



## ***Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires***

*“A. K. E. Y OTROS CONTRA GCBA SOBRE AMPARO (ART. 14 CCABA)”, Expte: EXP15516/0*

Ciudad de Buenos Aires, 1 de marzo de 2005.-

**VISTOS** los autos del epígrafe de cuyas actuaciones resulta que:

En el marco de una acción de amparo iniciada por los Sres. E. A. y J.M.P– en representación legal de su hijo J.A.– se solicita el dictado de una medida cautelar a fin de que la demandada (Secretaría de Educación del GCBA) proceda a permitir la concurrencia al curso lectivo - año 2005, escuela N°8, Distrito Escolar N°8, turno tarde – del menor, con la asistencia permanente del personal de apoyo especializado en sistemas de comunicación alternativa y adaptaciones manuales y posturales (terapista ocupacional Lic. Luciana Verdun, a cargo de la actora), conforme la modalidad y prescripción médica, en atención a las particularidades de la patología del niño.

Relatan que su hijo padece un trastorno motor y de la comunicación, por lo que requiere la presencia constante de personal especializado para suplir su problemática motriz.

Señalan que luego de recorrer las distintas instituciones educativas para inscribir a su hijo en primer grado, finalmente lograron inscribirlo en la Escuela N°8, por ser la única que poseía un curso de primer grado en el turno tarde disponible.

Refieren que la Ordenanza Municipal N°47376/93 crea el cargo de celador, el cual se le asigna a cada alumno que se incorpora con discapacidad motriz.

Manifiestan que solicitaron en la Escuela – en virtud del complejo cuadro que presenta Juan y por los equipos didácticos y de comunicación que utiliza – que se los autorizara a reemplazar al celador



## ***Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires***

impuesto por el Estado, por un profesional – a cargo de la actora – que ya asistió a su hijo desde Jardín de Infantes.

Aducen que en ocasión de entrevistarse con la Dirección Area de Educación Especial se les informó que por un problema de responsabilidad civil del personal, se rechaza la excepción e impone al celador, conforme lo dictado por la Ordenanza antes señalada.

Señalan que atento la demora por parte de la Dirección de Educación Especial en emitir la resolución correspondiente a su pedido enviaron una carta documento, sin contar hasta el momento con ninguna respuesta ni comunicación al respecto.

### **Y CONSIDERANDO:**

**I.-** Que se encuentra acreditado en autos (fs. 21/3) que el niño J:A.P presenta parálisis cerebral y requiere un terapeuta ocupacional a los fines de poder asistir a una escuela común.

Que también surge de autos el requerimiento formulado por sus señores padres en punto a que la Dirección de la Escuela N°8, Distrito Escolar N°8 permita que el niño comience el primer grado de la escuela primaria asistido por personal especializado entrenado para las tareas propias de la disfunción que padece J.A.

Que resulta un hecho público y notorio el inminente inicio de las clases el próximo siete de marzo

Que el plexo normativo vigente –en el orden nacional y local- postulan que el interés superior del niño debe primar por sobre cualquier situación fáctica o jurídica que impida su materialización.

Que así las cosas, el planteo de la actora debe prosperar.

**II.-** Ello así, a poco que se repare que con los antecedentes obrantes en autos, y la inminencia del inicio del ciclo lectivo bastaría para otorgar la cautela solicitada.

Tal como sostiene el Sr. Asesor Tutelar – a cuyo dictamen



## **Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires**

*brevitatis causae* me remito – aparecen en autos como suficientes los reclamos formulados por los padres del menor ante la Secretaría de Educación a fin de lograr una solución a su problema (fs. 27/34) sin que hasta la fecha hayan recibido una respuesta a su requerimiento. Es en este punto donde adquiere relevancia la jurisprudencia de la C.S.J.N. en tanto postula concretamente el reconocimiento de la posibilidad del control judicial de las omisiones constitucionales del Poder Ejecutivo (confr. doctrina emanada de los fallos “Asociación Benghalensis y otros c/ Ministerio de Salud y Acción Social- E. Nac. S/ Amparo” 1/6/2000 y “Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa Campodónico de Beviacqua, Ana C. c/ Ministerio de Salud y Acción Social – Secretaría de Programas de Salud y Banco de Drogas Neoplásticas” 24/10/2000, JA 2001-I-464). En el caso de marras, y en el inicial estado en el que se encuentra la causa, aparece, al menos hasta el momento, configurado un silencio por parte de las autoridades educativas en detrimento de la posibilidad del menor a iniciar próximamente su primer grado.

Advierto así, y sin que ello implique abrir juicio sobre la cuestión de fondo, que aun frente al eventual planteo referido a cuestiones vinculadas a la Ordenanza 47.376 o a situaciones vinculadas a algún seguro de responsabilidad civil, ello no puede ser óbice a poco que se analice que de la concurrencia de Juan Agustín junto con su terapeuta, **depende que él pueda concurrir a la escuela**, y ello es lo que debe asegurarse. Con el dictado de la sentencia de fondo, y oídas las partes se analizarán las demás cuestiones fáctico-normativas.

En virtud de lo expuesto y las consideraciones jurídicas que *ut infra* se referirán, considero que debe otorgarse la cautela solicitada. Ello así, porque en tales condiciones, una eventual imposibilidad de concurrencia al establecimiento escolar de J.A. y su terapeuta, no sólo deviene prima facie irrazonable y arbitraria sino que, al poner en peligro la continuidad de la educación de un chiquito con necesidades especiales y que necesita en forma insalvable asistencia, afecta principios de sólida raigambre constitucional, como la salud, la educación y la rehabilitación (arts. 20, 21, 23 y 42 CCABA).



## ***Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires***

**III.-** Breve introducción sobre del derecho a la salud, a la protección integral de personas con discapacidad y a la educación.

En primer término, considero necesario, por razones de mejor exposición, determinar las normas de aplicación al presente caso. En este sentido, la cuestión debatida en el sublite se enmarca en la siguiente normativa:

a) Constitución Nacional.

b) Tratados Internacionales.

c) Constitución de la Ciudad de Buenos Aires.

d) Ley Básica de Salud N°153, vigente en la Ciudad.

e) Ley 24.901.

La cuestión planteada lleva a interpretar armónicamente el plexo normativo en juego, desde el bloque constitucional del que emanan el resto de la normas inferiores, a saber:

Garantizan la vida y la salud, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 12.2.c), la Declaración Universal de Derechos Humanos y IX declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Adla, XLVII-B, 1107; XLIV-B, 1250) .

La Convención de los Derechos del Niño (Ley 23.849, art. 75 inc. 22° de la C.N.) establece el interés superior del niño como premisa básica en punto a dirimir las cuestiones que aquí se debaten.

La C.N. otorga potestades al Congreso para legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y trato, así como el pleno goce y ejercicio de los derechos fundamentales respecto de grupos tradicionalmente postergados (art. 75 inc. 23).

La ley Básica de Salud N° 153 (Regl. por Dec. 208/01 GCBA) materializa un mandato conferido por el constituyente local. La CCABA en su art. 20 reconoce en forma expresa el derecho a la salud integral. Esto ha sido



## ***Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires***

garantizado a través de la ley básica mediante la regulación y ordenamiento de todas las acciones conducentes a tal fin (art.1).

La interpretación armónica de la normativa citada, juntamente con los arts. 11, 23 y 39 de la C.C.A.B.A. constituyen el plexo legal que habrá que evaluar a la hora de resolver la cuestión de autos.

Así, el vasto campo normativo a analizar para dirimir la cuestión de fondo, hace que en esta primigenia etapa, me incline por otorgar la medida cautelar, para luego abocarme a su estudio en profundidad, y la forma en que las mismas deben conjugar para ser aplicadas al caso de marras. La normativa citada es la que ostenta para mí alcance suficiente como para tener - *prima facie* – por configurado el “humo de buen derecho” que sustenta la cautela incoada.

Mientras tanto, entiendo que no puede dejarse sin cobertura a un niño socialmente más vulnerable que el resto, y con el cual la sociedad toda tiene un deber de cuidado, con quien la solidaridad como precepto social debe verse fortificada, y frente al cual el estado debe asegurar su derecho a una educación integral.

**IV.-** En tal sentido, es dable recordar que el dictado de medidas precautorias no exige un examen de certeza sobre la existencia del derecho pretendido, sino sólo su verosimilitud; aún más, el juicio de verdad en esta materia se encuentra en oposición a la finalidad del instituto cautelar, que no es otra cosa que atender a aquéllo que no excede el marco de lo hipotético, dentro del cual agota su virtualidad (CSJN doc. Fallos 396:2060 y causa O.148.XXV "Obra Social de Docentes Particulares c/ Provincia de Córdoba s/ Inconstitucionalidad", del 15/2/94).

Si mediante el dictado de una medida cautelar, no se afecta un servicio público, ni la acción estatal, ni el interés público, cabe proceder con amplitud de criterio en la procedencia de esa medida, pues resulta preferible el exceso en acordarla que la estrictez o parquedad en negarla, dado que existe en el caso menor perjuicio en otorgarla que en no hacerlo (conf. doctrina sentada por la C.N. Cont. Adm. Fed., Sala I, in re “Procacini c/ E.N.”, del



## **Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires**

28/4/98, entre otros).

Con respecto a la verosimilitud del derecho, y tal como lo ha señalado la Sala I del fuero *“Cabe señalar que, conforme la Convención Internacional de los Derechos del Niño (norma de rango constitucional a tenor de lo dispuesto por el art. 75, inc. 22, CN) el interés superior de los menores ha de ser la consideración primordial para resolver cualquier cuestión que los afecta (art. 3.1). En particular, esta convención reconoce 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 sí mismo y faciliten su participación activa en la sociedad (art. 23). En el orden local, la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires garantiza a las personas con necesidades especiales el derecho a su plena integración y a la equiparación de oportunidades (CCABA, arts. 23 y 42)”* (confr. CCAyT, Sala I *in re* “Brodski, Mariana Gabriela y otros c/ OSCBA s/ Otros procesos incidentales”, EXP 4544, julio 2002).

En cuanto al peligro en la demora, también se encuentra acreditada atento al inminente comienzo del ciclo escolar 2005, el próximo siete de marzo.

**V.-** Por lo demás, los requisitos de procedencia de las cautelares del tipo de la aquí solicitada aparecen de tal modo entrelazados que a mayor verosimilitud del derecho cabe no ser tan exigente con la gravedad e inminencia del daño y viceversa, cuando existe el riesgo de un daño de extrema gravedad e irreparabilidad, el rigor acerca del "fumus bonis iuris" se puede atenuar (Cam. Nac. Cont. Adm. Fed., Sala II *in re* "Continental Illinois National Bank and Trust Company of Chicago c/ BCRA s/ Nulidad" del 9/4/92; "Pinzón, Jorge c/ CSJN", del 17/3/97, Suplemento de Jurisprudencia de Derecho Administrativo, LL de febrero de 1998, pag. 60).

**VI.-** Tal como sostiene el Prof. García de Enterría (*“La Batalla por las Medidas Cautelares”*, Civitas, Madrid, 1992), la tutela cautelar debe aplicarse siempre que exista riesgo de frustración de la tutela final, ya que



## ***Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires***

constituye un verdadero soporte sobre el cual se afianza el derecho a la jurisdicción.

En el ámbito específico del amparo el derecho a la tutela judicial rápida y expedita, lleva ínsito el derecho a la protección cautelar como modo de asegurar el resultado práctico de la sentencia de mérito. La plena efectividad del amparo debe vincularse a un sistema cautela respaldatorio que proteja con inmediatez (o sea desde el inicio del proceso hasta el dictado de la decisión final) la integridad del derecho cuyo restablecimiento se demanda.

En el caso de marras, y en aras de una tutela cautelar eficaz, debe otorgarse la medida solicitada en cuanto la misma deviene una garantía constitucional adjetiva que se encuentra comprendida implícitamente en los art. 43 de la C.N. y 14 de la Carta Magna local.

Aquí aparecería –prima facie- lesionado el derecho a la educación si se impidiera la concurrencia de Juan Agustín a la escuela sin su terapeuta, en tanto, aparentemente se le habría discontinuado la posibilidad de educarse en un Colegio en el que pueda integrarse y a su vez realizar su formación en el marco de su capacidad especial. Es en este aspecto, y en virtud de la sensibilidad propia de aquellas personas que tienen capacidades diferentes, que entiendo que privarlo de su terapeuta ocasionaría un perjuicio irreparable. Por ello, más allá de todo fundamento jurídico, al que ya me he referido, entiendo que la demandada debe garantizar su asistencia a la institución mencionada, al menos hasta tanto se dirima la cuestión de fondo.

Dejo asentado que lo decidido implica una derivación lógica de los antecedentes analizados al día de la fecha, en el presente estadio procesal y con los elementos con que cuento para juzgar hoy.

Por los motivos expuestos, **RESUELVO:**

**1.-** Acordar la medida solicitada. En tal sentido, se ordena al G.C.B.A a que - por conducto de la Secretaría de Educación- arbitre los medios necesarios para que se posibilite la concurrencia del niño J.A. P a la Escuela N°8 del Distrito Escolar N°8, en el turno tarde, con la



## ***Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires***

asistencia permanente del personal de apoyo especializado que cumpla con los requisitos que la disfunción del menor requiera, designándose como celadora a la Lic. Verdun y/o a cualquier otro profesional que resulte idóneo y que fuera propuesto por los Sres. padres del menor. Asimismo, se le hace saber a la Secretaría de Educación que deberá comunicar la presente medida **con carácter de urgente** a la Sra. Directora de la Escuela N°8, a fin de que el lunes siete de marzo del corriente año se garantice el inicio del ciclo lectivo del menor, con las particularidades que surgen de la presente.

**2.-** Regístrese, notifíquese al G.C.A.B.A. con habilitación de días y horas inhábiles y al Sr. Asesor Tutelar en la Sala de su Público Despacho. Previa caución juratoria que deberá prestar la actora, ofíciase al GCBA a sus efectos.