Puerto Madryn, de Junio de 2018.

VISTOS Y CONSIDERANDO

Estos autos caratulados **“Legajo de copias en autos: "E., A. I. C/ Provincia del Chubut s/ Acción de Amparo (341/2018)" Expte. N° 123 - Año 2018)**, proveniente del Juzgado de Familia N° 2 (Expte. N°472/18) para resolver la apelación deducida por la parte demandada contra la Sentencia Interlocutoria registrada bajo N° 212/18 copiada a fs. 91/99.

I. La actora Sra. A. I. E., en representación de su hijo menor E. E. J., interpuso acción de amparo (fs.72/89) a fin de que la provincia de Chubut: 1) garantice el derecho a la escolarización e inclusión de su hijo; 2) ordene la continuidad laboral de la Auxiliar de Apoyo a la Inclusión, señorita M. F. J., y solo en el supuesto de que dicha medida con la señorita J. fuese imposible, garantice el acompañamiento con una Auxiliar de Apoyo con igual compromiso y profesionalidad al de la señorita J.; 3) ordene a la demandada el cumplimiento inmediato del decreto 1228/17 art. 6 y arts. 1 y 2 de la Ley VII N° 81, bajo apercibimiento de astreintes; y, 4) a tales fines requiere se declare la inconstitucionalidad de la circular 9/2017, del artículo 3 del Decreto 184/2018, de la Resolución 45/2018 del Ministerio de Educación de la provincia, y de toda otra norma que cercene garantías constitucionales del tenor de las enumeradas.

Requiere además y esto es lo que interesa en esta instancia del trámite, una medida cautelar, por la cual, se ordene a la provincia del Chubut para que en el perentorio plazo de un día de notificada la misma se disponga la continuidad del acompañamiento de la Auxiliar de Apoyo M. F. J..

La Sra. Jueza de grado determinó la admisibilidad formal preliminar de la presente acción de amparo e hizo lugar a la medida cautelar peticionada. En consecuencia ordenó a la Provincia del Chubut a que dentro del plazo de tres días dicte los actos administrativos correspondientes para que la Sra. M. F. J. revista el carácter de Auxiliar de Apoyo del niño E. E. J..

A fs. 107/110 del presente legajo de copias la representante de la demandada interpone recurso de apelación.

Considera que no resulta acertada ni ajustada a derecho la resolución apelada, por cuanto dispuso une medida cautelar con respecto a un auxiliar de apoyo en particular.

Explica que el menor E. J. cuenta durante el ciclo lectivo 2018 con un auxiliar de apoyo, no existiendo ningún impedimento al respecto. Señala que no se ha acreditado en autos la verosimilitud del derecho ni el peligro en la demora.

Asimismo refiere que la figura de Auxiliar de Apoyo se encontraba enmarcada en la Resolución N° 505/11, pero que a finales del año pasado se modificó esa decisión por parte del Ministerio de Educación cambiando de esa manera el sistema con el cual se abonaría el servicio.

Manifiesta que se derogó la Resolución N° 505/11 y entró en vigencia la Resolución N° 45/18 la que modificó las condiciones de contrataciones que corresponden a la función de estos auxiliares e impone a los mismos un régimen diferente: tienen que registrarse como monotributista.

Destaca que la figura de Auxiliar de Apoyo a la inclusión está autorizada durante el presente año 2018, el problema que aquí ocurre es que la persona que desarrollaría la actividad como auxiliar no quiere registrarse como monotributista.

Asevera que la presente acción no es el medio más idóneo ya que no se ha probado ningún daño grave o irreparable que no pueda ser evitado a través de otro remedio procesal.

Por otro lado refiere que la progenitora del menor tampoco concilia con la situación, ya que ante la negativa de la Sra. J. de incorporarse como monotributista, la Sra. E. no acepta que se incorpore a otra persona como auxiliar de su hijo.

Concluye en que no encuentra sustento la medida cautelar impuesta a su parte, ya que no existe ningún impedimento para que el menor cuente con un auxiliar de apoyo durante el presente ciclo lectivo.

Asimismo expone que no existe posibilidad de ampararse en los términos del art. 58 de la Constitución Provincial y del art. 18 de la Ley V N° 84, ello debido a que no se verifica por parte de su representada ningún acto u omisión que en forma actual o inminente lesione derechos del actor.

Pone de manifiesto el principio de legalidad de los actos administrativos.

A fs. 125/132 contesta el memorial de agravios la actora.

La Asesora de Familia contesta vista a fs. 135/137, considerando que la medida cautelar dispuesta por la a quo resulta procedente.

II. El presente se circunscribe a la concesión de la medida cautelar y a su puesta en crisis.

Este tribunal de Alzada en consecuencia, habrá de abocarse al análisis de los extremos de procedencia de la cautelar, sin efectuar consideración alguna que venga a entrañar adelanto de parecer ni prejuzgamiento, respecto de las materias atinentes a la procedencia formal de la acción, ni el reclamo que constituye el derecho de fondo.

Así las cosas, es menester poner de relieve que el derecho al cual la medida cautelar se orienta a salvaguardar, es un derecho fuerte, tutelado por la Carta

Magna, en tanto se relaciona con la salud, la educación y la inclusión de una persona menor de edad.

Nuestra CSJN ha decidido excepcionalmente sobre medidas cautelares –dado que no decide sino en el estrecho marco que el artículo 14 de la ley 48 permite, siendo extremo sustancial que se trate de una sentencia definitiva, todo ello en atención a que las providencias que las conceden o las deniegan ciertamente no causan estado-, siendo doctrina extraíble de sus fallos el deber de centrarse en el grado de certeza del derecho exigible en el marco de la tutela anticipada, resultando asimismo importante tener presente la relevancia que en este tipo de medidas adquiere la gravedad del cuadro de salud y los daños irreparables que se puedan derivar de mantenerse la situación previa al dictado de la sentencia (CSJN, "PARDO, Héctor Paulino y otro c/ DI CESARE, Luis Alberto y otros s/ art. 250 C.P.C." sentencia del 6 de diciembre de 2011).

Sabido es que para que proceda todo tipo de medida cautelar es necesario que el derecho que se invoque sea verosímil. Debe existir una fuerte apariencia del derecho cuya actuación se pide, una credibilidad razonable para que tenga suficiente sustento, a fin de poder valorar los elementos de juicio con que se cuentan.

De toda la documentación anexada surge prima facie la verosimilitud del derecho y el peligro en la demora que requiere cualquier cautelar para ser otorgada.

El dictado de una medida cautelar no involucra prejuzgamiento acerca del fondo de la cuestión del Magistrado a la hora de decidir la pretensión entablada.

La jurisprudencia tiene dicho que: "*La finalidad de una medida cautelar es la de impedir que se modifique la situación de hecho hasta tanto se resuelva definitivamente el caso litigioso, evitando que el fallo se convierta en inocuo, que sea*

de cumplimiento imposible o que la ejecución quede demorada" (CC San Martín 68201 I-116/14 I 16/06/2014).

En las presentes, se trata de una persona menor que requiere imperiosamente de la asistencia de una persona que obre como apoyo a los profesionales que le brindan formación escolar. Por las particularidades del caso, este apoyo resulta crucial para su desarrollo, hallándose bajo la sombra de situaciones que pueden ser subsumidas por el derecho constitucional que lo protege. Ello así en orden a que se resguarda la salud y la integridad física de la persona y su inserción social (CSJN Fallos: 302:1284), derechos reconocidos por los pactos internacionales (art. 25, inc. 1, de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el art. 12, inc. 2, ap. d, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), de jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional) todo lo cual ha sido a su vez reconocido por los tribunales de nuestra República (cfr. C.S. de la provincia de Mendoza, sentencia dictada por la Sala I el 1/3/93 y C. Fed. La Plata, Sala 3, del 8/5/200, ED del 5/9/2000). En procesos en los cuales se debaten cuestiones relacionadas con la salud, puntualmente en lo referido a la prestación del servicio brindado por *acompañantes terapéuticos* -situación de la que extraemos principios por analogía-, la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal Sala I, ha entendido que la *verosimilitud del derecho* invocado -requisito esencial para la procedencia de la medida cautelar-, se refiere a la posibilidad de que el derecho exista y no a una incontestable realidad, la cual sólo se logrará al agotarse el trámite (cfr. FENOCHIETTO-ARAZI, "Código Procesal Comentado", tomo 1, pág. 742; y sentencias de la Sala I de la la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, causas 14.152 del 27/10/94, 44.800 del 21/3/96, 35.653/95 del 29/4/97, 21.106/96 del 17/7/97, 1251/97 del 18/12/97, 7208/98 del 11/3/99, 889/99 del 15/4/99, 436/99 del 8/6/99, 7208/98 del 4/11/99, 1830/99 del 2/12/99 y 7841/99 del 7/2/2000).

Con referencia al *peligro en la demora* -en los casos en que se cuestionan decisiones relacionadas con la salud de las personas- ese Tribunal se ha pronunciado en el sentido de que tal requisito se acredita con la incertidumbre y la preocupación que los distintos padecimientos generan en los amparistas, de modo que la medida precautoria solicitada sea necesaria para disipar un temor de daño inminente, acreditado *prima facie* o presunto (cfr. Sala I de la la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, causas 6655/98 del 7-5-99, 436/99 del 8-6-99, 7208/98 del 4-11-99, 1830/99 del 2-12-99 y 1056/99 del 16-12-99; en ese sentido, ver FASSIYÁÑEZ, "Código Procesal comentado", TOMO 1, pág. 48 y PODETTI, "Tratado de las medidas cautelares", pág. 77).

Este cuerpo comparte los argumentos con la Sra. Jueza a quo y la Sra. Asesora de Familia en relación a que el estado provincial debe garantizar al niño E. E. E. una Auxiliar de Apoyo para que pueda concurrir a la escuela y ser incluido. Ahora bien, lo que no se comparte es que se determine en esta instancia quién debe ser esa Auxiliar de Apoyo.

El hecho de singularizar la manda de cobertura en la persona de la señorita J. vendría a suponer un indebido adelanto de jurisdicción que decide sobre el fondo de la cuestión, sin que la misma haya sido dilucidada en el marco del proceso incoado.

No resulta un dato menor, que mientras se decide una contienda judicial enmarcada en la tensión de posiciones de máxima, -controversia en la que muchas cuestiones que no guardan relación directa e inmediata con la asistencia que urge que el niño reciba-, los derechos del pequeño E. E. J. pueden a todo evento, estar siendo lesionados. Esta circunstancia es suficiente para que esta Alzada se forme convicción judicial, en orden a que la determinación sobre la procedencia de la personalización de la asistencia en la persona de la señorita J., sea una cuestión cuyo tratamiento debe ser

diferido al abordaje posterior del fondo, imponiéndose con urgencia, el decreto de la cautelar en forma despersonalizada, a fin de que la provincia brinde la prestación inmediatamente con alguno de los profesionales que se hallan habilitados en su nómina al presente.

Así las cosas, estimamos que la medida cautelar debe proceder, ordenándose a la provincia del Chubut demandada que provea en el término de tres días contados a partir de la notificación de la presente, los medios necesarios para que el niño E. E. J., reciba las prestaciones que brinda alguna de las personas que al presente se cumplen con los extremos requeridos para brindar las prestaciones propias del Auxiliar de Apoyo a la Inclusión.

III. Las costas de esta instancia se imponen por su orden (art. 69 CPCC), por lo que corresponde fijar los honorarios del Dr. Diego Carmona, en 10 jus y los de la Dra. Inés Amalia Maristany en 10 jus. Ambos con más el IVA si correspondiere (arts. 5, 7, 13 cc. Ley XIII N° 4).

Por ello, la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial de Puerto Madryn.

R E S U E L V E:

1) REVOCAR PARCIALMENTE la medida cautelar dispuesta en la Sentencia Interlocutoria registrada bajo N° 212/2018, y en consecuencia ORDENAR a la provincia del Chubut a que dentro del plazo de tres (3) días brinde a la familia del niño E. E. J. un listado de personas que se encuentren habilitadas para ser Auxiliar de Apoyo del niño con el fin que la familia elija a una de ellas.

2) IMPONER las costas de esta Instancia por su orden (art. 69 2° parte CPCC).

3) REGULAR los honorarios por la labor desarrollada en esta Alzada. Los del Dr. Diego Carmona, en 10 jus y los de la Dra. Inés Amalia Maristany en 10 jus. Ambos con más el IVA de corresponderle (art. 5, 6 bis, 7 y 13 Ley Arancelaria).

4) REGISTRESE, notifíquese y devuélvase.

La presente es firmada por dos vocales de Cámara en virtud de concordar en la solución y por encontrarse el Dr. Julián Emil Jalil en uso de licencia (art. 7° Ley V N° 17).

Registrada como N° /18 SIF