



Educación

Rechazo de medida autosatisfactiva atento no acreditarse los requisitos exigidos para su viabilidad.

G. J. A. c/ Colegio Nuestra Señora de la Misericordia s/ amparo

27/12/2007

En la ciudad de La Plata, a 26 de diciembre de 2007, habiéndose establecido, de conformidad con lo dispuesto en el Acuerdo 2078, que deberá observarse el siguiente orden de votación: doctores Genoud, Pettigiani, de Lázari, Hitters, se reúnen los señores jueces de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario para pronunciar sentencia definitiva en la causa C. 101.776, "G. J. A. contra Colegio Nuestra Señora de la Misericordia. Amparo".

ANTECEDENTES

La Sala I de la Cámara Segunda de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de La Plata revocó la sentencia que había hecho lugar a la medida cautelar.

Se v interpuso, por la actora, recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley.

Oído el señor Subprocurador General, dictada la providencia de autos y encontrándose la causa en estado de dictar sentencia, la Suprema Corte resolvió plantear y votar la siguiente

CUESTION

¿Es fundado el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley?

VOTACION



A la cuestión planteada, el señor Juez doctor Genoud dijo:

1. La Cámara revocó el pronunciamiento que había hecho lugar a la medida cautelar.

Basó su decisión, en lo que interesa al presente, en que:

La medida cautelar establece que se admita al niño diariamente como alumno regular y se le provea el servicio educativo conjuntamente con el resto de sus compañeros de aula, por lo que resulta necesario analizar la relación pedagógica.

Se trata en el caso de derechos inalienables y personalísimos. De allí que solamente podríamos admitir que un equipo docente se vea obligado a prestar un servicio educativo si recortamos el concepto de la relación educativa. Si la aceptamos como instrucción, alojamiento y adiestramiento. Lo otro se encuentra fuera del ámbito del poder de la justicia y solamente puede pedírsele a ésta que imponga obligaciones y condiciones que hagan posible tal fructífera relación. Para ello se necesitará tiempo, tratamiento especializado y todo el instrumental que las ciencias humanas puedan aportar. Ello está fuera de las exiguas posibilidades y del brevísimo lapso de la presente cautelar.

Desde la misma perspectiva del menor y de su familia se plantea también un valladar en esta situación de crisis, que se expresa en las dificultades comunicacionales y en la modalidad adversarial que define el contorno de la relación y que trastoca la misma apartándola de sus objetivos educativos (fs. 369).

Los demás integrantes de la actividad áulica, esto es, los compañeros, pueden verse afectados al intervenir en la relación con un alumno que genera disfunciones en la misma. No es necesario evaluar este impacto, ni es materia sometida a juicio sino como ingrediente que permite analizar el periculum in mora. Como contrapeso, aparece el impacto que sobre la personalidad de M. pudiera causar la pérdida de la escolaridad, tal riesgo, empero, se encuentra conculcado merced a la disposición del Estado provincial que en virtud de los derechos del niño deberá proveer en su caso las medidas conducentes para hacer posible ese derecho.



2. Contra esta decisión se alzó la actora sosteniendo la vulneración de los arts. 14 de la Constitución nacional; 1071 del Código Civil; 2, 12, 28 y 29 de la Convención de los Derechos del Niño; 26 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; la Ley Provincial de Educación y los principios establecidos en la Ley Federal de Educación.

En caso de que quede firme la revocación de la cautelar, existe la posibilidad cierta de que el menor pierda el ciclo lectivo 2007, puesto que a esta altura del año no existirían vacantes en otras instituciones educativas, resultando en una afectación directa al derecho a recibir una instrucción (fs. 385 vta.).

La Dirección General de Cultura y Educación de la Provincia de Buenos Aires contesta oficio, en el cual sugiere como escuelas compatibles la EGB 78, 37 y 42, no expresando la existencia de vacantes disponibles en las mismas, sólo refiriendo que se localizan en el radio céntrico (fs. 386).

Apartarlo de su habitual círculo, lo único que generará es un retroceso, tanto a nivel emocional como educacional, puesto que también debe tenerse en cuenta que si bien todas las instituciones educacionales tienen que respetar una curricular que se les impone, desde la Dirección General de Cultura y Educación, no todas lo hacen con los mismos tiempos y formas, por lo que además debería integrarse a un ajeno grupo escolar, forjando nuevos lazos y adaptarse a los contenidos que por ese entonces se estén impartiendo (fs. 386 vta./387).

En el caso de que el Estado provincial provea una vacante en un establecimiento educativo de carácter público el mismo impartiría una educación laica, circunstancia que menoscaba la libertad de elección de los progenitores que sus hijos reciban una educación religiosa como lo viene haciendo el niño desde su educación preescolar (fs. 387).

No se discute el derecho que le asiste al colegio, pero sí se choca con la forma de ejercerlo en tanto la accionada no sólo no adoptó las medidas conducentes para subsanar la problemática que



alude, sino que intempestivamente notificó a los padres de la decisión de no matriculación, sin fundamentación alguna, siendo el acto abusivo e ilegítimo (fs. 406 vta.).

Que resulta apropiado denominar a la relación colegio-alumno como un contrato, pero el juez opinante omite manifestar que resulta una convención impregnada de normas de orden público (fs. 408 vta.).

La figuración hecha por el a quo en cuanto a la imposibilidad de pretender la creación de vínculos de amistad deviene intrascendente en la medida que el colegio debe adoptar una conducta superadora e inclusiva, desprovista de toda intencionalidad exclusiva y con la finalidad de subsanar las problemáticas que aquejan a la niñez actual, indefensa de la realidad social, cultural y económica que nos toca atravesar (fs. 410).

3. Entiendo, en distinto sentido que lo dictaminado por el señor Subprocurador General, que no le asiste razón al recurrente.

3.1. En autos, el contenido de la cautelar se halla íntimamente relacionado con la petición principal contenida en el amparo, ya que en la misma se establece que el menor sea receptado durante el ciclo lectivo 2007 por el Colegio, pero en lo que aquí especialmente interesa, también dispone que tal situación se mantendrá hasta la resolución definitiva de la causa. La revocación de dicha medida por la alzada, y tal como lo viene denunciando el recurrente, podría generar en el menor un perjuicio insusceptible de reparación ulterior. Esta especial circunstancia, unida al aspecto autosatisfactivo de la medida, hace que la resolución, dictada en el marco del proceso de amparo, contenga la necesaria nota de definitividad que permite a esta Corte el ingreso en el análisis de la contienda (art. 278 , C.P.C.C.).

3.2. Coincido con el señor Subprocurador General en que "ha resultado prematuro -en ese estadio procesal- el análisis pormenorizado de los derechos constitucionales en juego que ha realizado la mayoría del Tribunal, cuanto su conclusión acerca de la regularidad del accionar del Colegio demandado, porque ello se imbrica en la sustancia de la cuestión a elucidar en la sentencia de mérito, tras la oportuna ponderación de la totalidad del material probatorio que haya de



incorporarse al juicio" (fs. 423 vta.).

Lo sustancial así decidido por la alzada, lejos se halla de conformar la propia materia cautelar que le es sometida a evaluación y resolución. Lo expuesto por la mayoría en el fallo que viene recurrido es más bien propio de tratamiento en etapa que viene diferida. Será la sentencia a dictarse en el caso, la oportunidad (procesal) propicia para atender y entender sobre las nociones básicas, circunstancias, pruebas y notas típicas que resuelvan definitivamente la cuestión. Resulta, por un lado, prematuro ingresar en esta etapa a evaluar nociones a las que se echa mano; por el otro, impropio de la materia cautelar sometida a elucidación.

Por lo que corresponde en esta instancia revocar el fallo recurrido y resolver el litigio con arreglo a la ley y circunstancias del caso en que se encuentra (art. 289 inc. 2 del C.P.C.C.).

3.3. Visto lo cual, y teniendo precisamente en vista la instancia que se transita y el tipo de medida (precautoria) que nos ocupa, he de apartarme -tal como lo adelantara- de lo dictaminado por el señor Subprocurador General.

En primer lugar porque el recurrente no advierte lo que sí el señor Subprocurador General y el magistrado que votara en minoría. Esto es: lo prematuro que resulta el análisis de la regularidad del accionar del Colegio y la consecuente medida que adoptara cuestionada por esta vía procedimental, dado que ello se imbrica en la sustancia del problema a elucidar en la sentencia de mérito (fs. 371).

Y en segundo lugar porque ello ha llevado al recurrente a discutir con lo decidido por la alzada, oponiendo a lo resuelto sus propias valoraciones y apreciaciones sobre el caso, con fundamentos contrarios a los sostenidos por al a quo, pero incurriendo -lo reitero- en el mismo error en que hubo de incidir aquél. Desentendiéndose de las exigencias propias de la etapa del proceso que se transita, sin advertir que su misión, en el caso y ahora, debe estar dirigida a fundar debidamente la cautelar dispuesta sobre la que se discute, dando y fundando sus razones para que se evalúe sobre el mérito y viabilidad de tal precautoria.



Sin embargo, la revocación de lo decidido impone que esta Corte asuma positivamente la resolución acerca de la satisfacción de la tutela requerida, evaluando si se encuentran reunidos los recaudos necesarios para habilitar lo pedido.

3.4. He tenido oportunidad de expresar en la causa B. 65.834 (resol. del 7-III-2007) -integrando los votos minoritarios- que el proveimiento de medidas precautorias como la requerida está subordinado a la demostración de: i) la apariencia o verosimilitud del derecho invocado (*fumus boni iuris*) y ii) el peligro en la demora por el cual el cumplimiento de la sentencia se pudiera convertir en ineficaz o imposible (*periculum in mora*; art. 230, C.P.C.C.), circunstancia que exige a la reclamante -conforme lo resuelto por esta Corte- "acreditar la gravedad e irreparabilidad del perjuicio" (causas I. 1526, "Copetro", res. del 28-V-1991; B. 57.513, "Boese", res. del 27-XII-1996; B. 59.931, "Chibaut Morales", res. del 13-IV-1999; B. 62.209, "Sánchez", res. del 15-V-2002; B. 63.845, "Milocco", res. del 26-VI-2002; B. 65.222, "Obrascon Huarte Lain", res. del 16-IX-2003, entre otras).

La tarea propia es, ahora, considerar precisamente si tales elementos se configuran para la viabilidad de lo solicitado.

3.5. Por lo que se refiere a la investigación sobre el derecho, la cognición cautelar se limita en todos los casos a un juicio de probabilidades y de verosimilitud. Declarar la certeza de la existencia del derecho es función de la providencia principal; en sede cautelar basta que la existencia del derecho aparezca verosímil, o sea, para decirlo con mayor claridad, basta que, según un cálculo de probabilidades, se pueda prever que la providencia principal declarará el derecho en sentido favorable a aquél que solicita la medida cautelar. El resultado de esta cognición sumaria sobre la existencia del derecho tiene pues, en todos los casos, valor no de declaración de certeza sino de hipótesis: solamente cuando se dicte la providencia principal se podrá ver si la hipótesis corresponde a la realidad (Piero Calamandrei, "Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares", Librería El Foro Buenos Aires, p. 78).



Pues el juicio de verdad en esta materia se encuentra en oposición a la finalidad del instituto cautelar, que no es otra que atender a aquello que no excede del marco de lo hipotético, dentro del cual, asimismo, agota su virtualidad (del voto en disidencia del doctor Fayt in re Rossi Cibils, Miguel A. otros, C.S., 8-IX-1992; "La Ley", 1993-B, 333).

Quede claro pues que lo que se define en esta instancia es la providencia cautelar. Su progreso o su rechazo. Nada de lo que se diga supone adelantar posición respecto a la providencia definitiva. El derecho puede considerarse verosímil y cerrarse el ciclo de la cautelar con una providencia principal que declare la existencia del derecho. Puede suceder que, aún declarándose verosímil el derecho, se cierre el ciclo de la cautelar con la providencia principal que declare que el derecho invocado no existe. Puede ahora declararse que no hay verosimilitud y arribarse, al tiempo de dictarse la definitiva, a una conclusión que, sin contradecir lo definido en esta instancia particular, determine la existencia y certeza del derecho.

Así lo que se presenta como verosímil puede luego no ser sostenido por ningún elemento de prueba; por el contrario, lo que no aparece como verosímil puede gozar después de un alto grado de confirmación probatoria.

Por otra parte, hay que atender también al *periculum in mora*, o sea al recaudo que estriba en la imposibilidad práctica de acelerar la emanación de la providencia definitiva, la que hace surgir el interés por la emanación de una medida provisoria; es la mora de esta providencia definitiva, considerada en sí misma como posible causa de ulterior daño, la que se trata de hacer preventivamente inocua con una medida cautelar, que anticipe provisoriamente los efectos de la providencia definitiva (Piero Calamandrei, ob. cit., p. 42).

El peligro en la demora debe evaluarse considerando que durante la tramitación del amparo la garantía debe tener vigencia. De lo contrario, podría ocurrir que cuando la sentencia quede firme, ya no resulte útil la tutela judicial por haberse cumplido los efectos del acto atacado. El amparo no sirvió (Gambier Beltrán, "El peligro en la demora en la medida cautelar en el juicio de amparo"; "La Ley", 1997-A, 69).



3.6. Corresponde por ello, en ejercicio de la competencia positiva que se ejerce, verificar si en el caso están dadas las condiciones o recaudos que viabilicen la medida pedida, teniendo en cuenta para ello que, siguiendo las aguas de la doctrina sentada por el Superior Tribunal nacional en "Camacho Acosta", en ciertas ocasiones -como ocurre en la medida de no innovar y en la medida cautelar innovativa- existen fundamentos de hecho y de derecho que imponen al tribunal expedirse provisionalmente sobre la índole de la petición formulada sin que ello implique incurrir en prejuzgamiento (conf. C.S., sent. del 7-VIII-1997, "La Ley", 1997-E-652, "Jurisprudencia Argentina", 1997-IV-620, "El Derecho", 176-61, "Jurisprudencia Argentina", 1998-1-465).

Visto ello, tengo presente que tanto en el fallo que propongo revocar, cuanto en el recurso que contra el mismo se deduce, se echa mano al principio del interés superior del niño para fundar, o bien el rechazo de la cautelar, o bien su pedido de acogimiento. El trato indistinto que permite fundar una y otra postura, desencontradas entre sí, permite considerar qué se entiende por interés superior del niño para comenzar a desentrañar la suerte de la medida pedida. Y si a partir de su evaluación se juzga verosímil el derecho invocado, como así el peligro en la demora que se denuncia.

A tal fin tengo en cuenta que al concluir su capítulo dedicado a evaluar "El interés superior del niño", la doctora Grosman revela la inquietud por buscar el mejor modo de salvaguardar de manera real y efectiva los intereses de la infancia, que son los intereses de la sociedad en esta búsqueda de crecimiento y continuidad. Son las necesidades del niño las que definen su interés en cada momento de la historia y la vida. Son estos reclamos de supervivencia, desarrollo y formación, de afecto y alegría, los que demandan derechos que conviertan los requerimientos en exigencias y realidades (Cecilia P. Grosman, *El interés superior del niño en "Los derechos del niño en la familia discurso y realidad"*; Ed. Universidad, p. 75). Señala la citada autora que "asociar el 'interés del niño' al respeto de sus derechos fundamentales reclama, concomitantemente, sopesar las circunstancias de hecho para determinar de qué manera tales derechos, que representan necesidades del niño, pueden recibir mejor amparo" (ob. cit., p. 46).

Y si tanto se habla del interés superior del niño, por ser el mayor compromiso de resolución en este proceso, debemos atender que el principio expuesto (regla jurídica que ordena sobreponer el



interés superior del niño a cualesquiera otras consideraciones) tiene, al menos en el plano de la función judicial donde se dirimen controversias, el efecto de separar conceptualmente aquel interés del niño como sujeto de derecho de los intereses de otros sujetos individuales o colectivos, incluso, llegado el caso, de sus propios padres. Por lo tanto, la coincidencia entre uno y otro interés ya no será algo lógicamente necesario, sino una situación normal y regular pero contingente que, ante el conflicto, exigirá justificación puntual en cada caso concreto (C.S., Fallos 328:2870).

Visto lo cual adelanto -en el marco provisional propio del examen precautorio y sin abrir juicio sobre el fondo del asunto- que no se percibe la verosimilitud en el derecho invocado, pues a partir de una íntegra evaluación de los hechos y constancias habidas no surge acreditado, en el grado impuesto, que las necesidades del niño -medida de su interés- sean las que precisamente sus padres exponen como fundamento de la medida pedida. Lo verosímil no se encuentra configurado a partir de desconocer, en esta instancia del proceso, cuál es el mejor modo de salvaguardar de manera real y efectiva los derechos de ese niño.

No se alcanza, con lo actuado, a valorar el riesgo que la modificación de la situación o emplazamiento del niño le pudiera provocar. El derecho verosímil que se denuncia no es tal, tornando por ello dificultoso el juicio de predicción necesario para resolver la cautelar pedida. Ni aún en este estadio de providencias provisionales puede determinarse que existe realmente la verosimilitud del derecho invocado. No se avizora, pues se falla en el intento de acreditar la probabilidad exigida, que lo que se pide permita la realización plena de los derechos del niño.

No logra acreditarse, con el grado de verosimilitud requerida, que la medida dispuesta por el colegio obste al desarrollo de la personalidad, las aptitudes y la capacidad mental y física del niño (art. 29, Convención sobre los derechos del niño; Adla, L-D, 3693).

A ello se suma que no existe peligro de que el niño pierda su escolaridad, pues tal riesgo se desvanece merced a la disposición del Estado provincial que, en virtud -precisamente- de esos derechos del niño, deberá proveer en su caso las medidas conducentes para hacer posible ese derecho.



Por otra parte, en cuanto al argumento que se introduce en el recurso, relativo a que en caso de que quede firme la revocación de la cautelar, existe la posibilidad cierta de que el menor pierda el ciclo lectivo 2007, en cuanto a que a esta altura del año no existirían vacantes en otras instituciones educativas, redundando una afectación directa al derecho a recibir una instrucción, debo decir que este peligro está aventado por el mismo transcurso del tiempo. Por lo que no le asiste razón en su planteo.

El quejoso también sostiene que la Dirección General de Cultura y Educación de la Provincia de Buenos Aires contesta oficio sugiriendo como escuelas compatibles la EGB 78, 37 y 42, pero no expresando la existencia de vacantes disponibles en las mismas, sino sólo mencionando que se localizan en el radio céntrico. Lo que resulta impropio de considerar, pues no es eso lo que surge del oficio de fs. 356.

La efectiva falta de disponibilidad o vacantes modificaría el rumbo impuesto al presente, pues en tal situación sí la sentencia definitiva a dictarse en autos podría resultar ineficaz. Pero, lo reitero, el informe de la autoridad pública correspondiente deja ver que la continuidad en el proceso educativo del menor está confirmada.

Por todo lo expuesto, no encontrándose acreditados los recaudos necesarios que viabilicen la cautelar solicitada, soy de la opinión -y así lo dejo propuesto como solución al caso- que corresponde el rechazo de la misma.

Sin perjuicio de todo lo cual, la circunstancia de no haber recaído sentencia que defina la suerte del amparo incoado, me lleva a recomendar la pronta resolución del pleito.

Así lo voto.

A la cuestión planteada, el señor Juez doctor Pettigiani dijo:



Adhiero a lo expuesto por mi distinguido colega el doctor Genoud en los puntos 3.1., 3.2. y los párrafos quinto a décimo del apartado 3.6. de su voto, en tanto considero que lo allí manifestado resulta ser fundamento suficiente -a partir del "interés superior del menor" (art. 3, párrafo 1º, Convención sobre los Derechos del Niño; definición y alcance conforme voto propio en causa Ac. 73.814, sent. del 27-IX-2000)- para considerar que no se hallan acreditados todos los requisitos necesarios que hagan viable la medida cautelar en cuestión.

Con el alcance indicado, así lo voto.

Los señores jueces doctores de Lázari e Hitters, por los mismos fundamentos del señor Juez doctor Genoud, votaron también en el mismo sentido.

Con lo que terminó el acuerdo, dictándose la siguiente

SENTENCIA

Por lo expuesto en el acuerdo que antecede, oído el señor Subprocurador General, no encontrándose acreditados los recaudos necesarios que viabilicen la cautelar solicitada, corresponde su rechazo; con costas (arts. 69 y 289 , C.P.C.C.).

El depósito previo de \$ 2500, efectuado a fs. 414, queda perdido para el recurrente (art. 294 , C.P.C.C.), debiendo el tribunal dar cumplimiento a lo dispuesto por los arts. 6 y 7 de la Resolución 425/2002 (texto Resol. 870/2002).

Notifíquese y devuélvase.