orientar las derivaciones y controlar que los alumnos con discapacidad realicen los tratamientos, en todas las categorías educacionales especiales, oficiales y privadas, en cuanto dichas acciones se vinculen con la escolarización, tendiendo a la integración al sistema educativo sea especial o común.----------

------ De los informes de autos se desprende que la conducta desplegada por el Ministerio de Educación en modo alguno ha soslayado esta premisa ni ha desatendido o marginado a los menores.----------

------ Ambos informes (pericial y el del equipo interdisciplinario), coinciden en el caso de M. en punto a la conveniencia de no contar con una maestra integradora a tiempo completo los cinco días de la semana, pues la autonomía del menor solo se logrará con una intervención reducida. Y para el caso de E., si bien sus necesidades son diferentes, debe incorporar conocimientos, los que podrá adquirir concurriendo a la escuela especial y no por medio de la maestra integradora pues esa no es la función institucional para la cual las mismas han sido convocadas, conforme lo expresado por la Sra. Ministro de Educación a fs. 126. Y este criterio es el seguido para supuestos como el que nos ocupa. Cuando la persona con discapacidad presenta signos de evolución favorable, deberá orientarse a un servicio que contemple su superación.----------

///

------ No encuentro, entonces, que haya habido omisión del estado en la atención de los menores. Por el contrario, ha existido un seguimiento adecuado a los requerimientos exigibles al estado provincial.----------

------ Por los fundamentos expuestos, propongo al Acuerdo revocar la sentencia de la anterior instancia en cuanto ha sido materia del presente agravio. **ASÍ LO VOTO**.----------

------ Por, último habré de referirme a la queja donde la recurrente manifiesta que el fallo en crisis, resulta violatorio del sistema republicano de gobierno. Señala que el Poder Judicial ha avasallado el ámbito de potestades propias de otros poderes del estado, al disponer el nombramiento de las docentes integradoras con carácter permanente, lo cual implica no solo un incremento del presupuesto en lo económico sino también al invadir la política educativa propia del estado provincial.----------

------ Como expresara en la S.D. N° 18/S.R.E./06, el nuevo perfil de juez que se está construyendo en modo alguno puede habilitar o permitir un deslizamiento tal que lo conduzca a ingresar o inmiscuirse en la esfera propia del órgano ejecutivo o legislativo; poniendo en juego la división de poderes. Lo importante es bregar por una relación ecuánime y de colaboración entre los distintos Órganos que integran el Poder del Estado Provincial, y en lo que a este Órgano concierne, y por supuesto al resto de los Tribunales que lo conforman, es perfectamente conducente el ejercicio de una intervención activa equilibrada para morigerar la inacción o cumplimiento deficiente del Órgano Administrador ante la vulneración de derechos fundamentales. Es sin más, una misión que sólo debe cumplir el Ministerio Jurisdiccional, por mandato constitucional. Somos los Magistrados los que estamos llamados, cada día, a administrar justicia en el seno de esta Provincia, encontrándose los límites de este ejercicio en la normativa constitucional vigente (Conf.: arts. 31 de la Const. Nacional y 21, segundo párrafo, primera parte, y 22 de la

///

Const. Provincial). En sentido similar en Acuerdo Plenario N° 3571/06 se sostuvo: " ... el Poder Judicial cumple estrictamente con los deberes esenciales e insolayables que le impone la Constitución, y que de ningún modo supone avanzar u obstaculizar las políticas que en la materia el Poder Ejecutivo tenga previstas....".----------

------ Dentro del contexto de autos, se encuentra involucrado el derecho a la educación de dos menores discapacitados y se pretende exigir al Estado Provincial, que a través del organismo correspondiente, provea maestras integradores con carácter permanente, los 5 días de la semana. La oportunidad, mérito o conveniencia de la prestación que se exige al estado provincial, de ninguna manera pueden estar vedados a este poder controlar. -------

------ Sin embargo, y como dijera en la S.D. N° 18/S.R.E./06 antes individualizada, más allá de la normativa de orden constitucional interna o internacional que pudiere resultar de aplicación, advierto que el estado provincial ha legislado para trazar su política educativa y se ha comprometido a seguirla. De allí que, exigirle una prestación en los términos en los cuales se la formula, no puede acarrear la tacha de ilegalidad de la decisión ministerial que se ataca. Y si este poder dispusiera lo contrario, podría configurar una interferencia en la actividad política que si está vedado a nuestra intervención jurisdiccional.----------

------ En función de lo expuesto, "lo atinente a la elección de criterios normativos generales y a la apreciación de las circunstancias que motivan, para la regulación de los intereses sociales, excede del nivel de revisibilidad judicial, en tanto no se desborden los márgenes constitucionales; y, también, queda fuera del control lo inherente a la selección de modos, técnicas y oportunidades para la realización concreta de función administrativa y para apreciar las circunstancias de ciertas medidas. Esto último, bajo la condición de tratarse de cuestiones o alternativas no delimitadas por las leyes, pues en

///

caso de apartamiento de éstas los actos viciados de ilegitimidad serían revisables judicialmente". (GUASTAVINO, Elías P., Tratado de la jurisdicción administrativa y su revisión judicial, t. 1, p. 97 citado por Germán J. BIDART CAMPOS - Néstor P. SAGÜÉS, en "El Amparo Constitucional", Perspectivas y modalidades (art. 43 de la Constitución Nacional), págs. 164/165, Ed. DEPALMA, Año 1.999).----------

------ Por los fundamentos que anteceden, propongo el rechazo de este agravio en todas sus partes. **ASÍ LO VOTO**.----------

------ A la misma cuestión el Dr. Pasutti dijo: ----------

------ 1.- Vienen las presentes actuaciones a esta Sala del Superior Tribunal de Justicia por vía del Recurso Ordinario de Apelación deducido por la demandada contra la sentencia de la Cámara de Apelaciones de la ciudad de Trelew, Sala “A”; que admitió la acción de amparo incoada y le ordenó que preste la asistencia docente integradora especial, en forma permanente, respecto de los menores V. R. y L., en las escuelas N° *** y N° *** de Trelew, a las que respectivamente asisten. Asimismo, impuso las costas en ambas instancias a la parte vencida. ----------

------ La acción de amparo es promovida por la madre del menor E. L. y ambos padres del menor M. V. R., de 14 y 7 años de edad respectivamente -a la fecha de la presente-, quienes relatan que los niños padecen de síndrome de down, y requieren que el Estado Provincial les proporcione, a cada uno, una maestra integradora a tiempo completo y en forma exclusiva en tareas de apoyo y adecuación del proceso pedagógico permanente en las escuelas a las que ellos concurren. ----------

------ El decisorio de la primera instancia rechazó la demanda, por entender que no existió arbitrariedad o ilegitimidad manifiesta en la decisión de la

accionada de no otorgar la asistencia en la forma reclamada. ----------

------ Recurrida la sentencia, la Cámara de Apelaciones -previo requerir como medida para mejor proveer la designación de una perito auxiliar en Psicopedagogía-, revocó la decisión y dictó la que en esta instancia es apelada. ----------

------ 2.- La primer queja que trae ante este Tribunal la apelante -relacionada con la incontestación de la demanda-, es manifiestamente improcedente, y por lo tanto no puede ser atendida en esta instancia. Ello es así en tanto que bajo este acápite pretende la demandada reproducir una cuestión que ya ha sido resuelta en estos autos, en oportunidad de declarar la Sra. Juez de Primera Instancia que la demanda fue incontestada por la ahora recurrente (conforme fs. 284).----------

------ Lo que la quejosa debió atacar en esta instancia no es otra cosa que aquello que refiere como agraviante, y que transcribe en su expresión de agravios como afirmaciones del voto del Dr. Velazquez. Es decir, si en su introducción la accionada nos adelanta que cuestiona lo afirmado por el citado Magistrado en cuanto a que “la totalidad de los hechos articulados en el escrito liminar como “causa petendi” de la pretensión, ... han quedado acertados en el proceso por efecto de la incontestación de la demanda (fs. 284 in fine) a tenor de lo dispuesto por el art. 8 2da. parte de la Ley 4.572, pues no se aportó al pleito prueba alguna”, son estos argumentos del decisorio los que debieron ser razonada y adecuadamente cuestionados por la agraviada.----------

------ Lejos de dirigir su reproche a tales fundamentos, en forma solapada pretende la recurrente reiterar un debate que ha quedado cerrado en el proceso, referido exclusivamente a la falta de contestación de la acción de

amparo, y cuya preclusión advirtiera el Tribunal ad quem a fs. 309, párrafo 7, de la S.I. N° 144/09.----------

------ En este orden, es dable señalar que el instituto de la preclusión tiende a impedir que en el proceso se renueve el tratamiento de una cuestión litigiosa cuando se han superado las etapas procesales pertinentes, a fin de dar seguridad jurídica a las decisiones. Ha dicho la SCBA, que la preclusión procesal es un instituto que garantiza uno de los principios que debe privar en toda causa judicial, esto es, la seguridad, y consiste en la pérdida de una facultad procesal por haberse llegado a los límites fijados por la ley para su ejercicio (conf. Ac. 73.412, sent. del 22XI2000, Ac. 74.333, sent. del 5-III-2003; entre otros). La firmeza de los actos procesales es, en efecto, una necesidad jurídica que justifica su validez, no obstante los vicios que pudieran presentar. En otros términos: la preclusión opera como un impedimento o una imposibilidad de reeditar las cuestiones que ya han sido objeto de tratamiento y resolución anterior (conf. Ac. 36.478, sent. del 3-XI-l987; Ac. 47.212, sent. del 31-III-1992; Ac. 52.730, sent. del 14-IX-1993; Ac. 49.801, sent. del 12-IV-1994; Ac. 54.774, sent. del 21-XI-1995; Ac. 57.708, sent. del 14-V-1996; Ac. 65.053, sent. del 12-V-1998; Ac. 64.989, sent. del 11-V-1999; Ac. 79.217, sent. del 19-II-2002; Ac. 74.333, sent. del 5-III-2003 ; Ac. 97.581, sent. del 17-VI-2009; entre otros). ----------

------ De este modo, la cuestión relativa a la notificación de la acción de amparo, el plazo para contestarla y la declarada falta de contestación de la demanda, ha quedado superada en el proceso y es improcedente reiterar su tratamiento en esta instancia, por lo que el presente agravio debe ser rechazado. **ASÍ LO VOTO**. ---------

------ 3.- La siguiente cuestión que trae la accionada se centra en la valoración errónea y parcial de la prueba, en alusión a la experticia producida en autos. Esto me permite adelantar -en forma preliminar- que la cuestión

///

no gira en torno al marco normativo que regula e incide sobre la misma, ya sea las normas contempladas en tratados internacionales, o en el orden constitucional o infra constitucional, nacional o provincial. Conclusión que corroboro a través de la lectura de la expresión de agravios que trato, pues en ella no se cuestiona la aplicación de la normativa atinente a la materia.----------

------ Sentado ello, debo advertir que en orden a la fuerza probatoria del dictamen pericial señalé en SD 09/S.R.E./07 que el art. 477 del C.P.C.C. -ahora 481 del C.P.C.C.-, establece que será estimada por el juez, teniendo en cuenta la competencia del perito, los principios científicos o técnicos en que se funda, la concordancia de su aplicación con las reglas de la sana crítica, las observaciones formuladas por los consultores técnicos o los letrados conforme los arts. 473 y 474 –ahora arts. 477y 478- y los demás elementos de convicción que la causa ofrezca.----------

------ En tal sentido, la jurisprudencia ha resuelto: "Cuando el informe de los expertos aparece fundado en principios técnicos inobjetables y no existe otra prueba que lo desvirtúe, la sana crítica aconseja, frente a la imposibilidad de oponer argumentos científicos de mayor valor, aceptar las conclusiones de aquél" (CNCiv., Sala D, 20-6-90, J.A. 1990-IV-129; Sala E, 22-7-80, Rep. L.L. XLI, J-Z, 2423, sum. 21; Sala F, 8-2-79, L.L. 1979-B-373; Sala C, 30-7-91, J.A. 1992-IV-149, Sum.14; SD 09/SRE/07).----------

------ Más también es conocido que la adecuada ponderación de los elementos probatorios incorporados al proceso constituyen condición “sine qua non” de toda decisión judicial. Si bien de acuerdo al art. 386 del C.P.C. y C. de la Nación en el análisis de la prueba ofrecida y producida los jueces no están obligados a ponderar una por una y exhaustivamente todas las pruebas agregadas a la causa, sino aquellas que estimen conducentes para fundar sus conclusiones, le merezcan mayor fe, o sean decisivas para fallar,

///

en concordancia con los demás elementos que pudiesen obrar en el expediente –pues, en definitiva, se trata de una facultad privativa del magistrado, irrevisable, salvo absurdo o arbitrariedad-; es también pertinente advertir que no podría prescindirse de aquellas que habrían de incidir en una diversa solución final del juicio. (conf. Jorge L. KIELMANOVICH, Valoración de la Prueba, en La Prueba en el Proceso Judicial, Ed. Rubinzal –Culzoni, año 2009, pág. 189/190). El art. citado se corresponde con el art. 390 de nuestro código procesal, por lo que este último también ha de interpretarse en el mismo sentido expuesto.----------

------ En dicho contexto, observo que, como lo afirma la accionada, en estos autos se incorporaron, a fs. 349/507, informes producidos por los Equipos Técnicos dependientes del Ministerio de Educación, que fueron adjuntados por las amparistas juntamente con el Acta N° 1083/2009, O.D.P. Trelew, labrada -esta última- en el marco de la audiencia de conciliación dispuesta a fs. 346 (refoliado). Sendos informes no han merecido por parte de los Sres. Camaristas consideración alguna, al punto de sostener que no obran en la causa elementos probatorios que desmerezcan la opinión técnica producida por el dictamen pericial ordenado como medida para mejor proveer a fs. 544 y vta. (ver fs. 603 y 604 vta., primer párrafo). Si bien podría argumentarse que estos informes han sido elaborados por dependientes del Ministerio de Educación de la Provincia del Chubut, esa circunstancia no me permite descartarlos sin atender a su contenido, pues tomo especialmente en cuenta que los profesionales que lo suscriben conforman un equipo interdisciplinario que atiende específicamente los requerimientos de la educación especial, y que fueron incorporados al proceso por la parte actora, sin efectuar cuestionamiento alguno sobre su contenido (fs. 516).----------

------ Entiendo entonces que la omisión de valorar estos informes ha llevado a la errónea consideración de la inexistencia de otras pruebas, por lo que los Magistrados de la anterior instancia no abordaron su tratamiento en forma

///

integral, y por lo tanto es dable atender el reclamo de la accionada en orden a su debida estimación, la que efectuaré más adelante en este voto. ----------

------ 4.- Sentado ello, no puedo dejar de señalar que, a los fines de transitar el iter lógico que es obligación del sentenciante para motivar adecuadamente sus decisiones (art. 165 y 166 C.P.C.C.), es necesario llevar a cabo el análisis de los hechos y la subsunción de éstos en la norma general para la posterior elaboración de la norma individual, a efectos de procurar que las consecuencias contenidas en ellas sean aplicadas a los destinatarios pasivos de tales pautas generales (conf. KAMINKER, Mario E., Reflexiones sobre la prueba en los procesos penales y civiles, en La Prueba en el Proceso Judicial, Ed. Rubinzal –Culzoni, año 2009, pág. 322). Lo dicho me lleva a traer a colación el plexo regulatorio para luego establecer si la decisión atacada, a la luz de las probanzas rendidas -experticia e informe del equipo técnico- lo ha sido conforme al derecho vigente; dado que la sentencia constituye un todo indivisible demostrativo de una unidad lógica-jurídica en que la parte dispositiva no es sino la conclusión final y necesaria del análisis de los presupuestos fácticos y normativos efectuado en su fundamentación (Fallos 324:1584).----------

------ En este orden, parto por referir al art. 75 inc. 23 de la Constitución Nacional, que establece que corresponde al Congreso legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por la misma y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad.----------

------ En este mismo rango normativo el art. 75 inc. 22, produce la incorporación de tratados internacionales al plexo constitucional, entre ellos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la

///

Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención sobre los Derechos del Niño. También prevé nuestra Carta Magna nacional la aprobación por Ley del Congreso de otros tratados, a los que le acuerda jerarquía superior a las leyes (mismo art. e inc., primer párrafo).----------

------ Así entonces, la Convención sobre los Derechos del Niño, establece, en su art. 23.1. que los Estados Partes reconocen que el niño mental o físicamente impedido deberá disfrutar de una vida plena y decente en condiciones que *aseguren su dignidad, le permitan llegar a bastarse a si mismo y faciliten la participación activa del niño en la comunidad*. El inc. 3 dispone que la asistencia que el Estado preste estará destinada a asegurar que el niño impedido tenga un acceso efectivo a la educación, capacitación…, preparación para el empleo, y las oportunidades de esparcimiento y reciba tales servicios en forma conducente a que *logre la integración individual, incluido su desarrollo cultural y espiritual, en la máxima medida posible*.----------

------ La Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad, (Ley 25.280), aporta una definición sobre el término “discapacidad”, en tanto establece, en el art. I que ésta comprende una deficiencia física, mental o sensorial, ya sea de naturaleza permanente o temporal, que limita la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, que puede ser causada o agravada por el entorno económico y social. Y en el punto 2, inc. b) explica que no constituye discriminación la distinción o preferencia adoptada por un Estado parte a fin de promover la integración social o el desarrollo personal de las personas con discapacidad, siempre que la distinción o preferencia no limite en sí misma el derecho a la igualdad de las personas con discapacidad y que los individuos con discapacidad no se vean obligados a aceptar tal distinción o preferencia.----------

///

------ El mismo plexo normativo nacional incorpora, con rango infra constitucional pero supra legal, la Ley 26.378, que establece la adhesión de la Argentina a la Convención sobre los derechos de la Personas con discapacidad y su protocolo facultativo aprobado mediante Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 13 de diciembre de 2006. Trae asimismo una definición más descriptiva de la discapacidad, al señalar que en ella se incluye a aquellas personas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás. En materia de educación, en el art. 24 inc. 2, prescribe que para hacer efectivos los derechos reconocidos los Estados partes asegurarán que... b) las personas con discapacidad puedan acceder a una educación primaria y secundaria inclusiva, de calidad y gratuita, en igualdad de condiciones con las demás,… c) se hagan ajustes razonables en función de las necesidades individuales...----------

------ En el orden local, la Constitución provincial, en sus arts. 27 y 30 establece la protección integral del niño y de las personas discapacitadas, abarcando ésta la educación. La Ley I Nº 296 establece un sistema provincial de protección integral de las personas con discapacidad (art. 1), que contempla entre los servicios a prestar por parte del estado provincial la escolarización en las condiciones que sean necesarias de acuerdo al grado de discapacidad (art. 4 inc. 3) y estipula que el Ministerio de Educación tiene a su cargo orientar las derivaciones y controlar que los alumnos con discapacidad realicen los tratamientos, en todas las categorías educacionales especiales, oficiales y privadas, en cuanto dichas acciones se vinculen con la escolarización, tendiendo a la integración al sistema educativo sea especial o común (art. 14 inc. 1).----------

///

------ 5.- A la vez, tengo presente que el obrar administrativo se encuentra subordinado al bloque de juridicidad supra mencionado, integrado por la Constitución, los tratados internacionales, las leyes y los reglamentos; siendo también que el ordenamiento jurídico puede otorgar al poder administrador un margen de apreciación a los fines de posibilitarle escoger entre dos o más alternativas igualmente válidas. (conf. BUTELER, Alfonso, Control judicial de la discrecionalidad administrativa, L.L. 2008-E, pág. 1053). Selección ésta que en modo alguno puede ser efectuada en forma arbitraria por la administración, sino que debe atender a su adecuada inserción en el orden jurídico.----------

------ Como señalé en las S.D. 5/S.C.A./02, 01 y 02/S.C.A./08 "…uno de los más importantes resultados de la existencia del Estado de Derecho, fue la formulación del principio de legalidad, aplicado a la actividad de la Administración Pública. Este principio, supone el sometimiento o subordinación de la Administración Pública al bloque jurídico, comprendiendo la condición de que debe actuar siempre de conformidad al ordenamiento positivo, el cual limita o condiciona su poder jurídico. Importa además la exigencia de orientar su accionar, como objetivo general y siempre presente al logro o satisfacción del interés público, ya que el orden normativo aplicable a la Administración y a las relaciones que su actividad origina, está impregnada de esa finalidad superior", agregando que "...la aplicación del principio de legalidad -general e insoslayable- tiene lugar respecto del ejercicio de potestades administrativas, ya que si éstas son expresión de manifestaciones naturales del poder público nunca son absolutas e ilimitadas, sino que deben moverse dentro del ordenamiento establecido, que determina sus límites y contenido".----------

------ En los mismos decisorios afirmé también que "... como consecuencia del principio de legalidad la actuación no debe apartarse de los principios y preceptos que resultan del ordenamiento normativo existente, y de los

///

principios generales del derecho, fuere la actividad reglada o discrecional", y puntualicé, "si el acto reglado es aquél que se caracteriza por la existencia de normas jurídicas que determinan conjuntamente y de modo inmediato el momento, contenido y la forma propios del mismo, restringiendo a márgenes limitadas el poder de apreciación, el discrecional por el contrario, importa la posibilidad de ejercitar más libremente esa apreciación, condicionado por el fin de la actividad. No existiendo norma previa condicionante, se aquilata libremente la oportunidad, el mérito, la conveniencia de la actividad, el contenido del acto... El poder discrecional no es supralegal, ni ilimitado, sólo puede ser concebido dentro del orden jurídico, condicionado por el cumplimiento de una finalidad válida y reconocible. De allí que ... no pueda ser confundido con poder arbitrario, porque en este último, la preeminencia del orden constitucional y legal es reemplazado por la preeminencia de la voluntad personal del funcionario, desligada de toda finalidad, razonabilidad, buena fe. Estos últimos son el coto, el límite, de la discrecionalidad administrativa".----------

------ Esta es la doctrina que dimana del Alto Tribunal Nacional, cuando en Fallos 315:1361 expresó “mientras en algunos supuestos el ordenamiento jurídico regula la actividad administrativa en todos sus aspectos – reemplazando así el criterio del órgano estatal al predeterminar qué es lo más conveniente para el interés público y reducir su actividad a la constatación del presupuesto fáctico definido por la norma en forma completa y la aplicación de la solución que la ley agotadoramente ha establecido (poderes reglados o de aplicación legal automática)-, en otras ocasiones el legislador autoriza a quien debe aplicar la norma en el caso concreto para que realice una estimación subjetiva que completará el cuadro legal y condicionará el ejercicio para ese supuesto de la potestad atribuida previamente o de su contenido particular al no imponerle, por anticipado, la conducta que debe necesariamente seguir (facultades o potestades de ejercicio discrecional)”.----------

///

------ Discrecionalidad que de por sí no implica ausencia de control jurisdiccional, sino que éste debe revisar si efectivamente tal actividad ha sido correctamente ejercida “dentro” del universo jurídico. Esto no significa revisar su esencia (selección de una alternativa entre otras igualmente válidas) sino sólo su contorno externo e inserción en el sistema ordinamental. El control de los jueces termina al comprobar en el fondo de la cuestión que se ha elegido una solución correcta entre otras de igual condición dentro del mundo jurídico. (SESÍN, Juan Domingo, “Motivación y control de los actos administrativos de los tribunales académicos y técnicos. LLC 2010 (febrero), 1).----------

------ Como señala el autor citado, hay, a su vez, que indagar cuál es la graduación del control que llevará adelante el juez, ya que puede tratarse de un control intenso, o uno menos intenso. En el supuesto del control intenso, el Juez no sólo analiza si la construcción administrativa cuenta con sustento técnico y jurídico aceptable, si el procedimiento seguido es el correcto, si el acto está motivado, es lógico y razonable entre otros aspectos, sino que, esencialmente, va a verificar la exactitud técnica del contenido intrínseco del acto o producto final de la decisión. Esto ocurre generalmente con las ciencias exactas (física, química, matemática, biología, medicina, arquitectura, ingeniería, geología, etc.) en los cuales la opinabilidad es inexistente o reducida. El control es menos intenso cuando las reglas técnicas admiten márgenes de opinabilidad, o el juicio técnico está íntimamente entremezclado con ponderaciones del interés público donde anida la discrecionalidad. En este caso aun cuando debe analizarse detenidamente la regla técnica y sus márgenes de opinabilidad, debe prestarse más atención a la corrección del procedimiento administrativo desarrollado por la Administración, la ausencia de arbitrariedad o desviación de poder, la razonabilidad, la coherencia técnica y científica de la Administración. Sólo se anula lo que se considera ostensiblemente arbitrario, con abuso de la discrecionalidad, inmotivado, juicio técnico inatendible o escasamente verosímil. Ese control se enfatiza en los límites negativos de la

///

juridicidad, la razonabilidad y la deferencia. La opinabilidad intrínseca de ciertas situaciones fácticas no reconducibles a pautas objetivas por medio de la interpretación, no puede ser convertida en certeza por el administrador ni por el Juez. Esta misma opinabilidad pasa a formar parte del orden jurídico, e implica que su realización o concreción cristaliza siempre una “verdad relativa”, razón por la cual quien la ejecute, como quien la controle, debe conformarse sólo con aproximaciones atendibles, razonables y suficientes (autor y publicación citada).-----

------ La discrecionalidad de la Administración en la selección de los medios a través de los cuales dar satisfacción a las obligaciones asumidas por el Estado frente al particular y a otros Estados partes, por integrar el bloque de juridicidad, también puede ser pregonada respecto de los pactos internacionales antes referidos. Así, por ejemplo, en orden al objetivo propuesto por el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 12 pto. 1. referido al disfrute “del más alto nivel posible de salud física y mental”, se ha destacado que el Pacto no obliga a que el Estado se haga cargo de toda cobertura. El nivel de cobertura queda librado a la determinación política y a la discrecionalidad de cada Estado para la formulación y ejecución de sus políticas públicas en la materia. El Pacto fija los objetivos que deben ser alcanzados por los Estados, mientras la discrecionalidad de estos radica, en la selección de los medios con los cuales cumplirá esas metas. (conf. Rodolfo ARIZA CLERICI, El derecho a la salud en la Corte Suprema de Justicia de la Nación, www.juridice.com.ar/doctrina/salud.htm).-----

------ 6.- Lo expuesto viene a mérito por cuanto del amplio marco normativo reseñado supra, puedo establecer que lo que se impone al Estado es propender a dar plena cobertura a las necesidades educativas de los niños discapacitados, de modo tal que se asegure su dignidad, que se le permita bastarse a sí mismo, y se tienda a su integración individual en igualdad de condiciones con los demás. Para ello, se admite que se hagan los ajustes

///

razonables en función de las necesidades individuales.----------

------ De esta forma, deduzco que si lo que se pretende hacer valer en el presente amparo es asegurar el derecho a la educación de los menores, para su instrumentación en la práctica se habilitan pluralidad de medios, estando en cabeza de la administración la determinación de la modalidad mas adecuada a las necesidades de los mismos. Por ello, no es admisible la pretensión que los amparistas traen al proceso, en tanto parten de considerar como única alternativa posible la concurrencia a la escuela común con acompañamiento a tiempo completo de una maestra integradora para cada niño, y ni siquiera han demostrado la existencia de arbitrariedad o irrazonabilidad en la selección por parte de la administración del medio empleado para cumplir con los objetivos propuestos por las normas. ----------

------ Corroboro estas afirmaciones con las conclusiones de la perito a fs. 576 (punto c)), que a contrario de lo determinado en la sentencia recurrida sugiere, para el menor de los niños, contar con el acompañamiento de maestra integradora que vaya paulatinamente disminuyendo sus intervenciones en la sala, generando un espacio de trabajo de manera más independiente, pero continuando con el asesoramiento a la docente de sala. De ello colijo que en el supuesto particular de este menor, la pretensión de la amparista no da satisfacción plena a los requerimiento del niño, y demuestra sobradamente que existen otros medios para el abordaje de la cuestión, que pueden ser válidamente adoptados por la autoridad administrativa. ----------

------ Aún cuando no puedo dejar de reconocer que el marco jurídico citado da preferencia a la escuela común por sobre la especial, es de destacar que en autos no se ha cuestionado que ambos niños concurren a la escuela común, dependiente del Estado provincial, para lo cual éste ha dispuesto, a

///

través del Ministerio de Educación, la asistencia de la maestra integradora en determinados días y horarios a los fines de efectuar la adecuación curricular individual de los respectivos contenidos pedagógicos a las necesidades de cada uno de ellos. Como también dije, el plexo jurídico habilita a efectuar los ajustes razonables en función a las necesidades individuales, así como se refiere a la escolarización en las condiciones que sean necesarias según el grado de discapacidad. Pues bien, encuentro que el Ministerio de Educación procedió en un todo de acuerdo con estas prescripciones normativas cuando propuso a la madre del menor L. que el niño concurra a contraturno a una escuela especial, a fin de afianzar su aprendizaje. La escuela común puede conferir al niño de mayores y mejores posibilidades de interrelación social con un grupo de pares que, como se acreditó en autos, más allá de algunos cuestionamientos puntuales, básicamente lo aceptan e integran; del mismo modo, la escolaridad común le ha permitido trabajar en forma independiente y aprehender los contenidos mínimos correspondiente a la adaptación curricular docente. La escuela especial, de esta forma, tiende a reforzar los conocimientos adquiridos por el menor en la escuela común, permitiéndole “la adquisición de aprendizajes significativos y acordes a sus posibilidades cognitivas reales” (informe equipo interdisciplinario de educación Especial de fs. 422/424).----------

------ En un interesante trabajo Pablo Oscar ROSALES, encara el análisis de la escolaridad común de las personas con discapacidad, y señala que no plantea el modelo de educación especial como negativo, ya que en muchos casos, particularmente en la discapacidad mental o intelectual más profunda es un modelo posible o único, pues cuando la gravedad o profundidad de la discapacidad requiere para su escolarización un apoyo especial, éste puede o debe realizarse en escuelas especiales. (Reflexiones sobre la escolaridad común de las personas con discapacidad y la obligación de cobertura de obras sociales y prepagas, elDial.com –DC112C).---

///

------ Tengo además en cuenta que la decisión administrativa atacada ha puesto amplia atención en afianzar la individualidad de los menores, a fin de ayudarlos a lograr su propia autonomía e independencia (informe equipo interdisciplinario de educación Especial de fs. 350/351; informe del equipo directivo de fs. 420/421); particularizada en este sentido en la concurrencia de los niños a los establecimientos educativos en igualdad de condiciones que los demás menores con los que interactúan, esto es, sin la limitación que podría generar al depender de un docente integrador que los acompañe a tiempo completo.----------

------ Como afirma LLORENS, Luis R., se trata de tomar los recaudos para que esa persona pueda ejercer sus derechos y su libertad en toda la medida de sus posibilidades, mediante la promoción de sus mejores cualidades… El punto consiste en proteger sin sobre proteger". A continuación señala, citando a MARÍN CALERO, que los éxitos se han obtenido cuando "se les ha ayudado a dar cada paso, hasta habituarlos a que los den solos o con el menor nivel de ayuda posible. ("La falta o disminución del discernimiento ¿constituye una incapacidad?, L.L. 2007-E, 1106).--

------ Todo lo expuesto me conduce a afirmar que en autos ha existido un "estándar razonable" de selección de los medios con que el Estado provee a la satisfacción de los objetivos propuestos por la vastedad de normas que han sido incorporadas al plexo normativo antes citado, por lo que corresponde hacer lugar a la apelación deducida, revocar la sentencia apelad, y rechazar la acción de amparo. **ASÍ LO VOTO**.----------

------ 7.- Por último, pese a que la decisión que se adopta atiende los reclamos de la demandada, creo oportuno señalar, en tanto la misma plantea la existencia de una intromisión judicial en competencias propias del Poder Ejecutivo, que el rol del juez en los derechos sociales, radica en comprobar la adecuación de la actividad administrativa al bloque de juridicidad,

///

determinado por las normas constitucionales, pactos internacionales, y legislación a la que he hecho referencia, sin que esto implique avanzar sobre esferas de competencia propia de otros poderes. Advierte Osvaldo A. GOZAÍNI que es “justamente el riesgo del activismo exagerado e imprudente el que siembra dudas sobre el rol judicial. En esta disciplina, la óptica tiene laterales difusos, porque si el desarrollo y el progreso de los derechos sociales y de su tipo, se deja en manos del Estado como gestor del gasto público, cualquier resolución judicial que suponga considerar una inversión de solvencia para un acto puntual … podrá sepultarse con la restricción de la división de funciones en el ejercicio del poder soberano. En cambio, si la mirada se pondera con la vara del control de constitucionalidad y del control de convencionalidad (esto es, la supremacía de Tratados y Convenciones sobre derechos humanos), la actividad judicial tiene amplias y suficientes potestades para desenvolver una tutela diferenciada. (“La judicialización de los derechos económicos, sociales y culturales”, LaLey online).----------

------ En este sentido, señaló el actual Ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Dr. Ricardo Luis LORENZETTI, en las recientes “XXXVI Jornadas Nacionales y VI Congreso Internacional de Derecho Administrativo” realizadas en la ciudad de Puerto Madryn en el mes de octubre de 2010, que la función del Poder Judicial es garantizar los contenidos mínimos, pero no ir más allá, afectando la decisión de la Administración.----------

------ Acorde también con ello, remarqué en mi “Obiter dictum” en SD 18/S.R.E./06 que en los textos neoconstitucionales, tanto europeos como americanos, insisten en una nueva configuración del poder judicial y la atribución de un rol protagónico a los jueces y al poder judicial, como agentes de tutela de los derechos fundamentales y de control de la constitucionalidad. A este cambio de paradigmas, del que no somos ajenos, ha contribuido la progresiva complejidad de los conflictos que se suscitan ante los Tribunales, asumiendo el juez un rol no neutral. Es así, que la identificación de los

///

valores superiores -vida, igualdad, justicia, libertad- como instrumentos de aplicación normativa, sitúan al juez del modelo constitucional en una posición de activismo, o si se quiere, como un cooperante activo para el desarrollo del sistema normativo. Asimismo, a estos jueces se les transfiere un poder de control de la corrección política, de control de la virtud pública, a pesar de que genere inevitables fricciones con el Poder Político; o que incluso se lo llegue a confundir con la denominada "injerencia judicial" en la esfera de otro Órgano del Poder del Estado (Cfr.: http://www.gobernabilidad.cl/moules.php?name=News&file=article&sid=1065) .----------

------ A la misma primera cuestión el Dr. CANEO dijo: ----------

------ De acuerdo a los votos emitidos por los Dres. ROYER y PASUTTI, los que conforman la voluntad de la Sala Civil, Comercial, Laboral, Contencioso Administrativo, de Familia y de Minería de este Superior Tribunal de Justicia, no emitiré pronunciamiento según lo dispuesto en el art. 1º del Acuerdo Extraordinario Nº 3.555, en concordancia con los arts. 27 y 28 de la Ley V N° 3 y Acordada Nº 3.202.----------

------ A la segunda cuestión el Dr. ROYER dijo: ----------

------ Tal como voté la primera, propongo al Acuerdo hacer lugar al Recurso de Apelación Ordinaria deducido por la demandada contra la Sentencia Definitiva de la Sala “A” de la Cámara de Apelaciones de Trelew, registrada bajo el N° 52/2.009, y rechazar la acción de amparo, conforme lo establecido en los considerandos respectivos.-

------ Atento la forma en que se decide la cuestión, en la medida en que se modifica el fallo, corresponde variar la imposición de las costas de la instancia anterior. Así, propongo al Acuerdo imponer las mismas a los actores vencidos, correspondiendo readecuar las regulaciones de honorarios acorde el contenido del presente pronunciamiento (conf. art. 282 del C.P.C.C).----------

------ En consecuencia, para la Segunda Instancia, estimo los honorarios correspondientes a los Dres. G. J. y D. C., en conjunto y conforme proporción de ley, en la suma de pesos quinientos veinticinco ($ 525), y los del Dr. N. R. en la suma de pesos trescientos ($ 300).----------

///

------ Por la actuación en esta Instancia, regulo los honorarios de la Dra. G. J. en la suma de pesos quinientos veinticinco ($ 525), y al Dr. N. R. en la suma de pesos trescientos ($ 300). Amerito para ello el resultado obtenido, la calidad, eficacia y extensión de la labor de cada uno de los profesionales (arts. 5, 8, 9, y 13 de la Ley XIII N° 4). Todos con más el I.V.A., si correspondiere. **ASÍ LO VOTO**.----------

------ A la misma segunda cuestión el Dr. PASUTTI dijo: ----------

------ Atento como he votado a la primera cuestión concuerdo con la solución propuesta por el Dr. Royer, como así también en orden a la imposición en costas y regulación de honorarios. **ASÍ LO VOTO**.

------ A la misma cuestión, el Dr. CANEO dijo: ----------

------ Reitero la reserva formulada en el tratamiento de la primera cuestión. ----------

------ Con lo que se dio por terminado el acto quedando acordado dictar la siguiente:----------

---------- **S E N T E N C I A** ----------

------ 1°) **HACER LUGAR** al Recurso de Apelación Ordinaria deducido por la Provincia del Chubut contra la sentencia Definitiva de la Sala "A" de la Cámara de Apelaciones de Trelew N° 52/2.009, en consecuencia revocarla, y rechazar la presente acción de amparo.----------

------ 2°) **READECUAR** las costas de la anterior Instancia, imponiéndolas a los actores vencidos.----------

///

------ 3°) **IMPONER** las costas en esta Instancia a los amparistas (art. 69 del C.P.C.C.). ----------

------ 4°) **REGULAR** los honorarios de los Dres. G. J. y D. C., en forma conjunta, y en proporción de ley, por su actuación en Segunda Instancia en la suma de pesos quinientos veinticinco ($ 525), y los del Dr. N. R. en la suma de pesos trescientos ($ 300) por la labor que le cupo en Segunda Instancia. Con más el I.V.A si correspondiere.----------

------ 5°) **REGULAR** los honorarios profesionales por la labor desarrollada en la presente Instancia: a la Dra. G. J. en la suma de pesos quinientos veinticinco ($ 525) y al Dr. N. R. en la suma de pesos trescientos ($ 300). Todos con más el I.V.A., si correspondiera.----------

------ 6°) **REGÍSTRESE,** notifíquese y devuélvase.----------
Fdo.: Dr. Daniel Luis CANEO – Dr. José Luis PASUTTI – Dr. Fernando S. L. ROYER.----------

RECIBIDA EN SECRETARÍA EL **16** DE **DICIEMBRE** DEL AÑO **2.010**
REGISTRADA BAJO EL N° **04** S.R.O.E. CONSTE

///