Trelew, diciembre 12 de 2023.-

AUTOS Y VISTOS: Las presentes actuaciones caratuladas: “S., F. A. c/ Instituto de Seguridad Social y Seguros de la Provincia del Chubut s/ acción de amparo (AU)”, en trámite por ante esta Cámara de Apelaciones en condición de tribunal unipersonal de acuerdo a lo dispuesto por el art. 1, último párrafo de la ley V N° 180, venidas a despacho a fin de dictar sentencia, de las que,

RESULTA: I.- Que a fs. 27/42 vta. se presenta A. S. -en realidad F. A. S.-, en representación de sus hijas menores M. A. A. S. e I. A. S. -ver partidas de nacimiento de fs. 01/vta.-, con el patrocinio de los Dres. R. S. y F. M., promoviendo acción de amparo contra el Instituto de Seguridad Social y Seguros de la Pcia. del Chubut (SEROS), a fin de que se ordene al mismo a brindar la cobertura integral y total de la escolarización de las menores, lo cual comprende el pago en forma directa de la matrícula y cuota mensual del Colegio F. D. Refiere a la competencia del tribunal y a la concesión de la medida cautelar que solicita, que en este caso tiene por sujeto pasivo un ente autárquico del Estado provincial. A continuación se explaya acerca de la admisibilidad de la acción de amparo, en cuanto no existe otro remedio judicial o administrativo que permita proteger la garantía constitucional vulnerada, en tanto la demandada ha guardado silencio o negativa a los requerimientos de las prestaciones que ha venido realizando. Agrega que intimó fehacientemente a la obra social mediante carta documento el 28/04/23 no habiendo obtenido respuesta alguna hasta la fecha de la demanda, por lo que entiende que SEROS niega y priva de cobertura de escolarización especial a sus hijas. Destaca la urgencia del caso que lleva a que la vía procesal elegida sea la única idónea, añadiendo que el amparo ha sido interpuesto en plazo.-

En cuanto a los hechos señala que sus hijas fueron diagnosticadas a muy temprana edad de hipoacusia y hoy cuentan con 12 y 11 años de edad. Ambas se encontraban cursando, hasta el año pasado, el colegio en la Escuela X. de la ciudad de Rawson, pero a raíz de una serie de inconsistencias en el servicio educativo, los trabajos complementarios entre el colegio normal (sic) y el especial no estaban dando resultados para las niñas. Refiere que M. tenía una acompañante que complementaba las tareas desde la escuela especial dos horas semanales, mas este trabajo de complementación entre ambas escuelas comenzó a mostrar su ineficacia, dándose un retroceso en la condición de la alumna. Esto se agravó, para ambas menores, con el advenimiento de la pandemia y la ausencia de clases en forma periódica y continua en la provincia del Chubut a lo largo de cinco años, y si bien esto perjudicó el servicio y la calidad educativa en general, afectó aun más el especial proceso de sus hijas en virtud de su condición. Explica que la falta de concertación en los programas entre los maestros de la escuela normal y los asistentes de la escuela especial causó la regresión en la educación y socialización de las chicas. Es por ello que en noviembre de

2022, ante la impostergable situación y por prescripción de los médicos tratantes, procedió a buscar un colegio especializado en niños con hipoacusia, siendo infructuosa la búsqueda en el ámbito provincial por lo que culminó contactando a dos colegios especiales de la ciudad de Buenos Aires.-

Seguidamente expresa que informó, con la debida antelación, a la demandada acerca de la necesaria y urgente cobertura para sus hijas, mas la contraria no hizo más que dilatar el cumplimiento, alegando trámites internos y que no existían antecedentes similares. Agrega que el auditor, Dr. N., le dijo que su pedido lo iba a evaluar el directorio pero que no iba a haber problemas para la autorización, por lo que comenzó a proyectar el cambio de centro de vida familiar a la ciudad de Buenos Aires. Procedió a solicitar el traslado laboral a dicha ciudad, y a alquilar un departamento en la misma, mientras realizaba entrevistas e informes en el colegio F. D. Continuó en contacto con la accionada a través de la delegación en la Capital Federal, mas sin obtener respuesta. Señala que recién el 13/02/23, pocos días antes del comienzo del calendario escolar, la auditora médica Dra. M., le respondió que la prestación debía ser otorgada por el sistema de educación pública de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CABA), como ocurrió en casos similares. Considera que la respuesta es injustificada, no se especificaron los “casos similares”, que se ignora que la cobertura debe ser brindada por la obra social, y que ante la situación de desamparo sus hijas se quedaron sin posibilidades de comenzar el año educativo ante la imposibilidad de pagar matrículas y dos cuotas mensuales de $ 165.828,39 cada una. Remarca que ambas niñas cuentan con el certificado único de discapacidad.-

A continuación narra que su hogar es monomarental compuesto por ella y sus tres hijos menores de edad, ejerciendo en forma solitaria la jefatura del hogar y sufragando los gastos económicos de la crianza de los niños, ya que el progenitor de los mismos no posee ningún tipo de vínculo ni aporta manutención alguna. Agrega que se desempeñaba en Rawson como personal adscripto de la Defensa Civil, habiendo solicitado su pase a la Casa del Chubut en Buenos Aires, donde actualmente trabaja. Señala que percibe la suma de $ 184.000 mensuales, percibiendo alrededor de $ 200.000 de asignación familiar por sus tres hijos, destacando que sus gastos mensuales rondan dicha suma y que la canasta básica es de $ 180.000 aproximadamente.-

Brinda los fundamentos jurídicos de su pretensión, citando la Constitución nacional, la ley 25280; la ley 22431; la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, destacando los derechos de acceso a la salud y educación para las personas con discapacidad, enfatizando lo dispuesto por los arts. 24, 25, 26, 28 y 30 de dicho tratado; La Declaración Universal de los Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Convención sobre los Derechos del Niño, en especial los arts. 3, 23, 26, 28

y 29; la ley 26206; la ley 26061; la ley 24901; la ley 23661 y la ley 25415. Asimismo entre la normativa local, cita la Constitución Provincial y la ley I N° 296, así como jurisprudencia que entiende pertinente al caso. Hace reserva del caso federal y solicita como medida cautelar innovativa que se ordene a la demandada el pago en forma directa de la matrícula de inscripción y cuota mensual en el colegio F. D. para las niñas A., desde la interposición de la demanda y hasta tanto se dicte sentencia definitiva. A tal fin entiende que se acreditaron los requisitos de verosimilitud del derecho y el peligro en la demora, ofreciendo caución juratoria. Requiere la citación del Ministerio de Salud y Educación de la provincia del Chubut en forma subsidiaria, funda en derecho, ofrece prueba y efectúa el petitorio de estilo.-

2) A fs. 43/44 se declara la admisibilidad preliminar de la acción de amparo, y respecto a la medida cautelar se solicitó el informe previsto en el art. 4, inc. 1 de la ley XIII N° 27. El mismo es presentado por la demandada a fs. 59/vta. (ID 1110990), a través de sus apoderados Dres. P. A., M. R. C. e I. L., propiciando el rechazo de la medida solicitada por cuanto afecta todo el plan de cobertura de su parte, siendo que la prestación requerida es de carácter educativo, existiendo escuelas públicas gratuitas, tanto en la provincia del Chubut como en la ciudad de Buenos Aires. Añade que la prestación requerida no se encuentra incluida en el PMO ni el Nomenclador de Prestaciones de la ley 24901, amén de que la actora cuenta con recursos suficientes para afrontarlos. Agrega que la consecuencia del planteo de la actora consiste en que la obra social deba detraer recursos destinados a las coberturas médicas para el resto de los afiliados, para dirigirlos al pago de la escuela privada que eligió la madre para sus hijas, cuestión educativa y ajena a las funciones de su parte. Considera que en todo caso debería haber demandado al Ministerio de Educación, tanto de Chubut como de CABA, que la afectación de recursos de la obra social es manifiesta y que el interés público del instituto se vería lesionado si cualquier padre descontento con la educación pública demandara a la obra social para la cobertura del pago de la cuota de una escuela privada. Explica que la actora presentó su petición a su mandante en los primeros días de febrero de 2023, luego de haber decidido establecerse en CABA, por lo que se trasladaron en forma previa a la petición. Señala que la situación socioeconómica de la actora y del Sr. M. les permite satisfacer holgadamente sus necesidades básicas por lo que entienden que cuentan con los recursos suficientes para afrontar el pago de la escuela privada.-

A fs. 69/70 obra el dictamen de la Asesoría de Familia (ID 1116451), y con cita de jurisprudencia, de la ley 24901 y de doctrina, y luego de haber tomado contacto con la escuela privada en cuestión, se concluye en que se haga lugar a la medida cautelar requerida. A fs. 71, previo a resolver la misma, se ordena, como medida para mejor proveer,

que se libre oficio al Ministerio de Educación de la ciudad de Buenos Aires, tal como se solicitara en la contestación de demanda.-

3) A fs. 65/68 (ID 1115342), con los mismo letrados, la accionada contesta demanda, negando en particular, entre otras cuestiones, que su parte hubiera incurrido en una conducta y omisión arbitraria o ilegítima, que hubiera lesionado o amenazado derechos constitucionales, y que hubiera puesto en riesgo la salud de la actora. Considera que no se dan los presupuestos de procedencia de la acción de amparo, ya que las prestaciones de salud demandadas por las hijas de la actora son cubiertas por la obra social de acuerdo a la patología de las mismas, recibiendo la atención que precisan ya sea que concurran a una escuela pública y privada, dado que las prestaciones a su cargo son de salud y no educativas. Remarca que no está a su cargo el pago de la cuota y matrícula de la escuela privada escogida por la actora para sus hijas, no estando, dicha prestación, incluida en el PMO ni en el Nomenclador de Prestaciones de Discapacidad. Explica que las derivaciones a otras jurisdicciones son por motivos de mayor complejidad, habiendo sido la última derivación de las menores el 11/02/2020. Agrega que la familia eligió la opción educativa indicada antes de realizar el pedido de cobertura a principios de febrero de 2023, por lo que entiende que viene abonando la misma desde el comienzo del año lectivo, a pesar de la amplia oferta educativa especial de carácter público, tanto en CABA, y en las provincias de Buenos Aires y de Chubut.-

Al narrar lo que entiende como realidad de los hechos, reitera que la actora presentó el pedido de pago de la escuela privada que eligió para sus hijas en CABA a principios de febrero del presente año, respondiéndosele inmediatamente -el 16/02/23- que no era una cobertura de salud sino educativa, por lo que debía reclamarla a las autoridades de CABA. Impugna los certificados de la Dra. I. que prescribe “Escuela Especial Primaria jornada doble Febrero-Diciembre 2023” a las dos menores, como si se tratara de una prescripción médica, ya que actuó direccionalmente en conjunto con la actora. Añade que también se contestó la carta documento del 28/04/23, rechazando la misma el 12/05/23, considerando extemporánea la presentación de la acción por haberse tomado conocimiento de la negativa en febrero de 2023. Señala que las hijas de la accionante cursaban en una escuela normal para favorecer su integración y desarrollo, recibiendo apoyo de acompañantes terapéuticos en la escuela, y concurriendo en otro horario a escuelas especiales a fin de desarrollar las habilidades específicas que resulta necesario por su patología. Refiere a las dificultades argumentadas por la actora en el sistema educativo chubutense en los últimos años, lo cual no requería la decisión extrema de mudarse a la ciudad de Buenos Aires y enviarlas a una escuela privada. Insiste en que se le indicó a S. que acudiera al sistema de educación pública de CABA, presumiendo que las niñas asisten a la escuela privada elegida y que el grupo familiar, que se integra con el Sr. M., cuenta con recursos suficientes para ello, ya que los

ingresos totales de la familia rondan los casi $ 900.000. Enumera distintos establecimientos educativos para niños con la patología de las hijas de la actora, en la zona del AMBA (Área Metropolitana Buenos Aires). Repite que se debió dirigir la acción contra el Ministerio de Educación de la provincia del Chubut o de CABA, planteando así la falta de legitimación pasiva de su parte.-

Pide la citación como terceros de la provincia del Chubut en virtud de la autoridad de su Ministerio de Educación en la materia, así como al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires por las mismas razones, en virtud del lugar de residencia de las niñas. Rechaza el reclamo de la medida cautelar, funda en derecho, ofrece prueba y efectúa el petitorio de estilo.-

A fs. 71, 2do. párrafo, se confiere traslado a la actora de la documental aportada por la demandada, así como de la citación de terceros que solicita, lo que es respondido a fs. 75/77 vta. (ID 1123504). A fs. 82 (ID 1138469) la Asesoría de Familia dictamina con relación a la citación de terceros ya indicada, lo que es desestimado a fs. 84/85, mediante la SIAU N° 23/2023.-

A fs. 89 se abre la causa a prueba por el plazo de cinco días. A fs. 137 obra el acta de audiencia por la cual las partes, de común acuerdo, convienen en que se aguardará hasta el 01/12/23 para que se incorporen en autos los informes requeridos a la Provincia de Buenos y a la Ciudad de Buenos, y que vencido dicho término acuerdan que se pasen los autos para el dictamen de la Asesoría de Familia previo a dictar sentencia. A fs. 152/160 se agrega el informe del Ministerio de Educación de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. A fs. 162/163 vta. obra el dictamen de la Asesora de Familia, llamándose finalmente los autos para sentencia a fs. 166.-

Y CONSIDERANDO: PRIMERO: Que el art. 54 de la Constitución Provincial dispone la procedencia del amparo cuando en forma actual o inminente se restrinjan, alteren, amenacen o lesionen derechos o garantías constitucionalmente reconocidos, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, términos básicamente reproducidos por el art. 3 de la ley V N° 84. De acuerdo con Sagüés (Derecho Procesal Constitucional, Acción de amparo, Ed. Astrea, 1995, Tº 3, págs. 110/114), se ha interpretado que un acto es ilegal cuando es contrario a las normas del derecho positivo, ya sea ley formal -emanada del Poder Legislativo- o ley material -otra norma como una resolución ministerial, decreto u ordenanza- (op. cit., pág. 111). Expresa el autor citado que en materia de amparo, la doctrina y la jurisprudencia también utilizan el vocablo “ilegitimidad” para calificar a los actos susceptibles de ser atacados por esta vía, siendo esta voz de una significación más amplia que ilegalidad, en tanto no apunta a la conformidad del acto con la ley material sino que señala la justificación del acto, en definitiva la “justicia” del acto, concepto que está cubierto en la letra del texto constitucional -tanto nacional como provincial- con la voz

"arbitrariedad" (aut. cit., págs. 112/113). La arbitrariedad en definitiva se hace presente en aquellos actos que aunque legales carecen de justicia, por ser contrarios al "derecho fundamental que está ínsito en los principios constitucionales sobre garantías individuales, en la declaración de los derechos humanos, en las reglas de la lógica jurídica aplicables a esos derechos fundamentales" (conf. cita de Bielsa en Sagüés, op. cit., pág. 113). En cuanto al requisito de evidencia de ilegalidad o arbitrariedad -el art. 54 de la Const. Provincial y el art. 3 de la ley V N°84 exigen que ambas sean "manifiestas"-, ello no implica que el vicio deba ser de tal magnitud que pueda reconocerse sin el menor análisis, sino que la restricción de los derechos sea claramente individualizada por el accionante, se indique con precisión los derechos lesionados, resulte verosímil su existencia y pueda evidenciarse con nitidez en el curso de un breve debate (conf. cita jurisprudencial CN. Fed., Sala II, Cont.Adm., 13/7/76, ED, 69-293; en Sagüés, op. cit., pág. 117). Corresponde a la luz de lo expuesto en este considerando, indagar acerca de la existencia o no de la ilegalidad o arbitrariedad manifiesta de las omisiones que aquí se atacan.-

SEGUNDO: Que la legitimación de las menores por las que su madre incoa este amparo, está fuera de discusión, ya que su condición de afiliadas surge de las constancias de los respectivos carnets de fs. 02/vta., amén de que esta condición no fue cuestionada por la demandada, quedando por lo demás reconocida con el intercambio comunicacional entre la madre de las menores y la obra social (ver fs. 06, 24 vta./25 vta., 26 y 61/62), y con la propia admisión de la accionada, en la contestación de la demanda, en cuanto a la cobertura que brinda respecto de las prestaciones de salud que requieren las niñas (ver fs. 65 vta., 4to. párrafo). Dada la condición de afiliadas de las menores, también queda fuera de discusión la legitimación pasiva de la obra social demandada, más allá de analizar si la prestación requerida debe ser cubierta o no por la misma.-

Que resuelta la cuestión de la legitimación de las partes, corresponde adentrarnos en el fondo de la pretensión. Al respecto cabe señalar que la demandada entiende que la cobertura reclamada no se refiere a una prestación de salud, sino de educación, y por lo tanto ella no está obligada a brindarla, sino que la actora debe recurrir a los sistemas de educación de CABA -donde reside el grupo familiar-, o de las provincias de Buenos Aires o de Chubut. Sobre este punto es de destacar que la actora adjuntó a fs. 05/vta. los respectivos certificados de discapacidad de ambas menores con validez hasta el 26/07/2028, y en los que figura como diagnóstico "hipoacusia neurosensorial bilateral", y como orientación prestacional "prestaciones de rehabilitación-prestaciones educativas (inicial/EGB)-servicio de apoyo a la integración escolar". Asimismo a fs. 16 vta./17, obran dos certificados del 09/01/23 suscriptos por la Dra. I., médica pediatra, en los que prescribe para I. y M., una escuela especial primaria jornada doble. A fs. 17 vta./19 obran otros dos certificados de la misma profesional en los que señala que se requiere, para M., un cambio

de institución para mejorar su calidad de vida y su ingreso a la sociedad a fin de -nuevamente reitera su calidad de vida- y expectativa futura en autonomía, desarrollo social e inclusión en la sociedad; en cuanto a I. se indica que se requiere también un cambio de institución por no poder cumplir en la zona con las necesidades de educación como de prestaciones de profesionales adecuados en tiempo y forma.-

El resto de la documental adjuntada por la amparista consiste en los antecedentes de escolaridad de las niñas en el sistema de educación pública de Chubut (ver fs. 07/09 vta.), señalándose, en lo sustancial que ambas asistieron en un turno a la escuela común y en contraturno a la escuela especial, esto último dos veces por semana en estímulos no mayores de 60 minutos. Asimismo se informa que ambas fueron implantadas en el año 2015, y que contaron con el recurso de la maestra de apoyo a la inclusión (MAI) quien las acompaña en su trayectoria en la escuela común, dos veces por semana. En cuanto a M. se destaca que desde 2018 cuenta con un Proyecto Pedagógico Individual (PPI), con una priorización de saberes acordes a sus capacidades y no realiza rehabilitación fonoaudiológica desde el año 2019. En lo que se refiere a I. se especifica que, debido a las políticas educativas provinciales, en las escuelas especiales no se realiza gabinete de articulación ni rehabilitación del lenguaje por lo cual asistía a fonoaudióloga particular. Se agrega respecto de la misma que desde el inicio del nivel educativo primario cuenta con Proyecto de Accesibilidad Curricular (PAC), lo que implica que los saberes trabajados son iguales a los del resto de sus compañeros, y que sólo se realizan adecuaciones de acceso para la adquisición de los mismos (recursos, estrategias, etc.). Se añade que no realiza rehabilitación fonoaudiológica desde el año 2019. -

En cuanto al aspecto social y pedagógico, los referidos informes dan cuenta, en lo sustancial, que M. tiene intención comunicativa pero le cuesta plantear sus dudas acerca de los saberes que se van trabajando en el aula, se relaciona muy bien con sus pares que la acompañan desde 1er. grado, sobre todo con algunas niñas, lo que se juzga contraproducente porque las compañeras tienden a sobreprotegerla, restándole autonomía. Se indica que su lenguaje oral presenta algunas fallas articulatorias propias de su pérdida auditiva y su vocabulario es acotado, por lo que se recurre al lenguaje gestual. Posee hábitos de trabajo y se esfuerza por mejorar día a día, añadiéndose que su ritmo de estudio es lento y se ralentiza porque es una estudiante muy meticulosa. Se agrega que necesita apoyo visual para la comprensión de consignas y explicaciones, siendo necesaria la explicación de manera individual, siendo fundamental que su grupo áulico no sea muy numeroso y que se ubique cerca del pizarrón y del docente. Necesita apoyo fonético en la escritura de palabras y guía para organizar oraciones simples, se observan dificultades en el área de matemáticas en la resolución de operaciones simples, requiere el apoyo de las tablas de multiplicar y se encuentra iniciando el algoritmo de la división por una cifra. Finalmente se informa que

presenta dificultades en la comprensión de enunciados de situaciones problemáticas sencillas.-

En el mismo aspecto, en lo que se refiere a I., se señala que es una estudiante muy sociable, extrovertida, autoexigente y que se acerca al docente para consultar dudas y pedir ayuda, y una vez que comprende las consignas las resuelve de manera autónoma utilizando sus propias estrategias. Se añade que se relaciona muy bien con sus pares y adultos, y que es abierta a trabajar con todos sus compañeros, participando activamente en las propuestas áulicas, presenta algunas fallas articulatorias propias de su pérdida auditiva y suele utilizar lenguaje gestual para hacerse entender. Se expresa que posee hábitos de trabajo, busca el intercambio con pares y docentes, se adapta y acepta trabajar con cualquier compañero, pudiendo finalizar las actividades planteadas, utiliza el vocabulario adquirido en las tareas áulicas, requiriendo apoyo para organizar sus actividades y áreas curriculares, soliendo necesitar refuerzo individual de las consignas cuando no las comprende. Se indica que el apoyo visual es muy útil en los trabajos escritos, y que en el área de matemáticas trabaja numeración hasta cuatro cifras, suma, resta y multiplicación por una cifra, y que se está iniciando en la división, necesitando guía y apoyo gráfico.
Finalmente se informa que las situaciones problemáticas requieren de explicación extra e individual.-

A fs. 10/vta. obran dos notas del 31/01/23 dirigidas a la demandada por la representante legal del colegio porteño en el cual la actora pretende inscribir a sus hijas, y en la que se solicita la cobertura de escolaridad especial primaria en doble jornada de 8 a 16 horas de lunes a viernes, de febrero a diciembre del presente año para ambas niñas, destacándose que en dicho instituto se trabaja para que el alumno alcance su máximo potencial, estimulando el desarrollo de su lenguaje y comunicación, permitiéndole la adquisición de los contenidos pedagógicos del nivel. A tal fin adjuntan el informe inicial y el plan de trabajo (ver fs. 11/16).-

A su vez, de la documental aportada por la accionada se desprende que el 16/02/23 desde la Dirección de la obra social se informó a la actora que la prestación requerida no es una prestación de salud cuya cobertura deba ser otorgada por el instituto demandado, siendo el sistema de Educación Pública de la CABA quien debe garantizar el acceso a la educación de las afiliadas con los requerimientos particulares del caso (ver fs. 61), lo que es reiterado en la misiva del 12/05/23 de fs. 62.-

TERCERO: Recientemente en las SDAU N° 01/22, del 31/10/22, y SDAU N° 03/23, del 02/03/23 señalé que el derecho a la salud está implícitamente reconocido en el art. 33 de la Const. Nacional y expresamente en el art. 18, inc. 2 de la Const. Provincial, amén de estar expresamente reconocido en la Declaración Universal de

Derechos Humanos (art. 25), la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. XI), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 5.1), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 12) y la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 24). A su vez, en el caso de las personas con discapacidad el art. 75, inc. 23 de la Const. Nacional 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 esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad..".* Al respecto se ha sostenido que este texto consagra medidas de acción positiva a favor de los miembros de los grupos vulnerables enumerados en la norma, y que la acción positiva impone medidas diferenciadoras directamente encaminadas a privilegiar a determinados grupos minoritarios (o tratados como si fuesen minorías). Se parte de la idea de que el Derecho tiene una función de promoción, no tanto de la protección de los intereses que entiende valorizar cuanto del mismo comportamiento de los interesados. La norma jurídica es valuada como un componente interno del sistema económico, en la medida que interfiere en el ambiente con el fin de garantir una determinada regulación social (conf. Kemelmajer de Carlucci, Aída, en Sabsay-Manili: "Constitución de la Nación Argentina…", Ed. Hammurabi, 2010, T° 3, pág. 769). Asimismo se consideró que las medidas de acción positiva en general tienen por finalidad garantizar la igualdad real de trato, desbrozando los impedimentos culturales que condicionan y limitan la igualdad en los hechos. La Constitución Nacional, en especial, dispuso la sanción de leyes, estableciendo acciones positivas a favor de los niños, las mujeres, ancianos y los discapacitados. Las disposiciones constitucionales y legales acerca de las acciones positivas no entrañan de modo necesario discriminaciones inversas, pero usualmente las establecen (conf. Gelli, María Angélica: "Constitución de la Nación Argentina Comentada y Concordada", Ed. La Ley, 2006, pág. 720).-

Ha de agregarse que con posterioridad a la reforma constitucional de 1994, la ley 25280 aprobó la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad; y la ley 26378 aprobó la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad (CIDPD) y su protocolo facultativo, con jerarquía constitucional otorgada por la ley 27044 en los términos del art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional. En cuanto a la primera, en lo aquí pertinente, su artículo III dispone que los Estados Parte se comprometen a: *"...1. Adoptar las medidas de carácter legislativo, social, educativo, laboral o de cualquier otra índole, necesarias para eliminar la discriminación contra las personas con discapacidad y propiciar su plena integración en la sociedad, incluidas las que se enumeran a continuación, sin que la lista sea taxativa: a)*

Medidas para eliminar progresivamente la discriminación y promover la integración por parte de las autoridades gubernamentales y/o entidades privadas en la prestación o suministro de bienes, servicios, instalaciones, programas y actividades, tales como el empleo, el transporte, las comunicaciones, la vivienda, la recreación, la educación, el deporte, el acceso a la justicia y los servicios policiales, y las actividades políticas y de administración…2.Trabajar prioritariamente en las siguientes áreas…b) La detección temprana e intervención, tratamiento, rehabilitación, educación, formación ocupacional y el suministro de servicios globales para asegurar un nivel óptimo de independencia y de calidad de vida para las personas con discapacidad…".-

La segunda de las convenciones mencionadas, por su parte, en su art. 24 estipula: *"**Educación.** 1. Los Estados Partes reconocen el derecho de las personas con discapacidad a la educación. Con miras a hacer efectivo este derecho sin discriminación y sobre la base de la igualdad de oportunidades, los Estados Partes asegurarán un sistema de educación inclusivo a todos los niveles así como la enseñanza a lo largo de la vida, con miras a: a) Desarrollar plenamente el potencial humano y el sentido de la dignidad y la autoestima y reforzar el respeto por los derechos humanos, las libertades fundamentales y la diversidad humana. b) Desarrollar al máximo la personalidad, los talentos y la creatividad de las personas con discapacidad, así como sus aptitudes mentales y físicas. c) Hacer posible que las personas con discapacidad participen de manera efectiva en una sociedad libre. 2. 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 los 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. 3. Los Estados Partes brindarán a las personas con discapacidad la posibilidad de aprender habilidades para la vida y desarrollo social, a fin de propiciar su participación plena y en igualdad de condiciones en la educación y como miembros de la comunidad. A este fin, los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes, entre ellas: a) Facilitar el aprendizaje del Braille, la escritura alternativa, otros modos, medios y formatos de comunicación aumentativos o alternativos y habilidades de orientación y de movilidad, así como la tutoría y el apoyo entre pares. b) Facilitar el aprendizaje de la lengua de señas y la*

promoción de la identidad lingüística de las personas sordas. c) Asegurar que la educación de las personas, y en particular los niños y niñas ciegos, sordos o sordociegos se imparta en los lenguajes y los modos de comunicación más apropiados para cada persona y en entornos que permitan alcanzar su máximo desarrollo académico y social. 4. A fin de contribuir a hacer efectivo este derecho, los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para emplear a maestros, incluidos maestros con discapacidad, que estén cualificados en lengua de señas o Braille y para formar a profesionales y personal que trabajen en todos los niveles educativos. Esa formación incluirá la toma de conciencia sobre la discapacidad y el uso de los modos, medios y formatos de comunicación aumentativos o alternativos apropiados, y de técnicas y materiales educativos para apoyar a las personas con discapacidad. 5. Los Estados partes asegurarán que las personas con discapacidad tengan acceso general a la educación superior, la formación profesional, la educación para adultos y el aprendizaje durante toda la vida sin discriminación y en igualdad de condiciones con las demás. A tal fin, los Estados Partes asegurarán que se realicen ajustes razonables para las personas con discapacidad". Y el art. 26, en lo aquí relevante, dispone: *"1. Los Estados Partes adoptarán medidas efectivas y pertinentes incluso mediante el apoyo de personas que se hallen en las mismas circunstancias, para que las personas con discapacidad puedan lograr y mantener la máxima independencia, capacidad física, mental, social y vocacional, y la inclusión y participación plena en todos los aspectos de la vida. A tal fin, los Estados Partes organizarán, intensificarán y ampliarán servicios y programas generales de habilitación y rehabilitación, en particular en los ámbitos de salud, el empleo, la educación y los servicios sociales…".-*

Dada la edad de las menores, también resulta pertinente considerar que la Convención sobre los Derechos Niño, en su art. 23 dispone, en lo que resulta pertinente: *"1. 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 sí mismo y faciliten la participación activa del niño en la comunidad. 2. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño impedido a recibir cuidados especiales y alentarán y asegurarán, con sujeción a los recursos disponibles, la prestación al niño que reúna las condiciones requeridas y a los responsables de su cuidado de la asistencia que se solicite y que sea adecuada al estado del niño y las circunstancias de sus padres o de otras personas que cuiden de él. 3. En atención a las necesidades especiales del niño impedido, la asistencia que se preste conforme al párr. 2° del presente artículo será gratuita siempre que sea posible, habida cuenta de la situación económica de los padres o de las otras personas que cuiden del niño, y estará destinada a asegurar que el niño impedido tenga un acceso efectivo a la educación, la capacitación, los servicios sanitarios, los servicios de rehabilitación, la preparación para el empleo y las oportunidades de esparcimiento y*

reciba tales servicios con el objeto de que el niño logre la integración social y el desarrollo individual, incluido su desarrollo cultural y espiritual, en la máxima medida posible….".-

En lo que se refiere a la normativa infraconstitucional nacional la ley 22431, en su art. 1 estipula con una terminología -hoy- desactualizada: *"Institúyese por la presente ley, un sistema de protección integral de las personas discapacitadas, tendiente a asegurar a éstas su atención médica, su educación y su seguridad social, así como a concederles las franquicias y estímulos que permitan en lo posible neutralizar la desventaja que la discapacidad les provoca y les den oportunidad, mediante su esfuerzo, de desempeñar en la comunidad un rol equivalente al que ejercen las personas normales".* Asimismo resulta pertinente en lo que aquí respecta, lo dispuesto por el art. 13 que reza: *"El Ministerio de Educación de la Nación tendrá a su cargo: a) Orientar las derivaciones y controlar los tratamientos de los educandos discapacitados, en todos los grados educacionales especiales, oficiales o privados, en cuanto dichas acciones se vinculen con la escolarización de los discapacitados tendiendo a su integración al sistema educativo:*
b) Dictar las normas de ingreso y egreso a establecimientos educacionales para personas discapacitadas, las cuales se extenderán desde la detección de los déficits hasta los casos de discapacidad profunda, aun cuando ésta no encuadre en el régimen de las escuelas de educación especial; c) Crear centros de valuación y orientación vocacional para los educandos discapacitados; d) Coordinar con las autoridades competentes las derivaciones de los educandos discapacitados a tareas competitivas o a talleres protegidos; e) Formar personal docente y profesionales especializados para todos los grados educacionales de los discapacitados, promoviendo los recursos humanos necesarios para la ejecución de los programas de asistencia, docencia e investigación en materia de rehabilitación".-

En cuanto a la ley 24901, en lo que aquí importa, ordena en su art. 2 que *"Las obras sociales, comprendiendo por tal concepto la entidades enunciadas en el artículo 1 de la ley 23.660, tendrán a su cargo con carácter obligatorio, la cobertura total de las prestaciones básicas enunciadas en la presente ley, que necesiten las personas con discapacidad afiliadas a las mismas".* En el Capítulo IV relativo a las "Prestaciones básicas", resultan relevantes a los fines de esta decisión, los artículos 16 y 17 que, respectivamente, establecen: *"Prestaciones terapéuticas educativas. Se entiende por prestaciones terapéuticas educativas, a aquellas que implementan acciones de atención tendientes a promover la restauración de conductas desajustadas, adquisición de adecuados niveles de autovalimiento e independencia, e incorporación de nuevos modelos de interacción, mediante el desarrollo coordinado de metodologías y técnicas de ámbito terapéutico-pedagógico y recreativo";* y *"Prestaciones educativas. Se entiende por prestaciones educativas a aquellas que desarrollan acciones de enseñanzaaprendizaje mediante una programación sistemática específicamente diseñada, para realizarlas en un*

período predeterminado e implementarlas según requerimientos de cada tipo de discapacidad. Comprende escolaridad, en todos sus tipos, capacitación laboral, talleres de formación laboral y otros. Los programas que se desarrollen deberán estar inscriptos y supervisados por el organismo oficial competente que correspondiere".-

Por su parte el Capítulo V referido a "Servicios específicos", comprende diversos artículos entre los que amerita mencionar los siguientes. Art. 19: *"Los servicios específicos desarrollados en el presente capítulo al solo efecto enunciativo, integrarán las prestaciones básicas que deberán brindarse a favor de las personas con discapacidad en concordancia con criterios de patología (tipo y grado), edad y situación sociofamiliar, pudiendo ser ampliados y modificados por la reglamentación. La reglamentación establecerá los alcances y características específicas de estas prestaciones".* Art. 22: *"Educación general básica. Educación general básica es el proceso educativo programado y sistematizado que se desarrolla entre los 6 y 14 años de edad aproximadamente, o hasta la finalización del ciclo, dentro de un servicio escolar especial o común. El límite de edad no implica negar el acceso a la escolaridad a aquellas personas que, por cualquier causa o motivo, no hubieren recibido educación. El programa escolar que se implemente deberá responder a lineamientos curriculares aprobados por los organismos oficiales competentes en materia de educación y podrán contemplar los aspectos de integración en escuela común, en todos aquellos casos que el tipo y grado de discapacidad así lo permita".* Art. 25: *"Centro educativo terapéutico. Centro educativo terapéutico es el servicio que se brindará a las personas con discapacidad teniendo como objeto la incorporación de conocimiento y aprendizaje de carácter educativo a través de enfoques, metodologías y técnicas de carácter terapéutico. El mismo está dirigidos a niños y jóvenes cuya discapacidad motriz, sensorial y mental, no les permita acceder a un sistema de educación especial sistemático y requieren este tipo de servicios para realizar un proceso adecuado a sus posibilidades".* Por último, en cuanto a esta ley, cabe citar el art. 33, dentro del Capítulo VII "Prestaciones complementarias", que dispone: *"Cobertura económica. Se otorgará cobertura económica con el fin de ayudar económicamente a una persona con discapacidad y/o su grupo familiar afectados por una situación económica deficitaria, persiguiendo los siguientes objetivos: a) Facilitar la permanencia de la persona con discapacidad en el ámbito social donde reside o elija vivir; b) Apoyar económicamente a la persona con discapacidad y su grupo familiar ante situaciones atípicas y de excepcionalidad, no contempladas en las distintas modalidades de las prestaciones normadas en la presente ley, pero esenciales para lograr su habilitación y/o rehabilitación e inserción sociolaboral, y posibilitar su acceso a la educación, capacitación y/o rehabilitación. El carácter transitorio del subsidio otorgado lo*

determinará la superación, mejoramiento o agravamiento de la contingencia que lo motivó, y no plazos prefijados previamente en forma taxativa".-

Por último en cuanto a la normativa nacional la actora menciona la ley 25415 que crea el "Programa Nacional de Detección temprana y atención de la hipoacusia", sin embargo la misma no contempla una norma directamente vinculada a la cuestión aquí debatida, esto es la cobertura por parte de una obra social, de los gastos de educación especial de las menores con la discapacidad de hipoacusia.-

En cuanto al art. 30 de la Const. Provincial establece: *"La familia, la sociedad y el Estado tienen a su cargo la protección integral de las personas discapacitadas. Dicha protección abarca la prevención, asistencia, rehabilitación, educación, capacitación, inserción en la vida social y laboral y la promoción de políticas tendientes a la toma de conciencia de la sociedad respecto a sus deberes de solidaridad evitando toda discriminación. El Estado, en su caso, debe subrogarse en el ejercicio de las acciones que correspondan contra los obligados. En todo el ámbito de la Provincia se establecen normas para que el desplazamiento, acceso y desenvolvimiento de las personas discapacitadas encuentren facilidades que favorezcan su independencia".-*

La ley XVIII N° 12 que instituye el régimen de la obra social demandada, concretamente en su art. 24 dispone las prestaciones a cargo de la misma, y de manera particular en cuanto a las personas con discapacidad, el inc. h) establece: *"Cuando se trate de discapacitados, los gastos ocasionados por la provisión de prótesis y elementos correctivos y auxiliares terapéuticos, que resulten necesarios para el proceso de rehabilitación, serán solventados por el Instituto"*. Asimismo el inciso anterior, el g) establece a cargo de la obra social: *"Toda otra que directa o indirectamente contribuya al fomento, protección, recuperación de la salud, y rehabilitación del afiliado a la vida útil como así también a lograr su bienestar social".-*

A ello cabe añadir que en el ámbito provincial rige además la ley I N° 296 cuyo art. 16 reza: *"La Secretaría de Salud, el Instituto de Seguridad Social y Seguros, las demás Obras Sociales y prepagas garantizarán en forma gratuita las prestaciones que sean necesarias para la rehabilitación o tratamiento de la patología discapacitante, que se acreditará con la sola presentación del certificado según norma del artículo 3° de la presente, y lo establecido en la Ley Nacional N° 24.901 y la Ley XVIII N° 36".* Asimismo el art. 14 de la misma ley establece: *"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. Dictar las normas de ingreso y egreso a establecimientos educacionales para personas con discapacidad, las cuales se extenderán desde su*

prevención tendiendo a la detección y estimulación temprana, con la cooperación del Servicio de Estimulación Temprana. Crear centros de evaluación y orientación vocacional para los alumnos con discapacidad. Coordinar con el área competente las derivaciones de los alumnos con discapacidad a tareas competitivas o

talleres protegidos. Formar personal docente y profesionales especializados para todos los niveles educacionales, promoviendo los recursos humanos necesarios para la ejecución de los programas de asistencia, docencia e investigación en materia de discapacidad. Promover el desarrollo de los alumnos a través de recursos especiales de accesibilidad, tecnología informática, teclados Braille y otros sistemas aplicables".-

CUARTO: Reseñada la normativa que entiendo pertinente a la cuestión a resolver, debe recordarse que el constitucionalismo provincial nunca puede disminuir derechos que surgen de la constitución federal, ni reducir el núcleo o contenido esencial de los mismos (conf. Bidart Campos, Germán José: "Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino", Ed. Ediar, 1994, Tº V, "El sistema de derechos y el constitucionalismo provincial", pág. 37, pto. d). En sentido concordante se ha expuesto que cabe considerar que el bloque federal, que por la relación de subordinación deben acatar las provincias, no se recluye en la constitución federal, ya que es trinitario pues suma las leyes del congreso que se dictan en consecuencia y los tratados internacionales (conf. Bidart Campos, op. cit., ídem, pág. 61), dado lo dispuesto por el art. 31 de la Constitución Nacional. Si los derechos se gozan "conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio", de acuerdo al art. 14 de la Const. Nacional y tales derechos se sitúan en el plano de la constitución federal, las leyes que se sancionan para su goce, su ejercicio o reglamentación, son leyes que encuadran en la competencia del congreso, al menos como principio. Sin embargo ello no significa que la competencia sea exclusiva, por cuanto puede ser concurrente con la de las provincias, mas en base a lo dicho más arriba, la mentada competencia concurrente debe entenderse para mejorar el contenido del plexo federal de derechos o introducirle adiciones ampliatorias (conf. aut. cit., op. cit., ídem, págs. 62/63). Es que el plexo federal de derechos -donde cabe incluir a las leyes del congreso que reglamentan su ejercicio- es un mínimo respecto del cual la competencia provincial concurrente tiene el carácter de coadyuvancia, por lo que su ejercicio no se halla habilitado para alterar, vulnerar, hacer oposición o interferir de modo directa y absolutamente incompatible a la competencia federal delegada (conf. aut. cit., op. cit., ídem, pág. 169).-

En base a lo anterior, y lo dispuesto por el art. 2 de la ley 24901, cabe considerar que la obligación de cubrir totalmente las prestaciones básicas de las obras sociales enunciadas en el art. 1 de la ley 23660 es un "piso" mínimo que la legislación provincial no puede "perforar", por lo que la demandada, obra social provincial, resulta alcanzada por dicha obligación. Ahora bien, dentro de las prestaciones básicas del Capítulo IV de la citada ley

24901, se encuentra el art. 17 relativo a las Prestaciones educativas, con lo cual, en principio la accionada debe otorgar cobertura a *"...las prestaciones educativas... que desarrollan acciones de enseñanza-aprendizaje mediante una programación sistemática específicamente diseñada, para realizarlas en un período predeterminado e implementarlas según requerimientos de cada tipo de discapacidad. Comprende escolaridad, en todos sus tipos..."*.-

Asimismo cabe considerar que, de acuerdo al citado art. 16 de la ley I N° 296, la demandada debe hacerse cargo en forma gratuita de las prestaciones que sean necesarias para la rehabilitación o tratamiento de la patología discapacitante, lo cual es concordante con la Resolución N° 1149/05 del ISSyS que prevé en su art. 3 que se brindará cobertura en la prestaciones médico-asistenciales, entre otras, para satisfacer las necesidades para la rehabilitación de los afiliados discapacitados, de acuerdo al Anexo II. Y dicho Anexo, en el pto. 1) dispone: *"Las Prácticas Médico Asistenciales relacionadas directamente con la rehabilitación de la discapacidad, tendrán una cobertura del 100% a cargo del SEROS con prestadores de la Obra Social, mientras persista la necesidad fundamentada de las mismas. En todos los casos tomará intervención previa la Auditoría Médica local"*.-

Ahora bien, si se analiza la cuestión desde esta última normativa debería indagarse si la cobertura del pago de una escuela privada especial para la patología presentada por las menores A. S., importa una prestación asistencial relacionada con la rehabilitación de la discapacidad que presentan por su condición de hipoacúsicas. Y si se considera lo dispuesto por el art. 17 de la ley 24901 habría que considerar si la cobertura de las prestaciones educativas impone a la demandada el pago de una escuela privada "elegida" por la madre de las menores, de acuerdo a prescripciones médicas. Al respecto tengo presente que de los certificados de fs. 16/17 se desprende la prescripción de una escuela especial primaria de doble jornada, mas no se indica -tampoco podría haberlo hecho la médica firmante- que sea la escuela propuesta por la amparista.-

Desde la doctrina se ha entendido que el art. 24 de la CIDPD reconoce el derecho de las personas con discapacidad a la educación. Con miras a hacer efectivo este derecho sin discriminación y sobre la base de la igualdad de oportunidades, los Estados partes deben asegurar un sistema de educación inclusivo a todos los niveles, así como la enseñanza a lo largo de la vida, con miras a desarrollar plenamente el potencial humano y el sentido de la dignidad y la autoestima, y reforzar el respeto por los derechos humanos, las libertades fundamentales y la diversidad humana; desarrollar al máximo la personalidad, los talentos y la creatividad de las personas con discapacidad, así como sus aptitudes mentales y físicas; hacer posible que las personas con discapacidad participen de manera efectiva en una sociedad libre. A estos efectos, los Estados partes deben asegurar que 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; 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; se hagan ajustes razonables en función de las necesidades individuales; se preste el apoyo necesario a las personas con discapacidad, en el marco del sistema general de educación, para facilitar su formación efectiva; 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. Se debe brindar a las personas con discapacidad la posibilidad de aprender habilidades para la vida y desarrollo social, a fin de propiciar su participación plena y en igualdad de condiciones en la educación y como miembros de la comunidad. A este fin, deben adoptarse las medidas pertinentes, entre ellas: facilitar el aprendizaje del braille, la escritura alternativa, otros modos, medios y formatos de comunicación aumentativos o alternativos y habilidades de orientación y de movilidad, así como la tutoría y el apoyo entre pares; facilitar el aprendizaje de la lengua de señas y la promoción de la identidad lingüística de las personas sordas; asegurar que la educación de las personas, y en particular los niños y niñas ciegos, sordos o sordociegos se imparta en los lenguajes y los modos y medios de comunicación más apropiados para cada persona y en entornos que permitan alcanzar su máximo desarrollo académico y social (conf. Molina Quiroga, Eduardo, en SabsayManili: “Constitución de la Nación Argentina…”, Ed. Hammurabi, 2016, T° 5, págs. 694/695)

En cuanto a la jurisprudencia sobre el tema, se ha entendido que la ley 24901 dispone que las obras sociales tendrán a su cargo, con carácter obligatorio, la cobertura total de las prestaciones básicas enunciadas en la ley, que necesiten los afiliados con discapacidad (art.2), entre las que se encuentran las de educación general básica, definida como …el proceso educativo programado y sistematizado que se desarrolla entre los seis y los catorce años de edad aproximadamente o hasta la finalización del ciclo, dentro de un servicio especial o común (conf. CN. Fed. Cont.Adm., Sala III, 9/5/14, elDial-AA8872).

También se ha decidido hacer lugar a una acción de amparo condenando a una empresa de medicina prepaga a brindar las prestaciones requeridas por los profesionales que vienen tratando al amparista, afiliado, menor de edad que presentó certificado de discapacidad por diagnóstico de trastorno generalizado del desarrollo no especificado, desde que, atento a las características de la patología diagnosticada, resultaría riesgoso para su evolución que experimentara cambios de sus referentes terapéuticos. Y agregó que la demandada debe proveer el otorgamiento de prestaciones de salud igualitarias, integrales y humanizadas, tendientes a la promoción, protección, recuperación y rehabilitación de la salud, que respondan al mejor nivel de calidad disponible sobre la base de un criterio de justicia

distributiva, deber que genera el derecho del afiliado a obtener servicios suficientes, convenientes y oportunos. Por ello, ante la acreditada necesidad de continuidad escolar, dados los avances importantes y significativos del menor, carecen de relevancia las argumentaciones de la demandada referidas a la existencia de escuelas públicas, porque si bien informó sobre la presencia de establecimientos educativos estatales en el distrito escolar donde reside el niño, no demostró que esa oferta se adecue a las características de la discapacidad del infante (trastorno generalizado de desarrollo, TGD) (conf. Cám. Fed. San Martín, Sala II, 16/12/14, Microjuris, MJ-JU-M-90714-AR).-

Por su parte la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en un caso análogo señaló, por mayoría, que en la sentencia del mismo Tribunal recaída en la causa CSJ 104/2011 (47R)/CS1 "R.D. y otros c/ Obra Social del Personal de la Sanidad s/ amparo", del 27 de noviembre de 2012, se fijaron diversas pautas respecto de la carga probatoria que pesa sobre las partes en juicios de esta naturaleza, estableciéndose que el agente del servicio de salud es quien debe ocuparse concretamente de probar una alternativa entre sus prestadores que proporcione un servicio educativo análogo al que se persigue en la causa así como demostrar la exorbitancia o sinrazón de la elección paterna. Es así que, agregó, asiste razón a la apelante pues el *a quo* expresamente advirtió que la elección de los progenitores resultaba infundada al destacar que el instituto escogido es uno de los más costosos del ámbito educativo provincial y que, después de haber hecho concurrir allí a la niña por más de cinco años, intempestivamente solicitó a O. el pago de los aranceles escolares. También consideró que el tribunal de alzada omitió toda consideración de los testimonios brindados por expertas en psicopedagogía que dan cuenta de la posibilidad de que la menor asistiera a las escuelas públicas provinciales. Tampoco efectuó referencias al informe que en igual sentido emitió la Dirección General de Educación Especial de la citada provincia ni evaluó que la demandada se había hecho cargo de las prestaciones de apoyo escolar e integración a través de tratamientos psicopedagógicos, neurolingüística, terapia ocupacional, etc. (conf. CSJN, in re: "A., M.L. por su hija menor c/ OSDE s/ley de medicina prepaga", 29/03/2018; elDial AAA8CC).-

En otro fallo, el máximo tribunal federal, también por mayoría, ante la condena del tribunal inferior a una empresa de medicina prepaga a que afronte el pago de la escolaridad común en el I. P. M. X. de un menor que padece trastorno generalizado del desarrollo, consideró que el *a quo* dio relevancia a algunos elementos que, aunque importantes, no son definitorios, y al propio tiempo relativizó otros que resultan conducentes para demostrar la improcedencia de esa obligación. Así sostuvo que la cámara nada dijo respecto del ofrecimiento de la demandada a los padres del menor de trabajar en conjunto para la búsqueda de la escuela pública adecuada cerca de su domicilio a través de su Departamento de Psicología y Discapacidad, como tampoco sobre la utilización de los servicios de

integración escolar por medio de prestadores incluidos en su cartilla. Añadió que también se omitió considerar los informes emitidos por el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires en el sentido de que sus establecimientos escolares se encuentran orientados a la integración de los niños con discapacidad, que el promedio por curso en los barrios cercanos al hogar del menor es de 16 y 18 alumnos y que de ellos se desprendía la existencia, bajo el ámbito de la Dirección de Escuelas de la ciudad, de gabinetes psicopedagógicos especiales para evaluar la condición del menor. Es así que en tales condiciones consideró que el fallo exhibía carencia de fundamentación, dejándolo sin efecto por arbitrariedad (CSJN, in re: "C.T., N. c/ OSDE s/ amparo de salud", del 23/08/2018).-

QUINTO: A la luz de todo lo reseñado, cabe analizar las pruebas producidas. Como se dijo lo prescripto por la médica pediatra firmante de los certificados de fs. 16 vta./17, consistió en que la condición de ambas niñas requería concurrir a una escuela especial de doble jornada. De acuerdo al informe de fs. 106 la Directora General de Educación Inclusiva del Ministerio de Educación del Chubut refiere la existencia de dos escuelas, una en Trelew y otra en Rawson, como ofertas educativas públicas para estudiantes con discapacidad auditiva. Este informe es ampliado a fs. 117, donde se aclara que ambos establecimientos son de jornada simple, constituyéndose como configuración de apoyo a las trayectorias escolares de los estudiantes con discapacidad auditiva y trastornos de lenguaje que cursan escolaridad en las escuelas de los niveles obligatorios. Asimismo se agrega que tales estudiantes se encuentran en procesos de inclusión en las escuelas de los niveles y no en sede de escuelas sensoriales, convirtiéndose las mismas en configuración de apoyo a dichas trayectorias, a través de acompañamiento con MAI. De los informes reseñados se infiere que la oferta educativa que se ofrece en la Provincia del Chubut, al menos en la zona donde habitaban las menores, no cumple con el requerimiento de doble jornada como se establece en los certificados médicos de fs. 16/17.-

Por su parte a fs. 126/vta. luce el informe de la Dirección General de Educación de Gestión Estatal del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires. En el mismo se expresa que todos los establecimientos educativos del Ministerio de Educación de CABA sostienen el principio de inclusión en concordancia con lo dispuesto por la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y normativa vigente. Se añade que las escuelas que dependen de la citada Dirección acompañan las trayectorias escolares de todos los alumnos, brindando herramientas, saberes específicos, configuraciones apoyo y ajustes necesarios para favorecer la inclusión en igualdad de condiciones, explayándose acerca de los equipos, docentes y profesionales que intervienen en el proceso educativo a los fines de la inclusión escolar de los alumnos con discapacidad. Sin embargo no se informó si los establecimientos educativos inclusivos de estudiantes con discapacidad de CABA cuentan con doble jornada, como se solicitó en el oficio de fs. 93. Y si bien este oficio fue

respondido a fs. 152/160, se informa en términos similares a lo anteriormente comunicado, esto es, que el sistema de educación público porteño sostiene el principio de inclusión, brindando y garantizando igualdad de oportunidades, admitiéndose en todas las escuelas de modalidad común la presencia de profesionales que cumplan con los requisitos establecidos en la resolución pertinente, y que todos estos establecimientos escolares pueden contar entre sus alumnos/as con niños/as con discapacidad (ver fs. 154/vta.). Como se puede apreciar nada se informa con relación a que el sistema público referido cuenta con escuelas de doble jornada especializada para los escolares con discapacidad o capacidades diferentes.-

De lo expuesto precedentemente, y en especial de las citas jurisprudenciales mentadas en el considerando precedente, correspondía a la demandada demostrar la existencia de alternativas educativas análogas o similares, ya sea del sistema de educación pública o privada, a las requeridas por las menores de acuerdo a los certificados de fs. 16 vta./17, cuyas exigencias sí cubre la escuela escogida por la madre de las niñas, ya que se trata de un establecimiento de doble jornada (ver fs. 15 vta./16).-

Al respecto cabe estar al Nomenclador de Prestaciones Básicas para Personas con Discapacidad de acuerdo a la Resolución 428/1999 que en el pto. 6 de la Normativa General dispone: *"Las prestaciones de carácter educativo contempladas en este Nomenclador serán provistas a aquellos beneficiarios que no cuenten con oferta educacional estatal adecuada a las características de su discapacidad, conforme a lo que determine su reglamentación".* Y dado que no se ha probado la existencia de oferta educacional estatal adecuada, habrá que estar al Nomenclador de acuerdo a lo establecido en los ptos. 2.1.6.2. "Educación General Básica" y 2.1.6.3. "Apoyo a la Integración Escolar", del capítulo de los Niveles de Atención, en tanto se prevé los aranceles correspondientes de jornada tanto simple como doble, teniendo en cuenta la Categoría A que resulta ser la más alta (ver pto. 2.1.6.2.e). Al respecto es de señalar que por la Resolución Conjunta 1/23 del Ministerio de Saludo y la Agencia Nacional de Discapacidad (RESFC-2023-1-APN-MS) del 22/03/23, el valor por nomenclador de escolaridad primaria jornada doble era a abril de 2023 de $ 207.210,58 mensuales, esto es, superior a las cuotas de marzo a diciembre de 2023 que cobra la escuela escogida por la progenitora según se desprende de la documental de fs. 15 vta./16. Sin perjuicio de ello, y más allá de los aumentos que se hubieran efectuado o que se prevean para el futuro, el valor de cobertura que deberá otorgarse es el del Nomenclador Nacional para la Ciudad Autónoma de Buenos Aires -lugar de residencia de las menores- .-

SEXTO: Entiendo relevante, a los fines de reafirmar la solución adoptada, aludir al análisis del derecho a la igualdad y la escasez de recursos. Al respecto Grosman ha señalado que la escasez de recursos impone al Estado la carga de

realizar distinciones: algunas personas recibirán lo que necesitan, otras no; algunas necesidades sociales, por importantes que sean, no serán satisfechas, lo cual es parte de la lógica de la escasez, y por ello, según el autor, no puede resultar en sí mismo inconstitucional. Pero esto no quiere decir que cualquier distinción sea válida o que la Constitución no tenga nada que decir al respecto. Al contrario, en nuestro régimen constitucional, las distinciones que el Estado realiza, incluso las que obedecen a la escasez, deben honrar la igualdad. Cuando los recursos no alcanzan, los derechos sociales deben ser entendidos como derechos a recibir un trato igualitario frente a la escasez, lo que no significan que todos deben recibir lo mismo, sino que la distinción debe resultar compatible con los ideales constitucionales, y es en referencia a tales ideales que el derecho de igualdad cobra sentido (conf. Grosman, Lucas S.: "Escasez e igualdad", Ed. Libraria, 2008, pág. 95).-

La Constitución consagra múltiples ideas, por ello, para determinar el significado del derecho de igualdad en un caso determinado, primero se debe identificar qué ideal en particular gobierna el caso, ya que aunque muchas veces puede estar involucrado más de un ideal, en general se puede identificar aquél que más pesa en el caso en cuestión, lo que resulta de la interacción de dos factores. El primero es la importancia del ideal dentro de la Constitución. Dicha importancia relativa no es constante a través del tiempo, así la consolidación de la democracia era un ideal más central en 1984, y en general no resulta de un mero análisis del texto constitucional, sino que depende de la interpretación constitucional. El segundo factor es la funcionalidad potencial, que alude a la proximidad entre el ideal en cuestión y el caso bajo análisis, es decir, la relevancia de la situación planteada para la promoción de un ideal determinado. Como consecuencia de la interacción de estos dos factores, la igualdad estructural de oportunidades resulta central en la determinación del contenido del derecho de igualdad en los casos en que se discute el alcance de los derechos sociales bajo el paradigma de la escasez. La importancia de la igualdad estructural de oportunidades como ideal constitucional es innegable, la Constitución nacional establece que instituciones tan centrales como el proceso político (art. 37) y la educación (art. 75, inc. 19) deben promoverla; dispone además que la recaudación impositiva debe ser usada de tal modo que se la garantice (art. 75, inc. 2) y la vincula con el goce pleno de derechos humanos en general (art. 75, inc. 23). En cuanto al segundo factor, la provisión de beneficios sociales que constituye el objeto de los derechos sociales tiene un potencial enorme para promover la igualdad estructural de oportunidades. Cualquier sociedad preocupada por la igualdad estructural de oportunidades debe prestar atención al modo en que se asignan la educación, la salud, los alimentos y otros beneficios sociales escasos, ya que ello determinará las condiciones en que el individuo enfrentará los procesos sociales competitivos. Más aún, la estructura de los derechos sociales permite

introducir una distinción que es crucial para la promoción de la igualdad estructural de oportunidades. Este ideal, dado que se centra en el impacto de la estructura social en la habilidad competitiva de los individuos, es particularmente exigente respecto de los recursos que determinan tal habilidad, pero brinda pocos argumentos para igualar aquellos recursos con poca incidencia competitiva. En este sentido, no es de por sí contrario a la igualdad estructural de oportunidades que algunas personas puedan comprarse automóviles de lujo con los que otras personas sólo pueden soñar. Esto es parte de lo que una sociedad debe aceptar si pretende dejar espacio para los incentivos económicos. Tales incentivos se vinculan con el ideal constitucional de promover el bienestar general, y por eso, sólo deberíamos reducirlos cuando ello es necesario para ajustar la estructura económica de las exigencias de la igualdad estructural de oportunidades (conf. Grosman, op. cit., págs. 95/97).-

Según el autor citado, los derechos sociales comprenden numerosos beneficios sociales de diferente importancia competitiva. Ricos y pobres deben tener un acceso comparable a la educación para que los segundos estén en una posición de efectiva igualdad competitiva, pero no puede decirse lo mismo respecto de la alimentación: más allá de determinado umbral básico, la comida no tiene impacto competitivo. Tampoco lo tienen, en principio, la vivienda o la vestimenta -acá habré de agregar de mi propio pensamiento que también se debe considerar un umbral mínimo, en especial respecto de la vivienda que debe cumplir determinados requisitos de habitabilidad a los fines de ser considerada digna-. Esto sugiere, de acuerdo a Grosman, que los derechos sociales deben concebirse como un continuo. La educación dada su centralidad como factor competitivo está en un extremo, le sigue la salud, luego a cierta distancia, se ubican la alimentación, la vestimenta, la vivienda. Este continuo no refleja necesariamente cuán importante es cada beneficio social, sino en qué medida debe entendérselo en términos relativos, es decir, con referencia al nivel de disfrute al que acceden otras personas. La idea no es que la educación sea más importante que la alimentación, sino que para darle contenido concreto al derecho a la educación de una persona necesitamos evaluar el nivel de goce de otras personas; tal comparación, en el caso de la alimentación, carece de relevancia una vez que se ha satisfecho cierto mínimo. Pocas instituciones pueden acoger esta distinción con tanta eficacia como los derechos sociales, como podría ser un sueldo mínimo universal a cargo del Estado. En suma, la igualdad estructural de oportunidades ocupa un lugar central en la Constitución argentina, y los derechos sociales se encuentran en una posición única para promoverla. Por eso, los dos factores -importancia del ideal y conexión entre éste y la institución bajo análisis- determinan que la igualdad de oportunidades sea un ideal decisivo a la hora de definir el alcance de los derechos sociales bajo el paradigma de la escasez (conf. Grosman, op. cit., págs. 97/98).-

De acuerdo a las reflexiones del autor citado, encuentro que dada la relevancia de la educación en función del ideal de la igualdad de oportunidades, he de concluir que no se demostró que la oferta que el sistema de educación pública que la amparista tiene a su disposición cumpla con el requisito de colocar a sus hijas en dicha igualdad de oportunidades con relación al resto de la población escolar que se encuentra en las mismas condiciones de las menores. Mas he de añadir que los aranceles previstos en la Resolución 428/1999 del Ministerio de Salud y Acción Social previstos para las personas con discapacidad respecto a las prestaciones de Educación General Básica y Apoyo a la Integración Escolar importan el valor de la cobertura que la demandada ha de otorgar. Es que los mismos se actualizan periódicamente y no se ha denunciado ni se aprecia que resulten insuficientes para que las menores puedan acceder a un nivel de educación que satisfaga los requerimientos que su condición exige, esto es que no se encuentren en paridad de oportunidades con el resto de la población escolar atravesada por la misma condición de discapacidad que presentan M. e I., dado que de acuerdo a lo informado a comienzos de este año eran incluso superiores a la cuota mensual de la escuela escogida por la amparista.-

En consecuencia de todo lo expuesto y razonado, habré de hacer lugar a la demanda promovida por A. S., en representación de sus hijas M. A. A. S. e I. A. S. contra el Instituto de Seguridad Social y Seguros del Chubut, a fin de que este último brinde la cobertura al 100% de la matrícula y cuota mensual en el Colegio F. D. de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a valores máximos del Nomenclador Nacional respectivo para la ciudad de Buenos Aires, debiendo ser dicha cobertura directa.-

Atento la forma en que se decide la cuestión, las costas se imponen a la demandada vencida (conf. art. 17 de la ley V N°84). A tal fin y dada la relevancia del derecho cuya protección se invocó en la presente demanda, así como la extensión y calidad de las tareas profesionales desarrolladas, y el resultado del pleito, regulo los honorarios de los letrados patrocinantes de la actora, Dres. R. S. y F. M., en conjunto, en la suma equivalente a 50 Jus, con más el IVA si correspondiere; sin regulación a los letrados de la demandada de acuerdo a lo dispuesto por el art. 2 de la ley arancelaria (conf. arts. 5, 8, 9, 35 y 46 de la ley XIII N° 4; y leyes 23349 y 23871).-

Por los motivos expuestos, citas legales, jurisprudenciales y doctrinarias que anteceden, **FALLO: I.-** Hacer lugar a la demanda promovida por A. S., en representación de sus hijas M. A. A. S. e I. A. S. contra el Instituto de Seguridad Social y Seguros del Chubut, a fin de que este último brinde la cobertura al 100% de la matrícula y cuota mensual en el C. F. D. de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a valores máximos del Nomenclador Nacional respectivo para la ciudad de Buenos Aires, debiendo ser dicha cobertura directa.-

II.- Imponer las costas a la demandada vencida.-

III.- Regular los honorarios de los Dres. R. S. y F. M., en conjunto, en la suma equivalente a 50 Jus, con más el IVA si correspondiere; sin regulación a los letrados de la demandada de acuerdo a lo dispuesto por el art. 2 de la ley arancelaria.-

IV.- Regístrese. Notifíquese y a la Asesoría de Familia. Oportunamente, Archívese.-

ALDO LUIS DE CUNTO
JUEZ DE CÁMARA

REGISTRADA BAJO EL N°_____015____DEL AÑO 2023 – SDAU – CONSTE.

P. SEBASTIÁN ETCHART
SECRETARIO DE REFUERZO DE CAMARA