

Accion De Amparo Derecho A La Educacion Asignacion De Vacantes

JURISPRUDENCIA

Ciudad Autónoma de Buenos Aires, de

febrero de 2014. I. Vistos y Considerando: 1. A fojas 1/13 se presentan P. V. M. y D. R. M., ambos por derecho propio y en representación de su hija M. M. M., con el patrocinio del Defensor Oficial CAyT n° 6 Javier Indalecio Barraza, e interponen acción de amparo contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires a fin de requerir el resguardo de sus derechos constitucionales, en particular a la educación, como consecuencia del actuar de la demandada ?al que califican de ilegal y arbitrario- que le niega a la niña el acceso a una institución educativa que considere las necesidades del grupo familiar. Requieren que la demandada le asigne una vacante a su hija M. en la sala de 2 años, nivel inicial, del Jardín n° 2 DE n° 3 Mane Bernardo, para el turno de 8:45 horas a 15:15 horas (jornada completa). Manifiestan que el 05/11/2013 inscribieron a la niña mediante el sistema on line en dicha institución como única opción, lo cual quedó asentado bajo el registro n° 96.590. Posteriormente, el 09/12/2013 corroboraron que ya se habían realizado las asignaciones de vacantes y que el GCBA les informó vía correo electrónico que ?... lamentablemente no podemos asignarte una vacante en este momento?, frente lo cual efectuaron el reclamo n° ... Indican que el 16/12/2013 recibieron mediante correo electrónico la bienvenida al Jardín de Infantes A Daniel de la Sierra, el cual nunca fue solicitado y excede ampliamente el radio del domicilio laboral previsto en la normativa aplicable para la asignación de vacantes. Ello, pese a que cumplen con las exigencias reglamentarias para acceder de modo prioritario a la vacante que aspiran en el Jardín n° 2 Mane Bernardo. Precisan que toda vez que D. R. tiene su domicilio laboral a dos cuadras del Jardín solicitado y P. cursa sus estudios en la Facultad de Ciencias de la Comunicación de la Universidad de Buenos Aires, la elección de la institución escolar no obedece a un capricho sino a la necesidad de encontrarse cerca de su hija frente a cualquier eventualidad. Por lo expuesto solicitan como medida cautelar, se asigne a la niña M. M. M. una vacante en el Jardín n° 2 DE n° 3, Mane Bernardo, nivel inicial, sala de 2 años, jornada completa de 8:45 horas a 15:15 horas. Ello bajo condiciones adecuadas de salubridad, seguridad, higiene, iluminación, ventilación, pluralidad y recreación. Fundan en derecho, citan normativa y jurisprudencia que consideran aplicables al sub lite. Ofrecen prueba, efectúan reserva del caso constitucional, federal y supranacional y finalmente a fojas 16/31 acompañan. 2. A fojas 33/34 la Asesora Tutelar n° 1 manifiesta que ya ha tomado intervención en representación de los derechos de incidencia colectiva de los niños y niñas de la Ciudad que se encuentran en edad de concurrir al nivel inicial y que carecen de vacantes en los establecimientos públicos del GCBA en los autos ?Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia c/ GCBA s/ amparo?, expediente n° 23.360/0, en trámite por ante el Juzgado de Primera Instancia en lo CAyT n° 3. Indica que en dicho expediente las partes celebraron ante el TSJ un acuerdo con el objeto de concretar una política pública que garantice la existencia de vacantes suficientes en el nivel inicial. Agrega que en dicho acuerdo el GCBA se comprometió a llevar adelante acciones para absorber progresivamente la demanda insatisfecha. En lo que atañe a su ejecución, señala que está a cargo del referido juzgado y que se ha creado una ?Mesa de Trabajo? en la que participan la ACIJ, el GCBA y la Asesoría a los efectos de monitorear el cumplimiento de los compromisos asumidos en el acuerdo. Entiende que la concesión de la medida cautelar requerida en estos autos podría afectar la asignación de vacantes y prioridades que se establezcan en la ejecución del expediente colectivo, ??toda vez que es allí donde se establece el orden de prioridad en la asignación de vacantes junto con lo previsto en la normativa vigente?. Así las cosas, concluye que toda vez que no se halla acreditado que la niña M. reúna los requisitos para ingresar a la institución pretendida por sus padres, la vacante deberá asignarse en función a la generación y disponibilidad de vacantes que se vayan creando e informando en las actuaciones ut supra mencionadas. 3. A foja 35 el tribunal desestima la configuración de un supuesto de desplazamiento de la competencia por entender que la decisión cautelar que pudiera tomarse en las presentes actuaciones en nada interfieren con la ejecución del convenio acordado en el amparo colectivo denunciado por la Asesoría Tutelar. Y pasa a resolver la pretensión cautelar. 4. Requisitos de procedencia de las medidas cautelares. Previo a adentrarse al análisis de la pretensión ad cautelam es necesario recordar los requisitos de procedencia de este tipo de medidas. La Corte Suprema de la Nación tiene dicho que ?la finalidad del proceso cautelar consiste en asegurar la eficacia práctica de la sentencia que debe recaer en un proceso, y la fundabilidad de la pretensión que constituye su objeto no depende de un conocimiento exhaustivo y profundo de la materia controvertida en el proceso principal sino de un análisis de mera probabilidad acerca de la existencia del derecho discutido?(1). En el análisis de esta clase de medidas es menester partir de la base de que ésta debe significar un anticipo asegurativo de la garantía jurisdiccional. De allí que, dadas las características del procedimiento solicitado ad cautelam, no puede pretenderse más que un somero conocimiento de la materia controvertida, encaminado a obtener un pronunciamiento de mera probabilidad acerca de la existencia del derecho discutido. La adopción de la vía cautelar se adelanta así en el tiempo, dentro de este reducido marco cognitivo, al análisis que comparativamente

se llevará a cabo en la sentencia que resuelva sobre el fondo de la cuestión litigiosa. Para su procedencia, la doctrina procesalista, ha exigido tradicionalmente la concurrencia de tres recaudos, a saber, la verosimilitud del derecho invocado, el peligro en la demora -que constituyen los requisitos específicos de fundabilidad de la pretensión cautelar- y la contracautela. Por su parte, la ley de amparo de la Ciudad de Buenos Aires n° 2.145 ha recogido expresamente en su artículo 15 los requisitos de admisibilidad de las medidas cautelares exigiendo la acreditación simultánea de los presupuestos de: a) verosimilitud del derecho, b) peligro en la demora, c) no frustración del interés público y d) contracautela, los cuales son aquellos que la doctrina administrativista ha venido plasmando. Es decir que la procedencia de la medida se halla condicionada a la verificación de los presupuestos enunciados en los puntos a) y b) relacionados de manera tal que cuando existe el riesgo de un daño extremo la exigencia respecto del *fumus* puede atemperarse y sopesados con respecto a los perjuicios que la concesión de la medida cautelar pudiere aparejar frente al interés público en juego(2). Asimismo, la factibilidad de abocarse al tratamiento de la medida resulta de aplicar un criterio amplio impuesto por el legislador al hablar en el mencionado artículo de un "perjuicio inminente o irreparable" lo que denota que el peticionario deberá demostrar *prima facie* la concurrencia de una u otra situación. La verosimilitud del derecho o "*fumus bonis iuris*", constituye una posibilidad de existencia del derecho sustancial invocado por la parte, que debe reunir cierta apariencia de buen derecho. Su comprobación debe presentarse en forma tal que, analizando los hechos referidos, la documentación y las particularidades de cada caso(3) y de conformidad con un cálculo de probabilidades, sea factible prever que en el proceso principal puede declararse la certeza de ese derecho. No se trata de exigir, a los fines de esa comprobación, una prueba plena y concluyente, en tanto ello será materia de la discusión principal del proceso. Empero es necesario como mínimo cierta acreditación(4). La exigencia del requisito del peligro en la demora como presupuesto de una medida como la solicitada responde a la necesidad de demostrar que a través de la pretensión cautelar se intenta impedir que el derecho cuyo reconocimiento se intenta obtener a través del proceso, pierda su virtualidad o eficacia durante el lapso que transcurre entre su iniciación y el pronunciamiento de la sentencia definitiva. Éste exige evidenciar que la tutela jurídica que la parte actora aguarda de la sentencia definitiva pueda llegar a resultar inútil por el transcurso del tiempo, configurándose un daño irreparable al actor cuyo derecho sea eventualmente reconocido(5). La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha expresado en tal sentido que es necesario "una apreciación atenta de la realidad comprometida, con el objeto de establecer cabalmente si las secuelas que lleguen a producir los hechos que se pretenden evitar pueden restar eficacia al reconocimiento del derecho en juego, operado por una posterior sentencia"(6). En torno a la no frustración del interés público, éste constituye la medida y el límite con que estas providencias han de ser decretadas. Es decir, debe meritarse, en cada caso, si su dictado resulta menos dañoso para la comunidad que su rechazo de consuno con la aplicación analógica de la norma contenida en el artículo 189 CCAyT. Finalmente, en lo que a la contracautela se refiere, corresponde señalar que "su objeto es asegurar los eventuales daños que pudiesen derivar de la obtención de la medida"(7). Es con tal mirada entonces que se abordará seguidamente si se configuran en autos los extremos requeridos, tanto por la doctrina procesal como por la normativa vigente para la procedencia de la petición ad cautelam.

5. Sustento normativo. Ello así, corresponde reseñar la normativa aplicable a la situación jurídica del sub lite.

5.1. La Constitución Nacional reconoce en su artículo 14 el derecho de "enseñar y aprender" a todo habitante de la Nación. Asimismo, en su artículo 75, inc. 22, incorpora con jerarquía constitucional diversos pactos internacionales de derechos humanos que estipulan lineamientos en la materia. Ellos son: la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención sobre Derechos del Niño y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en su artículo 12 establece que "Toda persona tiene derecho a la educación, la que debe estar inspirada en los principios de libertad, moralidad y solidaridad humanas". La Declaración Universal de los Derechos Humanos en sus artículos 26.1 y 26.2 estipula que "Toda persona tiene derecho a la educación" y que "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". El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su artículo 13 prevé que "Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la educación" y 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". La Convención sobre Derechos del Niño en su artículo 28 reconoce "el derecho del niño a la educación" y establece qué deberán hacer los Estados Partes para que se pueda ejercer progresivamente y en condiciones de igualdad de oportunidades ese derecho. Y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en el artículo 24 estipula que "Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado".

5.2. Por su parte, la Constitución de la Ciudad en su artículo 23 prevé que "La Ciudad reconoce y garantiza un sistema educativo inspirado en los principios de la libertad, la ética y la

solidaridad, tendiente a un desarrollo integral de la persona en una sociedad justa y democrática. Asegura la igualdad de oportunidades y posibilidades para el acceso, permanencia, reinserción y egreso del sistema educativo. Respeta el derecho individual de los educandos, de los padres o tutores, a la elección de la orientación educativa según sus convicciones y preferencias. Promueve el más alto nivel de calidad de la enseñanza y asegura políticas sociales complementarias que posibiliten el efectivo ejercicio de aquellos derechos?. Asimismo, en su artículo 24 establece 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?. Por último, cabe señalar que su artículo 39 estipula que ?La Ciudad reconoce a los niños, niñas y adolescentes como sujetos activos de sus derechos, les garantiza su protección integral y deben ser informados, consultados y escuchados. Se respeta su intimidad y privacidad. Cuando se hallen afectados o amenazados pueden por sí requerir intervención de los organismos competentes?. Asimismo, otorga prioridad dentro de las políticas públicas a las destinadas a las niñas, niños y adolescentes.

5.3. La ley nacional de educación n° 26.206(8) en su artículo 17 reconoce a la educación inicial como uno de los cuatro niveles educativos, mientras que en su artículo 18 dispone 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 artículo 21 de la mencionada ley regula 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?.

5.4. La ley de Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes n° 114(9) determina en su artículo 29 como garantías mínimas en materia de derecho a la educación el ?? acceso gratuito a los establecimientos educativos de todos los niveles garantizando la prestación del servicio en todos los barrios de la Ciudad? e ?? igualdad de condiciones de acceso, permanencia y egreso del sistema educativo, instrumentando las medidas necesarias para su retención en el mismo?.

5.5. Por último, es menester recordar lo previsto en la resolución n° 3337/ME/2013(10) en torno a la asignación de vacantes en el área de Educación Inicial y establece que las reglas de acceso directo son: 1. Si el responsable del aspirante trabaja en una institución con convenio con la escuela a la que se esta inscribiendo. 2. Si el aspirante tiene hermanas/os que son alumnas/os regulares de una escuela que funciona en el mismo edificio educativo al que se está inscribiendo. 3. Si el aspirante es hija/hijo del personal de la escuela a la que se inscribió. 4. Si el aspirante es hija/o de un alumna/o inscripto en el Programa alumnas/os madres/padres y se preinscribe en el mismo horario al que concurren a la Escuela Secundaria.

Cubierto el segmento de aspirantes de ingreso directo, con el excedente de vacantes (si las hubiera), ingresa el resto de los aspirantes según el siguiente orden de prioridades: i. En escuelas de jornada completa, aspirantes domiciliados en hoteles familiares o pensiones. ii. Aspirantes cuyo responsable es sostén de familia, con domicilio de trabajo en el área (10 cuadras) de la escuela, sea esta de jornada simple o completa. iii. En los Jardines de Jornada Completa, Jardines Maternales y Escuelas Infantiles los aspirantes con necesidades básicas insatisfechas, considerando la situación familiar y habitacional, la situación laboral de los padres o tutores. iv. Domicilio del aspirante en un radio de diez (10) cuadras de la escuela. v. Aspirantes cuyo responsable trabaje en un radio de diez (10) cuadras de la escuela. vi. Aspirantes con domicilio en la Ciudad de Buenos Aires. vii. Aspirantes con domicilio en la Provincia de Buenos Aires, cuyo responsable tenga su sede de trabajo en un radio de 10 cuadras de la escuela. viii. Aspirantes con domicilio en la Provincia de Buenos Aires.

6. Tratamiento de la medida cautelar solicitada en el sub judice. Reseñados los requisitos de procedencia de las medidas en cuestión y el sustento normativo de autos corresponde analizar ahora la pretensión cautelar de los amparistas.

6.1. En primer lugar se analizará si se halla acreditada la verosimilitud del derecho. De la prueba documental arrojada en autos se verifica que: a) el 04/11/2013 se realizó la preinscripción a nivel inicial de la aspirante M. M. M. al Jardín n° 2 DE n° 3 Bernardo Mane, turno de 8:45 horas a 15:15 horas, mediante la solicitud n° ... (vide foja 27); b) se asignó a la niña M. una vacante en el Jardín Integral A DE n° 5 en virtud de la inscripción n° ... (vide foja 29); y c) el señor D. desempeña sus tareas laborales a 2 cuadras de la institución educativa que eligió para mandar a su hija (vide fojas 21, 22 y 30). Así, en el caso de autos y en este estado larval del proceso se verifica que bajo el mismo número de solicitud de preinscripción de la niña con opción al Jardín de Infantes cercano al domicilio laboral de su padre, el GCBA otorgó una vacante en una institución que no sólo no fue solicitada sino que difiere de la única pedida y excede la distancia al domicilio laboral de su progenitor, a tenor de lo reglado en la normativa ut supra reseñada en el punto 5.5. Por ello, supeditar a los padres de la niña a que acepten una vacante fuera del radio geográfico requerido podría implicar la imposibilidad de que la niña M. pueda ejercer su derecho de asistir al establecimiento educativo (conf. arts. 14 CN y 24 CCABA). Por ello, toda vez que en base al sustento

normativo deslindado ut supra en el punto 5 el GCBA debe garantizar el derecho a la educación de la niña de autos a fin de resguardar el pleno desarrollo de su personalidad, igualdad, dignidad y protección integral, se considera que con la situación fáctica reseñada la verosimilitud del derecho se encuentra prima facie acreditada. 6.2. En segundo lugar, corresponde analizar si se ha demostrado en autos el recaudo del peligro en la demora. A tenor de los dichos invocados en la demanda y de las constancias obrantes en el sub examine, se evidencia el riesgo que corre el derecho a la educación de la niña y de todos aquellos relacionados íntimamente con aquél, tales como igualdad, libertad, dignidad, entre otros. En esta inteligencia, es dable tener por configurado en el caso el periculum in mora. 6.3. En lo que a la ponderación del interés público atañe, se estima que nada afecta más al mismo que la posible conculcación de derechos de tan elemental raigambre constitucional como los enunciados ut supra. 6.4. Finalmente, en relación a la contracautela exigida por la normativa de aplicación, la situación fáctica sumariamente acreditada en el sub lite permite entender a quien suscribe que resulta suficiente la caución juratoria prestada en su libelo inicial a tenor de lo manifestado a foja 12. Por las razones expuestas, se consideran configurados en estos obrados ¿con la precariedad que caracteriza el marco cognoscitivo del proceso cautelar? los requisitos de procedencia de la medida solicitada. A mérito de las consideraciones precedentes y de lo reglado en los artículos 15 y 28 de la ley n° 2.145 y 184 del CCaYT, SE RESUELVE: 1) Hacer lugar a la medida cautelar solicitada por la actora y, en consecuencia, ordenar al GCBA (Ministerio de Educación) que asigne vacante a la niña M. M. M. (DNI ...) para ciclo inicial, sala de 2 años, jornada completa en el Jardín n° 2 DE n° 3 Bernardo Mane, con acreditación del respeto al Reglamento del Sistema Educativo de Gestión Oficial vigente y a toda otra normativa en torno a los criterios de asignación de vacantes y al espacio físico por alumno y por personal docente a cargo. De no ser factible jurídicamente en dicho establecimiento, el GCBA deberá otorgarle una vacante en algún otro establecimiento educativo dentro del distrito escolar del domicilio laboral del padre de la niña; o en su defecto dentro del radio geográfico del distrito escolar del domicilio real del grupo familiar. Finalmente, en el caso de no contar con vacantes dentro de esos dos distritos escolares, el GCBA deberá abonar el costo que acarree la asistencia de la niña a un establecimiento de gestión privada. El cual deberá ser elegido por los padres y no podrá estar fuera del radio geográfico que comprendan los dos distritos escolares antes referidos. Asimismo, en caso de corresponder, a la erogación que deba afrontar el GCBA deberá deducírsele los subsidios que pudieran percibir los progenitores de la niña en concepto de escolaridad. 2) Tener por prestada la caución juratoria en atención a lo manifestado a foja 12. 3) El GCBA deberá informar el cumplimiento de la medida dispuesta en el plazo de cinco (5) días de notificada la presente, junto con la acreditación dispuesta en el primer párrafo del punto 1 de este resolutivo. Regístrese, notifíquese a la actora y a la Asesora Tutelar en su público despacho. Notifíquese al GCBA por Secretaría por cédula con habilitación de días y horas. Quedan autorizados a diligenciar las notificaciones ordenadas los señores I. V. (DNI ...), G. D. V. (DNI ...), N. R. (DNI ...), S. A. (DNI ...) y N. S. D. (DNI ...). II. En atención al contenido del escrito de inicio, a lo que resulta de las constancias documentales acompañadas y a lo dispuesto por los artículos 14 de la CCABA, 1° y 11 de la ley n° 2.145, córrase traslado de demanda al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires a los efectos de comparecer, contestarla y ofrecer prueba en el plazo de diez (10) días. Notifíquese conjuntamente con el punto I, haciéndole saber al oficial notificador que la cédula deberá diligenciarse en el plazo de un día (cfr. artículo 25 de la ley n° 2.145). Asimismo, hágase saber a los amparistas que la cédula deberán ser dirigidas a la Procuración de la Ciudad de Buenos Aires, sita en Uruguay 458, Departamento Oficinas Judiciales y Cédulas, conforme lo establecen los artículos 1° y 2 del decreto n° 294/1997, el artículo 20 de la ley n° 1218, y el artículo 1° de la resolución n° 77/PG/2006.

Correlaciones: [Ley 2145](#) - BO: 05/12/2006 Nota: (*) Nota de la Editorial: Se advierte al suscriptor que por tratarse de un fallo de primera instancia, el mismo podría no encontrarse firme al momento de su publicación.

(1) CSJN, Fallos: 314:711, ¿Estado Nacional (Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos) c/ Provincia de Río Negro s/ su solicitud de medidas cautelares?, sentencia del 24/07/1991. (2) Cámara de Apelaciones en lo CAyT, Sala 2, ¿Banque Nationale de Paris c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo?. (3) Enrique L. Falcón, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Anotado, Comentado y Concordado, Tomo II, pág. 234 y sgtes.

(4) PALACIO, Lino Enrique, ¿Derecho Procesal Civil", tomo VIII, pág. 33, n° 1233. (5) Cámara de Apelaciones en lo CAyT, Sala 2, ¿González, Mónica Adriana c/ GCBA s/ otros procesos incidentales ? medida cautelar?, expediente n° 5422/1, sentencia del 07/02/2003; y ¿Antonio, Carlos Alberto c/ GCBA s/ amparo (Art. 14 CCABA)?, sentencia del 26/04/2006.

(6) CSJN in re ¿Milano Daniel c/ Ministerio de Trabajo y Seguridad Social?, del 11/07/1996.

(7) COLOMBO, Carlos J. y KIPER, Claudio M.; ¿Código Procesal Civil y Comercial de la Nación anotado y comentado?, tomo II, editorial La Ley, Buenos Aires, 2006, pág. 504. (8) Sancionada el 14/12/2006 y publicada el 28/12/2006 en el BO n° 31062.

(9) Sancionada el 03/12/1998 y publicada el 03/02/1999 en el BOCBA n° 624.

(10) Emitida el 08/10/2013 y publicada el 18/10/2013 en el BOCABA n° 4260. Cita digital: