

Ciudad de Buenos Aires, 24 de abril de 2018.-

**Y VISTOS:** Los autos señalados en el epígrafe venidos a despacho para dictar sentencia definitiva, de los cuales

**RESULTA:**

I.- Que a fs. 1/22 se presentan el Sr. Asesor Tutelar por ante la Segunda Instancia, Dr. Gustavo Daniel Moreno y la Sra. Asesora Tutelar por ante la Primera Instancia, Dra. Mabel López Oliva y promueven la presente acción de amparo colectivo a fin de que se ordene "al GCBA (Ministerio de Educación) cesar en la vía de hecho por la que el Ministerio de Educación aplica el "Instructivo sobre Forma de Proceder en Casos de Toma de Establecimientos Educativos" ...que fuera dejado sin efecto por la resolución del Juzgado Contencioso Administrativo y Tributario N°4...". Asimismo, solicita que se le ordene elaborar un protocolo de actuación especial para las situaciones de protesta estudiantil, conforme los principios del Sistema Escolar de Convivencia (ley 223), los principios del funcionamiento de los Centros de Estudiantes (ley 137) y los principios y valores de la CCABA. (conf. fs. 1 y vta.) Todo ello, a fin de resguardar el derecho a la libertad de expresión de los adolescentes que concurren las escuelas medias de gestión estatal del Ministerio de Educación del GCBA.

A continuación realizan un relato de los antecedentes fácticos de la causa, remontándose al planteo primigenio formulado en el año 2008, 2010 y 2012.

En cuanto a la circunstancias de hecho del planteo actual, explica que "...desde el Ministerio de Educación, sin identificar al responsable, se habría hecho circular a las casillas de correo electrónico de los Directivos de las escuelas el instructivo dejado sin efecto en el año 2012... Ello, a todas luces configura una nueva vía de hecho administrativa más grave incluso que la anterior atento que dicho instructivo fue declarado judicialmente sin efecto." (ver fs. 11 vta.)

En este contexto relatan ambos Asesores Tutelares que solicitaron a la Sra. Ministra de educación información respecto del acto administrativo por el cual se dispuso la circulación del instructivo mencionado. Según relatan, en la respuesta brindada por autoridades del Ministerio se indicó que el instructivo no se emitió por acto administrativo alguno de funcionarios del Ministerio, se negó que los responsables de establecimientos educativos hubiesen denunciado a niños o niñas penalmente y se afirmó que se arbitrarían las medidas necesarias para esclarecer las cuestiones expuestas por el Asesor Tutelar.

En el punto VIII solicitó el dictado de una medida cautelar que ordene al GCBA cesar en la vía de hecho por la que el Ministerio de Educación aplica el "Instructivo sobre Forma de Proceder en casos de toma de Establecimientos Educativos" que fue dejado sin efecto por Resolución de este Tribunal del año 2012.

En el punto IX peticiona la conexidad de la presente causa con el expediente 32226/0, considerando que el instructivo cuestionado resulta ser el mismo que fue dejado sin efecto en dicha causa en el año 2012.

II.- Que a fs. 85/86 vta. el Sr. Juez subrogante a cargo del Juzgado CAYT 3 hizo lugar al pedido de conexidad formulado por la parte actora, en virtud de lo cual, las actuaciones quedaron radicadas ante este Tribunal.

A fs. 97/103 luce la resolución dictada por quien suscribe en la cual se aceptó la conexidad dispuesta por el Magistrado de origen y se hizo lugar a la medida cautelar requerida por los actores suspendiendo el instructivo difundido en lo atinente a la denuncia en comisaría de los adolescentes, con la carga del GCBA de dejar sin efecto los procedimientos administrativos y penales que se derivaron de su aplicación, tanto respecto de alumnos como docentes. Allí también se ordenó el traslado de la demanda y se convocó a las partes y a la Sra. Ministra de Educación a una audiencia en la sede del Tribunal.

A fs. 118 luce el acta labrada con motivo de la audiencia celebrada el día 15 de septiembre de 2017, la que fue filmada (ver sobre A-1518).

III.- A fs. 136/147 el GCBA se presentó y apeló la conexidad y la medida cautelar dispuestas, recurso que fue concedido a fs. 149 y que tramitó en el incidente 23915/2017-1 por ante la Sala I de la Cámara de Apelaciones del fuero, quien desestimó el recurso formulado por el GCBA, encontrándose vigente hasta la fecha la medida cautelar dispuesta.

También interpuso un recurso de queja (que tramitó en el incidente 23915/2017-2) contra el efecto no suspensivo en la concesión del recurso de apelación indicado en el párrafo que antecede. Este también fue desestimado.

A su vez, a fs. 161/171 el Sr. Fiscal interino a cargo del equipo fiscal nro. 3, Dr. Damián Natalio Corti interpuso recurso de inconstitucionalidad contra la conexidad ya apelada por el demandado. Sustanciado dicho recurso en los términos de la ley 402, fue respondido pro los Asesores intervinientes a fs. 203/209 y rechazado por este Tribunal a fs. 220 y vta..

IV.- A fs. 177/193 el GCBA contestó la demanda, afirmando entre las negativas de rigor que negó en particular "Que existan vías de hecho derivadas del "Instructivo sobre la Forma de Proceder en Casos de Toma de Establecimientos Educativos" y que dicho documento tenga virtualidad jurídica o el consentimiento del Ministerio de Educación o que hubiera emanado por las vías administrativas que corresponden" (ver fs. 177 vta.)

V.- A fs. 243 se dejó constancia de lo resuelto en los autos "Heredia María Fernanda y otros c/ GCBA y otros s/ amparo" (exp. 26685/2017-0), en tanto se dispuso su acumulación al presente.

Dichas actuaciones fueron promovidas por María Fernanda Heredia, Valentina Novick, Lisandro Teszkiewicz, Estela Bicci, Luis Palmeiro y Valeria Llobet, todos ellos por derecho propio y en representación de sus hijos adolescentes como integrantes de la comunidad educativa de la Ciudad de Buenos Aires, con el patrocinio del Defensor Oficial a cargo de la Defensoría 5, Dr. Ramiro Dos Santos Freire.

En su objeto solicitan: se declare inaplicable el instructivo mencionado por configurar una vía de hecho administrativa; la nulidad de

todas las actuaciones administrativas llevadas a cabo en baso a dicho instructivo, se ordene a la Autoridad Administrativa comunicar a todos los establecimiento la invalidez de tal protocolo y finalmente se intime al GCBA a adoptar una conducta respetuosa de los derechos fundamentales generando vías de dialogo con la comunidad educativa y fomentando una resolución pacífica de los conflictos.

VI.- A fs. 430/432 los actores expresaron haber tomado conocimiento por los medios de comunicación masiva de la existencia de un nuevo protocolo de actuación para el caso de toma de establecimientos educativos, emanado del Ministerio de Educación. En virtud de ello, solicitaron una intimación para que la Autoridad Administrativa involucrada lo acompañe en autos, junto con el acto administrativo que lo dispuso.

A fs. 447/450 se acompañó la Resol-2018-643-MEGC que aprobó las "Pautas para la Convivencia Escolar" para el caso de toma de establecimiento escolar y su anexo, que contiene el protocolo o instructivo que fue difundido por los medios de comunicación (ver fs. 450 y vta.).

En virtud de ello, los actores consideraron la existencia de este "instructivo" como hecho nuevo y así lo denunciaron en autos, solicitando los Asesores Tutelares su nulidad, la suspensión de los efectos del acto como medida cautelar y una audiencia a ver fs. 458/469 y los patrocinados por el Sr. Defensor Oficial a fs. 532/544.

De ambos planteos se corrió traslado al GCBA, quien los respondió a fs. 576/580 y fs. 582/586, en virtud de lo cual, una vez oído el Sr. Fiscal interino, a fs. 597 pasaron los AUTOS PARA SENTENCIA.

#### **Y CONSIDERANDO:**

I.- En primer término, corresponde expedirse con respecto a la admisibilidad del hecho nuevo denunciado por los actores, referido al dictado de la Resolución 643/MEGC/18, fechada el 14 de febrero del corriente año (BOCBA 5317) que en su art. 1 dispuso "*Apruébanse las Pautas para la Convivencia Escolar que deberá cumplir el equipo de conducción en caso de producirse la toma de establecimientos educativos de gestión estatal, conforme surge del Anexo IF-2018-05263943-MEGC, el que a todos sus efectos forma parte integrante de la presente*".

Indican los Asesores Tutelares intervinientes que dado el objeto de las presentes actuaciones, el dictado de dicha resolución tiene relación directa con la pretensión esgrimida por ende debe ser admitido como parte integrante de la presente Litis (ver fs. 458 vta.).

Asimismo peticiona que se declare su nulidad y se disponga también la suspensión de los efectos del acto a modo de medida precautoria.

En el mismo sentido, los coactores del expediente acumulado al presente "Heredia María Fernanda C/ GCBA s/ Amparo" manifestaron que consideran a dicha resolución ilegal y manifiestamente arbitraria, dado que a su entender resulta violatoria de la Convención de los Derechos del niño, de la Constitución Nacional, la ley de Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y adolescentes 26.061 y su par local 114 y la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires (ver fs. 532/544).

Como consecuencia de ello peticiona que se declare la inaplicabilidad de las pautas aprobadas por la resolución citada, su nulidad, se ordene al GCBA se abstenga de aplicarla y se comunique tal circunstancia a los establecimientos educativos.

Sustanciadas ambas presentaciones, el GCBA respondió solicitando se declare abstracto el planteo, petición que fue rechazada por todos los amparistas.

Al respecto el Sr. Fiscal Interino, Dr. Damián Natalio Corti consideró que corresponde admitir el hecho nuevo denunciado y declarar abstracta la demanda en su consecuencia, a pesar de que en cuanto al fondo la considera improcedente.

I.A.- Como primera medida corresponde precisar que se denominan hechos nuevos al conjunto de sucesos que, ligados inescindiblemente al planteo introductorio y siendo conducentes acaecen con posterioridad a dicho planteo o llegan a conocimiento de las partes con posterioridad al mismo (conf. Cám. Nac. de Apel. en lo Civil, Sala A, resolución del 29-4-79).

Que, a su vez, su admisibilidad está condicionada a los siguientes presupuestos: 1) que se hayan producido con posterioridad a la contestación de la demanda, reconvención o que, siendo anteriores, recién lleguen a conocimiento de la parte que los invoca después de dichas oportunidades; 2) que tengan relación con la cuestión que se ventila y 3) que sea alegado oportunamente (conf. art. 28 de la ley 2145 y art. 293, del Código Contencioso Administrativo y Tributario).

Así las cosas –y de acuerdo con lo dictaminado por el Sr. Fiscal Interino- resulta claro que las condiciones formales detalladas precedentemente se encuentran acabadamente cumplidas, y de conformidad con los fundamentos de los coactores también se aprecia claramente que el hecho nuevo alegado tiene relación directa con la cuestión que se ventila en la presente causa, en la medida que se vincula con el reclamo efectuado en estas actuaciones. Por lo cual, habré de admitir el hecho nuevo denunciado por la parte actora.

I.B.- En segundo término, corresponde adentrarse en el análisis de las restantes peticiones efectuadas a raíz del hecho nuevo.

A modo de orden cronológico y metodológico se tratarán primero las de los coactores.

Los Asesores Tutelares peticionaron que admitido el hecho nuevo se declare la nulidad de la Resolución 643/MEGC/18 fundando tal petición en una serie de vicios del procedimiento administrativo que detallan en su presentación de fs. 458/469.

Los actores del expediente acumulado "Heredia c/ GCBA s/ Amparo" con el patrocinio del Defensor Oficial, también plantearon la nulidad de la resolución citada, por violación del procedimiento administrativo.

Ahora bien, la introducción de un hecho nuevo relacionado directamente con el objeto de las actuaciones, como es el caso, no autoriza en este estado de trámite la modificación del objeto de la demanda -mediante la

introducción de nuevas peticiones, como la nulidad de una resolución posterior- que ha quedado consolidado una vez que ha sido respondida.

Esta es una consecuencia directa del principio de congruencia que rige los capítulos que deben tratarse en la sentencia definitiva y que no puede modificarse luego de la contestación de la demanda o reconvención, según el caso.

En consecuencia, y sin que ello importe pronunciamiento alguno respecto de la procedencia o improcedencia de la nulidad peticionada por los coactores, tal petición no será tratada en esta acción de amparo, debiendo ocurrir los citados funcionarios por la vía y forma que corresponda, dado que tales peticiones exceden el objeto de la presente acción.

I.C.- Por su parte, atento lo requerido por el demandado en su contestación y el Sr. Fiscal Interino en su dictamen último, en cuanto a que se declare abstracto el objeto de las presentes actuaciones, resulta atinado recordar que autorizada doctrina ha dicho que *"si bien es cierto que conforme al postulado de congruencia la labor del juez al momento de dictar sentencia está condicionada a los hechos afirmados en la demanda y en la contestación, no lo es menos que tal principio en modo alguno es rígido o absoluto desde que admite excepciones en todas aquellas hipótesis en las que durante el proceso se extinguen o consolidan los derechos litigiosos. Es que si así no fuera, la labor del juez no traduciría un quehacer axiológicamente aprobable, toda vez que se limitaría a declarar o reconocer derechos cuya existencia o justificación han cesado y que han dejado sin base actual de sustentación el fundamento originario de la demanda"* (confr. Morello, Augusto M – Vallefin Carlos A., "El Régimen Procesal del Amparo", Buenos Aires, edit. Platense, 2000, 139 y sgtes).

Que, además, cabe tener en cuenta la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que señala que en el juicio de amparo corresponde decidir con arreglo a la situación fáctica y jurídica existente a la fecha de la sentencia (conf. Fallos 295:269, entre otros).

A fin de analizar esta petición, resulta oportuno detallar uno a uno los puntos que conforman la pretensión original de la presente acción.

Según surge de fs. 1 vta. del presente (EXP 23915/2017) el primer ítem está referido a la elaboración de un protocolo de actuación especial para las situaciones de protesta estudiantil, conforme los principios del Sistema Escolar de convivencia y los principios y valores de la Constitución de la CABA. Además, los Asesores tutelares solicitaron que dicho protocolo debería garantizar la participación de la comunidad educativa y aquellos actores institucionales especializados en la defensa de los derechos de la infancia y adolescencia.

Por su parte, del expediente acumulado (EXP 26685/2017) con relación a la porción del objeto en análisis se requirió que se *"Intime al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires a adoptar una conducta respetuosa de los derechos fundamentales, generando vías de diálogo con la comunidad educativa y fomentando una resolución pacífica de los conflictos que se presentan"* (ver fs. 2).

Así las cosas, y en virtud del dictado de la resolución 643/MEGC/18 ha devenido abstracta la pretensión referida a la elaboración de un protocolo para casos de protesta estudiantil, ello atento que durante el trámite de la causa el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires ha optado por adoptar las llamadas "Pautas para la Convivencia Escolar" incluidas en el anexo I de la resolución citada.

Ahora bien, no surge de la mentada resolución ministerial que se haya oído ni dado intervención alguna a la comunidad educativa ni a otra institución dedicada a la defensa de los derechos de la infancia y adolescencia.

En este punto, debemos atender a las normas de mayor jerarquía que imperan en la materia.

La Constitución local establece en el artículo 24 que la Ciudad "(...) Organiza un sistema de educación administrado y fiscalizado por el Poder Ejecutivo que, conforme lo determine la ley de educación de la Ciudad, asegure la participación de la comunidad y la democratización en la toma de decisiones."

En el mismo sentido, en el art. 39 prescribe 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".

Con relación a ello, tiene dicho la doctrina a los fines de realizar una correcta interpretación, que "El concepto de interés superior del niño: entendido como el cumplimiento efectivo de todos los derechos de ciudadano, estableciendo mecanismos y garantías para su cumplimiento. En la aplicación, cuando exista un conflicto entre los derechos y los intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos igualmente legítimos, prevalecerán los primeros" (Basterra, Marcela (directora), CONSTITUCION DE LA CIUDAD AUTONOMA DE BUENOS AIRES EDICION COMENTADA, Ciudad de Buenos Aires, Jusbaire, 2017, pag. 448)

"El derecho a ser oído y a la participación: acostumbrados como estamos a la concepción tutelar de niño/objeto, que no sabe, no puede, no habla, este derecho es uno de los más resistidos en su cumplimiento. Se nos hace difícil pensar y actuar en consonancia frente a una niña o un niño que se hace oír, que cuestiona, que exige que se cumplan sus derechos, que opina y participa." (Basterra, op.cit. pag. 449)

En este punto debe destacarse que dichos preceptos y principios constitucionales transcritos no fueron respetados ni aplicados durante la elaboración de las pautas de actuación cuestionadas ni fueron tenidos en cuenta dentro de las indicaciones allí establecidas como "Pautas de convivencia". Tampoco se ha considerado dentro de las mismas la aplicación de la legislación local imperante para la resolución de conflictos, específica del ámbito educativo, como ser la ley 3.055 de Mediación Escolar (BOCBA 3797).

Según su artículo 1° la citada ley fue creada **para difundir, promover e instituir la implementación de métodos cooperativos y pacíficos de abordaje de conflictos para todos los actores de la comunidad educativa.**

Además, establece en su artículo 4° que entre sus objetivos se encuentra el de **“a. Promover el tratamiento de los conflictos institucionales mediante la participación en procesos de mediación y otros métodos cooperativos y pacíficos del abordaje gestión y resolución de conflictos”**. (Los destacados me pertenecen).

Sentado lo anterior, puede arribarse a las siguientes conclusiones: la petición referida al dictado de un protocolo para el caso de protesta estudiantil ha devenido abstracta, por el cumplimiento unilateral del demandado de tal circunstancia durante el trámite de la causa.

No obstante, el Poder Ejecutivo, para el caso la Sra. Ministra de Educación Soledad Acuña, no tuvo en cuenta durante la elaboración ni en el contenido de dicho “protocolo” o “pautas” que establece la resolución 643/MEGC/18, **la manda constitucional y legal de oír a la comunidad educativa y a los niños, niñas y adolescentes.**

Este incumplimiento debe ser subsanado.

Sin perjuicio de que el cumplimiento del requisito de participación será posterior a la resolución 643/MEGC/18, nada impide en aras de la subsanación que se propongan modificaciones y que ellas sean receptadas por el Poder Ejecutivo dentro de su ámbito competencial.

En esta línea, tiene dicho el Dr. Carlos Balbín que *“La ley también establece, entre los elementos esenciales del acto, el procedimiento en los siguientes términos, a saber: ‘antes de su emisión deben cumplirse los procedimientos esenciales y sustanciales previstos y **los que resulten implícitos del ordenamiento jurídico.**’ El procedimiento es entonces, un conjunto de actos previos respecto del acto definitivo que están relacionados y concatenados entre sí”* (Balbín, Carlos; Tratado de derecho administrativo, 2da. Ed., Ciudad de Buenos Aires, La Ley, 2015, Tomo III, p. 60, énfasis agregado).

En síntesis, no se llevaron a cabo ninguno de los procedimientos referidos a la participación de la comunidad educativa y de organizaciones de defensa de los niños, niñas y adolescentes en la elaboración en si misma de la resolución 643/MEGC/18.

En relación a ello, señala Tomas Hutchinson que **“Cuando la norma establece una serie de trámites y formalidades que deben cumplirse antes de emitirse el acto, su incumplimiento lo vicia”** (Hutchinson, Tomas; Ley Nacional de Procedimientos Administrativos Ley 19549 Comentada, anotada y concordada con las normas provinciales, Astrea, Buenos Aires, 1985, Tomo I p. 324, la negrita es propia). Entre ellos, menciona un caso equiparable a la omisión detallada en el párrafo que antecede, a saber *“Los dictámenes o consultas son declaraciones de juicio que emiten determinados organismos técnicamente calificados de la Administración Pública a fin de ilustrar la voluntad del órgano de decisión.”* (op.cit. p. 327)

Resulta útil recordar aquí que las formas en el obrar de la Administración no son una serie de ritos caprichosos sino que, por el contrario funcionan como una verdadera garantía para los particulares.

En este sentido, dice Patricio Sammartino que en el derecho administrativo *"...merced la gravitación teleológica del interés público, el cumplimiento de las formalidades establecidas en los enunciados normativos adquieren particular relevancia para ordenar racionalmente la actividad administrativa y, coetáneamente, brindar pautas básicas de previsibilidad en el ejercicio de los poderes conferidos por la Constitución Nacional, las leyes y los reglamentos dictados en su consecuencia."* (Sammartino, Patricio M., Cuestiones de Procediendo Administrativo (Jornadas organizadas por la Universidad Austral Facultad de Derecho) "Procedimiento administrativo, juridicidad interés público", Rap, Ciudad de Buenos Aires, 2006, p.45).

Continúa señalando el mencionado autor que *"...los procedimientos sustanciales y esenciales están inicial e indisolublemente ligados a la garantía fundamental del debido proceso adjetivo que aseguran la Constitución (Artículo 18), los instrumentos internacionales elevados al rango constitucional (75 inciso 22) y la propia LNPA (Artículo 1º)"* (op.cit. p. 46).

Agrega que *"...**los diferentes recaudos formales que en el orden normativo impone como parte de iter procedimental, tutelan, en sí mismo, bienes jurídicos de diferente rango y entidad**, los que no se confunden con las razones de interés público que persigue el acto definitivo o terminal que emana como producto de aquel."* (op.cit. p. 47, el destacado es propio).

Señala que *"Significativas razones de interés público comprometidas con el deber de una adecuada, eficaz y democrática administración por parte de las autoridades públicas que tienen atribuida la función administrativa, justifican de igual manera al instituto como herramienta necesaria para el logro de **decisiones administrativas de calidad**"* (op.cit.p.53, el destacado me pertenece).

El Dr. Sammartino finaliza expresando que *"...**el procedimiento administrativo juega hoy una porción importante de su eficacia y eficiencia en su función de cauce primario de protección de los derechos humanos**. En esta misión se anuda el compromiso urgente y vital de la función administrativa con la juridicidad y el interés público"* (op.cit. p.66, énfasis agregado).

I.C.- Por todo lo expuesto, no pueden desconocerse las omisiones apuntadas, en consecuencia, habré de hacer lugar a la suspensión cautelar de la aplicación de la Resolución 643/MEGC/18 solicitada por los coactores, que tendrá vigencia hasta tanto se dé debida intervención a la comunidad educativa y a las entidades de defensa de los niñas, niños y adolescentes en el ámbito local, en cumplimiento de la normas legales y constitucionales ya citadas.

II.A. Ahora, me abocaré al análisis del otro aspecto dentro del objeto de autos, en el caso del expediente 23915/2017 "se ordene al GCBA (Ministerio de Educación) cesar en la vía de hecho por la que el Ministerio de Educación aplica el "Instructivo sobre Forma de Proceder en Casos de Toma

de Establecimientos Educativos" (ver fs. 1 y vta.); en el caso del acumulado (expediente 26685/2017): se declare inaplicable el instructivo sobre la forma de proceder en caso de toma de establecimientos educativos, por configurar una vía de hecho administrativa, vedada por el ordenamiento jurídico; se declare la nulidad de todas las actuaciones administrativas llevadas a cabo en base al Instructivo; se ordene al GCBA se abstenga de aplicar ese instructivo en lo sucesivo o instrumentos de términos similares; y comunicar a los establecimientos la invalidez de dicho instructivo (fs. 1 vta y 2).

A modo de antecedente resulta útil recordar que la aplicación del Instructivo mencionado –que fue difundido por intermedio de una casilla de email oficial a las autoridades de los establecimientos educativos- fue suspendida por la medida cautelar dispuesta en autos a fs. 97/103, que a la fecha se encuentra vigente y firme.

Con relación a los hechos, expresaron los actores que ante un nuevo conflicto con los estudiantes en virtud de la implementación del programa "La Secundaria del Futuro", se ha hecho circular a las casillas de correo electrónico de los Directivos de las escuelas, el Instructivo dejado sin efecto en el año 2012 -por resolución judicial-, en cuanto a la orden para que las autoridades educativas de los establecimientos denuncien en comisarías el hecho de las tomas de los mismos. Destacaron que ello configura una nueva vía de hecho administrativa.

Señalaron también que tanto la Asesoría Tutelar nro. 1 como la Asesoría Tutelar 1 ante la Cámara de Apelaciones del Fuero cursaron oficios a la Ministra de Educación Soledad Acuña a fin de que indicara el acto administrativo por el que se disponía la circulación y puesta en acto del Instructivo impugnado por los actores.

En la respuesta de la Directora General de la Dirección General de Coordinación Legal e Institucional del Ministerio de Educación, Dra. Paula Colombo, a la Asesoría Tutelar ante la Cámara, señaló la funcionaria que el Instructivo no fue emitido por acto administrativo alguno del Ministerio de Educación, negando que se haya formulado denuncia penal a un niño o niña y concluye señalando que se arbitrarán las medidas necesarias para esclarecer administrativamente lo expuesto por el Asesor Tutelar en el oficio en responde.

Por razones que más adelante expondré resulta útil mencionar ahora que dicha respuesta de la Dra. Colombo data del 11 de septiembre de 2017 (ver fs. 33/35).

Por su parte, los actores acompañaron a fs. 37 un acta confeccionada por las autoridades de la escuela "Julio Cortazar" labrada con motivo de la toma de dicha institución en rechazo a la reforma educativa "Secundaria del Futuro". En ella consta que "...esta Conducción debe cumplir con el protocolo emanado por el Ministerio de Educación y que la medida implica usurpación del espacio público" y sigue "Se les informa a los jóvenes de los pasos a seguir de acuerdo al protocolo correspondiente, emitido por el Ministerio de Educación de la Ciudad. Denuncia Policía. Informar a DGCLEI –

Dr. Carlos Mansilla-. Informar al Defensoría del niño, niña y adolescentes. Dirección de Educación Media" (ver fs. 37.)

A fs. 42 luce agregado el "Instructivo sobre forma de proceder en caso de toma de establecimientos educativos" que contiene entre otras las directivas detalladas en el párrafo que antecede.

A fs. 39, 43/44 se observan copias de emails remitidos desde la casilla [dem@bue.edu.ar](mailto:dem@bue.edu.ar) que llevan como asunto "Instructivo por toma".

A fs. 65/67 se encuentra agregada una denuncia penal realizada en el marco del Instructivo aquí cuestionado y negado por las altas autoridades Ministeriales, mediante la cual el Vicerrector a cargo del rectorado de la Escuela Normal Superior nro. 2 expresó su deseo de realizar la denuncia de que el día 7/9/17 a las 19 hs un alumno vocero del Centro de Estudiantes de la escuela secundaria de dicha institución de nombre "Agustín" quien cursa el quinto año le manifestó que los estudiantes estaban en contra de la "Secundaria del Futuro" y decidían pernoctar en el establecimiento. A continuación el funcionario expresó que se hacía presente en esa sede en virtud de que el Ministerio de Educación de la CABA por indicación de la Dirección de Formación Docente le solicitó que realizara la pertinente denuncia.

II.B. En este punto, es dable reiterar que en el artículo 9 de la Ley de Procedimientos Administrativo local se dispone, entre otras cosas, que "[l]a Administración se abstendrá: a) De comportamientos materiales que importen vías de hecho administrativas lesivas de un derecho o garantías constitucionales".

En razón de lo descripto, la actitud adoptada por las altas autoridades de la comunidad educativa se encuentra encuadrada dentro del supuesto del artículo 9 de la Ley de Procedimientos Administrativos, esto es "vías de hecho administrativa" con el agravante de que **el colectivo afectado por tal accionar se encuentra especialmente protegido por el art. 39 de la Constitución local, en particular en tanto lo reconoce como sujetos activos de sus derechos, que deben ser informados, consultados y escuchados**. También puede mencionarse el art. 23 y 24 de la Constitución de esta Ciudad.

Tal como ha sido detallado en la medida cautelar del 13 de septiembre de 2017, ha quedado acreditado en autos que se han enviado instrucciones vía email desde la casilla de la Dirección Educación Media dependiente del Ministerio de Educación de la Ciudad.

Esas instrucciones son las que aparecen volcadas en el documento agregado al expediente a fojas 28, 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 legítima de la Administración Pública, en este caso, el Ministerio de Educación porteño y de su Dirección de Educación Media.

Este hecho no ha sido desconocido por la Dra. Colombo al responder el requerimiento del Asesor Tutelar ante la Cámara de Apelaciones del Fuero, por el contrario expresó en tal oportunidad que se realizarían las acciones necesarias para aclarar administrativamente lo sucedido.

Así las cosas, el 15 de septiembre del año 2017 quien suscribe convocó a las partes y a la Ministra de Educación, Soledad Acuña a una audiencia que fue videofilmada y se encuentra reservada bajo el número A-1518.

En esa oportunidad, la Dra. Colombo, en presencia de la Ministra de Educación, señaló que *"...quiero que quede constancia que el documento, mail, las versiones que circularon por diferentes medios, lo que surgió en el informe que envió el Dr. Moreno no fue emitido por el Ministerio, por ninguna autoridad del Ministerio. No existe ningún acto administrativo, no existe ningún funcionario del Ministerio que haya emitido ningún acto que indique que el supuesto texto, protocolo, instructivo o como lo llamaron que nosotros desconocemos esté vigente" ... "No está vigente, no existe, no tiene ninguna entidad jurídica. Nosotros lo desconocemos. No salió del Ministerio"* (ver CD1 ARCHIVO 1 min 18). A continuación explicó que *"...iniciamos una investigación interna, porque a nosotros nos interesa también saber lo que pudo haber pasado si es que ocurrió"* (CD 1, ARCHIVO 1 min 20)

Las actuaciones administrativas mencionadas, cuya copia se encuentra agregada en autos (ver exp ad effectum 537) se encuentran identificadas como "actuación presumarial exp. Electrónico n° 23705530-DGCLEI-2017".

De su compulsa se observan los siguientes momentos relevantes:

1. 1)El 14/9/2017 en respuesta al requerimiento del Dr. Moreno indica la Dra. Colombo que no se registra ningún acto administrativo con el contenido señalado y solicita se arbitren las medidas necesarias a los fines de esclarecer las manifestaciones vertidas por el Sr. Asesor Tutelar (conf. fs. 6).
2. 2)El 29/9/2017 se incorpora el "supuesto correo electrónico" (sic, ver fs. 15/16)
3. 3)El 13/10/2017 la Directora de Educación Media, Patricia Elena González realiza el informe IF-2017-23631402-DGEGE donde expresa que *"En relación al correo electrónico que obra agregado ... se destaca que no ha sido enviado por la suscripta ni puede advertirse de su lectura quién ha sido el supuesto autor del mismo. En consecuencia, se solicita que se proceda a realizar una investigación a fin de esclarecer los hechos y deslindar responsabilidades..."* (ver fs. 19)
4. 4)El 09/01/2018 se presenta el Sr. Asesor Tutelar ante la Cámara, Dr. Gustavo Daniel Moreno en las actuaciones administrativas y solicita la declaración de 5 testigos, Carlos Mansilla, Gabriel Cruz, Daniel Altamiranda, Claudia Alejandra Marcial y Verónica Mendez (ver fs. 52/53).
5. 5)A continuación, el 11/01/2018 Ricardo Ruggiero, Director General de la Dirección General de Sumarios en virtud de la petición del Sr. Asesor Tutelar, requiere a la Directora General de la DGEGE se cite a Carlos Mansilla a prestar declaración testimonial el 22/01/2018 a las 11 hs (ver fs. 67), a Gabriel Cruz el 22/01/2018 a las 12.30 hs (ver fs. 68), a Daniel Altamiranda el 24/01/2018 a las 11 hs (ver fs. 69), a Claudia Alejandra Marcial el 24/01/2018 a las 12.30 hs (ver fs. 70) y a Verónica Mendez el 26/01/2018 a las 11 hs (ver fs. 71). Además solicitó oficiosamente la declaración de Patricia Elena Gonzalez, para el 26/01/2018 a las 12.30 hs (ver fs. 72)

6. 6) El 24/01/2018 se responde lo requerido por el sumariante señalando que Verónica Mendez y Claudia Marcial se encuentran de licencia anual ordinaria hasta el 15/02/2018 (ver fs. 74 y fs. 75) por ende no fueron notificadas del requerimiento.
7. 7) El 7 de febrero de 2018 se requiere nuevamente se notifique a los testigos citados con nuevas fechas, Mansilla, Cruz y González los días 22, 23 y 26 de febrero de 2018 a las 11 hs, respectivamente. A Marcial y Mendez el 27 de febrero y 1 de marzo de 2018 a las 11 hs. (ver fs. 78). En cuanto a Altamiranda, el 2 de marzo de 2018 a las 11 hs (ver fs. 79).
8. 8) El 21/02/2018 luce un requerimiento del Sr. Mansilla de que se fije nueva audiencia dado que se encontraba abocado a cursos de capacitación (ver fs. 82). Similar petición fue realizada el 22 de febrero de 2018 por el SR. Agustín Luzzi respecto de Cruz y González por fundamentos similares (ver fs. 83/84).
9. 9) A continuación se agregaron copias del expediente judicial y en parte del mismo expediente administrativo que no innovan en modo alguno en el estado de la investigación administrativa.

Resulta oportuno señalar que, las actuaciones administrativas agregadas en copia se encuentran actualizadas al 1 de marzo del corriente año, es decir cinco meses después de su inicio, sin que se haya producido alguna medida probatoria concreta para esclarecer la realidad de los hechos que fueron denunciados por el Sr. Asesor Tutelar.

Esta actitud resulta –en el supuesto más favorable y con mucha buena fe de quien Suscribe– al menos llamativa y preocupante dado que expresa un claro desinterés por parte de los funcionarios del área para esclarecer lo sucedido, o sea identificar al responsable de difundir un Instructivo a través de una casilla oficial de correo electrónico, el cual según la Ministra de Educación, Lic. Soledad Acuña y la Directora General de la Dirección General de coordinación legal e institucional del Ministerio de Educación Dra. Paula Colombo, “es falso, inexistente, carente de vigencia y de toda entidad”.

No obstante la invocada falsedad, inexistencia, carencia de vigencia y de toda entidad del Instructivo, tuvo consecuencias jurídicas gravísimas como ser las existentes y nada falsas denuncias efectuadas en las comisarías.

La misma indiferencia ante estos hechos quedó plasmada en la audiencia del 15/09/2017, por ejemplo cuando la Ministra Soledad Acuña, expresó que “...si hay que trabajar con lo obvio, voy a decir que algo que no existe, no existe y que no se aplica, no hay ningún inconveniente. Si lo que se pretende es que digamos que algo que no existe, no existe, lo podemos decir...” (CD1, ARCHIVO 2, min 8).

Al respecto, es absolutamente reprochable ante estas afirmaciones efectuadas por la Ministra ante el Tribunal que incurra en una tolerancia hacia las consecuencias graves que implica estar denunciado chicos en una comisaría en virtud de instrucciones que dijo, reitero, falsas, inexistentes, carentes de vigencia y de toda entidad.

En atención al estado casi inicial, eufemísticamente hablando, de la grandilocuente "investigación", quien suscribe deberá resolver lo atinente a las vías de hecho administrativas, que por todo lo expuesto han quedado acabadamente demostradas, por lo cual corresponde hacer lugar a la pretensión de los coactores con relación a ello.

II.C. En cuanto al contenido de dicho Instructivo, en particular lo referente a la denuncia policial como única herramienta prevista por las autoridades Ministeriales para desactivar la situación de toma (el uso del término desactivar no es azaroso, y a todo evento destaco que no es equiparable a resolver) resulta oportuno recordar las conclusiones arribadas oportunamente en el caso "Ruanova c/ GCBA s/ Amparo".

"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 ilegitimidad formal y sustancial de la que adolece la instrucción de acudir a la comisaría.** Ilegitimidad 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 ilegitimidad 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. Desde las Ciencias Sociales se parte del supuesto que toda relación social implica conflicto. Asimismo, si bien se habla de conflicto cuando nos encontramos en situaciones donde dos o más partes luchan por imponer sus valores o por el acceso a recursos, el conflicto en sí mismo no implica la desintegración/ruptura de las relaciones humanas, por el contrario, nos muestra la otra cara de lo que las compone y mantiene unidas. (ROGRÍGUEZ, José Gregorio, (Coordinador Programa) (2003) "Educación, convivencia, conflicto y democracia: una exploración sobre discursos y experiencias en Colombia que incorporan prácticas artísticas, lúdicas o mediáticas" Informe final, Universidad Nacional de Colombia – Programa RED 2003, Agosto, Bogotá)

A su vez, el conflicto se basa en determinadas posiciones relativas (por ejemplo: entre géneros, entre grupos de edad, entre clases, etc.) y al aspecto material que cada posición representa. Entonces resulta claro que es imposible vivir sin conflicto, porque estos aspectos (la posición basada en un grupo y el aspecto material al cual representa) no pueden anularse por completo.

La sociedad se construye cuando sus miembros interactúan. Por lo cual, el conflicto acontecería cuando la comunicación entre las partes se corta. Por ello, resulta fundamental que las pautas de interacción sean

entendidas y avaladas por los miembros de la sociedad que las utilizarán, para que a través de ellas se pueda manejar cualquier conflicto que acontezca.

*"En caso de que no exista un sistema normativo o legal central que para los actores sea legítimo, la posibilidad de la rebelión, insurrección o protesta sigue estando presente."* (Rodríguez 2003:33)

Por ello, habría que preguntarse si esto último no es factible de ser modificado para que en un futuro las protestas estudiantiles puedan ser abordadas de manera diferente por las autoridades ministeriales, generando algún canal legítimo de interacción entre las partes.

En este sentido, cabría encontrar canales comunicacionales alternativos que no confluyan en el castigo y permitan una participación donde los miembros de la comunidad educativa y organizaciones de defensa de los niños, niñas y adolescentes sean oídos y, en consecuencia los conflictos dirimidos de conformidad a lo que dispone la Ley y en acuerdo de todas las partes.

Considerando entonces que el conflicto es una cualidad intrínseca de las relaciones sociales, cabe señalar que el abordaje alternativo a vías punitivas mismo por parte del Estado resulta imprescindible en cuanto debe velar por la igualdad de las personas y sus derechos, es decir que cada una de los intervinientes en el conflicto deben conformar un intercambio equitativo, sustancial y efectivo. Si esto no ocurriera, lo que primaría sería la imposición absoluta del más fuerte o más poderoso sobre el más débil.

*"Si la gestión del conflicto social tiene como objetivo sólo controlar la conducta de las partes o actores o de "apagar el fuego" sin iniciar procesos profundos de transformación del conflicto social, se convierte en una intervención instrumentalista y poco ética. Efectivamente, este tipo de intervención de corto plazo, puede lograr que las partes o actores se comprometan a no continuar con las conductas negativas; sin embargo, mientras las causas del conflicto social se mantengan, el proceso de intervención se termina desgastando en el mediano plazo y el conflicto social tiende a emerger con más dureza debido a la frustración de las partes o actores."*(Huamaní Ober, Giselle (2012) "Programa de capacitación en gestión de conflictos sociales para gobiernos regionales y locales: análisis de conflictos sociales" Proyecto US AID/Perú ProDescentralización, Marzo 2012)

*"Así, tanto como se ha dicho que hay que entender al "administrado" como colaborador de la Administración, no puede soslayarse que, en paralelo, es preciso entender a la Administración –y al Estado- como servidora de los ciudadanos.*

*(...) Como bien señala Elena Highton, 'son momentos de búsqueda de consenso y pacificación, el panorama del conflicto ofrece procesos alternativos como nuevas y mejores formas de resolver nuestras controversias'. Nada mejor, entonces, que el Estado siga impulsando los métodos alternativos, y que sea él mismo el que se involucre como parte en ese proceso."* (SÁ ZEICHEN, Gustavo (2016)"Los métodos alternativos de resolución de conflictos en las controversias en que el Estado es parte" En:

Mertehikian, Eduardo (Dir.) Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública. Año XXXVIII.452. Mayo 2016. Pag.11-15.)

En la misma línea argumental, encontrar los canales comunicacionales alternativos que no confluyan en el castigo y permitan una participación donde "(...) *ser ciudadano incluye dos aspectos: acceso y compromiso*", puede considerarse una opción a ser evaluada. (SAVENIJE, Win (2015) "*Seguridad, prevención y proyectos de desarrollo y políticas públicas: observaciones antropológicas*" Clase virtual, Seminario de Antropología del Desarrollo, FLACSO, Buenos Aires.)

En este sentido, podemos transpolar elementos que son trabajados en la problemática del abordaje de la seguridad, donde se hace referencia al concepto de *seguridad pública*, como mecanismo de intervención estatal. Esta perspectiva de abordaje pone el acento en la participación y la construcción de ciudadanía, al respecto "(...) *enfatisa el aspecto de la corresponsabilidad de la seguridad entre ciudadanos y Estado, específicamente en el aspecto de la participación, en el marco de la concepción de ciudadanía en el que los miembros de una comunidad se constituyen en sujetos de la acción política y se rigen por los valores y principios de la democracia* (González, 2033:15). De esta manera, un núcleo del concepto de *seguridad ciudadana* es la *participación y responsabilidad compartida de la gente y los organismos del Estado en cuanto a los esfuerzos de prevenir violencia y delitos.*" (Savenije, 2015), Por ello "*la capacidad de intervenir y solucionar colectivamente los problemas de la comunidad y trabajar para el bien común, es decir, la eficacia colectiva, depende mucho de la confianza mutua y solidaridad entre los vecinos*" (Sampson, Raudenbush, y Earls, 1997 –En: Savenije, 2015-)

Esto último puede leerse en relación a la interacción de las autoridades ministeriales con la comunidad educativa, y en particular con los estudiantes, para evitar, a través de la participación y discusión, la problemática aquí abordada o sea la toma de los establecimientos.

III.- A modo de conclusión, resulta oportuno recordar los principios que rigen el Sistema Escolar de Convivencia (ley 223, BOCBA 774, del 10/09/1999), que se encuentran desarrollados en el art. 6° de la citada norma local, en tanto establece que son sus objetivos:

1. a. *Propiciar la participación democrática de todos los sectores de comunidad educativa, según la competencia y responsabilidad de cada uno, en la elaboración, construcción y respeto de las normas que rijan la convivencia institucional con el fin de facilitar un clima de trabajo armónico para el desarrollo de la tarea pedagógica.*
2. b. *Promover, en toda la comunidad educativa, los siguientes valores: El respeto por la vida, la integridad física y moral de las personas; La justicia, la verdad y la honradez; La defensa de la paz y la no violencia; El respeto y la aceptación de las diferencias; La solidaridad, la cooperación y el rechazo de todo tipo de discriminación; La responsabilidad ciudadana, el respeto a los símbolos patrios y el compromiso social; La responsabilidad individual;*

3. *c.Fomentar la práctica permanente de la evaluación de conductas según las pautas establecidas en el sistema Escolar de Convivencia, como fundamento del proceso de educar.*
4. *d.Facilitar la búsqueda de consenso a través del diálogo para el reconocimiento, abordaje y solución de los conflictos. [...]*
1. *f.Posibilitar la formación de los alumnos en las prácticas de la ciudadanía democrática, mediante la participación responsable en la construcción de una convivencia armónica en los establecimientos educativos.*
2. *g.Proveer a las instituciones educativas de mecanismos eficaces para la resolución de los conflictos.*

Todo ello debe llevarnos a reflexionar sobre la razonabilidad que debe existir en el obrar de la Administración. Revisar cómo las medidas que se adopten ante un conflicto permitirían concretar los objetivos que el legislador local plasmó en esta norma específica para el ámbito escolar y seguir sus lineamientos, que se compadecen de forma total con los preceptos Constitucionales.

Por lo expuesto, **FALLO:**

1.- Admitiendo el hecho nuevo consistente en el dictado de la resolución 643/MEGC/18.

2.- Declarando parcialmente abstracto el objeto de las actuaciones, en relación al dictado de un nuevo protocolo para el caso de protesta estudiantil.

3.- Ordenando al GCBA subsane las omisiones incurridas en la elaboración de las pautas aprobadas por la resolución 643/MEGC/18, confiriendo la debida participación a la comunidad educativa y a las entidades de defensa de los derechos de niños, niñas y adolescentes.

4.- Suspendiendo la aplicación de la resolución 643/MEGC/18 dichas pautas de manera precautoria hasta tanto se dé acabado cumplimiento con lo dispuesto en el punto 3 del fallo.

5.- Declarando inaplicable el "instructivo sobre la forma de proceder en caso de toma de establecimientos educativos" por configurar una vía de hecho administrativa y disponiendo su inaplicabilidad total en el futuro.

6.- Ordenando al Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires poner en conocimiento de los Directores y/o Rectores de establecimientos educativos de la Ciudad de Buenos Aires de esta decisión.

7.- Imponer las costas a la demandada vencida (art. 62 del CCAyT), dejándose constancia que los honorarios de los integrantes del Ministerio Público de la Defensa y Tutelar no se regulan en razón de haber actuado en cumplimiento de sus obligaciones constitucionales y legales.

Regístrese, agréguese copia de la presente al expediente 26885/2017-0 y notifíquese a las partes por cédula y en su caso mediante la remisión de las actuaciones, y luego al Ministerio Público Fiscal.

Fdo. Elena Amanda Liberatori. Jueza