

San Carlos de Bariloche, 29 de julio de 2019.-

VISTOS: los autos **""D.M.I N° 5 (en rep. de L., Y.J.) C/ CONSEJO PROVINCIAL DE EDUCACION DE RIO NEGRO S/ AMPARO (e-s)"" Expte.N° 25906/19** para dictar sentencia, de los que,

RESULTA: Que se presenta el Dr. Javier Andrés Ospital, en su carácter de Defensor de Menores e Incapaces a cargo de la Defensoría de Menores e Incapaces nro. 5, e interpone acción de amparo en representación de la joven Y. J. L, de 13 años de edad, domiciliada en el CAINA adolescentes mujeres de la SENAF. Dirige la acción contra el Consejo Provincial de Educación de la Provincia de Río Negro a fin de que se arbitren los medios para incluir a la joven en el primer año nivel secundario del presente ciclo lectivo 2019 de la Escuela de Oficios CET. N° 25 denominada ESCUELA DE HOTELERIA y GASTRONOMÍA de esta ciudad.

Relata que Y. se encuentra alojada desde el mes de diciembre de 2016 en el Caina adolescentes dependiente de la Secretaría de Estado de Niñez, Adolescencia y Familia del Ministerio de Desarrollo Social de la Provincia de Río Negro. Expresa también, que la familia consanguínea de la joven estaba compuesta por su madre B. L. y sus hermanos M. L. y S. A. Que a partir de numerosos hechos graves los niños fueron colocados por su madre en situación de riesgo y debieron ser alojados en una institución de abrigo.

Indica que Y. tiene declarado su estado de adoptabilidad en los autos **""L. S. A., L Y. J. y L M. S/ LEY 4109 (expte. 13134-16) en trámite ante el Juzgado de Familia nro. 9, sentencia firme de abril de 2019, firme. Manifiesta que M., hermana de su asistida, de 14 años, presenta retraso madurativo moderado y concurre a la Escuela Especial nro. 6. Por su parte, otro hermano, S., de 16 años de edad, padece hipoacusia nerosensorial bilateral y cursa sus estudios en la Escuela Especial nro. 19 y en el ESRN nro. 36.-**

Que Y. demuestra una llamativa y destacada protección hacia su hermana M., proyectándose en el futuro como la encargada de su cuidado y protección.

Que durante el año 2018 se intentó a través del procedimiento administrativo de excepción, el ingreso de Y. a la Escuela de Hotelería y Gastronomía, teniendo en cuenta las particulares condiciones de vida no sólo de Y. sino de sus hermanos, más específicamente de M. Que el pedido administrativo fue gestionado por la psicóloga del ETAP, Zona V, Lic. Nora Emanuelt y el Supervisor de Educación Primaria del Consejo Escolar Zona Andina, Fernando Posada. Acompaña nota que ilustra las gestiones llevadas a cabo y expresa que no dieron resultado por absoluta falta de respuesta.

Actualmente, Y. concurre a la escuela ESRN nro. 37.

Consigna el funcionario que el derecho vulnerado no es a la educación en términos generales sino que la vulneración obedece a la situación de Y. en un plano de igualdad con los restantes aspirantes a ingresar al establecimiento, siendo que la adolescente no se encuentra en igualdad de condiciones con la comunidad de estudiantes en general. Y., sostiene, se encuentra en un estado de vulnerabilidad grave, residiendo en una institución estatal -que no es su hogar- sin un referente adulto familiar responsable y con dos hermanos mayores que ella con discapacidades. Sostiene que el CET 25 resulta una

alternativa esperanzadora para su contexto personal y el de sus hermanos ya que brinda una herramienta eficaz para que el estudiante egrese con un potencial recurso laboral.

Indica que el Estado debe brindar una propuesta educacional acorde con su situación biosocial y familiar, brindando una herramienta para superar y compensar la orfandad de oportunidades que los adultos no le dieron ante su cruda infancia. Que el mismo estado en su rol de protección -a falta de padres- debió asumir el cuidado y desarrollo de la joven, considerando que ante su propio pedido y deseo el Ministerio o la Supervisión respectivo debió proporcionar la alternativa de incorporarla a la escuela de oficio.

Por último, expresa que cuando Y. termine el ciclo escolar a sus 17 años no podrá recurrir a sus progenitores, como sí pueden hacerlo otros adolescentes. Es decir que la posibilidad de que acceda estudios superiores se ve truncada por no contar con familiares referentes de contención y asistencia material.

Acompaña documental, funda en derecho, formula reserva de caso federal y ofrece prueba.

Librado el oficio previsto por la Constitución Provincial, fue contestado a fs. 35/37 por la Subsecretaría de Administración y Asuntos Legales del Ministerio de Educación y Derechos Humanos. Allí indican que la estudiante Y.J.L se inscribió en primer lugar en el Centro de Educación Técnica nro. 25, siendo esa su única opción elegida. Que como no tenía ningún criterio de ingreso directo fue a un sorteo público donde no resultó favorecida.

Detallan el procedimiento de asignación de las vacantes y los criterios de prioridad, a saber: **1) Estudiantes en proceso de inclusión, 2) Estudiantes a ingresar que sean hijos del personal docente y no docente que se desempeña en la Escuela, elegida en primera opción, 3) Estudiantes a ingresar que tengan hermanos cursando en la Escuela al momento de la inscripción y que fuera elegida en primera opción.**

El informe consigna que si la cantidad de estudiantes que no tiene ingreso directo supera las vacantes disponibles en la Escuela, la Supervisión convoca a un sorteo público para cubrirlos. De producirse vacantes, por diversos motivos, se respetará estrictamente el listado de suplentes producto del sorteo realizado.

Por último, se explica que a los estudiantes que no fueron asignados en ninguno de los establecimientos elegidos, la Supervisión les ofrece vacante en los establecimientos disponibles. Que en el caso de Y., se asignó una vacante en la ESRN nro. 37, lo que significa que en común acuerdo entre la supervisión a cargo y la familia del estudiante se acordó que una de las vacantes todavía libre en esta escuela, sea ocupada por la estudiante en cuestión. Que la disponibilidad de vacantes en otros establecimientos está sujeta a los movimientos de matrícula que pudieran sustanciarse durante el ciclo lectivo.

A fs. 44/45 luce nota del Coordinador Regional de Educación Zona Andina quien indica que a los fines de una incorporación futura debería realizar un pedido por nota y explicar la situación particular de la joven, esto es mediante el procedimiento administrativo de excepción, al Supervisor de Nivel Medio. Zona II.

A fs. 49 luce acta de la audiencia de conciliación fijada por el Tribunal, a la cual sin perjuicio de encontrarse debidamente notificado, no compareció representante alguno del Consejo Provincial de Educación.

Y CONSIDERANDO: En relación a la procedencia de la acción constitucional de amparo, huelga recordar que tanto el artículo 43 de la Constitución Nacional como el artículo 43 de la Constitución de la Provincia de Río Negro, han previsto esta vía para proteger y garantizar derechos y libertades fundamentales, de los cuales niñas y adolescentes son beneficiarias privilegiadas.

El art. 63 de la Constitución Provincial postula como objetivo el de "asegurar la educación permanente" y el art. 60 expresa que "La cultura y la educación son derechos esenciales de todo habitante y obligaciones irrenunciables del Estado".

Por otro lado, el principio 7º. de la Declaración de los Derechos del Niño establece que el niño tiene derecho a recibir una educación que será gratuita y obligatoria, por lo menos en las primeras etapas elementales, en condiciones de igualdad de oportunidades; y que el interés superior del niño debe ser el principio rector de quienes tienen la responsabilidad de su educación y orientación.

El plafón del derecho a la educación no está controvertido ni merece mayor abundamiento, pero cabe si ponderar si el asunto que me ocupa se pone en debate el derecho constitucional a la igualdad.

Cuando las autoridades educativas despliegan el procedimiento de asignación de las vacantes y los criterios de prioridad a saber: **1) Estudiantes en proceso de inclusión; 2) Estudiantes a ingresar que sean hijos del personal docente y no docente que se desempeña en la Escuela, elegida en primera opción y 3) Estudiantes a ingresar que tengan hermanos cursando en la Escuela al momento de la inscripción y que fuera elegida en primera opción**, lo hacen en el uso de una discrecionalidad razonable y fundamentada que no puede ser discutida en términos generales, sin avanzar por sobre el ámbito de decisión del poder Ejecutivo.

Ahora bien, al analizar el caso individual de Y. L., el procedimiento deja de ser razonable y equitativo para evidenciar una discrecionalidad inflexible.

Ronald Dworkin al desarrollar el paradigmático caso DeFunnis, explica que "Nada hay de paradójico, por cierto, en la idea de que en ocasiones el derecho individual a igual protección pueda entrar en conflicto con otra práctica social en otros aspectos deseable, incluso con la que tiende a establecer una mayor igualdad global en la comunidad." y concluye que de dicho caso se desprende una distinción entre la igualdad como política y la igualdad como derecho.

La política educativa, al establecer pautas objetivas de asignación de vacantes y prioridad, desarrolla una política de igualdad que beneficia objetivamente al estudiantado. Ahora bien, esa política general -buena per se- no puede ser opuesta a esta estudiante en particular, sin afectar su derecho al acceso a la educación.

Dicho esto, puede concluirse que la demanda encuadra en la acción de amparo de acuerdo a antiguo criterio del STJ in re "Comunidad Educativa de Comallo s/ Amparo", entre

otros, en los cuales se señaló que la ausencia de celeridad en la respuesta por de las autoridades encargadas ante el estado de vulnerabilidad denunciado configura una clara omisión o rehusamiento a cumplir obligaciones a cargo del Estado que sólo puede resolverse mediante la vía del amparo.

Nos encontramos ante una joven expuesta a situaciones objetivas de vulnerabilidad extremas, que la han colocado -junto a sus hermanos quienes padecen discapacidad- bajo directa y primaria responsabilidad del Estado. Por tal motivo fueron alojados en el año 2016 en una institución de abrigo.

Considero inaceptable y liviana la respuesta del Consejo de Educación. Obran antecedentes en el presente expediente que dan cuenta de gestiones efectuadas por la Lic. Emanuelt y el Sr. Posada para el ingreso de Y. por el procedimiento de excepción. La expresión utilizada a fs. 36, a saber: "Esto quiere decir que en común acuerdo entre la supervisión y **la familia del estudiante** se acordó que una de las vacantes todavía libre en esa escuela, sea ocupada por la estudiante en cuestión" da cuenta de la falta de compromiso en la situación ventilada. Y. no cuenta con "familiares" a cargo. Está, justamente, a cargo del Estado, único responsable de velar por sus derechos, debiendo, los representantes de las instituciones involucradas, colocar su mayor esfuerzo en garantizar su cumplimiento.

Ello fue puesto de manifiesto por el Dr. Ospital en oportunidad de la audiencia desarrollada el día 27 de junio pasado. Y. no cuenta con familia directa que pueda encargarse de los trámites administrativos indicados por el Consejo.

A fs. 41 el Dr. Ospital expresó correctamente que resulta injusto que no se hubiera tomado en cuenta la prioridad de Y., cuando desde el año anterior se estuvo gestionando a través de la supervisión primaria el ingreso a dicho establecimiento. Que, a todo evento, Y. debió ser priorizada como "estudiante en proceso de inclusión social", teniendo en cuenta que carece de responsabilidad parental y su hogar ha sido en los últimos años una institución del Estado, con las carencias que ello implica.

A fs. 6 obra nota suscripta por la Lic. Nora Emanuelt y Fernando Posada (Supervisor de Educación Primaria) que da cuenta que se gestionó con la previsión suficiente la vía de excepción para la inscripción de Y. en la escuela secundaria nro. 25 y nada se hizo al respecto.

Vale traer a colación las Observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto combinados para Argentina, del Comité de los Derechos del Niño, de octubre del 2018. En el punto dedicado a los niños privados de un entorno familiar, el Comité observa el apoyo insuficiente a los niños en su transición de la infancia a la edad adulta así como recomienda se asegure apoyo y asistencia para las familias desfavorecidas o marginadas-

El art. 62 de nuestra Constitución Provincial, que expresa: "La educación...es un derecho de la persona, de la familia y de la sociedad, a la que asiste el Estado como función social prioritaria, primordial e irrenunciable, para lograr una sociedad justa, participativa y solidaria".

El caso que nos ocupa, de Y. J. L. y sus hermanos, es paradigmático por todas las particularidades que presenta. En este sentido, el ya citado Comité de los Derechos del

Niño dedicó su Observación General N° 1 a los Propósitos de la educación, consignado que "El derecho del niño a la educación no sólo se refiere al acceso a ella (art. 28), sino también a su contenido." y pone énfasis en que la educación debe brindar a todo niño una herramienta indispensable para que, con su esfuerzo, logre en el transcurso de su vida una respuesta equilibrada y respetuosa de los derechos humanos a las dificultades que acompañan a un período de cambios fundamentales impulsados por la mundialización, las nuevas tecnologías y los fenómenos conexos.

Si la educación no prepara para la vida, expulsa y margina. Es obligación del Estado brindar herramientas de superación a este grupo de hermanos, por lo cual, el requerimiento de esta escuela en particular no es caprichoso. Es la posibilidad de acceder a un oficio para el futuro.

Por último, dado lo avanzado del año escolar, la acción se acogerá para el año próximo.

Por consiguiente y en consideración a lo expuesto, **RESUELVO:**

1) Hacer lugar a la acción de amparo promovida por el Dr. Javier Ospital, Defensor de Menores e Incapaces, en representación de Y. J. L, titular de DNI y ordenar al Consejo Provincial de Educación que proceda a inscribir a la adolescente en establecimiento educativo CET 25 en el año que le corresponda, a partir del ciclo lectivo 2020 .

2) Las autoridades educativas deberán realizar todas las gestiones administrativas que sean necesarias para el pase, así como favorecer la adaptación curricular en caso de que existan diferencias con el establecimiento del que la joven proviene.

3) Regístrese, protocolícese, notifíquese.-

María Marcela Pájaro

juez