------En la ciudad de Esquel, Provincia del Chubut, República Argentina, a los 25 días del mes de octubre del año dos mil veintiuno, se reúne en Acuerdo la Excma. Cámara de Apelaciones del Noroeste del Chubut, bajo la presidencia del Dr. Claudio Alejandro Petris y la asistencia de los Sres. Jueces de Cámara Dres. Günther Enrique Flass y Jorge Luis Früchtenicht, a fin de dictar sentencia definitiva en los presentes autos caratulados: ***"P. B., D. y otra s/ Amparo"*** (Expte. N°: 201 – Año: 2021 CANO), venidos en apelación a esta Alzada.----------

-----Practicado el 20 de octubre de 2021 el sorteo establecido por el art. 271 de C.P.C. y C., correspondió el siguiente orden para la votación: Dres. PETRIS – FLASS – FRÜCHTENICHT.----------

-----Acto seguido se procedió a plantear las siguientes cuestiones: **PRIMERA:** ¿Es justa la sentencia apelada de fecha 20 de abril de 2021? y **SEGUNDA:** ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?.----------

-----A la PRIMERA CUESTIÓN, el Dr. PETRIS, dijo:----------

----Estos autos a conocimiento del Tribunal con motivo del recurso de apelación deducido por la demandada Provincia del Chubut contra la sentencia que puso fin al amparo.----------

-----La sentencia hizo lugar a la acción de amparo impetrada por C. A. B. y D. P. B. contra el Ministerio de Educación de la Provincia del Chubut y dispuso que la niña V. P. B. permanezca en la Sala de 5 años del Nivel Inicial de la Escuela N°: 469 hasta tanto finalice el ciclo lectivo 2021. Impuso las costas a la demandada vencida y reguló honorarios profesionales.----------

-----Vía digital apeló y fundó la apelación la Provincia del Chubut el 15 de octubre de 2021 que leo en este acto quejándose porque la sentencia no determinó cual es la restricción, alteración, amenaza o lesión que sufrió la niña, no hubo arbitrariedad o ilegalidad manifiesta.----------

------Manifiesta que la Resolución 69/2021 de fecha 2 de marzo de 2021 dictada en el Expediente N°: 2119/2021 por el Ministerio de Educación resulta ajustada a derecho, tiene su fundamento en la Ley de Educación Nacional 26.206 y la Resolución N°: 174/12 del Consejo Federal de Educación que aprueba las pautas federales para el mejoramiento de la enseñanza y el aprendizaje, las trayectorias escolares en los distintos niveles, que en algún tramo de la sentencia la propia jueza afirmó que la posición del Ministerio de Educación se asiente en el ajuste a la letra de la ley.----------

------Agrega que dicha resolución tampoco resulta discriminatoria en el sentido que no se vulneran derechos de niños y niñas con discapacidad sino que se tuvo en cuenta el parámetro de la educación inclusiva y que no ocurrió lo mismo con el fallo puesto en crisis al ordenar la permanencia o repitencia en Sala de 5 años y alterar la trayectoria de V. y en cierta manera excluirla al no permitir su continuidad de acuerdo a la edad cronológica y con un grupo de su misma edad, provocando un retraso en sus posibilidades de afianzar saberes.----------

-----Por último sostiene que tampoco se lesionan los derechos a la salud y a la educación en virtud que de las pruebas arrimadas surge que la menor ha tenido en todo momento con el apoyo del ETI y el acompañamiento de educación especial, recursos estos que el mismo sistema de educación contempla, que la decisión del Ministerio de Educación constituye un acto administrativo válido y ajustado a derecho y repite que la sentencia no precisa cuáles habían sido los perjuicios causados a la menor o los derechos lesionados.----------

-----Pide se revoque con costas.----------

----Con fecha 19 de octubre de 2021 se llama autos para dictar sentencia, practicado el sorteo de ley, desinsaculado a votar en primer término procedo a pronunciarme en definitiva en este acto bajo las previsiones de los arts. 168 y 169 de la Constitución de la Provincia del Chubut.----------

-----Las quejas no resultan atendibles al menos así lo he de proponer al Pleno que integro.----------

-----En efecto, la jueza de origen arribó a la conclusión que la mejor respuesta para la niña V. es permanecer en nivel inicial hasta tanto finalice el ciclo lectivo 2021 y que en la misma resolución cuestionada (esto es la N°: 69/2021 de fecha 2 de marzo de 2021) en que se fundó la negativa, se halla la solución para la cuestión efectuando una correcta interpretación y no ciñéndose a la letra de la pauta 14, poder enmarcarse en otro nivel y traducirse como excepción (ver sentencia del 5 de octubre de 2021 apartado tercero).---------

------Para así decidir tuvo en cuenta la sentenciante los informes psicopedagógicos, el informe de la terapista ocupacional, de la fundación de equino-terapia, fonoaudiólogo, etc. y entendió que no era conveniente que continuara su escolaridad en el nivel primario durante este ciclo lectivo 2021.----------

------Pasando por alto tales razonamientos fácticos y jurídicos dice la demandada que no se determinó cuál es la restricción, alteración, amenaza o lesión. La arbitrariedad o ilegalidad manifiesta que sufrió o sufre la niña en sus derechos y garantías.----------
-El acto cuestionado y vulnerante de los derechos a la salud y a la educación es justamente la Resolución N°: 69/2021 de fecha 2 de marzo de ese año obrante en el Expediente N°: 2119/2021.----------
----A través de la misma se habilitaba al Ministerio de Educación a que V. continuase su escolaridad en el Nivel Primario con fundamento en el paradigma de la educación que se apoya en las potencias y logros.----------
--La sentenciante dio respuesta apoyada en las pruebas producidas en la causa y arribó a la conclusión ante referida.----------
-----Insistir en que la resolución es ajustada a derecho y que por ello no causa perjuicio alguno no demuestra el error sentencial si es que lo hubo.----------
----La meta de la actividad recursiva consiste precisamente en demostrar el desacierto sentencial que se recurre y los motivos que se tienen para considerarle errónea que en el particular nunca logró.----------
-----La expresión de agravios, como acto procesal que es, no alcanza con el *"quantum discursivo"*, sino que la *"qualitae"* hace a la esencia de la crítica razonada, por lo tanto, no basta con disentir con el pronunciamiento, pues disentir no es criticar de modo tal que el recurso debe bastarse a sí mismo. En consecuencia, tanto los disensos subjetivos como la exposición retórica de la posibilidad de haberse interpretado las pretensiones o sus defensas de modo distinto al llegado por el *"a quo"*, si bien constituyen características propias del debate dialéctico, no lo son de la impugnación judicial que se pretende.----------
-----Discutir el criterio de valoración judicial, o pretender introducir lo que no dice la sentencia o debiera haber dicho, sin apoyar o dar base a un enfoque distinto, no es expresar agravios.----------
----La promoción al nivel primario que justifica la resolución atacada por la vía del amparo con fundamento normativo en la Ley de Educación 26.206 y en la Resolución N°: 124/12 del Consejo Federal de Educación, debe interpretarse teniendo en cuenta el contexto general y los fines que la imponen y en ese objeto la labor del intérprete debe ajustarse a un examen atento y profundo de sus términos que consulte la racionalidad del precepto

y la voluntad del legislador, extremos que no deben ser obviados por las posibles imperfecciones técnicas de la instrumentación legal, precisamente para evitar la frustración de los objetivos de la norma (CSJN, Fallos: 310:1390; 312:1036; 327:1507, 4200).----------

-----Asimismo que la interpretación debe hacerse armónicamente teniendo en cuenta la totalidad del ordenamiento jurídico y los principios y garantías de raigambre constitucional, para obtener un resultado adecuado, pues la admisión de soluciones notoriamente disvaliosas no resulta compatible con el fin común, tanto de la tarea legislativa como la judicial (CSJN, Fallos: 311:255; 317:1440). Y, que la interpretación debe evitar asignar a la ley un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, destruyendo las unas por las otras, correspondiendo adoptar como verdadero –en cambio- el criterio que las concilie y obtenga la integral armonización de sus preceptos (CSJN, Fallos: 306:721; 307:518 y 993; 313:1293; 315:2668; 316:1927, entre muchos otros). En aludido sentido, está claro que los fines que inspiran las normas dictadas por el Consejo Federal de Educación están direccionadas en lograr que los niños y niñas con alguna dificultad en el aprendizaje en el nivel inicial de la educación puedan seguir cursando con el grupo de pertenencia, robusteciendo así los vínculos que han ido formando, los que seguramente redundarán en el beneficio particular y del grupo en general.----------

----A mayor abundamiento la Ley 24.901 –a la que la Provincia del Chubut adhirió mediante la Ley I - N°:296- instituye un sistema de prestaciones básicas de atención integral a favor de personas con discapacidad, que contempla acciones de prevención, asistencia, promoción y protección con el objeto de brindarles una cobertura integral de sus necesidades (art. 1°). A su vez, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad aprobada por la Ley 26.378 y luego por la Ley 27.044 alcanzó jerarquía constitucional –reconoce en el art. 7.1 que los Estados Partes tomarán todas las medidas necesarias para asegurar que todos los niños y las niñas con discapacidad gocen plenamente de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en igualdad de condiciones con los demás niños y niñas. El art. 24.1 prevé que los Estados Partes reconocen el derecho de las personas con discapacidad a la educación. Y, con miras a hacer efectivo este derecho sin discriminación y sobre la base de la igualdad de oportunidades, los Estados Partes asegurarán un sistema de educación inclusivo a todos los

niveles así como la enseñanza a lo largo de la vida, con miras a: a) Desarrollar plenamente el potencial humano y el sentido de la dignidad y la autoestima y reforzar el respeto por los derechos humanos, las libertades fundamentales y la diversidad humana; b) Desarrollar al máximo la personalidad, los talentos y la creatividad de las personas con discapacidad, así como sus aptitudes mentales y físicas; c) Hacer posible que las personas con discapacidad participen de manera efectiva en una sociedad libre. En el art. 24.2 consagra que para hacer efectivo este derecho, los Estados Partes asegurarán que: a) Las personas con discapacidad no queden excluidas del sistema general de educación por motivos de discapacidad, y que los niños y las niñas con discapacidad no queden excluidos de la enseñanza primaria gratuita y obligatoria ni de la enseñanza secundaria por motivos de discapacidad; b) Las personas con discapacidad puedan acceder a una educación primaria y secundaria inclusiva, de calidad y gratuita, en igualdad de condiciones con las demás, en la comunidad en que vivan; c) Se hagan ajustes razonables en función de las necesidades individuales; 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. Conforme a ello, la Dirección General de Enseñanza Pública – atendiendo a las particularidades de cada caso- debe realizar los ajustes razonables en función de las necesidades individuales de cada niño o niña. Y como lo venimos sosteniendo, de acuerdo a los informes agregados a la causa, en el caso era necesario que la menor V. continúe cursando la Sala de 5 años del nivel inicial para fortalecer distintos aspectos que de lo contrario irían en desmedro de su formación educativa para el pasaje al siguiente nivel educativo.----------

---Impedir que la niña termine el ciclo lectivo 2021 donde asistió durante muy poco tiempo de escolaridad por la situación de pandemia Covid-19 habida aunado al trastorno generalizado del desarrollo que padece y que fuera diagnosticado luce como un accionar irrazonable que torna procedente la acción de amparo.----------

-------En efecto, fue comprobada la discapacidad que presenta la niña y teniendo en consideración lo aconsejado por los distintos profesionales que

atienden a la misma acerca de la necesidad de que realice una permanencia en Sala de 5 años o Nivel Inicial circunstancia que va a redundar en su vida social y en su desarrollo, no cabe otra solución que la confirmación del fallo puesto en crisis.----------

-----Por último, este año escolar llega a su fin, era inviable que pudiese asistir al nivel siguiente a dos meses de su culminación, y habiendo asistido solo una ínfima porción del año.----------

Los agravios se rechazan. Así lo VOTO YO.----------

Sin costas de Alzada en atención al resultado obtenido y no haber mediado contradictor (art. 69, 2° párrafo, del C.P.C. y C.). Así lo VOTO POR ÚLTIMO.----------

------A IDÉNTICA CUESTIÓN, el Dr. FLASS, dijo:----------

-----El Dr. Petris ha reseñado con suficiente detalle los hechos, planteos y pretensiones esgrimidos en la causa y solo resta referirme a los agravios expresados.----------

-----La primera queja de la demandada consiste en que, a su entender, la sentencia no señala la lesión producida ni la arbitrariedad o ilegalidad manifiesta.----------

-----Se equivoca. La sentencia claramente expresó que la lesión consistió en los muy pocos días de clases presenciales, en lo difícil de la virtualidad en casos de educación especial y en los dictámenes que aconsejaron la permanencia.----------

-----En cuanto a la ilegalidad manifiesta la sentencia señala que la resolución donde se niega la permanencia se funda en la pauta 14 del CFE según la cual la trayectoria escolar no puede ser alterada bajo la idea de permanencia o repitencia pero soslaya la pauta 15 en cuanto dice que la trayectoria de alumnos con discapacidad será abierta y flexible. Agrega que todo ello lesiona, además, los derechos subjetivos reconocidos por la Convención Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.----------

----Puede que la demandada no coincida con las conclusiones de la sentencia pero, contrariamente a lo dicho en su expresión de agravios la Sra. Jueza de la anterior instancia señaló puntualmente cual era, a su entender la arbitrariedad impetrada.----------

Sostiene el recurrente que no hay discriminación contra la hija de los actores, pues se tuvo en cuenta el parámetro de educación inclusiva.----------

----El artículo 2 de la Convención Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad dice que: Por “discriminación por motivos de discapacidad” se entenderá cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo. ----------

-----Adviértase que la Convención se refiere no solo al propósito discriminatorio sino también al efecto discriminatorio. Concretamente se recepta la distinción que el Derecho de la Unión Europea hace entre discriminación directa e indirecta.----------

-----No solo hay discriminación cuando se trata de forma diferente a las personas en igualdad de situaciones sino también cuando se trata igual a personas con circunstancias diferentes.----------

-----Es por eso que la misma Convención incluye la obligación de hacer ajustes razonables a los que define como “*… Las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales*”.----------

-----Ha quedado probado en auto, mediante constancia que no fueron rebatidas, que el aislamiento por pandemia y la llamada virtualidad ha producido consecuencias perjudiciales y desiguales en las personas con necesidad de educación especial. Eso hizo que varios profesionales aconsejaran la permanencia de la menor en el nivel donde se encuentra.-----

-----La única respuesta brindada por la demandada se funda en una pauta normativa general y abstracta que prohíbe lo que ella llama “repitencia”. Extraño neologismo que parece hacer alusión al hecho de que el alumno permanezca en el mismo nivel.----------

-----Esa pauta, que como dije es general y abstracta, debe ceder frente al caso excepcional del aislamiento por pandemia y frente a las características propias de las personas con necesidad de educación especial. No hacerlo significa trasgredir el deber de ajustes razonables que impone la Convención sobre Derechos de Personas con Discapacidad (art. 2) salvo que la

demandada hubiera invocado y probado que ello implicaba una *carga desproporcionada o indebida* lo cual no sucedió.----------

-----Por último la afirmación según la cual no se afecta el derecho a la educación atento a que la menor contará en todo momento con el apoyo de un Equipo Técnico Interdisciplinario adolece del mismo defecto ya señalado en el sentido de que soslaya la excepcionalidad de las circunstancias vividas a raíz del aislamiento; de la virtualidad y de los efectos que ello produjo en las personas con necesidad de educación especial conforme a dictamen profesional.----------

-----No puede dejar de destacarse que dada la época del año en que esta causa llega a la Alzada el caso se aproxima a la abstracción y desde el sentido común puede afirmarse que sería un notorio despropósito disponer un cambio respecto a su permanencia en Sala de 5 años, lo cual sumado a todo lo dicho anteriormente es fundamento para rechazar el recurso de apelación conforme lo propuso el Sr. Juez que me precedió. Así lo voto.----------

----Resta referirme a las costas de la presente instancia. Dada la falta de contradictorio, la naturaleza de la cuestión planteada y de las partes en conflictos voy a coincidir con el Sr. Juez que me precedió en que no se generaron costas.----------

------A la SEGUNDA CUESTIÓN, el Dr. PETRIS, dijo:----------

-----Conforme lo expuesto al analizar la primera cuestión propongo al Pleno: **1) CONFIRMAR** la sentencia apelada; **2) SIN COSTAS DE ALZADA** en atención al resultado obtenido y no haber mediado

contradictor (art. 69, 2° párrafo, del C.P.C. y C.).----------

-----A IDÉNTICA CUESTIÓN, el Dr. FLASS, dijo:----------

----En atención a lo manifestado al votar la primera cuestión propongo: **1) CONFIRMAR** la sentencia apelada; **2) SIN COSTAS DE ALZADA** en atención al resultado obtenido y la falta de contradictorio (art. 69, 2° párrafo, del C.P.C. y C.).----------

--Con lo que se dio por terminado el acto, quedando acordado dictarse la siguiente:----------

----------S E N T E N C I A----------

-----Y VISTO: Por los fundamentos del Acuerdo precedente, la Excma. Cámara de Apelaciones del Noroeste del Chubut, ***resuelve:***----------

------1) CONFIRMAR la sentencia apelada.----------

-----2) SIN COSTAS DE ALZADA en atención al resultado obtenido y no haber mediado contradictor (art. 69, 2° párrafo, del C.P.C. y C.).----------

------3) REGÍSTRESE, notifíquese y devuélvase.----------

-----La presente sentencia es dictada por dos Jueces de Cámara por haberse alcanzado la mayoría (arts. 7 y 8 de la Ley V N° 17 del Digesto Jurídico de la provincia) y no haber hecho uso el Dr. Jorge L. Früchtenicht de la facultad que le asiste conforme a lo dispuesto por el art. 274, último parte, del C.P.C. y C.----------

GÜNTHER E. FLASS **CLAUDIO A. PETRIS**

REGISTRADA BAJO EL N° CANO DEL LIBRO DE SENTENCIAS DEFINITIVAS DEL AÑO 2021. CONSTE.