

“ASOCIACIÓN CIVIL POR LA IGUALDAD Y LA JUSTICIA (ACIJ) CONTRA GCBA SOBRE AMPARO (ART. 14 CCABA)”, EXPTE: EXP 41747 / 0 Ciudad de Buenos Aires, 27 de junio de 2014. Y VISTOS: Los autos identificados en el epígrafe, para resolver los recursos de apelación planteados por el Sr. Asesor Tutelar de primera instancia a fs. 893/897 vta., el GCBA a fs. 898/907 y la actora a fs. 911/927 vta. contra la sentencia de fs. 873/887 vta.; CONSIDERANDO: Los Dres. Estaban Centanaro y Gabriela Seijas dijeron: I. Las cuestiones planteadas han sido adecuadamente analizadas en el dictamen de la Sra. Fiscal ante la Cámara, a cuyos fundamentos, que en lo sustancial son compartidos, corresponde remitirse en razón de la brevedad. Por ello, de conformidad con lo dictaminado por la señora Fiscal, corresponde confirmar el punto 1 del resolutorio de la setencia apelada y modificar el punto 2, ordenando al GCBA que desarrolle y presente un programa de extensión de la modalidad de jornada completa en los distritos escolares 5 y 19, en los términos de la resolución CFE 188/12, con costas a la demandada quien ha sido sustancialmente vencida (conf. artículo 62, primer párrafo, CCAyT). El Dr. Hugo Zuleta dijo: Comparto lo sostenido por mis colegas y la solución que propician. Sin embargo considero que, a los fines de que la condena resulte plenamente efectiva y exigible, debe también compeler al Gobierno de la Ciudad a incluir en el próximo presupuesto que se presente a la Legislatura la partida correspondiente al programa de extensión de la modalidad de jornada completa en los distritos escolares 5 y 19, que -en los términos de la resolución CFE 188/12- se obliga a desarrollar y presentar. La previsión de asignación presupuestaria que aquí se dispone deberá ser acreditada dentro de los 15 días siguientes a la presentación del presupuesto correspondiente al año en que quede firme la sentencia de autos. Así voto. Por lo expuesto, por mayoría, se RESUELVE: Confirmar el punto 1 del resolutorio de la setencia apelada y modificar el punto 2, ordenando al GCBA que desarrolle y presente un programa de extensión de la modalidad de jornada completa en los distritos escolares 5 y 19, en los términos de la resolución CFE 188/12, con costas a la demandada quien ha sido sustancialmente vencida (conf. artículo 62, primer párrafo, CCAyT). Regístrese y notifíquese a la Sra. Fiscal y al Sr. Asesor Tutelar en sus públicos despachos y a las partes por Secretaría. Oportunamente, devuélvase.

#### **Dictamen de la Sra. Fiscal ante la Cámara, del 24 de abril de 2014**

“ASOCIACION CIVIL POR LA IGUALDAD Y LA JUSTICIA (ACIJ) CONTRA GCBA SOBRE AMPARO (ART. 14 CCABA)”, Expte: EXP 41747 / 0 Sala III E X C M A. C A M A R A: I. Llegan estas actuaciones a conocimiento de V.E. con motivo de los recursos de apelación interpuestos por el Asesor Tutelar (fs. 897 vta.), por la Ciudad (fs. 898/907) y por la actora (fs. 911/927 vta) contra la sentencia de fecha 11 de septiembre de 2012 (fs. 873/887 vta.) que hizo lugar parcialmente a la acción de amparo incoada. II. Los recursos resultan formalmente admisibles en los términos del art. 20 de la ley 2145 (v. fs. 892, 897 vta., 936, 907 vta., 937 y 927 vta.). III. La actora promovió una acción de amparo colectivo (fs. 1/40) contra la Ciudad con el objeto de que se la condene a “cesar en su práctica discriminatoria consistente en distribuir en forma inequitativa la oferta de educación primaria de jornada completa de gestión estatal en perjuicio de las niñas y niños de los distritos escolares 5, 19 y 21...” y a recomponer los efectos discriminatorios de su práctica mediante la

creación de establecimientos educativos de gestión estatal de nivel primario en la modalidad de jornada completa en los distritos escolares 5, 19 y 21 en una cantidad adecuada al estándar constitucional de igualdad de oportunidades (ver fs. 3 vta.). Relata que en los distritos escolares 5, 19 y 21 se encuentra la población de condición socioeconómica más desventajosa de la Ciudad y que se presenta una situación estructural de flagrante discriminación en perjuicio de los niños y niñas que allí viven, toda vez que en esos distritos la oferta educativa de gestión estatal de nivel primario en doble jornada es considerablemente menor a la existente en otros barrios de la Ciudad de mejor condición socioeconómica, llegando a triplicar la proporción de matrícula en jornada completa de las zonas desfavorecidas. Explica que la modalidad de educación de jornada completa presenta numerosas ventajas en comparación con la de jornada simple, ya que el mayor tiempo que los niños pasan en la escuela permite brindarles mayor contención social y pedagógica, al tiempo que sus padres disponen de mayor tiempo para trabajar y así procurar el sustento de sus familias. Sostiene que la enorme desigualdad que existe en las posibilidades de acceso a la educación de jornada completa de los niños de los distritos mencionados vulnera flagrantemente el principio de no discriminación y los derechos a la igualdad de oportunidades y a la educación que amparan tanto la Constitución Nacional como local. Señala que el GCBA tuvo a su disposición recursos económicos para incrementar la cantidad de unidades educativas en los distritos marginados y no los utilizó, en franca contraposición con el principio constitucional de utilización del máximo de los recursos disponibles para la plena realización del derecho a la educación. Además, destacó que entre las medidas que el GCBA proyecta en materia de infraestructura escolar, poco y nada se dirige a remediar la situación existente en los próximos años. Fundó su pretensión en derecho y solicitó se haga lugar a la demanda. La señora juez a quo hizo lugar parcialmente a la acción de amparo (v. fs. 873/887 vta.). Para así decidir, efectuó una reseña de los argumentos de las partes y de las pruebas producidas en autos y sostuvo, en primer término, que la vía del amparo resulta procedente, toda vez que en el presente caso se debate el acceso de los menores residentes en los distritos escolares 5, 19 y 21 a la educación primaria de jornada completa de gestión estatal en igualdad de condiciones que aquellos que habitan en otras zonas de la Ciudad, es decir que se encuentran en juego el derecho a la igualdad y a la educación, así como el principio de no discriminación. Al respecto, manifestó que “se discuten aquí derechos de origen constitucional, que a la sazón, pertenecen a grupos merecedores de especial tutela, en razón de su edad y de su condición social de vulnerabilidad” (fs. 876 vta., segundo párrafo). Señaló, además, que el trámite procesal de la causa no ha restringido el derecho de defensa del GCBA ni la posibilidad de éste de producir las pruebas de las que quiso valerse, por lo que no resulta atendible el genérico cuestionamiento de la vía efectuado por la Ciudad. En segundo lugar, consideró que la actora —la Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia – ACIJ— se encuentra legitimada para actuar, de conformidad con lo previsto en el artículo 14 de la Constitución de la Ciudad que reconoce legitimación a las personas jurídicas defensoras de los derechos constitucionales, cuando la acción se ejerza contra alguna forma de discriminación, o en los casos en que se vean afectados derechos o intereses colectivos. En ese contexto, expresó que “a tenor de los intereses y derechos que se reclaman conculcados, que están íntimamente vinculados a la dignidad de un sector que merece atención constitucional preferente, se admitirá la legitimación de la parte actora y la existencia de un ‘caso’ constitucional” (fs. 877, cuarto párrafo). En lo que

refiere a la procedencia sustancial de la acción, efectuó un minucioso repaso de las normas constitucionales y legales aplicables al presente caso y concluyó que “el bloque de legalidad recordado le impone [a la Ciudad] un deber inexcusable de asegurar y financiar el acceso a la educación sin discriminación; de dedicar una mayor inversión anual por alumno y de generar políticas especiales de compensación educativa en beneficio de las áreas con poblaciones social y económicamente vulnerables. El incumplimiento total o parcial de algunos de los deberes enunciados, sea por acción u omisión, configura una lesión a los derechos que la Constitución nacional, local y los tratados internacionales reconocen a los niños...” (fs. 879 vta.). Sostuvo que la conveniencia de la existencia de la educación primaria de jornada completa no es una materia que pueda juzgar el Tribunal y que esa cuestión ha sido valorada positivamente por el legislador nacional al establecer —con el dictado de la ley 26.075— que esta modalidad educativa debe estar disponible, en un horizonte de cumplimiento progresivo, para el 30% de los alumnos de todo el país, con preponderancia para los alumnos de las zonas más desfavorecidas. En este sentido, destacó que la ley 26.075 constituye derecho vigente y es, por ende, un estándar al que el Tribunal debe ajustarse (ver consid. V.1. fs. 881). En ese contexto, señaló que de las constancias de la causa se desprende que existieron requerimientos de vacantes en la modalidad de jornada completa para el ciclo lectivo 2012 que no pudieron satisfacerse, por lo que los niños fueron inscriptos en escuelas de jornada simple y que, en el año 2011, no pudieron cubrirse alrededor de 270 y 193 pedidos de jornada completa por inexistencia de vacantes en los distritos educativos 5 y 19 (conf. consid. V.9, fs. 882 vta./883) . Por otro lado, resaltó que de los informes proporcionados por la Ciudad surge que el único distrito escolar en el que no se alcanza la pauta del 30% prevista por la ley 26.075, es el DE 21, en el que sólo el 21% de los alumnos concurre a la modalidad de jornada completa. A esto agregó que el único proyecto de infraestructura escolar que se está realizando en ese distrito no contempla un incremento de vacantes de relevancia en la modalidad requerida, por lo que infirió que ese porcentaje no se modificará sustancialmente en breve (consid. V.10, fs. 883). En cuanto a los distritos educativos 5 y 19, señaló que si bien en ellos se cumple la pauta legal, la oferta existente es sensiblemente menor a la de otros distritos educativos. Sin embargo, consideró que obligar al GCBA a igualar esa oferta con la existente en los distritos educativos ubicados en zona norte de la Ciudad podría llevar, por vía indirecta, a detraer recursos para otros distritos, que no pertenecen ni a una ni a otra zona, pero a los que igualmente concurren alumnos de los estratos socioeconómicos más desfavorecidos (fs. 886). Finalmente, indicó que “la paradoja con la que se encuentra el Tribunal es que aun cuando el mandato de la ley 26.075 se encuentra globalmente cumplido en la órbita de la Ciudad de Buenos Aires, porque en términos generales, esta jurisdicción alcanza el 30% de las escuelas de doble jornada que postula la ley, esta cobertura no refleja el orden de prioridades decidido por el legislador puesto que no son los distritos más pobres de la Ciudad, sino los más ricos, los que tienen mayor proporción de escuelas de doble jornada. [...] Por ello, si bien no puedo atribuir a una decisión o práctica discriminatoria la brecha existente entre la cantidad de escuelas de jornada ampliada en la zona norte y la zona sur, sí puedo concluir que la falta de implementación de un programa destinado a subsanar estas diferencias configura una omisión antijurídica” (ver fs. 884, primer y segundo párrafos). Así, condenó al GCBA a desarrollar un programa tendiente a satisfacer en el distrito educativo 21 la pauta del 30% dispuesta por la ley 26.075 y a garantizar, mientras ese programa se ejecute y

concluya, la cobertura del número de vacantes requeridas en la modalidad de doble jornada hasta alcanzar dicho porcentaje, sea en escuelas estatales de los distritos vecinos o en escuelas privadas ubicadas dentro del distrito 21 o lindantes a éste. Además, exhortó a las autoridades del Poder Ejecutivo y del Poder Legislativo de la Ciudad a implementar políticas públicas destinadas a igualar la oferta de escuelas de doble jornada en los distritos electorales 5 y 19, con el promedio de esta modalidad de toda la Ciudad (ver fs. 887 y vta.). Esa decisión fue apelada por el Asesor Tutelar (fs. 893/897 vta.), por la Ciudad (fs. 898/907) y por la actora (fs. 911/927). El Asesor Tutelar se agravia —en síntesis— porque: (i) la magistrada de grado desatendió los argumentos de la parte actora y de la Asesoría Tutelar referidos a la violación al derecho a la igualdad y el principio de no discriminación en el caso de los distritos escolares 5, 19 y 21; (ii) la pauta del 30% establecida en la ley 26.075 no puede ser el único parámetro para determinar si se encuentran o no lesionados los derechos y principios constitucionales en juego; (iii) la simple exhortación formulada por la a quo al GCBA respecto a los distritos escolares 5 y 19 no se condice con las probanzas de la causa que dan cuenta de la existencia de un trato discriminatorio, lo que implica convalidar la omisión antijurídica en que incurre el GCBA y que fue reconocida por la jueza de grado (fs. 893/897 vta.). Por su parte, la actora se agravia porque: (i) la sentencia es arbitraria y autocontradictoria, por cuanto si bien reconoce la desigualdad en el acceso a la educación de jornada completa de los niños que residen en los distritos electorales 5, 19 y 21 y declara su carácter antijurídico, se limita a exhortar a las autoridades a adoptar medidas en los primeros dos casos y la condena a tomar medidas insuficientes en el último; (ii) la sentenciante confunde la pauta del 30% prevista en la ley 26.075 con el planteo realizado en la demanda, basado en la violación del derecho a la igualdad y a la no discriminación; (iii) la sentencia reduce a la nada el derecho a la igualdad y a la no discriminación en el acceso a la educación de los niños de los DE 5, 19 y 21, admitiendo y ratificando la estructural desventaja educativa y negando toda operatividad a derechos y principios de jerarquía constitucional; (iv) el criterio dispuesto en la sentencia para determinar la forma de llegar al 30% de alumnos en escuelas de jornada completa en el DE 21 no contempla el dato de la reubicación fuera del distrito; (v) el exhorto efectuado respecto de los distritos 5 y 19 vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva y al debido proceso; (vi) la afirmación de que derivar más esfuerzos presupuestarios para remediar el desigual acceso a la jornada completa que padecen los niños de los DE 5, 19 y 21 podría llevar a detraer recursos de otros distritos es arbitraria y carece de todo sustento; y (vii) al realizar el exhorto a las autoridades, la jueza utiliza como parámetro para igualar oportunidades de acceso a la jornada completa el promedio de la Ciudad, criterio claramente inadecuado al estándar de igualdad de oportunidades y de trato (fs. 911/927 vta.). Finalmente, el GCBA se agravia básicamente argumentando que: (i) la actora no está legitimada para interponer la presente acción de amparo; (ii) la sentenciante subdividió la Ciudad en distritos escolares a fin de analizar el cumplimiento de la pauta del 30% exigida por la ley 26.075 cuando, en realidad, ese porcentaje debe computarse respecto de la totalidad de la Ciudad de Buenos Aires; (iii) no existe una lesión constitucional o legal; y (iv) la sentencia implica una intromisión del Poder Judicial en funciones que son privativas del Poder Ejecutivo (fs. 898/907).

IV. Así las cosas, resulta pertinente efectuar las siguientes consideraciones, destacando que los tres recursos serán tratados en forma conjunta. a) En primer lugar, corresponde tratar el agravio del GCBA cuestionando la legitimación activa de la Asociación actora ya que, en caso ser

considerado procedente, resultaría innecesario el análisis del resto de los agravios planteados. Al respecto, la magistrada de grado reconoció legitimación a la amparista fundada en el artículo 14 de la Constitución local y las circunstancias de que ACIJ tiene personería jurídica y su actuar está destinado a promover la protección y defensa de los derechos consagrados en la Constitución. Además, recordó la clasificación de derechos efectuada por la Corte Suprema en el caso “Halabi” y señaló que en los casos de derechos colectivos —tanto cuando tienen por objeto bienes homogéneos como cuando pretenden tutelar intereses individuales— la legitimación que se reconoce a asociaciones como la actora es anómala en cuanto resulta meramente procesal y no obsta la legitimación sustancial que pudiera corresponder a los afectados directos —en el caso, los menores que ven vulnerado su derecho a la educación por no contar con vacantes en escuelas de jornada completa—. La Ciudad, por su parte, argumenta que la clasificación de las tres categorías de derechos efectuada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa “Halabi” —según su criterio— crea inconsistencias “con relación a las legitimaciones procesales que admite, en confrontación con las normas jurídico-procesales vigentes” (fs. 899). En este sentido, sostiene que las condiciones de admisibilidad de una demanda no pueden ser determinadas por un fallo judicial, ya que de este modo se invaden competencias específicas del Poder Legislativo que es quien tiene competencia para sancionar códigos de procedimiento. Al respecto, entiende que “sin perjuicio de que se dieran en autos los tres requisitos allí establecidos (causa fáctica común, afectación de un interés colectivo y que el interés individual considerado aisladamente, no justifique la promoción de una demanda, con lo cual podría verse afectado el acceso a la justicia), ante la ausencia de una regulación legal de este tipo de acciones el cumplimiento de dichos requisitos no es suficiente en todos los casos en que se planteen acciones colectivas” (fs. 899). Finalmente, indica que no están presentes los requisitos indicados en el fallo “Halabi” para la procedencia de acciones colectivas ya que: a) resulta posible identificar a las personas que serían las titulares del derecho que se reclama; b) no se alcanza a ver que la afectación al derecho a la educación alcance a un número relevante de casos, de modo tal que la actuación de todos sea impracticable; y c) no existen cuestiones de hecho y de derecho comunes a la clase, pues la situación de los menores comprometidos según la sentencia, no surge que sea igual (fs. 899 vta.). A fin de tratar este agravio, en primer término, cabe señalar que la legitimación es, básicamente, “la facultad de estar en juicio que otorga un ordenamiento jurídico, según el grado de interés que invoque una persona con respecto al derecho que pretende hacer valer” (conf. Toricelli, Maximiliano, “Un importante avance en materia de legitimación activa”, LL, 04/03/2009). Tal facultad se obtiene cuando existe violación de algún derecho que causa un daño que activa la intervención judicial para lograr su reparación. En tal sentido, en materia de legitimación procesal, la CSJN ha delimitado tres categorías de derechos: (i) individuales; (ii) de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos; y (iii) de incidencia colectiva que tienen por objeto intereses individuales homogéneos. De la determinación de la naturaleza jurídica del derecho cuya protección se requiere dependerá quién o quiénes son las personas legitimadas para iniciar la acción (conf. CSJN, in re “Halabi, Ernesto c/ PEN – ley 25873 – dto. 1563/04 s/ amparo”, sentencia del 24/02/2009, Fallos 332:111, consid. 8 y 9). Así, en el primer caso, la acción sólo podrá ser intentada por el titular del derecho afectado. En el segundo supuesto, estarán legitimados el afectado, el Defensor del Pueblo de la Nación y las asociaciones que concentran el interés

colectivo. Finalmente, en el caso de derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto intereses individuales homogéneos, el máximo Tribunal sostuvo que su procedencia requiere la verificación de tres elementos: a) la existencia de un hecho único o complejo que causa una lesión a una pluralidad relevante de derechos individuales; b) que la pretensión debe estar concentrada en los efectos comunes y no en lo que cada individuo puede peticionar; y c) que el interés individual considerado aisladamente, no justifique la promoción de una demanda (conf. CSJN, in re “Halabi”, consid. 10 a 13). Pero no sólo estos lineamientos de la Corte Suprema de Justicia sirven para analizar la legitimación de la actora, sino que, al respecto, cabe recordar que el artículo 14, CCABA, en lo que aquí interesa, dispone: “Toda persona puede ejercer acción expedita, rápida y gratuita de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares que en forma actual o inminente, lesione, restrinja, altere o amenace con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por la Constitución Nacional, los tratados internacionales, las leyes de la Nación, la presente Constitución, las leyes dictadas en su consecuencia y los tratados interjurisdiccionales en los que la Ciudad sea parte. Están legitimados para interponerla cualquier habitante y las personas jurídicas defensoras de derechos humanos o intereses colectivos, cuando la acción se ejerza contra alguna forma de discriminación, o en los casos en que se vean afectados derechos o intereses colectivos, como la protección del ambiente, del trabajo y la seguridad social, del patrimonio cultural e histórico de la Ciudad, de la competencia, del usuario o del consumidor...” (el subrayado me pertenece). Esta norma ha permitido sostener, que en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires la legitimación expandida que regula el art. 14, CCABA no se agota con la clasificación de las tres categorías efectuada por la Corte, sino que el constituyente local además autorizó a cualquier habitante a interponer acción de amparo cuando la acción se ejerza contra alguna forma de discriminación o en los casos en que se vean afectados derechos o intereses colectivos, como la protección del ambiente, del trabajo y la seguridad social, del patrimonio cultural e histórico de la Ciudad, de la competencia, del usuario o del consumidor (conf. TSJ, in re “Barila Santiago c/ GCBA s/ amparo (art. 14 CCABA) s/ recurso de inconstitucionalidad concedido” y su acumulado “GCBA s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: Barila Santiago c/ GCBA s/ amparo (art. 14 CCABA)”, sentencia del 04/11/2009, voto del Dr. Lozano). Es decir que si tradicionalmente la legitimación supuso una relación entre las personas y el objeto del litigio (conf. Sala II en “Ing. Augusto H. Spinazzola S.A. c/ GCBA y otros s/ otros procesos incidentales”, EXP 29954/2, del 02/12/08), en la actualidad ese concepto se ensanchó y se admite la posibilidad de que se inicien acciones judiciales al margen de la posición que el demandante ostenta en relación con el bien colectivo tutelado, en tanto “el carácter indivisible de los derechos colectivos en sentido estricto, o el que reciben aquellos otros que acceden a esa categoría por disposición normativa (vgr. consumidores y usuarios), conduce a que desaparezca la posibilidad de invocar titularidad exclusiva a su respecto” (conf. TSJ, in re TSJ, in re “Barila”, voto del Dr. Lozano, consid. I). Ahora bien, en mi opinión, los argumentos del GCBA criticando la doctrina de la CSJN en el fallo “Halabi” en el sentido de que se invade la esfera propia del Poder Legislativo, quien sería el único facultado para legislar materia de amparo colectivo y legitimación procesal resultan insuficientes para desvirtuar su aplicación al caso. En efecto, la Ciudad parece olvidar que el fallo “Halabi” y la categorización que en él efectuó la Corte respondieron —precisamente— a la falta de regulación

existente en el orden nacional de la figura del amparo colectivo al punto que el Máximo Tribunal advirtiera que “...las previsiones constitucionales en juego son claramente operativas y es obligación de los jueces darle eficacia, cuando se aporta nítida evidencia sobre la afectación de un derecho fundamental y del acceso a la justicia. La CSJN ha dicho que donde hay un derecho hay un remedio para hacerlo valer toda vez que sea desconocido; principio del que ha nacido la acción de amparo, pues las garantías constitucionales existen y protegen a sus destinatarios por el solo hecho de estar en la Constitución e independientemente de sus leyes reglamentarias, cuyas limitaciones no pueden constituir obstáculo para la vigencia efectiva de dichas garantías” (conf. CSJN, in re “Halabi” citado). Del mismo modo, en la Ciudad —a pesar del tiempo transcurrido desde la sanción de la Constitución local— sigue sin legislarse las normas procesales sobre el amparo colectivo, carencia que ha sido resaltada por el Tribunal Superior de Justicia sosteniendo que “la generosa apertura en materia de legitimación activa en el amparo y la proyección expansiva de estos pronunciamientos, acarrear problemas jurídicos que, muchas veces, no han sido imaginados al establecerse el diseño constitucional y que pueden generar consecuencias imprevistas. No obstante, como es imperioso asegurar la tutela efectiva de los derechos amparados en la Constitución, parece adecuado insistir en la obligación legislativa de reglamentar los procesos colectivos a que alude el art. 14 CCABA, programando soluciones adecuadas para los problemas planteados. En suma, frente a la complejidad actual de la sociedad, los legisladores deben brindar a esta categoría de procesos colectivos un cauce judicial razonable, evitando interpretaciones constitucionales tan dilatadas que conviertan al segundo párrafo del art. 14 CCABA en un dispositivo judicial apto para promover todo tipo de cuestiones” (conf. TSJ, in re “Barila”, voto de los Dres. Conde y Casás, consid. 4). Finalmente, estimo oportuno destacar que el artículo 14, CCABA, otorga amplia legitimación a asociaciones como la aquí actora en aquellos casos en que la acción se ejerza contra alguna forma de discriminación. Así, por todo lo expuesto y toda vez que en el presente caso la amparista denuncia la existencia de “una práctica discriminatoria consistente en distribuir en forma inequitativa la oferta de educación primaria de jornada completa de gestión estatal en perjuicio de las niñas y niños de los distritos escolares 5, 19 y 21” (ver fs. 3 vta.), estimo que corresponde tenerla por legitimada. En consecuencia, considero que este agravio debe ser desestimado. b) A fin de tratar el resto de los agravios articulados por el GCBA, el Sr. Asesor Tutelar y la actora, estimo imprescindible efectuar un breve repaso de las normas jurídicas aplicables al presente caso. Al respecto, destaco que tanto la Constitución Nacional como diversos tratados internacionales consagran el derecho a la educación de los niños y adolescentes (conf. arts. 14, CN; 12, de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre; 26, de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 13, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; 28, de la Convención sobre Derechos del Niño; entre otros). El goce de ese derecho debe estar orientado —de conformidad con las normas mencionadas— a favorecer el desarrollo de la personalidad, las aptitudes y la capacidad mental y física de los niños y adolescentes, de inculcarle respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales, asegurando la escolaridad desde el nivel inicial hasta el superior. Además, varios instrumentos internacionales refieren al carácter progresivo de tales derechos, comprometiéndolo a los Estados parte a adoptar las medidas, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos en ellos

reconocidos, en la medida de los recursos disponibles (conf. art. 26, de la Convención Americana de Derechos Humanos; 2, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; 4, de la Convención sobre Derechos del Niño; entre otros). A su vez, la ley 26.075 —de incremento de la inversión en educación, ciencia y tecnología, promulgada el 9/1/2006— dispuso que el Gobierno Nacional, los Gobiernos provinciales y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires aumentaran la inversión en educación, ciencia y tecnología entre los años 2006 y 2010, con el objeto de garantizar la igualdad de oportunidades de aprendizaje, mejorar la calidad de la enseñanza y fortalecer la investigación científico-tecnológica (conf. art.1). Dicha norma especificó que el incremento de la inversión debería destinarse, prioritariamente, a garantizar un mínimo de 10 años de escolaridad obligatoria para todos los niños, niñas y jóvenes y lograr que, como mínimo, el 30% de los alumnos de educación básica tengan acceso a escuelas de jornada extendida o completa, priorizando a los sectores sociales y las zonas geográficas más desfavorecidas (conf. art. 2, inc. b). Por otro lado, en el ámbito local, la Constitución de 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...” (conf. art. 23), correspondiendo al Poder Ejecutivo la administración y fiscalización de ese sistema (conf. art. 24). La ley 114 (BOCBA n° 624) —de protección integral de los derechos de niños, niñas y adolescentes— consagra el derecho de éstos a la educación con miras a su desarrollo integral (conf. art. 27), el acceso gratuito al sistema educativo y la prestación del servicio de educación en todos los barrios de la Ciudad (conf. art. 29, inc. a). A su vez, la ley 3331 (BOCBA n° 3331) —de políticas públicas para la inclusión educativa plena— que tiene por objeto proponer, monitorear y evaluar las políticas públicas para una inclusión educativa plena (conf. art. 1), define a las políticas de inclusión educativa plena como el conjunto de procesos pedagógicos, institucionales, políticos y comunitarios que permite que la totalidad de los niños y jóvenes de la Ciudad se integren a propuestas educativas de alta calidad, a través de itinerarios escolares con modalidades regulares o alternativas, conforme a sus necesidades (conf. art. 2). Esa norma coloca en cabeza del Poder Ejecutivo el desarrollo e implementación de políticas públicas, en forma conjunta, de todos los organismos de gobierno para la inclusión educativa plena (art. 4, inc. b) y el desarrollo y financiamiento en forma concurrente de programas específicos para la inclusión educativa, en los niveles obligatorios, de la población que requiere alternativas especiales (inc. d). Finalmente, destaco que la resolución 565/SED/2005 creó el Programa de Escuelas Primarias de Jornada Completa con Intensificación en un Campo del Conocimiento (conf. art. 1), afectando a dicho programa a 14 establecimientos educativos de la Ciudad. De los considerandos de la resolución se desprende que dicha medida se adoptó luego de que se aplicara el Proyecto de Escuelas con Intensificación en Artes durante dos ciclos lectivos en dos escuelas de jornada completa y que tal experiencia fuera evaluada como favorable, por lo que se consideró necesario ampliar y consolidar esa oferta (conf. consid. 4). Posteriormente, fueron dictadas diversas resoluciones que incorporaron nuevas escuelas a este Proyecto, incluyendo algunas de los distritos educativos aquí en debate (por ejemplo, resoluciones 339/SED/2006 y 2858/MEGC/11 que incorporó escuelas del distrito educativo nro. 19). c) Efectuada la reseña de las normas aplicables al caso, corresponde adentrarse en el análisis del resto de los agravios planteados, reiterando que

habrá de analizarse conjuntamente los tres recursos de apelación incoados. La sentenciante de grado ha efectuado un minucioso y profundo análisis del ordenamiento jurídico aplicable al caso como también de las pruebas producidas, sosteniendo, como punto de partida, que es la aplicación de la ley 26.075 la pauta a seguir a los fines de establecer si existe una omisión de la Ciudad que conculca el derecho a la no discriminación de cierto sector de niños de la Ciudad, ya que “es el estándar al que el Tribunal debe ajustarse” (ver fs. 881). Así, concluyó que el 30% de alumnos con jornada extendida no se alcanza en un solo distrito, esto es en el D.E. 21. La interpretación de la aplicación de esta norma genera críticas de los apelantes. El GCBA, por entender cumplida la norma si se tiene en cuenta el porcentaje del 30% de alumnos con jornada extendida tomando a la Ciudad como distrito único. Por otra parte, la actora y el Asesor Tutelar entienden que la omisión discriminatoria se evidencia al no igualarse el mismo porcentaje de alumnos con jornada extendida, incluso superior al 30%, en todos los distritos de la Ciudad. Cabe destacar que la norma en cuestión determina una pauta general y por ser una norma nacional, en mi opinión, está dirigida a cada jurisdicción —es decir, Nación, Provincias y Ciudad Autónoma de Buenos Aires—, tal como se establece en el artículo 1º: “El Gobierno nacional, los Gobiernos provinciales y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires aumentarán la inversión en educación, ciencia y tecnología, entre los años 2006 y 2010, y mejorarán la eficiencia en el uso de los recursos con el objetivo de garantizar la igualdad de oportunidades de aprendizaje, apoyar las políticas de mejora en la calidad de la enseñanza y fortalecer la investigación científico-tecnológica, reafirmando el rol estratégico de la educación, la ciencia y la tecnología en el desarrollo económico y socio-cultural del país”. Además, el artículo 2 prevé que el incremento de la inversión en educación, ciencia y tecnología se destinará, prioritariamente a “...lograr que, como mínimo, el treinta por ciento (30%) de los alumnos de educación básica tengan acceso a escuelas de jornada extendida o completa, priorizando los sectores sociales y las zonas geográficas más desfavorecidas” (conf. inc. b). Se trata de una pauta de política educativa que tiende a mejorar la condición de la educación en todo el país, especialmente a los sectores menos favorecidos. Comparto lo dicho por la sentenciante en cuanto a que no corresponde al Tribunal imponer una pauta de política educativa, dado que además de la necesaria idoneidad y experiencia para indicar estas soluciones, tampoco existen pruebas concretas que permitan adoptar otra solución. Respecto de los argumentos del Asesor Tutelar y de ACIJ sosteniendo la insuficiencia del 30% para terminar con la supuesta discriminación en que incurriría el GCBA destaco que esa pauta fue ponderada por el poder legislador como razonable y suficiente en el camino de garantizar a los niños y niñas de la República Argentina el acceso a una educación de calidad. No caben dudas de que tal guarismo podría ser mejorado y que es deber indelegable del Estado proveer las medidas conducentes para asegurar el efectivo goce del derecho a la educación de niños y adolescentes que habitan en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (conf. las normas constitucionales y legales citadas en el apartado b) de este dictamen), pero tales medidas deben ser articuladas desde y por los poderes Ejecutivo y Legislativo, órganos con competencias constitucionales expresas para ello, no siendo en cambio el órgano judicial quien está en condiciones de tomar decisiones en una materia tan específica como es un programa de educación. En este punto, además, no puedo dejar de señalar que tanto el Estado Nacional como las provincias y la Ciudad de Buenos Aires, por intermedio del Consejo Federal de Educación, continúan avanzando en el diseño de políticas a mediano plazo así como en

la planificación de su implementación. Ejemplo de ello es la resolución CFE n° 188/12, firmada por la Asamblea del Consejo Federal de Educación el 5 de diciembre de 2012, en la que todas las jurisdicciones acordaron para el año 2016 duplicar la cantidad de escuelas con jornada completa respecto de las existentes en el año 2011 (conf. Matriz – 1: Líneas de acción, logros y responsabilidades del Plan Nacional de Educación Obligatoria y Formación Docente, aprobado por resolución CFE 188/12 y que puede consultarse en [www.me.gov.ar/consejo/resoluciones/cf\\_resoluciones](http://www.me.gov.ar/consejo/resoluciones/cf_resoluciones)). En ese contexto, cabe advertir, también que —con posterioridad a la sanción de la ley 26.075— el GCBA incluyó numerosas escuelas —incluso algunas de los distritos aquí en debate— en el sistema de escuelas primarias de jornada completa (conf. resoluciones 338 y 339/SED/2006 y 2858/MEGC/11). En razón de lo expuesto, considero que los agravios formulados por la actora y por el Asesor Tutelar no alcanzan a demostrar el error, la arbitrariedad o la injusticia de la sentencia de grado, en tanto la jueza —dentro del marco de acción propio del Poder Judicial y aplicando la legislación vigente cuya constitucionalidad, cabe resaltar, no fue cuestionada por las partes— ordenó al GCBA que desarrolle un programa tendiente a cumplir la pauta del 30% establecida por la ley 26.075 en el único distrito en que no se ha alcanzado, es decir, el DE n° 21. A mayor abundamiento, cabe señalar que la pretensión de la actora en el sentido de que debería equipararse a todos los distritos de la Ciudad con aquellos que cuentan con mayor oferta de escuelas de jornada completa no puede ser atendida porque implica que el Tribunal debería definir no sólo qué programa educativo debería llevarse adelante —función del Poder Ejecutivo— sino también con qué recursos debería ejecutarse —función del Poder Legislativo, a quien corresponde la aprobación del presupuesto—. Por otro lado, y respecto de las críticas formuladas por el GCBA respecto a la manera en que debe computarse el 30% de alumnos que concurren a jornada completa, destaco que la ley 26.075, cuando indica que debe lograrse que “como mínimo, el treinta por ciento (30%) de los alumnos de educación básica tengan acceso a escuelas de jornada extendida o completa” (art. 2, inc.b), no especifica si dicho guarismo refiere a la totalidad de un distrito (léase, a la totalidad de alumnos de la Ciudad de Buenos Aires o de una Provincia) o si lo hace respecto de los alumnos de cada distrito educativo en que esté subdividida la CABA o cada una de las provincias argentinas. En mi opinión, ambas interpretaciones resultan válidas, pudiendo el sentenciante optar válidamente por una u otra, ya que las dos se desprenden de la literalidad de la norma en cuestión. En este sentido, estimo que la jueza de grado no ha excedido sus facultades ni ha invadido “facultades exclusivas del Poder Ejecutivo local, sino —por el contrario— ha cumplido con una función inherente al Poder Judicial: verificar en un caso concreto el incumplimiento de una norma, y ordenar a la autoridad pertinente que subsane dicha omisión, estableciendo para su cumplimiento las pautas que se desprenden de dicha normativa” (voto de la Dra. Conde, en los autos “GCBA s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘Mazzaglia, Cayetano y otros c/ GCBA s/ cobro de pesos’”, expte. 4804/04, sentencia del 13/12/2006). Así, estimo que no asiste razón al GCBA cuando afirma, en su escrito de expresión de agravios, que debe adoptarse el primer criterio de interpretación —esto es, que el 30% debe computarse sobre la totalidad de la Ciudad—, en tanto no demuestra la arbitrariedad o irrazonabilidad de la decisión adoptada en primera instancia. d) En lo que refiere a lo resuelto por la jueza en el punto 2 de la parte resolutive, esto es, exhortar a las autoridades del GCBA y del Poder Legislativo a implementar

políticas destinadas a igualar la oferta de escuelas de doble jornada de esos distritos con el promedio de esa modalidad en toda la Ciudad, estimo que la mera exhortación aparece como insuficiente a los fines de lograr la ejecución de una decisión judicial. Por otro lado, y teniendo en cuenta el Plan Nacional de Educación Obligatoria y Formación Docente aprobado por Resolución 188/12 del Consejo Federal de Educación —ya citado— por el cual se acordó, para el año 2016, duplicar la cantidad de escuelas con jornada escolar ampliada existente al año 2011, estimo que debería ordenarse al GCBA que presente el o los programas de política educativa diseñados a fin de alcanzar esa meta a incluir en el próximo presupuesto, que se someta a consideración de la Legislatura, en especial en relación a los distritos educativos 5 y 19. Es que, como he señalado precedentemente, el diseño y planificación de la política educativa en la Ciudad así como la definición de las medidas pertinentes a fin de lograr el progresivo goce del derecho a la educación de los niños porteños debe ser efectuado por el Poder Ejecutivo. No obstante, resulta imprescindible la participación del poder legislador a quien corresponderá la aprobación de las partidas presupuestarias necesarias para proceder a su implementación. En ese marco, y toda vez que en el presente caso se debate el efectivo goce del derecho a la no discriminación estimo que debería modificarse la sentencia de grado en este punto y ordenarse al GCBA que desarrolle y presente el programa tendiente al cumplimiento de lo acordado en la resolución CFE 188/12, con especial atención de los distritos menos favorecidos de la Ciudad. V. Por lo expuesto, estimo que V.E. debería confirmar el punto 1 de la sentencia apelada y modificar el punto 2, ordenando al GCBA que desarrolle y presente un programa de extensión de la modalidad de jornada completa en los distritos 5 y 19, en los términos de la resolución CFE 188/12. Fiscalía, de abril de 2013. DICTAMEN Nº -Equipo Fiscal “A” CCAYT.

Fuente: <http://consultapublica.jusbaires.gob.ar/>