



NEUQUEN, 6 de Abril del año 2022.-

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "**L. E. Y OTRO C/ CONSEJO PROVINCIAL DE EDUCACION DEL NEUQUEN S/ACCION DE AMPARO**", (JNQCII1 EXP N° 100658/2022), venidos a esta **Sala II** integrada por los vocales Patricia **CLERICI** y José I. **NOACCO**, con la presencia de la secretaria actuante, Micaela **ROSALES** y, de acuerdo al orden de votación, **Patricia CLERICI** dijo:

I.- La parte actora interpuso recurso de apelación contra la resolución interlocutoria de fs. 19/23 - dictada el día 4 de marzo de 2022-, que declara inadmisibile la acción de amparo intentada, con costas al amparista.

a) En su memorial de fs. 29/36vta. -presentación web de fecha 9 de marzo de 2022-, la recurrente, luego de relatar los antecedentes del caso, discrepa con lo afirmado por la jueza de grado en orden a que el acto de la demandada no aparece como manifiestamente arbitrario.

Dice que se ha probado que existe una afectación grave de los derechos de C., incurriendo en error, la jueza de primera instancia, al considerar que se garantiza el derecho a la educación cuando no se lo hace en función de la realidad y las necesidades de la niña.

Sostiene que las normas dictadas por el Consejo Provincial de Educación no pueden desconocer la situación particular de niños y niñas como C. y que la normativa de la demandada debe llevarse a la práctica teniendo en cuenta el contexto general y los fines que la informan, como así también las disposiciones constitucionales y convencionales.

Sigue diciendo que el derecho a la educación se reconoce de manera específica en la ley 2.945, y también es objeto de protección a través de diversos instrumentos



internacionales, tales la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Convención sobre los Derechos del Niño.

Insiste en que para fallar como lo hizo, la jueza a quo no tuvo en cuenta la normativa aplicable y el informe psicopedagógico que realizó todo el equipo de O.y docentes, el que da cuenta que C. no tiene los recursos, tanto a nivel académico como social y conductual, como para iniciar el primer grado en el ciclo lectivo 2022, siendo necesario que ella permanezca en la sala de cinco años, con el objeto de garantizar un mejor acceso a las propuestas educativas de acuerdo con sus necesidades especiales, y prepararla para su continuidad en el espacio de la escuela común durante el ciclo primario.

Reitera que, en el caso de C., la obligación de pase de año conforme a su edad le reporta un perjuicio individual concreto y de imposible reparación ulterior.

Manifiesta que en el caso de niñas y niños con discapacidad y/o alguna restricción cognitiva, sensorial, conductual o motora, las decisiones sobre la trayectoria escolar no pueden quedar circunscriptas a lo que diga la supervisora o el CPE, desconociendo la evaluación realizada por sus docentes y los informes, sugerencias e indicaciones dadas por los profesionales del área de salud que los atienden.

Entiende que la resolución recurrida viola la manda del art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño.



También cuestiona la afirmación de la sentencia apelada en orden a que existen otros procesos más idóneos para plantear la cuestión de autos.

Cita el precedente "Ponce de León c/ Municipalidad de Neuquén" del Tribunal Superior de Justicia provincial, en el que se ha dicho que en atención a la contradicción existente entre la ley 1.981 y el art. 59 de la Constitución de la Provincia ha de resolverse a favor de la inaplicabilidad de la exigencia de la no existencia de otros procesos administrativos.

Destaca el daño irreparable que le provoca a C. la decisión del Consejo Provincial de Educación, que no admite la espera del agotamiento de la vía administrativa para la posterior tramitación de la acción procesal administrativa. Incluso, dice la apelante, poniéndonos en el supuesto de requerir una medida cautelar en el marco del proceso administrativo, ella está sujeta a fuertes requisitos de procedencia, y además requiere de sustanciación y vista fiscal.

Acompaña copia de la resolución n° 160 del CPE, notificada a los amparistas con posterioridad a la interposición de la acción de amparo.

b) A fs. 43 obra dictamen de la Defensoría de los Derechos del Niño y del Adolescente.

Sostiene que en pos del interés superior de C. considera oportuno que se haga lugar a la acción de amparo, debiendo prosperar la medida cautelar solicitada en la demanda, autorizándose la permanencia de la niña en la sala de cinco años en el Jardín n° 23, a fin de garantizar el afianzamiento de habilidades básicas que le permitan desarrollar su oralidad, juego sensorio-motor, simbólico y social, con el objeto de poder avanzar hacia aprendizajes más formales.



II.- Ingresando en el tratamiento del recurso de apelación de autos y analizadas las constancias de la causa, entiendo que la resolución apelada debe ser revocada, dándose curso al amparo promovido por los padres de C., en ejercicio de su representación legal.

La niña C. es una persona que presenta una doble vulnerabilidad, ya que es menor de edad y además tiene síndrome de Down.

El art. 23 de la Convención sobre los Derechos del Niño -con jerarquía constitucional en virtud de lo dispuesto por el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional- señala: *"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 por 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 a 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 párrafo 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...”.

El art. 15 de la ley 26.061 consagra el derecho a la educación de niños, niñas y adolescentes, atendiendo a su desarrollo integral y agrega que aquellos niños, niñas y adolescentes con capacidades especiales tienen todos los derechos determinados en la norma, más los inherentes a su condición específica.

La ley 2.302 también dedica un apartado especial para el derecho a la educación de niños, niñas y adolescentes con discapacidad, ordenando al Estado Provincial la implementación de medidas que les garanticen acceder a la educación en todos sus niveles, recibiendo cuidados y atención especial que tiendan a su progresiva integración en el sistema y a su plena inserción social (art. 23, apartado 3).

Esta especial protección que la legislación nacional brinda a personas como C. debe tenerse presente cuando se decida sobre cuestiones que involucren a niños, niñas y adolescentes con discapacidad, incluso en etapas tempranas de un proceso como es la admisión de la acción de amparo.

Es que ante estas personas -doblemente vulnerables- ha de tenerse especial cuidado en no cercenar, en modo alguno, la tutela judicial efectiva frente a posibles vulneraciones de derechos, a la vez que considerar que el tiempo, para ellas, es un elemento crucial en su desarrollo, ya que las decisiones y medidas que no se adopten en tiempo oportuno producen daños de muy difícil o imposible reparación ulterior.



Y esta especial protección a la que tiene derecho C. impone la revocación de la decisión apelada y la orden de dar curso a la acción de amparo.

En efecto, si bien es cierto que la decisión del Consejo Provincial de Educación, prima facie, pareciera que no vulnera derechos de la niña C., en tanto rechaza la posibilidad de que ella permanezca durante el año 2022 en el nivel inicial -sala de cinco años-, instando su incorporación al nivel primario, en un todo de acuerdo con su edad cronológica y con el paradigma de la ley 26.206 -Ley de Educación Nacional-, que "invita a abandonar la idea de la permanencia o repitencia como respuesta del sistema educativo para estudiantes con alguna condición intrínseca que complejiza sus aprendizajes", conforme lo plasma la resolución n° 0160/2022 del Consejo Provincial de Educación, a poco que se analice esta decisión a la luz de los principios rectores antes enunciados, se advierte la posible afectación del interés superior de C., que exige una educación acorde a sus posibilidades reales.

De la lectura de los informes de las docentes de C. (fs. 9/10) y del equipo tratante de la niña -extraescolar- (fs. 10vta./11) surge la existencia de elementos concretos que impiden o, cuanto menos, tornan desaconsejable el tránsito de la niña hacia el nivel primario: precariedad en el lenguaje oral (se expresa con gestos, verbaliza algunos sonidos, no arma frases, sólo pronuncia algunas palabras concretas), inconvenientes con la motricidad fina (trazos débiles tanto en los dibujos como en la escritura de algunas grafías), no reconoce ni escribe su nombre, no realiza conteos.

Incluso, el informe del equipo tratante destaca que a la dificultad propia de la situación personal de C. se agrega que durante el año 2020 -durante la permanencia de C. en sala de cuatro años- no existió prácticamente



presencialidad en la enseñanza, no pudiendo sostener -la niña- los encuentros virtuales con sus docentes y compañeros, notándose la diferencia importante en el desarrollo de C. a partir de la experiencia escolar presencial, y el efectivo intercambio con sus pares y docentes.

Por su parte, la decisión del Consejo Provincial de Educación aparece desprovista de la consideración de la situación personal de C., fundándose únicamente en conceptos generales y principistas, desligada de las concretas dificultades marcadas, tanto por docentes como por los profesionales tratantes, que tornarían inconveniente para ella transitar durante el año 2022 el primer grado.

En esta etapa inicial del proceso de amparo, el contraste señalado entre los informes de los profesionales tratantes y docentes del Jardín n° 23, y la decisión de la Supervisora de Educación Inicial Zona III, avalada por el Consejo Provincial de Educación, determina la existencia -prima facie- de arbitrariedad en la conducta de la autoridad administrativa, con la intensidad suficiente como para habilitar la vía de la acción de amparo.

En efecto, en principio y con la provisionalidad propia de esta etapa procesal, la omisión incurrida por la autoridad administrativa en orden a considerar concretamente la situación de C. importa una vulneración a su derecho a la educación, de acuerdo con sus posibilidades y que atienda a su progresiva inserción en el sistema educativo provincial, sometiéndola a exigencias para las cuales no se encontraría preparada, lo que, en definitiva, redundaría en un perjuicio para su interés superior.

Oswaldo Alfredo Gozaíni señala: *"Pueden encontrarse casos de arbitrariedad en la vía de hecho o en el acto cuestionado que se aparta inequívocamente del Derecho*



vigente, o cuando la decisión adoptada supone alterar el orden legal por ser una derivación poco razonable del sistema en relación con las circunstancias que se ponderan, o por aplicar una norma inexistente o sin vigencia, o destinar una consecuencia jurídica de impacto en los derechos individuales o colectivos, basándose en una apreciación personal sin el debido sustento normativo...” (cfr. aut. cit., “El juicio de amparo”, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2021, pág. 175).

Reitero, C. tiene derecho a una educación inclusiva, pero acorde a sus posibilidades y, en principio, este derecho no está siendo reconocido por la demandada como producto de una decisión que aplica un paradigma derivado de la Ley Nacional de Educación pero sin hacerse cargo de las especiales condiciones de la niña, por lo cual y a efectos de analizar la admisibilidad de la acción de amparo, esta decisión no aparece como una derivación razonable de la normativa vigente aplicada a la concreta situación de la hija de los amparistas.

Frente a la arbitrariedad del acto lesivo, y la entidad del derecho afectado, la existencia de otras vías procesales ordinarias para plantear la cuestión que constituye el objeto del amparo pasa a un segundo plano, ya que prima la necesidad de brindar una tutela judicial efectiva a una persona doblemente vulnerable.

Por otra parte, la tutela del interés superior de C. no puede esperar al tránsito por un proceso ordinario -tal el contencioso administrativo- en tanto las necesidades educativas de la niña requieren ser atendidas hoy, sin más dilación, teniendo en cuenta que ya ha transcurrido más de un mes del inicio del ciclo lectivo, por lo que la urgencia de la situación también amerita la apertura de la vía del amparo.



Vuelvo a citar a Osvaldo Gozaíni, quién transcribe parcialmente el voto del juez Rosatti en la causa "Alpacor Asociados SRL c/ AFIP" (sentencia del 3/12/2019): *"La Constitución reformada ha venido a ensanchar las posibilidades del amparo (sin por ello convertirlo en una vía ordinaria), ya que la mera existencia de otros remedios judiciales o administrativos no es suficiente para descartarlo; en tal sentido, el estándar constitucional para ponderar su procedencia consiste en determinar si dicha vía resulta ser la que posee mayor idoneidad en términos de celeridad, profundidad y definitividad de la respuesta"* y el autor citado agrega, *"La rapidez del proceso, a veces, viene unida a las circunstancias del caso. Hay situaciones especiales como las que provienen del derecho a la salud o a la vida, que indican la necesidad de trabajar de inmediato en el procedimiento, cuyo objeto es lograr soluciones que se avengan con la urgencia que conlleva este tipo de pretensiones, para lo cual cabe encauzarlas por vías expeditivas como tiene el amparo.*

"La función social que de los jueces se espera, impuesta como deber de protección en el Código Civil y Comercial de la Nación, busca soluciones que se avengan con la urgencia que suponen los derechos en juego, a cuyo fin es razonable evitar el rigor de las formas cuya aplicación pueda conducir a la frustración de derechos que cuentan con tutela de orden constitucional, lo cual se produciría si el reclamo de actor tuviese que aguardar al inicio de un nuevo proceso" (cfr. aut. cit., op. cit., pág. 208/210).

Conforme lo dicho es que he de propiciar, tal como lo adelanté, la revocación del fallo recurrido, disponiéndose que en la instancia de origen se dé curso a la acción de amparo.



III.- Teniendo en cuenta lo requerido por la Defensoría de los Derechos del Niño y del Adolescente, dado la urgencia de la situación, fundada en la necesidad de C. de transitar el proceso educativo de acuerdo con los requerimientos especiales indicados por su equipo tratante y el hecho de haber comenzado ya el ciclo lectivo 2022, y considerando la intensa protección que el Estado está obligado a prestar a las personas menores de edad y con discapacidad, es que se ha de hacer lugar a la medida cautelar peticionada por la parte actora, ordenándose al Consejo Provincial de Educación la permanencia de la niña de autos en la sala de cinco años del Jardín n° 23 de esta ciudad, debiendo ser reintegrada inmediatamente a esa institución educativa de nivel inicial para el supuesto de encontrarse ya incorporada al nivel primario.

Ello así, teniendo en cuenta que existe verosimilitud en el derecho invocado y peligro en la demora, dado que se encuentra comprometida la escolarización de C. para el presente ciclo lectivo.

Para el cumplimiento de la medida cautelar ordenada se librára oficio, previa caución juratoria a prestar por los interesados en la instancia de origen.

IV.- Conforme lo dicho, propongo al Acuerdo hacer lugar al recurso de apelación de la parte actora y revocar el fallo recurrido.

Recomponiendo el litigio se declara la admisibilidad de la acción de amparo, debiéndosele dar curso en la instancia de origen, y se hace lugar a la medida cautelar pretendida por los amparistas, conforme lo dispuesto en el Considerando correspondiente.

Las costas por la actuación en la presente instancia se imponen en el orden causado, teniendo en cuenta



que se trata de una cuestión suscitada con el juzgado, no encontrándose aún trabada la litis (art. 69 y 68, 2da. parte CPCyC).

Se difiere la regulación de los honorarios profesionales para cuando se cuente con base a tal fin (art. 15, ley 1594).

José I. NOACCO dijo:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello, esta **Sala II**

RESUELVE:

I.- Revocar la resolución interlocutoria de fs. 19/23 -dictada el día 4 de marzo de 2022-, y en consecuencia, declarar la admisibilidad de la acción de amparo, debiéndosele dar curso en la instancia de origen, y se hace lugar a la medida cautelar pretendida por los amparistas, conforme lo dispuesto en el Considerando correspondiente.-

II.- Imponer las costas por la actuación en la presente instancia en el orden causado, teniendo en cuenta que se trata de una cuestión suscitada con el juzgado, no encontrándose aún trabada la litis (art. 69 y 68, 2da. parte CPCyC).-

III.- Diferir la regulación de los honorarios profesionales para cuando se cuente con base a tal fin (art. 15, ley 1594).-

IV.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, en su oportunidad, vuelvan los autos a origen.-

PATRICIA CLERICI JOSÉ I. NOACCO
MICAELA ROSALES - Scretaria