



**“G. N. M. F. CONTRA GCBA y otros SOBREINCIDENTE DE APELACIÓN”
Expte N°: A36-2014/1**

Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 19 de junio de 2014.

Y VISTOS; CONSIDERANDO:

1. Que, a fs. 39/41 vta., el Sr. juez de grado admitió la medida cautelar peticionada por la parte actora y, en consecuencia, ordenó al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires (en adelante, GCBA) que arbitrarse “...*los medios necesarios a fin de otorgar a L. B. R. G. (...) una vacante en sala de dos (2) años en alguno de los establecimientos educativos seleccionados por la actora en el período de preinscripción o, en caso de imposible cumplimiento, lleve a cabo las medidas pertinentes para asegurar tal vacante en alguna institución de todo el sistema educativo*” (confr. fs. 41).

Para así decidir, tras reseñar los antecedentes del caso y en lo sustancial, adujo que “...*si bien la educación resulta obligatoria desde los cinco (5) años de edad y hasta completar, como mínimo, los trece (13) años de escolaridad (cfme. art. 24 de la CCABA y art. 1° de la ley 898), lo cierto es que **ello no exime al estado de la Ciudad de Buenos Aires de la responsabilidad indelegable que le impone la constitución de asegurar y financiar la educación pública, estatal, laica y gratuita a partir de los 45 días de vida, más allá del carácter facultativo del aprovechamiento de tal servicio por parte de la ciudadanía***” (confr. fs. 41, el destacado pertenece al original).

2. Que, a fs. 71/80 vta., el GCBA apeló esa decisión.

En primer término, el recurrente objetó el pronunciamiento por cuanto el Sr. juez de grado dictó una medida cautelar de carácter “autosatisfactiva” sin oír en forma previa a su parte, proceder que -a su juicio- sería conculcatorio de la garantía constitucional al debido proceso.

Cuestionó, luego, que: *a)* la medida cautelar atenta contra el cumplimiento de la obligación de la normativa en la que se prevé el orden de prioridades para la asignación de vacantes; *b)* cumplir con la medida adoptada implicaría violar el régimen establecido para la asignación de vacantes conculcando el derecho de otros miembros de la comunidad; *c)* el *a quo* invadió competencias propias de la Administración, atentando contra el mecanismo de frenos y contrapesos sobre el cual se asienta el sistema republicano de gobierno.

3. Que la parte actora no contestó el traslado de los fundamentos de su contraria.

A fs. 94/96 vta. contestó la vista conferida el Sr. asesor tutelar ante la Cámara.

4. Que en cuanto a los requisitos para la concesión de medidas como la peticionada, en el artículo 15 de la ley N°2145 se exige que el derecho alegado resulte verosímil como así también que exista peligro en la demora. A estos requisitos,

en la norma señalada se añade la ponderación del interés público comprometido y la contracautela.

En lo que respecta al primer recaudo, esto es, la verosimilitud en el derecho, ha dicho reiteradamente el Alto Tribunal que su configuración no exige un examen de certeza del derecho invocado sino tan sólo de su apariencia (Fallos: 330:5226, por todos). Es más, el juicio de certeza contradice la propia naturaleza del instituto cautelar que se desenvuelve en el plano de lo hipotético.

Con relación al peligro en la demora, esta sala entendió que el examen de su concurrencia requiere una apreciación atenta de la realidad comprometida, con el objeto de establecer si las secuelas que se pudieran llegar a producir durante el transcurso del proceso generan un efecto en mayor medida nocivo que su resguardo (esta sala, *in re* “Gamondes, María Rosa”, expediente N°28.840/1, del 13/06/08). Estos aspectos deben ponderarse sobre bases concretas con la proyección que el reconocimiento cautelar tiene en el interés colectivo.

5. Que reseñado como quedó el asunto, en primer término, cabe considerar el argumento relativo a la naturaleza de la medida dictada. Según el apelante, se trataría de una “autosatisfactiva” y, a tenor de ello, la decisión del *a quo* resultaría lesiva del debido proceso al decretarse sin previa sustanciación.

Sobre este punto, el recurrente confunde las denominadas medidas autosatisfactivas (las que, según caracterizaciones doctrinarias y jurisprudenciales, extinguen el objeto del proceso con su concesión) con las innovativas, las cuales se encuentran expresamente previstas en el artículo 177 del CCAyT, al disponerse que las “...medidas cautelares son todas aquellas que tienen por objeto garantizar los efectos del proceso, incluso aquellas de contenido positivo...” (el subrayado es del tribunal).

En estos términos, es propio de las medidas positivas constituir un anticipo de jurisdicción que, si bien altera una situación de hecho existente, no agota, como sucede con las “autosatisfactivas”, el objeto del pleito. Precisamente, por sus alcances, la CSJN ha calificado, en forma invariable, a este tipo de decisiones como de procedencia excepcional (Fallos: 331:466, entre otros).

De este modo, la medida cautelar decretada por el magistrado de grado, al disponer la asignación de una vacante escolar en las condiciones en las que lo hizo, se advierte como una manda innovativa, que no extingue con su dictado los términos del proceso.

6. Que, superado el primer cuestionamiento, corresponde ingresar en el análisis del aspecto sustancial sobre el que el *a quo* basó su decisión, cual es el alcance del deber del Estado de prestar educación, gratuita, a los niños menores de los 5 (cinco) años de edad (v. considerando 1°).

En lo que atañe al examen que es propio de una medida de esta naturaleza, cabe señalar que en el Título Segundo -Políticas Especiales-, Capítulo Tercero -Educación-, artículo 24, de la Constitución de la Ciudad se dispone, en su parte respectiva, que “[l]a 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” (el subrayado es del tribunal).

Asimismo, es preciso recordar que, a nivel nacional, se establece que la obligatoriedad escolar en todo el país se extiende desde la edad de 5 (cinco) años



**“G. N. M. F. CONTRA GCBA y otros SOBRE INCIDENTE DE APELACIÓN”
Expte N°: A36-2014/1**

hasta la finalización de la educación secundaria (confr. art. 16, ley N°26.206 -Ley Nacional de Educación-). En similares términos, en esta jurisdicción, se ha regulado “...*la obligatoriedad de la educación hasta la finalización del nivel medio, en todas sus modalidades y orientaciones. La obligatoriedad comienza desde los cinco (5) años de edad y se extiende como mínimo hasta completar los trece (13) años de escolaridad*” (confr. art. 1°, ley N°898).

A partir de la reseña efectuada, en este estado liminar del proceso, cabe inferir que el Estado local habría asumido, en forma indelegable, la responsabilidad de asegurar y financiar la educación pública a partir de los 45 (cuarenta y cinco) días de vida y hasta el nivel superior. Sobre estas bases, corresponde recordar que según la inveterada línea jurisprudencial del Alto Tribunal la primera regla de interpretación es dar pleno efecto a la intención del legislador y la primera fuente para determinar esa voluntad es la letra de la ley, cuyas palabras deben ser comprendidas en el sentido más obvio del entendimiento común, sin que quepa que por la labor hermenéutica se neutralicen sus alcances (Fallos: 321:1614, entre otros).

En estas condiciones, resultaría, en principio, del tenor literal de las normas transcriptas que el Gobierno de la Ciudad tendría un deber jurídico concreto (indelegable, en palabras de la Constitución de la Ciudad) de establecer y financiar un sistema educativo a partir de los cuarenta y cinco días de vida. En otros términos, el deber constitucional del GCBA consistiría en garantizar, con los medios de que disponga, el derecho que la Constitución reconoce a partir de esa edad.

De ahí que, *prima facie*, cuando en la Constitución se alude a que la instrucción es obligatoria desde los cinco años de edad, en un enfoque inicial del asunto, ese precepto parece estar consagrando un “derecho-deber” dirigido a su titular, esto es, el habitante (o más precisamente a sus representantes). Otro parecer, dejaría carente de sentido al texto constitucional, pues, se advierte -aun en este estado larval del proceso- que una interpretación distinta implicaría -a la postre- anular su preceptiva y vigencia, sin que existiese, en consecuencia, un umbral mínimo de exigibilidad.

Tal conclusión, realizada con el grado de provisoriedad propio de las medidas de esta naturaleza, no significa que la cláusula constitucional no se encuentre sujeta a una razonable reglamentación, pero ella no podría conducir a sustraer de todo contenido al mandato del constituyente.

7. Que, en la medida en que el aspecto central sobre el que recayó la decisión apelada no fue objeto de crítica concreta y razonada, siendo que ello era necesario para alterar la postura adoptada por el magistrado de grado, los restantes agravios introducidos por el recurrente deben ceder ante lo que, en el estado de cosas descripto, importa el núcleo de la cuestión puesta en debate. Ello así, claro está, sin perjuicio de lo que pudiera resolverse en la oportunidad de dictar sentencia definitiva, en la que ya debería contarse con mayores elementos de convicción como para arribar a una solución acorde con la sustancia de los derechos que se pretenden hacer valer y con

las obligaciones que, como correlato, ellos traen aparejadas para las partes involucradas en el asunto.

8. Que, por lo demás, el argumento relativo a la zona de reserva de la Administración no puede prosperar por cuanto el recurso se apoya en circunstancias dogmáticas que no logran comprobar el agravio constitucional invocado (esta sala, *in re* “Hilaria”, del 09/03/12, entre muchos otros).

Por todo lo expuesto, el tribunal **RESUELVE:** rechazar el recurso de apelación interpuesto y, en consecuencia, confirmar la decisión de grado.

Regístrese, notifíquese por secretaría y al Sr. asesor tutelar ante la Cámara en su despacho. Oportunamente, devuélvase.

Dr. Esteban Centanaro
Juez de Cámara
Contencioso, Administrativo y Tributario
de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Mabel Daniele
Jueza de Cámara
Contencioso, Administrativo y Tributario
de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Fernando E. Juan Lima
Juez de Cámara
Contencioso, Administrativo y Tributario
de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires