

Expte. N° 434, “Gamboa, Carlos Alfredo c/Secretaría de Educación –GCBA- sobre Amparo (art. 14 CCABA)” - Sala II.

///dad Autónoma de Buenos Aires, 12 de octubre de 2001.-

Y VISTOS:

Los recursos de apelación interpuestos a fs. 344/70 y 371, contra el decisorio de fs. 325/38 de los autos indicados en el epígrafe, por el cual se hiciera lugar a la acción de amparo intentada y se regularan los honorarios de la Dra. María Cristina Garrido.

ANTECEDENTES:

1. La menor Inés Florencia Gamboa se presentó a fs. 283 por derecho propio y con patrocinio letrado independiente invocando su derecho a ser oída y solicitando se dicte sentencia haciendo lugar a la acción incoada por su progenitor a fs. 8/14. Luego, a fs. 307, solicitó ser tenida por parte en estos obrados, adhiriendo a los términos del dictamen del Sr. Asesor Tutelar de fs. 299/305.

2. Que en fecha 07/04/00, Carlos Alfredo Gamboa, padre de la menor Inés Florencia Gamboa, dedujo acción de amparo por considerar que la medida disciplinaria de “separación del establecimiento” adoptada a su respecto por el Rector de la Escuela Normal Superior N°2 “Mariano Acosta” (v. fs. 58/63, 116/20 y 126), que fuera confirmada por la resolución N° 372/00 de la Secretaría de Educación del G.C.B.A., conculcó el libre ejercicio del derecho constitucional de defensa en juicio (v. fs. 8/14).

En esa inteligencia, solicitó que “*se dispongan las medidas que V.S. considere pertinentes para garantizar el libre ejercicio de los derechos constitucionales restringidos*”. Asimismo requirió que se dicte una medida cautelar que garantice la inscripción de Inés Florencia Gamboa en el establecimiento educativo de mención para el ciclo lectivo correspondiente al momento de la interposición de la acción (v. fs. 8/14).

Fundó su pretensión en las irregularidades que, a su criterio, se cometieron durante el procedimiento previo a la adopción de la medida disciplinaria en cuestión, consistentes en diversos incumplimientos a las disposiciones de las leyes 114 (PROTECCIÓN INTEGRAL DE LOS DERECHOS DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES) y 223 (SISTEMA ESCOLAR DE CONVIVENCIA) de la Ciudad, y en las acaecidas en el marco del trámite posterior de las actuaciones administrativas ante la Secretaría de Educación, derivadas de la interpretación como un recurso administrativo de una expresa “solicitud de vista y copia de lo actuado” interpuesta por el Sr. Gamboa en fecha 27/12/99 (v. fs. 29).

3. Que a fs. 17/8 se concedió la medida precautoria solicitada, ordenándose a la Secretaría de Educación del G.C.B.A. la inscripción provisoria de la menor Gamboa en el establecimiento de mentas, para el ciclo lectivo 2000.

Apelada tal decisión por la Procuración General de la Ciudad (v. fs. 151/70), la misma fue revocada por la Sala K, de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, por considerar que no se hallaba acreditada la verosimilitud del derecho, sin perjuicio de advertir que no había tenido a la vista las actuaciones administrativas (fs. 202/3).

4. A su turno (fs. 284/97), la representación del GCBA solicitó que se declare abstracto el objeto de la acción, en tanto no existiría a su parecer, un acto u omisión actual, que pueda lesionar los supuestos derechos que la amparista denunciaba conculcados, al haber transcurrido en su totalidad el ciclo lectivo correspondiente al año 2000.

En subsidio produjo el informe previsto en el artículo 8° de la ley 16.986, mediante el cual negó las afirmaciones de la actora y sostuvo la inadmisibilidad del

amparo intentado por cuanto no sería la vía más apropiada para discutir el tema traído a debate.

Finalmente efectuó una reseña del expediente administrativo, concluyendo en que del mismo no surgía violación alguna a los principios de legalidad administrativa y debido proceso.

5. A fs. 325/38 luce la sentencia del Sr. Juez de primera instancia de fecha 28/02/01, mediante la cual hizo lugar a la acción intentada, ordenando la inscripción de Inés Florencia Gamboa como alumna regular en la Escuela Normal Superior “Mariano Acosta”, en el ciclo lectivo del año en curso.

Asimismo, resolvió tener por parte en el presente litigio a la nombrada menor adulta, y reguló los honorarios de la Dra. María Cristina Garrido, letrada del actor, en la suma de dos mil pesos (\$2.000).

Para así decidir, entendió que no corresponde declarar abstracta la cuestión toda vez que subsisten los agravios planteados en la demanda, al presumirse razonablemente que una eventual solicitud de inscripción sin el respaldo judicial que se pretende, sería rechazada con fundamento en el acto que se impugna (considerando VIIIº, punto 1).

Por otra parte, desechó el carácter “excepcionalísimo o heroico” del instituto del amparo, pronunciándose por su procedencia en el *sub lite* en base a las disposiciones del artículo 14 de la CCABA y a la particular importancia del elemento temporal en función de la naturaleza de la cuestión debatida en autos, toda vez que “*no puede detenerse el crecimiento natural de la niña para lograr que acompañe el normal desarrollo de un proceso ordinario, ni es razonable pretender que se abstenga de estudiar hasta tanto finalice, para así disfrutar, eventualmente, de una sentencia favorable*” (considerando VIIIº, punto 2).

Señaló asimismo que la única prueba ofrecida en autos por las partes ha sido la documental, y que esta no reviste de la “*dificultad ... que debe considerarse para decidir que la vía del amparo es herramienta insuficiente para resolver el conflicto*” (considerando VIIIº, punto 3).

Continuando su razonamiento, negó que la discrecionalidad administrativa constituya una facultad exenta de límites, afirmando que la misma está sometida a las condiciones de legitimidad que impone el orden jurídico, “*entre las que se encuentran la razonabilidad, la proporcionalidad, la buena fe, el respeto a los principios del debido proceso, etc.*” (considerando VIIIº, punto 4).

Respecto a la legitimación procesal activa que pretende la menor Inés Florencia Gamboa, entendió que a la luz de la normativa de fondo respectiva resulta procedente en virtud de la autorización que su padre le confiriese a través de su presentación de fs. 314. Sin perjuicio de ello, puntualizó que la solicitud de Inés Gamboa procedería incluso en caso de no mediar el beneplácito paternal, a la luz de la interpretación que desarrolla de las disposiciones de la ley 114 y la Convención Internacional de los Derechos del Niño (considerando VIIIº, punto 5).

Finalmente realizó un pormenorizado repaso de las constancias del expediente administrativo, concluyendo en que Inés Florencia Gamboa fue imputada sin pruebas, se le atribuyeron responsabilidades personales por la actividad de la agrupación política que integra, se le endilgaron conductas que conforme se desprende de las normas vigentes no resultan irregulares, y se observó en el trámite de expediente una significativa violación al principio del debido proceso (considerando Xº).

6. Agravios de la demandada.

6.1. Contra lo así decidido se alzó la representación del Gobierno de la Ciudad, invocando como primer agravio el carácter, a su criterio, abstracto de la cuestión debatida en autos. Adujo al respecto que, habiendo constituido el objeto principal de la

acción la reinscripción de Inés Florencia Gamboa en el período lectivo del año 2.000, no existía al momento de dictar sentencia –28 de febrero ppdo.- un acto u omisión actual de la administración que pudiese lesionar derechos de la amparista.

6.2. En otro orden, sostuvo que el juez de primera instancia prescindió de las constancias de la causa. Basó tal agravio en primer término, en que no existiría “lesión ni supresión de la sustancia constitucional del derecho invocado”, toda vez que el G.C.B.A. garantizó el derecho de aprender de Inés Florencia Gamboa. Sostuvo que la actora no probó cuáles fueron las defensas de las que se vio privada de esgrimir en el marco del procedimiento administrativo, y que el *a quo* hizo caso omiso de lo resuelto por la Cámara Nacional en lo Civil, Sala K, quien al revocar la medida cautelar oportunamente concedida, advirtió expresamente que no existía *prima facie* derecho constitucional lesionado.

6.3. En su tercer agravio (v. fs. 350/6) la recurrente planteó que el sentenciante no advirtió que de las actuaciones en estudio surge “palmariamente la inexistencia de arbitrariedad o ilegitimidad manifiesta en el obrar de las autoridades del GCBA”. Para ello efectuó un repaso de las distintas piezas agregadas al expediente administrativo, concluyendo en que **a)** en todo momento se respetó la garantía del debido proceso y que el acto administrativo se basa en los hechos de indisciplina protagonizados por la alumna Gamboa, **b)** existió aplicación escalonada de sanciones y que tanto la menor como su padre rechazaron las posibilidades de ser oídos que se les otorgaron, **c)** no existió supuesto alguno de discriminación, sin que pueda relacionarse la medida dispuesta con la participación de la joven en la agrupación “Brazo Libertario” y **d)** se respetó permanentemente el procedimiento previsto por la ley 223.

6.4. A través de su cuarto agravio fundó también su planteo la Procuración en que el juez no habría efectuado un control de legitimidad sino una evaluación del mérito o acierto de la decisión tomada por la autoridad educativa, sustituyéndola de ese modo en el ejercicio de sus facultades y potestades disciplinarias e invadiendo la “zona de reserva de la Administración”. Tal argumento fue reiterado en el agravio décimo.

6.5. Entendió asimismo la representación del GCBA que el *a quo* violó el derecho de igualdad ante las partes, debido proceso y defensa en juicio al haber tenido en cuenta al dictar sentencia, constancias obrantes en los autos “Asesor Tutelar de Justicia Contenciosa CABA c/GCBA s/amparo art. 14 CCABA” (Expte. N° 24/2000), en los cuales la Ciudad no ha sido parte. También incluyó en este agravio, la indebida transformación y modificación de oficio del objeto de la demanda en que a su parecer habría incurrido el Dr. Cataldo, fallando *ultra petita*, al ordenar la inscripción de Inés Florencia Gamboa en el ciclo lectivo 2001 del establecimiento en cuestión.

6.6. Se agravio de igual modo la Ciudad de la decisión de tener por parte a la menor Gamboa, por considerar que de ese modo el juez modificó *reformatio imperium* las disposiciones del Código Civil relativas a la capacidad de las personas.

6.7. Desde otra óptica, consideró que la acción de amparo no resultaba la vía idónea atento el mayor debate y prueba que la cuestión en estudio requería.

6.8. Arguyó que lo decidido en autos afecta “*las actividades esenciales del GCBA en materia de prestación del servicio de educación*” y “*el interés público inmerso en la gestión del buen educativo*” (sic) de modo grave e irreparable.

6.9. Por último, apeló por altos los honorarios regulados a la letrada patrocinante de la parte actora, por considerar que fue erróneamente calculada en base a parámetros pertenecientes a los juicios de conocimiento y de contenido económico. Afirmó que el juez erró en la normativa aplicada al efecto, e hizo hincapié en el carácter gratuito y sin contenido económico del amparo.

7. Agravios de la parte actora

A fs. 371, luce el recurso de apelación deducido por Carlos Alfredo Gamboa, por el que impugnó el punto 4° del decisorio en crisis que reguló los honorarios de su

letrada patrocinante, por considerarlos insuficientes en mérito a la labor desarrollada y a la naturaleza y complejidad del asunto.

8. Al correrse traslado a la Procuración General respecto de los fundamentos del recurso deducido por Gamboa, ésta contestó el agravio planteado reproduciendo los argumentos ya desplegados en oportunidad de fundar su respectiva apelación. Por su parte, el Sr. Gamboa, en su escrito de fs.379/85, respondió a los agravios de la Administración.

9. A su turno se expidió el Sr. Fiscal ante la Cámara Contravencional (interviniente ante la excusación de la Dra. Daniela Ugolini y la licencia del Dr. Rubén Pereyra), propiciando se revoque la sentencia de primera instancia. En este sentido, sostuvo entre otros argumentos que no existieron derechos conculcados en el trámite de las actuaciones administrativas y que el juez de grado produjo “*un desvío de 180° con respecto al o que fue la pretensión original*” (fs. 393/403).

10. A fs. 409/16 obra el dictamen del Sr. Asesor Tutelar, quien se pronunció por la confirmatoria del fallo apelado, refutando los agravios planteados por la Procuración General.

11. En uso de las facultades ordenatorias e instructorias del proceso, se convocó a las partes a una audiencia (fs. 405), que tuvo lugar en la sede del Tribunal el día 29 de marzo ppdo. (v. fs. 427/9), y en el marco de la cual pudo escucharse personalmente a Inés Florencia Gamboa y al resto de las partes intervinientes en autos.

En tal ocasión, la menor solicitó que se observe la grabación del programa “Hora Clave” en el que participara junto a las autoridades de la escuela “Mariano Acosta”.

Habida una copia de la grabación aludida, se convocó a las partes a una audiencia para su exhibición (fs. 459), decisión que fuera impugnada por la Procuración General (fs. 469/82) y ratificada por este Tribunal (fs. 484/6).

A posteriori, tras la observación del contenido del programa aludido (v. acta fs. 490), las partes contestaron el traslado conferido sobre el mismo (fs. 493/5, 496/9, 500/1, 503/5, 507/10).

12. Asimismo, se citó a la madre de Inés Florencia Gamboa, Sra. María Luisa Gonnet, a efectos de que se expida a tenor de lo dispuesto por el artículo 264 quater, inciso 5° del Código Civil, constando a fs. 516 el consentimiento prestado por ésta respecto de lo actuado en autos por la nombrada menor.

Y CONSIDERANDO:

13. Corresponde en primer lugar expedirse acerca de la batería de agravios desplegados por la Procuración General de la Ciudad en apoyo de su pretensión revocatoria.

13.1. Respecto del pretendido carácter abstracto de la cuestión aducido por la Procuración, ha de anticiparse que tal agravio no tendrá acogida en esta instancia. A efectos de explicitar la génesis de tal convicción será menester efectuar un repaso de las piezas procesales que delimitaron el objeto de fondo de las presentes actuaciones.

13.2. Así, a fs. 8/14 obra el escrito mediante el cual Carlos Alfredo Gamboa diera inicio a estos actuados. En el punto 5° de su petitorio textualmente solicitó “*oportunamente se haga lugar a la acción interpuesta y se dispongan las medidas que V.S. considere pertinentes para garantizar el libre ejercicio de los derechos constitucionalmente restringidos*”. Tales derechos fundamentales conculcados serían, en opinión de la actora, los de defensa en juicio y debido proceso adjetivo.

Basó su afirmación en que en el marco de las distintas alternativas procedimentales previas a la adopción por parte de las autoridades de la Escuela Mariano Acosta de la medida de separación del establecimiento de Inés Florencia Gamboa, se habrían cometido diversas irregularidades que determinaron “*una flagrante violación al derecho constitucional de defensa en juicio*” (fs. 12).

Por otra parte, el trámite impreso a las actuaciones con posterioridad al dictado de dicha decisión sancionatoria, a partir de la interpretación por la Secretaría de Educación del G.C.B.A. del “pedido de vista y suspensión de plazos” efectuado por el Sr. Gamboa como un recurso administrativo, le habría impedido “*por desidia distracción o desconocimiento el acceso a la etapa recursiva*” (...) por lo que “*la violación al derecho de defensa no se agotó en el proceder de las autoridades de la Escuela*” (fs. 13).

Asimismo solicitó, con carácter de medida cautelar “*que se garantice el derecho a Inés Florencia Gamboa a inscribirse en la Escuela Normal Superior N°2 en Lenguas Vivas ‘Mariano Acosta’ para el corriente ciclo lectivo*” (fs. 14 vta.).

13.3. La menor Florencia Inés Gamboa se presentó luego por derecho propio y solicitó se dicte sentencia sobre la cuestión de fondo y “*se haga lugar al amparo interpuesto*” por su padre, ordenándose su inmediata reincorporación al “Mariano Acosta” (fs. 283).

13.4. El Sr. Asesor Tutelar mediante su dictamen de fs. 299/305 estimó que “*deberá hacerse lugar al amparo impetrado*” por el Sr. Gamboa, abundando en consideraciones de derecho respecto de la necesidad de reconocer a la menor el carácter de parte (lo que solicitó expresamente) y en sus propios argumentos respecto a la cuestión de fondo.

13.5. A fs. 307 Florencia Gamboa sostuvo que adhiere al dictamen de su representante promiscuo, y sostuvo que el motivo real de la sanción que se le aplicase reside en una “*persecución política e ideológica*”. Por último solicitó que se haga lugar a la acción de amparo de fs. 8/14, con costas.

13.6. El actor, al contestar el traslado conferido respecto del informe del G.C.B.A. y del dictamen del Asesor Tutelar, refutó los términos del primero, adhiriendo a los del segundo. A la vez, requirió que se acoja el amparo deducido, reiterando sus primigenios argumentos relativos a la violación del “derecho de defensa” e imputando al accionar administrativo el vicio de “desviación de poder” (fs. 310/4).

13.7. De la síntesis efectuada, surge con claridad que tras las sucesivas y recíprocas adhesiones efectuadas por el Sr. Carlos Gamboa, su hija y el Sr. Asesor Tutelar, y el consentimiento otorgado por la Sra. María Luisa Gonnet respecto de lo actuado por Florencia, el **objeto principal** de la acción intentada, continúa siendo el precisado en la demanda de fs. 8/14, esto es **la cesación de la violación al derecho de defensa en juicio** que se habría perpetrado en el transcurso del procedimiento administrativo que concluyó con la separación de Inés Florencia Gamboa de la Escuela “Mariano Acosta”.

En este sentido, en la acción deducida se entendió que no se encontraban debidamente probados los hechos que se “imputan” a Florencia Gamboa, que algunos de ellos no constituyen acciones tipificadas como reprochables, y que en definitiva no pudo ejercer su derecho de defensa antes del dictado de la resolución sancionatoria, a lo que debió agregarse el incorrecto encuadre que la administración efectuara de su “pedido de vista y suspensión de plazos” lo que derivó en la privación a su respecto de la vía recursiva administrativa (fs. 8/14).

Ello sin perjuicio de los diversos argumentos esgrimidos y a la petición que con carácter cautelar, y por ende accesorio y provisional, se efectuó respecto de la reincorporación de la joven mencionada al establecimiento de mentas para el ciclo lectivo correspondiente al año 2000.

13.8. Sentado lo expuesto, el agravio constitucional denunciado mediante el amparo incoado es actual y concreto en tanto existe en el mundo jurídico la resolución que lo contiene al no encontrarse firme el pronunciamiento de primera instancia. Máxime tratándose de la imposición de la sanción de mayor graduación en su escala respectiva, con las consecuencias de estigmatización social y comunitaria que todo castigo de este tipo implica.

Es que, sin perjuicio del dictado de la Disposición N° 42/DGES/2001 que resolvió, en virtud de lo decidido en primera instancia, la inscripción de la menor en el “Mariano Acosta” en el curso de 5to. año del presente ciclo lectivo (v. fs. 434, 438 vta. y 442), no surge de las constancias arriadas al legajo que la Administración haya hecho uso de la facultad/deber que le impone el artículo 17 de la Ley de Procedimientos Administrativos de la Ciudad, respecto de las resoluciones por las que se decidió separar a Gamboa del establecimiento educativo (fs. 64/5, Disposición 01/2000 Rectoría de la Escuela Normal Superior N°2 –fs. 126-) y se confirmó tal accionar (Resolución N° 372/SE/2000, fs.145/6).

De allí que, en tanto ello no suceda –y tales decisiones continúen existiendo en el mundo jurídico- no podrá calificarse a la cuestión a resolver en el *sub lite* como abstracta, ante la posibilidad cierta de su aplicación efectiva en caso de accederse a la pretensión recurrente de la demandada, con lo que se sumaría al perjuicio que *per se* significa la violación de la garantía del debido proceso en el marco de un procedimiento con carácter disciplinario, el riesgo real y concreto de la ejecución de la sanción aplicada.

14. Corresponde ahora, por razones metodológicas, tratar conjuntamente los agravios planteados en segundo y tercer término por la Procuración, consistentes en que el Sr. Juez habría prescindido de las constancias de la causa y no habría advertido la palmaria “*inexistencia de arbitrariedad o ilegitimidad manifiesta en el obrar de las autoridades del GCBA*”.

14.1. En este sentido, se sostuvo que no se advirtió en la primera instancia la inexistencia de lesión de la sustancia constitucional del derecho invocado, que en la visión de la administración sería el de aprender. Como quedara expuesto al considerarse el anterior agravio, el principal derecho constitucional que la actora considera vulnerado por un arbitrario accionar gubernamental no es el de la educación sino el del debido proceso y la defensa en juicio, relacionado con aquél sólo en función de la naturaleza de la sanción adoptada.

14.2. La Constitución Nacional expresa en su artículo 18 en forma terminante que “*es inviolable la defensa en juicio, de la persona y de los derechos*”. Tal garantía comprende “*la facultad de ser oído, de controlar la prueba de cargo que podrá utilizarse válidamente en la sentencia, la de probar los hechos que el imputado invoca para excluir o atenuar la reacción penal, la de valorar la prueba producida y exponer las razones fácticas y jurídicas para obtener del tribunal una sentencia favorable según su posición, que excluya o atenúe la aplicación del poder penal estatal*” (Mayer, Julio V. J., “Derecho Procesal Penal, Tomo I”, pág.547, Editores del Puerto, 1999). Concluye el autor citado que esta garantía no se limita exclusivamente al proceso penal sino que “*la fórmula es amplia y también comprende al procedimiento civil, laboral o administrativo, pues protege todo atributo de la persona (vida, libertad, patrimonio, etc.) o los derechos que pudieran corresponderle, susceptibles de ser intervenidos o menoscabados por una decisión estatal*” (op. cit., pág.541). Y agrega en la nota respectiva “*nuestra Corte Suprema ha extendido el derecho de defensa aun a las actuaciones administrativas que ponen en juego atributos o derechos de las personas, por ejemplo: al procedimiento disciplinario o al que tiene por objeto la sanción o cesantía del agente administrativo (Fallos CSJN, t. 247, p. 52; t.253, p.229; t.257, p.275; t.258, p.299)*”. En similar sentido se manifiesta Gordillo (Tratado de Derecho Administrativo, Tomo II, pág. IX – 10 y ss., Fundación de Derecho Administrativo, 4° Edición, Buenos Aires, 2000).

A la luz de lo expuesto sorprende la peculiar interpretación que la Procuración hace de un derecho fundamental, inescindible de la estructura del estado de derecho republicano, al sostener que no pudo el magistrado de primera instancia tener por acreditada la violación a tal derecho si la parte no probó “*cuáles fueron las defensas que la actora se vio privada de esgrimir*” (fs. 348).

14.3. Luego no resulta aplicable la cita a la resolución de la Cámara de Apelaciones en lo Civil de fs. 202/3, por cuanto tal decisorio se gestó al calor de la

pretensión cautelar, por lo que las apreciaciones allí vertidas deben evaluarse en ese contexto procesal.

Añádase, por otra parte, que dicha Alzada aclara que no disponía aún de las actuaciones administrativas, razón por la cual mal podría haberse expedido respecto de la violación al derecho de defensa en juicio allí configuradas.

14.4. En otro orden, las cuatro conclusiones a que arriba la Procuración a fs. 355 vta. de su escrito recursivo, no aportan nuevos argumentos a los ya esgrimidos con carácter previo al dictado de la resolución en crisis, y tales tópicos han sido expresamente analizados por el juez de grado a fs. 325/38.

14.5. No corresponde a esta instancia efectuar una disección del procedimiento administrativo instruido en la escuela “Mariano Acosta” y la Secretaría de Educación del GCBA, tarea que, por cierto, ha sido prolija y metódicamente encarada por el Sr. Juez de primera instancia, quien vertió en su resolución un análisis de cada pieza de interés del expediente administrativo (v. fs. 330/38). Por lo que no resulta veraz la afirmación de la recurrente respecto a que el juez de grado “*se hubiera apartado de manera inmotivada de las constancias de la causa*” (fs. 350), careciendo tales agravios del carácter de críticas concretas y razonadas, lo que impone su desestimación.

14.6. Sin perjuicio de lo expuesto, y ante la recurrente afirmación de la Procuración respecto a la palmaria “*inexistencia de arbitrariedad o ilegitimidad manifiesta en el obrar de las autoridades del GCBA*”, cabe detenerse en el análisis de uno de los elementos señalados por la actora como violatorios del derecho invocado. Resulta paradigmática al respecto, la interpretación de la nota de fs. 5 del expediente administrativo (EA) -de fecha 27 de diciembre de 2000-, por la que se solicitó vista y copia de la totalidad de las actuaciones y suspensión de plazos, como un recurso jerárquico.

Tal arbitrario proceder, propiciado por la Dirección General de Coordinación Legal e Institucional de la Secretaría de Educación del G.C.B.A. (v. fs. 132/3) y avalado por la Procuración General (v. fs. 137/40), privó de hecho a la afectada de la vía recursiva en sede administrativa. Es que, sin haber deducido aún impugnación formal al acto cuestionado, el mismo fue confirmado por el Secretario de Educación al no hacer lugar al inexistente recurso jerárquico que según la Administración se habría interpuesto en subsidio (fs. 145/6). Ello no obstante, el administrado señalara el error en su nota de fecha 8 de marzo de 2000 (fs. 129), agregada al expediente con anterioridad incluso a la fecha en que fueron elaborados los dictámenes de los organismos especializados intervinientes.

Tampoco podría alegarse en defensa del cauce procedimental impreso a la nota de fs. 5 del EA (fs. 29 de las presentes actuaciones) que en ella se expresa que se solicita copia de las actuaciones relacionadas “*con la desde ya recurrida decisión*”, interpretando tal expresión como un recurso administrativo. Pues de tal modo, se configuraría la paradójica situación de una aplicación formalista del principio de informalismo, soslayando el fundamento axiológico de tal precepto del procedimiento administrativo, que es el de favorecer al administrado que puede carecer de patrocinio letrado.

En este sentido, y atento lo prescripto por el artículo 100 de la Ley de Procedimientos Administrativos de la Ciudad, respecto a que deben proveerse como recursos las presentaciones del particular cuando **resulte indudable** la impugnación del acto administrativo, la administración no pudo interpretar razonablemente en tal sentido un expreso pedido de vista y suspensión de plazos (art. 95 L.P.A.) dadas las circunstancias del caso.

15. A continuación se examinarán conjuntamente los agravios desplegados por la representación del GCBA en cuarto y décimo lugar, relativos a la extralimitación en que habría incurrido al resolver el sentenciante de grado, al efectuar un control de mérito, y la supuesta violación a la “zona de reserva administrativa” en que asimismo habría incurrido.

15.1. En primer término no se observa, tras el repaso de las constancias arrojadas al legajo, que el magistrado de grado haya efectuado un “control de mérito o acierto de la decisión”, ... “asumiendo el rol que legal y constitucionalmente le compete al Señor Director de la Escuela Mariano Acosta” como sostiene la Procuración (fs.356/7).

Es que, no debe identificarse al control de legitimidad con la actividad reglada y al de oportunidad con la discrecional, en tanto el control de legitimidad abarca no sólo el ejercicio de las facultades regladas, sino también el de las discrecionales al resultar siempre susceptibles de control elementos tales como la competencia, causa, forma y finalidad del acto (cfme. Tawil, Guido S., “Administración y justicia”, Volumen II, pág. 319, Ed. Depalma, Bs. As. 1993).

En el caso de las facultades discrecionales, el juez no podría anular el acto en lo que respecta a su objeto –salvo que se observe una violación a sus límites: irrazonabilidad, falta de causa, desproporcionalidad, desviación de poder, etc.–, pues la ley ha otorgado libertad al administrador para apreciar la oportunidad de la medida. Distinto es el caso de la facultad reglada, en que el acto deberá ser anulado en sede judicial cuando su objeto no se corresponda con el que la ley previó. Es que, cuando la ley ha precisado ante qué circunstancias fácticas la administración debía obrar en tal o cual sentido, el Poder Judicial deberá analizar cuáles eran las circunstancias de hecho para determinar si se reunieron en el caso los requisitos previstos por la norma. Parecería entonces, a primera vista, que el juez puede controlar la oportunidad de la decisión, pero ello es sólo así indirectamente, toda vez que fue el legislador a través de la norma el que hizo de la oportunidad del acto –entendida según el criterio de la ley y no del agente estatal o del juez– una condición de su legalidad (cfme. Gordillo, Agustín, “Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I, X-25, 5º Edición, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2000).

En esta inteligencia, un acto dictado en ejercicio de facultades discrecionales resultará viciado en su legitimidad en los siguientes supuestos: a) cuando presente un vicio en la competencia, forma o **procedimiento**, b) cuando medie desviación de poder, c) cuando la norma requiera **la existencia de ciertos hechos** que habiliten el accionar de la Administración y tales hechos no existen, d) cuando la norma no contenga tal exigencia pero los antecedentes fácticos que la Administración esgrime como motivos no han existido o **no aparecen probados en el expediente**: la ley no dice qué hechos acarrearán la pérdida de confianza en el inferior y justifican su cesantía, pero se alega a tal efecto que el funcionario ha cometido una falta y ello no es exacto o no se lo ha probado, e) cuando la apreciación administrativa acerca de la calificación de los hechos, sobre los que no se discute, discrepa con la apreciación judicial, f) cuando la Administración no ha ejercido su criterio sino que se ha considerado, equivocadamente, obligada por la ley a actuar en un sentido determinado, g) cuando vulnere una garantía constitucional, h) cuando infrinja un principio general del derecho, i) cuando el acto sea arbitrario por adolecer de groseros errores técnicos, utilice medios desproporcionados o invoque motivos vanos (cfme. Mairal, Héctor, “Control Judicial de la Administración Pública”, Volumen II, pág. 661 y ss., Ed. Depalma, Buenos Aires, 1984).

Frecuentemente se ha afirmado que en el ámbito de la potestad disciplinaria, usualmente utilizada por la administración, la certeza de las conductas imputadas, así como la veracidad de la comisión de la falta, constituyen elementos indispensables para la aplicación de la sanción. La determinación de los hechos implica un proceso absolutamente reglado, intelectivamente aprehensible y, por ende, revisable jurisdiccionalmente. Controlar los hechos determinantes implica analizar los antecedentes fácticos que dan base a la emisión del acto cuestionado, en definitiva, una parte de la “causa”, elemento constitutivo esencial que integra la juridicidad del acto administrativo. En materia disciplinaria, la sanción no puede sostenerse sólo en presunciones o en simples aseveraciones no acreditadas con la certeza necesaria (cfme. Sesín, Domingo J., “Administración Pública, actividad reglada, discrecional y técnica”, pág. 323, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1994).

En la dirección apuntada en los párrafos precedentes se ha orientado la labor resolutoria del juez de primera instancia. Así, a fs. 330 vta. sostiene que “para decidir al

respecto deben tenerse en cuenta dos extremos, que son básicamente los dos aspectos de la medida que los demandantes atacan y el Gobierno de la Ciudad defiende: la causa de hecho y la motivación del acto, por un lado, y el procedimiento aplicado por otro.”

Consecuentemente analizó tales extremos en función de las constancias del expediente administrativo (v. fs. 331vta./336), arribando a las siguientes conclusiones: a) Inés Florencia Gamboa fue imputada sin pruebas, b) se le atribuyeron responsabilidades personales por la actividad de la agrupación política que integra, sin que se hubiese acreditado su efectiva participación en todos los eventos cuestionados, c) se le enrostraron conductas que conforme se desprende de las normas vigentes, no resultan irregulares (ver fs. 337, considerando X, pto. “a”), y d) medió en la tramitación de las actuaciones administrativas un grave apartamiento del principio del debido proceso (fs. 337, considerando X, ptos. “b” y “c”).

En virtud de estas consideraciones, no se vislumbra que el magistrado de primera instancia haya excedido el marco de sus atribuciones legales, toda vez que se atuvo a efectuar un control de legitimidad de los componentes reglados de un acto dictado en uso de facultades discrecionales.

15.2. El concepto de *reserva* tiene un origen histórico y político, e implica un ámbito de garantía a favor de los derechos individuales frente a la prepotencia y arbitrariedad del poder administrador. Tales derechos sólo pueden ser limitados por el poder exclusivo que se reserva al legislador en su carácter de representante de la voluntad popular. A esto se denomina *reserva de ley* en la doctrina constitucional, consagrada en los artículos 4º, 16, 17, 18 y 19 de nuestra Constitución. Esta doctrina no puede extenderse y no tiene ninguna aplicación con respecto al poder administrador. Se pretende definir como “*zona de reserva de la administración*” a un ámbito que se le reconocería al Poder Ejecutivo con carácter privativo y sin intervención de otro poder, especialmente el legislador. Lo expuesto se presenta irrazonable cuando se la entiende como un campo de competencia excluyente y exclusivo con marginación total de cualquier otro poder estatal (cfme. Fiorini, Bartolomé, “Derecho Administrativo”, Tomo I, 2º Edición, Abeledo Perrot, Bs. As., 1995).

La doctrina de la división de los poderes, con su respectivo sistema de frenos y contrapesos, ha sido plasmada por nuestros constituyentes de 1853 principalmente en los artículos 29, 75, 76, 99, 108 y 109 de la Ley Fundamental. La propia experiencia histórica de la que emergía la Nación en esos momentos, indujo al legislador a reforzar tal modelo republicano con disposiciones más enfáticas aún que las de su precedente norteamericano.

En la misma línea de tradición institucional se expidieron los convencionales porteños de 1996 al sancionar la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, en cuanto reiteran la prohibición al Ejecutivo de ejercer funciones judiciales y legislativas (arts. 103 y 108).

La armónica interpretación de las normas mencionadas impide en modo claro y terminante aceptar la existencia de una suerte de “zona franca” en cabeza de la administración, en la cual pudiese dictar normas de carácter general y resolver controversias sin intervención de los poderes legislativo y judicial, como pareciera pretender la Procuración General.

Tal teoría resulta ajena a nuestra tradición política y constitucional y ha sido importada de sistemas de otros países, sin tener en cuenta las profundas diferencias de tipo estructural en el régimen de derecho público que nos separan de los mismos.

Así, “*una razón circunstancial determinó en Francia que la interpretación del principio de división de los poderes no se adecuara desde los orígenes mismos del constitucionalismo a esos criterios ortodoxos que imponían sus propias y auténticas fuentes, y que, por el contrario, afirmándose la idea heterodoxa de una libertad del ejecutivo respecto de otros poderes, y específicamente respecto del poder judicial, se asentaran desde los comienzos revolucionarios las bases de lo que luego habría de ser el régimen administrativo propiamente tal. Esta razón determinante está ya firmemente*

establecida, y es en concreto el recelo que los revolucionarios (de 1789) sintieron hacia los antiguos Parlamentos judiciales ... Estos Parlamentos constituían reductos cerrados de la nobleza”. (...) “Los revolucionarios decidieron, por eso, que la idea de la división de poderes debía articularse de tal forma que evitase el riesgo notorio, tanto de una prevalencia política del estamento nobiliario, identificado de hecho en su conciencia con los Parlamentos judiciales, como de un condicionamiento sustancial por parte de los jueces a las posibilidades de conformación revolucionaria que se abrían al poder central una vez en sus manos” (García de Enterría, Eduardo, “Revolución Francesa y Administración Contemporánea”, pág. 34 y ss., Ed. Taurus, Madrid, 1984).

Estas particulares circunstancias históricas influyeron decisivamente en la fisonomía del principio de la división de poderes aplicado a las instituciones francesas, al punto que incluso la Constitución de 1958 estableció que el Congreso sólo puede legislar en los puntos que taxativamente le indica la Constitución, librando el resto a la potestad reglamentaria del Poder Ejecutivo (cfme. Gordillo, Agustín, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I, pág. VII – 22, 5º Edición, Fundación de Derecho Administrativo, Bs. As., 2000).

La inexistencia en nuestro plexo normativo constitucional de cualquier norma que autorice a interpretar la división de poderes en los que términos que parecería sostener la administración, con la consiguiente restricción a los derechos individuales que ello implica, priva de toda entidad impugnatoria al agravio formulado.

16. Que la única referencia a las constancias del expediente judicial N° 24/2000 efectuada por el *a quo* en la resolución de fs. 325/38 se enmarca en el relato de las alternativas procesales del *sub lite* (fs. 325 vta.), toda vez que tales actuaciones se formaron a raíz de la presentación del Sr. Asesor Tutelar de fs. 248/50, tendientes a lograr que el juez de primera instancia de este fuero se declarase competente para intervenir en estos actuados, que por ese entonces, tramitaban aún en sede civil.

De este modo, y atento al carácter del objeto del Expte. N°24/2000 y al tenor de las menciones efectuadas a su respecto en el fallo recurrido, no aparece como configurado el agravio planteado por la Administración, en el punto 5. A. de su escrito de fs. 344/70 (v fs. 357 vta.).

En otro orden de ideas, y aclarada en el considerando 12.1 y ss. la cuestión acerca de cuál es el objeto de la acción de amparo tramitada en autos, carece de asidero -a la luz de lo allí expuesto- la crítica que la administración formula al decisorio en estudio relativa a que el *a quo* habría modificado de oficio el objeto de la demanda (punto 5.B. fs. 358).

Es que, la decisión contenida en el punto 1 de la sentencia apelada -“*hacer lugar a la presente acción*”, ver fs. 338- dejó sin efecto la resolución que impuso a Inés F. Gamboa la sanción de separación del establecimiento, por cuanto la subsistencia de la misma implicaba la permanencia en el tiempo de la conculcación del derecho de defensa en juicio invocado por la actora en su escrito inicial (fs. 8/14). Como consecuencia lógica de tal temperamento, fluye la reincorporación de la menor como alumna regular de la Escuela en cuestión.

De este modo, no se observa que el Sr. Juez de grado haya llevado a cabo una “*transformación y modificación (vía dictado de la sentencia: ‘ultra petita’)* del objeto de la demanda” (fs. 358).

17. La Convención sobre los Derechos del Niño -de jerarquía constitucional conforme al art. 75, inc. 22º de la Constitución Nacional-, dispone en su artículo 12º que “1. *Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afecten al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño. 2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea*

directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimientos de la ley nacional”.

Que las normas previstas en los tratados internacionales en los que la Nación Argentina es parte, no sólo constituyen derecho supranacional, sino también derecho interno vigente, operativo y aplicable de pleno derecho a los casos en que proceda encuadrar sus disposiciones, siempre y cuando éstas no tengan un contenido manifiesta e indiscutiblemente programático (cfme. Gordillo, Agustín, “Tratado de Derecho Administrativo Tomo I, 5º Ed., pág. VI – 24, Ed. Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1998).

En esta inteligencia, y de consuno con la normativa local (art. 39 de la Constitución C.A.B.A. y art. 17 de la ley 114), se convocó a la menor Inés Florencia Gamboa a participar personalmente de la audiencia celebrada en esta instancia junto a las partes el día 29 de marzo del corriente (v. fs. 427/9).

Por otra parte, en cuanto al planteo efectuado respecto a la decisión de tener por parte en autos a la menor Inés Florencia Gamboa adoptada por el juez de grado en el punto 2 del resolutorio apelado, resulta de utilidad remarcar que en nuestro ordenamiento positivo la *“regla es que quien se considera titular de un derecho pueda defenderlo personalmente en un proceso, pero a la incapacidad de hecho corresponde la incapacidad procesal, porque en ambos casos se trata de una incapacidad de obrar. Por consiguiente, para determinar la capacidad de la parte para actuar válidamente en el proceso, hay que referirse a las disposiciones de las leyes de fondo”* (Arazi, Roland, *Derecho Procesal Civil –Partes general y especial-*, Astrea, Buenos Aires, 1995, págs. 86/87).

En ese orden de ideas y siguiendo un desarrollo lógico, es menester analizar la capacidad civil a efectos de establecer, luego, la capacidad procesal en autos.

Se ha sostenido que *“en nuestro Derecho los menores se encuentran en una situación básica de incapacidad, sean impúberes o adultos. Pero el propio ordenamiento amplía paulatinamente la capacidad de los menores a medida que avanzan en edad, facultándolos a realizar ciertos actos por sí solos o con la asistencia de sus padres o tutor”* (Rivera, Julio César, *Instituciones de Derecho Civil –Parte General-*, t. I, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1994, pág. 396). La menor a la que el *a quo* reconoció el carácter de parte en autos, se ha presentado personalmente, con patrocinio letrado, en un proceso ya iniciado en su defensa por su padre y en el que contara asimismo con la representación de la Asesoría Tutelar.

La *“determinación del grado de madurez intelectual de las personas considerada niño para formar su voluntad es una atribución reservada para el Estado Argentino y que ejercida por el órgano legislativo, el cual sancionó el Código Civil donde se prevé el instituto. En función de ello, el Juez para evaluar la opinión del niño no puede apartarse de las normas puntuales contenidas en la ley sustantiva”* (Cam.Apel.Civ.Com. y Min., San Juan, Sala 1, “N.N. s/ Adopción”, 2-7-99).

Sobre el particular y a efectos de estar autorizado para intervenir en juicio, el menor necesita del consentimiento expreso de los padres (art. 264 quater, inc. 5, Cód. Civil), sin que deba perderse de vista que, si uno de los padres no diere su consentimiento, o mediare imposibilidad para prestarlo, resolverá el juez lo que convenga la interés familiar (art. 264 quater CC, *in fine*). A la inversa, *“Los padres, sin intervención alguna de sus hijos menores, pueden estar en juicio por ellos como actores o demandados”* (art. 274, Cód. Civil) supuestos estos que, como quedara expuesto, se dieron sucesivamente en la especie.

Así, el agravio de la Procuración no podrá prosperar, toda vez que el padre de Inés Florencia Gamboa ha convalidado incluso **expresamente**, su intervención como parte en el presente legajo al adherir a *“cada uno de los términos del dictamen del Sr. Asesor Tutelar”* de fs. 299/305 (v. fs. 314), entre los cuales se incluye la solicitud de tener por parte a la joven Gamboa con derecho a patrocinio jurídico propio (v. fs. 301 vta.). A esta circunstancia, apuntada incluso por el Sr. Juez de primera instancia a fs. 329, se le aduna el consentimiento brindado por la madre a lo actuado en autos por su hija (v. fs. 516). De allí

que, analizada la cuestión a la luz de la normativa de fondo mencionada, deviene innecesario extenderse en más consideraciones sobre el particular.

18. Que no reviste una adecuada entidad invalidante, el planteo referido a que el amparo no sería la vía procesal adecuada para ventilar el presente entuerto por requerirse mayor amplitud de debate y prueba (v. fs. 362), toda vez que, dadas las características del agravio constitucional planteado por la actora, se ha revelado como suficiente para dictar una sentencia fundada, la principal y casi única prueba utilizada para desentrañar la problemática debatida en autos, esto es el Expediente Administrativo N° 16.209/00.

19. Resta abordar los agravios esbozados en los acápites 8° y 9° del escrito de fs. 344/70, relativos la afectación “*de actividades esenciales del GCBA en materia de prestación del servicio de educación*” y del “*interés público inmerso en la gestión del buen educativo*” (sic).

Tales afirmaciones quedan huérfanas de sustento y no pasan de ser un ejercicio retórico, toda vez que no se ha demostrado en forma razonable de qué manera la decisión del juez de grado recaída en estas actuaciones –que simplemente se limita a privar de sus efectos a un acto administrativo de alcance individual- puede llegar a comprometer “*actividades esenciales del GCBA*” o el interés público.

Es que, la Administración no ha demostrado el interés público específico y concreto que la resolución judicial apelada habría afectado, no pudiendo fundarse tal agravio en un interés de tipo genérico sin efectuar una ponderación respecto al daño a la comunidad que el decisorio en crisis produciría.

20. En relación a los honorarios regulados a favor de la letrada Dra. María Cristina Garrido, apelados por altos y por bajos, corresponde señalar que la fijación del monto de los emolumentos efectuada por el Sr. Juez *a quo* luce razonablemente proporcionada a la labor profesional desempeñada y al resultado obtenido en el pleito. Adviértase que la tarea incluyó el éxito en el incidente de caducidad resuelto a fs. 230/231, y que la actividad procesal de autos se vio excepcionalmente extendida debido a las particularidades de la acción.

Asimismo, cabe agregar que la suma regulada resulta adecuada a la naturaleza del proceso, carente de producción probatoria y sin mayores incidencias que justifiquen el incremento del monto fijado.

Por su parte, y como correlato de lo precedente, los honorarios en esta instancia a favor de la mencionada profesional se fijan en la suma de quinientos pesos (conf. art. 14 de la ley 21.839).

Por los argumentos expuestos, **SE RESUELVE:**

I. Confirmar la sentencia de fs. 325/38, en cuanto hizo lugar a la acción deducida y dispuso la reincorporación de Inés Florencia Gamboa a la Escuela Normal Superior N°2 “Mariano Acosta”, y la tuvo por parte en estos actuados (puntos 1 y 2).

II. Confirmar la regulación de honorarios en la primera instancia.

III. Fijar los honorarios de la Dra. María Cristina Garrido por su actuación en esta instancia, en la suma de pesos quinientos (conf. art. 14 de la ley 21.939).

Regístrese, notifíquese a las partes por Secretaría y al Sr. Asesor Tutelar y Sr. Fiscal ante la Cámara Contravencional en sus respectivos despachos, y devuélvase.