homenajes

En un interesantísimo fallo de primera instancia de Mendoza se establece la prohibición de realizar actos escolares dedicados a honrar símbolos religiosos del catolicismo.
De este modo se busca asegurar, en lo concreto, la libertad de cultos y la educación laica, igualitaria, para todos los habitantes.
Porque si la libertad de cultos es meramente declamativa, y obligamos a todos a participar de los actos de la cristiandad, estaremos cayendo en otra mentira repudiada constitucionalmente.

Compartamos el fallo:

————————————————–

Notas relacionadas:

CRUZADOS

————————————————————————–

Expte: 250.169

Fojas: 294

Mendoza, 4 de septiembre

de 2.013.

Y VISTOS: Estos autos N° 250.169

caratulados “ASOCIACIÓN CIVIL ASAMBLEA PERMANENTE POR LOS DERECHOS HUMANOS c/

DIRECCIÓN GENERAL DE ESCUELAS p/ Acción de Amparo”, llamados para dictar

sentencia, y de los que;

RESULTA:

I- Que a fs. 70/93 el Doctor Carlos D. Lombardi, en representación de la Asociación Civil Asamblea Permanente por los Derechos Humanos (A.P.D.H.), filiar San Rafael, promueve acción de amparo preventivo colectivo en defensa de derechos de incidencia colectiva referentes a derechos individuales homogéneos no patrimoniales en los términos previstos por el artículo 43 de la Constitución Argentina, el art. 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por los requisitos formales y sustanciales determinados por la Corte Suprema de Justicia en la causa “Halabi, Ernesto c. P.E.N.”, artículo 11 de la Convención Americana de Derechos Humanos, artículo II de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, artículo 2 inciso 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 2 de la Convención de los Derechos del Niño, artículo 4 y 128 de la Ley de educación Nacional N° 26.206, artículo 28 de la Ley 26.061 de protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, artículo 4 de la Ley Provincial de Educación N° 6.970 y de la ley 2.589 contra la Dirección General de Escuelas.

Señala que por la presente acción de amparo requiere que se declare inconstitucional e inaplicable la Resolución N° 2.616-D.G.E.-2012 (no publicada en el Boletín Oficial y/o parcialmente), particularmente en la parte que dispone se realicen “actividades de gran significatividad” y “con la participación de toda la comunidad educativa” los días 25 de julio y 8 de setiembre, en conmemoración de los se conoce en el ámbito de quienes profesan la religión Católica Apostólica Romana como “Patrón

Santiago” y “Día de la Virgen del Carmen de Cuyo” (Anexo I, apartado N° 9) y que como consecuencia de ello se ordene a la Dirección General de Escuelas se abstenga de instruir a docentes, alumnos y personal no docente sometidos a su potestad administrativa, a participar de cualquier modo posible (organización, asistencia, ejecución), de tales actos escolares.

Expresa los fundamentos de la legitimación activa que le compete a su representada para ejercer la acción entablada en autos.

Indica que en el calendario escolar 2.013 la D.G.E. dispone celebrar dos actos escolares fundados en supuestos doctrinarios propios de la religión Católica Apostólica Romana: las conmemoraciones de “Patrón Santiago” y “Virgen del Carmen de Cuyo”. Refiere que estos dos actos escolares están incluidos entre las fechas en las que se dispone realizar “actividades de gran significatividad que exalten los valores de nuestra identidad nacional y con la participación de toda la comunidad educativa”, según se ordena el Anexo I, apartado N° 9 de la Resolución N° 2616-DGE-2013. Manifiesta que aquellas creencias religiosas que sustentan la existencia y veneración del “Santo Patrono Santiago” y la “Virgen del Carmen de Cuyo”, se proyectan a la totalidad de la comunidad escolar sin distingo ni respeto por las creencias o convicciones de las minorías no católicas y que no son necesarias para configurar la identidad nacional de las personas que no profesan las mismas convicciones. Señala que además de esta referencia que

vincula los actos escolares con la identidad nacional, existen fundadas razones para presumir que en la Resolución N° 2.616-DGE-2013 existiría otro elemento de la misma naturaleza, ya que el texto digitalizado de la norma expuesta en el portal educativo de la DGE aparece mutilado (se omite la foja siguiente al artículo 5° la que debiera contener las firmas de los funcionarios que suscriben la Resolución). Indica sobre la base de la similitud con el calendario escolar del ciclo lectivo 2012 (Res. N° 683-DGE-2012), es posible inferir sin temeridad que en el texto original de la Resolución N° 2616-DGE-2012 podría existir un artículo 6 que establezca: “Determínese que las instituciones escolares darán a los actos y conmemoraciones la importancia que revisten en la formación de nuestra identidad nacional, los valores cívicos y la formación de actitudes que tales actos procuran lograr”, lo que reforzaría los fundamentos de su mandante respecto de la inconstitucionalidad de la normativa cuestionada por la acción de amparo.

Manifiesta que los actos escolares de marras son resultado de la extensión de las creencias y tradiciones de la grey católica a la totalidad de la comunidad educativa (el concepto de comunidad educativa está definido en la ley 6.970, artículo 156), desconociendo la “diversidad y heterogeneidad de la comunidad educativa a fin de garantizar aprendizajes de calidad equivalente para todos” (ley 6.970, artículo 156). Expresa que como punto liminar de la argumentación de su mandante, afirma: a) que todo acto escolar son parte integral de la formación educativa; b) que requieren la participación de toda la comunidad educativa. Así se reconoce en la Resolución N° 2616-DGE-2012, cuando establece que el fin que se persigue con las conmemoraciones es “exaltar nuestra identidad nacional” (Anexo I:

Disposiciones generales, apartado 9). Indica que en el portal educativo de la DGE bajo el título “Servicios” se da información sobre los actos escolares, expresando los significados que la DGE establece en materia de Actos Escolares y de la lectura de los mismos se infiere que los presupuestos del texto explicativo están impregnados de consideraciones dogmáticas exclusivas de la grey católica.

Hace un análisis pormenorizado sobe el acto impugnado, su naturaleza e indica cada uno de los derechos que tal acto administrativo vulnera, fundamentando la procedencia de la acción incoada.

Ofrece pruebas.

II- Que a fs. 95 se ordena requerir informe circunstanciado a la D.G.E. de los antecedentes de las medidas impugnadas por la amparista.

III- Que a fs. 129/138 el apoderado de la Dirección General de Escuelas contesta la acción de amparo incoada, plantea la falta de legitimación sustancial activa y la caducidad del amparo.

Contesta la demanda solicitando su rechazo, con costas, por las razones que expresa las que doy por reproducidas en mérito a la brevedad procesal.

Ofrece pruebas.

IV- Que a fs. 146/152 se hace parte el Doctor Pedro García Espetxe, Director de Asuntos Judiciales de Fiscalía de Estado y contesta la demanda solicitando su rechazo, con costas.

Ofrece pruebas.

V- Que a fs. 153 el Juzgado se expidió sobre la admisibilidad y producción de las pruebas; a fs. 158/200 glosa la prueba documental ofrecida por la parte demandada; a fs. 206 se da por fracasada la conciliación; a fs. 213/214 y 215/216 obran las declaraciones testimoniales de María Inés Abrile de Vollmer y Mónica Soto; a fs. 243 obra el dictamen del Ministerio Fiscal; a fs. 244 se ordena publicar edictos citando a los integrantes de la clase por la que se ejerció la acción colectiva y a los posibles interesados y/o afectados para comparecer al proceso; a fs. 243 toma intervención el Señor Agente Fiscal; a fs. 253 obra el dictamen del Director de la Defensoría General de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes de la DI.N.A.F.; a fs. 254/256 corren agregados los edictos mandados a publicar; a fs.262, 281/283, 285/286, 288 y 288/289, respectivamente, comparecen María Gabriela Maturano y Federico Mare, por derecho propio y en representación de su hija menor de edad Ada Ibel Mare, el Presidente de la Asociación Civil “20 de setiembre”, los Señores Ricardo Alejandro Ermili, Susana Elisa Tampieri y Daniel Ochoa, y adhieren a las pretensiones deducidas por la amparistas, por los fundamentos que expresan, los que doy por reproducidos en mérito a la brevedad procesal y a fs. 291/292 obra el dictamen del Ministerio Fiscal.

VI- Que a fs. 293 se llaman autos para sentencia.

Y CONSIDERANDO

I- El amparo no tenía reconocimiento expreso en la Constitución, sin embargo surgía del carácter operativo de los derechos (sean individuales, sociales, públicos subjetivos o de los órganos públicos) y del reconocimiento constitucional a los derechos implícitos (art. 33 C.N.).

El mismo nació por reconocimiento pretoriano de la Corte Suprema y no por ley del Congreso; luego de ciertas alternativas, la Corte lo reconoció definitivamente en 1.957 con motivo del caso ÁNGEL SIRI, y a partir de allí dictó una nutrida jurisprudencia que fijó el alcance de la protección. El más Alto Tribunal de nuestro país perfiló definitivamente nuestro amparo en el caso “Kot” al fijar las condiciones de procedibilidad. Estas fueron: a) la titularidad de un derecho incontrastable –“cierto y líquido” en terminología brasileña según Linares Quintana- en cabeza de quién acciona; b) un agravio o violación legítima o arbitrariamente manifiestos, vale decir, patentes, indubitables, extremadamente fácil de comprobar, cuasi verificable; c) que al ocurrir a las vías normales de impugnación, sean administrativas o fueran judiciales, cause al justiciable un perjuicio o daño grave o irreparable.

De esta garantía así concebida se dijo que era un “remedio” excepcional o heroico, también que constituía la última ratio procesal en defensa de los derechos (Juan Francisco Linares, Prólogo a Genaro R. Carrió, Recurso de Amparo y Técnica Jurídica- Análisis crítico del caso Kot, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1.987, 2ª. Edición, pág. 11).

Pasaron diez años y recién

en el año 1.966 se dictó la ley 16.986 que reglamentó para el orden federal el amparo, pero ella carece de la amplitud necesaria para hacer de la garantía una protección real: no previó la lesión por actos de particulares, ni admitió la acción cuando la lesión proviene de la aplicación de la ley de defensa nacional, ni cuando su procedencia comprometiera la prestación de un servicio público, ni cuando fuera necesario declarar la inconstitucionalidad de normas generales.

En la provincia de Mendoza se encuentra vigente el decreto-ley 2.589/75 con las modificaciones introducidas por la ley 6.504, el que establece que la acción de amparo procede tanto contra los actos, hechos u omisiones de los órganos públicos, como de las personas privadas, se regula el amparo como vía idónea para compeler a los órganos administrativos a cumplir la ley o las normas con carácter general, fijándoles plazo para reglamentar unas y otras. También dicho decreto instituyó en forma expresa el amparo de urgimiento, como remedio a las actitudes remisas de la administración, que omiten cumplir actos propios de sus funciones, no obstante el reclamo del interesado en legal plazo y forma. Y dicho ordenamiento legal introdujo la posibilidad de que el Juez del amparo analice, aún de oficio, la validez constitucional de las normas en que se sustentan los hechos, actos u omisiones impugnadas, declarando en su caso la inconstitucionalidad de la misma.

La doctrina coincide en señalar que la acción de amparo tuvo una época de lozanía, que coincidió con la etapa exclusivamente judicialista y más tarde, a partir de 1.966 con el dictado de leyes regulatorias de la misma, comenzó un período de declinación que se

prolongó hasta 1.994, año en que al modificarse la Constitución Nacional se introdujo en el art. 43 la regulación del amparo. Indudablemente la intención de los convencionales constituyentes de 1.994 fue vigorizar y revaluar un amparo que aparecía cada vez más debilitado y limitado para la protección de los derechos garantidos por la Constitución.

El art. 43 de nuestra Carta Magna, con la reforma introducida en el año 1.994 dispone que: “Toda persona podrá interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos, garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva. Podrá interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen el ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y las forma de su organización….”.

Básicamente, como lo señaló el convencional Ancarani, el art. 43 corrigió a la ley 16.986 pues ésta sólo mencionaba a los actos u omisiones lesivas de autoridades públicas, y en el caso de particulares procedía mediante el lento procedimiento sumarísimo del

art. 321 del Código Procesal Civil de la Nación. En segundo lugar, la norma constitucional, continuó el referido convencional, modifica substancialmente la dinámica del amparo, porque al hablarse de una “vía expedita y rápida” se está lanzando el concepto del plazo fijado judicialmente y por ley (en alusión a la ley 16.986). En tercer lugar, dijo el convencional, por el art. 43 los jueces tienen abiertas las puertas para declarar la inconstitucionalidad de aquella norma que sirva de sustento a cualquier acto u omisión que sea lesivo de algún derecho y, en cuarto término, procede el amparo como medio de protección de los derechos de incidencia colectiva (Conf. Juan F. Armagnague, CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ARGENTINA, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 1.998, pág. 213/214).

De lo expuesto surge que habría diferencias entre el contenido del art. 43 de la C.N. y lo dispuesto por el decreto-ley 2.589/75 modificado por la ley 6.504, por lo que cabe preguntarnos ¿cómo influye la reforma constitucional de 1.994 sobre la legislación local del amparo?

Como lo señala Felipe Seisdedos “La Argentina descubrió con la ley De La Rúa de corpus que las garantías constitucionales tienen un lugar común para toda la Nación, sin perjuicio que los aspectos estrictamente procedimentales quedan reservados a las provincias (arts. 75 inc. 12, 116 y 121 C.N.)

¿Pero qué es lo común y lo específico en esta materia? El art. 5 de la ley Suprema obliga a los estados federados a respetar lo decidido por el Estado Nacional en lo concerniente a garantías, en lo que podemos caracterizar como el ámbito de lo tutelable. Mientras los detalles de su aplicación, lo exclusivamente procesal cae dentro de las competencias provinciales. El ámbito

de lo tutelable comprende: a) quién es protegido – “toda persona”-; b) ante quién ello ocurre – autoridades públicas o particulares-; c) frente a qué –actos y omisiones; y d) por último, qué es lo amparado –derechos reconocidos por la Constitución, la ley y los tratados-. O sea el quién y el qué han sido definidos por la Constitución Nacional, y por ende, se impone a la normativa provincial. ¿Y qué queda para las provincias? Nada más ni nada menos que el cómo, nuevamente debemos rescatar la reserva procesal a favor de ellas” (“Amparo, Corpus data, Corpus Corpus en la Reforma de 1.994, en DERECHO CONSTITUCIONAL DE LA REFORMA DE 1.994, tomo I, Ediciones Depalama, 1.995, pág.
444).

Los requisitos de procedencia de la acción de amparo son los siguientes:1) lesión o amenaza a un derecho reconocido por la constitución, un tratado o una ley; 2) violación de un derecho reconocido por la constitución, un tratado o una ley causada con ilegalidad o arbitrariedad manifiesta; 3) perjuicio grave o irreparable que ocasiona recurrir a las vías normales de impugnación.

A estos recaudos se debe agregar el requisito de la oportuna interposición de la acción de amparo establecido por el decreto-ley 2.489/75 modificado por Ley 6.504.

II-

Del objeto de la demanda surge que estamos ante un amparo colectivo, por lo que en primer lugar corresponde analizar la legitimación sustancial de la actora para promover el mismo.

Para ello se debe tener en cuenta

la causa “Halabi, Ernesto c/ P.E.N. – ley 25.873 – dto. 1563/04 s/ amparo ley 16.986”, en el que la CSJN, interpretó el artículo 43 de la Constitución Nacional.

En dicha sentencia, desde el punto de vista procesal, la cuestión a dirimir era determinar si la declaración de inconstitucionalidad de la llamada “ley espía” (en cuanto establecía la intervención de las comunicaciones privadas por diez años) podía tener efecto erga omnes pese a que la acción había sido interpuesta por un individuo particular.

La Corte entendió que sí. Para ello definió conceptualmente tres categorías de derechos: a) los individuales, ejercidos por su titular; b) los de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos (que son aquellos indivisibles y insusceptibles de apropiación; como el ambiente, la salud pública, la seguridad pública) que son ejercidos por el Defensor del Pueblo; y c) los derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto intereses individuales homogéneos (caso de los usuarios y consumidores, discriminación, y reclamos patrimoniales derivados colateralmente de lesiones al ambiente).

Es en esta última categoría que incluyó el reclamo de Ernesto Halabi, cuyo derecho individual de privacidad, homogéneo al del resto de la ciudadanía, se afectaba severamente por una misma causa, que era la medida dispuesta en la ley 25.837 (Adla, LXIV-B, 1497). Entonces justificó el efecto expansivo de la invalidación constitucional de dicha norma.

Finalmente, señaló los recaudos

formales de admisibilidad de toda acción colectiva: 1) la precisa identificación del grupo afectado, 2) la idoneidad de quien pretenda asumir su representación; 3) la existencia de un planteo que involucre, por sobre los aspectos individuales, cuestiones de hecho y de derecho que sean comunes y homogéneas a todo el colectivo; 4) adecuada notificación de todas aquellas personas
que pudieran tener un interés en el resultado del litigio; 5) adecuadas medidas de publicidad orientadas a evitar la multiplicación o superposición de procesos colectivos con un mismo objeto.

En el caso en examen, la amparista persigue que “se declare inconstitucional e inaplicable la Resolución N° 2616-DGE-2012 (no publicada en el Boletín Oficial y/o parcialmente), particularmente en la parte que dispone se realicen “actividades de gran significatividad” y “con la participación de toda la comunidad educativa” los días 25 de julio y 8 de septiembre, en conmemoración de lo que se conocen en el ámbito de quienes profesan la religión Católica Apostólica Romana como “Patrón Santiago” y “Día de la Virgen del Carmen de Cuyo” (Anexo I, apartado N° 9). Como consecuencia de ello ordene a la Dirección General de Escuelas se abstenga de instruir a docentes, alumnos y personal no docente sometidos a su potestad administrativa, a participara de cualquier modo posible (organización, asistencia, ejecución), de tales actos escolares”.

Del objeto del proceso surge con precisión que el grupo afectado es el personal docente, no docente y alumnos sometidos a la potestad de la D.G.E. de la Provincia de Mendoza que no profesan la religión Católica Apostólica Romana.

Respecto a la idoneidad de quien pretenda asumir la representación de la clase afectada, como es sabido, el segundo párrafo de la Constitución confiere legitimación para promover amparo contra cualquier tipo de discriminación, para tutelar el ambiente, la competencia, al usuario y al consumidor y cualquier otro derecho de incidencia colectiva, a las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y forma de su organización.

La ley de registro para las asociaciones a la que hace referencia la norma constitucional no ha sido sancionada hasta la fecha, pero la doctrina y jurisprudencia mayoritaria, entienden que la legitimación reconocida a las asociaciones del párrafo 2° del artículo 43 de la C.N. es inmediatamente operativa. Entienden que en la medida en que la asociación esté constituida conforme a la ley y figure como objeto social la protección de los intereses a que hace mención la referida norma constitucional, estas entidades poseen legitimación procesal.

En este orden de ideas, teniendo en cuenta las constancias del Poder General para Juicios y del Estatuto de la Asamblea Permanente por los Derechos Humanos, que en copia glosan a fs. 2/4 y 57/65 respectivamente, podemos afirmar que la actora tiene legitimación procesal para promover la acción de amparo en análisis.

Efectúo tal afirmación, ya que del Poder General para Juicios, el notario interviniente expresa que el Señor Ricardo Alejandro Ermili interviene en el acto “En carácter de Presidente de la “Asociación Civil Asamblea Permanente de por los

Derechos Humanos (A.P.D.H.), inscripta en Dirección de Personas Jurídicas bajo la Resolución N° 2457 de fecha 29 de Diciembre de 2.005 y su Modificatoria N° 245/2006, cuya designación de Presidente, se encuentra en Acta Local N° 38 del 26-11-2.011, fojas 57/59 de Libro Rubricado y Trascripción de Partes Pertinentes del Acta de la Comisión Directiva, referente a la Delegación de San Rafael, Mendoza, según Acta número 215 Mesa Directiva, otorgando facultad para este acto, documentación que se encuentra vigente , y que tuve a la vista en este acto de lo que doy fe…"

.

Es decir, estamos ante una asociación civil constituida conforme a la ley e inscripta en Dirección de Personas Jurídicas.

En cuanto a su objeto el Título I artículo 2° del Estatuto se establece que: "Son sus propósitos promover la vigencia de los derechos humanos enunciados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas y en la Constitución Nacional…".

La demandada afirma que la accionante es una Asociación Civil sin fines de lucro, cuyo objeto es promover la vigencia de los derechos humanos, pero nada dice que dentro de su finalidad sea la defender el interés objeto de la presente litis, por lo que la amparista carece de un interés legítimo de reclamar sobre las consecuencias jurídicas del alcance de la Resolución n° 2616- DGE-12.

Considero que la accionada no tiene

razón ya que el objeto del amparo es lograr la declaración de inconstitucionalidad de una resolución dictada por ella que se considera violatoria del principio de educación laica, lo que está íntimamente relacionado con la libertad de culto.

La religión o las convicciones, para quienes las profesan, constituyen uno de los elementos fundamentales de su concepción de la vida. Por ello, la libertad de conciencia, de religión o de convicciones es uno de los derechos protegidos en el ámbito de los derechos humanos. El Preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos expresa “que se ha proclamado, como la aspiración más elevada del hombre, el advenimiento de un mundo en que los seres humanos, liberados del temor y de la miseria, disfruten de la libertad de creencias”.

Con la expresión libertad religiosa se hace referencia al derecho de libertad de conciencia, de religión o de convicciones, expresión que incluye las convicciones teístas, no teístas y atea.

En este orden de ideas, cuestionándose la legalidad de una resolución que impone a la comunidad educativa estatal celebrar en el ciclo lectivo 2.013 dos actos escolares fundados en la doctrina de la Iglesia Católica, Apostólica Romana, indudablemente que está involucrado el derecho a la libertad religiosa de las minorías no católicas apostólica romana.

De lo expresado, se concluye que la finalidad del amparo en examen se encuentra dentro del objeto de la Asociación

Civil Asamblea Permanente de los Derechos Humanos, es decir la misma tiene la idoneidad de representar a las minorías no católicas apostólica romana.

El otro recaudo formal de admisibilidad, como ya indiqué, es la existencia de un planteo que involucre, por sobre los aspectos individuales, cuestiones de hecho y de derecho que sean comunes y homogéneas a todo el colectivo.

La S.C.J., en el considerando 13) de la causa “Halabi” expresa: “Que la procedencia de este tipo de acciones requiere la verificación de una causa fáctica común, una pretensión procesal enfocada en el aspecto colectivo de los efectos de ese hecho y la constatación de que el ejercicio individual no aparece plenamente justificado. Sin perjuicio de lo cual, también procederá cuando, pese a tratarse de derechos individuales, exista un fuerte interés estatal en su protección, sea por su trascendencia social o en virtud de las particulares características de los sectores afectados. El primer elemento es la existencia de un hecho único o complejo que causa una lesión a una pluralidad relevante de derechos individuales. El segundo elemento consiste en que la pretensión debe estar concentrada en los efectos comunes y no en lo que cada individuo puede peticionar, como ocurre en los casos en que hay hechos que dañan a dos o más personas y que pueden motivar acciones de la primera categoría. De tal manera, la existencia de causa o controversia, en estos supuestos, no se relaciona con el daño diferenciado que cada sujeto sufra en su esfera, sino con los elementos homogéneos que tiene esa pluralidad de sujetos al estar afectados por un mismo hecho. Como tercer elemento es exigible que el interés individual considerado aisladamente, no

justifique la promoción de una demanda, con lo cual podría verse afectado el acceso a la justicia. Sin perjuicio de ello, como se anticipó, la acción resultará de todos modos procedente en aquellos supuestos en los que cobran preeminencia otros aspectos referidos a materias tales como el ambiente, el consumo o la salud o afectan a grupos que tradicionalmente han sido postergados, o en su caso, débilmente protegidos. En esas circunstancias, la naturaleza de esos derechos excede el interés de cada parte, y al mismo tiempo, pone en evidencia la presencia de un fuerte interés estatal para su protección, entendido como el de la sociedad en su conjunto. En tal sentido, los artículos 41, 42 y 43, párrafo segundo, de la Constitución Nacional brindan una pauta en la línea expuesta.”

En el sub-lite la pretensión deducida por la amparista es representativa de todas las personas que se encuentran bajo la potestad de la Dirección General de Escuelas y no profesan la religión Católica Apostólica Romana, en cuanto se les impone a las mismas participar en un acto con la presencia de la Bandera de Ceremonia de la Escuela y entonación del Himno Nacional Argentina y actividades diversas con el objeto de conmemorar al Santo Patrón Santiago y a la Virgen del Carmen de Cuyo, quienes son venerados por la referida religión, con lo que prima facie se estaría vulnerando el principio de la educación pública, gratuita y laica consagrada por nuestro ordenamiento jurídico y el derecho a la libertad de culto que tiene jerarquía constitucional.

Además el interés individual, indicado precedentemente, no justifica la promoción de una demanda, con lo que

se estaría afectando el acceso a la Justicia.

En conclusión, la acción deducida por la “Asociación Civil Asamblea Permanente por los Derechos Humanos” puede ser calificada como un supuesto de ejercicio de derechos de incidencia colectiva referente a los intereses individuales homogéneos, a la luz de los principios establecidos por la S.C.J. en el caso “Halabi”.

Por último, también se publicaron edictos para notificar a todas las personas que puedan tener interés en el resultado del litigio, se dio intervención al Señor Defensor de niños, niñas y comparecieron personas y una O.N.G. manifestando se adhesión a la pretensión deducida por la parte actora.

III- Determinada la legitimación sustancial activa corresponde resolver si la acción de amparo en examen ha sido interpuesta en tiempo oportuno.

Según el art. 13 del Decreto Ley 2489/75 (mod. Ley 6504) la acción debe deducirse dentro de los diez días de haber tomado conocimiento del hecho, acto u omisión considerados violatorios de los derechos constitucionales. El art. 16 del mismo cuerpo legal dispone expresamente que el plazo deba computarse en días corridos.

Ahora bien, hay una corriente doctrinaria que después de la reforma constitucional cuestiona la vigencia de este precepto procesal en la medida que se preconiza la vía en forma “rápida y expedita”, conceptos que suponen eliminar las trabas para el acceso a la justicia.

Sostiene Rivas que la reforma

constitucional obliga a tramitar el amparo en forma expedita, y ello significa que no está sujeto a condicionamientos de modo que el artículo 2° de la ley 16.986, y con ello el plazo de caducidad del inciso e, se derrumba estrepitosamente. La liberación de condicionamientos alcanza también a la existencia del plazo de caducidad fijado por ese ordenamiento desde el momento que la Constitución no hace ninguna salvedad al respecto y un amparo expedito no se compadece con un lapso tan exiguo como el referido por aquel inciso (“El plazo de caducidad en el amparo, L.L. del 1-6-2.000).

En esta línea de pensamiento Gozaíni afirma que “…el derecho de amparo creado por la Constitución Nacional idealiza un proceso sin cortapisas formales donde el plazo para deducir la acción procesal no puede limitarse con reglamentaciones irritantes al sentido fundamental que tiene la disposición garantista. Con ello no alentamos la imprescriptibilidad o cualquier tiempo para interponer la pretensión; tan sólo, dejamos en la responsabilidad social de los jueces analizar caso por caso la temporaneidad del planteo” (“DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL- AMPARO”, Rubinzal- Culzoni Editores, Santa Fe, 2.002, pág. 423/424).

Sin embargo la jurisprudencia mayoritaria no concuerda con esta interpretación del artículo 43 de la C.N. Así la Cámara Federal Civil y Comercial dictó un fallo plenario en el que afirma: “Que si el amparo es un proceso, tal como son todos aquellos que dirigen sus acciones contra el Estado, debe estar sujeto a un plazo procesal. En consecuencia, no puede sostenerse que no exista plazo alguno o que el mismo quede librado a la discrecionalidad judicial, y que el plazo de caducidad del artículo 2 inciso

e, de la ley 16.986 no está vedado por la Constitución, ya que presenta factores de conveniencia para su aplicación en el vigente régimen de amparo (CNFed.CC, “Capizzano de Galdi, Concepción c/ Instituto de Obras Sociales”, 3-6-99).Y nuestros Tribunales provinciales han sostenido: “La reforma constitucional ha dejado subsistente el plazo de diez días previsto por el art. 13 de la ley 2.589/75, el dies a-quo de ese plazo acaece “ Cuando el afectado tomó conocimiento de ese hecho, acto u omisión que reputa violatorio de sus derechos constitucionales” (C.S.J., L.S. 298-353); “ Sostener la inexistencia de plazo alguno, dejado a la discrecionalidad judicial, aplicar analógicamente otras previstas para situaciones distintas, desnaturalizaría la acción de amparo, la cual exige reglas claras, precisas y objetivas para su admisión, lo que hace en definitiva a la eficacia de la labor judicial, a la garantía del artículo 16 de la Constitución Nacional y, en su caso, al funcionamiento del sistema republicano de gobierno, el que ve un sustento fundamental en la vigencia plena de la división de poderes y no posibilitado de subordinar intemporalmente los actos estatales al Poder Judicial…. Las innovaciones introducidas por el nuevo texto constitucional (art. 43 C.N.) no son incompatibles con la exigencia de que se ejercite dentro de un término legalmente limitado, prescripción que se encuentra establecida de diferentes modos, respecto de cualquier acción procesal. En consecuencia, el plazo instituido por el art. 13 decreto ley 2.589/75 modificado por la ley 6.504/97 se encuentra vigente. …” (C.C. 2a., L.S. 96-89 y “La operatividad del nuevo amparo constitucional no importa una derogación in totum de la ley nacional y provincial de amparo, salvo en aquellas partes en que exista una expresa oposición. El plazo previsto para interponer la acción, no ha sido derogado por la reforma

constitucional…” (C.C. 1a., L.S. 159-135).

Siguiendo a esta interpretación jurisprudencial predominante considero que la norma del artículo 43 de la C.N. no contiene una derogación en bloque de las disposiciones del decreto 2.589/75 sobre la acción de amparo, y que sólo deben entenderse derogadas aquellas condiciones de admisibilidad de la acción que lo hayan sido de modo expreso, entre las que no cabe incluir el artículo 13, ya que resulta aplicable la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que afirma que la ley general posterior, no deroga la anterior especial cuando no ha formulado ninguna expresa mención de sus intención de hacerlo así, o que exista una manifiesta repugnancia entre ambas. En consecuencia de no ser interpuesta la acción de amparo en el plazo de diez días de haber tomado conocimiento del hecho, acto u omisión considerados violatorios de los derechos constitucionales, dicho plazo legal caduca. El fundamento es que la caducidad tiende a otorgar seguridad jurídica a los actos estatales, los que deben contar con una buena cuota de estabilidad ya que, si la parte perjudicada no objetó el acto en el término de ley, corresponde presumir que ha renunciado a la impugnación convalidando el acto u omisión de que se trate, por aplicación analógica, incluso, de los arts. 874 y 919 del Código Civil. (Morello, “Régimen Procesal del Am-paro”, pág. 93, citado por Sagües, “Derecho Procesal Constitucional – Acción de Amparo”, Ed. Astrea, 3, Bs. As., 1991, pág. 276, nota 4).

Rivas sostiene que el plazo para deducir la acción de amparo es un plazo de caducidad y que el mismo es de orden público (“El Amparo”, Edic. 1987, págs. 202/203). La jurisprudencia también ha

señalado que:

“… el Juez no tiene otro camino que rechazar la articulación extemporánea, cuando la ley, sustituyéndose al criterio del órgano jurisdiccional predetermina que es conveniente al interés público un plazo de caducidad para interponer la acción. Siendo el plazo para intentar la acción de amparo de caducidad, lo que se compadece con su carácter excepcional y con su objeto de restablecer con prontitud e inmediatamente el derecho conculcado, es inviable la acción en trato cuando el interesado ha sido negligente no interponiéndola en término, no siendo incluso posible la dispensa aún de la demandada atento a tratarse de una disposición de orden público. No podrá alegar daño grave e irreparable

por la remisión del examen de la cuestión a los procedimientos ordinarios previstos para la sustanciación de la misma, cuando ha sido remiso en intentar la vía sumarísima y excepcional” (CC4º, 20-3-95, autos nº 132.430/21.869, “Buteler, Patricio María c/ Caja de Jubilaciones y Pensiones de la Provincia p/ Amparo, L.A. 132-418).

La demandada alega que la acción de amparo ha sido interpuesta fuera del término legal.

La D.G.E. afirma que la Resolución N° 2616-DGE-12 emitida por la Señora Directora General de Escuelas, dispuso fijar y determinar el Calendario Escolar para el ciclo lectivo 2.013 y fue publicado el día miércoles 26 de diciembre de 2.012 en el portal educativo en internet (www.mendoza.edu.ar) y la acción de amparo fue incoada el día 2 de julio del corriente año, es decir cuando aquella estaba caduca en virtud de lo normado por el artículo 13 del Decreto Ley 2489/75 (mod. Ley 6504).

Esta afirmación no tiene sustento jurídico.

La Resolución impugnada establece el calendario escolar para el ciclo 2.013, determinando el cronograma de actividades en toda la Provincia de Mendoza, por lo que cabe concluir que es un reglamento administrativo. En este sentido la S.C.J. ha dicho que "Un plan de estudios como su modificación posterior, responden a las características de un reglamento, pues constituyen declaraciones unilaterales de la Dirección General del Escuelas en su calidad de autoridad administrativa a cargo de la educación en la Provincia, regulando aspectos que hacen a la materia de su competencia, de alcance general pues involucra a todos aquellos administrados que se encuentran dentro de sus previsiones; y es normativa de alcance general que tiene un régimen jurídico especial y diferente" (L.S. 401-084).

Entonces, la Resolución N° 2616-DGE-12 debe ser publicada para tener ejecutividad. La falta de publicación o su publicación incompleta no se subsana con la notificación individual de reglamento a todos o a parte de los interesados. La publicación debe contener la transcripción íntegra y auténtica del reglamento en el Boletín Oficial (ver Roberto Dromi, "El acto administrativo", Ediciones Ciudad Argentina, Bs. As., 1.997, especialmente fojas 243 y siguientes).

Y resulta indudable que dicha publicación no puede ser suplida por la efectuada en el portal que la D.G.E.

tiene en Internet, ya que no hay ninguna disposición legal que modifique lo normado en esta materia por la ley n° 3909.

De la contestación de la demanda por parte de la accionada surge que la resolución en análisis no ha sido publicada en el Boletín Oficial, ya que pretende que se cuente el plazo de caducidad desde el día en que fue subida al portal que tiene dicha entidad autárquica en internet.

La falta de publicación en el Boletín Oficial, implica que la amparista no ha sido debidamente notificada, por lo que no tenemos un punto de partida para contar el plazo de caducidad, no habiendo la accionada acreditado el día en que aquella tuvo conocimiento preciso del acto que se impugna, por lo que el planteo de interposición extemporánea de la acción de amparo debe ser desestimado.

IV-

1) Del mero análisis literal del artículo 43 de la C.N. y del art. 1 del decreto-ley 2.589/75, pueden extraerse dos conclusiones: a) la acción de amparo no se encuentra programada para actos u omisiones de la autoridad o particulares que no sean manifiestamente ilegales o arbitrarios; b) para que prospere un amparo, el acto cuestionado debe ser manifiestamente ilegal o manifiestamente arbitrario. Es decir, que basta una de estas razones, para la viabilidad de la acción de amparo (aparte de los demás recaudos exigidos por la ley). Puesto que la norma emplea la disyuntiva “o”, no es necesario que la conducta impugnada sea, simultáneamente ilegal o arbitraria. Es suficiente, entonces, la existencia de uno solo de estos motivos (conf. Néstor Pedro Sagüés, Derecho Procesal Constitucional, Acción de Amparo,

Astrea, Capital Federal, 1.995, pág. 117).

Respecto a la ilegalidad, la acción de amparo sirve para discutir los actos u omisiones de la autoridad pública o de particulares manifiestamente opuestos a la ley, es decir las conductas notoriamente ilegales, porque se oponen a las normas de derecho positivo, en sentido amplio. Se puede atacar por esta vía tanto un hecho contrario a la ley del Congreso, como a una resolución ministerial, un decreto o a una ordenanza, etc., siempre que concurran los demás requisitos establecidos por la C.N. y la ley.

En la provincia de Mendoza, por el art. 5 del decreto-ley 2.589/75 y en el orden federal por la reforma introducida por el art. 43 de la C. N. el amparo sirve para atacar actos legales (conformes con las leyes, decretos y ordenanzas) pero inconstitucionales (por ejemplo cuando una decisión de la autoridad se adecua a una ley ordinaria, pero se opone a una ley constitucional); es decir de un acto legal pero inconstitucional. Así en el ordenamiento mendocino, el referido art. 5 dispone que: “La acción de amparo procederá aun cuando el hecho, acto u omisión tachado de arbitrario o ilegal encuentre sustento en una norma de carácter general notoriamente contraria a las Constituciones Nacional o Provincial. En tales casos los jueces deberán declarar la inconstitucionalidad de la ley, decreto, reglamento u ordenanza que sirve de fundamento al hecho, acto u omisión cuestionado” y el art. 43 de la Carta Magna expresa “…. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva….”.

Respecto al acto arbitrario, sería aquel en que el agente estatal o el particular, arremetiera contra la norma

vigente y actuara fundado en su propio criterio. Como señala Sagüés se ha entendido que el término arbitrario “alude no solamente a actos contra la ley, sino también contra el “derecho fundamental que está ínsito en los principios constitucionales
sobre garantías individuales, en la declaración de los derechos humanos, en las reglas de la lógica jurídica aplicables a esos derechos fundamentales. Así para Bielsa, la arbitrariedad concluye “en el sentido de falta de justicia, es decir, que conducta arbitraria es conducta injusta, aunque no sea ilegal” (ob. cit. pág. 120).

Fiorini nos indica que la
arbitrariedad es un vicio que puede presentarse tanto en las sentencias judiciales, como en los demás actos estatales e incluso en la ley, ya que la arbitrariedad lesionante vive en el subsuelo de toda autoridad pública desbordada, no siendo patrimonio exclusivo
de uno sólo de los poderes (El recurso de amparo, L.L. 93-946). Ley arbitraria es por ejemplo la contraria a la moral, la anacrónica, la inconstitucional (que se aparte de la voluntad del constituyente, para basarse en el criterio del legislador ordinario) o simplemente la ley injusta.

La ilegalidad o arbitrariedad deben
ser manifiestas, entendiéndose por tal –
como lo ha indicado la doctrina y la jurisprudencia- que los vicios de referencia sean inequívocos, incontestables, ciertos, ostensibles, palmarios, notorios, indudables, quedando fuera del amparo las cuestiones opinables (Conf. SCJN, fallos 306:1.253; CNCiv., sala E, 7/11/86, E.D. 125-143; C.N.Civ., Sala C, 4/12/85 E.D. 118-248). Así se ha señalado que “El diferimiento arbitrario e

ilegal de certificar los servicios y aportes que se encuentran pagos afecta un derecho del actor de raigambre constitucional, tal el de obtener su beneficio jubilatorio que contempla expresamente el art. 14 bis de la Constitución Nacional, previo los trámites reglamentarios necesarios. La arbitrariedad o ilegalidad manifiestas a que alude la ley de amparo y la jurisprudencia anterior y posterior a su sanción, requiere que la lesión de los derechos y garantías reconocidos por la Constitución Nacional resulte del acto u omisión de autoridad pública en forma clara e inequívoca….. tal como surge de la resolución cuestionada. Por ello la procedencia de la acción de amparo para restablecer el orden constitucional violado es innegable" (2ª. C.C., Mza., L.S. 81-223); "El acto impugnado por vía de amparo debe ser palmariamente ilegítimo, y tal circunstancia debe emerger sin necesidad de debate y prueba detenido y extenso. Si el caso versa sobre cuestiones fácticas o jurídicas opinables, o reclama por su índole un más amplio debate, si en la causa se rindió la prueba documental, confesional e informativa, y las partes tuvieron oportunidad de ejercitar su defensa, con lo que requerir un debate más amplio no resultaría razonable, y que como los tribunales no deben evaluar toda la prueba realizada, sino la necesaria para decidir la controversia, no es óbice para el amparo la mera cita del gran número de fojas que componen las probanzas de autos" (CNFed. Cont. Adm., Sala II, 2/9/82, E.D. 103-661) y que "cuando la ley de amparo exige que los actos que se impugnan ostenten manifiesta arbitrariedad o ilegalidad, no requiere que sólo sea posible atacarlos cuando el vicio denunciado posea una entidad de tal magnitud que resulte posible reconocerlo sin el menor análisis. Lo que exige la ley en este aspecto para abrir la competencia de los órganos judiciales es, simplemente, que la restricción de los derechos constitucionales

provocada por un acto u omisión de autoridad pública sea claramente individualizada por el accionante, que se indique con precisión el o los derechos lesionados, resulte verosímil su existencia y pueda evidenciarse con nitidez en el curso de un breve debate” (CNFed. Cont. Adm., sala II, 13/7/76, E.D. 69-293).

La C.S.J. de Mendoza ha señalado al analizar el requisito de que la arbitrariedad o ilegalidad sea manifiesta que “La ley fundamental apunta a lo notorio, lo que se visualiza sin que sea necesario un estudio pormenorizado de prueba, hechos, etc. Es que el amparo tiene “dos características que paradojalmente se complementan. Por un lado es una acción de jerarquía constitucional, categorización que la ubica en el punto máximo de la escala valorativa, excede el marco de las acciones ordinarias y pretende proteger aquellos derechos de máximo valor que, por su claridad y evidencia, no admiten discusiones. Sin embargo, en forma simétrica, exige la manifiesta ilegitimidad del acto impugnado, junto con la carencia o ineficacia de remedios ordinarios o recursos específicos; esta manifiesta ilegitimidad se conecta a lo que, en el derecho civil, configura un acto viciado de nulidad manifiesta, o sea que el vicio es patente, visible, simplemente comprobable” (Sala I, 2/12/96 “ Exprinter Banco S.A. en recurso de queja en autos N° 136.570 BANCO REPÚBLICA Y MAGNA IN-VERSORA S.A. s/ Inc. A.P.A.- Queja”, Revista del Foro de Cuyo, 1.997, N° 24, pág. 193).Y también ha dicho nuestra Corte en pleno que el “artículo 43 de la C.N., exige que el acto impugnado lesione, restrinja, altere o amenace con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta derechos o garantías. El recaudo es razonable, porque no se refiere a que la cuestión sea jurídicamente más o menos fácil, que exija mayor o menor estudio de la

problemática normativa, doctrinal o jurisprudencial; sino que el requisito se conecta directamente, con la naturaleza sumarísima del proceso, con restricciones probatorias y defensivas, de modo que la cuestión planteada, debe ser detectada fácilmente dentro de esas limitaciones" (Expte. N° 60.928 "Poder Ejecutivo de la Provincia en J: 120.310/31.241 Consorcio Surballe Sadoschi c/….", Revista del Foro de Cuyo N° 29 año 1.997, pág. 119/180).

Es decir, que el criterio para determinar si frente a un hecho, acto u omisión de la administración, se está dentro del ámbito del amparo, está dado por precisar si se da un supuesto de "ostensible arbitrariedad o ilegalidad" que vulnere derechos constitucionales del amparista, no bastando que la cuestión planteada pueda ser resuelta pese a la naturaleza sumarísima del procedimiento; de lo contrario, toda la actividad de los otros poderes del Estado podría quedar comprendida por la acción de amparo, con la consecuencia de la desaparición de la acción procesal administrativa que debe sustanciarse, en nuestro ordenamiento jurídico, ante la Suprema Corte de Justicia.

2) Como ya lo he señalado la parte actora persigue que "se declare inconstitucional e inaplicable la Resolución N° 2616-DGE-2012 (no publicada en el Boletín Oficial y/o parcialmente), particularmente en la parte que dispone se realicen "actividades de gran significatividad" y "con la participación de toda la comunidad educativa" los días 25 de julio y 8 de septiembre, en conmemoración de lo que se conocen en el ámbito de quienes profesan la religión Católica Apostólica Romana como "Patrón Santiago" y "Día de la Virgen del Carmen de Cuyo" (Anexo I, apartado N° 9). Como consecuencia de

ello ordene a la Dirección General de Escuelas se abstenga de instruir a docentes, alumnos y personal no docente sometidos a su potestad administrativa, a participara de cualquier modo posible (organización, asistencia, ejecución), de tales actos escolares".

La amparista afirma que dicha Resolución viola derechos constitucionales como el derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión,; el derecho de los padres a escoger el tipo de educación; el derecho al respeto a la honra y a la dignidad; el derecho de igualdad, consagrados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Convención sobre los Derechos del Niño, la Ley 26.061 de protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes y la Ley de Educación Nacional n° 26.206.

La demandada y Fiscalía de Estado alegan que la acción de amparo en análisis es improcedente por no ser el amparo la vía más idónea para debatir y resolver la pretensión de la amparista.

La D.G.E. indica que la acción de amparo, aún después de la reforma constitucional, conserva su carácter de remedio residual y supletorio en cuanto a otros procedimientos judiciales y administrativos, debiendo el accionante demostrar la insuficiencia reparadora de aquellas vías ordinarias administrativas y judiciales, circunstancias estas que no se acreditaron. Señala que de la simple lectura de demanda se puede observar que el actor tuvo una marcada inactividad en sede administrativa y

ahora pretende con el amparo purgar una conducta pasiva del amparista que dejo avanzar el tiempo sin ninguna queja ni pretensión recurrente. Manifiesta que no existiendo ningún motivo que les permita obviar la vía ordinaria, han intentado este remedio residual y de carácter excepcionalísimo, sin acreditar uno de los presupuestos necesarios para su admisibilidad, esto es, la inoperancia de las vías ordinarias para la satisfacción de su pretensión.

Argumentos similares desarrolla Fiscalía de Estado.

Nuestra C.S.J. en pleno se ha expedido sobre el tema del amparo y las vías paralelas, en la sentencia recaída en el Expte. N° 60.928 “PODER EJECUTIVO DE LA PROVINCIA EN J. 120.310/31.241 CONSORCIO SURBALLE SADOFSCHI c/ PODER EJECUTIVO DE LA PROVINCIA DE MENDOZA p/ Amparo s/ Inc. Cas.” y Expte. N° 60.847 “FISCAL DE ESTADO EN J. 120.310 CONSORCIO SURBALLE Y SADOFSCHI c/ PODER EJEC. DE LA PROV. p/ Acción de Amparo s/ Inconstitucionalidad”, de fecha 10/06/97, publicado en Revista del Foro de Cuyo N° 26, págs. 119 y siguientes. Luego de hacer referencia a las distintas posturas doctrinarias y jurisprudenciales la ministro preopinante expresó “…coincido con Bidart Campos cuando afirma que la expresión “no exista otro medio judicial más idóneo” significa que la existencia de otras vías judiciales no obsta al uso del amparo si esas vías son menos o igualmente aptas para la tutela inmediata que se debe deparar; a esta conceptualización, el reconocido constitucionalista la caracteriza como

subsidiario no supletorio (Bidart Campos, Germán, Tratado Elemental de derecho constitucional argentino, t. VI, Bs. As., Ediar, 1.995, pág. 312)". Respecto al contenido del calificativo "más idóneo", dice dicho fallo:"…la rapidez, la celeridad, es un aspecto fundamental a tener en cuenta (así lo demuestra el art. 43, que comienza refiriéndose al derecho a una vía rápida y expedita, intentando de este modo hacer efectivo el derecho concedido por el Pacto de San José de Costa Rica, incorporado a nuestra Constitución Nacional), pero no el único factor a considerar….La rapidez se conecta estrechamente al recaudo del daño; pero también hay otros elementos (como la complejidad probatoria), vinculados al efectivo derecho de defensa en juicio, unidos al recaudo de lo manifiesto o notorio….En suma, todos los recaudos legales están imbricados, de modo tal que en cada caso deberá verificarse si, de acuerdo a la pretensión deducida y la complejidad (sobre todo fáctica) de la cuestión, el amparo es o no más idóneo que otra vía jurisdiccional….". Agrega dicha sentencia que "…En principio, salvo denuncia de arbitrariedad….corresponde al juez de grado mensurar, en los casos concretos y en la situación específica de cada demandante, la existencia de otra vía procesal y la menor idoneidad, en el caso, para proteger el derecho lesionado….".

En este orden de ideas, considerando el objeto del amparo, que en el mismo está comprometido el derecho a la libertad de culto y el respeto al principio de la educación pública, gratuita y laica, por lo que necesita una respuesta urgente ante la inminencia de la aplicación de la resolución cuestionada y que la cuestión planteada no es fácticamente compleja, cabe concluir que no hay otra vía procesal igualmente apta que la del amparo para tutelar en forma inmediata aquellos derechos.

3) La D.G.E., en ejercicio de facultades privativas de la misma, dictó la Resolución N° 2616, con fecha 12 de diciembre de 2.012, por intermedio de la cual fijó el cronograma de actividades para el ciclo lectivo 2.013 para todo el sistema educativo provincial y en el Anexo I punto 4 establece los días feriados nacionales, provinciales y días no laborables. En el punto 9 bajo el epígrafe “Conmemoraciones” se expresa: “En las siguientes fechas se realizarán actividades de gran significatividad, que exalten los valores de nuestra identidad nacional y con la participación de toda la comunidad educativa:....Se realizarán con la presencia de la Bandera de Ceremonias de la Escuela y Entonación del Himno Nacional Argentino: FORMA 2….25 de Julio: Patrón Santiago…8 de Septiembre: Día de la Virgen del Carmen de Cuyo, Día Internacional de la Alfabetización…”….Las restantes conmemoraciones se organizarán de acuerdo a lo previsto en el Proyecto Institucional. Consistirán en clases alusivas, carteleras, entrevistas, proyección de videos, actividades diversas en las que participen alumnos, docentes y miembros de la comunidad o personalidades relevantes del medio”.

El tema sobre la educación laica en la República Argentina y actos que la vulneran, ya tiene precedentes judiciales. En una sentencia dictada por la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Salta con fecha 23 de febrero de 2.012 en la causa “Castillo, Carina V. y otros c. Provincia de Salta y Ministerio de Educación de la Provincia de Salta s/ Amparo, que el objeto debatido era si las escuelas públicas de Salta podían impartir a toda la

comunidad educativa la educación católica, apostólica, romana, se mencionan, para resolver el caso los siguientes tratados y leyes (E.D., 247-51).

El Pacto de San José de Costa Rica o Convención Americana de los Derechos Humanos en su artículo 12 inciso 4 establece que los padres o tutores "tienen derecho a que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones".

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales" dispone en el artículo 13 que "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".

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en la Observación General n° 13 numeral 28 dijo que, en cuanto a los párrafos 3 y 4 del artículo 13 "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", y en particular se destaca la opinión que expresa "en opinión del Comité

, este elemento del párrafo 3 del artículo 13 permite la enseñanza de temas como la historia general de las religiones y la ética en las escuelas públicas, siempre que se impartan de forma imparcial y objetiva, que respete la libertad de opinión, de conciencia y de expresión. 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".

El Comité de Derechos Humanos, mediante la Observación General N° 22, interpreta el artículo 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles en el que observa que de conformidad con lo establecido en el segundo inciso del artículo 18 del Pacto no se puede obligar a nadie a revelar sus pensamientos o su adhesión a una religión o a unas creencias y que el inciso 4 del artículo 18 del Pacto permite que en la escuela pública se imparta enseñanza de materias tales como la historia general de las religiones y la ética siempre que ello se haga de manera neutral y objetiva y que es incompatible con el adoctrinamiento en una religión o unas creencias particulares.

La ley 26.206 de Educación Nacional, en el artículo 12 reconoce como derechos de los alumnos las de "a) Una educación integral, igualitaria en términos de calidad y cantidad, que contribuya al desarrollo de su personalidad, posibilite la adquisición de conocimientos, habilidades y sentido de responsabilidad y solidaridad sociales y que garantice igualdad de oportunidades. B) Ser respetados/as en su libertad de conciencia, en el marco de

la convivencia democrática…”

En el orden provincial el artículo 212 de la Constitución de Mendoza establece que: “Las leyes que organicen y reglamenten la educación deberán sujetarse a las bases siguientes: 1- La educación será laica, gratuita y obligatoria, en las condiciones y bajo las penas que la ley establezca”

La ley N° 6.970 determina en el artículo 1° que “ La presente Ley establece las normas generales que rigen la organización y funcionamiento de la Educación Pública en Mendoza, en el marco de la Constitución Nacional, la Constitución Provincial, la Ley Federal de Educación y Ley Nacional de Educación Superior vigentes”.

En el artículo 4 dispone que “El Estado garantiza:… a) El derecho de los habitantes a aprender y enseñar y el derecho a elegir el tipo de educación que mejor responda a sus intereses y aptitudes personales… c) La prestación de los servicios educativos, asegurando la obligatoriedad y estableciendo que los niveles y regímenes del sistema de gestión estatal deberán ser gratuitos y laicos.”

Y no nos debemos olvidar de la ley señera en este tema n° 1420 “De educación común”, dictada el 8 de julio de 1.884, en la que se establece los “Principios generales sobre la enseñanza pública de las escuelas primarias” y dispone en el artículo 1° que “La escuela primaria tiene por único objeto favorecer y dirigir simultáneamente el desarrollo moral, intelectual y

físico de todo niño de seis a catorce años de edad", en el artículo 2° que "La instrucción primaria debe ser obligatoria, gratuita, gradual y dada conforme a los preceptos de la higiene" y en el artículo 8°que "La enseñanza religiosa sólo podrá ser dada en las escuelas públicas por los ministros autorizados de los diferentes cultos, a los niños de su respectiva comunión y antes o después de las horas de clases". De todo este plexo normativo, se concluye que la educación impartida por el Estado debe ser laica y entendiéndose por tal, como lo declara la Directora General de Escuelas al contestar la pregunta 10 del pliego de interrogación obrante a fs. 236/237, "aquella que no se basa en ninguna doctrina religiosa o credo". El Estado debe garantizar a los padres y/o tutores que sus hijos o pupilos reciban una educación ajustada a sus creencias religiosas, por ello las escuelas estatales no deben impartir clases de una determinada religión o realizar actos que se refieren a dogmas, principios y veneraciones propias de una religión determinada. Los progenitores que deseen que sus hijos reciban educación religiosa deberán acudir a los establecimientos que están bajo la órbita de la D.G.E pero que son de gestión privada.

Como se ha dicho "la educación laica no debe suponer ni la carga antirreligiosa ni la neutralidad. Si bien es clara la separación absoluta entre los contenidos escolares y cualquier culto religioso, no debe negarse a los educandos una elemental y bien graduada información sobre la historia de las religiones y su presencia en el mundo contemporáneo. Ello forma parte de la

historia de la cultura y de la geografía humana actual. La mundialización de los conocimientos que exige nuestra época implica que, en igualdad de circunstancias, se exponga ante los estudiantes el mapa religioso, antiguo y actual, y que cada una de esas opciones sea tratada con respeto y objetividad. Significativamente, la mejor prevención contra cualquier visión globalizadora arrasante y avasalladora es el conocimiento de las historias y las razones nacionales y locales, incluidos los cultos y creencias".

Las profesoras María Inés Abrile de Vollmer y Mónica Soto, Directora General de Escuela y Subsecretaria de Educación de la Dirección General de Escuelas, respectivamente, al prestar declaración testimonial mediante oficio, contestan que los conceptos de "Patrono Santiago" y "Virgen del Carmen de Cuyo" provienen de la religión Católica, Apostólica, Romana. También afirman que la educación laica es aquella que no se basa en ninguna doctrina religiosa o credo y es una de las estructuras esenciales donde se apoya la educación de Nuestra Provincia Indican que todos los programas de las currícula que se imparten en las escuelas públicas de Mendoza están fundados en el aspecto laico de la educación. Sostienen que la Dirección General de Escuelas respeta la libertad de conciencia, pensamiento y religioso de todos los integrantes de la comunidad educativa y en sus escuelas concurren y trabajan personas que profesan distintos cultos religiosos, otras que no profesan ninguna y también agnósticos, ya que la educación que imparte es laica, pública y gratuita (ver

oficios glosados a fs. 213/214 y 215/216).

De dichos testimonios surge con total claridad que las autoridades de la D.G.E. afirman que la educación que deben impartir en todas las escuelas de gestión estatal bajo su órbita tiene que ser laica y que el principio del laicismo es el norte de la educación que se imparte en las escuelas de gestión estatal de nuestra provincia Entonces me pregunto ¿por qué se conmemora en las escuelas estatales de la Provincia de Mendoza creencias que pertenecen al culto Católico Apostólico Romano y no a otras religiones y no tienen ningún valor para los ateos o agnósticos?

¿Se puede sostener razonablemente que dichas conmemoraciones se ajustan a los principios de la educación laica?

Si entramos en el portal que la D.G.E. tiene en internet (www.menoza.edu.ar.) bajo el epígrafe “SERVICIOS” se encuentra el ítem actos escolares.

Cuando uno ingresa en dicho espacio, se puede saber cuáles son los actos escolares correspondientes a cada mes del año. Cuando se busca información correspondiente al mes de julio nos encontramos con “8- 25 de Julio “Día del Santo Patrono Santiago, guía y protector de los mendocinos” y al mes de septiembre leemos “3- 8 de Setiembre “Día de la Virgen del Carmen de Cuyo ” y de la lectura de dichos artículos surge que se explica la vida de una Santo Católico Romano y la historia de la Virgen María bajo la advocación de la Virgen del Carmen de Cuyo.

En la información respecto de Patrono Santiago se hace una reseña sobre quién es y sobre los distintos acontecimientos que llevaron a nombrarlo Patrono de la Provincia de Mendoza y conmemorarlo un día específico del año (25 de julio) con una procesión por las calles del microcentro. Y textualmente se lee “En Mendoza se postula que Santiago es el escudo ante el problema natural que más preocupa en la provincia: los temblores”.

De este artículo publicado en el referido portal de internet se relata la vida y obra de un santo Católico, Apostólico, Romano y se hace un postulado general que no pertenece a las minorías religiosas.

En relación a la Virgen del Carmen de Cuyo, en dicho sitio web luego de referirse al origen de la devoción a la “Madre de Dios” en la Provincia de Mendoza bajo el título “MATERIALES DE INTERÉS” figura “Historia de la Virgen del Carmen de Cuyo- origen del nombre, una historia milenaria, la Virgen del Carmen en Mendoza, la coronación pontificia, ¿Qué es el escapulario”.

Y esta última nota está impregnada de dogmas y postulados correspondientes a la religión mayoritaria imperante en la Provincia de Mendoza. Así se explica que el escapulario “es un signo sacramental que hace presente el amor de la Virgen hacia quienes son buenos hijos de Dios, viven en su amistad, o sea gracia y cumplen su ley. Hoy se sustituye para el uso diario por la medalla correspondiente, ambos reciben las mismas indulgencias y pueden ser usados por quienes no pertenecen a la Cofradía”.

Es decir, no cabe duda alguna que la D.G.E. ha instituido dos conmemoraciones correspondientes a la religión Católica Apostólica Romana y que además en el sitio correspondiente a la misma en internet desarrolla, en los artículos mencionados, dogmas de dicha religión.

Esta actuación de las autoridades escolares, sin duda alguna, vulneran el derecho de los padres a que sus hijos reciban una educación ajustada a sus creencias religiosas. Por ejemplo el dogma de que Jesús fue concebido inmaculadamente por la Virgen María por la intercesión del Espíritu Santo no es compartido por otras confesiones religiosas ni por personas ateas o agnósticas.

Como ya se señaló, la Directora y Subsecretaria de la D.G.E., al prestar testimonio en autos, afirman que la educación laica es una de las estructuras esenciales donde se apoya la educación de Nuestra Provincia y señalan que todos los programas de la currícula que se imparten en las escuelas públicas de Mendoza están fundados en el aspecto laico de la educación. Pero de las pruebas que obran en la causa surge que ello no es así en virtud de que toda la comunidad educativa conmemora dos íconos que son venerados por la Iglesia Católica Apostólica Romana, veneración no compartida por las otras religiones o por personas ateas o agnósticas.

Las conmemoraciones religiosas a la que estamos haciendo referencia contradicen la afirmación de dichas testigos respecto a que “Los actos escolares tienen una finalidad educativa, participativa y de respeto hacia toda la comunidad educativa” (respuesta a la cuarta pregunta). Efectúo

tal afirmación, ya que venerar al Patrón Santiago y a la Virgen del Carmen de Cuyo, que tienen su origen en la religión mayoritaria de referencia, implica alterar las convicciones religiosas de las minorías no católicas romanas que forman parte de la comunidad educativa estatal de la Provincia de Mendoza.

La afirmación de la Directora General de Escuelas y de la Subsecretaria de Educación respecto a que “La DGE exime a las personas de la comunidad educativa que no quiera participar de los actos escolares…”, no es un fundamento válido para justificar las celebraciones cuestionadas por la amparista.

Ello es así ya que indirectamente, se le impone al personal docente, no docente y alumnos que profesen religiones minoritarias o sean ateas o agnósticas, a poner en conocimiento de las autoridades escolares sus creencias religiosas, violando el artículo 19 de la Constitución Nacional. La elección personal respecto de las creencias religiosas de los ciudadanos pertenece a su esfera íntima, sin que la autoridad estatal pueda colocarlos en la situación de declarar si profesan alguna religión minoritaria o no profesan ninguna religión para ser eximidos de participar en actos escolares basados en creencias de la religión Católica Apostólica Romana.

En una sociedad pluralista y democrática, no se puede permitir que en establecimientos escolares públicos se adopten festividades correspondientes a una determina religión y se impongan las mismas a toda la comunidad educativa, ya que se está vulnerando dicho pluralismo al ignorar a las otra religiones o la falta de creencias teístas. Como se ha dicho “No se trata de desconocer los derechos de la mayoría, sino tener presente los de la minoría, pues la unidad que postula un régimen de gobierno liberal y democrático como el nuestro no se

compadece con la tendencia a la uniformidad, sino que importa el adecuado resguardo a la diversidad, en todos los ámbitos de la persona y, en el caso de autos, en cuanto a su pensamiento religioso, incluido el derecho a no tenerlo, es decir el del no creyente o agnóstico. En ello está en juego la dignidad del ser; puesto que de otro modo el menoscabo sería evidente y la distorsión del sistema, palpable, ya que el Estado –sea nacional o provincial- no puede sugerir, orientar o fomentar un credo, máxime en un sector tan vulnerable como el de los niños" (sentencia dictada por la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Salta individualizada precedentemente).

Como se resalta en dicha resolución el sector de los niños en muy vulnerable, y la educación religiosa según los tratados internacionales ya mencionados corresponde a sus padres o tutores, y la misma se podría ver interferida por actos, determinados por las autoridades escolares estatales, basados en principios y dogmas de una sola creencia teísta.

El daño que ocasiona la aplicación de la referida resolución se concreta en que personas bajo la potestad de la D.G.E. deban participar de festejos que no corresponden a su formación religiosa, vulnerándose concretamente y no en forma retórica la libertad de culto que es el principio rector de todas la currícula y actividades planeadas por las autoridades de la demandada. No estamos ante agravios meramente conjeturales ya que los mismos no quedan en el plano intelectual sino que se efectivizan con la realización de actos y actividades,

en horario escolar, que corresponden a una sola religión. Así por ejemplo si se proyecta un video sobre la Virgen del Carmen de Cuyo se está violentando en concreto el fuero íntimo de las personas que por sus creencias religiosas no la veneran.

De lo expuesto surge que es evidente que el Estado no está protegiendo la diversidad de creencias religiosas.

No estamos ante actividades que enseñen en forma general la historia de las religiones y su presencia en el mundo contemporáneo. Por el contrario se limitan a exaltar figuras veneradas por una religión específica, ignorando otras creencias.

Por todos los fundamentos expuestos disiento con las conclusiones del Señor Agente Fiscal, por lo que me aparto en el dictado de la presente sentencia, del dictamen expedido por aquel.

Como corolario de lo expuesto, cabe concluir que las autoridades de la D.G.E., con el dictado de la Resolución N° 2616, con fecha 12 de diciembre de 2.012, por intermedio de la cual fijó el cronograma de actividades para el ciclo lectivo 2.013 para todo el sistema educativo provincial , disponiendo en el Anexo I punto 9 que se conmemore el día 25 de julio Patrón Santiago y el día 8 de septiembre día de la Virgen del Carmen de Cuyo, realizándose la conmemoración con la presencia de la Bandera de Ceremonias de la Escuela y Entonación del Himno Nacional Argentino: FORMA 2 debiendo desarrollarse para hacer efectiva tales

conmemoraciones clases alusivas, carteleras, entrevistas, proyección de videos, actividades diversas en las que participen alumnos, docentes y miembros de la comunidad o personalidades relevantes del medio, ha actuado con ilegalidad y arbitrariedad manifiesta, inequívoca, notoria, y violando derechos protegidos por Tratados Internacionales que tienen jerarquía constitucional, por la Constitución Nacional y de la Provincia de Mendoza y leyes indicadas precedentemente, por lo que corresponde declarar la inconstitucionalidad de dicha resolución solamente en la parte que se refiere a realizar actos para los días 25 de julio y 8 de septiembre, debiendo la D.G.E. de manera inmediata tomar todas las medidas necesarias para que en la escuelas de gestión pública bajo su potestad no se conmemore el Día de la Virgen del Carmen de Cuyo por ser contrario al principio de la educación obligatoria, gratuita y laica.

Cabe aclarar que de la lectura integral del Anexo I de dicha Resolución, punto “9. Conmemoraciones” cuando se dispone que “En las siguientes fechas se realizarán actividades de gran significatividad, que exalten los valores de nuestra identidad nacional y con la participación de toda la comunidad educativa” se refieren a los días 25 de mayo, 20 de junio, 9 de julio, 17 de agosto y 11 de septiembre y no a las conmemoraciones religiosas a las que he hecho referencia precedentemente.

V- Las costas deben ser impuestas a la parte demandada que resultó vencida (art. 36 del C.P.C.

VI- Los honorarios profesionales serán regulados de conformidad con la normativa del art. 10 de la Ley 3641 por tratarse de un proceso sin monto (Conf. CC4º, L.A. 134-202).

Por lo tanto y normas legales citadas;

RESUELVO:

I- Hacer lugar a la acción de amparo interpuesta por la ASOCIACIÓN CIVIL ASAMBLEA PERMANENTE POR LOS DERECHOS HUMANOS (A.P.D.H.) filial San Rafael en contra de la D.G.E. y en consecuencia declarar la inconstitucionalidad de la Resolución N° 2616, con fecha 12 de diciembre de 2.012, por intermedio de la cual se fijó el cronograma de actividades para el ciclo lectivo 2.013 para todo el sistema educativo provincial, en cuanto dispone que se deben conmemorar el 25 de Julio el Día de Patrón Santiago y el día 8 de septiembre el día de la Virgen del Carmen de Cuyo con participación de toda la comunidad educativa y en consecuencia ordenar a la demandada que de manera inmediata tome todas las medidas necesarias para que en las escuelas de gestión pública bajo su potestad no se conmemore este año el Día de la Virgen del Carmen de Cuyo, no pudiendo impartirse clases alusivas, ni realizar carteleras, entrevistas, proyección de videos, actividades diversas en las que participen alumnos, docentes y miembros de la comunidad o personalidades relevantes del medio.

II- Imponer las costas a la parte demandada que resultó vencida.

III- Regular los honorarios correspondientes al Doctor CARLOS D. LOMBARDI, por la actividad profesional desarrollada en autos, en la suma de Pesos CINCO MIL ($ 5.000,00), más I.V.A si

acredita su condición de responsable inscripto ante la A.F.I.P.

IV- Omitir regular los honorarios correspondientes a los profesionales que representaron y/o patrocinaron a la demandada y a Fiscalía de Estado de conformidad a lo normado por la ley 5.394.

NOTIFIQUESE- REGISTRESE.

Fdo: Dra. María Eugenia Ibaceta – Juez————————————————-