

Medidas Cautelares Autismo Menor Discapacitado Inclusion Escolar Derecho A La Educacion Medios Telematicos Coronavirus

JURISPRUDENCIA

Lomas de Zamora, 19 de Mayo de 2020.-

AUTOS Y VISTOS: Vienen los autos a esta Alzada en virtud del recurso de apelación interpuesto por la amparista contra la resolución dictada por el señor Juez a quo en fecha 11 de mayo del corriente, y por la cual desestimara la medida cautelar solicitada y se declarara seguidamente incompetente para intervenir en el caso, ordenando la remisión de las actuaciones al Juzgado Federal Civil y Comercial que en turno corresponda y; **CONSIDERANDO:** I. Que, en sustancia, se agravia la recurrente en tanto considera que el sentenciante de la anterior instancia rechazó la medida cautelar solicitada sin haber evaluado el marco jurídico que rodea la controversia, señalando al respecto que el caso versa sobre el pedido formal de un niño con trastorno del desarrollo no específico -autismo- que requiere asistencia continúa de un auxiliar de apoyo a la inclusión escolar. Aduce que V. requiere de dicho acompañamiento terapéutico durante todo el año escolar y aun cuando no concorra actualmente al establecimiento educativo -como todos los niños del país- por razones de la emergencia sanitaria, dado que al igual que los docentes, los profesionales cuya asistencia necesita continúan con la enseñanza a distancia bajo modalidades tales como zoom, videoconferencias, whatsapp, etc. Afirma que la posibilidad de daño al menor es real y concreta, y no sólo una simple manifestación, interrogándose a su vez acerca de qué pasaría si la imposibilidad de concurrir a los establecimientos educativos se extendiera hasta fin de año, supuesto en el que -según entiende- V. quedaría sin tener la enseñanza y tratamiento adecuado, mientras el resto de los chicos en edad escolar como el sí la tienen. Dice que el daño no sólo repercute en la salud del niño, pues también "la parte escolar influye en su bienestar general", agregando que "los niños autistas son chicos muy especiales a los cuales deben brindárseles todos los medios necesarios para su bienestar, tratamiento y educación". En función de ello, considera que tanto la verosimilitud del derecho como el peligro en la demora se encuentran perfectamente acreditados, añadiendo respecto de este último que "V. sin el acompañamiento profesional que requiere por su enfermedad; quedaría excluido de la enseñanza escolar, que actualmente se realiza por los distintos sistemas mencionados. Todos sus compañeros del colegio siguen realizando las tareas que les remiten sus docentes; pero V. no lo puede hacer si no es acompañado -aun con la situación imperante- por un profesional. Repito, se realizan actualmente mediante videollamadas y comunicación telefónicas"; razones por las cuales solicita la revocación de lo decidido. El mismo día del pronunciamiento recurrido (11/05/2020) la señora Asesora de Menores tomó contacto "telemático" con V. -a través de microsoft teams-, asumiendo intervención formal en autos mediante presentación electrónica materializada al día siguiente; oportunidad en la que apelara la decisión que es objeto de autos, mas al no haber fundado el recurso, se lo tuvo por desierto en la instancia de grado. (cfr. acta acompañada a la presentación electrónica de fecha 12/05/2020; resolución del día 15/05/2020) Mediante presentación electrónica de fecha 13/05/2020 apeló la parte actora, concediéndosele el recurso que hoy es objeto del presente pronunciamiento y elevándose las actuaciones en el día de ayer (18/05/2020). II. Tiene dicho este Tribunal, en retiradas ocasiones, que el interés superior del niño constituye el principal interés a tutelar, en tanto eje rector de todo el ordenamiento jurídico vigente en materia familiar y de niños, niñas y adolescentes, las interpretaciones jurídicas que pudiesen involucrar el adecuado sustento de ellos -sea económico, emocional, o cualquier otro- se encuentran exentas de cualquier tipo de suspensión de plazos, siendo obligada la intervención de las autoridades estatales llamadas por ley a protegerlos. (art. 75, inc. 22, Constitución Nacional; art. 3, Convención de los Derechos del Niño, ley 23.849; art. 3, ley 26.061; 705, 706, inc. "c", y ccdds., Cód. Civil y Comercial; art. 4, ley 13298 y mod.; íd. Esta sala, sent. 27/04/20, autos: "F.P.V. c/L.G.D. s/Alimentos; sent. 14/05/2020, M.C.L. C/R.S.R. S/Inc. de Alimentos) Atendiendo los principios indicados y los de celeridad que también deben primar, corresponde soslayar cualquier impedimento procesal que pudiera acontecer en el caso y pasar a resolver directamente la cuestión suscitada (doc. art. 22, ley 13.928; art. 6 y 7 inc. "c", res. SCBA 480/20); aunque no sin antes señalar que muchas de las consideraciones y precisiones jurídicas que ahora se expresan en el memorial, ciertamente no fueron puestas a consideración del magistrado de la instancia de origen, omisión que -de no haberse verificado- quizás hubiese permitido una lectura distinta en el anterior Estrado. Dicho esto, deviene propicio recordar que el derecho a la salud, desde el punto de vista normativo, está reconocido en los tratados internacionales con rango constitucional, siendo claro que, en tanto lo consientan las constancias de la causa, su protección cautelar debe otorgarse con amplitud para evitar los daños o su agravamiento. (Cfr. CSJN, in re "Orlando, Susana B. c. Buenos Aires, Provincia de y otros s/ Amparo", sent. del 04/04/2002; doc. art 75 inc 22, CN.; Fallos: 323:1339, in re "Asociación Benghalensis y otros") Por su lado, debe destacarse también el reconocimiento que en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales se efectúa con relación al derecho de todas las personas a disfrutar del más alto nivel posible de salud física y mental (cfr. art. 12, ley 23.313, art. 75 inc. 22,

CN); así como también se consagra en la Convención sobre los Derechos del Niño el derecho "al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud" (cfr. art. 24, Convención sobre los Derechos del Niño, ley 23.849; art. 75 inc. 22, CN) Que, al respecto, nuestra Corte Suprema de Justicia ha dicho también que el derecho a la preservación de la salud es una obligación impostergable que tiene la autoridad pública, quien debe garantizar ese derecho con acciones positivas, sin perjuicio de las obligaciones que deban asumir en su cumplimiento las jurisdicciones locales, las obras sociales o las entidades de la llamada "medicina prepaga" (cfr. CSJN, Fallos 321:1684; 323) En particular -y muy especialmente- cabe considerar que la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad asegura el derecho a la educación sin discriminación, y sobre la base de la igualdad de las oportunidades, a fin de desarrollar plenamente el potencial humano y el sentido de la dignidad y la autoestima y reforzar el respeto por los derechos humanos, las libertades esenciales y la diversidad humana. La norma convencional, de jerarquía constitucional, establece expresamente que al hacer efectivo este derecho, los Estados Partes asegurarán que: a) Las personas con discapacidad no queden excluidas del sistema general de educación por motivos de discapacidad, y que los niños y las niñas con discapacidad no queden excluidos de la enseñanza primaria gratuita y obligatoria ni de la enseñanza secundaria por motivos de discapacidad; 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, en la comunidad en que vivan; c) Se hagan ajustes razonables en función de las necesidades individuales; d) Se preste el apoyo necesario a las personas con discapacidad, en el marco del sistema general de educación, para facilitar su formación efectiva; e) Se faciliten medidas de apoyo personalizadas y efectivas en entornos que fomenten al máximo el desarrollo académico y social, de conformidad con el objetivo de la plena inclusión"; definiciones que demuestran con elocuencia la importancia que en nuestro derecho interno se le asigna a la protección que se procura en la especie. (art. 24, Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, ley 26.378; art. 75 inc. 22, CN; el resaltado es propio) Sentado el marco conceptual que antecede, se advierte de la documentación acompañada a la demanda que el joven V. cuenta con trece (13) años de edad al momento de este pronunciamiento, que se encuentra inscripto como alumno regular en Escuela Primaria N° *** del partido de Alte Brown - cursando el sexto (6) grado del turno mañana-, y que presenta un cuadro de salud diagnosticado como trastorno generalizado del desarrollo no especificado (TDG) que motivara que la profesional que lo tratara solicitara un módulo de apoyo a la integración escolar; todo cual permite presumir que, efectivamente, V. debe gozar de la máxima protección a la que aluden las leyes indicadas en el punto precedente. (cfr. Certificado de Nacimiento, diagnóstico suscripto por la doctora C. O., especialista en Neurología Pediátrica; y Certificado Escolar, suscripto por la directora de la institución, A. L.; todo en formato digital) Asimismo, de las presentaciones y notas dirigidas por la recurrente a la prestadora de salud accionada se evidencia también un incesante reclamo tendiente a procurar la satisfacción del derecho que se aduce comprometido, por lo que también cabe entender que aquél no ha sido debidamente satisfecho hasta el presente, habida cuenta la necesidad de acudir a esta vía excepcional y urgente. Por lo demás, sabido es que la declaración de pandemia efectuada por la Organización Mundial de la Salud (covid-19) y el consecuente estado de crisis sanitaria dispuesto tanto en el ámbito Nacional como en el de la provincia de Buenos Aires -y que se presume por todos conocido- motivó el dictado de normas excepcionales, tales como las referidas a la limitación de la circulación y al aislamiento social, preventivo y obligatorio; siendo notorio que tales restricciones han repercutido en todas actividades -económicas, sociales, culturales, etc.- del país, entre las que naturalmente se encuentran las correspondientes al sistema educativo, con la consecuente suspensión de actividades escolares "presenciales". (Decretos PEN 260/20, 297/20, 325/20, 355/20, 408/20, y Decretos provinciales 132/20, 180/20, 203/20, entre otros) Sin embargo, y como también es de público conocimiento, es dentro de ese marco excepcional que las autoridades educativas, docentes, alumnos y padres se encuentran transitando un camino de innovación, intensificando los esfuerzos destinados a aprovechar de la mejor manera posible las funcionalidades tecnológicas disponibles, utilizando herramientas novedosas como las "clases virtuales" por medios telemáticos (classroom, zoom, microsoft teams, whatsapp, telegram, google meet, etc), a fin de que los alumnos puedan continuar -en la medida de lo posible-, con el proceso de aprendizaje escolar. De modo que, en el contexto descripto, y sin perjuicio de entender que lejos de mitigarla la ausencia de clases refuerza la necesidad de asistencia profesional del joven V.; en rigor verdad, se trata aquí de remover los obstáculos para que su condición de salud no sea un impedimento para su desarrollo, ni se constituya en motivo -de hecho, e injusto- para su exclusión de la escuela primaria, gratuita y obligatoria que el Estado Argentino tiene el deber de garantizar. En suma, en función de todo ello, y recordando por último que la primera característica de los derechos constitucionales que se mencionaran con antelación es que no son meras declaraciones, sino normas jurídicas operativas con vocación de efectividad, y que -como reiteradamente lo ha sostenido nuestro superior Tribunal de Justicia- la Constitución Nacional en cuanto norma jurídica reconoce derechos humanos para que estos resulten efectivos y no ilusorios; encontrándose "prima facie" acreditados a criterio de este Tribunal los presupuestos necesarios para el andamiento de la medida cautelar requerida por la amparista, corresponderá entonces atender sus quejas y revocar esta parcela del pronunciamiento apelado. (art. 43 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional;

art. 20 y 36 inc. 5° y 8° de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires; arts. 1, 9, 16, 17 y 22, ley 13.928; arts. 1 y 3, ley 20.061; art. 24, Convención sobre los Derechos del Niño, ley 23.849; art. 24, Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, ley 26.378) POR ELLO; con el alcance que antecede, revócase parcialmente la resolución recurrida admitiéndose, consecuentemente, la medida cautelar peticionada consistente en la inmediata asistencia terapéutica del joven V. F. -módulo maestro de apoyo, psicólogo o psicopedagogo- durante toda la semana escolar y la vigencia del año calendario escolar 2020; la que deberá hacerse efectiva en la instancia de origen, previa caución juratoria que podrá prestarse mediante escrito electrónico, y del modo que el señor Juez a quo considere más eficaz. (Cfr. art. 6, segundo párrafo, res. SCBA480/20; art. 3 y 1710, 1711 y 1713 del Cód. Civil y Comercial de la Nación; arts. 1, 9, 16, 17, 22 y 25, ley 13.928; arts. 195, 196, 199 y 232 del CPCC). Cumplido, y atento encontrarse firme la declaración de incompetencia dispuesta en la anterior instancia, remítanse las presentes actuaciones al Juzgado Federal en lo Civil y Comercial de Lomas de Zamora. Las costas se imponen por su orden, habida cuenta como se resuelve la cuestión y la ausencia de sustanciación. (art. 68 del CPCC). REGISTRESE. NOTIFIQUESE ELECTRONICAMENTE (arts. 3 y 4 res. SCBA 480/20). DEVUELVA. JAVIER ALEJANDRO RODIÑO JUEZ DE CÁMARA CARLOS RICARDO IGOLDI JUEZ DE CÁMARA GERMAN PEDRO DE CESARE SECRETARIO Correlaciones: S., M. A. y otros c/Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires (OBSBA) s/amparo - Cám. Cont. Adm. y Trib. Bs. As. (Ciudad) ? Sala III - 01/08/2019 - Cita digital IUSJU043377E 000652F