

265

**INICIAMOS AMPARO COLECTIVO. PLANTEAMOS
INCONSTITUCIONALIDAD. SOLICITAMOS EL DICTADO DE UNA MEDIDA
CAUTELAR.**

EXCMA. CAMARA EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – SALA II.-

**JUICIO: CLARISA ALBERSTEIN Y OTROS VS SUP. GOBIERNO DE LA
PROVINCIA DE TUCUMAN S/ AMPARO COLECTIVO. Expte. N° 152/18.-**

Ana Laura Stegmayer, DNI 29.338.340, argentina, mayor de edad, Presidenta y Representante Legal de Fundación Andhes (Abogados y Abogadas del NOA en Derechos Humanos y Estudios Sociales), conforme consta en documentación que se adjunta y cuya validez declaro bajo juramento, con domicilio real en Pje. Tiburcio Padilla 160 de esta ciudad, y constituyendo domicilio procesal en casillero de notificaciones n° 412 de mi letrado patrocinante, Dr. Emilio Guagnini, me presento y digo:

I.- OBJETO:

De acuerdo a lo previsto en los Arts. 14 y 43 de la C.N., Arts. 37, 38 y concordantes de Nuestra Constitución Provincial y la normativa internacional en materia de Derechos Humanos incorporados a través Tratados Internacionales que se incorporaron a nuestra Constitución en su Art. 75 Inc. 22, y de acuerdo a lo previsto en el del art. 78 del CPCT, en representación de Fundación Andhes, vengo a interponer ACCION DE AMPARO contra el Estado Provincial- Ministerio de Educación de la Provincia de TUCUMAN, con domicilio en calle Santa Fe N° 850, de esta ciudad capital, a fin de que se declare, en primer lugar la **inconstitucionalidad parcial del inc. 2 del Art. 144 de la Constitución de la Provincia de Tucumán el cual reza: "...Tal enseñanza se impartirá dentro de los horarios de clase, con el debido respeto a sus convicciones personales..."**, y del **Inc. 13 del artículo 8 de la Ley Provincial de Educación en lo que se refiere a "...que se incluya dentro del horario de clase la enseñanza del credo en que se los educa en sus hogares..."**, entendiendo que dicha normativa en consonancia con las Prácticas Diarias, entre las que se incluyen rezos y la exposición dentro de las entidades educativas de insignias católicas, que han tenido como consecuencia la imposición obligatoria de la enseñanza de la religión católica en las escuelas públicas provinciales, la cual integra los planes de estudio y se imparte dentro de los horarios de clase, por parte de los funcionarios de la educación, las cuales vulneran los derechos **CONSTITUCIONALES DE DERECHO A LA IGUALDAD, A LA EDUCACION LIBRE DE DISCRIMINACION, A LA INTIMIDAD Y PRINCIPIO DE RESERVA LIBERTAD DE CONCIENCIA Y RESPETO A LAS MINORIAS ETNICAS Y RELIGIOSAS, DERECHOS DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES DE PARTICIPAR EN LAS DECISIONES QUE LES AFECTEN.**

760

La presente acción tiene la finalidad de hacer cesar el trato discriminatorio, que se generó a raíz de la práctica del dictado de la materia de educación religiosa en las escuelas públicas, circunscribiéndose solo al catolicismo, ya que no se dicta ninguna otra religión en horario de clase o fuera de este que no sea la católica, de esta forma la normativa arriba citada si bien parece ser neutral en la práctica genera *“un comprobado efecto sistémico de desigualdad”*, los desequilibrios facticos que describiremos a continuación darán cuenta de la inconstitucionalidad de la normativa cuestionada, ya que esta contribuyo de manera causal a la producción de estos desequilibrios por un lado no estableciéndose uniformidad de criterio entre las distintas instituciones educativas, sobre opción, calificación y eximición de cursado de la materia a niños y niñas no católicos y no creyentes; por otro lado por la falta de existencia de un programa educativo alternativo que contenga al sector que no profesa el culto católico apostólico romano, viniendo a alterar el esquema familiar, de la sociedad y cuyo garante debe ser el Estado, y por otro lado la existencia de un Proyecto de Diseño Curricular para el nivel primario que persigue la finalidad de que *“la iglesia católica, que está en Tucumán, quiere recuperar la voz de todos los creyentes que en la escuela, no tengan formación religiosa según su propio credo, haciéndose eco de distintos modos: en primer lugar recordando y proclamando el derecho de toda persona humana a la formación religiosa. Avalado por leyes y reglamentaciones vigentes a nivel internacional, nacional y provincial que la reconocen”*.

Tales prácticas y tal reglamentación son contrarias a los artículos 3, 5, 24 2do y 3er párrafos, 27, 40 inc.4 de la Constitución de la Provincia de Tucumán y a los arts.3, 7,8 inc.8, 9, 12 ,97 inc. 1 entre otros de la Ley Provincial de Educación n° 8391/2010 las cuales, **interpretadas en forma compatible con la Constitución Nacional**, no autorizan la realización de aquéllas. De acuerdo al Art. 12 de Pacto de San José de Costa Rica, *“Los padres, y en su caso los tutores, tienen derecho a que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones”*, en consonancia con el Art. 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su Inc. 3:

“Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, de escoger para sus hijos o pupilos escuelas distintas de las creadas por las autoridades públicas, siempre que aquéllas satisfagan las normas mínimas que el Estado prescriba o apruebe en materia de enseñanza, y de hacer que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa o moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones”.

Esto interpretado a la luz de la Observación General N° 13 del Comité DESC donde realiza una interpretación del Art 13 de dicho Pacto:

“El párrafo 3 del artículo 13 contiene dos elementos, uno de los cuales es que los Estados Partes se comprometen a respetar la libertad de los padres y tutores legales para que sus hijos o pupilos reciban una educación religiosa o moral conforme a sus propias convicciones...Observa que la enseñanza pública que incluya instrucción en una determinada religión o creencia no se atiene al párrafo 3 del artículo 13, salvo que se estipulen exenciones no discriminatorias o alternativas que se adapten a los deseos de los padres y tutores.”

A la luz de esta normativa en materia de Derecho a la Educación tanto nacional como internacional la que es plenamente operativa y debe ser aplicada por los tribunales, las prácticas que denunciarnos y recalcamos producen un trato discriminatorio y un

267
desequilibrio y comprobado efecto sistémico de desigualdad, y la normativa que solicitamos se declare inconstitucional, son contrarias a los contenidos.

Solicitamos se apliquen en consecuencia los Estándares fijados en el Fallo "Castillo, Carina Viviana y otros c/ Provincia de Salta- Ministerio de Educación de la Prov. de Salta":

- **Carácter Laico y Gratuito de la Educación Pública**, como principio clave para asegurar los valores democráticos y la igualdad de oportunidades sin discriminación alguna.
- **Principio de Neutralidad en materia de Educación Pública**, que comprende la posibilidad de profesar o no libremente su culto en el ámbito escolar (art. 14 de la Constitución Nacional), es decir, comprende no solo la preferencia respecto de ninguna posición religiosa –incluso de los no creyentes–, sino también una faz de tolerancia hacia todos aquellos que quieran profesar su culto en el ámbito escolar.
- **Igualdad desde una Perspectiva Estructural que tiene en cuenta el individuo en tanto integrantes de un grupo**, en el marco que lo plantea la Constitución de 1994, la igualdad no debe ser entendida desde el punto de vista del principio de no Discriminación, sino considerado en un contexto social en el que se aplican las disposiciones, las políticas públicas y las prácticas que de ellas se derivan, y de qué modo impactan en los grupos desventajado, si es que efectivamente lo hacen.
- **Examen más riguroso de categorías "específicamente prohibidas" o "sospechosas"**, en estos casos corresponde hacer un examen más riguroso que parte de una presunción de invalidez. Ya que la **doctrina de las categorías sospechosas** es revertir la situación de desventaja en la que se encuentran los miembros de ciertos grupos para ejercitar la plenitud de los derechos reconocidos en el ordenamiento jurídico en razón de muy variadas circunstancias como, por ejemplo, razones sociales, étnicas, culturales, religiosas, entre otras.

2. LEGITIMACIÓN:

Hacemos uso del Derecho conferido por el Art. 78 del CPCT y acreditamos nuestra legitimación activa, en primer lugar ya que el principal objeto contenido en la Estatuto de la fundación "*es la protección de los Derechos Humanos a través de la promoción y fortalecimiento de su vínculo con cada sector de la sociedad por entender que su desarrollo, reconocimiento y aplicación son fundamentales para lograr un verdadero sistema democrático*" la educación es un Derecho Humano fundamental, contenido en el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su Art. 13:

1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la educación. Conviene en que la educación debe orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad, y debe fortalecer el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales. Conviene asimismo en que la educación debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad libre, favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las

naciones y entre todos los grupos raciales, étnicos o religiosos, y promover las actividades de las Naciones Unidas en pro del mantenimiento de la paz.

2. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que, con objeto de lograr el pleno ejercicio de este derecho:

- a) La enseñanza primaria debe ser obligatoria y asequible a todos gratuitamente;
- b) La enseñanza secundaria, en sus diferentes formas, incluso la enseñanza secundaria técnica y profesional, debe ser generalizada y hacerse accesible a todos, por cuantos medios sean apropiados, y en particular por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita;
- c) La enseñanza superior debe hacerse igualmente accesible a todos, sobre la base de la capacidad de cada uno, por cuantos medios sean apropiados, y en particular por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita;
- d) Debe fomentarse o intensificarse, en la medida de lo posible, la educación fundamental para aquellas personas que no hayan recibido o terminado el ciclo completo de instrucción primaria;
- e) Se debe proseguir activamente el desarrollo del sistema escolar en todos los ciclos de la enseñanza, implantar un sistema adecuado de becas, y mejorar continuamente las condiciones materiales del cuerpo docente.

3. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, de escoger para sus hijos o pupilos escuelas distintas de las creadas por las autoridades públicas, siempre que aquéllas satisfagan las normas mínimas que el Estado prescriba o apruebe en materia de enseñanza, y de hacer que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa o moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.

4. Nada de lo dispuesto en este artículo se interpretará como una restricción de la libertad de los particulares y entidades para establecer y dirigir instituciones de enseñanza, a condición de que se respeten los principios enunciados en el párrafo 1 y de que la educación dada en esas instituciones se ajuste a las normas mínimas que prescriba el Estado, y velamos por su plena protección.

Interpretado en consonancia con la **Observación General N° 13 del Comité DESC:**

Párrafos 3 y 4 del artículo 13 - El derecho a la libertad de enseñanza

28. El párrafo 3 del artículo 13 contiene dos elementos, uno de los cuales es que los Estados Partes se comprometen a respetar la libertad de los padres y tutores legales para que sus hijos o pupilos reciban una educación religiosa o moral conforme a sus propias convicciones... Observa que la enseñanza pública que incluya instrucción en una determinada religión o creencia no se atiene al párrafo 3 del artículo 13, salvo que se estipulen exenciones no discriminatorias o alternativas que se adapten a los deseos de los padres y tutores.

Así también dentro de la protección del Derecho a la Educación encontramos otra normativa

En segundo lugar la fundación dentro de su organización interna cuenta con Tres Líneas de Trabajo siendo una de estas la Línea de Educación y Participación, que desde hace más de 15 años "...lleva adelante actividades y desarrolla programas..." (Inc. 3 del Art. 78 del CPCT), tales como:

Proyectos de la línea de Educación y participación de Andhes

- Haciendo democracia, financiado por la Embajada de Alemania.

Implico un trabajo con 10 escuelas de distintos municipios de provincia en la construcción de la participación de los y las estudiantes en sus escuelas. Los talleres y encuentros proponían un análisis de las problemáticas que afectaban al colectivo de

269

estudiantes y en diseñar y pensar una propuesta, ajusta a una perspectiva de derecho, de mejora y transformación de sus instituciones.

- Señas que enseñan democracia, financiado por el Banco Mundial.

Este proyecto implicó una capacitación sistemática a la asociación de sordos de la provincia en nociones de derecho, democracia y participación. Para esto se diseñaron talleres con adaptaciones en los contenidos para el trabajo con sordos y lenguaje de señas y estrategias diversas para el efectivo aprendizaje de estos contenidos.

- Capacitación docente “la transversalidad de los valores democráticos en la práctica docente”. Financiado por la embajada de Alemania

Este proyecto consistió en una actualización y perfeccionamiento a docentes en ejercicio en la reflexión de sus propias prácticas docentes desde una perspectiva democrática y de derecho. El curso se aprobaba con la presentación de un proyecto propuestos por los agentes educadores para fortalecer, mejorar o modificar una práctica áulica o institucional en clave de derecho.

- Proceso de investigación sobre “discriminación en el acceso a la educación”, en conjunto con la organización ADC

Este proyecto de investigación implicó observaciones, entrevistas y recorridos por distintas escuelas de la provincia para analizarlas las prácticas pedagógicas que se presentan como barreras y obstáculos en el sistema educativo para la inclusión de los estudiantes. Tres fueron los ejes de análisis: educación intercultural bilingüe, educación para la comunidad sorda y educación laica.

- Fortalecimiento comunitario en los valles, financiado por UNICEF.

Proyecto de una duración de tres años, en articulación con las escuelas de Amaicha y Quilmes. Trabajando con los y las adolescentes en la conformación de un centro de estudiantes de incidencia en su comunidad y escuelas.

“...lo que refleja la seriedad y responsabilidad de la trayectoria de la agrupación, en defensa de los intereses colectivos...” Inc. 3 del Art. 78 del CPCT.

En tercer lugar *“...la agrupación este ligada territorialmente al lugar de producción de la situación lesiva del interés colectivo...”* (Inc. 3 Art. 78 del CPCT), la fundación Andhes desarrolla su actividad dentro de la provincia de Tucumán, desde 2001, trabajando desde ese momento en la defensa y protección del Derecho a la Educación, como un Derecho Humano Fundamental.-

Es importante marcar que los potenciales afectados no son solo los que se encuentran dentro de las estructuras escolares actualmente, sino también todos los que eventualmente ingresaran, dado el carácter obligatorio de la educación en casi todos sus niveles y que, en consecuencia, la decisión que V.S. adopte en el presente caso (en el

370

supuesto de hacer lugar a nuestra acción de amparo), deberá tener efectos en todo el territorio provincial. Tal conclusión se sigue naturalmente del pronunciamiento de la Corte Suprema de la Nación en el caso “Halabi” (sentencia del 24.2.2009, publicada en Abeledo Perrot Online), en donde el Alto Tribunal hizo expresa referencia a una categoría de derechos denominada “derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos”:

“12) Que la Constitución Nacional admite en el art. 43, párr. 2º, una tercera categoría conformada por derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos. Tal sería el caso de los derechos personales o patrimoniales derivados de afectaciones al ambiente y a la competencia, de los derechos de los usuarios y consumidores como de los derechos de sujetos discriminados.

En estos casos no hay un bien colectivo, ya que se afectan derechos individuales enteramente divisibles. Sin embargo, hay un hecho, único o continuado, que provoca la lesión a todos ellos y por lo tanto es identificable una causa fáctica homogénea. Ese dato tiene relevancia jurídica porque en tales casos la demostración de los presupuestos de la pretensión es común a todos esos intereses, excepto en lo que concierne al daño que individualmente se sufre. Hay una homogeneidad fáctica y normativa que lleva a considerar razonable la realización de un sólo juicio con efectos expansivos de la cosa juzgada que en él se dicte, salvo en lo que hace a la prueba del daño...”

También se debe tener en cuenta el fallo específico en un caso con el mismo objeto que el de marras: CSJN 1870/2014/CS1 “CASTILLO CARINA VIVIANA Y OTROS VS. PROVINCIA DE SALTA S/ AMPARO”:

“En primer lugar, la aplicación de las normas locales ha implicado una coacción directa e indirecta en la elección de los niños, niñas, padres y representantes legales sobre sus creencias, que está prohibida expresamente por el artículo 14 de la Constitución Nacional y los instrumentos internacionales (art. 12, párr. 2, Convención Americana sobre Derechos Humanos; art. 18, párr. 2, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; art. 1, párr. 2, Declaración sobre la Eliminación de Todas las Formas de Intolerancia y Discriminación Fundadas en la Religión o las Convicciones). Ello conlleva una afectación a la esfera más íntima de la libertad de religión y conciencia, que tiene una especial protección constitucional (art. 4, inc. 2, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Comité de Derechos Humanos, Observación General nro. 22, “Libertad de pensamiento, de conciencia y de religión”, 48º período de sesiones, HRIIGEN/IIRev.7, 1993, párr. 3)”.

Por otra parte, nuestra legitimación activa se encuentra acreditada en el caso, en razón de que la defensa de los derechos de las personas discriminadas que se presentan (los niños que concurren a las escuelas provinciales) constituye, a su respecto, un “derecho de incidencia colectiva”. Los alcances del citado derecho también fueron claramente fijados por la Corte en el mencionado caso “Halabi”:

“11) Que los derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos (art. 43, CN.) son ejercidos por el Defensor del Pueblo de la Nación, las asociaciones que concentran el interés colectivo y el afectado.

En estos supuestos existen dos elementos de calificación que resultan prevalentes.

En primer lugar, la petición debe tener por objeto la tutela de un bien colectivo, lo que ocurre cuando éste pertenece a toda la comunidad, siendo indivisible y no admitiendo exclusión alguna. Por esta razón sólo se concede una legitimación extraordinaria para reforzar su protección, pero en ningún caso existe un derecho de apropiación individual sobre el bien ya que no se hallan en juego derechos subjetivos. No se trata solamente de la existencia de pluralidad de sujetos, sino de un bien que, como el ambiente, es de naturaleza

34)

colectiva. Es necesario precisar que estos bienes no tienen por titulares a una pluralidad indeterminada de personas, ya que ello implicaría que si se determinara el sujeto en el proceso éste sería el titular, lo cual no es admisible. Tampoco hay una comunidad en el sentido técnico, ya que ello importaría la posibilidad de petitionar la extinción del régimen de cotitularidad. Estos bienes no pertenecen a la esfera individual sino social y no son divisibles en modo alguno.

“En segundo lugar, la pretensión debe ser focalizada en la incidencia colectiva del derecho. Ello es así porque la lesión a este tipo de bienes puede tener una repercusión sobre el patrimonio individual, como sucede en el caso del daño ambiental, pero esta última acción corresponde a su titular y resulta concurrente con la primera.

“De tal manera, cuando se ejercita en forma individual una pretensión procesal para la prevención o reparación del perjuicio causado a un bien colectivo, se obtiene una decisión cuyos efectos repercuten sobre el objeto de la causa petendi, pero no hay beneficio directo para el individuo que ostenta la legitimación.

En este tipo de supuestos, la prueba de la causa o controversia se halla relacionada con una lesión a derechos sobre el bien colectivo y no sobre el patrimonio del peticionante o de quienes éste representa.

Puede afirmarse, pues, que la tutela de los derechos de incidencia colectiva sobre bienes colectivos corresponde al Defensor del Pueblo, a las asociaciones y a los afectados, y que ella debe ser diferenciada de la protección de los bienes individuales, sean patrimoniales o no, para los cuales hay una esfera de disponibilidad en cabeza de su titular.”

Esta doctrina no fue más que la ratificación de una larga serie de precedentes de la Corte Suprema en los cuales claramente se había resuelto que el amparo (o el hábeas corpus, en su caso) también resulta ser la vía idónea para la tutela de derechos colectivos defendidos por asociaciones de bien público (como por ejemplo sucedió con la ADC) que no se encuentran directamente afectadas por las normas o actos impugnados (conf. Corte Suprema de la Nación, casos ‘Asociación de Grandes Usuarios de Energía Eléctrica de la República Argentina -A.G.U.E.E.R.A.- v. Provincia de Buenos Aires y otros’; Fallos: 320:690; ‘Asociación Benghalensis y otros c/ Ministerio de Salud y Acción Social’, Fallos: 323:1339; ‘Portal de Belén’, Fallos: 325:292; ‘Mignone’, Fallos: 325:524 y ‘Verbitsky’, sentencia del 3.5.2005, J.A. 2005-IV-612).

Es claro que el objeto del presente litigio (la eliminación de toda forma de discriminación religiosa en materia de educación pública, para hacer cesar el efecto sistémico de desigualdad que se produce a raíz de estas prácticas) claramente se ajusta al concepto de lucha “contra toda forma de discriminación” (art. 43 de la Constitución Nacional) y se corresponde, además, con los objetivos de la ANDHES, respecto a la protección de los Derechos Humanos, tal como aparecen detallados en su Estatuto, cuya copia simple se acompaña a la presente demanda.

3. ADMISIBILIDAD DE LA PRESENTE ACCION DE AMPARO

3.1. Introducción. El derecho a una tutela judicial efectiva

En cuanto a las vías elegidas para asegurar judicialmente los derechos vulnerados en el presente caso, cabe recordar aquí también el cumplimiento de los instrumentos internacionales de derechos humanos.

Precisamente, los artículos 8 y 25, Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), reconocen respectivamente las garantías judiciales de las personas para ser oídas por un juez o tribunal competente (art. 8, inc.1), y la protección judicial de toda persona para el ejercicio de un recurso sencillo y rápido u otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o esa Convención, aún cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales (inc. 1 art.25).

Como es sabido, el derecho a la jurisdicción, consagrado en la mayoría de las Constituciones nacionales y en forma expresa en el art. 8 (Convención Americana sobre Derechos Humanos), importa la posibilidad de ocurrir ante un tribunal judicial, a fin de obtener la tutela oportuna y eficaz de un derecho de raigambre constitucional, presentándose- en la esfera procedimental- las acciones de amparo, y las medidas autosatisfactivas o cautelares autónomas como medios eficaces para la protección de derechos constitucionales que garantizan necesidades básicas.”

Estas acciones son expeditas y rápidas y resultan admisibles contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares que en forma actual o inminente, lesione, restrinja, altere o amenace con arbitrariedad e ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos constitucionalmente. Tales acciones no pueden tomarse sino en el sentido de que la garantía obrará sin impedimentos ni otros condicionamientos que no sean los que el propio texto constitucional establece.

3.2. La presente acción satisface ampliamente los requisitos exigidos por el artículo 43 de la Constitución Nacional

Consideramos que la presente acción cumple los recaudos exigidos para la procedencia del Amparo, enumerando como tales la existencia de una omisión ilegal manifiesta restrictiva de derechos constitucionales y la inexistencia de otro medio judicial más idóneo (Art. 43 de la Constitución Nacional), de conformidad con los siguientes argumentos:

A. Omisión Ilegal Manifiesta: Existe una conducta ilegal manifiesta por parte de las demandadas en autos (es decir, **violatoria** de la Constitución Nacional y de las Constitución y legislación provincial), configurativa del supuesto que autoriza el art. 37 de la Constitución de la Provincia de Tucumán la utilización de la vía procesal del amparo (Art. 37.- *“Siempre que en forma actual o inminente se restrinjan, amenacen o lesionen, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos o garantías reconocidos por esta Constitución o por la Constitución Nacional, y no exista otra vía pronta o eficaz para evitar un grave daño, la persona afectada puede pedir el amparo a los jueces en la forma que determine la ley”*). Por un lado no estableciéndose uniformidad de criterio entre las distintas instituciones educativas, sobre opción, calificación y eximición de cursado de la materia a niños y niñas no católicos y no creyentes; por otro lado por la falta de existencia de un programa educativo alternativo que contenga al sector que no profesa el culto

373

católico apostólico romano, viniendo a alterar el esquema familiar, de la sociedad y cuyo garante debe ser el Estado.

Con respecto al requisito de que la ilegalidad sea manifiesta, cabe decir que el mismo es relativo. En efecto, caracterizada doctrina (Aja Espil, Sagües, Palacio, Rivas, Bidart Campos) sostiene que el acto lesivo debe ser claro y manifiesto, pero no necesariamente indiscutible y, que el amparo no excluye una discreta discusión o controversia en torno al tema o cuestión de hecho, ni la producción de prueba para demostrar lo visible del vicio. Cabe tener presente que nuestra Constitución Provincial prevé la posibilidad de declaración de inconstitucionalidad de leyes, lo que necesariamente implica una controversia o cuestión de derecho, convocando al Juez interviniente a una tarea que siempre es calificada como delicada y crítica, exigiéndose la máxima prudencia y ponderación atento a los principios republicanos en juego (art. 38 constitución provincial de Tucumán).

Expresa Agustín Gordillo que el juez no puede rechazar el amparo cuando el vicio del acto no aparezca manifiesto, fundándose en los tratados internacionales que no establecen dicha limitación. Dice: *"El vicio manifiesto no es un criterio de admisibilidad sino que lo aprecia el juez en la Sentencia: lo ve o no lo ve, esto es todo"* (LL-1995-E, P. 991).

B. Por otro lado, cabe sostener que la arbitrariedad o la ilegalidad son vicios jurídicos y no de hecho; una cosa es la conducta lesiva y su prueba (cuestión de hecho) y otra la calificación de la misma de acuerdo a derecho. En tal sentido, si el juez "sabe" el Derecho (*iura novit curia*) es incongruente y constituye un sinsentido jurídico imponerle que aprecie la gradación, el ajuste o el apartamiento de tal conducta con respecto al ordenamiento normativo.

De tal manera, obligarlo a realizar un juzgamiento limitado, superficial, importa lisa y llanamente privarlo de, o cercenarle inconstitucionalmente, sus facultades jurisdiccionales. La ley puede imponerle limitaciones cognoscitivas "horizontales", por ejemplo no permitirle entrar a analizar la causa de la obligación en un juicio ejecutivo ya que dentro de ese campo, de todos modos, se le respeta su soberanía jurídica; también puede imponerle pronunciamientos de certeza aproximativa o verosimilitud del derecho: ello ocurre por ejemplo en las medidas cautelares cuando por la unilateralidad del procedimiento el magistrado debe operar necesariamente con limitaciones probatorias (falta la contraprueba del afectado y la profundización de la del solicitante, así como la de la postura de éste, si la medida se pide antes de demandar) y sin oír a la contraparte. En cambio y a la inversa no podría imponérsele dictar un pronunciamiento de cuasi certeza o de verosimilitud si se le proporciona todo el material jurídico y fáctico necesario (Rivas, Adolfo A., "Perspectivas del Amparo después de la Reforma Constitucional, Revista de Derecho Procesal: Amparo. Hábeas data. Hábeas corpus - I", Rubinzal Culzoni, año 2.000).

Tal como lo sostiene el mismo autor (Rivas): “No es posible aceptar que una garantía constitucional, en lugar de jugar objetivamente y en todos los casos que corresponda, lo haga únicamente si la perspicacia o la inteligencia o la mayor preparación jurídica del juez para captar o no de manera rápida e inmediata el derecho así lo permita; pero lo que es peor, aunque pueda tener tales virtudes intelectuales no pueda actuar porque la habilidad dañosa del poder administrador encubra adecuadamente su obrar disfrazándolo de jurídico o se valga de una ley viciada en tal sentido”.

C. Inexistencia de otro medio más idóneo: El objeto del presente proceso no desborda, por necesitar de mayor debate o prueba, de la específica esfera asignada al proceso urgente y expedito del amparo, de suerte que en cualquier supuesto no se compromete el contenido y eficacia plenas de las garantías del proceso justo constitucional.

La situación fáctica invocada en autos, puede ser acreditada mediante un procedimiento probatorio simple. La materia a demostrar se reduce a la situación del amparista y en la discriminación que ha generado el dictado de religión como materia obligatoria en las escuelas públicas de nuestra provincia, como asimismo en la costumbre *contra legem* que se ha instaurado en las instituciones educativas públicas, que no respetan la libertad de culto y tolerancia religiosa, consagrados por nuestra constitución nacional y tratados de jerarquía constitucional.

Tampoco existen en el caso “vías más idóneas” para defender nuestro derecho. Con respecto a este punto cabe manifestar que desde la reforma de la Constitución Nacional de 1.994, el **Amparo** se constituye en la vía principal y alternativa para reparar lesiones o restricciones ilegales o arbitrarias de derechos constitucionales y sólo puede ser desplazada si existe otra vía “más idónea”. Por lo tanto a igualdad de medios judiciales puede recurrirse al Amparo. La letra de la ley fundamental es clara y no puede interpretarse restrictivamente, la vía ordinaria alternativa debe ser efectivamente MAS IDONEA.

En el mismo sentido, Palacio sostiene que “En el actual estado de legislación vigente en el orden nacional no se halla previsto, frente a actos u omisiones de autoridades públicas, un tipo de proceso más expeditivo y rápido que el de amparo...” y agrega: “El proceso ordinario no puede en ningún caso ser considerado un remedio judicial más idóneo que el amparo”.

A partir de la reforma constitucional de 1994, la acción de amparo como procedimiento o vía de tutela esencial, juega como alternativa principal y no subsidiaria, de manera directamente operativa para asegurar la vigencia cierta de los derechos constitucionales, citando a los siguientes autores coincidentes con dicha doctrina: 1) Morello, Mario Augusto: “La primera Sentencia de Amparo a la luz de la Constitución reformada...”, J.A. – 1994-IV—673, 2) Palacio, Lino Enrique: “La pretensión de amparo en la reforma constitucional de 1.994” en LL 1.995-D-1.237; Carattini, Marcelo: “El Amparo en las Reformas”, LL 1.995-A-877; 3) Rivas, Adolfo:

«pautas para el nuevo amparo constitucional», ED-163-702, 4) Gordillo, Agustín: “Un día en la Justicia: los amparos de los arts. 43 y 75 inc. 22 CN, Suplemento LL 1.995-E-988, 5) Morello, Mario Augusto: “Posibilidades y límites del Amparo”, ED 165-1216.

Asiste a la suscripta el convencimiento de que no existe para el presente caso vía más idónea que la intentada, atento la necesidad de proveer a los justiciables, los niños/as, adolescentes que se encuentren en la misma situación de ver vulnerados sus derechos (a la integridad personal, a la educación, a la igualdad y no discriminación y a la inclusión social) por la omisión del Estado provincial de garantizar que reciban un tratamiento igualitario todos los niños y niñas en edad escolar, sin distinción de credo y/o religión.

La temática que se aborda se vincula con una moderna concepción del proceso que pone el acento en el valor “eficacia” y en el carácter instrumental de las normas procesales en el sentido de que su finalidad radica en la efectividad de los derechos sustanciales.

En este sentido, han señalado acertadamente tanto la Corte Suprema de Justicia de la Nación, como la Corte de Justicia de Salta que, si bien el Amparo no está destinado a reemplazar los medios ordinarios para la solución de las controversias, su exclusión por la existencia de otros recursos administrativos y judiciales no puede fundarse en una apreciación meramente ritual, toda vez que la institución tiene por objeto una efectiva protección de derechos, más que una ordenación o resguardo de competencias, ante la posibilidad cierta de que si en esta instancia se remite la causa a un procedimiento ordinario se torne ilusorio el derecho de mi mandante y no se cumpla con la finalidad inmediata de proteger el mismo (CSJN: L.L 21/2/90, J.A. 1.986-III-466, L.L 1.985-C-424; C.J. Salta: Libro 41, 1ª parte – folios 1.389/1.419).

En principio todas las cuestiones pueden ser tratadas por otra vía y todo perjuicio es reparable pecuniariamente. No basta para el rechazo de una demanda de amparo, la existencia de otros modos, medios o vías procedimentales en que el reclamo o pretensión pueda materializarse, si al mismo tiempo no resultan auténticamente operativos para enfrentar el acto lesivo; lo contrario conllevaría al destierro del amparo, pues resultaría sumamente fácil su rechazo por la comprobación de la existencia de acciones judiciales o administrativas que completaran el problema litigioso, toda vez que en rigor, siempre se cuenta formalmente con la posibilidad de acudir en defensa de un derecho, a vías o medios que puedan importar la introducción en medios jurisdiccionales o administrativos de la cuestión controvertida. De lo que se trata es de asegurar que esa vía resulte operativa y apta para el resguardo, en tiempo propicio, de los derechos constitucionales que se demuestran afectados (C.J. Salta, Libro 43, 1ª parte, folios 03/11).

Principio “in dubio pro actione”: La Corte Suprema de Justicia de la Nación, ha sostenido en recientes pronunciamientos, la vigencia en nuestro ordenamiento jurídico del principio “in dubio pro actione” (Fallos 312:1017, 313:83). El mismo establece

276

el criterio rector en materia de interpretación normativa cuando se trata de cuestiones vinculadas con el acceso a la justicia. Consiste en buscar allí donde exista indeterminación de las reglas de acceso, la solución menos rigorista, de modo que sea realmente efectivo y operante el derecho a la jurisdicción.

Asimismo, el art. 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) sienta una pauta interpretativa tendiente a maximizar y optimizar el plexo de derechos, denominado principio "pro homine" y su contenido se podría exponer como la interpretación más favorable a la extensión de los derechos e inversamente la más restringida para las limitaciones, cualquiera sea su origen.

A los efectos de la procedencia del amparo, en cada caso particular el juez debe verificar si, de acuerdo a la pretensión deducida y la complejidad (sobre todo fáctica) de la cuestión, el amparo es o no menos idóneo que otra vía. Vía más idónea (C.N. art. 43) no es sólo la vía más rápida sino que significa más apta, más hábil, más apropiada, de acuerdo a todas las circunstancias que el caso presenta.

Cabe manifestar que para que sea viable la excepcional y expeditiva desestimación de la acción, la inadmisibilidad debe ser manifiesta, habiéndose establecido que la protección debe ser inmediata y carente de formalismos excesivos (CSJN, 11/06/81, ED, 94-759). En este sentido manifiesta Fiorini que, "siempre es preferible un litigante equivocado a una justicia prohibitiva y menospreciadora", (LL, t. 124, págs. 1.361 y ss.).

PARTICULARIDADES DE LA ACCIÓN DE AMPARO TUCUMANA

Del texto de los artículos 37 y 38 de la Constitución Provincial debe destacarse a los fines del presente recurso que:

1) A diferencia del art. 43 de la C.N. no exige el requisito de la ostensibilidad de la arbitrariedad o ilegalidad del acto u omisión de la autoridad pública o de los particulares, restrictivos o negatorios de las garantías y derechos subjetivos constitucionales;

2) Reglamenta sólo la acción de amparo cuando se encuentran en juego garantías y derechos subjetivos constitucionales;

3) Establece el principio de libertad de las formas procesales, encomendando al juez del amparo que resuelva todas las contingencias procesales no previstas en el artículo, con arreglo a una recta interpretación de la Constitución Provincial y

4) declara nulas y sin valor alguno las normas de cualquier naturaleza que reglamenten la procedencia y requisitos de esta acción.

Estas particularidades, al estar establecidas por la Constitución Provincial, integran el derecho de defensa en juicio de quienes recurran a la justicia para hacer valer sus

377

derechos constitucionales por la vía del Amparo y la frustración a su acceso configura un agravio definitivo a dicha garantía.

4. LOS HECHOS QUE DIERON LUGAR A LA PRESENTE ACCION DE AMPARO:

Desde la sanción y promulgación de la ley provincial N° 8391/2010 que declara a la Iglesia Católica (junto al Estado y a la familia) como sujeto responsable de las acciones educativas (que luego recaerán sobre niñas y niños), la enseñanza de religión en las escuelas públicas se ha mantenido y, a la fecha, constituye una serie de prácticas que no se compadecen con libertades y derechos reconocidos por la Constitución Nacional, la Constitución provincial y los Tratados Internacionales.

Como señalábamos, el dictado de la materia de religión ya estaba presente en las escuelas provinciales, y con la sanción de la Nueva Ley de Educación, estas prácticas que conculcan los derechos y libertades más arriba enumerados, se mantuvieron.

Como surge del texto legal, pareciera que se garantiza en su letra la pluralidad religiosa ("de la Iglesia Católica y de las demás confesiones religiosas") pero la falta de políticas de Estado, a través del Ministerio de Educación y demás agencias del Estado, tornan a la ley inconstitucional en su ejecución y aplicación práctica, y generan estructuralmente desigualdades sistémicas.

Es más: conviene ahora recordar que la carta magna provincial aprobada en el 2006 - , asumió un importante compromiso respecto de las obligaciones que el Estado debe pensar e implementar, para erradicar las desigualdades existentes que afectan a grupos humanos vulnerabilizados: "Art. 24.- Los habitantes de la Provincia, como habitantes de la Nación Argentina, y al amparo de la Constitución Nacional, tienen todos los derechos que aquélla establece, sin negación ni mengua de otros derechos no enumerados o virtualmente retenidos por el pueblo. *El Estado Provincial deberá promover medidas de acción positiva y remover los obstáculos para garantizar la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución, la Constitución Nacional, y por los Tratados Internacionales vigentes sobre Derechos Humanos, en particular respecto de los niños, los jóvenes, los ancianos, las personas con discapacidad y las mujeres.*" (el subrayado es nuestro).

La omisión de este deber jurídico por parte del Estado provincial, al no garantizar los derechos de igualdad, integridad y libertad de conciencia de niñas y niños, otorgando una protestad inédita en pleno siglo XXI a la Iglesia Católica sobre la educación pública de las personas, debe ser revertida declarando la INCONSTITUCIONALIDAD la normativa en cuestión, en aras de garantizar una sociedad democrática e inclusiva, que piense, actúe y fomenta, la construcción de ciudadanas y ciudadanos libres y autónomos.

En este punto cabe hacer una apreciación en relación a lo explicitado por el art. 8 inc. 13 de la Ley Provincial 8391/2010 que establece el "derecho" de los padres de que sus hijos se eduquen conforme a la formación religiosa familiar, lo cual resulta un grotesco

378

intento de salvar la inconstitucionalidad de la Ley anterior, desde el momento en que todos sabemos que resulta materialmente imposible que nuestros hijos reciban una educación religiosa "múltiple" existiendo católicos, evangelistas, cristianos ortodoxos, judíos, budistas, ateos, etc. **NO EXISTE NINGUNA ESCUELA PÚBLICA EN LA PROVINCIA DE TUCUMAN DONDE SE IMPARTA ENSEÑANZA DE OTRO CULTO QUE NO SEA LA RELIGIÓN CATÓLICA POR LO QUE EL INC. 13 DEL ART. 8 DE LA LEY ES MERAMENTE DECLARATIVO Y NO OPERATIVO Y SOLICITAMOS SE DECLARE SU INCONSTITUCIONALIDAD.-**

Este texto se da de bruce con los artículos antes mencionados que reconocen el derecho de los alumnos a aprender en un ambiente de libertad, pluralismo y sentido crítico, sin ningún tipo de discriminación. **¿Cómo se pretende desarrollar esas aptitudes cuando se les inculca desde su más tierna infancia la enseñanza religiosa, y no solo esto, sino además se la orienta en una sola dirección, cuando el niño resulta excluido por "diferente" cuando no profesa la religión católica?**

Por otra parte, cabe remarcar que en ningún momento se dio a conocer cuáles fueron los organismos religiosos habilitados para aprobar la designación de los docentes que impartirían el dictado de la materia religión ni en qué consistiría su contenido curricular.

En lo que respecta al dictado de religión, los niños deben salir de clases – hecho de por si discriminatorio y violatorio al derecho de no expresar el culto que se profesa amparado por los arts. 19 de la Constitución Nacional y 27 de la Constitución provincial-¹ y retirarse a la biblioteca donde no se le da planifica ningún tipo de actividad curricular correspondiente a plan de estudio. Además, en circunstancias en que permanece cerrada la biblioteca los niños deambulan por el patio, sin personal a su cargo, teniendo que pasar frío o calor según la estación del año.

Esta normativa que parece ser neutra, resulta en la práctica discriminatoria, generando condiciones estructurales donde los niños, niñas y adolescentes que no profesan la religión católica o ninguna otra religión se vean obligados a sufrir las consecuencias dañosas de prácticas por parte de los funcionarios del Estado que se desempeñan en las escuelas públicas de la provincia de Tucumán.

VINCULOS FACTICOS ENTRE EL GOBIERNO PROVINCIAL Y LA IGLESIA CATOLICA.

¹ Estas normas dicen así: "Artículo 19.- Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe". (CN) / Artículo 27.- Es inviolable en el territorio de la Provincia el derecho que todo hombre tiene de rendir culto a Dios, libre y públicamente, según los dictados de su conciencia y con sujeción a lo que prescribe la moral y el orden público". (CP Tucumán).

Cabe recordar que son profundas, evidentes y permanentes las relaciones que el Estado provincial tiene con la Iglesia Católica. La comunidad educativa de nuestra provincia, está acostumbrada a que los actos públicos o actos de gobierno, muchas veces estén mimetizados con las celebraciones religiosas del credo católica. Y como para muestra basta un botón, observemos con atención el siguiente comunicado publicado en la mismísima página del ministerio de educación de la provincia:

“Junto al Gobernador Juan Luis Manzur, el Vicegobernador Osvaldo Jaldo, el Gabinete de Gobierno y representantes de los diferentes poderes del Estado, acompañamos a la comunidad de Garmendia en la frontera con Santiago del Estero, en lo que fue el recibimiento a la imagen religiosa del Señor de Mailín, patrono de nuestros hermanos santiagueños, que hizo su ingreso a nuestra provincia para participar del Congreso Eucarístico Nacional Tucumán en los próximos días. Nos acompañaron abanderad@s de todos los niveles educativos, inclusive los adultos, supervisores, directivos y alumn@s. Toda la comunidad educativa reunida en lo que fue una verdadera celebración popular, que abre las puertas de Tucumán a todos los hermanos del NOA y del mundo”.
<http://www.educaciontuc.gov.ar/nsitio/?p=4477>

Es notorio que, el interés superior del niño, niña, y adolescente no es tenido en cuenta. No se fomenta la construcción de personas libres y autónomas en cuanto a sus conciencias, sino que desde las escuelas también, asistimos a una clara imposición de un sistema de creencias hegemónico, para nada constructivo en una sociedad que se pretende democrática y acorde a los estándares de Derechos Humanos que se comprometió a cumplir.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES QUE DEBEN REGIR LA SOLUCION DEL PRESENTE CASO

INTERES SUPERIOR DEL NIÑO

Las normas vigentes en nuestra provincia, así como las prácticas institucionales educativas discriminatorias que le dan contenido cotidiano, violentan gravemente al mismo. Dicho concepto forma parte del Marco Normativo argentino, fundamentalmente desde la reforma constitucional de 1994, a través del artículo 75 inciso 22, es que haremos una breve referencia a lo ya señalado por la “Observación general N° 14 (año 2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1) (Comité de los Derechos del Niño), esta normativa plantea también un cambio de Paradigma que debe ir impregnando las prácticas que lleve adelante el Estado, que implica la plena participación de los niños, niñas y adolescentes en las acciones que les afecten.

Debe tenerse en cuenta que *"En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que*

360

se atenderá será el interés superior del niño." Convención sobre los Derechos del Niño (art. 3, párr. 1).

En tanto, dicha Observación indica que "El objetivo del concepto de interés superior del niño es garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la Convención y el desarrollo holístico del niño" (El Comité espera que los Estados interpreten el término "desarrollo" como "concepto *holístico* que abarca el desarrollo físico, mental, espiritual, moral, psicológico y social del niño" (Observación general N° 5, párr. 12).)

Se debe recordar que el interés superior del niño es "a) *Un derecho sustantivo: el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños concreto o genérico o a los niños en general. El artículo 3, párrafo 1, establece una obligación intrínseca para los Estados, es de aplicación directa (aplicabilidad inmediata) y puede invocarse ante los tribunales*".

En tanto, "El artículo 3, párrafo 1, establece un marco con tres tipos diferentes de obligaciones para los Estados partes, a saber: (...) b) *La obligación de velar por que todas las decisiones judiciales y administrativas, las políticas y la legislación relacionadas con los niños dejen patente que el interés superior de estos ha sido una consideración primordial; ello incluye explicar cómo se ha examinado y evaluado el interés superior del niño, y la importancia que se le ha atribuido en la decisión*".

Asimismo se advierte que "15. *Para garantizar el cumplimiento de esas obligaciones, los Estados partes deben adoptar una serie de medidas de aplicación de conformidad con los artículos 4, 42 y 44, párrafo 6, de la Convención, y velar por que el interés superior del niño sea una consideración primordial en todas sus actuaciones; entre esas medidas, cabe citar: a) Examinar y, en su caso, modificar la legislación nacional y otras fuentes del derecho para incorporar el artículo 3, párrafo 1, y velar por que el requisito de que se tenga en cuenta el interés superior del niño se recoja y aplique en todas las leyes y reglamentos nacionales, la legislación provincial o territorial, las normas que rigen el funcionamiento de las instituciones públicas o privadas que prestan servicios relacionados con los niños o que repercuten en ellos, y los procedimientos judiciales y administrativos a todos los niveles, como un derecho sustantivo y una norma de procedimiento (...)*.

El derecho internacional de derechos humanos establece en la actualidad que, a través de todas estas normativas y consideraciones que le dan interpretación, las y los niños son titulares de derechos. Por ello, las medidas gubernamentales, judiciales y administrativas, deben priorizar este interés. Ello no se observa en el articulado local y en sus prácticas educativas, y es por ello que solicitamos se declare la inconstitucionalidad de

261

los mismos por oposición flagrante a las Convenciones internacionales con RANGO CONSTITUCIONAL.-

En relación plantea el “33. *El interés superior del niño se aplicará a todos los asuntos relacionados con el niño o los niños y se tendrá en cuenta para resolver cualquier posible conflicto entre los derechos consagrados en la Convención o en otros tratados de derechos humanos. Debe prestarse atención a la búsqueda de posibles soluciones que atiendan al interés superior del niño (...)*”.

Se señala por último que “1. *El interés superior del niño y el derecho a la no discriminación (artículo 2) 41. El derecho a la no discriminación no es una obligación pasiva que prohíba todas las formas de discriminación en el disfrute de los derechos consagrados en la Convención, sino que también exige a los Estados que se adelanten a tomar medidas apropiadas para garantizar a todos los niños la igualdad efectiva de oportunidades en el disfrute de los derechos enunciados en la Convención. Ello puede requerir la adopción de medidas positivas encaminadas a corregir una situación de desigualdad real.*”

Fuente: http://www.unicef.cl/web/informes/derechos_nino/14.pdf

CARACTER LAICO DE LA EDUCACIÓN PÚBLICA

Del fallo “CASTILLO CARINA VIVIANA Y OTROS VS. PROVINCIA DE SALTA S/ AMPARO surge claramente el criterio sentado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación respecto al carácter Laico y Gratuito de la Educación Pública como principio clave para asegurar los valores democráticos y la igualdad de oportunidades sin discriminación alguna.

En el párrafo surge: “13) *Que del debate que precedió su aprobación surge que el constituyente persiguió un doble objetivo: consagrar expresamente con la máxima jerarquía normativa ciertos principios básicos que habían caracterizado a la educación pública argentina –su carácter neutral y gratuito– y a la vez asegurar, mediante nuevos mecanismos, la igualdad real de oportunidades en el acceso a la educación.*”

En efecto, el disenso de las distintas posiciones asumidas por los convencionales versó sobre qué precisiones correspondía incluir en la formulación del nuevo articulado para asegurar más eficazmente el logro de dichos objetivos; esto es, si correspondía establecer el deber del Estado de garantizar en la educación pública la promoción de los valores democráticos y la igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna – tesis finalmente consagrada normativamente–, o si resultaba necesario consignar expresamente la prescindencia religiosa de la educación pública.

Así, el convencional Del Bono señaló que “Si nuestro país no padece divisiones o enfrentamientos irreconciliables por diferencias étnicas, sociales o religiosas, se debe en gran medida a esa escuela pública universal y gratuita, concebida con los criterios de la promoción de los valores democráticos y la igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna. Me parece muy bien que demos a esos criterios el rango

constitucional que se merecen" (p. 3383 del Debate de la Convención Nacional Constituyente, 28ª Reunión - 3ª Sesión Ordinaria, 8, 9, 10 y 11 de agosto de 1994, al que se referirá en lo sucesivo las citas de este considerando). La convencional Gómez de Marelli sostuvo que el Estado está obligado a garantizar "...una escuela sin discriminación, formadora de hombres libres, en fin, una escuela abierta para todos, abierta al pueblo Por ello vengo a defender la constitucionalización de estos principios" (p. 3409). Por su parte, Sánchez García afirmó que "la escuela pública debe tener pluralidad y no sectorizarse hacia ninguna religión. Cien años de escuela pública en el país permitieron el desarrollo de una infinidad de credos, religiones, etcétera " (p. 3409); y la convencional Puiggrós precisó que "Coincidimos con el texto del dictamen de mayoría en lo siguiente: la promoción de los valores democráticos y la igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna " (p. 3837).

Más allá de estas posiciones sobre el modo en que los convencionales entendían que debía formularse la norma, todos aludieron al carácter laico de la educación pública como un principio clave para asegurar la promoción de los valores democráticos y la igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna. En el seno de la Convención hubo un consenso prácticamente unánime en que con la nueva previsión se buscaba que la educación pública mantuviera el espíritu de la ley 1420 que estipuló su carácter laico y gratuito (ver, en particular, las intervenciones de los convencionales Bravo, Felicevich, La Rosa y Rodríguez en el debate).

De esto surge claro el estándar fijado por la Corte en el presente caso respecto al **Carácter Laico y Gratuito de la Educación Pública** y que este tribunal debe tener como principio u horizonte al momento de resolver esta controversia.

DERECHO A LA IGUALDAD- CATEGORIAS SOSPECHOSAS:

De acuerdo a lo que establece el art. 1.1. de la Convención Americana (cuyo texto es idéntico al del art. 2.1. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) establece que "Los Estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza; color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social".

Ahora bien, resulta evidente que es imprescindible efectuar una inteligencia del texto constitucional de 1853, con las reformas de 1994, que sea armónica con las mencionadas cláusulas convencionales.

La necesidad de tal interpretación "armónica" ha sido señalada expresamente por la Corte Suprema de la Nación al establecer que las soluciones adoptadas "con apoyo en el derecho nacional" deben verse enriquecidas "... con los principios que informan el derecho internacional de los derechos humanos, de actual 'jerarquía constitucional' según la reforma de 1994..." (caso "Nápoli", Fallos: 321:3630, voto de la mayoría, consid. 18º; en

383

el mismo sentido, casos "Brusa", Fallos: 326:4816 y "Dito", sentencia del 28.7.2009 y sus citas, publicado en Abeledo Perrot Online, entre otros).

En consecuencia parece evidente, con base en tal inteligencia armónica que, en la actualidad, la Ley Fundamental prohíbe claramente —fuera del acotado ámbito del art. 2° de la Constitución— toda distinción legal que privilegie o perjudique a cualquier habitante de la República en razón de su pertenencia o no pertenencia a un culto o adhesión o no adhesión a una creencia determinadas.

Es decir, no queda duda alguna que las distinciones basadas en las creencias religiosas de los individuos constituyen lo que se denomina en derecho constitucional argentino y comparado "*categorías sospechosas*", las que se encuentran afectadas por una fuerte presunción de inconstitucionalidad. El alcance de este principio ha sido claramente explicado en la reciente jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación. Así, en el caso "**Partido Nuevo Triunfo**" (sentencia del 17.3.2009, publicada en L.L. del 9.4.2009), sostuvo el Tribunal:

"5°) Que, a fin de abordar esta cuestión, se debe tener particularmente presente que el derecho genérico de las personas a ser tratadas de modo igual por la ley no implica una equiparación rígida entre ellas, sino que impone un principio genérico — igualdad ante la ley de todos los habitantes— que no impide la existencia de diferenciaciones legítimas. La igualdad establecida en la Constitución no es otra cosa que el derecho a que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que en iguales circunstancias se concede a otros (Fallos: 153:67, entre muchos otros). El criterio de distinción no debe ser arbitrario o responder a un propósito de hostilidad a personas o grupos de personas determinados (Fallos: 229:428), o tratar desigualmente a personas que están en circunstancias de hecho esencialmente equivalentes (Fallos: 229:765).

Al mismo tiempo, debe recordarse que tales propósitos hostiles o arbitrariedad en la distinción no se presumen, esto es, no serán tenidos por ciertos, según el criterio de esta Corte, hasta tanto sean probados por quien los invoca (Fallos: 306:2147, 2154). Dicho de otro modo, las clasificaciones introducidas por la ley, a la luz del art. 16 de la Constitución Nacional y de su interpretación por la jurisprudencia de esta Corte, tienen una presunción favorable que debe ser derrotada por quien la ataque.

"6°) Que, a su vez, este Tribunal ha complementado el principio de igualdad mediante la aplicación de un examen más riguroso cuando se trata de clasificaciones basadas en criterios específicamente prohibidos (también llamados '*sospechosos*').

El derecho constitucional argentino contiene, en especial a partir de la incorporación de diversos tratados internacionales sobre derechos humanos, la prohibición expresa de utilizar criterios clasificatorios fundados en motivos de '*raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social*' (art. 1° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y art. 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

"Por ende, la interdicción de la discriminación en cualquiera de sus formas y la exigencia

internacional de realizar por parte de los Estados acciones positivas tendientes a evitar dicha discriminación *deben reflejarse en su legislación, de lo cual es un ejemplo la ley 23.592, y también en la interpretación que de tales leyes hagan los tribunales.*

“Así, cuando esta Corte ha tenido que resolver sobre la constitucionalidad de leyes que utilizan tales clasificaciones basadas en alguno de esos criterios expresamente prohibidos, lo ha hecho partiendo de una presunción de inconstitucionalidad (Fallos: ‘Hooft’ 327:5118; ‘Gottschau’ 329:2986 y ‘Mantecón Valdez’ 331:1715). Por lo tanto, el trato desigual será declarado ilegítimo siempre y cuando quien defiende su validez no consiga demostrar que responde a fines sustanciales — antes que meramente convenientes — y que se trata del medio menos restrictivo y no sólo uno de los medios posibles para alcanzar dicha finalidad” (el énfasis ha sido agregado).

Esta doctrina de las “categorías sospechosas” también ha sido adoptada por distintas jurisdicciones nacionales a los fines de declarar la invalidez de normas que restringían el ejercicio de los derechos de las personas con base en su origen nacional, en su edad o en su género (ver, entre otros, casos “Carosio”, Suprema Corte de la Provincia de Mendoza, sentencia del 23.10.1992, J.A. 1993-III-148; “Barcena”, Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, sentencia del 20.9.2000, J.A. 2002-II-781; “Salgado”, Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires, sentencia del 21.11.2001, L.L. 2002-B-79 y “Fundación Mujeres en Igualdad v. Freddo”, Cámara de Apelaciones en lo Civil de la Capital, sala “H”, sentencia del 16.12.2002, J.A.2003-II-415).

El fundamento de la Doctrina de la Categorías “específicamente prohibidas” es revertir la situación de desventaja en la que se encuentran los miembros de ciertos grupos en el caso que nos convoca los niños, niñas y adolescentes que asisten a escuelas públicas en la provincia de Tucumán, en este caso por razones religiosas, ya que el impartir clases de religión católica para quienes no profesan la fe católica ni ninguna otra resulta a claras luces discriminatorio.

IV.- SOLICITAMOS COMO MEDIDA CAUTELAR:

Solicitamos la suspensión del dictado de Educación religiosa en las escuelas públicas, hasta tanto se adopten las medidas necesarias a fin de que se garantice la no vulneración de los derechos ut supra expresados.

Hemos demostrado que las prácticas estatales denunciadas en nuestra acción conculcan fuertemente el derecho constitucional de los niños de no verse sometidos a prácticas religiosas coercitivas, lo que les provoca un grave daño psicológico y moral. Por tal razón es que solicitamos, conforme lo autoriza la Ley adjetiva que V.S. dicte una **medida cautelar**, mediante la cual se prohíba *en todos los establecimientos escolares públicos de la Provincia de Tucumán* (conf. caso “Halabi”, cit.), la instrucción de enseñanza religiosa hasta tanto se resuelva el fondo del asunto. Alternativamente solicitamos, a fin de evitar que se siga impartiendo instrucción en forma coercitiva, *que V.S. disponga que dicha instrucción se realice en la última hora de clase, permitiendo de tal forma que los alumnos que no quieran participar en ellas puedan retirarse a sus hogares.*

Debe recordarse, en tal sentido, que el anticipo de una decisión favorable, propia de la sentencia final de la causa- constituye una nota característica de las medida que se solicita; y si bien es cierto que ello aconseja juzgarlas con mayor estrictez, no se debe soslayar que, además, tales medidas procuran evitar que se produzcan perjuicios cuya reparación podría tornarse muy dificultosa o imposible al tiempo de dictarse el pronunciamiento definitivo (Corte Sup., Doctrina Fallos 320:1633).

Por otra parte, no corresponde que, en oportunidad de resolver acerca de la procedencia del dictado de la medida requerida, V.S. se pronuncie acerca de la legitimidad de la conducta de la demandada sino tan solo acerca de la "verosimilitud" del derecho invocado por las suscriptas, el cual, como hemos explicado, resulta evidente en el caso.

Resulta aquí de aplicación la conocida jurisprudencia del Alto Tribunal sobre la cuestión: "... [C]abe recordar que esta Corte ha señalado en reiteradas ocasiones que, como resulta de la naturaleza de las medidas cautelares, ellas no exigen el examen de la certeza sobre la existencia del derecho pretendido, sino sólo de su verosimilitud. *Es más, 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 el marco de lo hipotético, dentro del cual, asimismo, agota su virtualidad* (Fallos: 315:2956; 316:2855 y 2860; 317:243 y 581; 318:30 y 532; 323:1877 y 324:2042)" (caso "D., B. c. Provincia de Buenos Aires", sentencia del 25.3.2003, L.L. 2003-D, 846, considerando 2º; el énfasis ha sido agregado; ver en el mismo sentido, caso "El Práctico S.A.", Fallos: 326:4967).

En forma coincidente, señala Guillermo F. Peyrano, al comentar favorablemente la decisión de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial de la Capital Federal en la causa "D., F. C. v Omint S.A. de Servicios" (J.A. 2003-II-403): "... [C]on acierto se ha expresado, '...la finalidad de la pretensión objeto del amparo consiste en reparar, con la mayor urgencia posible, la lesión a un derecho constitucional de particular entidad'

"Es decir que la urgencia en brindar una solución jurisdiccional expeditiva a quien lo impetra constituye una nota connatural del instituto del amparo.

"Esta característica propia del amparo hace que los despachos cautelares adquieran una singular trascendencia en su tramitación, a punto tal 'que de no obtenerse ab initio su libramiento, puede asegurarse que casi invariablemente habrá de verse frustrada la pretensión intentada'

"Cuando de la acción de amparo se trata, los despachos cautelares se tornan tan necesarios en la práctica, que el no requerirlos o el no obtenerlos, puede hacer al proceso en un continente hueco y carente de sentido.

"Ocurre que la urgencia ínsita en la misma está implicando la impostergabilidad de dar una solución jurisdiccional al titular del derecho lesionado, amenazado, restringido o alterado...

386

“Si la inmediata tutela que se impetra en el amparo no es obtenida ab initio y sólo se puede lograr luego del tránsito de tramitaciones -más o menos breves, pero tramitaciones al fin-, algo no ha funcionado bien.

“Si la demanda es acogida y los derechos lesionados, restringidos, alterados o amenazados pueden ser satisfactoriamente tutelados o repuestos en su integridad, quizás la urgencia invocada no haya tenido la entidad alegada.

“Se quiere poner de resalto con lo expresado la íntima relación existente entre la acción de amparo y lo cautelar, en tanto y en cuanto ambos institutos encuentran su justificación en el periculum in mora, fundamento de lo impostergable de la protección requerida.

“Para dar satisfacción, entonces, a esa apuntada impostergabilidad de protección, dentro del marco de los procedimientos legalmente estatuidos para tramitar el amparo, lo razonable es que la admisión de esta acción se encuentre acompañada por el despacho cautelar que allegue la tutela urgente y concreta que constituye el leitmotiv del primero.

“De lo contrario, los derechos de los amparistas bien podrían tornarse ilusorios, o bien podrían recibir la protección propia del amparo, cuando ya fuera demasiado tarde.

“Estas razones han llevado a estimar que el diseño procesal de la acción de amparo se adecua con mayor justeza a un esquema de ‘cautelares automáticas’ -de despacho conjunto a la misma resolución de admisibilidad de la acción- que a aquellos esquemas que han optado por ‘cautelares contingentes’, despachables sólo a instancia de parte, y con la aceptación expresa del tribunal a su respecto” (J.A. número citado; el énfasis ha sido agregado).

Se dan así los recaudos básicos para aspirar al dictado de una medida precautoria. Existe un evidente peligro en la demora y el derecho invocado es por demás verosímil. En lo que hace a una posible contracautela, pido que, por las especiales circunstancias de este caso, se considere suficiente una caución juratoria.

V. PRUEBA:

V.1. Documental

Acompañamos la siguiente prueba instrumental:

- 1- Copia Estatuto de la Fundación ANDHES.-
- 2- Acta de designación de autoridades de la fundación ANDHES.-

VI.- PETITORIO:

1º- Se nos tenga por presentados en el carácter invocado, con domicilio real denunciado y constituido domicilio legal. Se nos otorgue la debida intervención de ley.

387

2°- Se tenga por interpuesta acción de amparo y planteo INCONVENIONALIDAD PARCIAL de la ley provincial de educación No 8391/2010, en su art 8° inciso 13 ; así como también la INCONSTITUCIONALIDAD e INCONVENIONALIDAD PARCIAL del artículo 144 inciso 2 de la Constitución de la provincia de Tucumán, y de toda otra norma que avale la enseñanza religiosa en las escuelas públicas de Tucumán contra el Gobierno de la Provincia de Tucumán y Ministerio de Educación Provincial.

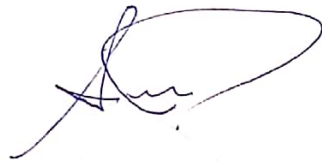
3° Se corra traslado de la demanda.

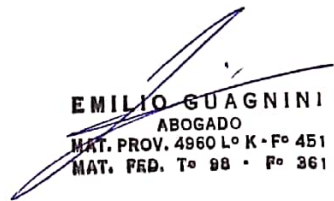
4°- Se tenga por ofrecida prueba documental y se haga reserva de la misma.

5°- Previamente se resuelva sobre medida cautelar de innovar solicitada.-

6°- Se tenga por efectuada reserva del CASO FEDERAL.-

SERA JUSTICIA




EMILIO GUAGNINI
ABOGADO
MAT. PROV. 4960 L° K - F° 451
MAT. FED. T° 98 - F° 361

ADM CON ADM 2 17/OCT/2018 08:55 Adj: copias simples en (11) Fs y copia para traslado en (34) Fs.

Dra. Ma. LAURA GARCIA LIZARRAGA
SECRETARIA JUDICIAL CAT. "A"
EXCMA. CAMARA EN LO CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO - SALA I