



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

“A.K.E Y OTROS CONTRA GCBA SOBRE OTROS PROCESOS INCIDENTALES”,

Expte: EXP 15516 / 1

Buenos Aires, de abril de 2005

VISTOS: los autos individualizados en el epígrafe a fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandada a fs. 78/81; y

CONSIDERANDO:

1. Que la señora juez de grado ordenó al GCBA que arbitre los medios necesarios para posibilitar la concurrencia de J.A.P a la Escuela N° 8, del Distrito Escolar n° 8, en el turno tarde, con la asistencia permanente del personal de apoyo especializado que cumpla con los requisitos que el menor requiera, designándose como celadora a la Licenciada Verdun, o a cualquier profesional que resulte idóneo y sea propuesto por los padres del menor. Asimismo hizo saber a la Secretaría de Educación que debería comunicar la medida a la Directora de la Escuela n° 8, a fin de garantizar el lunes 7 de marzo el inicio del ciclo lectivo.

Para fundar su decisión tuvo en cuenta la discapacidad de J. A., y su necesidad de contar con un terapeuta ocupacional. Valoró, además, el requerimiento formulado por sus padres, dirigido a que la Dirección de la Escuela n° 8, Distrito escolar n° 8, permitiera que el niño comencare el primer año del primario asistido por personal especializado y entrenado.

También mencionó que el interés superior del niño debe primar sobre cualquier impedimento fáctico o jurídico.

Tuvo en cuenta que de la concurrencia de J.A. con su terapeuta dependía que pueda concurrir a la escuela.

Hizo un examen normativo sobre el derecho a la salud, la protección integral de personas con discapacidad y la educación. En base a ese marco consideró *prima facie* configurado el “humo de buen derecho” que sustenta la cautelar peticionada.

Señaló que no podía dejarse sin cobertura a un niño socialmente más vulnerable que el resto y con quien la sociedad toda tiene un deber de cuidado. Agregó que la solidaridad como precepto social debe verse fortificada y el Estado debe asegurar el derecho a una educación integral.

El peligro en la demora derivaba -en su criterio- del inminente inicio del ciclo lectivo 2005.

2. Que el GCBA apeló la decisión reseñada. Sus agravios refieren, en primer lugar, a la “inexistencia de recaudos cautelares”.

Indica que es inexacta la afirmación de que se encuentra en riesgo el normal desenvolvimiento de la educación del menor, y que el ordenamiento legal, cuyas previsiones cumple, resguarda en forma efectiva ese derecho.

Relata que mediante la ordenanza 47376/93 se ha creado en el Area de Educación Especial el cargo de celador para la atención de niños discapacitados, y que existen en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires, Secretaría de Educación, un área de educación especial, con establecimientos particularmente capacitados para atender situaciones como la del hijo de los actores.

Señala que no se ha acreditado, ni siquiera someramente, que la asistencia del GCBA fuera inadecuada, ineficaz o bien que no satisfaga las necesidades del menor.

Expresa que la sentencia en crisis traduce un infundado y abstracto prejuicio sobre la calidad de la educación pública que brinda el GCBA a los niños que concurren a establecimientos escolares dependientes de la Ciudad.

Agrega que la juez se desentendió de las consecuencias que de cara al principio de igualdad ante la ley produce la resolución en crisis. Afirma que mientras otros niños con iguales problemas motrices que J.A. son asistidos por los celadores previstos en el artículo 128 del Estatuto Docente, J.A. tendrá asistencia del profesional propuesto por sus padres. Considera que tal circunstancia genera un trato desigual con relación a quienes están en igual situación, en tanto que al permitir que tenga su propio celador se le confiere un *privilegio* no previsto por las normas aplicables. En su criterio se atiende una situación singular con menoscabo del derecho de igualdad.

Afirma que la resolución cautelar dictada no ha tenido en cuenta un recaudo previo ineludible, que es determinar cuál es el tipo de establecimiento al que J.A. está en condiciones de asistir. Expresa que teniendo en cuenta las afecciones que sus padres denuncian, con carácter previo a determinar a que tipo de establecimiento escolar está en condiciones de asistir, se debería llevar a cabo una evaluación psicopedagógica, psicológica y fonoaudiológica, a fin de que luego del examen por profesionales idóneos se establezca si el niño puede asistir a un establecimiento escolar común o a uno del área de educación especial y cuál es el grado de compromiso intelectual de su afección.

Señala, además, que contraviniendo el orden legal vigente se permite el desarrollo del ciclo lectivo de J.A. en un establecimiento escolar que podría no ser apto para sus necesidades.

En cuanto al peligro en la demora advierte que en ningún momento se ha logrado acreditar que exista el riesgo de que el niño pueda ver interrumpido, o demorado su ciclo lectivo, y que ello debe concretarse de conformidad con las normas cuya constitucionalidad y vigencia no ha sido cuestionada.

3. Que en primer lugar cabe señalar que en los términos en que la cuestión se presenta, este tribunal sólo analizará las argumentaciones que resulten adecuadas con el contexto cautelar en que fue dictada la resolución recurrida.



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

“A.K.E. Y OTROS CONTRA GCBA SOBRE OTROS PROCESOS INCIDENTALES”,

Expte: EXP 15516 / 1

4. Que según se desprende del escrito de inicio los actores iniciaron esta acción a fin de asegurar a su hijo, J.A., la concurrencia en el ciclo lectivo escolar 2005 a la Escuela 8, Distrito Escolar 8, en el turno tarde, con la asistencia permanente del personal de apoyo especializado en sistemas de comunicación alternativa y adaptaciones manuales y posturales –terapia ocupacional-, proponiendo a la Lic. Luciana Verdum a su cargo, conforme a la prescripción médica.

De acuerdo a la documentación acompañada a fs. 21/22 J.A.P. Agustín presenta un cuadro de cuadriparesia espástica con compromiso motor y de la comunicación. El Neurólogo Infantil Hugo Arroyo aconseja la integración en una escuela común con apoyo técnico y personal auxiliar. Asimismo indica que el niño debe ser asistido por personal especializado en áreas de terapia ocupacional a fin de manejar las adaptaciones manuales, posturas y el empleo de la computadora que requiere para su desenvolvimiento en la escuela (ver fs. 21).

Del certificado de discapacidad agregado a fs. 50 surge el siguiente diagnóstico: *“cuadriparesia espástica con componente disocico- Compromiso del lenguaje”* Deficiencia: motora – de la comunicación.”

También se han acreditado los reiterados reclamos formulados por los actores ante la Secretaría de Educación, los que según afirman –sin que la demandada alegue nada al respecto- no han recibido respuesta formal alguna.

Afirman también los padres del menor que J.A. llegó a inscribirse en la escuela n° 8 del distrito escolar 8, luego de pasar por una evaluación en el Gabinete psicopedagógico del distrito y éste indicó esa escuela como la indicada. Nada alega la demandada al respecto, limitándose a poner en duda la posibilidad de que el niño ingrese al establecimiento pero sin dar precisiones.

5. Que los hechos reseñados permiten adelantar que las escuetas manifestaciones de la pieza recursiva no logran demostrar el desacierto que se atribuye a la resolución apelada, la que, contrariamente a lo argumentado, se fundó en una razonable interpretación del derecho y en el examen de las constancias de la causa. En particular la *a quo*, examinó la concurrencia de los recaudos de admisión de la medida cautelar peticionada, los que se resumen en la discapacidad acreditada en autos, y la necesidad de una solución particular dirigida a hacer efectivo el derecho a la protección integral de la discapacidad, en una materia tan sensible como la educación, la rehabilitación y la inserción social.

6. Que en el caso, no está discutido el diagnóstico médico de J.A..

El GCBA se limita a poner en duda la específica prescripción tendiente a lograr su inclusión en una escuela común, pero no aporta un argumento que se refiera a los concretos antecedentes personales del niño.

Los informes médicos que obran en el expediente tampoco merecieron reflexión alguna de la parte demandada.

Por lo demás, no surge de autos respuesta alguna a los reiterados pedidos de los actores.

En esas condiciones era lógico esperar que tales reclamos desoídos concluyeran con el amparo promovido a fs. 1/13, y la solicitud de una medida cautelar tendiente a tutelar los intereses en juego.

7. Que la valoración del ordenamiento jurídico vigente, sancionado en cumplimiento del compromiso adquirido frente a la suscripción de los pactos internacionales de derechos humanos y las cláusulas constitucionales que obligan al Estado a tomar medidas de acción positiva, sustentan medidas como la dictada en autos.

8. Que mención aparte merece lo sostenido por la demandada respecto a que los actores pretenden un “privilegio” sin dar mayores precisiones. Esa afirmación revela un injustificado desdén por el esclarecimiento de la situación que compromete la formación de un niño que padece una grave discapacidad motora y del habla, discapacidad que justifica una protección especial.

En este sentido, La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha resuelto reiteradamente que cuando se trata de resguardar el interés superior del niño, atañe a los jueces buscar soluciones que se avengan con la urgencia y la naturaleza de las pretensiones, encauzar los trámites por vías expeditas y evitar que el rigor de las formas pueda conducir a la frustración de derechos que cuentan con particular tutela constitucional (Fallos 324:122; causa “Lifschitz, Graciela Beatriz C/ Estado nacional, 15/6/04, conf. dictamen del señor Procurador General de la Nación, y sus citas y Maldonado Sergio Adrián s/ previsional s/amparo, 23/11/04; y esta Sala, por mayoría, *in re* “Defensoria del Pueblo de la Ciudad –denuncia incumplimiento respecto de la afiliada Brenda Nicole Deghi c/ GCBA s/ otros procesos incidentales”, 10/2/05).

En tales condiciones, resulta fundada la decisión cautelar adoptada por la *a quo*, habida cuenta de las responsabilidades que debe asumir el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires en la educación e integración del niño discapacitado, de la que no podría sustraerse alegando violación del derecho a la igualdad de personas ajenas al proceso.

Cabe insistir que los menores, a más de la especial atención que merecen de quienes están directamente obligados a su cuidado, requieren también la de los jueces y de la sociedad toda, siendo que la consideración primordial de su interés, viene tanto a orientar como a condicionar las decisiones de estos casos (v. doctrina de Fallos 322:2701; 324:122).

9. Que nuestra Constitución Nacional dispone la “igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna” (art. 75, inc. 19) y la obligación del Poder Legislativo de “*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 esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes*



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

“A.K.E. Y OTROS CONTRA GCBA SOBRE OTROS PROCESOS INCIDENTALES”,

Expte: EXP 15516 / 1

sobre derechos humanos, en particular respecto a los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad” (art. 75, inc 23).

En 1996, declarada la autonomía, comenzó a regir la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, cuyo artículo 24 garantiza el derecho de las personas con necesidades especiales a educarse promoviendo su integración en todos los niveles y modalidades del sistema. Por su parte, el artículo 42 garantiza a las personas con necesidades especiales el derecho a su plena integración, y a la equiparación de oportunidades. Asimismo expresa que la Ciudad ejecuta políticas de promoción y protección integral, tendientes a la prevención, rehabilitación, capacitación, educación e inserción social y laboral; y que prevé el desarrollo de un hábitat libre de barreras naturales, culturales, lingüísticas, comunicacionales, sociales, educacionales e inserción social y laboral.

10. Que en ese sentido es un hecho básico e incontestable que las personas y grupos sociales se hallan en una situación fáctica de desigualdad.

Esta situación de desigualdad se encuentra constitucionalmente considerada en el mencionado artículo 75, inciso 19 de la Constitución Nacional, y en los artículos 42 y 43 de la Constitución de la Ciudad, normas que obligan a los poderes públicos a promover las condiciones para que la igualdad de los individuos sea real y efectiva.

Por lo demás, es sabido que para lograr el respeto a la igualdad en el caso de personas con discapacidad, la consideración de la diferencia es ineludible, ya sea desde la adaptación del entorno para el goce de los derechos más básicos, como así también la posibilidad de legislar medidas de discriminación inversa en los casos en que la integración lo requiera (Agustina Palacios, *Implementación de medidas de acción positiva a favor de personas con discapacidad*, LL. Suplemento de Derecho constitucional, 7/07/04).

En este sentido nuestra Constitución no ofrece dudas cuando prevé que *“la Ciudad promueve la remoción de los obstáculos de cualquier orden que, limitando de hecho la igualdad y la libertad, impidan el pleno desarrollo de la persona y la efectiva participación en la vida política, económica o social de la comunidad”* (art. 11).

De esta forma se respeta el principio normativo de la igualdad en los derechos fundamentales, al mismo tiempo que se establece un sistema de garantías capaces de asegurar su efectividad.

Nuestro sistema legal garantiza la libre afirmación y desarrollo de las personas y no las abandona al juego de la ley del más fuerte, sino que en forma minuciosa regula esas leyes de los más débiles que son los derechos fundamentales.

La igualdad de los derechos fundamentales resulta configurada como el igual derecho de todos a la afirmación y a la tutela de la propia identidad, en virtud del igual valor asociado a todas las diferencias que hacen de cada individuo diverso de los otros una persona como todas las demás (ver Ferrajoli L., *“Derechos y Garantías. La ley del más débil”*, ps. 73 y sgts, Madrid 2001).

Las medidas de acción positiva tienen como finalidad conectar la igualdad jurídica con la igualdad real (ver doctrina de esta Sala *in re* “Kuzis Fernando c/ GCBA s/ amparo”, del 23/12/04).

Sin que pueda arribarse aún a una solución definitiva en el *sub examine*, a efectos de resolver la medida cautelar cabe tener en cuenta que no todo tratamiento jurídico diferente es propiamente discriminatorio porque no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva de la dignidad humana. Existen ciertas desigualdades de hecho que pueden traducirse en desigualdades justificadas de tratamiento jurídico, que expresen una proporcionada relación entre las diferencias objetivas y los fines de la norma (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984, Serie A, n° 4, Capítulo IV, párrafos 56 a 58, Fallos 322:2701).

En casos como el presente, la mayor discriminación estaría dada en tratar situaciones que son diferentes como si fueran idénticas.

11. Que a lo expuesto se agrega que aún antes de la reforma constitucional y de la sanción de nuestra Constitución, la ley 22.431 instituyó un sistema de protección integral de personas discapacitadas tendientes a abarcar todos los aspectos relativos a su situación dentro de la sociedad, tratando de establecer un régimen particular en relación con sus derechos, así como respecto de las obligaciones que se imponen a los órganos del Estado. La ley se dirigió fundamentalmente a tratar de conceder franquicias y estímulos que en lo posible permitieran neutralizar la desventaja que la discapacidad provoca (v. doctrina de Fallos: 313:579 y “Lifschitz, Graciela B. Y otros c. Estado Nacional”, del 15/06/04).

Para resolver el caso debe tenerse en cuenta esa finalidad, el interés superior que se trata de proteger, y la urgencia de encontrar una solución acorde con la grave situación planteada, agravada por la falta de respuesta de los funcionarios competentes

12. Que por lo expuesto, si bien la determinación más precisa acerca de cuál será la solución más acorde a las necesidades del hijo de los actores, de acuerdo a las reales posibilidades de la demandada, y su confronte con el servicio que ofrece, requiere un examen profundo que excede el marco acotado de este estadio procesal, lo decidido en la sentencia de grado no puede más que ser confirmado en su totalidad.

Ello por cuanto, ante las constancias reseñadas es claro que cabe dar preferente atención a las necesidades derivadas de la minusvalía del menor y exigir -en forma cautelar y mientras pueda ser dilucidado el régimen jurídico aplicable- el pleno cumplimiento de la prescripción médica dirigida a lograr su inclusión en el sistema educativo.

13. Que para concluir cabe recordar que las medidas cautelares no exigen el examen de certeza sobre la existencia del derecho pretendido, sino sólo de su verosimilitud. Es más, el juicio de verdad en esta materia se encuentra en oposición a la finalidad del instituto cautelar que no es otra que atender a aquello que no excede el marco de lo hipotético, dentro del cual, asimismo, agota su virtualidad (ver doctrina de Fallos: 315:2956; 316:2855 y 2860; 317:243 y 581; 318:30, 532; 323: 1877 y 324:2042).

Ponderando las circunstancias reseñadas en el escrito de inicio, los elementos de juicio aportados por los peticionantes y dentro del estrecho marco cognoscitivo de la precautoria requerida, el derecho invocado en el presente proceso cautelar luce verosímil.

En efecto, toda vez que se encuentra en juego el derecho a la educación y a la integración, de indudable rango constitucional hasta tanto se decida la cuestión de fondo, corresponde confirmar la sentencia apelada.

Además, el peligro en la demora se configura por la situación en que se encuentra la solicitante, en tanto se traduce en un estado de incertidumbre relacionado con los derechos que le asisten en materia educativa, que merece ser protegido en forma preventiva hasta el momento en que se dicte sentencia definitiva.



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

***“A.K.E.Y OTROS CONTRA GCBA SOBRE OTROS PROCESOS INCIDENTALES”,
Expte: EXP 15516 / 1***

Cabe agregar, asimismo, que la cautelar otorgada no parece ocasionar un grave perjuicio a la demandada, al menos teniendo en cuenta las alegaciones de la pieza recursiva, -nótese que no se pretende en la causa que el GCBA asuma el honorario de la asistente propuesta por los padres del menor-, pero parece útilmente encaminada a mejorar la calidad de vida de una persona que merece especial protección.

En síntesis, los argumentos de la demandada no logran conmover los fundamentos de la sentencia apelada, por lo que el tribunal, compartiendo la opinión de la señora Asesora General Adjunta, **RESUELVE:** rechazar el recurso interpuesto y confirmar la sentencia apelada, con costas. Regístrese, notifíquese –a la mencionada funcionaria en su despacho- y devuélvase.