

ASESORÍA TUTELAR JUSTICIA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y TRIBUTARIO DE LA C.A.B.A. c.
GOBIERNO DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES s. AMPARO (ART. 14 C.C.A.B.A.) - EXPTE. Nº 899/01

Ciudad Autónoma de Buenos Aires, de abril 2001.-

AUTOS Y VISTOS; CONSIDERANDO:

I.- A fs. 1/10, se presenta el Asesor Tutelar ante la Justicia en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires e interpone acción de amparo contra el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, “ ...por violación al derecho a la educación y discriminación educativa de los niños y niñas que concurren a la Escuela Primaria Nº 19 “ Roma”, Distrito Escolar Nº 20, como de los demás niños, niñas y adolescentes que pertenecen a la zona comprendida por: Barrio Manuel Dorrego (Los Perales), Barrio Piedrabuena, Barrio General Belgrano (Villa 15) – zona abarcativa de la llamada “Ciudad Oculta”- solicitando ... que ordene a la accionada cumplir estrictamente con la Ley 350" (ver fs.1vta.)-.

Sostiene que en autos se encuentran cumplidos los presupuestos previstos por el art. 14 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en tanto el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires ha obrado con arbitrariedad e ilegalidad manifiesta, por cuanto omitió ejecutar un acto concreto, esto es, la construcción y puesta en funcionamiento en forma progresiva de una escuela secundaria en el sector de la Escuela Nº 19, D.E. 20 “Roma”, sita en Cosquín 3100, entre Monte e Irupé, durante el año 2000, conforme lo normara la Ley 350.

Agrega, también, que dicha autoridad cuenta con una partida presupuestaria destinada específicamente a tal efecto, de conformidad con lo dispuesto por el art. 6º de la ley en cuestión, “...permitiendo concluir que de ninguna manera un proceso de conocimiento (donde hay amplitud de debate y prueba), puede resultar remedio judicial más idóneo que el amparo” (ver fs. 2).-

II.- A fs. 51/ 114, se presenta el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires a efectos de producir el informe previsto en el art. 8 de la ley 16.986, solicitando el rechazo de la acción deducida.-

Manifiesta que en la especie el amparo no es la vía más apropiada para discutir el tema de autos, por no darse ninguno de los presupuestos despuestos por el art. 43 de la Constitución Nacional, para su viabilidad: “ ...no existe omisión ilegítima de parte de las autoridades del Departamento Ejecutivo; no existe daño jurídico alguno; ni existe una situación de urgencia que torne inoficiosa la vía ordinaria (en la especie la del reclamo administrativo ante la Secretaría de Educación)” (ver fs.103).

Argumenta, asimismo, que "...la Ley 350 al ordenar la construcción de un establecimiento educativo en el predio de la escuela Nº 19 -"Roma"- de Ciudad Oculta, ha invadido la zona de reserva del órgano ejecutivo de la Ciudad (conforme surge del art. 104 inciso 23 de la CCABA).- Consecuentemente, la decisión sobre la construcción de un establecimiento educativo se encuentra dentro del ejercicio de competencias propias del órgano ejecutivo, el cual ostenta facultades discrecionales, para disponer sobre la realización de la obra, el lugar de emplazamiento, fecha de su ejecución, desarrollo y finalización, su destino y utilización.- Por lo tanto no surge en forma palmaria que la decisión del gobierno de la ciudad de no ejecutar la construcción de la escuela secundaria en el predio de la escuela Nº 19 importe un acto que ostente una manifiesta, patente y notoria arbitrariedad o ilegitimidad en los términos del art. 43 de la C.N. y 14 de la C.C.A.B.A.". (ver fs. 104).

Plantea la extemporaneidad de la acción fundada en el art. 2 inc. e) de la Ley 16.986, fundamentándolo en que desde la supuesta conducta omisiva de parte del órgano ejecutivo y el accionar del Asesor Tutelar ha transcurrido con holgura el plazo de 15 días allí dispuestos.

Por último, sostiene que "La ley 350 es un acto de objeto imposible, en tanto resulta técnicamente imposible, e irrazonable ya que los medios dispuestos en dicha ley no resultan idóneos para el fin perseguido en dicha norma" (ver punto 3 de fs. 112vta.).-

III.- Conferido el pertinente traslado, el mismo fue contestado por el Sr. Asesor Tutelar, a fs. 116/132.

IV.- A fs. 135/137, obra el dictamen del Sr. Fiscal, donde se expide en el sentido de que debe desestimarse el planteo de inconstitucionalidad, por las razones que explicita.-

V.- Antes de pasar a analizar el fondo del asunto, debo expedirme sobre la admisibilidad formal de la vía del amparo.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 14 de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, la procedencia de la acción de amparo requiere que el acto de autoridad pública o de particulares impugnado o la omisión que se atribuye configuren una decisión manifiestamente arbitraria o ilegítima y que lesione, restrinja, altere o amenace en forma actual o inminente los derechos o garantías explícita o implícitamente reconocidos por la Constitución Nacional, los tratados internacionales, las leyes de la Nación, la Constitución local, las leyes dictadas en su consecuencia o los tratados interjurisdiccionales en los que la Ciudad sea parte.

Debe individualizarse la restricción invocada e indicarse con precisión el o los derechos lesionados, todo lo cual ha de poder evidenciarse con nitidez en el curso de un breve debate pues, de lo contrario, la arbitrariedad o ilegalidad alegadas no tendrían el carácter de manifiestas.

Asimismo, cabe recordar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene sentada doctrina en cuanto a que la utilización de esta acción se halla reservada a "...delicadas y extremas situaciones en que por carencia de otros remedios aptos pelagra la salvaguardia de derechos fundamentales, requiriendo para su apertura circunstancias de muy definida excepción..." (Fallos: 301:1016). En este sentido, ha sostenido el alto tribunal que "...constituye presupuesto inexcusable de la viabilidad del amparo la inexistencia de otras vías legales todas ellas aptas para la protección del derecho que se asegura conculcado, o que la remisión a ellas produzca un agravio serio o irreparable al interesado, pudiendo decretarse su improcedencia aun cuando se invoquen eventuales dilaciones inherentes a su trámite..." (Fallos: 252:253; 249:565;268:104; 204:176 y 295:35).

En suma, la admisibilidad formal de la acción de amparo debe juzgarse teniendo siempre en cuenta que ésta "...no altera las instituciones vigentes ni faculta a los jueces para sustituir los trámites pertinentes por los que consideren más convenientes o expeditivos..." (Fallos: 295:132; los allí citados, 300:688 y 302:503).

Tal criterio restrictivo ha sido atemperado, sin embargo, en otros precedentes del mismo tribunal, donde consideró que si al momento de dictar sentencia se puede resolver si las conductas impugnadas resultan o no manifiestamente ilegales, el juicio de amparo es el marco adecuado para instrumentar el correspondiente debate. Impedir ese examen y dilatar la decisión sobre temas sustanciales, invocando inexistentes o inválidas restricciones procesales -ha afirmado-, implica contrariar las disposiciones legales del juicio de amparo (CSJN in rebus "Peralta", del 2/12/90, y "Video Club Dreams", del 6/7/95).

También se ha decidido que corresponde admitir el amparo cuando un proceso ordinario resultaría inoperante y la cuestión central a dilucidar no requiere de una mayor amplitud de debate y prueba (C.N.C.A.F., Sala I, in re "Maestre", del 25/2/99).

En el caso se trata de una cuestión que requiere inmediata dilucidación, tanto por la relevancia del bien jurídico que se dice afectado, esto es, el derecho de los alumnos que concurren a la Escuela Primaria Nro. 19 "Roma", Distrito Escolar Nro. 20, como también de los demás niños, niñas y adolescentes que pertenecen a la zona comprendida por: Barrio Manuel Dorrego (Los Perales), Barrio Piedrabuena, Barrio General Belgrano (Villa 15) - zona abarcativa de llamada "Ciudad Oculta"-, a la educación, que se encuentra expresamente protegido por la Constitución local "... a partir de los cuarenta y cinco días de vida hasta el nivel superior, con carácter obligatorio desde el preescolar hasta completar diez años de escolaridad..." (art. 23); como por lo apremiante del tiempo, toda vez que, conforme a la Ley 350, la construcción se debía realizar en etapas, permitiendo la apertura progresiva de dos divisiones por año en cada turno del ciclo lectivo del año 2000, lo que hace que, ante tal omisión, el juicio ordinario no constituya un medio de tutela apto.

Finalmente, en cuanto al aducido vencimiento del plazo establecido en el artículo 2, inciso e), de la Ley 16.986, considero que esa norma se encuentra implícitamente derogada en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires, en virtud de la eliminación expresa, en el artículo 14 de la Constitución local, de todo tipo de formalidades procesales que afecten la operatividad de la acción.

Por otra parte, no surge de autos que haya transcurrido el plazo en cuestión desde que el Sr. Asesor Tutelar tuvo conocimiento fehaciente de la omisión en que se incurrió.

Ello es así porque no hay constancia de que le haya sido contestado el oficio del 13 de diciembre de 2000 -obrante entre la documentación reservada-, por el que solicitaba al Secretario de Educación que se le informara sobre las medidas que se habían tomado para dar cumplimiento a la Ley 350. En consecuencia, debe considerarse como fecha en que tomó conocimiento, la del acta de constatación del 15 de febrero de 2001 -también reservada-, de lo que se sigue que el plazo en cuestión no había transcurrido al momento de presentación de la demanda (28/02/01).

VI.- De las constancias obrantes en la causa se desprende que el Sr. Asesor Tutelar, al constituirse en la Escuela Nro 19, "Roma" del D.E. 20, sita en la calle Cosquín Nro. 3100 entre Monte e Irupé de esta Capital, fue informado por la Directora de la escuela que "...no se había presentado funcionario o personal alguno perteneciente a la Dirección de Infraestructura Escolar, para efectuar los estudios de factibilidad destinados a determinar si el edificio se construirá en una parcela del predio de la escuela o bien en el piso superior" (ver constatación de fs. 16/ 16vta.).

Con respecto al acta de constatación, la cual fuera impugnada por la aquí demandada (ver fs.113, punto c), cabe señalar que no sólo fue elaborada dentro de los límites de las atribuciones conferidas por la Ley Orgánica del Ministerio Público de la Ciudad de Buenos Aires (conf. Arts. 1º, 16, 18 y 34), sino que dicho instrumento, al ser confeccionado y firmado por un funcionario público, como es el Sr. Asesor Tutelar, reviste la naturaleza propia de los instrumentos públicos (art. 979 inc. 2º del Código Civil). Por lo tanto, hace plena fe acerca de la existencia material de los hechos y actos que el funcionario hubiese constatado en su presencia (art. 980 del Código Civil). De ahí que el acta en cuestión sólo puede ser impugnada mediante la redargución de falsedad y en manera alguna por una simple manifestación (art. 993 del citado cuerpo legal).

Por lo demás, la propia demandada reconoce que no ha dado cumplimiento a la Ley 350, por lo que los hechos básicos del caso deben tenerse por reconocidos.

VII.- La demandada centra su defensa en dos puntos: a) inconstitucionalidad de la Ley 350, y, b) imposibilidad de su objeto. Los trataré en ese orden:

a) El Gobierno de la Ciudad funda su planteo de inconstitucionalidad en la supuesta invasión, por parte del Poder Legislativo, a la “zona de reserva del órgano ejecutivo de la Ciudad”, al ordenar, la Ley 350, la construcción de un establecimiento educativo en el predio de la escuela Nº 19 – “Roma” – de Ciudad Oculta.

A efectos de encuadrar adecuadamente la cuestión corresponde comenzar por señalar que en el Capítulo Tercero de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Titulado “EDUCACION”, la Ciudad reconoce y garantiza un sistema educativo inspirado en los principios de la libertad, la ética y la solidaridad, tendiente a un desarrollo integral de la persona en una sociedad justa y democrática y asegura la igualdad de oportunidad y posibilidades para el acceso, permanencia, reinserción y egreso del sistema educativo (art.23). Asume la responsabilidad indelegable de asegurar y financiar la educación pública, estatal laica y gratuita en todos los niveles y modalidades, a partir de los cuarenta y cinco días de vida hasta el nivel superior, con carácter obligatorio desde el preescolar hasta completar diez años de escolaridad...-

A la vez el artículo 80, en su primer inciso, establece en forma genérica las atribuciones otorgadas a la Legislatura: Dicta leyes, resoluciones y declaraciones para hacer efectivo el ejercicio de los derechos, deberes y garantías establecidas en la Constitución nacional y en la presente y toma todas las decisiones previstas en esta Constitución para poner en ejercicio los poderes y autoridades.

Asimismo, dicho artículo, en su inciso segundo, menciona las materias sobre las que específicamente legisla dicho poder, como ser: a) bienes públicos; b) educación, ... pudiendo legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato entres varones y mujeres; niñez, adolescencia, juventud (inciso 7).

Por su parte, la ley sancionada por la Legislatura, en sus dos primeros artículos dispone destinar "... un sector del predio de la Escuela Nro. 19, D.E. 20 “Roma”, sita en Cosquín 3100, entre Monte e Irupé, para la construcción de una escuela secundaria", y que "La Dirección de Infraestructura Escolar hará los estudios de factibilidad correspondientes para determinar si el edificio para dicho establecimiento se construirá en una parcela del citado predio, o como un piso superior de la Escuela, mencionada en el art. 1ro."

De la normativa transcrita no advierto cómo la Legislatura, al disponer la construcción de una escuela secundaria en una zona tan vulnerable como la llamada “Ciudad Oculta”, pudo excederse en el ejercicio de sus atribuciones, ya que, con la sanción de dicha ley no ha hecho otra cosa que tutelar las garantías reconocidas por la Constitución.

En este sentido, cuadra poner de relieve que lo sostenido por la representación de la Ciudad en cuanto afirma que "los únicos actos del Poder Legislativo que resultan de cumplimiento obligatorio para el Jefe de Gobierno, son los actos de alcance general es decir las leyes en sentido material" (fs. 109) no es más que una afirmación dogmática carente de todo sustento en las normas constitucionales y de todo apoyo doctrinario o jurisprudencial, por lo que no merece consideración alguna. Baste apuntar que la distinción kelseniana entre leyes en sentido material y

leyes en sentido formal no tiene nada que ver con las cuestiones relativas a la validez de las normas -o la competencia para dictarlas-. Normas del tipo que Kelsen denomina "leyes en sentido material" pueden aparecer tanto en lo que llama "Constitución formal" como en las leyes formales, así como en los reglamentos dictados por el Poder Ejecutivo u otros órganos del Estado (conf. Kelsen, Hans: Teoría General del Derecho y del Estado, México, 1979, Primera Parte, cap. XI-B). Por supuesto, tampoco existe inconveniente teórico alguno en que la Legislatura dicte disposiciones válidas que no sean leyes en sentido material, como cuando da acuerdo a los jueces. Cuáles sean las normas que la Legislatura puede dictar depende exclusivamente de la competencia que le atribuya la Constitución, no de distinciones conceptuales como la que postula la demandada.

Por último, cabe remarcar que la mentada ley no fue objeto de cuestionamiento alguno por parte del Poder Ejecutivo, quien en su oportunidad podía haber utilizado la facultad constitucional colegislativa que le asigna el art. 102, en concordancia con los artículos 86 y 87 de la Constitución de la Ciudad. Por lo tanto, al no haberla vetado, pudiendo hacerlo, resulta aplicable la doctrina conforme a la cual nadie puede ampararse en un derecho que esté en pugna con su accionar, ejerciendo una conducta incompatible o contradictoria con una anterior tomada en forma deliberada, con efecto jurídico relevante y plenamente eficaz (ED 105-357; 107-64; 113-655; 114-196).

De ahí que, en atención a lo expuesto, y dando aquí por reproducidos, a mayor abundamiento, los términos vertidos por el Sr. Fiscal en su dictamen de fs. 135/137, corresponde desestimar el pedido de inconstitucionalidad planteado por la aquí demandada.-

b) Por último, corresponde analizar si el incumplimiento de la Ley 350 se debe a que la misma resulta de objeto imposible "...en tanto resulta técnicamente imposible, e irrazonable ya que los medios dispuestos en dicha ley no resultan idóneos para el fin perseguido en dicha norma", como alega la accionada.

Si bien, del expediente Nro. 17.862/200, cuya copia fuera acompañada por la accionada, se desprende que, conforme la Subsecretaría de Coordinación de Recursos y Acción Comunitaria - Dirección General de Infraestructura Mantenimiento Equipamiento - "...la inclusión de un establecimiento de Enseñanza Media en este predio, como ampliación de la construcción existente, donde funcionen el Nivel Inicial y Primario, no sería factible, considerando que la superficie libre de terreno no permite la obra requerida" (ver fs. 77), lo cierto es que el director de Planeamiento - Dirección General de Infraestructura y Mantenimiento - de la Secretaría de Educación, informó con fecha 5 de marzo del corriente año que: "1.- En el Artículo Nro 1 de la Ley 350 se destina un sector de la Escuela Nro. 19 del D.E. 20, para construir una escuela secundaria.

2.- En el Artículo 2do. se dispone que la DGIMYE efectúe el estudio de factibilidad para determinar si el establecimiento se construirá en el predio o sobre la planta baja de la actual escuela.

3.- El término escuela secundaria tiene un alcance amplio pues no define específicamente a qué tipo de escuela se refiere (Liceo, Comercial o Técnica, como ejemplo) edificios que requieren satisfacer un programa de necesidades particulares que conformarán su tipología y sólo así se podrá encarar el estudio de factibilidad dispuesto.

4.- A fs. 22 punto 5, la Dirección General de Planeamiento expresa que: “NO se han realizado los estudios previos y específicos sobre oferta y demanda en el D.E. 20”.

5.- Por lo tanto se desconocen las reales necesidades del área y por ende la matrícula que demanda y el tipo de edificio que requiere.

6.- En lo que hace a la posibilidad de construir la escuela secundaria en una parcela del predio que ocupa la Escuela Nro. 19, vale lo analizado por esta Dirección General a fs. 08 y 09, y en caso de erigirla sobre su planta baja habría que considerar los inconvenientes que provocarían los cateo y verificaciones estructurales previos al estudio de factibilidad, como también las interferencias que ocasionaría la obra, ya que habría que desactivar total o parcialmente las instalaciones del jardín de infantes y escuela primaria con el consiguiente trastorno en la actividad docente y el constante peligro de accidentes no deseados.

7.- Por lo expuesto correspondería una nueva intervención de la Dirección General de Planeamiento para que defina que tipo de Escuela Secundaria se requiere en el área y elabore conjuntamente con el área pedagógica el programa de necesidades a satisfacer.”(ver fs. 60).-

De lo transcripto, como de lo informado a fs.57/59 se desprende, sin lugar a duda, que no se efectuó el estudio de factibilidad ordenado en el artículo 2do. de la Ley 350; no se realizaron estudios previos y específicos sobre oferta y demanda en el D.E. 20, desconociéndose las reales necesidades de la zona y por ende la matrícula que demanda y el tipo de edificio que se requiere.

En este orden de ideas, cabe advertir, que el informe de fs. 08/09 del expediente administrativo (fs. 77/8 del judicial) en el que el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires se apoya para fundar su tesis, carece por sí solo de eficacia, resultando, por ende, poco serias las argumentaciones vertidas por la autoridad administrativa basadas en el mismo.

Tal conclusión se ve reforzada por el hecho de que el informe en cuestión fue producido y puesto en conocimiento de las autoridades respectivas en marzo del año 2000, cuando todavía el Poder Ejecutivo estaba a tiempo de vetar la Ley 350. Al no haberlo hecho, aun estando en pleno conocimiento de las dificultades que podía involucrar su cumplimiento, resulta inadmisibles que esgrima ahora dicho informe, previo a la entrada en vigencia de la ley, como excusa para justificar su incumplimiento.

Es por todo ello que FALLO:

Haciendo lugar a la acción de amparo impetrada por el Sr. Asesor Tutelar ante la Justicia en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, ordenando, en consecuencia, a la Secretaría de Educación del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, cumplir estrictamente con la Ley 350, procediendo a la inmediata construcción de la escuela secundaria en una parcela del predio de la escuela Nro 19, D.E. 20 "Roma" o como un piso superior de dicha escuela.

A tal efecto, deberá acreditar fehacientemente ante el Juzgado la realización de todos los estudios de factibilidad correspondientes en el plazo de treinta (30) días, contados desde que la sentencia quede firme. Dentro de los treinta (30) días siguientes presentará los planos y proyecto de obra, e indicará quién será el Director de Obra. Acreditará el comienzo de las obras en el curso de los veinte (20) días subsiguientes e informará al Juzgado sobre el progreso de las obras una vez al mes. Todo ello deberá cumplirse asegurando, a la vez, la continuidad de las prestaciones de la escuela primaria N° 19, DE 20, y la seguridad de los estudiantes. La escuela secundaria se deberá encontrar habilitada al comienzo del ciclo lectivo del año 2002, y será puesta en funcionamiento de manera progresiva, como lo establece la Ley en su artículo 3ro. Todo bajo apercibimiento de aplicar sanciones conminatorias, de las que se hará solidariamente responsable al funcionario que obstruyere el cumplimiento (art. 30, último párrafo, CCAyT).

Costas a la vencida (art. 62 CCAyT).

Regístrese, notifíquese en el día, y al Sr. Asesor Tutelar en su público despacho.

Hugo Ricardo ZULETA

Juez – Juzgado N° 10

Contencioso Administrativo y Tributario

Ciudad Autónoma de Buenos Aires