

IIIª Circunscripción Judicial de Río Negro.

Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial y Minería Nro. 5

Secretaría única

Tomo:

Resolución:

Folio:

Ivan Sosa Lukman, Secretario

San Carlos de Bariloche, 14 de agosto de 2015.-

VISTOS: Los autos caratulados: "INFANTE, MARIA MIGUELINA (en rep. de R.,T.)
C/ MINISTERIO DE EDUCACION DE RIO NEGRO S/ AMPARO (e-s) (CB)"
(Expediente N° 14450-15).-

Y CONSIDERANDO:

1º) Que a fs. 1/8 se presenta María Miguelina Infante, DNI: 18.228.030 en representación de su hija menor de edad Tamara Rogel de 12 años de edad, interponiendo acción de amparo en mérito a que la niña -dignificada como celíaca- concurre a la escuela 337 de la localidad de El Bolsón bajo la modalidad de jornada extendida. Esta modalidad incluye el almuerzo en el comedor escolar y la Delegación Escolar le ha negado los alimentos acordes a su patología por no poder garantizar la inocuidad de los mismos.-

Relata que, acompañada por el Hospital de El Bolsón y la dirección de dicha escuela, solicitaron en abril que sea contemplada la alimentación específica a fin de garantizar el derecho a una plena integración de su hija a la escuela que concurre recibiendo la negativa del Consejo Escolar Zona Andina; y que ante esa negativa, solicitaron audiencia ante el Juzgado de Paz de la localidad en la cual se acordó que en el plazo de un mes, la Delegación Escolar debería garantizar los medios (equipamiento, capacitación del personal, etc.) para que se efectivice la preparación del alimento para su hija en la escuela. Tal acuerdo no fue cumplido.-

Agrega, que en las diversas reuniones realizadas y notas remitidas, el Consejo Provincial de Educación aclara que no puede brindar el servicio y que ni siquiera fue contemplada la alimentación para celíacos en los pliegos para la compra de alimentos.-

Entiende que tal situación contradice la propuesta de la escuela inclusiva que esta provincia asume y que en las reuniones y notas que recibió se hace mención a la asignación monetaria que recibe su hija para la alimentación, referencia que

corresponde al ámbito privado de su familia, y que su hija debe ser incluida en el servicio de comedor que comparten sus compañeros que también participan de diversos proyectos de inclusión.-

2°) Acompaña como prueba de su reclamo: a) copia de nota N° 155/15 del Consejo Escolar Zona Andina dirigida al personal directivo de las escuelas, en la que informa que el Area de Alimentación y Nutrición Escolar del Consejo Provincial de Educacion no contempla el servicio de comedor para niños con diagnostico de celiaquia, intolerancia o alergias alimentarias; por cuanto dichas patologías requieren extremo cuidado en todo el proceso de elaboración por el alto riesgo de contaminación cruzada. Por ello se le solicita a los alumnos que concurran con viandas de sus casas. Aclara que la modalidad se adopta porque las escuelas no cuentan con la capacidad operativa para cumplir con la debida manipulación de los alimentos para celíacos. b) Acta de audiencia realizada ante el Juzgado de Paz de El Bolson en la que comparece la amparista por su hija menor y los representantes del Consejo Escolar del Ministerio de Educacion, de la Escuela 337 y del Hospital de El Bolson. En la misma acuerdan que analizarán la normativa aplicable a los fines de readecuar la preparación de alimentos para incluir a personas celíacas. Que la delegación aportará los elementos de cocina y que se brindará capacitación al personal de la escuela 337 para la preparacion de estos alimentos. En el instrumento deja constancia de que no se ha incluido en la licitación de este año la compra de alimentos especiales para celíacos por lo cual el menú para Tamara se compondrá de alimentos comunes que sean aptos. Se acuerda un término de treinta días para el cumplimiento de lo acordado y que mientras tanto la madre de Tamara estará a cargo de la provisión de una vianda para la niña. c) Acompaña también un informe elaborado por la Responsable Técnica del Area de Alimentación y Nutrición de la Subsecretaría de Consejos Escolares, en el que explica que el único tratamiento posible en la actualidad para la celiaquia es la alimentación exenta de gluten de por vida, y que ha sido incluido en el Código Alimentario Argentino el concepto "libre de gluten". Analiza además la posibilidad de aplicación a comedores escolares de un plan de alimentación para celíacos. Surge de la lectura del mismo que es posible adquirir alimentos sin TACC, contar con vajilla de uso exclusivo, y prestar atención especial al celíaco para que no comparte sus utensillos, mientras que no lo es, almacenar alimentos, controlar su calidad, mantener zonas aisladas de cocina, contar con insumos, equipos y elementos de elaboración que impidan una contaminación cruzada. Tampoco es posible contar con personal capacitado y con dedicación exclusiva para la elaboración de

preparaciones sin TACC, menú adaptado, variedad, e inocuidad del alimento servido.-

3°) Requerido el informe de Ley a fs. 9; el Ministerio de Educación y Derechos Humanos reitera los términos del dictamen confeccionado por el Área de Alimentación y Nutrición de la Subsecretaría de Consejos Escolares, ratificando la imposibilidad de cumplimentar lo requerido debido a la falta de recursos humanos y materiales para garantizar la salud de la niña, y agrega la recomendación de que resultaría más conveniente que los alimentos los aporte el adulto conviviente asegurándose así que fueron elaborados con todos los cuidados indispensables para resguardar la salud de su hija.-

4°) La Defensoría de Menores e Incapaces N° 1 contesta la vista a fs. 16/17 solicitando que se haga lugar al amparo sin más trámite atento que el Ministerio de Educación de Río Negro nada ha hecho para garantizar el derecho a la salud de la niña, que no existe razón fundada para la denegatoria y que se está vulnerando el derecho a la salud de la menor y discriminándola por padecer de aquella enfermedad.-

Cita las normas locales, nacionales e internacionales que garantizan los derechos vulnerados como así el interés superior del niño.-

5°) Que 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 reconocidas por esta Constitución, un tratado o una ley (artículo 43 de la Constitución Nacional).

El amparo es un proceso excepcional, utilizable en delicadas y extremas situaciones en las que, por carencia de otras vías aptas, peligra la salvaguarda de derechos fundamentales, y exige para su apertura circunstancias muy particulares caracterizadas por la presencia de arbitrariedad o ilegalidad manifiestas que ante la ineficacia de los procedimientos ordinarios originan un daño concreto y grave, sólo eventualmente reparable por esta vía urgente y expeditiva (Fallos 310:576; 311:612; 314:1686; 317:1128; 323:1825, entre muchos otros).

Es la vía adecuada para subsanar o impedir que en situaciones de extrema gravedad se irroguen daños irreparables por las vías comunes establecidas al efecto (STJRN, 25/03/1996, SE 31/1996, "Ferro", entre muchos otros). Es requisito indispensable la violación normativa notoria y fácilmente constatable del derecho invocado y la inexistencia de otras vías hábiles para resolver el conflicto (STJRN, 27/10/1999, SE 41/1999).

6º) Que el derecho a la salud de la menor se encuentra expresamente reconocido tanto por la Constitución Nacional (art. 42), por la Constitución Provincial en su art. 59, como así también por los tratados internacionales con rango constitucional (art. 75, inc. 22) entre ellos, el art. 12, inc. "c" del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; art. 4, inc. 1 y art. 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos -Pacto de San José de Costa Rica-; art. 6, inc. 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; como así también el art. 11 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y el art. 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.-

En este sentido, nuestra Constitución provincial dispone: "la salud es un derecho esencial y un bien social que hace a la dignidad humana. Los habitantes de la Provincia tienen derecho a un completo bienestar psicofísico y espiritual, debiendo cuidar la salud y asistirse en caso de enfermedad..." (art. 59). Y en este sentido se ha dicho "Es ostensible que la sociedad necesita profundamente el respeto de tal derecho, incluso con prelación a otros (aunque por supuesto no es absoluto), porque es un derecho acuciante e imprescindible para la subsistencia misma de la persona que no debe por lo tanto relegarse con el pretexto de que hay un divorcio, una esquizofrenia, entre la promesa de las normas y la oferta de la realidad, ya que esa excusa conduciría a un minimalismo realista equivalente a la inoperancia de aquel derecho fundamental para la vida misma." (Carnota, Walter F., «La salud como bien constitucionalmente protegido», incorporado a «Responsabilidad profesional de los médicos. Ética, bioética y jurídica: civil y penal» coordinada por Oscar Ernesto Garay, La Ley, 2002, página 136).-

La Corte Suprema ha resaltado que el derecho a la preservación (de eso se trata en definitiva) se encuentra comprendido dentro del mismo derecho a la vida (Fallos 302:1284), y en sentido similar se ha pronunciado reiteradas veces el Superior Tribunal de Justicia de esta Provincia (por ejemplo en el precedente "Cabral" del 30/09/2005).-

7º) Que, además, dicho derecho encuentra fundamento en numerosas disposiciones legales locales, nacionales e internacionales referidas a la defensa de la salud y el interés superior del niño (arts. 3 y 24 de la Convención de los Derechos del Niño, 3 y 14 de la Ley 26.061, 10, 20 y 21 de la Ley Provincial 4109, Art. XI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; y arts. 12 y 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.-

La Ley Orgánica de Educación de Río Negro: dispone en su Título 8, (Políticas para la

Promoción de la Inclusión y la Justicia Social en la Educación): "Artículo 136.- El Consejo Provincial de Educación en concurrencia con otros Ministerios y organismos estatales implementa y desarrolla políticas por la inclusión y la justicia destinadas a modificar situaciones de desigualdad, que vulneran el derecho a la educación de niños, adolescentes, jóvenes y adultos. Artículo 137.- Las políticas de promoción por la inclusión y la justicia social en educación deben fortalecer las condiciones necesarias para garantizar el acceso, permanencia y egreso de toda la población escolar. Artículo 139.- El Consejo Provincial de Educación implementa políticas de inclusión y justicia social a los efectos de dar cumplimiento a los principios de esta ley. Entre estas políticas se incluyen: a) Políticas socioeducativas: Son aquellas destinadas a asegurar las condiciones necesarias para garantizar principalmente el acceso y la permanencia de los niños, jóvenes, adolescentes y adultos en el sistema educativo mediante becas, transporte, refrigerios, útiles escolares. b) Políticas de prevención y promoción de la salud en la escuela. Son aquellas que permiten acompañar la salud integral de los estudiantes y trabajadores de la educación en los establecimientos educativos, en articulación con otros sectores.".-

Especialmente, el Consejo Provincial de Educación de Río Negro aprobó mediante resolución nro. 226 del 11/02/10, como anexo I, el programa de "comedores escolares", con fundamento en que "..una adecuada alimentación es fundamental y esencial para el crecimiento, desarrollo físico y cognitivo de los niños, niñas y adolescentes..." (párrafo quinto de los considerandos); que "...constituyen derechos humanos inalienables.. y que "...si estas necesidades no son satisfechas en forma integral, el niño y/o niña enfrentará con marcada desventaja su futuro." (anexo I, introducción). Asimismo, contempla instrucciones para el personal de cocina "...Colocar de manera visible y ordenada las indicaciones establecidas por profesionales de la salud, para los alumnos celíacos, alérgicos, diabéticos u otros que hayan justificado la variación del menú establecido. Para prevenir que lleguen a ingerir alimentos no tolerados por su organismo, se debe respetar dichas indicaciones al momento de preparar las comidas.."(Anexo I, misiones y funciones del personal de servicios generales)

Tales normas no dejan dudas acerca del interés del Estado en la promoción de la inclusión, la salud, la asistencia integral de los estudiantes y el respeto de los derechos humanos. Tampoco respecto de las obligaciones hacia los escolarizados respecto del acceso y la permanencia, mencionando expresamente el compromiso a garantizar las condiciones para proveer "becas, transporte, refrigerios y útiles escolares".-

Es decir que el reclamo del amparista se torna viable a la luz de estas normas citadas, a las que se adiciona la particular condición de salud de Tamara, diagnosticada como celíaca. Esta enfermedad de amplia difusión actual por la cantidad de afectados que recientemente han descubierto su situación mereció una especial protección nacional y provincial a través de específicas normativas (Ley 26588 y Ley 3772, 4007, y 4784).-

La ley local 3772 dispone en su art. 2 que son objetivos de la norma -entre otros- "garantizar: a) Asistencia integral a la persona celíaca y el tratamiento terapéutico alimentario especial requerido."

Por otro lado la Ley 4784 que adhirió a la normativa de nacional mantiene la asistencia integral en en ámbito de la Provincia de Río Negro declarando el interés en la "atención médica, la investigación clínica y epidemiológica, la capacitación profesional en la detección temprana, diagnóstico y tratamiento de la enfermedad celíaca, su difusión y el acceso a los alimentos libres de gluten".-

Por lo tanto, la obligación del Estado de proveer lo necesario para garantizar los derechos de la menor en el establecimiento educativo al que concurre es clara e ineludible y su negativa arbitraria e ilegal, tornando viable la operatividad de la protección constitucional referida.-

Además, si de la normativa dictada por el propio Estado Provincial se infiere que en los comedores escolares se proveía de alimentos a estudiantes celíacos, no puede ahora negarse tal derecho, en virtud del principio de progresividad previsto en los tratados de derechos humanos, que establece la obligación del Estado de brindar en el tiempo una mayor y mejor protección y garantía de los derechos humanos (art. 26 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Por lo tanto, no se puede justificar un retroceso, ya que ello importa un acto manifiestamente arbitrario e ilegal.

Por otro lado, la conducta asumida implica una discriminación a la situación de la niña, contradictoria del mismo modo de numerosas cláusulas normativas (art. 2 Convención de los Derechos del Niño, 28 de la Ley 26.061, 19 de la Ley 4901, 24 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. II de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y art. 2 y 7 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, afectando el derecho a la igualdad (art. 16 de la Constitución Nacional).

Así la Observación General N° 13 de aplicación del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece con relación al derecho a la educación (art. 13) que: "La prohibición de la discriminación consagrada en el párrafo 2 del artículo 2 del Pacto, no está supeditada ni a una implantación gradual ni a la disponibilidad de

recursos; se aplica plena e inmediatamente a todos los aspectos de la educación y abarca todos los motivos de discriminación rechazados internacionalmente" (Aplicación del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General N° 13, El Derecho a la Educación -art. 13 del Pacto- Punto 31).-

Y, según la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales constituye el intérprete autorizado del Pacto homónimo en el plano internacional y su interpretación debe ser tenida en cuenta ya que comprende las "condiciones de vigencia" de este instrumento que posee jerarquía constitucional en los términos del art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional (Fallos:332:709) (Q. 64. XLVI.RECURSO DE HECHO Q. C., S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo, del 24/4/12).-

8°) Que, por otro lado, en principio, no compete a los jueces resolver cuestiones de política económica y social privativas de los otros poderes del Estado, ni pronunciarse sobre el acierto, error, conveniencia o inconveniencia de las soluciones legislativas (Fallos, 321:1792; 322:227 etcétera); porque caso contrario se estaría invadiendo las esferas que son propias de otro poder y afectando así la división de poderes -principio fundamental en el funcionamiento de la Constitución Nacional- y por ello, en muchas ocasiones el amparo es improcedente incluso ante cuadros sociales dramáticos porque no compete al Poder Judicial valorar o emitir juicios generales de las situaciones cuyo gobierno no le está encomendado (Fallos 300:1282) ni asignar discrecionalmente los recursos presupuestarios disponibles, ni satisfacer el bienestar general en los términos del artículo 75 de la Constitución Nacional (Fallos 251:53).-

Como consecuencia de ello, entiendo pertinente aclarar que la presente resolución no pretende incurrir en tal injerencia sino proteger un derecho constitucional vulnerado, garantizando la asistencia integral comprometida y la adecuada alimentación de la niña; pudiendo en definitiva el Ministerio de Educación de la Provincia optar para su cumplimiento por cualquier modalidad que estime conveniente según sus posibilidades materiales y presupuestarias -como ya lo expresaban sus representantes en el acta de fs. 2-, ya sea encargándose directamente de la elaboración del alimento libre de gluten, o bien adquiriéndolo de terceros mediante viandas o pre elaborados, en establecimientos propios o ajenos, o por cualquier otra vía que le resultara posible.

9°) Que de acuerdo a ello, y a la complejidad de la instrumentación del mecanismo o modalidad que el Estado Provincial adopte para brindar una solución a la problemática planteada, considero razonable fijar un plazo de 90 (noventa) días para el cumplimiento

de esta sentencia.-

10°) Que no corresponde citar a la Fiscalía de Estado ni al Gobernador de la Provincia de Río Negro porque la defensa en juicio se encuentra garantizada con el informe previsto por el artículo 43 de la Constitución Provincial de acuerdo con la doctrina de nuestro Superior Tribunal (23/02/2006, "Curtolo"; 12/10/2006, 14/03/2007, "Soto Ojeda"; 30/03/2007, "Cortes" "Vargas"; 15/05/2007, "Tornero"; 26/11/2008, "Matar", etcétera), sin perjuicio de notificar a esos funcionarios la sentencia en los términos del artículo 149 bis del CPCC cuando se justifica en virtud de lo resuelto o del trámite posterior (12/06/2008, "Moyano").-

Por todo lo expuesto, RESUELVO: I) Hacer lugar a la acción amparo interpuesta por María Miguelina Infante en representación de su hija menor de edad, con los alcances explicados en la presente resolución, condenando al Ministerio de Educación y Derechos Humanos de la Provincia de Río Negro para que dentro del término de 90 (noventa) días, arbitre los medios necesarios para garantizar la provisión de alimentos "libres de gluten" en los términos del Código Alimentario Argentino (art. 1382 bis) a la niña diagnosticada como celíaca que resulta alumna de la escuela N° 337 de El Bolsón; conforme la asistencia integral a la que se ha obligado mediante Leyes 4784, 4007 y 3772 -art. 2- y bajo apercibimiento de remitir las actuaciones a sede penal, y de fijar una multa diaria de \$1.000 por cada día de retardo en favor de la actora y tomar las restantes medidas complementarias que correspondan.- II) Protocolizar, registrar y notificar por cédulas al Ministro de Educación, al Gobernador de la Provincia y al Fiscal de Estado lo resuelto, con habilitación de días y horas inhábiles.-

Cristian Tau Anzoátegui

Juez