



**Importancia de la prueba para la admisión de la pretensión de cobertura de escolaridad común en una institución privada.**

**P. F. M. c/ OSDE s/ sumarísimo**

Buenos Aires, 12 de junio de 2012.

Y VISTO:

Los recursos de apelación interpuestos por la parte actora y la demandada OSDE a fs. 588/592 y fs. 576 -cuyos fundamentos obran a fs. 588/592 y fs. 599/603 y las contestaciones de traslado de fs. 611/617 y 618/619-, contra la resolución de fs. 567/571; y

CONSIDERANDO:

1.- La resolución apelada hizo lugar parcialmente a la acción de amparo promovida por el Sr. J. L. P. y la Sra. P. R. G. -en representación de su hijo menor de edad F. M. P.- y, en consecuencia, condenó a OSDE a otorgar al menor la cobertura de acompañante terapéutico con especialidad en la patología que aquél requiere y transporte especial según las órdenes médicas presentadas en autos.

Por otra parte, rechazó la demanda en lo concerniente a la cobertura de escolaridad en módulo de doble turno del menor en el Instituto Convivencias.

Las costas fueron distribuidas en el orden causado.

2.- La parte actora se agravió porque, sostiene, la integración debería continuar en el mismo modo en el que se venía llevando a cabo, sin cambiar de institución educativa, manteniendo los avances



que tuvo el menor. Negó en sus agravios que las escuelas estatales cuenten con cupo para el ingreso de niños con los requerimientos de F. y que existen cupos por grado para niños con integración. Destacó la dificultad en el ingreso de maestras integradoras particulares a las escuelas públicas y que las costas deberían imponerse a la demandada.

3.- Por su parte, la demandada OSDE criticó la resolución porque ordenó que cubra el acompañante terapéutico. Afirmó que las prestaciones de cuidado, atención, alimentación se encuentran contempladas por la ley 24.901, pero sólo son exigibles cuando la persona con discapacidad carezca de un grupo familiar continente, que no es el caso de autos. Señaló también que el menor puede realizar algunas actividades de la vida diaria sin asistencia y que no le consta cual es la capacitación que tiene el acompañante terapéutico.

2.- En primer lugar, cabe destacar que no está discutido en el “sub lite” la condición de discapacitado del menor -cfr. copia del certificado de discapacidad obrante a fs. 1- ni su carácter de afiliado a OSDE (fs. 46).

Tampoco se encuentra debatida la necesidad del menor de obtener escolaridad común con maestra integradora, grupo áulico reducido y acompañante terapéutico con especialidad en la patología del menor, según la indicación del médico tratante (fs. 14).

Está controvertido, en cambio, la obligación de la demandada de otorgar la cobertura total del costo de la escolaridad común en el instituto “Convivencias” y acompañante terapéutico.

3.- Conviene comenzar poniendo de manifiesto que a partir de la reforma constitucional de 1994 el derecho a la salud se encuentra expresamente reconocido con jerarquía constitucional por el art. 75 inc. 22 de la Carta Magna, que asigna tal calidad a los tratados que enumera. Entre ellos, el art. 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos dispone que toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y bienestar y en especial la asistencia médica y los servicios sociales necesarios (esta Sala, causa 798/05 del 27.12.05).



En el mismo sentido, el art. XI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre establece que toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica correspondiente al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad (causa 798/05 antes citada).

A su vez, el art.12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales estableció que entre las medidas que los Estados partes deberían adoptar a fin de asegurar la plena efectividad del derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, deberían figurar la prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas y la creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad (causa 798/05 antes citada).

En procura de la consecución de los mismos fines, el art. 75 inc. 23 de la Constitución Nacional, establece -en cuanto aquí resulta pertinente- entre las atribuciones del Congreso, legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por la 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, situación en la que se encuentra el menor afiliado de la demandada, en tanto padece trastorno generalizado del desarrollo espectro autista (confr. fs. 1).

En este mismo orden de ideas, no es ocioso recordar que el Alto Tribunal ha sostenido que el derecho a la vida es el primer derecho de la persona humana, respecto de la cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental (confr. Corte Suprema, Fallos: 323:3229 y esta Sala, causa 798/05 antes citada).

4.- Ahora bien, en el caso debe decidirse si la demandada OSDE se encuentra obligada a otorgar la cobertura de la prestación escolaridad común en el instituto Convivencias.



Al respecto se debe señalar que la ley 24.901 instituye un sistema de prestaciones básicas de atención a favor de las personas discapacitadas (confr. esta Sala, causas 2228/02, 6511/03 y 16.233/03 citadas; esta Cámara, Sala 2, causa 2837/03 del 8-8-03). En ese contexto, la demandada no puede -como principio- desatender las necesidades de su afiliada, en tanto padece trastorno generalizado del desarrollo espectro autista (fs. 1). Sin embargo, en el caso de autos el médico a cargo del tratamiento no especificó que el paciente menor de edad y discapacitado deba concurrir ineludiblemente a una determinada institución educativa, en función de las particularidades que presenta su enfermedad.

Por el contrario, el médico prescribió -de manera general- que el paciente debe concurrir a escolaridad común.

Desde otra perspectiva, el Tribunal también debe ponderar que el art. 6 del Anexo I de la Resolución n° 428/99 establece que “las prestaciones de carácter educativo contempladas en este Nomenclador serán provistas a aquéllos beneficiarios que no cuenten con oferta educacional estatal adecuada a las características de su discapacidad, conforme a lo que determine su reglamentación”. En el caso particular de autos no se probó que la oferta educacional estatal sea inadecuada para recibir al paciente. Por lo tanto, no puede admitirse la pretensión de cobertura de escolaridad común en una institución privada, sobre todo, sin que el médico a cargo del tratamiento haya recomendado a una determinada escuela -por sobre otras- en virtud de la especialidad de la enfermedad del menor.

Por ello, debe desestimarse el recurso de apelación interpuesto por la parte actora.

5.- Respecto de los agravios vertidos por la demandada OSDE contra la cobertura del acompañante terapéutico, cabe consignar que la Ley 25.421 establece el Programa de Asistencia Primaria de Salud Mental, el cual contempla el “acompañante terapéutico” como una prestación a favor de los pacientes.

El Tribunal tampoco puede desatender que el médico a cargo del tratamiento recomendó que el paciente cuente con “acompañante terapéutico” (cfr. fs.14 y 554). En ese contexto, la demandada



no demostró que ese acompañamiento terapéutico no pueda ser prestado por las diversas profesiones que tienen incumbencias en el tratamiento de los pacientes discapacitados.

Por ello, debe desestimarse el recurso de apelación interpuesto por la demandada OSDE.

6.- Respecto de las costas, el Tribunal advierte que existieron vencimientos recíprocos entre las partes, extremo que impide distinguir de manera concluyente entre una parte vencedora y otra vencida, a los efectos de imponer las costas del proceso. Por ello, debe mantenerse la distribución de costas en el orden causado decidida por el señor Juez de primera instancia.

Por todo lo expuesto, el Tribunal RESUELVE: confirmar la resolución de fs. 567/571. Las costas de Alzada se distribuyen en el orden causado en ambos recursos atendiendo a la naturaleza y particularidades que presentó la cuestión (arts. 68 y 69 del Código Procesal).

La Dra. M. S. N. no suscribe la presente por hallarse en uso de licencia compensatoria de fería (art. 109 del R.J.N.).

Regístrese, notifíquese -a la señora Defensora Oficial en su despacho- y posteriormente devuélvase.

Martín Diego Farrell.

Francisco de las Carreras.