

DEFENSORIA DE MENORES E INCAPACES N 6 Y OTROS c/ COLEGIO MALLINCKRODT HERMANAS DE LA CARIDAD CRISTIANA HIJAS DE LA BIENAVENTURADA VIRGEN MARIA s/AMPARO

Buenos Aires, de abril de 2017.-

Y VISTOS: Estos autos caratulados: “Defensoría de Menores e Incapaces no. 6 c/ Colegio Mallinckrodt Hermanas de la Caridad s/ amparo”, expte. no. 35.476/2016, de los cuales;

RESULTA:

I.A fs. 42/58 se presenta la Sra. Defensora Pública de Menores e Incapaces, a cargo de la Defensoría Pública no. 6, promoviendo acción de amparo contra el “Colegio Mallinckrodt – Hermanas de la Caridad Cristiana Hijas de la Bienaventurada Virgen María”, con el fin de que se declare inconstitucional e ilegítima toda conducta que afecte o amenace el derecho de C. M. M. a terminar su educación inclusiva en el colegio demandado por razones que tuvieron causa en su condición de discapacitada.

Solicita, asimismo, la Sra. Defensora Pública de Menores se declare el derecho de C. M. M. a terminar su educación inclusiva en el colegio Mallinckrodt, que el accionar de la demandada ha puesto en situación de incertidumbre y solicita se declare la ilegitimidad y arbitrariedad manifiesta de la conducta de la demandada de no cumplir de buena fe con el tratamiento que corresponde otorgar a la menor, pretendiendo imponer su voluntad de excluirla del sistema educativo por vía elíptica, que consiste en no brindarle los apoyos necesarios, pretendiendo la aprobación de un Programa Pedagógico Individual que claramente afecta del desarrollo de la menor y continuar discriminando a la niña pretendiendo someterla a una comparación con los cánones de la educación general, extremo que supone una conducta contraria a la pretendida educación inclusiva que se pregona.

Pretende la Sra. Defensora Pública de Menores que se condene a la institución demandada a respetar su derecho a la educación inclusiva hasta la finalización de sus estudios, que se concreta en la obligación de: otorgar a la menor los apoyos docentes exigidos por sus características de aprendizaje, diseñar un Proyecto Pedagógico Individual que consulte esas características y la necesidad de promover su desarrollo en el contexto social educativo en el que habita con participación de sus progenitores y de profesionales de pedagogía y psicología que asisten a la menor y cesar en las conductas hostiles y de discriminación hacia la menor, que pretenden disminuirla al intentar su igualación lisa y llana con el sistema de aprendizaje y evaluación de desarrollo de los establecimientos que no tienen educación inclusiva, como el que pregonar tener la demandada.

Señala que, en el mes de diciembre de 2015 –tal como surge del expediente que se ofrece como prueba- recibió y escuchó personalmente a C. M. M. en su despacho y luego conversó con sus padres, quienes manifestaron que la joven concurre al colegio Mallinckrodt desde Jardín de Infantes bajo la modalidad de integración debido a que nació con una condición genética muy poco conocida, denominada “Síndrome de Williams”, que entra dentro de lo que se denomina “una niña de desarrollo no típico”. Según documentación que acompañaron, refiere que, C. M. M. transcurrió toda su escolaridad en la mencionada institución sin complicaciones que merecieran

ser destacadas, quedando plasmado en sus boletines del ciclo primario distintas felicitaciones efectuadas por sus docentes.

Manifiesta que, en el mes de octubre de 2015 las autoridades del colegio hicieron saber a los padres de la joven que no se procedería a la matriculación de C. para el ciclo lectivo 2016. Dice que, en el convencimiento de que tal circunstancia configuraba una vulneración de los derechos constitucionales de su representada por parte de la institución aquí demandada, promovió una acción de amparo que dio origen al expediente "Defensoría de Menores e Incapaces no. 6 c/ Colegio Mallinckrodt Hermanas de la Caridad s/ amparo", expediente no. 86.808/2015, que tramitó por ante este Juzgado, en cuya causa se decretó una medida cautelar, ordenando a la demandada que realizara la inscripción de la joven para el ciclo lectivo 2016, que fue apelada por la accionada, pero el recurso fue declarado desierto.

Sostiene que, habiendo podido comprobar a través de la visita institucional encomendada a la Lic. en Trabajo Social de esta Defensoría, cuyo informe acompañó al presente, las manifestaciones efectuadas por el abogado de la joven y en tanto el accionar de la demandada perjudica a su representada, se encuentra en la obligación de promover una nueva demanda de amparo, que acumula una acción declarativa en los términos de la pretensión expuesta en el capítulo II de este escrito, a fin de evitar un daño irreparable en la joven. Aduce que ya han transcurrido tres meses de clases y sin embargo, persiste la postura inflexible de los directivos del colegio demandado en cuanto a la designación de una docente de apoyo bajo la excusa de que su contratación no configura una responsabilidad de la institución. Dice que, informaron los padres de su representada que han recibido del colegio un formulario que en copia acompañan donde se les informa que deben solicitar la reincorporación de su hija por haber excedido la cantidad de faltas y las mismas no han sido justificadas, siendo esperable de C. que no quiera concurrir al colegio en las condiciones que se le han impuesto porque se vio colocada, en una situación injusta al no contar con una maestra integradora.

Luego de una serie de consideraciones que se tienen en cuenta en este acto, funda en derecho y ofrece prueba.

II. Corrido el traslado de ley a fs. 60/61, a fs. 189/198 se presenta las Hermanas de la Caridad Cristiana Hijas de la Bienaventura virgen María de la Inmaculada Concepción Hermanas de Mallinckrodt, Titular del colegio Mallinckrodt, por apoderado, contestando demanda, negando en forma pormenorizada los hechos expuestos por la actora en su escrito de inicio.

Opone al progreso de la acción excepción de falta de legitimación activa, con fundamento en que C. M. M. ha incurrido en las faltas establecidas como para perder su condición de alumna regular y sus padres, responsables de la menor y de su educación, no hicieron las solicitud formal de reincorporación, por lo que han dado muestras clara y contundentes de que no tienen interés en que su hija continúe en el establecimiento educativo de su representada.

Asimismo refiere la accionada que, en el caso de autos se presenta la particularidad que interpone la demanda la Defensoría en nombre y representación de una menor que tiene padre y madre con presencia y que ambos tienen un rol activo en el cuidado y formación de su hija. Dice que, no se

verifica en autos ninguno de los supuestos de actuación previstos por el art. 103 del Código Civil y Comercial para que la Defensora de Menores promueva esta acción, teniendo en cuenta que los progenitores de la menor tomaron un compromiso con el colegio, a través de la exteriorización de la voluntad mediante la firma de un instrumento de no continuación en el colegio en el presente ciclo lectivo con fecha 9 de marzo de 2015, no pudiendo estar la voluntad de la Defensora de Menores por encima de los padres de la menor.

Señalan que si se desconoce el compromiso asumido se estaría vulnerando principios fundantes de nuestro ordenamiento legal, el valor vinculante de los contratos, la obligación asumida por la exteriorización de la voluntad y la doctrina de los actos propios, no habiendo existido vulneración o vicios de la voluntad de ambos firmantes.

Añaden que la alumna C. M. M., de 16 años de edad, asiste al colegio Mallinckrodt con Proyecto Pedagógico Individual, conforme Disposición 219/112 que establece que “en el caso en que la normativa vigente referida al régimen de evaluación, promoción y acreditación no permita acreditar el aprendizaje de los contenidos mínimos previstos para cada grado, año o nivel en los que se encuentran matriculados alumnos con discapacidad y/o superen el desfasaje de dos años previsto en el párrafo 3 del punto 4 del Anexo I de la Disposición 25-DGEGP/2011, la institución educativa con acuerdo de los padres y del equipo profesional que asiste al menor, podrá determinar la continuidad del alumno con su grupo de pertenencia, su PPI y los ajustes que sean necesarios a los fines de facilitar la adquisición de competencias socio educativas y aprendizajes significativos. Dicho PPI lo habilitará para continuar con su grupo de pares en el siguiente grado, año o nivel y no acreditarán por sí la terminalidad del nivel correspondiente, quedando las facultadas las instituciones , en los casos que corresponda, a certificar las competencias y los aprendizajes adquiridos una vez concluidos los mismos. En los criterios para la implementación de la referida disposición, la Dirección General de Educación de Gestión Privada, establece que “la solicitud de aprobación de estos PPI deberá encontrarse fundada en el informe de los profesionales o equipos que asiste al niño/a adolescente y en la evaluación del mismo realice la institución educativa.

Refiere que como no nombraron un docente integrador que era una responsabilidad propia e indelegable de los padres de la alumna, no resultó posible cumplir con dicha prescripción normativa.

Luego de una serie de consideraciones que se tienen en cuenta en este acto, funda en derecho y ofrece prueba.

III. A fs. 206 la parte actora contesta el traslado de la excepción de falta de legitimación activa.

IV. A fs. 218/220 se presenta C. M. M., por su derecho, con el patrocinio letrado del Dr. Fernando R. García Pullés, como abogado del niño, ratificando todas y cada una de las manifestaciones vertidas en autos por la Defensora de Menores.

V. A fs. 505 se presentan los padres de la menor, V. R. M. y A. P. G., quienes son tenidos por parte en la providencia de fs. 506.

VI. Abierto el juicio a prueba a fs. 510, a fs. 599 se declaró clausurado el período probatorio, quedando a fs.603 en estado de dictar sentencia.

Y CONSIDERANDO:

I. Que todo procedimiento seguido en los presentes obrados ha sido consentido por las partes, por lo cual a fin de dirimir la controversia planteada corresponde en principio señalar que en orden a lo normado por el art. 386 del ritual las pruebas arrimadas a esta causa se habrán de analizar de conformidad con las reglas de la sana crítica limitando su valoración solo a aquellas que fueran esenciales y definitivas para el fallo de la causa y en la medida en que ello sea indispensable a los fines de este pronunciamiento desde que como tiene decidido una reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación no es necesario que los jueces traten o se pronuncien sobre todas las cuestiones propuestas por los litigantes bastando que lo hagan sobre los puntos debatidos “en cuanto su solución sea conducente a la decisión del litigio” (Fallos 250-36).

II. Dispone el art.43 de la Constitución Nacional: “Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución...”.

De la compulsión de las actuaciones y adelantando opinión sobre el tema debatido se advierte que en el caso, según se verá en los argumentos siguientes, se configuran los extremos señalados y que posibilitarían admitir la acción intentada.

III. Corresponde señalar que por razones de mejor orden metodológico, tanto la excepción de falta de legitimación activa opuesta por la demandada en su responde, como los argumentos expuestos para la procedencia o el rechazo de la acción de amparo serán tratados conjuntamente.

Sostiene Guasp que la legitimación procesal o legitimación en causa “es la consideración especial en que tiene la ley, dentro de cada proceso, a las personas que se hallan en una determinada relación con el objeto del litigio, y, en virtud de la cual exige, para que la pretensión procesal pueda ser examinada en cuanto al fondo, que sean dichas personas las que figuren como partes en tal proceso (cfr. Guasp-Aragoneses, “Derecho Procesal”, 4ta. Edición, I, p. 177).

La existencia de esta condición, referida al demandante, se llama legitimación activa, y la referida al demandado, legitimación pasiva. La excepción de falta de legitimación para obrar consiste en la inexistencia de calidad para requerir una sentencia favorable; es decir, se configura cuando alguna de las partes en litigio no es titular de la relación jurídica sustancial que da origen a la causa, sin perjuicio de que la pretensión tenga o no fundamento (cfr. FassiMaurino, “Código Procesal Civil y Comercial...”, Editorial Astrea, 3ra. Edición actualizada y ampliada, Tomo 3, pág. 248).

La demandada alegó en su responde que C. M. M. ha incurrido en las faltas establecidas como para perder su condición de alumna regular y sus padres, responsables de la menor y de su educación, no hicieron la solicitud formal de reincorporación, por lo que han dado muestras claras y contundentes de que no tienen interés en que su hija continúe en el establecimiento educativo de su representada (v.fs. 189/198).

Asimismo sostuvo la accionada que, en el caso de autos se presenta la particularidad que interpone la demanda la Defensoría en nombre y representación de una menor que tiene padre y madre con presencia y que ambos tienen un rol activo en el cuidado y formación de su hija, ponderando que los progenitores de la menor tomaron un compromiso con el colegio, a través de la exteriorización de la voluntad mediante la firma de un instrumento de no continuación en el colegio en el presente ciclo lectivo con fecha 9 de marzo de 2015, no pudiendo estar la voluntad de la Defensora de Menores por encima de los padres de la menor (v.fs. 189/198).

Por su parte la actora refirió que el art. 103 del Código Civil y Comercial de la Nación dispone que la intervención del Ministerio Público en todos los procesos en los que se encuentran involucrados intereses de personas menores de edad. Dice que, su intervención es entonces de carácter necesaria, representativa y de orden legal de modo que los niños, niñas y adolescentes cuentan con una doble representación como garantía de protección en virtud de su situación de vulnerabilidad (v.fs.206/213).

Ahora bien, el art. 103 del Código Civil y Comercial de la Nación establece que: “Actuación del Ministerio Público. La actuación del Ministerio Público respecto de personas menores de edad, incapaces y con capacidad restringida, y de aquellas cuyo ejercicio de capacidad requiera de un sistema de apoyos puede ser, en el ámbito judicial, complementaria o principal.

a. Es complementaria en todos los procesos en los que se encuentran involucrados intereses de personas menores de edad, incapaces y con capacidad restringida; la falta de intervención causa la nulidad relativa del acto.

b. Es principal: i. cuando los derechos de los representados están comprometidos, y existe inacción de los representantes; ii. cuando el objeto del proceso es exigir el cumplimiento de los deberes a cargo de los representantes; iii. cuando carecen de representante legal y es necesario proveer la representación. En el ámbito extrajudicial, el Ministerio Público actúa ante la ausencia, carencia o inacción de los representantes legales, cuando están comprometidos los derechos sociales, económicos y culturales.”

Como se ve, en este artículo, el Código establece en qué supuestos debe intervenir el Ministerio Público cuando se encuentran involucrados determinados sujetos. La función esencial del Ministerio Público es la de representar con todas las facultades y los deberes que le impone la ley, no la de asistir a la persona vulnerable. En esto radica la esencial diferencia con el abogado defensor de la persona. Como se trata de “representar” a los sujetos que la ley imperativamente establece que no pueden ejercer por sí sus derechos, ello perdura mientras persista la incapacidad de la persona o mientras que los niños no alcancen la mayoría de edad. Es más, la representación

del Ministerio Público cesa de pleno derecho al momento que las personas menores de edad alcanzan los 18 años (art. 1° CDN) o cuando se rehabilitó a la persona declarada incapaz.

Sabido es que, el Ministerio Público es un órgano independiente con autonomía funcional y autarquía financiera. Tiene por función promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad, en coordinación con las demás autoridades de la República. Está conformado por un procurador general, un defensor general de la Nación y demás miembros que la ley establezca. Sus miembros son magistrados/as que gozan de inmunidades funcionales e intangibilidad de remuneraciones.

El Ministerio Público es el representante de los niños/as y adolescentes y actúa conjuntamente con sus progenitores o en forma principal para la mejor defensa de sus derechos.

En función de ello, y ponderando que tanto en la causa conexas no. 86.808/2015 seguida entre las mismas partes, como en estos obrados no surge que los progenitores de la menor de edad C. M. M., hayan promovido acción de amparo contra la aquí demandada por el mismo objeto, los argumentos expuestos por la accionada sobre este aspecto deben ser rechazados, ya que la actuación de la Defensora de Menores configura el supuesto legal previsto en el inc. b) i del art. 103 del Código Civil y Comercial de la Nación.

En cuanto a los argumentos sostenidos por la demandada respecto a las faltas incurridas por la menor C. M. M. durante el ciclo lectivo 2016 que la ponen en situación de alumna libre; sobre el contrato firmado por los padres al comienzo del año lectivo 2015 y lo relacionado a la maestra integradora para la menor C. M. M. es importante exponer que, sin perjuicio de que en este caso puntual se vulneran los derechos de la menor C. M. M., y la urgencia y gravedad justificaron el dictado de las correspondientes medidas cautelares, la cuestión de fondo, es decir lo relativo a la inclusión de la discapacidad, constituye una cuestión extremadamente significativa en el ámbito jurídico legal, no sólo por la trascendencia de los derechos y valores en juego (derechos humanos personalísimos y orden público), sino también desde lo cuantitativo. Se estima que hay en el mundo más de mil millones de personas con algún tipo de discapacidad (15% aprox. de la población mundial) y la población infantil de este grupo es de 95 millones (5,1%), de los cuales 13 millones (0,7%) tienen discapacidad grave (Reporte Mundial de Discapacidad, Banco Mundial, 2011). En el caso particular de Argentina, uno de cada cinco hogares alberga una persona con discapacidad y la prevalencia es del 12,9% (Censos Nacionales 2001 /2010).

En el caso, C. M. M. reviste un doble carácter de vulnerabilidad, pues no sólo se trata de una menor de edad sino que ella tiene una discapacidad permanente. Por tanto, corresponde redoblar la protección de sus derechos frente a la actitud negativa cotidiana de la institución escolar demandada, que se limitó a su re matriculación formal pero incumple su obligación de brindarle un servicio educativo de calidad y accesible.

Es que el primer derecho humano, constituido por el derecho a la vida y a su pleno desarrollo en sociedad, conlleva el ejercicio efectivo de los derechos constitucionales de aprender y enseñar, y el derecho de trabajar, todo lo cual debe garantizarse sobre el principio de la igualdad ante la ley

(artículos 14, 16 de la Constitución Nacional, y arts. 10, 11 de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires), no pudiendo ser alterados por ley o reglamento alguno (art. 28 CN, art. 10 C CABA). Corresponde reconocer, entonces, el derecho a la inclusión, que comienza con la educación inclusiva, como constitutivo del derecho a una vida plena en sociedad.

La obligatoriedad de la educación se extiende en Argentina no sólo al nivel inicial y primario, sino también al secundario, de modo que imponer la carga a los padres de la menor C. M. M. y simultáneamente privarla de los medios para su cumplimiento, importa una grave e inadmisibles arbitrariedad. La educación –sea ésta de gestión pública, o de gestión privada- es una prestación pública, de modo que las instituciones educativas deben enmarcarse dentro del ordenamiento jurídico y lineamientos vigentes.

La Ciudad Autónoma de Buenos Aires ámbito donde se emplaza la institución educativa demandada y reside la menor y su familia, mediante su Carta Magna, reconoce a los niños en general como sujetos activos de sus derechos y les garantiza su protección integral (art. 39), y garantiza a las personas con necesidades especiales el derecho a su plena integración, a la información y a la equiparación de oportunidades (art. 42). También por mandato constitucional, la Ciudad de Buenos Aires tiene bajo su égida la ejecución de políticas de promoción y protección integral tendientes a la capacitación, educación y plena inserción laboral y social de las personas con discapacidad (art. 42), con la mira puesta en el desarrollo de un hábitat libre de barreras naturales, culturales, lingüísticas, comunicacionales, sociales, educacionales, arquitectónicas, y de cualquier tipo. Se reconoce y garantiza el derecho a ser diferente, no admitiéndose discriminaciones por razones de caracteres físicos, condición psicofísica, o cualquier otra circunstancia que implique exclusión, restricción o menoscabo (art. 11).

En este sentido, la Ciudad de Buenos Aires, ajustó su normativa específica en términos educativos. Si bien con anterioridad las escuelas de gestión privada debían contar (Disposición Nro. 900/DGEGP/2007), a nivel ministerial, con un proyecto institucional de integración formal, presentado y aprobado por la Dirección General de Escuelas de Gestión Privada (DGEGP), hace ya varios años ese “requisito” fue suprimido por la autoridad estatal mediante derogación de la citada normativa. Ocurre que la ausencia de tal proyecto institucional (su falta de presentación formal por parte de muchas escuelas de gestión privada) solía constituir una barrera burocrático-administrativa para la matriculación de alumnos con discapacidad. Así las cosas, más allá del antiguo “listado de instituciones integradoras” de la DGEGP, actualmente por imperativo legal todas las escuelas están obligadas a matricular alumnos con discapacidad (sujetándose a la normativa y lineamientos pertinentes) y, por derivación lógica, a re-matricular a sus alumnos que así lo soliciten y brindarles el servicio educativo correspondiente.

Pero adicionalmente, en el caso particular de la entidad educativa aquí demandada, ésta además contaba con el mencionado proyecto institucional integrador formal, y fue en ese marco que la menor se matriculó en la escuela a muy corta edad e inició su trayectoria escolar. Por tanto, la obligación de esta escuela de gestión privada tiene no sólo un origen legal con primacía constitucional, sino también convencional, en la medida en que la institución educativa contaba -y

ofrecía- formalmente con un programa de integración o educación inclusiva, cuyo incumplimiento resulta inadmisibles en justicia: la escuela se obligó a prestar el servicio educativo inclusivo a la alumna. A todo evento, debe señalarse que la firma de documentación escolar diseñada y/o redactada por la demandada, y enmarcada en el proyecto institucional, que contenga condiciones y/o limitaciones de cualquier índole (en el caso, temporal) y/o renuncia a derechos cuyo titular es una menor de edad portadora de una discapacidad no puede tener efecto legal adverso a la menor, toda vez que se trata de derechos –tanto el derecho a la educación como el derecho a la inclusión- de naturaleza irrenunciable por hallarse en juego el orden público.

Tanto en términos internacionales como a nivel nacional, se postula como objetivo educativo primordial un sistema educativo con igualdad de oportunidades para todos los sectores de la sociedad. Procura no sólo la extensión cuantitativa del servicio educativo sino también la mejora de su calidad (Conferencia Mundial sobre Educación Para Todos, Jomtien: 1990, Declaración de Salamanca: 1994, Educación para Todos, Dakar: 2000). En el caso particular, ello se traduce en el acceso de alumnos con discapacidad a una educación no segregada y de mejor calidad. Nótese, además, que una educación accesible e inclusiva no sólo tiene en cuenta a los futuros alumnos con discapacidad (que puedan ingresar en la escuela), sino a aquellos estudiantes de la institución que puedan discapacitarse a lo largo de su escolaridad.

El Diseño Universal del Aprendizaje posibilita que la educación cumpla con las cuatro características propuestas por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ONU (1999) (observación general nº 13, párr. 6) para la educación: disponibilidad (instituciones educativas en cantidad suficiente), accesibilidad (accesibles física, comunicacional y económicamente a todos); aceptación (con forma y fondo relevantes, adecuados culturalmente y de buena calidad y valorados por alumnos y familias); adaptabilidad (educación flexible a las necesidades de las sociedades y de los alumnos en diferentes contextos). A ello se suma la noción de Calidad Educativa, cuyas dimensiones según PREALC/UNESCO Santiago) son la equidad (democratización en el acceso y apropiación del conocimiento), la relevancia (el sentido de la educación: aprender a ser, hacer, conocer y vivir juntos), la pertinencia (significativa para personas de distintos contextos y culturas, para su apropiación y construcción como sujetos en la sociedad), la eficacia y eficiencia (en qué medida se asignan recursos y se logran o garantizan las metas de relevancia, pertinencia y equidad), y el respeto por los derechos (educación gratuita, obligatoria, basada en el derecho a la participación, a la no discriminación y a la igualdad). En el caso de la menor C. M. M., se incumple su derecho de aprender en una escuela común, no segregada, y se la priva del acceso a una educación con los requisitos pedagógicos y educativos fijados en documentos internacionales.

Debe destacarse que, a nivel mundial, el importante movimiento social que dio lugar al dictado de la “Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad” (ONU: 2006) fue liderado por personas con discapacidad y sus familias. Ello a punto tal, que el texto de ese documento fue elaborado en gran medida por organizaciones no gubernamentales, principalmente de personas con discapacidad y sus familiares (vg. La Unión Mundial de Ciegos, Inclusion International, La Federación Mundial de Salud Mental, etcétera), por lo que quedó



reconocido el protagonismo de nuevos actores en diferentes niveles y áreas del sistema. El enfoque jurídico de la discapacidad ya no es médico sino social y los planes personalizados de enseñanza tienen como elemento central la participación de los profesionales, los padres y el alumno, de manera que resulta inaceptable un Proyecto Pedagógico Individual que no cuente en su elaboración con la participación de todos los principales actores.

La República Argentina adhirió a esta convención internacional (Declaración Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad) mediante la ley 26.378, del año 2008. Este tratado internacional que goza de jerarquía constitucional (conf. arts. 31 y .75, inc. 22, CN). Con ello, el Estado se comprometió a garantizar el acceso de las personas con discapacidad a la escuela común. Así, la Educación Inclusiva comienza a estar regulada y el Estado ha de velar por ella, y las escuelas en tanto prestadoras de un servicio público deben adecuarse para su cumplimiento. Ese avance desde la “integración” (nacida como solución a la segregación y basada en el principio de normalización por el cual el peso está puesto en la persona que debe adecuarse para llegar “a nivel”) hacia la “inclusión” impone la flexibilización de la escuela o el entorno para acoger a todas las personas. El Poder Judicial, en cuanto brazo y órgano del estado, también debe contribuir a garantizar el acceso de las personas con discapacidad a la escuela común, es decir, a una educación inclusiva.

Si bien en Argentina el sistema educativo parecería tradicionalmente estructurado sobre un modelo integrador –y no inclusivo- (Ley Nacional de Educación N° 26.206, del año 2006), la posterior suscripción y jerarquía constitucional de la Convención de los derechos de las personas con discapacidad (que estipula expresamente la inclusión en escuela común), las normas de los arts. 14, 16, 72 inc. 23, de la Constitución Nacional y arts. 10, 11, 39 y 42 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires imponen una lectura armónica de su normativa, que nos lleva a concluir que el sistema normativo actual no sólo es favorable, sino que obliga legal y organizativamente a la inclusión educativa en general (a nivel sistema) y a la inclusión escolar en especial (a nivel institucional) cuando la familia y/o el niño así lo elija.

En lo que refiere a las escuelas de gestión privada (en CABA), la adecuación normativa fue en tal dirección, con el dictado paulatino de resoluciones en este sentido. Así, la Dirección General de Escuelas de Gestión Privada (DGEGP) dictó en 2011 la disposición Nro. 25 mediante la cual habilita a matricular alumnos con discapacidad con la sola elaboración y presentación del correspondiente Proyecto Pedagógico Individual (PPI) para cada uno de estos alumnos, es decir, sin necesidad de contar la escuela con un proyecto de integración institucional que la habilitara como “institución integradora” (como imponía la anterior Disposición 900/2007). Posteriormente, la Disposición 219/2012 de DGEGP avanzó hacia la inclusión, al prever la provisión a los alumnos con discapacidad de los apoyos necesarios y plan pedagógico que les asegure la continuidad en todos los niveles del sistema educativo respetando sus necesidades de apoyo, su grupo de pertenencia y sus estilos de aprendizaje. Debe destacarse que la menor se encuentra ya sobre el final del ciclo secundario, y que desde su primera infancia comparte su día escolar con el mismo grupo de compañeras.

Lo antedicho implica, en el caso particular de la menor C. M. M. , la provisión por parte del colegio, de las herramientas pedagógico/escolares acordes a sus necesidades en cantidad y calidad tal que le permitan continuar su trayecto escolar con sus compañeras de clase. La provisión de una maestra integradora es el vehículo para el diseño de los ajustes razonables a que la menor tiene derecho. Pues bien, la institución aquí demandada hace caso omiso a su deber de proveer los ajustes y apoyos necesarios para la educación de C. M. M., ya que durante varios meses del ciclo lectivo 2016 no se proveyó de una maestra integradora para la menor y fueron sus propios padres quienes si lo consiguieron recién en el mes de agosto del 2016, según surge de fs. 226.

De este modo, queda claro que las inasistencias de la menor fueron causadas por la propia institución demandada por no haberle provisto la correspondiente maestra integradora, con el inconfesable pero inocultable propósito de obtener la renuncia de su derecho a una verdadera educación inclusiva. Ello es inadmisibles en un estado de derecho, por lo que no puede ser considerada una alumna libre por inasistencias, a pesar de lo informado a fs. 224 por el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, atento los argumentos expuestos precedentemente y los que se exponen a continuación.

En efecto, la existencia de apoyo suficiente constituye un requisito vital en la educación inclusiva, a punto tal de ser encionado de forma expresa en la norma del art. 24, párrafo 2, incisos d) y e) de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad suscripto por la Argentina. Esta norma impone, como medio para hacer efectivo el derecho a la educación inclusiva: “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.” En cumplimiento de lo allí dispuesto es que el Ministerio de Educación de la Nación, mediante la normativa pertinente, dispone para el ámbito de las escuelas de gestión privada que la Dirección General de Escuelas de Gestión Privada proveerá orientación y acompañamiento a aquellas instituciones que tengan alumnos con Proyectos Pedagógicos Individuales, vale decir, en programas de integración o educación inclusiva, a través de los equipos de supervisión pedagógica y de los equipos de la modalidad especial, siempre que la escuela lo requiera (arts. 2 y 6, DI-2011-25-DGEGP).

Consecuentemente, prevé que la escuela es quien deberá cumplimentar los procedimientos administrativos correspondientes para acceder a la aprobación pedagógica del cargo de maestro de apoyo a la integración y/o profesor de apoyo a la integración (art. 7), y si bien cada institución educativa manejará criterios sobre la cantidad de alumnos integrados por curso o división, para ello también cuenta con el asesoramiento de la Supervisión del Nivel y del responsable del Sector de Educación Especial (Anexo I, nro. 1), dado que es “El equipo escolar conformado por Directivos y docentes” quien “propicia y coordina los procesos de Integración quedando la tarea de los equipos externos de apoyo a la integración bajo la coordinación y seguimiento de la Dirección Escolar” (Anexo I, nro. 5: “equipo integrador”). Es por ello que cuando haya 7 o más alumnos con discapacidad por nivel o sección, la institución ha de contar, además, con docente integrador en su planta funcional (Anexo I, nro.

6).

Se ha explicado la obligación de la institución de recibir a alumnas con discapacidad, y consecuentemente, de ofrecerles el correspondiente servicio educativo. Sin embargo, en el caso particular se presenta la discusión respecto de quién debe contratar / proveer a la persona encargada específicamente de adecuación de contenidos, metodologías y demás aspectos relativos a la accesibilidad de la alumna al conocimiento impartido. La decisión respecto de si esta figura debe ser provista por la familia de la alumna, o por la institución, deviene abstracta, toda vez que el caso presenta particularidades que nos convencen de la legalidad y justicia de imponer a la escuela esa prestación. Sin perjuicio de ello, debe destacarse que no existe norma alguna que imponga tal carga a la familia, por un lado, y que simultáneamente es la dirección escolar la responsable de la coordinación, seguimiento y ejecución de la integración escolar de sus alumnos.

La maestra integradora en favor de la menor C. M. M. se presenta no sólo como razonable sino a todas luces evidente, si se tiene en cuenta que el trabajo de esa profesional consiste en ser una pareja pedagógica de la docente encargada del curso y/o de las docentes a cargo de las asignaturas, lo que requiere de trabajo en equipo, coordinación de tareas, planificación de contenidos y demás estrategias y apoyos a la menor (véase anexo I, DI-2011-00524745DGEGP que fija los roles y funciones de la dirección de la escuela, del docente de apoyo a la integración en planta funcional pedagógica, y del docente integrador externo). La actitud de la institución y sus autoridades que llevaron a la judicialización de la educación de la menor y crearon un escenario de conflicto cotidiano provoca, según puede razonablemente pensarse y según se acreditó en autos, una imposibilidad material de la familia de presentar a la escuela y/o colaborar en la designación de un profesional dispuesto a desempeñarse en esas condiciones escolares, sin perjuicio de la obligación de la escuela de contar con el profesional en planta permanente, si tiene 7 o más alumnos matriculados con discapacidad.

La negativa escolar a brindar educación adecuada a la menor y la resistencia a colaborar en ese sentido, me llevan al convencimiento de reforzar su obligación de proveer el profesional del caso, no sólo porque ello es conteste con la normativa vigente, sino por cuanto constituye una consecuencia de la actitud asumida por esa demandada. Por lo demás, debe señalarse que el docente de apoyo es aquello que su nombre expresa, un apoyo, toda vez que la menor es alumna de la institución y de todas sus docentes (no de su maestra integradora).

Por otra parte, a fs. 592/597 obra dictamen del Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, en virtud de la medida para mejor proveer dispuesta a fs. 577 con la finalidad de expresar una opinión fundada sobre el objeto de este litigio.

En tal sentido, expresó que "...la Institución Educativa, al verse forzada a re matricular a C.M.M. para el ciclo lectivo 2016, adaptó unilateralmente y violando no sólo los derechos de C.M.M. como niña, sino también la Disposición mentada ut supra y su derecho a una educación inclusiva, decidiendo efectuar dicho PPI en base al año curricular en el que la niña cursaba y no en relación a

los conocimientos adquiridos hasta el momento por ella. Es decir en relación a sus posibilidades reales de aprender..." (v.fs. 595 vta.).

Asimismo, manifestó que "...ello pone de manifiesto la actitud expulsiva y no inclusiva adoptada por la institución educativa, pues resulta innegable que si la niña adquirió los conocimientos correspondientes a 4to grado no le será posible adquirir aquellos correspondientes a 3 año, pese a cualquier adaptación que infructuosamente se intente. Así resulta notorio que la demandada tenía como única finalidad desescolarizar a C.M.M. bajo la espuria pretensión de dar por cumplida la manda judicial elaborando un PPI de imposible cumplimiento por parte de C.M.M..." (v.fs. 595 vta.).

Además se expuso en dicho dictamen que "...en resumen, atendiendo la normativa citada, considero que la institución educativa ejerció una actitud expulsiva y no inclusiva hacia C.M.M., solapando la misma mediante la elaboración de un pseudo Proyecto Pedagógico Individual, el cual indudablemente resultó coercitivo de su derecho a la educación, pues dicha Institución tenía un certero conocimiento respecto de la imposibilidad de cumplimiento de éste por parte de la niña..." (v.fs. 596).

Se concluyó que "...por los motivos expuestos, considero que obran indicios probatorios suficientes que permiten encuadrar la conducta denunciada en los términos de la Ley no. 23.592, normas concordantes y complementarias precedentemente citadas, como conducta discriminatoria..." (v.fs. 596).

Por último, el Inadi recomendó que "...atento a lo expuesto en los párrafos precedentes y en pos del cumplimiento del interés superior de C.M.M., se recomienda no solo su permanencia en la Institución Educativa denunciada sino también la re-elaboración de un PPI que permita el ejercicio a su derecho a una educación inclusiva, con sustento en las capacidades de la joven al momento de su elaboración y teniendo en miras el interés superior posibilitando así su efectiva participación y adquisición de conocimientos..." (v.fs. 596). Agregó, asimismo, como recomendación que "...se estima pertinente a los fines de garantizar el ejercicio de los derechos humanos de C.M.M., la notificación del presente dictamen a la Dirección General de Educación de Gestión Privada, como así también al Ministerio de Educación de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a efectos de que se arbitren las medidas necesarias para el cumplimiento acabado de la norma, en pos de su interés superior en los términos establecidos en la Convención para la Eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad..." (v.fs. 596 vta.).

Por lo expuesto, la excepción de falta de legitimación activa opuesta por la demandada debe ser rechazada; con costas a cargo de la parte vencida (art. 69 del ritual) y, por ende, por los argumentos expuestos en los párrafos que anteceden la acción de amparo debe prosperar.

Por tales consideraciones; FALLO: I. Admitir la acción de amparo promovida contra las Hermanas de la Caridad Cristiana Hijas de la Bienaventura Virgen María de la Inmaculada Concepción de Hermanas de Mallinckrodt, Titular del Colegio Mallinckrodt. En consecuencia, se condena a la institución demandada a respetar el derecho de C. M. M. a la educación inclusiva hasta la finalización de sus estudios secundarios en dicha institución, que se concreta en la obligación de:

otorgar a la menor los apoyos docentes exigidos por sus características de aprendizaje y la correspondiente maestra integradora para la menor C. M. M.-, debiendo realizar la re-elaboración de un PPI que permita el ejercicio a su derecho a una educación inclusiva, con sustento en las capacidades de la joven al momento de su elaboración y teniendo en miras el interés superior posibilitando así su efectiva participación y adquisición de conocimientos y cesar en las conductas hostiles y de discriminación hacia la menor, que pretenden disminuirla al intentar su igualación lisa y llana con el sistema de aprendizaje y evaluación de desarrollo de los establecimientos que no tienen educación inclusiva, como el que pregona tener la demandada, bajo apercibimiento de aplicar sanciones conminatorias (conf. art. 804 del Código Civil y Comercial de la Nación). Con costas a cargo de la parte vencida (art. 68 del ritual). Firme el presente se procederá a regular honorarios a los profesionales intervinientes. Cópiese, regístrese, notifíquese por Secretaría a las partes y, asimismo, el dictamen de fs. 592/597 y el presente pronunciamiento a la Dirección General de Educación de Gestión Privada, como así también al Ministerio de Educación de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y oportunamente archívese.

Fecha de firma: 06/04/2017

Firmado por: CAMILO ALMEIDA PONS