



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
“ASOCIACION CIVIL POR LA IGUALDAD Y LA JUSTICIA CONTRA GCBA SOBRE
AMPARO (ART. 14 CCABA)”, EXPTE: EXP 23360 / 0

Buenos Aires, de marzo de 2008.

Y VISTOS:

Estos autos para resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandada (fs. 1345/1350) –cuyo traslado fue contestado por la accionante a fs. 1423/1442- contra la sentencia de fs. 1331/1342, en cuanto hizo lugar al amparo deducido por la Asociación actora, ordenando al Gobierno de la Ciudad que cese en su omisión de asegurar y garantizar el acceso a la educación inicial de los niños y niñas de 45 (cuarenta y cinco) días a 5 (cinco) años. A fin de asegurar el cumplimiento de la sentencia, el juez de primera instancia dispuso una serie de medidas adicionales (presentación de sendos informes en plazos predeterminados). Asimismo, impuso las costas a la accionada vencida y reguló los honorarios del letrado de la parte actora.

El Ministerio Público Tutelar se expidió respecto del recurso a fs. 1369/1376, propiciando confirmar la sentencia de grado y la señora Fiscal de segundo grado hizo lo propio a fs. 1483/1484 pronunciándose a favor de revocar la sentencia de grado.

I.- La actora dedujo acción de amparo contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires (fs. 1/25), a fin de que *“Se ordene al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires a cumplir con su obligación constitucional e indelegable de asegurar y financiar el acceso a la educación inicial de los niños y niñas de la Ciudad (art. 24 CCABA). Esta obligación ha sido sistemáticamente incumplida durante los ciclos lectivos correspondientes a los años 2002, 2003, 2004, 2005 y 2006”*.

En sustento a su pretensión señaló que, desde los años enunciados, miles de niños quedaron excluidos del sistema educativo por falta de vacantes. Añadió que se observa cada año un incremento en las cifras de los menores que no pueden acceder al nivel inicial. Agregó que, a la vez, se constata -en los últimos períodos- un porcentaje de subejecución presupuestaria destinado a infraestructura escolar del 32,3%.

Señaló que, en virtud de lo expuesto, no existe excusa válida que permita a la demandada hacer caso omiso a los derechos constitucionales que -en forma indelegable- está obligada a garantizar y financiar. Fundó su demanda en las normas de la Constitución Nacional y local; así como en los Pactos Internacionales.

Destacó que la educación inicial es esencial para el desarrollo de los niños, por los efectos que tiene, por un lado, sobre la educación primaria; y, por el otro, sobre la vida laboral de la familia, toda vez que la escuela permite a los padres buscar empleo o, simplemente, trabajar, lo que obviamente repercute en la situación económica de los menores. Puso de resalto que la imposibilidad de acceder a una vacante en las escuelas de

nivel inicial de la demandada viola el principio de autonomía personal, el derecho a la igualdad (frente a los niños que sí acceden al nivel inicial de educación); el derecho a la no discriminación de los excluidos; entre otros.

Puso de resalto que la omisión que se pretende subsanar por intermedio de esta causa, “...afecta con arbitrariedad e ilegalidad manifiesta una serie de derecho de los niños y niñas que no tienen acceso a la educación inicial que constituyen derechos de incidencia colectiva en nuestro sistema constitucional”.

Indicó, también, que se encuentran reunidos los recaudos que hacen a la procedencia formal de la acción de amparo, esto es: 1) acto u omisión de la autoridad pública; 2) daño real y actual de derechos de incidencia colectiva; 3) inexistencia de otro medio judicial más idóneo; 4) temporaneidad de la demanda.

Finalmente, observó que los hechos que dan origen a estos actuados resultan de público y notorio conocimiento.

Al mismo tiempo, requirió el dictado de una medida cautelar innovativa para que se exija al GCBA que diseñe y ejecute urgentemente medidas, al menos provisorias, tendientes a remediar la falta de vacantes en el nivel inicial para el ciclo lectivo 2007.

Luego de diversas contingencias procesales, la demandada produjo el informe del art. 8º de la ley 16.986 (fs. 375/384). Tras efectuar la negativa de rigor, adujo que la demanda es genérica, indeterminada y dogmática, sin prueba que acredite una omisión manifiestamente arbitraria y/o ilegítima. Asimismo, agregó que el amparo no es la vía idónea; ello así, dado que fue incoado de manera extemporánea. Además, observa que el amparo es materialmente improcedente porque no existe omisión lesiva en los términos de los arts. 14, CCABA y 43, CN.

Contestado el traslado por la accionante (fs. 934/945 y 947/956), el magistrado de primera instancia dictó sentencia a fs. 1331/1342, haciendo lugar al amparo. En tal sentido, exigió a la accionada cesar en su omisión de asegurar y financiar el acceso a la educación inicial de los niños y niñas de 45 (cuarenta y cinco) días a 5 (cinco) años. Para asegurar el cumplimiento de la sentencia, ordenó a la demandada la presentación de: a) el detalle de las obras en ejecución a cargo de los Ministerios de Educación y de Derechos Humanos y Sociales, discriminadas por distrito escolar y precisando dirección, nombre del establecimiento, cantidad de aulas previstas, cantidad de niñas y niños que podrá albergar cada establecimiento, estado de la obra y fecha de finalización; b) los proyectos de obras nuevas necesarias para satisfacer la demanda educativa de los niños y niñas de 45 (cuarenta y cinco) días a 5 (cinco) años, discriminados por distrito escolar, advirtiéndole que los plazos de ejecución de las obras no deberán exceder del ciclo lectivo 2010; c) las medidas que se adoptarán para asegurar a partir del 2008 las vacantes a los niños y niñas del nivel inicial de educación; y d) la forma en que se hará el seguimiento de la situación de los niños que permanecieron en lista de espera durante el ciclo 2007 por no haber encontrado un



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

establecimiento educativo. En todos los casos, el *a quo* fijó los plazos en que la accionada debía dar cumplimiento a la manda judicial impartida.

Frente a esta decisión, la demandada interpuso recurso de apelación a tenor de los argumentos que expone en su expresión de agravios de fs. 1345/1351.

II.- La apelante se agravió de la improcedencia formal y material de la acción de amparo. En cuanto a la inviabilidad formal de esta vía, sostuvo que 1) no se verifica en la especie la existencia de ilegalidad y/o arbitrariedad manifiesta que exige el art. 14 de la ley CCABA; 2) existe otro medio judicial más idóneo; y 3) se trata de cuestiones que requieren un estudio de los hechos más profundo, con mayor amplitud de debate y prueba. En cuanto a esta última cuestión, observó que *“Toda la documentación presentada en autos ha sido respondiendo a intimaciones angustiosas y breves plazos”*. Agregó que *“No hay un informe pericial por ejemplo, que determine claramente cuáles son las obras en ejecución, las obras programadas para el nivel inicial y una proyección de las medidas adoptadas para paliar el déficit de vacantes”*. Concluyó que *“...obviamente no las hay porque todo el juicio y la sentencia recurrida se encuentra sustentada en informes, cumplidos en plazos angustiosos de 48 hs., tres o cinco días y por distintas oficinas de mi representada”* (fs. 1347).

La demandada también se quejó de que el juez de grado incurrió en exceso de jurisdicción, violando el principio republicano de gobierno, al intervenir en la esfera de reserva de la Administración. Ello así, dado que el desarrollo de las políticas sociales pertenece a los poderes políticos y con responsabilidad electoral. Añadió que su parte ha cumplido con la manda constitucional -referida a la resolución progresiva del déficit de establecimientos educativos- de manera responsable, circunstancia que demuestra la ausencia de omisión arbitraria en lo que respecta a su deber de asegurar y financiar el acceso a la educación inicial. Adujo que el control dispuesto por el *a quo* en su sentencia incursiona en la planificación, en las licitaciones, en los plazos de los procesos de contratación y en las empresas, en los estados de avances de las obras; en la forma en que la demandada distribuye y administra sus recursos.

Sostuvo que el presente no constituye un caso judicial, sino *“la revisión de la política asistencial en educación desarrollados por los órganos legislativo y ejecutivo de la Ciudad”* (fs. 1348).

En cuanto al fondo de la cuestión, la demandada señaló que no existe obligación constitucional incumplida. Añadió que el *a quo* controló el mérito de la gestión de los Ministerios de Educación (Dirección del Área de Educación Inicial y Dirección General de Infraestructura, Mantenimiento y Equipamiento) y Derechos Humanos y Sociales (Dirección General de Niñez y Adolescencia).

Agregó, también, que no se verifican en la especie derechos afectados. Así, afirmó que, en ningún momento la Ciudad admitió que “*con su proceder afecte el derecho de igualdad y produzca en el grupo etario de que se trata, discriminación alguna*” (fs. 1349).

Señaló, asimismo, que la sentencia es arbitraria e infundada, toda vez que, se le ordena hacer lo que ha hecho y viene desarrollando, motivo por el cual no se configura violación alguna al art. 24, CCABA.

Finalmente, la apelante se agravia de la imposición de las costas y el monto de los honorarios.

III.- Ante todo, debe ponerse de resalto que el recurso de apelación impetrado por la demandada es rayano con la deserción. Nótese que frente a la fundada sentencia de grado se limitó a insistir dogmáticamente en conceptos ya vertidos que no tuvieron favorable acogida en la instancia de origen. Empero la trascendencia de la cuestión sometida a estudio de esta Alzada impone el tratamiento de los diferentes agravios a fin de resguardar el derecho de defensa de las partes y cumplir con el deber constitucionalmente asignado al Poder Judicial de impartir justicia.

Ya ha dicho esta Alzada en reiteradas oportunidades que, ante la gravedad de la sanción impuesta por el artículo 237 CCAyT -de aplicación supletoria al presente caso en virtud del artículo 17 de la ley 16.986-, corresponde efectuar una interpretación razonablemente flexible y libre de rigor formal con relación a la fundamentación del recurso, lo cual conduce a admitir su validez en cuanto la presentación respectiva reúna al menos un mínimo de suficiencia técnica (esta Sala, *in re* “Fernández, Lucía Nélide c/ G.C.B.A.- Secretaría de Educación s/ Amparo”, expte. n° 163/00; “Fridman, Silvia Beatriz y otros c/ G.C.B.A. s/ Amparo, expte. n° 15/00, entre otros antecedentes).

La aplicación de tales pautas lleva a desestimar el pedido formulado. Corresponde conocer, en consecuencia, sobre el *thema decidendum* propuesto a conocimiento del Tribunal.

Sentado lo anterior, cabe abocarse al tratamiento de las distintas quejas vertidas por la recurrente.

IV.- Planteos relacionados con la improcedencia formal del amparo

1) Agravio referido a la inexistencia de ilegalidad y/o arbitrariedad manifiesta

1.1. Vale recordar que el art. 14 de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires establece que “*Toda persona puede ejercer acción expedita, rápida y gratuita 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 la Constitución Nacional, los tratados internacionales, las leyes de la*



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Nación, la presente Constitución, las leyes dictadas en su consecuencia y los tratados interjurisdiccionales en los que la Ciudad sea parte...”.

Así pues, la acción de amparo requiere la existencia de un acto lesivo que puede provenir de un hecho positivo o negativo. Por ello, *“...todo tipo de manifestación estatal, sean actos, hechos, acciones, decisiones, órdenes, negocios jurídicos u omisiones, con capacidad para afectar los derechos de los particulares, quedan comprendidos en el precepto y, por lo tanto, son susceptibles de excitar el control jurisdiccional”* (cf. Morello, Augusto M. y Vallefin, Carlos A., *El amparo. Régimen procesal*, 4º edición, Librería Editora Plantense, La Plata, 2000, pág. 19).

En este entendimiento, *“sea entonces que la administración incumpla con sus cometidos o no ejecute los objetivos propios en el marco de su competencia –inactividad material- o que no impulse o resuelva las peticiones que se le formulen –inactividad formal- su pasividad puede afectar derechos constitucional o legalmente reconocidos y, de ese modo, producir daños graves e irreparables, que dejen habilitada la vía del amparo”* (cf. Morello y Vallefin, *op. cit.*).

Sentado ello, resulta necesario analizar si se configuró una omisión lesiva.

1.2. A tal fin, es dable recordar que el derecho a la educación encuentra sustento constitucional en los artículos 14 y 75 incs. 18 y 19 de la Constitución Nacional, y 23, 24 y 25 de la Constitución de la Ciudad, además de diversas normas de tratados internacionales con jerarquía constitucional (Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 13; Convención sobre Derechos del Niño, artículo 28; Convención contra la Discriminación racial, artículos 5 y 7). A su vez, el Estado se encuentra obligado, entre otras cosas, a facilitar y promover el libre acceso y la igualdad de oportunidades y posibilidades de todos para recibir e impartir enseñanza, sin discriminación alguna; a crear establecimientos oficiales de enseñanza, garantizando los principios de gratuidad y equidad, y a estimular y respetar la enseñanza pluralista, en los establecimiento públicos y privados (Bidart Campos, Germán J., *Manual de la Constitución reformada*, Ediar, Buenos Aires, 1998, t. II, pág. 40).

Más aún, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en el art. 12, reconoce que *“Toda persona tiene derecho a la educación, la que debe estar inspirada en los principios de libertad, moralidad y solidaridad humana. Asimismo tiene el derecho de que, mediante esta educación, se le capacite para lograr una digna subsistencia, en mejoramiento del nivel de vida y para ser útil a la sociedad...”*.

Por su parte, la Declaración Universal de Derechos Humanos establece, en primer término, que *“2. La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales...”* (art. 25). En segundo lugar, dispone, en su art. 26, que *“1. Toda persona tiene derecho a la educación. La educación debe ser gratuita, al menos en lo concerniente a la instrucción elemental y fundamental...2. La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos*

humanos y a las libertades fundamentales ...3. Los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos...". Asimismo, la Declaración Universal de los Derechos Humanos determina que *"Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado"*.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales impone que *"Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la educación. Conviene en que la educación debe orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad, y debe fortalecer el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales"* (art 13).

Finalmente, la Convención sobre los Derechos del Niño garantiza en su art. 28 el derecho del niño a la educación, sustentándolo en el principio de progresividad e igualdad de oportunidades. Asimismo, establece que la educación del niño debe ser encaminada a: *"a) Desarrollar la personalidad, las aptitudes y la capacidad mental y física hasta el máximo de sus posibilidades...d) Preparar al niño para asegurar una vida responsable en una sociedad libre, con espíritu de comprensión, paz, tolerancia, igualdad de los sexos y amistades entre todos los pueblos, grupos étnicos, nacionales y religiosos y personas de origen indígena..."* (art. 29).

1.3. A esta altura, es dable recordar que el art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional expresamente dispone que los tratados, pactos y convenciones, que fueron transcritas parcialmente *ut supra*, resultan aplicables, *"en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución, y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos"*.

Esta cláusula permite aseverar que las normas internacionales gozan de jerarquía constitucional tras la incorporación –como consecuencia de la reforma de la Carta Magna de 1994- del art. 75 inc. 22 a la Ley Suprema, conformando juntamente con las cláusulas constitucionales y el resto de las normas internacionales a las que adhirió nuestro país el llamado "bloque de constitucionalidad" que debe orientar toda la actividad ejecutiva, legislativa y judicial de nuestro país -este último cuando deban intervenir en la resolución de controversias entre partes traídas ante sus estrados- y deben ser respetadas como toda cláusula constitucional.

1.4. El bloque normativo descrito en los considerandos precedentes, sirve para recordar, asimismo, que el derecho a la educación permite al individuo acceder al uso de otras libertades, logrando el desarrollo más pleno posible de sus aptitudes (Padilla, Miguel M., *Lecciones sobre derechos humanos y garantías*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1988, t.



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

III, pág. 79). Y cumple fundamentalmente con el objetivo de inclusión social, aspecto que resulta particularmente apreciable en el artículo 23 de la Constitución de la Ciudad.

En la parte dogmática, el art. 20 de la CCABA dispone que *“Se garantiza el derecho a la salud integral que está directamente vinculada con la satisfacción de necesidades de alimentación, vivienda, trabajo, educación, vestido, cultura y ambiente”* (énfasis agregado).

A su vez, el art. 23, establece en la parte pertinente que *“La Ciudad ...Promueve el más alto nivel de calidad de la enseñanza y asegura políticas sociales complementarias que posibiliten el efectivo ejercicio de aquellos derechos”*. Más aún, el art. 24 agrega que *“La Ciudad 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, o el período mayor que la legislación determine...Organiza un sistema de educación administrado y fiscalizado por el Poder Ejecutivo...”* (énfasis agregado)

1.5. Entre las normas infraconstitucionales nacionales que rigen la materia que nos ocupa, cabe citar la ley n° 26.061 sobre Protección Integral de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes que establece la educación pública y gratuita. Dicha educación debe propender al desarrollo integral, su preparación para el ejercicio de la ciudadanía, la convivencia democrática y el trabajo, respetando su identidad cultural, su lengua de origen, su libertad de creación, fortaleciendo los valores de solidaridad, respeto por los derechos humanos, tolerancia, identidad cultural y conservación del medio ambiente.

A su vez, la Ley de Educación Nacional (n° 26.206), en su art. 17, reconoce a la educación inicial como uno de los cuatro niveles educativos. En su art. 18, expresamente, determina que la Educación Inicial constituye una unidad pedagógica y comprende a los/as niños/as desde los cuarenta y cinco (45) días hasta los cinco (5) años de edad inclusive, siendo obligatorio el último año. A su vez, el art. 18 impone al *“Estado nacional, las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires... la obligación de universalizar los servicios educativos para los/as niños/as de cuatro (4) años de edad”*.

En cuanto a los objetivos a los que apunta este nivel de educación, se hallan los de *“a) Promover el aprendizaje y desarrollo de los/as niños/as de cuarenta y cinco (45) días a cinco (5) años de edad inclusive, como sujetos de derechos y partícipes activos/as de un proceso de formación integral, miembros de una familia y de una comunidad. b) Promover en los/as niños/as la solidaridad, confianza, cuidado, amistad y respeto a sí mismo y a los/as otros/as. c) Desarrollar su capacidad creativa y el placer por el conocimiento en las experiencias de aprendizaje. d) Promover el juego como contenido de alto valor cultural para el desarrollo cognitivo, afectivo, ético, estético, motor y social. e) Desarrollar la capacidad de expresión y comunicación a través de los distintos lenguajes, verbales y no verbales: el movimiento, la música, la expresión plástica y la literatura. f) Favorecer la*

formación corporal y motriz a través de la educación física. g) Propiciar la participación de las familias en el cuidado y la tarea educativa promoviendo la comunicación y el respeto mutuo. h) Atender a las desigualdades educativas de origen social y familiar para favorecer una integración plena de todos/as los/as niños/as en el sistema educativo. i) Prevenir y atender necesidades especiales y dificultades de aprendizaje” (énfasis agregado).

Finalmente, el art. 21 de la Ley de Educación Nacional establece que “*El Estado nacional, las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires tienen la responsabilidad de: a) Expandir los servicios de Educación Inicial. b) Promover y facilitar la participación de las familias en el desarrollo de las acciones destinadas al cuidado y educación de sus hijos/as. c) Asegurar el acceso y la permanencia con igualdad de oportunidades, atendiendo especialmente a los sectores menos favorecidos de la población. d) Regular, controlar y supervisar el funcionamiento de las instituciones con el objetivo de asegurar la atención, el cuidado y la educación integral de los/as niños/as” (el resaltado no está en el original).*

A nivel local, la ley n° 114 sobre Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, regula en materia de educación el derecho de los menores “*a la educación con miras a su desarrollo integral, su preparación para el ejercicio de la ciudadanía, su formación para la convivencia democrática y el trabajo, garantizándoles el disfrute de los valores culturales, la libertad de creación y el desarrollo máximo de las potencialidades individuales” (art. 27). Asimismo, el art. 28 establece que “El derecho a la educación a través de los sistemas de enseñanza formal y no formal comprende la construcción de valores basados en la tolerancia y el respeto por los derechos humanos, la pluralidad cultural, la diversidad, el medio ambiente, los recursos naturales y los bienes sociales, preparando a los niños, niñas y adolescentes para asumir una vida responsable en una sociedad democrática”.*

La citada ley, además, establece las garantías mínimas que deben asegurarse a los menores en el ejercicio de su derecho a la educación, entre las que cabe citar: “*a) acceso gratuito a los establecimientos educativos de todos los niveles; garantizando la prestación del servicio en todos los barrios de la Ciudad; b) igualdad de condiciones de acceso, permanencia y egreso del sistema educativo, instrumentando las medidas necesarias para su retención en el mismo...” (el resaltado no está en el original).*

1.6. Además del bloque normativo reseñado, debe advertirse también que la estructura organizativa de la Ciudad cuenta con organismos y dependencias cuyas misiones y funciones se relacionan directamente con el tema que nos ocupa, esto es, la educación del nivel inicial.

Así pues, la ley 1925, en su art. 18 expresa que “*Comprende al Ministerio de Educación asistir al Jefe de Gobierno en todo lo inherente a sus competencias, de acuerdo*



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

con los objetivos que se enuncian a continuación: ...b) Administrar y fiscalizar el sistema de educación asegurando la educación pública estatal laica y gratuita en todos los niveles y modalidades, a partir de los cuarenta y cinco días de vida, y con carácter obligatorio desde los 5 años hasta el nivel superior...d) Planificar y administrar los recursos del sistema educativo del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”.

Por su parte, el art. 20 de la misma ley al definir las competencias del Ministerio de Derechos Humanos y Sociales reza: “...e) *Diseñar e implementar políticas, planes y programas de promoción y desarrollo social destinados a la población en situación de vulnerabilidad social, coordinando y creando espacios de consulta y participación de la ciudadanía...i) Diseñar e implementar políticas referidas a la tercera edad, la juventud, la niñez y género”.*

1.7. El conjunto de normas descriptas demuestra la existencia -entre otros- de un deber inexcusable de la Ciudad de asegurar y financiar el acceso a la educación inicial de los niños y niñas de 45 (cuarenta y cinco) días a 5 (cinco) años . El incumplimiento total o parcial de algunos de los deberes enunciados, sea por acción u omisión, configura una lesión a los derechos que la Constitución nacional, local y los tratados internacionales reconocen -sea expresa o implícitamente- a los menores.

En efecto, nótese que -como ya se dijera-, en el ámbito local, a través del art. 24, la Constitución establece que la Ciudad garantiza y financia la educación inicial, estableciendo un límite más amplio que el fijado incluso por los pactos internacionales que conforman el bloque de constitucionalidad federal y su inobservancia importa una transgresión de la manda constitucional, dando lugar a la configuración del recaudo de la “ilegalidad manifiesta”.

Vale señalar que se configura la ilegalidad manifiesta cuando el acto no concuerda con la norma jurídica que prescribe lo debido (cf. SALGADO, Alí Joaquín y VERDAGUER, Alejandro César, *Juicio de amparo y acción de inconstitucionalidad*, 2º, edición actualizada y ampliada, Ed. Astrea, Bs As., 2000, pág. 97). Es decir, existe ilegalidad manifiesta -entre otros supuestos- cuando se está frente a una omisión de la autoridad pública, dado que en este caso, frente a la norma que impone el deber jurídico, se constata el incumplimiento total o parcial de la norma. Más aún, la doctrina observó que “*El principio de legalidad impone en la práctica una doble exigencia a la Administración: por un lado, la prohibición de actuar en contra del ordenamiento jurídico, y por el otro, la obligación de obrar adecuadamente cuando así lo exige dicho ordenamiento, persiguiendo el interés público en todas sus actuaciones. Es decir que existe un norte -el respeto al orden jurídico- que la Administración debe alcanzar tanto en su omisión como en su acción*” (cf. SALGADO, Alí Joaquín y VERDAGUER, Alejandro César, op. cit., con cita de TAWIL, Guido, *Administración y Justicia. Alcance del control judicial de la actividad administrativa*, Ed. Depalma, Bs. As. 1993, T. 1, pág. 43 y ss.).

1.8. En conclusión, se verifica en la especie el supuesto de ilegalidad en el proceder de la accionada, toda vez que -tal como se desprende de la prueba que se analizará *ut infra*- incumplió con el deber constitucionalmente impuesto de garantizar y financiar la educación de los niños y niñas del nivel inicial.

Esta circunstancia -entre otras- hace procedente la presente acción de amparo y, por ende, impone el rechazo del agravio tratado en este acápite.

2) Agravio referido a la existencia de otro medio judicial más idóneo

2.1. Esta Alzada ha dicho en sendas oportunidades que no puede calificarse al amparo como una acción excepcional. Por el contrario, toda vez que ésta constituye una garantía constitucional para tutelar de modo rápido y eficaz los derechos y las garantías establecidas para protegerlos, su procedencia debe ser analizada con criterio razonablemente amplio, resultando admisible siempre que el proceder impugnado reúna las características y efectos que prevén los textos constitucionales.

Por ello, el amparo resultará idóneo siempre que, conforme a la prudente ponderación de las circunstancias del caso, la acción u omisión cuestionada reúna *prima facie* los caracteres de ilegitimidad y/o arbitrariedad manifiesta -cuya configuración ya fue admitida en los considerandos precedentes- y, asimismo, ocasione -en forma actual o inminente- una lesión, restricción, alteración o amenaza de derechos o garantías constitucionales o legales -dada, en la especie, por el incumplimiento de la manda constitucional de garantizar y financiar la educación inicial-. Una interpretación diferente importaría limitar indebidamente el carácter operativo de la garantía constitucional.

Según lo ha puesto de relieve la Corte Suprema de Justicia de la Nación, “...*siempre que aparezca de manera clara y manifiesta la ilegitimidad de una restricción cualquiera a alguno de los derechos esenciales de las personas, así como el daño grave e irreparable que causaría remitiendo el examen de la cuestión a los procedimientos...judiciales, corresponderá que los jueces restablezcan de inmediato el derecho restringido por la vía rápida del amparo*” (C.S.J.N.; Fallos, 241:291;280:228).

En el caso de autos, la posibilidad de recurrir a las vías ordinarias permitiría seguir perpetuando la falta de acceso de un número considerable de niños y niñas, en situación de vulnerabilidad, a la educación del nivel inicial que incluye no sólo la educación en sí misma, sino la contención y la asistencia propia que requiere su temprana edad, máxime cuando su condición social sea manifiesta como vulnerable.

Conforme lo manifestado, el texto constitucional del art. 43 no exige únicamente la existencia de otras vías judiciales, sino que tales vías deben ser “idóneas”. Es por ello, que lo que define la suerte del amparo es justamente la idoneidad de los otros cauces procesales. Así lo ha expuesto la jurisprudencia al decir que “*La existencia de cauces ordinarios para*



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

discutir una cuestión no conduce, de por sí, al rechazo de la acción de amparo pues, según el art. 43 de la Constitución Nacional, tales procesos deben resultar más idóneos que esta acción” (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, sala IV, 23/06/1998, “Youssefian, Martín c. Secretaría de Comunicaciones”, LL 1998-D, 712). Más aún, se afirmó que *“La acción de amparo resulta factible si, pese a la existencia de vías procesales ordinarias, ellas no son más idóneas para evitar la afectación de los derechos conculcados, es decir, no es la existencia de otras vías la que cierra indefectiblemente la vía del amparo, sino la ineptitud de ellas la que la abre”* (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, sala III, 31/08/2004, “Cameo, Fredy c. Ministerio de Economía y otros”, LL 28/07/2005, 8).

Así las cosas, debe ponerse de manifiesto que el término “idóneo” es definido como *“Adecuado y apropiado para algo”*.

Ahora bien, para determinar, entonces, si la situación que debe resolverse en estos actuados puede ser tratada mediante otro cauce más “adecuado y apropiado”, deben analizarse las circunstancias propias de cada causa. En efecto, la jurisprudencia, por ejemplo, señaló que *“Es procedente la acción de amparo..., aún cuando existan otras vías judiciales idóneas..., en atención a la naturaleza del derecho que se esgrime, la magnitud de la reducción del haber, la edad avanzada de la beneficiaria y la situación de discapacidad en que se encuentra”* (Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo con asiento en La Plata, 08/03/2005, “Holub, Patricia S. c. Ministerio de Economía”, La Ley Online).

Conforme lo expuesto, debe observarse que -en la especie-: a) se encuentran en debate derechos de origen constitucional; b) que el grupo afectado está constituido por un universo amplio de niños y niñas de entre 45 días y 5 años; c) que se trata de la educación pública, lo que permite inferir que -al menos- una parte de ese grupo de menores no posee recursos suficientes para recurrir a la educación privada; d) que el déficit de vacantes se observa desde hace varios años sin que se haya modificado dicha situación en la actualidad; e) que el derecho a la educación es esencial para el desarrollo humano íntegro; y, entre otras cuestiones, resulta imperioso y urgente que los niños de la franja etaria señalada puedan gozar plenamente y en su real dimensión de los derechos constitucionales que los convencionales constituyentes nacionales y locales les han reconocido.

Por todo lo manifestado, corresponde concluir que el cauce procesal escogido resulta procedente.

2.2. Desde otra perspectiva, cabe analizar la idoneidad de la vía del amparo en relación con el derecho de defensa de la demandada.

Puntualmente, en el caso de marras, debe observarse que la accionada al presentar el informe del art. 8º (fs. 875/884) y referirse específicamente a la inadmisibilidad de la vía

del amparo, no señaló cuáles defensas se vio privada de ejercer con motivo del trámite propio de este tipo de acciones.

Nótese que, al efectuar la negativa de rigor, se limitó a decir que la dilucidación de este caso *“requiere de un marco de mayor amplitud de debate y prueba”* (fs. 876). A su vez, alegó la afectación del derecho de defensa, pero no con sustento en el cauce procesal elegido sino por la generalidad e imprecisión con que supuestamente fue planteada la pretensión (fs. 877). Específicamente, en el acápite VII del citado informe (titulado *“La vía Judicial intentada resulta inadmisibile - La extemporaneidad de la acción”* -fs. 878), la apelante señala que la materia objeto de la acción requiere -por su complejidad- un mayor debate y prueba; y se explaya en la cita del fallo *“Akrich”* del TSJCABA; empero, en ningún momento, refiriéndose concretamente a la situación de autos, describe qué defensas no pudo oponer.

Lo expuesto permite confirmar que la vía del amparo es idónea para resolver este caso.

3) Agravio referido a la necesidad de un mayor debate y prueba

3.1. Este agravio tiene estrecha vinculación con las quejas tratadas en los apartados precedentes. En efecto, tanto la configuración de la ilegalidad o arbitrariedad *“manifiesta”*, como la *“idoneidad”* de la vía, se relaciona íntimamente con la exigencia y la necesidad de desplegar un mayor o menor debate o actividad probatoria. Así pues, cuando la materia en análisis se refiere a cuestiones de derecho, y cuya dilucidación amerita sencillas medidas de prueba que no importan un dispendio de tiempo incompatible con la celeridad y la urgencia del amparo, esta acción es una vía idónea.

Más aún, es dable advertir que otros tribunales e, incluso, la misma Corte Suprema de Justicia de la Nación, se han adentrado a tratar y resolver cuestiones que importaron un debate complejo o difícil.

En lo que a esta causa se refiere, a nuestro criterio, la propia actitud asumida por las partes en este pleito es demostrativa de que la cuestión debatida no requiere un amplio despliegue probatorio, toda vez que, por un lado, la actora sólo acompañó prueba documental y una grabación y solicitó -subsidiariamente para el caso de que sea desconocida por la contraria- la prueba informativa que acredite la veracidad del plexo probatorio. Por el otro, debe observarse que la accionada se limitó a ofrecer prueba documental e informativa para el caso de desconocimiento de la documental.

No modifica el criterio observado, el hecho de que la recurrente haya alegado que *“No hay un informe pericial por ejemplo que determine claramente cuales son las obras...”* (fs. 1347). Ello así, toda vez que el planteo fue esbozado recién al apelar.

Al respecto, resulta conveniente recordar que, tanto el procedimiento previsto en el CCAyT cuanto el que regula la ley 16.986, se estructuran sobre la base del principio



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

dispositivo, en virtud del cual sólo las partes –y únicamente ellas- pueden fijar los límites de la controversia. De allí el principio de congruencia –con expreso sustento normativo en los artículos 27 inc. 4 y 145 inc. 6 del CCAyT-, que veda a los magistrados introducir en el proceso hechos o pretensiones que no hayan sido articulados en los escritos de demanda y contestación.

Como lo señala Palacio, *“el principio de congruencia requiere que el juez emita pronunciamiento, total o parcialmente positivo o negativo, sobre todas las pretensiones y oposiciones formuladas por las partes y sólo sobre ellas, respetando sus límites cualitativos y cuantitativos (...) se encuentra afectado de incongruencia el fallo que se pronuncia sobre materia extraña a la que fue objeto de la pretensión y de la oposición (...), concediendo o negando lo que ninguna de las partes reclamó”* (Palacio, Lino E., *Derecho procesal civil*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993, t. V, p. 431/432). En el mismo sentido, dice Alsina que *“producida la demanda y la contestación, sobre ellas debe recaer el pronunciamiento, sin que el juez ni las partes puedan modificarla”* (Alsina, Hugo, *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial*, Buenos Aires, 1941, t. I, p. 252).

Por ello ha dicho este Tribunal que el objeto de la demanda constituye un límite de naturaleza objetiva para el juez, que por aplicación del principio de congruencia, no puede fallar sobre capítulos no propuestos a su conocimiento y decisión (esta Sala, in re “Linser SACI c/ GCBA s/ Cobro de pesos”, expte. n° 2397).

Se trata, en palabras de Falcón, de un principio de evidente raíz constitucional, puesto que tiende a asegurar la inviolabilidad de la defensa (Falcón, Enrique M., *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación anotado, concordado y comentado*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1994, t. I, p. 155). Así lo declaró, por otra parte, la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN, 13/10/94, “Concencioca, Juan M. Y otros c/ Municipalidad de Buenos Aires”, LL, 1995-C-797, s. n° 1283).

Más aún, con sustento en el principio procesal de eventualidad, la recurrente debió, oportunamente (esto es, al presentar el informe del art. 8°) y ante la posibilidad de que el magistrado de grado diera curso a la acción o admitiese la apertura a prueba, ofrecer todas las medidas de prueba que creía convenientes a fin de demostrar sus derechos. Será, pues, el prudente criterio del juez el que definirá qué pruebas resultan procedentes y cuáles no.

Es entonces el propio comportamiento procesal del Gobierno el que delimitó su derecho de defensa en juicio. Ello así dado que *“De conformidad con el principio de eventualidad, todas las alegaciones propias de cada uno de los períodos preclusivos en los que se divide el proceso deben plantearse en forma simultánea, de manera tal que, en el supuesto de rechazarse una de ellas, pueda obtenerse un pronunciamiento favorable sobre la otra u otras que quedaron planteadas ‘in omen eventum’”* (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala I, 16/12/1999, “Foms S. A. c. De Negro, Roberto A. y otro.”, LL 2000-D, 874).

3.2. A lo expuesto, debe agregarse que no le asiste la razón a la recurrente cuando alega que *“Toda la documentación presentada en autos ha sido respondiendo a intimaciones angustiosas y breves plazos...Todo el juicio y la sentencia recurrida se encuentra sustentada en informes, cumplidos en plazos angustiosos de 48 hs., tres o cinco días y por distintas oficinas de mi representada...”*.

Adviértase, por ejemplo, que a fs. 868, la demandada solicitó ampliación de plazos (por el término de diez días) para producir el informe del art. 8º, petición que fue concedida a fs. 870. Asimismo, surge de fs. 871 que se convocó a una audiencia tendiente a que las partes propongan vías de solución al problema de autos. Dicha audiencia fue notificada el 30 de enero de 2007 y convocada para el día 7 de febrero (es decir, se comunicó fehacientemente con seis días hábiles de anticipación). Como consecuencia de la mentada audiencia, se resolvió requerir un informe para ser presentado en el término de dos (2) días. Empero, dicha prueba contó con la conformidad de ambas partes, ya que no se desprende del acta obrante a fs. 889 que la requerida haya manifestado su oposición o expresado su disconformidad en cuanto al alcance o los plazos en que dicha medida debía producirse, máxime que del acta surge que a dicha solución se llega *“luego de un intercambio de opiniones”*.

La documentación solicitada incurría en contradicciones, circunstancias que generó un pedido de aclaraciones (fs. 957) para lo cual el magistrado de grado concedió tres (3) días (providencia que fue dictada el 22 de febrero de 2007 y notificada el 26 de febrero del mismo año). Frente a la exigencia judicial, la demandada requirió -con fecha 28 de febrero de 2007- una ampliación del plazo de tres (3) días más, la que fue concedida a fs. 962, sin que el informe fuera contestado en plazo. En consecuencia, la demandada contó con un plazo de casi un mes para presentar el informe requerido en la audiencia (adviértase que ésta última tuvo lugar el 7 de febrero de 2007 y el 28 de dicho mes el juez concedió un nuevo plazo de tres días para lo acompañe sin que al vencimiento del término, la accionada haya dado cumplimiento a tal requerimiento).

Con fecha 19 de abril de 2007, como medida para mejor proveer, el juez de primera instancia requirió nuevos informes atento haberse iniciado el nuevo ciclo lectivo. El oficio fue diligenciado el 23 de abril y la respuesta fue recibida en el Juzgado de origen el 10 de mayo (fs. 1021). Conforme surge de fs. 1022, los datos brindados eran incompletos, circunstancia que dio lugar a la concesión de un nuevo término de cinco (5) días. Con fecha 16 y 31 de mayo y 4 de junio, la demandada adjuntó prácticamente la misma información que ya había entregado (conforme lo establecen las providencias de fs. 1053, 1086 y 1092). Recién, de los informes presentados con fecha 6 (fs. 1109), 7 (fs.1124), 11 (fs. 1132) y 12 de junio (fs. 1146), se ordenó el traslado a la contraria.

Los casos citados no agotan las constancias de la causa, pero alcanzan para demostrar que la accionada contó con plazos muchos más amplios que los expresados en su



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

agravio para adjuntar la documentación o producir los informes que le fueran requeridos por la autoridad judicial.

Conforme lo expuesto, no cabe hacer lugar a los planteos efectuados por la recurrente en este aspecto.

4) No se configura en la especie un caso judicial

La apelante se queja de que la sentencia recurrida tiene como objeto la crítica de la política educativa de la administración. Expresamente, dijo: *“No se está frente a un caso judicial, sino a la revisión de la política asistencial en educación desarrollada por los órganos legislativo y ejecutivo de la Ciudad de Buenos Aires”* (fs. 1348).

Debe, ante todo, ponerse de resalto que, para que exista una “causa contencioso-administrativa” en los términos previstos en el CCAyT, es necesaria la existencia de un caso contencioso, esto es, una controversia entre partes que afirmen y contradigan sus derechos –en la medida en que alguna de ellas pueda ser considerada una “autoridad administrativa”- que ha de ser provocada, a su vez, por una parte legitimada, quedando excluidas las meras consultas y las peticiones de declaraciones generales.

Por su parte, la controversia así definida no debe ser abstracta, por carecer quien la promueve de un interés económico o jurídico que pueda ser eficazmente tutelado por el pronunciamiento a dictarse, no siendo suficiente a esos efectos invocar un perjuicio eventual o hipotético; debiendo recaer el agravio invocado sobre el peticionante y no sobre terceros. Se trata de la exigencia de que la impugnación sea introducida por parte de quien demuestre la presencia de un perjuicio directo, real y concreto, actual o en ciernes (conf. CSJN in re “Rodríguez, Jorge en Nieva, Alejandro y otros c/ Poder Ejecutivo Nacional 17/12/97, consid. 24, segundo párrafo).

Con referencia a la caracterización de los supuestos en que se encuentra configurado un “caso” judicial, y como lo ha recordado esta Sala in re “Rubiolo, Adriana Delia y otros c/ GCBA y otros s/ Amparo”, del 16/11/00, es doctrina reiterada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que se trata de las causas de carácter contencioso a las que se ha definido como *“...aquéllas en que se persigue en concreto la determinación del derecho debatido entre partes adversas (doctrina de Fallos 156:318, consid. 5º, p. 321). Y, por ello, no se da una causa o caso contencioso (...) cuando se procura (...) la declaración general y directa de inconstitucionalidad de las normas o actos de los otros poderes (Fallos, 243:176 y 255:104, consid. 5º, segundo párrafo)”* (conf. cita efectuada por el Procurador General de la Nación en su dictamen vertido in re “Rodríguez, Jorge en Nieva, Alejandro y otros c/ Poder Ejecutivo Nacional”, Fallos 320:2851).

Es claro entonces que, de acuerdo a la doctrina sostenida en forma reiterada por la Corte Suprema, la existencia de un "caso" o "causa" presupone el carácter de "parte", es

decir, que quien reclama o se defiende a su vez se beneficie o perjudique con la resolución que se dicte en el marco del proceso.

En la especie, la actora reclama la efectivización del derecho a la educación inicial para los niños entre los 45 días y los 5 años de edad, derecho éste que está expresamente reconocido en la Constitución local en los términos del art. 23.

A su vez, existe una controversia entre partes, ya que, por un lado, la actora reclama el cese de la omisión de garantizar y financiar la educación inicial que recae sobre la demandada y, por el otro, esta última alega que dicha omisión no se configura en la especie.

Tampoco puede razonablemente sostenerse que la cuestión es abstracta, toda vez que se verifican derechos afectados (vgr. derecho a la educación) y la parte actora ha demostrado su legitimación procesal (cuestión tratada en primera instancia que, además, no ha sido refutada en el recurso de apelación).

En virtud de todo lo expuesto, debe concluirse que, en el *sub lite*, se verifica la configuración de todos los recaudos que definen la existencia de un caso judicial y, por ello, el agravio de la accionada debe ser rechazado.

V.- Planteos relacionados con la improcedencia material del amparo

A) No existe obligación constitucional incumplida y tampoco derechos afectados

A.1. Despejados los óbices formales planteados por la recurrente, cabe adentrarse al análisis sustancial de la materia objeto de estas actuaciones.

Las normas que garantizan el derecho de los niños a la educación inicial ya han sido transcriptas *ut supra*. De ellas surge claramente la obligación que pesa sobre la demandada de garantizar y financiar la educación del nivel inicial, esto es, aquélla que comprende a los niños de entre 45 días y 5 años. En consecuencia, resta observar si la accionada ha omitido el cumplimiento de tales obligaciones constitucionales. Para ello, resulta imprescindible tener en cuenta las constancias que obran en estos actuados.

Empero, en primer lugar, debe recordarse que *“La educación es la base del desarrollo personal del ser humano, por ello el Estado tiene el deber indelegable de garantizarla y estructurar un sistema educativo permanente. Por mandato de la Constitución Nacional, el Congreso está obligado a definir el modelo institucional de manera que asegure la vigencia de determinados principios y garantías que también se hallan insertos en dicha Carta y en los tratados que ella prevé, tales como la igualdad de oportunidades y posibilidades, la no discriminación y el derecho de enseñar y aprender (doctrina de Fallos: 322:919)”* (CSJN, “Ferrer de Leonard, Josefina y otros c/ Superior Gobierno de la Provincia de Tucumán s/amparo”, del dictamen del Procurador General ante la Corte, 2 de diciembre de 2002).



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Más precisamente, la educación inicial *“Constituye una etapa crucial, e irrepetible en la historia personal, donde se estructuran las bases fundamentales del desarrollo cognitivo, emocional y ético de cada ser humano. En esta etapa se definen las condiciones con las cuales un niño o una niña ingresa a su tránsito escolar y, por eso, su incidencia con respecto al logro de futuros aprendizajes es muy significativa. Este nivel debe tener una clara intencionalidad pedagógica, brindando una formación integral que abarque los aspectos sociales, afectivo-emocionales, cognitivos, motrices y expresivos. Todas estas dimensiones de la personalidad están estrechamente vinculadas, conformando subjetividades que se manifiestan en modos personales de ser, sentir, pensar y hacer”* (Documento para el Debate Ley de Educación Nacional).

A su vez, debe ponerse de resalto que la educación inicial debe analizarse desde un doble aspecto: por un lado, la educación en sí misma de los primeros años de vida y, por el otro, un ámbito de cuidado y protección fuera del ámbito familiar. La dimensión, pues, que se asigna a la educación inicial, y a diferencia del resto de las etapas de la educación de los menores, es que en su faz protectoria intenta revertir situaciones de abandono infantil y alejarlos de situaciones de peligro. Esta cualidad de la educación inicial ha sido reconocida incluso en las normas infraconstitucionales que ya fueron reseñadas con anterioridad (vgr. ley nacional 26.602 y ley de la Ciudad n° 114).

Señala la doctrina que *“...la función originaria de la educación inicial, de carácter asistencial, ha influido notablemente en el desarrollo de la misma, hasta el punto que podría afirmarse que continúa vigente en casi todos los sistemas escolares del mundo, en paralelo con la otra función, más reciente, de orientación propiamente educativa. La dualidad de funciones presente en esta etapa se contacta en la existencia, en la mayoría de los países, de un doble tipo de programas, distintos en función del objetivo que cumplen”* (Egido Gálvez, Inmaculada, *La educación inicial en el ámbito internacional. Situación y perspectiva en iberoamérica y en Europa*, Revista Ibero-Americana, N° 22, Organización de Estados Iberoamericanos, Enero-Abril 1999, pág. 119 y ss.).

En este entendimiento, se observó que *“La familia tiene una responsabilidad fundamental en esta etapa, cumpliendo su propio rol educativo en el desarrollo inicial de niños y niñas y proveyéndolos de una serie de condiciones básicas para su progresiva participación en el ámbito educativo. En muchos casos y como consecuencia de las condiciones adversas que existen en contextos sociales signados por la desigualdad, el cumplimiento de esta función se ve resentido. Es entonces cuando la educación infantil impulsada por el Estado asume la función de prevenir las desigualdades de origen social que se traducen en falta de adaptación al ámbito educativo o pueden conducir al fracaso escolar. Cuanto más tempranamente sean atendidas estas inequidades mayor será la posibilidad de prever sus consecuencias educativas y sociales”* (Documento para..., op. cit.).

Estas pautas que orientan la educación inicial fueron consideradas al tratar la nueva Ley de Educación Nacional. Así, se dijo que *“La nueva Ley de Educación Nacional debería establecer la necesidad de que el Estado defina políticas orientadas a la efectiva universalización de la educación inicial para que esté disponible como derecho para todos los niños y las niñas, a través de alternativas que se ajusten a cada zona, localidad, y comunidad, determinando intervenciones destinadas tanto a ampliar la cobertura como a mejorar la calidad educativa, definiendo propuestas que contemplen las realidades urbanas y rurales”* (Documento para..., op.cit.); sin perjuicio de reconocerse la falencias que, en esa etapa de la educación, se observan, al resaltar que *“Las transformaciones sociales y particularmente las que afectan a la organización familiar explican la rápida expansión de servicios educativos desde edades muy tempranas. La población de cero a cuatro años hoy tiene un acceso muy desigual a instituciones educativas. Para crear condiciones de igualdad en el acceso será preciso expandir la oferta de atención temprana a la niñez con una oferta educativo-integral según las exigencias de cada edad. Si bien asumimos que la educación inicial es un derecho de los niños y no de los padres, no podemos olvidar que es necesario garantizar las condiciones para que los padres y madres de esos niños y niñas puedan ofrecer a sus hijos las máximas posibilidades de desarrollo”* (Documento para...,op.cit).

Es dable poner de resalto que el propio Gobierno de la Ciudad -a través de su presentación de fs. 818 emanada de la Dirección General de Niñez y Adolescencia del Ministerio de Derechos Humanos y Sociales- reconoce que la población beneficiaria de los jardines maternos *“...son las niñas o niños menores de 4 años pertenecientes a familias en situación de pobreza y/o vulnerabilidad social residentes en la Ciudad de Buenos Aires”*. Más aún, afirma que junto con las actividades educativas -en el caso de la jornada completa - se brinda desayuno, almuerzo y merienda; atención y seguimiento médico y odontológico, entre otros beneficios.

Teniendo en cuenta el valor intrínseco del derecho a la educación, en particular, del derecho a la educación inicial, es necesario analizar si el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires garantiza dicho derecho con el alcance que las normas nacionales, internacionales y, en especial, locales le confieren. Es decir, si la demandada asegura el derecho a la educación de los niños de entre 45 días y 5 años de edad, derecho que además, debe hacerse efectivo considerando la adopción de las medidas adecuadas a tal fin *“hasta el máximo de los recursos de que se disponga”*, tal como lo establece el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

A.2. Para ello, deben analizarse las pruebas anejadas a la causa.

En el informe de fs. 829, la Dirección del Área de Educación Inicial dependiente de la Dirección General de Educación del Ministerio de Educación pone de manifiesto que, en enero de 2007, existían 6.951 niños de entre 45 días y 5 años que no contaban con una



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

vacante asegurada en un establecimiento escolar dependiente de la demandada. A fs. 925, la Dirección de Educación Inicial, frente a un nuevo pedido de informe, contesta -con fecha 8 de febrero de 2007- que el total de alumnos sin vacantes confirmadas (excedentes puros) alcanza a 6.776. Posteriormente, con fecha 5 de junio de 2007, observó que la lista de espera existente al 30/04/07 ascendía 6.646 menores.

A su vez, la Dirección General de Niñez y Adolescencia del Ministerio de Derechos Humanos y Sociales informó en sendas ocasiones que 1.401 menores se encontraban anotados como “condicionales”, es decir, no tenían concedida una vacante efectiva (fs. 792/809).

Más allá de la disparidad numérica observadas en los distintos informes elaborados a lo largo de la causa, surge de manera clara y elocuente que una cantidad altamente considerable de niños y niñas de entre 45 días y 5 años (aproximadamente 8.000) en los hechos no gozan del derecho constitucional a la educación inicial, pese a la manifestación de sus padres de querer acceder al sistema educativo público inicial, decisión que se patentiza en la inscripción de los menores en las listas de espera de las diferentes instituciones educativas dependientes de la demandada.

El incumplimiento del mandato constitucional es aún más palmario si se tiene en consideración que son dos organismos del estado local (Ministerio de Educación y Ministerio de Derechos Humanos y Sociales) los que tienen entre sus funciones la alta misión de asegurar a los niños más pequeños el acceso a la educación, que, a su vez, se traduce en una mejor calidad de vida (faz asistencial del derecho a la educación inicial).

A esta altura, cabe advertir, por un lado, que, si bien la presente causa alcanzó un volumen considerable (en virtud de la cantidad de fojas que contiene), dicho volumen se debe a la agregación de idénticos informes en reiteradas oportunidades. Por el otro, a criterio de este Tribunal, la cuestión no tiene visos de complejidad, toda vez que basta con constatar las cifras de menores que no han logrado acceder a una vacante durante el comienzo del ciclo lectivo 2007, para cerciorarse que el derecho constitucional a la educación se encuentra a su respecto omitido por parte de la demandada.

A.3. Ahora bien, vale recordar -a fin de profundizar sobre la materia objeto de debate- que el derecho a la educación debe ser reconocidos como derechos subjetivos y exige del Estado la adopción de medidas efectivas para su concreción.

Es más, conforme la interpretación de Van Hoof, todos los derechos –sin necesidad de ubicarlos en una u otra categoría- imponen cuatro “niveles” de obligaciones estatales, a saber: de respetar, de proteger, de garantizar y de promover. A su entender, *“Ninguno de estos niveles puede caracterizarse únicamente a través de distinciones obligaciones negativas/obligaciones negativas, u obligaciones de resultado/obligaciones de medio...Este marco teórico... refuerza la unidad entre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales pues estos tipos de obligaciones estatales pueden ser*

hallados en ambos pares de derechos. Bajo el impacto de un proceso de marcada interdependencia entre ambas categorías de derechos, ellos requieren de los Estados en determinadas ocasiones obligaciones de garantizar y en otras obligaciones de promover” (Abromovich y Curtis, op. cit., con remisión a G. Van Hoof, “The Legal Nature of Economic, Social and Cultural Rights: A Rebuttal of Some Traditional Views”, en Alston, P. y Tomasevski, K, (eds), *The Right to Food*, Utrech, 1984, pp. 97/110).

A lo dicho, es posible agregar que esta Alzada ya tuvo oportunidad de sostener que *“...la distinción entre derechos operativos y derechos programáticos (o derechos establecidos por normas de carácter operativo o programático) no surge de la letra del texto constitucional y que, por ende, es una interpretación, posible pero no necesaria”*. Más aún, indicó que *“...la mejor interpretación posible de la Constitución (“to see it in its best light”, según la afortunada expresión de Dworkin), a la luz, entonces, de los valores y principios que le son subyacentes, pero también a la luz de la particular historia argentina, donde tanto el autoritarismo como las políticas de exclusión social han sido constantes, es la que lleva a no distinguir entre derechos operativos y programáticos (Dworkin, R., *Law’s Empire*, Harvard University Press, 1986, pág. 47)”*, agregando –con cita del Dr. Germán Bidart Campos que *“‘La condescendencia que a veces se quiere tener con las normas programáticas para reputarlas meramente operativas, o liberadas de todo plazo de cumplimiento, o deparadas a la discrecionalidad de los órganos de poder, o exentas de obligatoriedad y aplicabilidad, equivale en mucho a asimilarlas a recomendaciones o consejos destituidos de vigor normativo o, en el mejor caso, a parámetros muy débiles’ (El derecho de la Constitución y su fuerza normativa, Ediar, 1995, pág. 222)”*.

En el mismo precedente, esta Alzada observó que *“...aún aceptando la existencia de normas programáticas, siempre habrá, como también expone Bidart Campos, un ‘contenido mínimo ... que no puede quedar sin efecto ni aplicabilidad mientras su despliegue no es llevado a cabo’ (op. cit. pág. 223)”* (esta Sala in re “Mansilla, María Mercedes c/ GCBA s/ Amparo (art. 14 CCABA), Expte. EXP n° 13817/0, del voto de la mayoría conformada por los Dres. Carlos Balbín y Horacio Corti).

Sentado lo anterior, es dable agregar que –en la concepción de esta Alzada- a los derechos entendidos en la dimensión señalada precedentemente, en virtud de su faz social, se les aplica el principio de progresividad –emanado de las normas internacionales y nacionales- según el cual, los Estados se comprometen a adoptar medidas para lograr progresivamente la plena eficacia de los derechos reconocidos en tales ordenamientos jurídicos. Dicho compromiso encuentra su razón de ser en el hecho de que tales derechos tienen como destinataria a la persona humana *“...y, en consecuencia, requiere del Estado el máximo esfuerzo en los recursos disponibles, con lo cual destierra definitivamente interpretaciones o medidas... que puedan ser consideradas regresivas en la materia”* (Cf. CSJN, sentencia del 17/05/2005, en autos “Sánchez, María del Carmen c. Administración Nacional de la Seguridad Social”, LL 2005-C, 616, del voto del doctor Maqueda).



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Expuesto lo anterior y en lo que se refiere al caso de autos, vale recordar, en primer lugar, que la Constitución consagra el principio de la autonomía individual –artículo 19 de la Constitución Nacional-, esto es, el derecho de cada individuo de elegir libremente y, en particular, materializar su propio plan de vida. Se trata en consecuencia, del reconocimiento de la autodeterminación de las personas, y su fundamento radica en la dignidad y el respeto de la libertad personal.

El principio de autonomía personal *“sirve para determinar el contenido de los derechos individuales básicos, ya que de él se desprende cuáles son los bienes que esos derechos protegen. Tales bienes son las condiciones necesarias para la elección y materialización de ideales personales y los planes de vida basados en ellos: la vida psicobiológica, la integridad corporal y psíquica (...), la libertad de acceso a recursos materiales, (...)”* (NINO, Carlos Santiago, “Fundamentos de Derecho Constitucional”, Ed. Astrea, pág. 167).

Este principio comprende el derecho de no interferencia y el deber del Estado y de los otros de no coartar acciones autónomas. Pero, a su vez, exige comportamientos activos por parte del Estado que hagan posible la inclusión social y, consecuentemente, el goce de los derechos fundamentales. Es decir, y en síntesis, prestaciones negativas y positivas por el Estado.

En efecto, ha señalado este Tribunal que *“el derecho a condiciones mínimas de asistencia e inclusión social es un derecho fundamental que resulta imprescindible para el ejercicio de la autonomía individual (conforme artículo 19 de la Constitución Nacional). Esta autonomía consiste básicamente en la posibilidad de cada individuo de elegir y materializar su propio plan de vida. El Estado no sólo debe abstenerse de interferir en el ejercicio de los derechos individuales sino que tiene, además, el deber inexcusable de realizar prestaciones positivas, de manera que el ejercicio de aquéllos no se torne ilusorio”* (esta Sala, “PÉREZ, VICTOR GUSTAVO Y OTROS C/G.C.B.A. S/AMPARO”, expte. 605 del 26/01/01; en sentido concordante, “BENITEZ, MARIA ROMILDA Y OTROS c/ G.C.B.A. s/ MEDIDA CAUTELAR” Exp. 2069, J. 2, S. 3 del 16/11/01.).

En definitiva, para que la libre elección del plan de vida resulte posible, no es suficiente con la sola abstención, sino que ello requiere prestaciones positivas y activas por parte del Estado.

En tal sentido, el artículo 17 de la CCABA establece el deber de la Ciudad de desarrollar políticas sociales coordinadas para superar las condiciones de pobreza y exclusión mediante recursos presupuestarios, técnicos y humanos. Este deber estatal de reconocimiento y tutela reviste aún mayor relevancia en términos sociales y, particularmente jurídicos, cuando se trata, como en el *sub examine*, de las personas cuya autonomía es menor por razones de edad y, además, exclusión social.

En conclusión, con el objeto de satisfacer ese estándar mínimo de autonomía personal, el estado debe respetar y promover, por mandato constitucional, los derechos sociales de los grupos más vulnerables y de modo preferente.

Cabe insistir que tanto la CCABA como los tratados internacionales con jerarquía constitucional –en especial, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su artículo 2º- exigen que el Estado cumpla con obligaciones de no hacer y de hacer, con ciertos matices.

En este contexto, deben inscribirse las políticas públicas y, entre ellas, las iniciativas legislativas, que tienen por objeto satisfacer ese mandato.

A.4. Conforme los términos expuestos, el derecho a la educación inicial constituye un derecho que, en particular, afecta a los niños y niñas más pequeños y que, como se dijera *ut supra*, requiere la vacante no sólo para acceder a la educación propiamente dicha, sino también para satisfacer sus necesidades más elementales, ya que la escuela se presenta, por un lado, como un lugar de contención cuando los niños no pueden quedar a cargo de sus padres porque estos últimos deben asistir a sus respectivos trabajos; y, por el otro, tal como lo pusiera de resalto el Documento para el Debate de la Ley de Educación Nacional, asume un carácter asistencial y de inclusión social, ya que les provee además una alimentación adecuada durante el tiempo que permanecen en las instituciones educativas.

Las manifestaciones expuestas se encuentran corroboradas por los propios términos constitucionales. En efecto, nótese que el art. 24 de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires no se limita a reconocer el derecho a la educación inicial sino que expresamente impone a la Ciudad “...*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...*”.

A.5. No escapa a criterio de esta Alzada que para garantizar la educación inicial, la demandada debe implementar un determinado programa de acción, que presumiblemente deberá incluir obras de infraestructura que exigen el cumplimiento, incluso, de plazos legales. Empero, no debe perderse de vista que la obligación constitucional que pesa sobre la accionada en cuanto a la materia objeto de esta causa se remonta a más de once años, sin que la situación haya encontrado soluciones efectivas.

Además, la falta de respuesta adecuada no tiene sustento en imposibilidades de origen material (falta de recursos económicos y/o humanos) sino más bien a una cuestionable gestión administrativa. En efecto, tal como lo pusiera de manifiesto el *a quo*, y como se desprende del informe de la Auditoría General de la Ciudad agregado como prueba a fs. 135 y ss., se verificó una subejecución presupuestaria en el área de infraestructura escolar para el año 2003. La prueba señalada a fs. 148 destacó en el apartado “IX. Conclusiones” que “*Del análisis efectuado a la Dirección General de Infraestructura*



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Escolar, Mantenimiento y Equipamiento surgen los siguientes aspectos: sub-ejecución presupuestaria del 63% del crédito vigente". A su vez, el *a quo* destacó que la accionante denunció que la falta de ejecución del presupuesto en infraestructura escolar osciló entre \$ 8.259.611 en el año 2002 y \$ 68.346.979 en el año 2005, sin que tales consideraciones hayan sido refutadas por la Ciudad con anterioridad a la sentencia de grado y, tampoco, motivo de agravios ante esta Alzada.

Este hecho es demostrativo de que la accionada no está cumpliendo con los tratados internacionales que gozan de jerarquía constitucional e imponen la adopción de medidas adecuadas para garantizar los derechos "hasta el máximo de los recursos de que se disponga", tal como lo establece el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Más aún, el Gobierno de la Ciudad sancionó con fecha 29/11/2007 la ley n° 2565 que declara el estado de emergencia de la infraestructura de los establecimientos educativos de gestión estatal. Esta norma fijó expresamente, entre sus objetivos, la necesidad de "Satisfacer la demanda de escolarización, mediante la construcción de nuevas aulas en establecimientos existentes" (art. 3°, inc. c). Puede verse en la citada ley un claro intento por revertir la situación de los menores que no pueden acceder a una vacante en cualquiera de las áreas de educación.

Empero, debe ponerse de resalto que la norma en cuestión no importa una solución definitiva para esta controversia particular, toda vez que la provisión de vacantes implica, además, del espacio físico donde desarrollarse, la adopción de sendas medidas para poner en funcionamiento el sistema educativo en este área determinada (vgr. designación de docentes, entre otras).

Además, la ley n° 2565 no coincide con la totalidad de la manda judicial dispuesta en la instancia de origen, consistente -en términos generales- en asegurar a los niños de entre 45 días y cinco años su acceso a la educación inicial y -más concretamente- en la presentación de sendos informes entre los que se encuentran, no sólo el detalle de las obras a realizar, sino también, las medidas que se adoptarán para asegurar las vacantes a los niños y niñas del nivel inicial de educación; y la forma en que se hará el seguimiento de la situación de los niños que permanecieron en lista de espera durante el ciclo 2007 por no haber encontrado un establecimiento educativo.

En síntesis, no es posible afirmar que tras la sanción de la ley n° 2565 todos los niños de entre 45 días y 5 años hayan podido acceder a una vacante en un establecimiento educativo dependiente de la demandada, circunstancia que constituye justamente el objeto de esta acción.

A.6. Conforme las pautas expuestas y las consideraciones efectuadas, es posible concluir que, ante las irregularidades observadas en el cumplimiento del deber de asegurar

y financiar la educación inicial, el presente amparo es la vía adecuada para obtener el reconocimiento de los derechos de los niños de entre 45 días y 5 años a obtener una vacante en los establecimientos escolares del nivel inicial dependientes de la demandada.

Las restantes cuestiones mencionadas en el memorial no resultan sustanciales a los fines de resolver esta contienda. Al respecto, corresponde puntualizar que –según se ha señalado reiteradamente- el Tribunal no se encuentra obligado a seguir al apelante en todas y cada una de las cuestiones propuestas a consideración de la Alzada, sino tan sólo aquellas que resultan conducentes y esenciales para decidir el caso y bastan para sustentar un pronunciamiento válido (CSJN, *Fallos*, 248:385; 272:225; 297:333; 300:1193, 302:235, entre muchos otros).

B) El juez incurrió en exceso de jurisdicción y trasgredió la zona de reserva de los poderes políticos

B.1. En primer término, es dable recordar que la Ciudad garantiza el sistema republicano y representativo de gobierno, que importa el respeto por el sistema tripartito de poderes, donde cada uno de ellos tiene asignadas ciertas competencias que no pueden ser ejercidas por los otros poderes.

Así pues, *“En el sistema de la república democrática, la separación de poderes fue dispuesta para controlar el poder, posibilitar la libertad y garantizar los derechos de las personas”* (GELLI, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada*, 2º edición ampliada y actualizada, LL, 2003, pág. 20). Más aún, *“Cuando Montesquieu elaboró su doctrina de la separación de poderes... Lo que hizo fue atribuir las funciones básicas de gobierno -legislar, ejecutar y juzgar- a tres órganos diferentes cada uno de los cuales ejercería una de esas funciones. Fundamentó su concepción en que el ejercicio del poder era una garantía de la libertad de los individuos. Ella se vería resentida si todas las funciones fueran cumplidas por una misma persona o un mismo cuerpo”* (cf. Stoller, Enrique Alberto, *“¿Adiós a la doctrina de Montesquieu? La separación de los poderes en la República Argentina”*, LLNOA, 1998, 1171).

Vale recordar que *“Pacífico es el concepto que el rasgo esencial del estado constitucional es la limitación y el control del poder por medio de la división del mismo, creándose un sistema de frenos y contrapesos cuyo objetivo es que cada órgano gubernativo se desempeñe dentro de su respectiva órbita constitucional en forma independiente pero coordinada. Como es sabido, esta fragmentación del poder está destinada a preservar el goce de la libertad de los habitantes y la plenitud de sus derechos constitucionales. La fiscalización que cada uno de los órganos del gobierno ejerce con respecto a los otros es la característica distintiva del principio de división de poderes, que*



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

dentro del estado constitucional argentino, de acuerdo al art. 104, C.N., queda reflejado en un gobierno nacional de poderes delegados, determinados y definidos” (SALVADORES DE ARZUAGA, Carlos y AMAYA, Jorge, “La Corte y la división de poderes”, LL, 1992-E, 825).

Por su parte, nuestro más Alto Tribunal sostuvo desde sus comienzos la trascendencia de este principio constitucional al señalar que *“...siendo un principio fundamental de nuestro sistema político la división del gobierno en tres grandes departamentos,...independientes y soberanos en su esfera, se sigue forzosamente que las atribuciones de cada uno le son peculiares y exclusivas; pues el uso concurrente o común de ellas harían necesariamente desaparecer la línea de separación entre los tres altos poderes políticos, y destruiría la base de nuestro sistema de gobierno” (CSJN, “Ramón Ríos y otros”, t. 1, pág. 36/37, año 1863).*

Empero, la misma Corte reconoció que *“La división de poderes no debe interpretarse en términos que equivalgan al desmembramiento del Estado, de modo que cada uno de sus departamentos actúe aisladamente, en detrimento de la unidad nacional, a la que interesa no sólo la integración de las provincias y la Nación, sino también el armonioso desenvolvimiento de los Poderes nacionales” (CSJN, “Peralta Luis A. y otro c/ Estado Nacional (Ministerio de Economía –Banco central-), LL, 1991-C, 158).*

B.2. Sentado lo anterior y en segundo lugar, debe recordarse que la sentencia tiene una doble función: por un lado, institucional y, por el otro, procesal. Así pues, *“La misión institucional consiste en que la resolución final es el (superlativo) modo de actuación de la jurisdicción, de uno de los poderes del Estado, el Judicial, con el significado y alcance que emana de la Constitución Nacional...En su acepción procesal, es el acto del juzgador que en los procesos de conocimiento exhaustivo decide la contienda judicial y crea el título ejecutivo; en los procesos de ejecución, decide sobre la procedencia o improcedencia de las pretensiones con el alcance que corresponde a cada tipo de proceso” (cf. COLOMBO, Carlos J. y KIPER, Claudio M., t. II, La Ley, Argentina, 2006, pág. 143).*

La finalidad de la sentencia es resolver la materia litigiosa respetando el principio de congruencia y de acuerdo con las probanzas de la causa; es decir, conforme los hechos probados y el derecho aplicable. Es con tal sustento que *“Debe reputarse inválida la sentencia si padece de errores, omisiones, desaciertos y carece de fundamentación fáctica y legal. Ello ocurre si el fallo, en su parte dispositiva, no determina en qué consiste la condena, sino sólo la especie de que se compone, por lo cual omite pronunciarla de modo expreso, positivo y preciso; y, además, se describe al conflicto con una excesiva generalización e indeterminación, que lo torna insubstancial (cf. CNACom., sala D, 26/10/1995, “Alí Galli, Jorge F. y otro c. Asociación Civil para el personal jerárquico profesional y técnico del Banco de la Nación”, LL, 1996-E, 194).*

Más aún, la mayoría del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad señaló que la indeterminación del modo de cumplimiento de la sentencia acarrea su invalidez como acto jurisdiccional y agregó que, incluso, dejar librado a la parte vencida algún aspecto de la resolución, como puede ser la oportunidad, sólo se justifica en algunos supuestos (énfasis agregado, cf. “GCBA s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en “Panza, Angel R. C/ GCBA s/ Amparo (art. 14, CCABA”, sentencia del 23 de mayo de 2006, del voto del Dr. Luis Lozano).

Conforme la doctrina del precedente citado y más allá de la opinión de los suscriptos, el fallo no puede dejar de determinar expresamente la forma en que la manda judicial deberá ser ejecutada.

En este sentido, el Máximo Tribunal local señaló que “...*las sentencias deben cumplir las exigencias previstas en el art. 12 —incs. b y c)— de la ley 16.986, según el cual el pronunciamiento que admita la acción de amparo deberá contener ‘(...) [l]a determinación precisa de la conducta a cumplir, con las especificaciones necesarias para su debida ejecución (...) e indicar (...) el plazo para el cumplimiento de lo resuelto’.* No se trata de negar la viabilidad de los procesos dirigidos a hacer cesar la inactividad material de las autoridades, sino de rechazar la validez de sentencias que se limitan a declarar en general la vinculación del estado a la ley, sin resolver realmente la controversia mediante la indicación clara de las conductas debidas. (...) *Las consecuencias de esta particular especie (...) de [las] sentencias [que incumplen este requisito], no son menores. En primer término, desde un punto de vista conceptual, ellas no se condicen con los términos del art. 106 de la CCBA. Pero además, en la práctica están destinadas a generar un importante menoscabo en las reglas que gobiernan los procesos, especialmente en relación con el derecho de defensa. Ello así, por cuanto se difiere a la etapa de ejecución de sentencia la determinación del contenido efectivo del mandato que no viene explicitado por el pronunciamiento de cuya ejecución se trata, en un marco que no admite un debate pleno e incluso podría generar la imposición de sanciones conminatorias por un aparente incumplimiento que el condenado no estuvo en condiciones reales de evitar porque nunca se especificó en qué consistía el deber o conducta incumplido*” (cf. TSJCABA, “Pons, Sandra C. y otros c/ GCBA s/amparo (art. 14, CCABA)”, Expte. N° 3097/04, sentencia del 16 de diciembre de 2004)

En consecuencia, cabe concluir que la sentencia de grado estableció de modo claro y razonable la forma en que la Administración deberá cumplir con sus deberes. Más aún, la sentencia de grado no impone específicamente, por ejemplo, la construcción de un número de escuelas para paliar la situación de déficit de vacantes del nivel inicial, sino que se limita a exigir la presentación de informes donde la demandada exprese las obras de infraestructura que tiene en ejecución o programadas y que ya fueron informadas en esta causa (punto 2.a. y 2.b.). Asimismo, dejó librado a criterio de la accionada la forma en que



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

asegurará las vacantes para el próximo ciclo lectivo, limitándose a requerir el informe con las medidas que adoptará a tal fin (punto 2.c).

A esta altura debe recordarse que la doctrina de la Corte Suprema ha señalado que cada poder "*dentro de los límites de su competencia, obra con independencia de los otros dos en cuanto a la oportunidad y extensión de las medidas que adopta y a los hechos y circunstancias que la determinan*" (CSJN, Fallos, 243:513).

Es por las argumentaciones vertidas que el agravio esgrimido por la demandada referido a la violación de la zona de reserva administrativa y legislativa por parte del magistrado de grado debe ser rechazado.

C) La sentencia es infundada y arbitraria

Sostiene la apelante que la sentencia "*...resulta arbitraria e infundada, en razón de que se ha condenado sin causa al GCBA, toda vez que se le ordena hacer lo que ha hecho y lo que viene haciendo. No hay omisión violatoria del art. 24 de la CCABA*" (fs. 1349 vta.).

Debe recordarse que, según la letra de la Corte Suprema en el caso "Rey", serán arbitrarias aquellas sentencias que estén "*desprovistas de todo apoyo, fundadas tan sólo en la voluntad de los jueces*" (Fallos: 112:384).

El desarrollo efectuado acerca del derecho a la educación inicial con sustento en sendas normas de distinta índole (federal, internacional y local) y en relación con la prueba agregada a la causa, resulta suficiente para acreditar que la sentencia no es infundada ni arbitraria.

No resulta razonable sostener -como ha hecho la recurrente- que la sentencia ordena hacer lo que ya ha hecho, toda vez que ello implica desconocer que en la especie ha quedado acreditado que aproximadamente ocho mil menores de entre 45 días y 5 años no han tenido acceso al nivel de educación inicial, en una clara inobservancia del plexo normativo que regula la materia objeto de esta acción.

Más aún, es justamente el agravio que nos ocupa el que se manifiesta como infundado, ya que no se adecua a las constancias de la causa que, además, han sido -en una gran mayoría- acompañadas por la propia quejosa.

VI.- Queja relacionada con la imposición de las costas

Respecto del agravio planteado por el GCBA en cuanto a la imposición de las costas de la primera instancia, es dable recordar que la gratuidad del amparo se refiere sólo al actor, salvo que se haya declarado temeraria y/o maliciosa su conducta, circunstancia que no se verifica en la especie. Además, la ausencia de contenido patrimonial de la pretensión amparista no alcanzan para desvirtuar los claros términos que surgen del art. 14 de la Constitución local.

En efecto, el cuarto párrafo del artículo 14 C.C.A.B.A. dispone que el accionante está exento de costas, salvo temeridad o malicia. Dado que el precepto se refiere claramente sólo al actor y no a las partes, la exención dispuesta por la norma alcanza únicamente al amparista y no puede extenderse a su contraparte, quien, en caso de resultar vencida, debe cargar con las costas pertinentes conforme a las normas generales contenidas en el Código Contencioso Administrativo y Tributario, aplicables al amparo en virtud de la supletoriedad dispuesta por el art. 17 de la ley 16.986 (esta Sala, in re “J.C. Taxi S.R.L. c/ G.C.B.A. s/ Amparo”, pronunciamiento del 4/12/00; “Fundación Mujeres en Igualdad c/ G.C.B.A. s/ Amparo”, pronunciamiento del 12/12/00; Sala II, in re “Pujato”, ya citado).

Del mismo modo deberá hacerlo el actor, siempre que resulte vencido y en la sentencia se declare que su conducta fue temeraria y/o maliciosa (conf. art. 14 C.C.A.B.A., ya citado).

En consecuencia, la imposición de costas efectuada en la instancia de grado resulta ajustada a derecho, en la medida en que se adecua a las consecuencias del principio objetivo de la derrota receptado por el art. 62 CCAyT, aplicable al caso en función de la supletoriedad establecida en el art. 17, ley 16.986.

Las costas de la Alzada se imponen a la actora vencida en virtud de los mismos argumentos (art. 14, CCABA; art. 17, ley 16.986 y art. 62, CCAyT).

VII.- Queja sobre el monto de los honorarios

Ponderando la naturaleza y complejidad del proceso, el resultado obtenido, las etapas procesales cumplidas y el mérito de la labor profesional desarrollada —apreciada por su calidad, eficacia y extensión— teniendo en cuenta que la apelación interpuesta por el profesional beneficiario fue declarada extemporánea (cfr. fs. 1358, circunstancia que limita las facultades de revisión de esta alzada), toda vez que el monto de los honorarios regulados en la instancia de grado al Dr. Martín Sigal, en su carácter de letrado patrocinante de la parte actora no resulta elevado, sólo cabe su confirmación en esta instancia (arts. 6, 36 y cctes., ley 21.839, modificada por ley 24.432).

Por la actuación ante la cámara régulanse los honorarios del mencionado letrado en la suma de pesos seiscientos (\$ 600.-) (art. 14, ley 21.839, modificada por ley 24.432).

DISIDENCIA DEL DR. ESTEBAN CENTANARO:

I.- Adhiero al relato de los hechos y constancias de la causa reseñadas en el considerando I y II del voto que antecede. Asimismo, comparto la decisión adoptada en el apartado III y los argumentos en torno a la procedencia formal de esta acción analizados en el punto IV.

Empero, respecto de la decisión de fondo, entiendo que corresponde analizar la cuestión a la luz de la normativa actualmente vigente en la Ciudad. Al respecto, cabe



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

mencionar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido reiteradamente que “...en el juicio de amparo corresponde atenerse a la situación existente en el momento en que se resuelve...” (Fallos, 295:269, y la misma doctrina estableció en Fallos, 247:469; 253:347, entre muchos otros).

II.- Así pues, debe tenerse presente que la Legislatura local sancionó la ley n° 2565 que en su art. 1° declara “...la emergencia de la infraestructura de los establecimientos educativos de gestión estatal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, hasta el 31 de diciembre de 2008, con el objeto de garantizar la seguridad y el desarrollo normal de las actividades de los alumnos, personal docentes y auxiliar de los establecimientos escolares en todas sus modalidades y niveles”.

Por su parte, el art. 3° fija los objetivos a los que propende la norma, esto es, “a) Reestablecer la seguridad y las condiciones de habitabilidad de los edificios escolares. b) Garantizar el suministro de los servicios básicos de electricidad, gas, agua y sanitarios a dichos establecimientos. c) Satisfacer la demanda de escolarización mediante la construcción de nuevas aulas en establecimientos existentes”.

Para el fin indicado, la ley prevé que se afectará hasta el 50% del presupuesto de inversiones previsto para la Dirección General de Infraestructura y Equipamiento de la Subsecretaría de Coordinación, Recursos y Acción Comunitaria del Ministerio de Educación, para la realización de las obras necesarias durante el estado de emergencia. A su vez, el art. 9° crea un procedimiento licitatorio público de excepción que fija plazos más breves cuando las obras no superen el monto de pesos tres millones (\$ 3.000.000) y el art. 10° hace lo propio respecto a las licitaciones privadas y las contrataciones directas.

III.- Como puede observarse, la ley n° 2565 da cumplimiento expreso a la sentencia apelada, toda vez que obliga a la demandada a construir las aulas necesarias para “satisfacer la demanda de escolarización” que constituye el objeto de esta causa.

Asimismo, dicho objetivo -conforme los términos expuestos de la norma- deberá ser alcanzado en forma previa al 31 de diciembre de 2008, plazo, que a criterio del suscripto, resulta razonable, ya que la construcción de la infraestructura necesaria para garantizar el derecho de los menores a la educación en todas sus modalidades no es una tarea que pueda ser resuelta en exiguos plazos. En efecto, no sólo deben llevarse a cabo las obras (construcciones) sino que además, deben llevarse a cabo los procesos de licitación.

IV.- En síntesis, la nueva legislación imperante tornó abstracta la cuestión sometida a conocimiento de esta Alzada y, por ello, así debe declararse la cuestión.

Las costas se imponen igualmente a la demandada toda vez que la decisión que se adopta se debió a un cambio legislativo y no a su actitud diligente en el cumplimiento de sus deberes constitucionales (art. 14, CCABA y 62, CCAyT).

Por todo lo expuesto y oída la señora Fiscal de Cámara, el Tribunal **RESUELVE:**

1) Rechazar el recurso de apelación interpuesto por la accionada y, en consecuencia, confirmar la sentencia de grado en todo cuanto decide. 2) Con costas de la Alzada a la vencida en virtud del principio objetivo de la derrota (art. 14, CCABA; art. 17, ley 16.986 y art. 62, CCAyT). 3) Confirmar los honorarios regulados en la instancia de grado, por los fundamentos expuestos *ut supra* (consid. VII). 4) Regular los honorarios del letrado patrocinante de la parte actora, por la actuación cumplida ante esta alzada, en la suma de pesos seiscientos (\$ 600.-) (conf. art. 14, ley 21.839, modificada por ley 24.432).

Regístrese. Notifíquese por Secretaría y a la señora Fiscal de Cámara en su despacho. Oportunamente, devuélvase.

Dr. Carlos F. Balbín

Horacio G. Corti

Dr. Esteban Centanaro