

Juzgado N°01 Secretaria N°02

Nombre del Expediente:“ [REDACTED] *CONTRA GCBA y otros SOBRE AMPARO*”

Número: A55861-2014/0

**CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES, 02 de febrero de
2015.**

Y VISTOS:

I. La Sra. [REDACTED] por derecho propio y en representación de su hija menor de edad [REDACTED], interpone acción de amparo contra el **Instituto Argentino Árabe Islámico** y contra el **MINISTERIO DE EDUCACIÓN DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES**, con el objeto de que se ordene al Instituto que cese en sus acciones tendientes a imponer barreras y obstáculos a la continuidad de la escolaridad de su hija, y que garantice su acceso, asistencia e inclusión a la escuela en forma plena, ininterrumpida y continua (fs. 1/18).

Solicita, también, que se ordene a la citada institución que autorice la asistencia de [REDACTED] con el apoyo personalizado y efectivo que ella necesita, con el objetivo de la plena inclusión, tanto en su acceso como en su contenido, de acuerdo con lo que indica la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Respecto del Ministerio de Educación, requiere que ejerza sus obligaciones y facultades de supervisión y control, en tanto, por mandato constitucional debe evaluar, regular y controlar la gestión de las escuelas privadas, de modo indelegable.

Relata que [REDACTED] es una niña de 12 que cursa 5to. grado en el **Instituto Argentino Árabe Islámico**, colegio común privado, en el que cursó la primaria y construyó su grupo de pertenencia.

Manifiesta que, [REDACTED] es una niña con Trastorno Generalizado del Desarrollo No Especificado y carece de lenguaje oral, y desde marzo de 2013 asistía a la escuela con una acompañante personal, como así también que hasta fin de septiembre había alcanzado todos los contenidos detallados en su PPI (proyecto pedagógico individual) y eran manejadas adecuadamente las situaciones de frustración y enojo.

Señala, con relación a la acompañante, que se trata de una persona que de forma directa ofrecía asistencia y apoyo a la persona con discapacidad, para facilitar su actuación independiente, y que habitualmente, actúa como nexo entre el contexto inhabilitante y la persona con discapacidad.

Añade que, en el caso de [REDACTED], se requiere un conocimiento específico en comunicación aumentativa y alternativa o intencionalidad comunicativa no educativa, para desarrollarse como acompañante.

Manifiesta que la acompañante de [REDACTED], cuyo ingreso fue aprobado por la Escuela, era Licenciada en Psicología y había desarrollado un vínculo sólido con ella, logrando importantes avances en su desenvolvimiento diario.

Señala que, pese a ello, la acompañante relató situaciones de malos tratos que afectaban negativamente su trabajo en la escuela y la inclusión de LA NIÑA, tales como que la maestra de grado no le proveía los temas a ver en clase, para poder ser adaptados y llevados con anticipación, lo que generaba la angustia de la niña.

Añade que la acompañante dejó intempestivamente sus tareas el 30/9/2014, por razones de salud, indicando también que estaba cansada de los malos tratos por parte de personas integrantes del equipo educativo de la escuela, como así también que desde el 1º/10/2014, la escuela negó arbitrariamente el acceso de [REDACTED] al establecimiento con una nueva acompañante.

Relatan que, ante esta situación y ante la recomendación de profesionales en la materia, los padres propusieron para cubrir el puesto temporalmente la tía de [REDACTED], pero el 30/9/2014 la escuela les comunicó vía correo electrónico que la Supervisión le indican que la acompañante "no puede tener relación de parentesco con la niña" y no ofrecieron una alternativa efectiva para que la niña no suspenda su concurrencia.

Agrega que, luego de varias negativas e instancias de negociación, la escuela admitió el ingreso de [REDACTED] en forma condicional el 15/10/2014, con el acompañamiento de [REDACTED] (propuesta en segundo lugar), según la recomendación del equipo terapéutico, la que renunció a su cargo el 27/1/2014. Destaca que, actualmente a [REDACTED] le deniegan el ingreso a la escuela con los apoyos personalizados que requiere y que, en definitiva, resultan en una violación a su derecho a la educación.

Manifiesta que, el 16/10/2014 realizó una denuncia ante el INADI, como así también que el 5/11/2015 el Instituto dispuso que para el ciclo 2015 [REDACTED] deberá presentarse con una maestra integradora con título profesional.

Solicita el dictado de una medida cautelar consistente en que se ordene al COLEGIO PRIVADO que reincorpore y garantice la continuidad y regularidad de la asistencia de la niña LA NIÑA, con el apoyo personalizado y los ajustes razonables para su plena inclusión, en este caso el ingreso de [REDACTED] como acompañante, hasta que se resuelva la situación planteada en autos.

Funda en derecho y ofrece prueba.

Y CONSIDERANDO:

Corresponde en primer lugar analizar la procedencia de la medida cautelar que se solicita, a fin de resolver sobre el punto, hasta que se dicte sentencia definitiva sobre el fondo del asunto o se disponga en sentido contrario.

Es jurisprudencia reiterada que la procedencia de la tutela cautelar, justificada en principio en la necesidad de mantener la igualdad de las partes y evitar que se convierta en ilusoria la sentencia que ponga fin al pleito, queda subordinada a la verificación de dos extremos insoslayables, a saber, la verosimilitud del derecho invocado y el peligro de un daño irreparable en la demora (CNFed. Cont. Adm., Sala II, marzo 17-997 in re "Pinzón, Jorge E. c/Corte Suprema de Justicia de la Nación", Supl. Dcho. Administrativo L.L. 20-02-1998, pág. 61; CNFed. Civil y Com., Sala II, 19-7-1983 in re "Sindicato de Luz y Fuerza de la Capital Federal c/ Hoteles de Turismo S.A.", J.A. 1984-III-418; CNFed. Cont. Adm., Sala I in re "Monges, Analía M. c/ U.B.A. – res. 23-4-95" del 12-9-95; Capel. CayT, Sala II, 21-11-2000 in re "Banque Nationale de Paris c/GCBA s/amparo – Art. 14 CCABA"). Los presupuestos mencionados se relacionan de tal modo que, a mayor verosimilitud del derecho, corresponde no ser tan riguroso en la apreciación del peligro del daño y –viceversa- cuando existe el riesgo de un daño extremo e irreparable la exigencia respecto del "fumus" se puede atemperar (CNFed. Cont. Adm., Sala II, fallo citado in re "Pinzón"; CNFed. Cont. Adm., Sala I in re "El Expreso Ciudad de Posadas c/Estado Nacional – Ministerio de Obras y Servicios Públicos" del 21-5-1991, L.L. 1993-B-424; Sala II in re "Pesquera del Atlántico S.A. c/ B.C.R.A." 14-10-83; Sala III in re "Guibaut Hermanos" 18-8-82 e in re "Herrera de Noble y otros c/Comfer" 8-9-1983, L.L. 1984-A-265; Capel. CayT, Sala II, fallo

citado in re "Banque Nationale de París", entre muchos otros; Fassi "Cód. Proc. Civil y Comercial", 2ª ed. T.I N° 1186).

Con respecto al primero de los requisitos, es decir el *fumus bonis iuris*, ha dicho la Corte Suprema "que como resulta de la naturaleza de las medidas cautelares, ellas no exigen de los magistrados el examen de la certeza sobre la existencia del derecho pretendido, sino sólo de su verosimilitud. Es más, el juicio de verdad en esta materia se encuentra en oposición a la finalidad del instituto cautelar, que no es otra que atender a aquello que no excede del marco de lo hipotético, dentro del cual, asimismo, agota su virtualidad" (CSJN, Fallos 306:2060).

En el marco de esos parámetros, estimo que el derecho de los actores posee verosimilitud en grado suficiente. En efecto, se acredita su condición de salud (conf. Certificado de Discapacidad otorgado por el Ministerio de Salud de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, según Art. 3º de la Ley 22431, fotocopia de fs. 24).

A fs. 25, la parte actora acompaña copia de un informe realizado por la Dra. [REDACTED], realizado el 15/10/2014, del cual surge que luego de la evaluación de diferentes profesionales capacitados para llevar a cabo la tarea de Maestra Integradora de [REDACTED], se decidió seleccionar a la [REDACTED] propuesta en segundo lugar), puesto que estaba en condiciones de acompañarla desde el punto de vista afectivo, comunicacional y pedagógico, con lo que se acredita el diagnóstico y además la necesidad de tratamiento especial, de conformidad con los requerimientos efectuados por la actora en la presente.

En el mismo sentido se expide en su nota el Médico Psiquiatra Infante – Juvenil, Dr. [REDACTED], propiciando, en su caso pero por los mismos motivos, a otra maestra integradora (fs. 26).

Que se encuentra entonces acreditado en autos que [REDACTED] presenta una discapacidad y que se sugiere su integración en una escuela común, lo que requiere según los actores se encuentre acompañado de una maestra integradora en forma diaria.

El peligro en la demora es, en el cuadro fáctico expuesto, evidente y notorio, pues la niña debe encontrarse escolarizada y pese a las gestiones realizadas no encuentra la respuesta adecuada por parte del establecimiento educativo que los actores estiman que necesita (ver fs. 30/31).

La persistencia de tal situación pone sin duda en riesgo el proceso educativo de [REDACTED], eventualidad que a todas luces es menester

prevenir, pues el sólo retraso implica un daño, que podría convertirse en irreparable con su prolongación.

Se ha decidido que "*conforme la Convención Internacional de los Derechos del Niño (norma de rango constitucional a tenor de lo dispuesto por el art. 75, inc. 22, CN) el interés superior de los menores ha de ser la consideración primordial para resolver cualquier cuestión que los afecta (Art. 3.1)*" (CApelCAyT, Sala I, in re "Brodschi, Mariana Gabriela y otros c/ OSCBA s/ Otros procesos incidentales", EXP 4544, julio 2002), aserto que el Tribunal comparte plenamente en letra y espíritu.

Esta situación de hecho muestra, en principio y con el grado provisorio que es propio de esta instancia del análisis, una aparente violación de los derechos del niño y, por extensión, de sus padres, tanto en materia de educación (conf. Arts. 23 y 24, CCABA) como de protección de la salud integral, que incluye la educación (Art. 20, CCABA), así como para la atención de personas con necesidades especiales, en general y en lo educativo (Arts. 21, inc. 7, y 42, CCABA).

II. La procedencia de las medidas cautelares, dirigidas a mantener la igualdad de las partes y evitar que se convierta en ilusoria la sentencia que ponga fin al pleito, descansa sobre dos presupuestos básicos: la verosimilitud del derecho invocado y el peligro de un daño irreparable en la demora (CApelCAyT., Sala II, 21/11/2000, in re "Banque Nationale de Paris c/ GCBA s/amparo - Art. 14 CCABA", y la jurisprudencia que cita: CNFed. Cont. Adm, Sala II, 17/3/997 in re "Pinzón, Jorge E. c/Corte Suprema de Justicia de la Nación", Supl. Dcho. Administrativo LL 20/2/1998, pág. 61, con cita de CNFed. Civil y Com., Sala II, 19/7/83, in re "Sindicato de Luz y Fuerza de la Capital Federal c/ Hoteles de Turismo S.A.", J.A., 1984-III-418; CNFed. Cont.Adm, Sala I, in re "Monges, Analía M. c/ U.B.A. - Res. 23/4/95", del 12/9/95).

En el caso, la esencia de la providencia que se pide coincide con la pretensión última de la demanda; pero ello no obsta prima facie a su viabilidad, teniendo en cuenta que el código de rito admite tutelas con ese contenido (Art. 177, primer párrafo, CCAT). Por demás, esta disposición trae al proceso local esas mismas típicas: debe presentarse verosimilitud en el derecho, entendida como soporte jurídico y normativo razonable en la pretensión y el peligro en la demora, es decir, los riesgos que el mantenimiento de la situación contra la que se pide la medida implican tanto para los derechos subjetivos del demandante como para la posibilidad de dictar una sentencia útil y oportuna, de forma que se eviten daños irreversibles que tornen a ésta inocua.

Respecto del primero, la Corte Suprema ha señalado que "como resulta de la naturaleza de las medidas cautelares, ellas no exigen de los magistrados el examen de la certeza sobre la existencia del derecho pretendido, sino sólo de su verosimilitud. Es más, el juicio de verdad en esta materia se encuentra en oposición a la finalidad del instituto cautelar, que no es otra que atender aquello que no excede el marco de lo hipotético, dentro del cual, asimismo, se agota su virtualidad" (Fallos, 306:2060). Es decir, sólo es necesaria la "apariencia de buen derecho", el *bonus fumus iuris*.

A su vez, se ha sostenido que "la verosimilitud del derecho invocado y el peligro de un daño irreparable en la demora son presupuestos que se relacionan de tal modo que, a mayor verosimilitud en el derecho, corresponde no ser tan rigurosos en la apreciación del peligro del daño y -viceversa- cuando existe el riesgo de un daño irreparable se puede atemperar la exigencia respecto del *fumus*" (CApelCAyT, Sala II, in re "Banque Nationale de Paris", fallo citado).

III. Apreciadas en ese marco las circunstancias fácticas y jurídicas del caso, considero que, con la provisoriedad propia de esta instancia del análisis, están reunidos los requisitos requeridos para hacer lugar a la medida cautelar solicitada.

III.1. En primer lugar, existe, *prima facie*, verosimilitud suficiente en el derecho invocado, a tenor de lo dispuesto por el Art. 42 de la Constitución local sobre protección integral de las personas con necesidades especiales.

A mayor abundamiento, se ha entendido que la sola presunción de la puesta en riesgo de prerrogativas de rango constitucional resulta suficiente para tener por verosímil el derecho invocado (arg. CApelCAyT, Sala II, in re "Najmías Little, Luis c/ G.C.B.A. s/ Amparo" - Expte. N° 30, Sentencia N° 14 del 12/12/2000).

Constan además, diversos trámites a los fines perseguidos, como así también la respuesta que merecieran dichas solicitudes (conf. fs. 32/34).

III.2. Estimo que también está acreditado el *periculum in mora*. En efecto: la persistencia de la situación que en principio ha obligado a esta acción pone en riesgo el tratamiento que los profesionales estiman necesario, y que el propio instituto reconoce. Es además notorio que todo retraso, suspensión o interrupción en el proceso de rehabilitación no sólo resta al individuo tiempo de vida en condiciones más dignas sino

que genera consecuencias perniciosas en cuanto a la efectiva posibilidad de mejora. De ninguna manera es valioso permitir la eventualidad de un daño, que no podría ser reparado por la sentencia de mérito, por lo que debe prevenirse.

IV. Por todo ello, se estima que procede decidir de manera precautoria para activar esa prevención. Al efecto, estimo que cabe, en esta instancia y por la naturaleza de la pretensión, asegurar las prestaciones requeridas por la actora, a futuro y hasta que se dicte sentencia definitiva en autos o se resuelva en sentido diverso, teniendo en cuenta el carácter provisional de las medidas cautelares (conf. Art. 182 y 184 CCAT), por lo que se ordenará a las codemandadas que arbitren todos los medios conducentes a tal fin.

Teniendo en cuenta la naturaleza de la demanda, y lo dispuesto por el Art. 6º de la Ley 7, a más de advertir que la garantía queda librada al prudente arbitrio judicial, ante la ausencia, en el código ritual, de normas al respecto, considero bastante, como contracautela, la caución juratoria.

V. Sin perjuicio de lo anterior, en virtud de las facultades conferidas por el art. 29 CCAT, a los fines de evaluar los extremos controvertidos y su viabilidad, fíjase audiencia para el 12 de febrero de 2015 a las 12.30 hs., a la que deberán concurrir las partes con sus letrados.

VI. En consecuencia, **RESUELVO:**

1) Hacer lugar a la medida cautelar solicitada y, en consecuencia, ordenar al Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (Secretaría de Educación) que proceda -en el término de 2 días- a arbitrar todas las medidas necesarias, para que la niña [REDACTED], sea inscripto en el **Instituto Argentino Árabe Islámico** para el ciclo lectivo del corriente año, asistido por tiempo completo por la maestra integradora particular, que deberá ser provista por el GCBA, hasta tanto se dicte sentencia en autos o se resuelva en sentido diverso (Art. 189 CCAT).

Sin perjuicio de ello, esta resolución debe entenderse como allanatoria de cualquier otra dificultad burocrática o administrativa que obstaculice o impida la concurrencia de la niña al establecimiento escolar. De ser el caso así deberá ser anoticiado al Tribunal.

2) Hacer saber a la actora, que previo a la traba de la medida cautelar, deberá prestar caución juratoria ante la Actuaría (art. 15 inc. d) ley 2145.

3) Fijar audiencia para el 12 de Febrero de 2015 a las 12.30 hs., a la que deberán concurrir las partes con sus letrados.

4) Dar vista al Ministerio Público Tutelar.

5) Regístrese y notifíquese a la parte actora y al Sr. Asesor Tutelar en su público despacho y **previo cumplimiento de la caución**, líbrese cédula a la **PROCURACIÓN GENERAL DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES** (conf. art. 34, cuarto párrafo, del CCAT), y al **Instituto Argentino Árabe Islámico** con carácter urgente y con habilitación de horas inhábiles, la que deberá ser confeccionada por la parte actora, a fin de notificar la presente, y a la que se acompañará copia de la documentación adjunta.

ELENA AMANDA LIBERATORI

JUEZA SUBROGANTE