



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

"RUANOVA GONZALO ROBERTO CONTRA GCBA SOBRE AMPARO (ART. 14 CCABA)"
EXPTE: EXP 32226/0

Ciudad de Buenos Aires, *27* de septiembre de 2012.-

Y VISTOS: Los autos señalados en el epígrafe venidos a despacho para resolver la medida cautelar solicitada por los Diputados de la Ciudad de Buenos Aires Gonzalo Roberto Ruanova, Francisco Miguel Nenna y por la Diputada de la Ciudad de Buenos Aires María José Lubertino, conjuntamente con Eduardo Marcelo López, en su carácter de Secretario General de la UNION DE TRABAJADORES DE LA EDUCACION (U.T.E.), todos con el patrocinio letrado del Dr. Mario Jaime Kestelboim, Defensor General de la Ciudad de Buenos Aires y del Dr. Roberto Andrés Gallardo, Defensor General Adjunto en lo Penal, Contravencional y de Faltas de la Ciudad de Buenos Aires, constituyendo domicilio legal en la sede de la Defensoría General de la Ciudad de Buenos Aires, sita en México 890 de la Ciudad de Buenos Aires, solicitando "...se dejen sin efecto las instrucciones expedidas por la Vice-Ministra de Educación del G.C.B.A. repartidas con fecha 25 de septiembre del corriente año,..." y se dicte prohibición de innovar.

Y CONSIDERANDO:

I.- Que, en forma preliminar, cabe tener presente que estas actuaciones fueron iniciadas en el mes de noviembre de 2008 con motivo del dictado de la Disposición nro. 495499/DGEGE/08, solicitando entonces el dictado de una medida cautelar a fin de que se dejara sin efecto las instrucciones de las autoridades educativas ante una situación de toma u ocupación de escuelas en cuanto a que los Directivos de establecimientos escolares debían recabar los nombres de los alumnos que tomaran el establecimiento para hacerlo constar en un Acta.

Esa cautelar se encuentra concedida a fojas 12/14 de este expediente y mediante ella se dispuso la anulación parcial de la Disposición Nro. 495499/DGEGE/2008 de la DIRECCION GENERAL DE EDUCACION DE GESTION ESTATAL del MINISTERIO DE EDUCACION de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en la parte que dice que ante una ocupación o toma de un establecimiento educativo deberán ser asentados en el Acta "los nombres de las personas que ocupen el establecimiento".

Posteriormente, con fecha 26 de agosto de 2010, y ante una nueva solicitud del actor efectuada con la adhesión de los Diputados de la Ciudad de Buenos Aires Jorge Guillermo Selser, Julio César Antonio Raffo y Rafael Amadeo Gentili, quien suscribe dispuso "dejar sin efecto el memorando n 912750/DGEGE/2010, de la Dirección General de Educación de Gestión Estatal del MINISTERIO DE EDUCACION del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, de fecha 19 de agosto de 2010, por ser nulo de nulidad absoluta e insanable, según las normas vigentes aplicables y violar los derechos y garantías que la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires reconoce y garantiza a los estudiantes de esta Ciudad".



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Es del caso señalar que con fecha 14 de julio de 2011, la Cámara de Apelaciones en lo CAYT se expidió ante la apelación interpuesta por el GCBA resolviendo "...ordenar la suspensión de los efectos de la disposición impugnada solo en cuanto indica la confección de un acta con los nombres de las personas que ocupasen un edificio escolar" (fojas 170/173).

Ahora, mediante la presentación efectuada por los actores se denuncia que con fecha 25 de septiembre de 2012, la Vice-Ministra de Educación Profesora Ana Kavaglia organizó una reunión con los rectores de las escuelas de la Ciudad de Buenos Aires en las que les entregó un instructivo respecto de la "situación de toma" (en alusión a las tomas en los colegios que cobraron visibilidad recientemente), según se expone a fojas 195 vta. A fojas 189 se ha agregado como prueba documental una copia simple de esas instrucciones verbales emitidas por la autoridad ministerial a los Rectores o Directores "como responsables legales" del establecimiento.

Las mismas consisten en lo siguiente: "En caso de toma del edificio, El Rector / Director como responsable directo del establecimiento deberá: a) dar cuenta del hecho a las Direcciones de Área y General; b) concurrir inmediatamente a la comisaría de la jurisdicción del establecimiento, a efectos de denunciar la 'situación de toma' (NO DENUNCIAR PERSONAS). Los ilícitos que se estarían configurando -según el criterio del fiscal- pueden ser violación de domicilio o usurpación (ambos delitos) y la contravención del art. 58 (ingreso o permanencia de personas en lugar público / privado contra la voluntad del titular); c) solicitar apoyo a DGCLEI (Dr. Carlos Mansilla 15-4072-XXXX o Dr. Juan M. Arretino 15-6202-XXXX) a los efectos de concurrir con letrado, o bien dando cuenta a esta Dirección General de la denuncia efectuada enviando copia de misma para la confección del legajo y seguimiento; d) DGCLEI concurrirá a la Fiscalía de turno, para conocer las medidas preliminares que se dispongan y peticionar alguna medida cautelar en caso de ser necesario; e) en caso de registrarse daños materiales deberá, además de las actuaciones administrativas de rigor, requerirse la presencia de un escribano para que labre las actas correspondientes. Este instructivo deberá aplicarse independientemente de: labrar acta correspondiente, avisar a los padres de los alumnos, llamar al SAME, dar aviso al Consejo de los derechos de los niños/niñas y adolescentes."

Agregan los actores que el instructivo en cuestión de público conocimiento, "...aparece en un contexto de conflicto que afecta a más de 28.000 estudiantes que realizan protestas en más de 29 escuelas secundarias de la Ciudad de Buenos Aires. Ello en atención a su disconformidad con la revisión de los planes de estudio que realiza el Ministerio de Educación porteño" (fojas 196) resaltando a continuación que este hecho guarda una llamativa identidad con los antecedentes habidos en este expediente y "...constituye una nueva reedición de las políticas ilegales e ilegítimas tendientes a criminalizar las protestas estudiantiles y a colocar a los trabajadores de la educación en la obligación de abandonar su rol docente para constituirse en una suerte de gendarmes de sus propios alumnos" (fojas 196) concluyendo más adelante que se pretende mediante "instrucciones" que los directivos



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

realicen denuncias penales o contravencionales ante la policía, con intervención del Ministerio Público Fiscal.

Asimismo en la extensa presentación, los actores señalan como cuestión central del problema traído a conocimiento judicial el hecho de que estamos ante una protesta estudiantil -personas menores de 18 años y en consecuencia, niños, niñas y adolescentes de acuerdo al artículo 1º de la Ley 23849 aprobatoria de la Convención sobre los Derechos del Niño, año 1990 que establece que a los efectos de esa ley, "se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad - la cual dentro de cauces institucionales no es otra cosa que el ejercicio regular de los derechos constitucionales que incluyen aquellos consagrados en los tratados internacionales con jerarquía constitucional, y por ende, jamás podrían constituir materia de los tipos penales que se insinúan en las instrucciones ministeriales tales como violación de domicilio o usurpación citando en apoyo de estas afirmaciones diversas disposiciones de la Convención sobre los Derechos del Niño a las que me remito en aras a la brevedad.

Más adelante a fojas 200, los actores sostienen que *"...para graficar la arbitrariedad de la medida adoptada, las denuncias policiales que sugiere realizar el Gobierno, pueden derivar en la detención, aprehensión o cualquier modo de privación de libertad a los estudiantes en la forma dispuesta por autoridades policiales"*.

Por último, a fojas 201 vuelta, los actores resaltan con letra negrita a los fines de destacar a la atención de quien suscribe, el hecho de que las instrucciones ministeriales dadas a los directivos de establecimientos escolares "en situación de toma estudiantil" **"adolecen de una informalidad que pretende eludir la responsabilidad que genera lo que decide"**.

II.- Corresponde precisar que las medidas cautelares son todas aquellas que tienen por objeto garantizar los efectos del proceso aunque lo peticionado coincida con el objeto sustancial de la acción promovida (conf. art. 177, segundo párrafo, del Código Contencioso Administrativo y Tributario)

Los supuestos de admisibilidad en cuanto a la verosimilitud y peligro en la demora deben hallarse siempre reunidos, sin perjuicio de que en su ponderación por el órgano jurisdiccional- jueguen cierta relación entre sí y, por lo tanto, cuanto mayor sea la verosimilitud del derecho invocado, menos rigor debe observarse en la valoración del perjuicio inminente o irreparable; la verosimilitud del derecho puede valorarse con menor estrictez cuando es palmario y evidente el peligro en la demora.

Para su otorgamiento, el citado precepto legal exige la acreditación de los siguientes presupuestos: verosimilitud del derecho, peligro en la demora, no frustración del interés público y contracautela.

Ahora bien, la Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene dicho que *"Si bien el dictado de medidas cautelares no exige un examen de certeza sobre la existencia del derecho pretendido, pesa sobre quien las solicita la carga de acreditar prima facie la existencia de la verosimilitud del derecho invocado y el peligro irreparable en la demora, ya que resulta exigible que se evidencien fehacientemente"*



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

las razones que las justifican" (v. CSJN, 16-7-96, "Líneas Aéreas Williams SA c/ Catamarca, Prov. de s/ Interdicto de retener", citado en Revista de Derecho Procesal 1, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 1999, pág. 405).

En este orden de ideas cabe observar que medidas precautorias como la aquí pretendida *"se encuentran enderezadas a evitar la producción de perjuicios que se podrían producir o podrían tornarse de muy dificultosa o imposible reparación en la oportunidad del dictado de la sentencia definitiva"* (Fallos: 320:1633), pauta para la valoración de la procedencia de la tutela cautelar que se entronca con el principio – recogido por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas- conforme al cual *"la necesidad del proceso para obtener razón no debe convertirse en un daño para el que tiene la razón"* (García de Enterría, Eduardo, La Batalla por las Medidas Cautelares, Madrid, Civitas, 1995, págs. 120/121).

Tal como lo ha resuelto la Corte Suprema de Justicia de la Nación, al analizar el *periculum in mora*, 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"* (11/7/96 "in re" Milano Daniel c/ Ministerio de Trabajo y Seguridad Social", y en igual sentido sala V CNFed. Cont. Adm. 3/3/97, y sala II 28/5/96, en sentido concordante CNFed. Cont. Adm. Sala I, 19-08-99, L.L.1999-E, 624 -DJ,1999-3-903).

A dichos requisitos de verosimilitud y peligro en la demora, se agregan la posibilidad de un daño irreparable y la consabida ponderación del interés público.

Por su parte, el interés público constituye la medida y el límite con que estas providencias han de ser decretadas.

"El interés público no es un concepto carente de contenido concreto; por el contrario, tal contenido debe ser reconocible y determinable, consistiendo en un cosa o un bien que es perceptible para cualquier componente de la sociedad" (conf. GALLEGOS FEDRIANI, Pablo, "Las Medidas Cautelares contra la Administración Pública", Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2002, página 58) y en el presente caso, ninguna duda puede haber en identificar ese interés público en los derechos de expresión y asociación de los alumnos, niños según el artículo 1 de la Ley 23849 – aprobatoria de la Convención sobre los Derechos del Niño.

"...el derecho contemporáneo no programa solamente sus formas de producción a través de normas de procedimiento sobre la formación de las leyes y demás disposiciones. Programa además sus contenidos sustanciales, vinculándolos normativamente a los principios y a los valores inscritos en sus constituciones, mediante técnicas de garantía cuya elaboración es tarea y responsabilidad de la cultura jurídica (modelo garantista vs. modelo paleopositivista)" (Derechos y Garantías –La Ley del Más Débil- Luigi FERRAJOLI, Editorial Trotta, Madrid, año 1999, página 22).

III.- Tal como ha sido reseñado en el punto I, en esta oportunidad nos hallamos ante instrucciones dadas por la Vice-Ministra de Educación en una reunión



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

con directivos de establecimientos escolares el día 25 de septiembre próximo pasado. No se ha denunciado el lugar donde ha sucedido la reunión en cuestión.

Esas instrucciones verbalmente impartidas, en esa reunión, ese día (25 de septiembre), son las que aparecen volcadas en el documento agregado al expediente a fojas 189, un papel sin membrete, sin visados de estilo administrativo, sin firma/s, sin mención de expediente administrativo, sin sellos aclaratorios de cargos ni rastro alguno que indique que el mismo es el resultado de una decisión de la Administración Pública, en este caso, el Ministerio de Educación porteño.

Cabe preguntarse ante esta situación, qué normas de procedimiento son las que cumple el Ministerio y sus altos funcionarios si en la especie toda formalidad se resume en una reunión a los fines de entregar un "instructivo" con un supuesto procedimiento para enfrentar una situación de toma estudiantil en los establecimientos educativos de la Ciudad, documento que **obliga** a los directivos de esos establecimientos en tanto son subordinados jerárquicos de quien imparte las instrucciones, a "*concurrir inmediatamente a la Comisaría de la jurisdicción del establecimiento*"

Resulta verdaderamente ingenua la aclaración en letras mayúsculas que textualmente dice que "(NO DENUNCIAR PERSONAS)" que debió decir "Niños, Niñas y Adolescentes" y como si denuncia revestida de puerilidad al omitir dar los nombres no fuera fácilmente subsanable por las autoridades policiales y hasta por las propias autoridades educativas -no los Directores- pero sí la propia Vice-Ministra o el Ministro, puesto que cuentan con todos los datos de identificación necesarios para el eficaz accionar policial.

Es claro el burdo artificio que evade el reproche de nulidad que al respecto quedara firme en sede judicial. La misma situación -conflicto estudiantil- y el mismo procedimiento: obligar a docentes a ir a la Comisaría para "denunciar" la situación de toma por parte de adolescentes que no los identificamos ni a sus padres, por ahora. Pareciera ese dicho vulgar que dice que si sólo tengo un martillo, todo lo veré como un clavo.

De este modo, queda claro que por un lado, los estudiantes están haciendo uso de derechos constitucionales tal como se ha reseñado por los actores y por el otro, que las autoridades administrativas ejercen sus competencias fuera de un marco mínimo de legalidad. En efecto, lo que se constata entonces son vías de hecho administrativas vedadas por el ordenamiento jurídico.

En efecto, el artículo 9º del Decreto 1510/97 de Procedimiento Administrativo de la Ciudad de Buenos Aires, la Administración se abstendrá de comportamientos materiales que importen vías de hecho administrativas lesivas de un derecho o garantía constitucionales.

Por otra parte, el artículo 8º establece claramente que el acto administrativo se manifestará expresamente y por escrito, indicando el lugar y fecha en que se lo dicta y contendrá la firma de la autoridad que lo emite; sólo por excepción y si las circunstancias lo permiten podrá utilizarse una forma distinta, de modo que



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

que la forma del acto administrativo es la exteriorización de la conducta administrativa, de los funcionarios al ejercer sus funciones.

Pese a que el vocablo "forma" -del acto administrativo- pudiere disgustar a las autoridades educativas porteñas, "*Constituye un elemento de certeza del acto y al mismo tiempo una garantía para los particulares*" (Hutchinson, Tomás "Comentario exegético del decreto 1510/97", Editorial Astrea, Bs.As., año 2003, página 17. Con relación a la exigibilidad de la forma escrita, Gordillo dice que "*Al expresarse el acto por medio de la escritura permite fundamentar más acabadamente la decisión, y permite también valorar debidamente la legitimidad del acto. La forma escrita debe verse ante todo como una garantía de los administrados...*" citando a Huber en la nota 23 quien agrega que también es una garantía para el interés general (Tratado de Derecho Administrativo, Tomo 3, El Acto Administrativo, 4ta edición, Ed. Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1999, página X-8)

Este último aspecto es el que precisa y abiertamente se soslaya en las conductas administrativas cuestionadas. Al no cumplirse con la ley de procedimiento que determina un modo de hacer y de decidir -por escrito, expreso, lugar, fecha, firma de autoridad que emite- se afectan las garantías de los particulares, en este caso, de los adolescentes que toman su colegio.

Sostiene el profesor administrativista citado que las vías de hecho -lo contrario al acto administrativo en regla, tal como ocurre en este caso- constituyen una actuación de la Administración a la que califica de "peculiar" "*... cuyas consecuencias inciden decisivamente en la esfera personal de los ciudadanos, puesto que restringen indebidamente los derechos y garantías individuales*" (op.cit. página 51) que es lo que efectivamente está sucediendo aquí.

Define Marienhoff a las vías de hecho de la Administración como "*...la violación del principio de legalidad por la acción material de un funcionario o empleado de la Administración Pública*" (Tratado de Derecho Administrativo, Tomo II, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1966, página 213).

Al derecho constitucional de los estudiantes secundarios a expresar su disenso, las autoridades educativas responden oponiendo de forma ilegítima -ya que no cumple con los requisitos del artículo 8º- una decisión bajo la forma de instrucción del superior al subordinado jerárquico que a su vez conculca derechos personales de esos adolescentes. El subterfugio pueril de instruir a no tomar la lista de los nombres - como la vez anterior- no subsana la ilegítimidad formal y sustancial de la que adolece la instrucción de acudir a la comisaría.

Ilegítimidad formal pues no hay acto administrativo, no hay dictamen jurídico previo, no hay procedimiento administrativo ni expediente en el que conste el cumplimiento de los requisitos legales y reglamentarios de las decisiones de los funcionarios del Estado, e ilegítimidad sustancial por cuanto ante la presencia del conflicto -derivado de otras decisiones ministeriales- la respuesta es "castigar" y no solucionarlo. Existen numerosas áreas del conocimiento para abordar el conflicto social, y en especial este conflicto de recurrencia bianual. Otros martillos.



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

"...la vía de hecho se opone a la vía de derecho...La vía de hecho en derecho administrativo es más difícil de comprender que en el campo del derecho privado. Se puede, en principio, establecer que es una irregularidad grosera cometida por la Administración contra el derecho de propiedad o contra una libertad pública. Cuando la Administración quebranta el principio de legalidad y promueve operaciones materiales restrictivas o cercenadoras de los derechos y garantías individuales carentes de aquella base sustentadora, se está en presencia de una vía de hecho. Esta situación genera -como principales efectos- la ilicitud del obrar administrativo y, consiguientemente, la responsabilidad patrimonial de la Administración pública y sus funcionarios" (Hutchinson, op. cit., página 51).

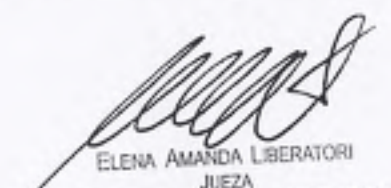
En cuanto al peligro en la demora, la medida aquí solicitada aparece como la única posibilidad de evitar el daño actual a todos los derechos que aquí se enumeraron y que surgen de textos constitucionales y legales.

Por lo expuesto, encontrando reunidos en grado más que suficiente los requisitos de verosimilitud y peligro en la demora en grado palmario, **RESUELVO:**

1.- Dejar sin efecto las instrucciones dadas por las autoridades educativas del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a los Directores y/o Rectores de establecimientos educativos de la Ciudad de Buenos Aires en "situación de toma por estudiantes", relativas a la denuncia en comisaría, tal como surge de los incisos b) y d) del documento obrante a fojas 189 denominado "instructivo".

2.-La presente medida se decreta sin caución juratoria atento la respectiva investidura de Legisladores de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, de los peticionantes.

3.- Regístrese, notifíquese a las partes, librese oficio a la Procuración General de la Ciudad de Buenos Aires y sigan los autos según su estado.


ELENA AMANDA LIBERATORI
JUEZA
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y TRIBUTARIO
CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES