

CAUSA: **“CASTILLO,Carina V. Y Otros vs. PROVINCIA DE SALTA ; MINISTERIO DE EDUCACION DE LA PROV. DE SALTA - AMPARO”** Expte. N° CAM-313.763/10

SALA III - T. 2.012 - FO. 110/132 (23/02/12)

Salta, de Febrero de 2012

_____ Y VISTOS: Estos autos caratulados “**CASTILLO, Carina Viviana y otros vs. GOBIERNO de la PROVINCIA de SALTA y MINISTERIO de EDUCACIÓN de la PROVINCIA DE SALTA – Acción de Amparo”, Expte. N° 313.763/10** de esta **Sala III**, y _____

_____ R E S U L T A N D O _____

_____ I) A fs. 159/182 las Sras. Carina Viviana Castillo, María Laura Rebullida Carrique, María Socorro del Milagro Alaniz, Adriana Mariel Fernández, Nancy Fernández Gómez, Alejandra Glik, María Natalia Simón, Claudia Susana Villareal Cantizana, Andrea Mariana Leonard, y la Asociación por los Derechos Civiles (ADC) representada por su Director Ejecutivo Álvaro Herrero, con el patrocinio letrado de las Dras. Nélida Gabriela Gaspar y Graciela de los Ángeles Abutt Carol, deducen *acción de amparo colectivo en contra del Estado Provincial – Ministerio de Educación de la Provincia de Salta*, a fin de que se declare la inconstitucionalidad del art. 28 inc. ñ de la Ley Provincial de Educación N° 7546, así como la inconstitucionalidad e ilegalidad de las actividades de los funcionarios escolares de la Provincia que imponen la enseñanza obligatoria de la religión católica en las escuelas públicas provinciales, vulnerando los derechos constitucionales de libertad de culto, religión y creencias, derecho a la igualdad, a la educación libre de discriminación, a la intimidad y principio de reserva, libertad de conciencia y respeto a las minorías étnicas y religiosas. Subsidiariamente, plantean la inconstitucionalidad de los arts. 49 de la Constitución de la Provincia y 8 inc. “I” de la Ley

7546.

_____ Puntualizan que la acción entablada persigue la finalidad de evitar el trato desigualitario y discriminatorio que ocasiona en su aplicación práctica el dictado de la materia educación religiosa en las escuelas públicas, no estableciendo 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.

_____ Sostienen contar con legitimación activa, invocándola por derecho propio y en representación de sus hijos menores de edad. También manifiestan hacer uso del derecho conferido por el art. 90 de la Constitución de la Provincia y en ese sentido actuar en interés de los padres, los niños y niñas que se ven afectados, asimismo en virtud del art. 1 de la Ley N° 26.061. Destacan que los potenciales afectados no son solo los que se encuentran dentro de las estructuras escolares actualmente sino también los que eventualmente ingresaran, dado el carácter obligatorio de la educación, conclusión a la que arriban siguiendo el antecedente del fallo “Halabi”, en el que la Corte Suprema de Justicia de la Nación reconoció la existencia de la categoría de los derechos individuales homogéneos como incluida en el art. 43 de la Constitución Nacional.

_____ Respecto de la legitimación de la ADC afirman que encuentra sustento en razón de que la defensa de los derechos de personas discriminadas en el caso constituye, a su respecto, un derecho de incidencia colectiva, y se corresponde con los objetivos de la Asociación tal como aparecen detallados en su estatuto.

_____ Afirman que en el caso concurren los requisitos exigidos por el art. 43 de la Constitución de la Nación, ya que existe una conducta ilegal manifiesta por parte de las demandadas en autos, configurativa del supuesto que autoriza el art. 87 de la Constitución de la Provincia de Salta, por cuanto no se han arbitrado los medios necesarios tendientes a la contención escolar de niños y niñas no católicos; que el requisito de ilegalidad manifiesta es relativo y admite un procedimiento probatorio simple; también que la arbitrariedad o ilegalidad son vicios jurídicos y no de hecho ya que una cosa es la conducta lesiva y su prueba y

otra la calificación de la misma de acuerdo a derecho. Alegan que no existen en el caso vías más idóneas para defender el derecho invocado, atento a la necesidad de proveer a los justiciables que se encuentren en la misma situación de ver vulnerados sus derechos por la omisión de Estado de garantizar que reciban un tratamiento igualitario sin distinción de credo o religión, e invocan el principio *in dubio pro actione.*

Relatan que, desde la sanción y promulgación de la ley provincial N° 7546 que declara de carácter obligatorio la enseñanza de religión en las escuelas públicas en octubre de 2008, la implementación de la obligatoriedad trajo como consecuencia una serie de prácticas que no se compadecen con libertades y derechos reconocidos por la Constitución de la Nación, Constitución de la Provincia y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos. Explican que, tal como surge del nuevo texto legal, se garantiza en su letra la pluralidad religiosa, pero la falta de políticas de estado tornan a la ley inconstitucional en su ejecución y aplicación práctica. Así, relatan diversos casos tales como el de la Escuela René Favaloro de la Ciudad de Salta en la que a los menores se les impuso como práctica obligatoria el rezo de la oración diaria, o que los niños ante el dictado de la clase de religión deban salir de clase -hecho que de por sí resulta discriminatorio y violatorio al derecho de no expresar el culto que se profesa- y retirarse a la biblioteca donde no se le da ningún tipo de actividad curricular correspondiente al plan de estudio, y que estas circunstancias se repiten en todos los grados con la salvedad que los más pequeños se sienten obligados a permanecer en el aula por la autoridad que imparten los maestros. En la Escuela Juana Moro de López de la localidad de la Caldera refieren que a partir del dictado de educación religiosa como obligatoria, la Sra. Natalia Simón que es docente en dicho colegio y madre de la menor Sara, sólo fue llamada por el titular de la materia a una reunión de carácter informativo para saber el número de niños no católicos en el aula, sin informarle a los padres que les asiste el derecho de opción o el derecho de recibir la educación religiosa que esté de acuerdo con sus propias convicciones. También que en la institución es costumbre el rezo inicial a la entrada efectuado de manera obligatoria todos los días, retrasando 20 minutos

el ingreso a clase.

Afirman que en la Escuela Bartolomé Mitre de Campo Quijano los alumnos se ven obligados al rezo inicial de todos los días, y que el menor Emiliano Ezequiel Gutiérrez de 12 años de edad estuvo forzado a permanecer en el aula y realizar distintas actividades religiosas que le impartían sus docentes, pese a manifestar que no quería permanecer en clase, y que fue calificado con baja nota. Narran que en la Escuela Dodi Araoz Usandivaras de Campo Quijano la menor Inti Aimar Quispe, a los cinco años, era obligada a rezar, y que en la Escuela Jacoba Saravia no se respeta la voluntad y elección de los padres respecto a la religión.

Sostienen que los hechos relatados son una muestra de situaciones similares que suceden en todas las escuelas de la Provincia y que representan una amenaza a los conceptos de pluralidad y tolerancia religiosas, suponen un retroceso en términos prácticos, al otorgar a un credo en particular un espacio que podría dedicarse a impartir elementos comunes a todos los niños y niñas de diversos cultos o bien sin ninguno. Entienden que en términos prácticos el texto de los artículos 28 inc. ñ y 8 inc. 1, obstaculizan los fines de la modalidad de educación intercultural y/o bilingüe, y que dada la obligatoriedad de este tipo de enseñanza, las comunidades de pueblos originarios deberán ausentarse masivamente de clases de religión católica contradiciendo el art. 60 de la misma Ley que afirma que los pueblos originarios tienen derecho a recibir una educación que contribuya a preservar y fortalecer sus pautas culturales; también, la contradicción que conlleva que sea el Arzobispo de Salta quien públicamente haya comunicado que se convocaría a concurso para designar supervisores de enseñanza religiosa escolar.

Asimismo, destacan que los docentes encargados del dictado de la materia serán seleccionados por la Junta de Calificación de Méritos y Disciplina, y que los títulos habilitantes para el dictado de la materia son otorgados por el Profesorado de Ciencias Sagradas Monseñor Tavella, instituto de formación religiosa que depende de la Curia y cuya finalidad es formar a los estudiantes como asistentes pastorales y dirigentes católicos, y que impone como requisito de

ingreso el haber recibido el bautismo._____

_____Sostienen que el respeto a la pluralidad declamado es sólo una apariencia mientras que se revela el verdadero propósito de los que tienen responsabilidad en la aplicación de la Ley, esto es la utilización de la educación obligatoria como un dispositivo de reproducción de la religión hegemónica, y que la acción y prácticas demostradas indican que nos acercamos a la adopción de un credo del estado, tesis expresamente descartada por los constituyentes porque revelaría una implícita pero no por ello menos clara adhesión a un culto en detrimento de los otros.____

_____Estiman que el concepto de “sostener” empleado en el art. 2 de la Constitución Nacional es de alcance restringido, y que la Reforma de 1994 eliminó diversas cláusulas constitucionales que otorgaban primacía a la religión católica. Que se viola los arts. 1.1 de la Convención Americana y 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en tanto las conductas descriptas tienen como consecuencia la instrucción religiosa católica en las escuelas públicas provinciales y vulnera la obligación de imparcialidad estatal en materia confesional, y por ello es violatoria del art. 2 de la Constitución Federal y así debe ser declarada, debiendo para ello realizarse una interpretación armónica del texto constitucional y de los tratados. Entienden que no queda duda alguna que las distinciones basadas en las creencias religiosas de los individuos constituyen lo que se denomina categorías sospechosas, afectadas de una singular y fuerte presunción de inconstitucionalidad. Citan diversos precedentes y destacan en particular el caso “Portillo” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el que dicho Tribunal no dudó en resolver que toda coerción estatal sobre el derecho a la libertad religiosa debía ser sometida a un escrutinio judicial sumamente estricto a los fines de declarar su validez constitucional._____

_____Afirman que los argumentos esgrimidos demuestran claramente que el accionar de los funcionarios provinciales encargados de la educación de los alumnos es contrario a los propios términos de los artículos 49 de la Constitución de la Provincia y 8 inc. 1 de la ley provincial N° 7546, ya que lejos de reconocer el derecho de los padres y alumnos de decidir si éstos recibirán o no educación

religiosa, la conducta de los funcionarios escolares provinciales se traduce en la práctica en la clara imposición de la instrucción coercitiva de la religión católica. Aclaran que el derecho de los padres y sus hijos a la libertad religiosa supone la libertad negativa de no verse obligado a participar de prácticas de fe. Concluyen que el art. 28 inc. ñ de la Ley 7546 es contrario a la Carta Magna en tanto establece la enseñanza religiosa como una materia obligatoria que debe enseñarse en horario de clases, y que ello afecta los principios constitucionales antes referidos, por ser incompatible con la absoluta libertad de las madres y padres de decidir si éstos recibirán o no educación religiosa, aún cuando la enseñanza tuviese en cuenta las diferencias de credo entre los alumnos por no respetar la obligación de que la instrucción religiosa debe carecer de todo elemento coercitivo.

_____II) A fs. 310/329 el Sr. Ministro de Educación de la Provincia de Salta, Leopoldo Van Cauwlaert, presenta el informe requerido. Cuestiona la legitimación activa de las actoras a excepción de las Sras. María del Socorro Milagro Alaniz, Adriana Mariel Fernández y Alejandra Glik; también la vía legal intentada, y solicita el rechazo de la acción, por los argumentos que expone y a los que remito.

_____III) A fs. 472/479 el Dr. Gonzalo A. Varela, en representación del Estado Provincial, contesta el informe solicitado el rechazo del amparo. Puntualiza que con relación a las señoras Nancy Fernández Gómez, Claudia Susana Villareal Cantizana y Carina Viviana Castillo no señalan ningún acto, decisión u omisión del Estado en relación a ellas mismas o sus hijos, por lo cual la demanda debe ser rechazada; respecto de la señora Viviana Broglia afirma que no se encuentra enumerada entre las personas que dedujeron la demanda, ni tampoco la ha firmado. Solicita el rechazo del amparo, remitiéndome también a lo señalado en su presentación, más allá de aclarar que sus argumentos serán evaluados en su oportunidad.

_____IV) A fs. 783/791 dictamina la Sra. Fiscal de Cámara. Califica el derecho como netamente colectivo, sostiendo que debió darse intervención temprana al Sr. Procurador General de la Provincia a fin de que dictamine sobre la

legitimación de los actores y su representatividad adecuada. Destaca que en el caso existen 3 grupos perfectamente delimitados: **a)** los que actúan por derecho propio y en representación de sus hijos menores de edad y por el interés de los padres de los niños y niñas que ven afectados sus derechos fundamentales, **b)** otro grupo representado por la Asociación por los Derechos Civiles que invoca la defensa de los derechos de las personas discriminadas y la lesión a un bien colectivo; y **c)** el tercer grupo constituido por aquellos terceros que desean que se siga impartiendo educación religiosa en las escuelas y que fueron admitidos como terceros interesados por la Corte de Justicia de la Provincia en su sentencia de fs. 620/622, entendiendo que todos ellos se encuentran legitimados, pero que no todos tienen representación adecuada. Puntualiza respecto del primer grupo que carecen de representatividad por lo que residualmente consideraría sus acciones individualmente constituyendo un litisconsorcio activo, y que la excepción de falta de legitimación pasiva debe prosperar contra María Laura Rebullida Carrique, Claudia Susana Villareal Cantinaza y Andrea Mariana Leonard. Respecto de la Asociación por los Derechos Civiles, sostiene que se encuentra legitimada, pero que adolece de defectos en la representación._

_____Se pronuncia por el rechazo de los planteos de inconstitucionalidad de los arts. 8 inc. m, 27 inc. ñ de la Ley 7546 y 49 de la Constitución de la Provincia ya que de dichas disposiciones se desprende que de todo el plexo normativo precitado no surge la imposición de la enseñanza de la religión católica, sino de instrucción religiosa en las escuelas públicas atendiendo a las creencias y convicciones de los padres y tutores quienes decidirán sobre la participación de la misma, y que ello está acreditado en el caso._____

_____Respecto de los recaudos de admisibilidad del amparo interpuesto, expresa que si bien no encuentra la configuración de una conducta ilegal, al menos advierte que existe un proceder omisivo lesivo de derechos de raigambre constitucional respecto de los niños que no profesan la religión católica, que traduce una clara vulneración de prerrogativas de raigambre constitucional al no darles espacio para el dictado de otras religiones en las escuelas afectando el derecho a tener idénticas oportunidades educativas._____

_____ Concluye que debe rechazarse el planteo de inconstitucionalidad, cuanto también el amparo colectivo deducido por Carina Viviana Castillo, María Laura Rebullida Carrique, María del Socorro Milagro Alaniz, Adriana Mariel Fernández, Nancy Fernández de Gómez, Alejandro Glik, María Natalia Simón, Claudia Susana Villarreal Cantizana y Andrea Mariana Leonard; que debe acogerse la excepción de falta de legitimación activa respecto de Laura Rebullida Carrique, Claudia Villarreal Cantizana y Andrea Mariana Leonard; y –por último- acogerse el amparo individual deducido por María del Socorro Milagro Alaniz por derecho propio y por sus hijos, y el de Adriana Mariel Fernández, María Natalia Simón, Alejandra Glik, Carina Viviana Castillo, recomendando a la demandada que en el programa escolar para educación primaria para el año 2012 se establezca para la materia religión un programa curricular alternativo, para los niños que profesan otras religiones o resulten no creyentes. Por último, se pronuncia por el rechazo del amparo colectivo planteado por la Asociación por los Derechos Civiles por falta de representación adecuada._____

_____ V) A fs. 798/804 dictamina el Sr. Asesor de Incapaces N° 4. Señala que las partes son coincidentes en destacar la necesidad de que sus hijos reciban una educación adecuada a sus creencias religiosas y/o valores, y que el punto en discusión está dado en cómo se instrumenta tal prestación en el ámbito escolar, y que una cuestión de orden netamente programático no puede atentar contra el derecho en sí, en ese caso en cabeza de los niños, sino que se trata de resolver su ejercicio y acceso efectivo por parte de todos los alumnos. Entiende que la pretensión de los actores debe ser compatibilizada con la de los terceros intervinientes, con el fin de buscar la tolerancia en la materia. Que existe por parte del estado provincial una falta en cuanto a no contar con una opción para aquellas personas que no quieran concurrir a clases de religión, donde se les pueden enseñar valores o conceptos éticos, como así también darse la oportunidad a las otras religiones reconocidas en la Argentina para que puedan formular los programas acordes a su lineamiento doctrinario. Concluye que corresponde acoger parcialmente el amparo individual deducido por María del Socorro Milagro Alaníz, por derecho propio, y por sus hijos en idéntico sentido

por Adriana María Fernández, María Natalia Simón, Alejandra Glik, Karina Viviana Castillo, recomendando a la demanda que en el esquema escolar para la educación primaria del año 2012 se establezca a la materia religión, como un programa curricular alternativo para los niños que profesan otra religión o no creyentes al que puedan concurrir sus hijos. Luego adhiere al dictamen fiscal en cuanto al rechazo del planteo de inconstitucionalidad, el desistimiento del amparo colectivo, el acogimiento de la excepción de falta de legitimación activa respecto de Laura Rebullida Carrique, Claudia Villareal Cantizana, y Andrea Mariana Leonard, como también por el rechazo del amparo colectivo planteado por la Asociación por los Derechos Civiles por falta de representación adecuada.

VI) A fs. 805, providencia de fecha 17 del corriente mes y año, se reitera el llamado de autos para sentencia, providencia consentida y firme.

C O N S I D E R A N D O

I) De la lectura de los antecedentes del caso surge que se peticiona la intervención jurisdiccional, por entender los actores que, las conductas desplegadas por el Estado Provincial al dictar educación religiosa obligatoria en el nivel de educación primaria, son lesivas de los derechos constitucionalmente consagrados a profesar culto, religión o creencia con libertad, como también al derecho a la igualdad, a la educación libre de discriminación, a la intimidad y principio de reserva, libertad de conciencia y tutela a las minorías étnicas y religiosas. Plantean la inconstitucionalidad de los arts. 8 inc. m, 27 inc. ñ de la Ley 7546 y 49 de la Constitución de la Provincia. Persiguen evitar el trato desigualitario y discriminatorio que ocasiona en su aplicación práctica el dictado de la materia de educación religiosa en las escuelas públicas, al no establecer uniformidad de criterio entre las distintas instituciones educativas, sobre opción, calificación y eximición de cursado de la asignatura a niños y niñas no católicos y no creyentes, y sortear así la práctica discriminatoria que importa 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.

Dicho planteo ha sido formulado en clave colectiva y en ese sentido han

invocado legitimación los presentantes de la presente acción.

_____ Ello sentado, en primer lugar cabe entonces analizar la legitimación extraordinaria invocada.

_____ II) *Legitimación:* La demanda fue presentada por Carina Viviana Castillo, María Laura Rebullida Carrique, María Socorro del Milagro Alaníz, Adriana Mariel Fernández, Nancy Fernández Gómez, Alejandra Glik, María Natalia Simón, Claudia Susana Villareal Cantizana, Andrea Mariana Leonard, y por la Asociación por los Derechos Civiles.

_____ II - a.) Las personas físicas presentadas en autos, invocan hacerlo en interés personal y de los padres y de los niños y niñas que ven afectados sus derechos fundamentales a la educación, igualdad, pluralidad e inclusión social. Destacan que los potenciales afectados no son sólo los que se encuentran dentro de las estructuras escolares actualmente, sino también todos los que eventualmente ingresarán dado el carácter obligatorio de la educación.

_____ Los procesos llevados adelante para resolver conflictos de carácter colectivo, conllevan una singularidad que se traduce en numerosos aspectos del proceso, entre ellos quienes son los legitimados para reclamar en virtud de un derecho colectivo en cualquiera de sus subespecies –naturalmente colectivos o individuales homogéneos-. Dicha *legitimación* es la denominada como *extraordinaria*, ya que quien encabeza el reclamo lo hace por sí y por todos los miembros de la clase o grupo que no se encuentran presentes en el pleito, y que serán alcanzados por sus efectos.

_____ Salgado dice que “desde el año 1994 debemos buscar la pauta para responder a esta pregunta en el artículo 43, párrafo segundo, de la Constitución Nacional, que enlaza los derechos de incidencia colectiva con los sujetos legitimados para promover la acción -ejercicio del derecho de petición-: el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines. En nuestra opinión la norma citada establece las legitimaciones extraordinarias a las que se refería Calamandrei, es decir que las personas allí mencionadas poseen dicho atributo –legitimación *ad causam*- en tanto existe una norma que los habilita para hacerlo. Es claro que el Defensor del Pueblo o una asociación no

podrán revestir el carácter de titulares de la relación sustancial colectiva, ya que no tendrán –dejando a salvo la norma mencionada- un vínculo que los ligue con el conflicto. Tampoco podrá revestir la titularidad el afectado. Si bien él podrá encontrarse legitimado en un derecho individual –posee un vínculo directo con la relación material-, no lo estará en la afectación de ese derecho como individual homogéneo o como difuso, sino que será un mero participante de la clase; sin embargo, refiriéndonos al enfoque colectivo de la cuestión, se le concede una legitimación extraordinaria para accionar en nombre de todas las personas que se encuentren con él involucrados en el mismo grupo” (Salgado, José María, *Tratado de Derecho Procesal Constitucional*, Enrique Falcón Director, T. II, pág. 260/261).

Continúa el autor en cita, calificando al afectado como aquél “perjudicado por el hecho y (que) dispone en lo individual de una legitimación directa u ordinaria”, y que “aquel sujeto que se sindique como tal –afectado, legitimado *ad causam*- deberá necesariamente formar parte del grupo o clase de que se trate” (aut. y ob. cit., pág. 263 y 264).

En el caso, las amparistas invocan ser madres de niños en edad escolar no profesantes del culto católico apostólico romano, que ante el dictado obligatorio de educación religiosa en los cursos correspondientes a la enseñanza primaria pública provincial, resultan afectados en los derechos constitucionalmente reconocidos que invocan.

Es así que las presentantes, para justificar su legitimación extraordinaria debieron acreditar ser madres de niños cursantes de la enseñanza primaria inmersos en la situación de afectación que denuncian, por ser esa – tal como se dijo- la calidad por ellas invocadas.

De las constancias de autos surge que la demanda fue interpuesta por: a) la Sra. Carina Viviana Castillo, quien acredita ser madre de los menores Julia, Ulises y Lucía, todos de apellido Luna, según surge de las partidas de nacimiento acompañadas a fs. 8/10, con relación a los cuales demuestra su calidad de alumnos regulares con las constancias de fs. 15, 18 y 19; b) la Sra. María Laura Rebullida Carrique, quien no acompañó constancia alguna que acredite la calidad

que invoca; c) la Sra. María Socorro del Milagro Alaníz, quien acredita ser madre de los menores Eva Rosa Alaníz, y Emilio José Ramírez Alaníz (v. fs. 3/4), y con relación a este último justifica su calidad de alumno regular con la constancia de fs. 24; d) la Sra. Adriana Mariel Fernández, acompaña a fs. 17 certificado de escolaridad de la menor Inti Aimara Quispe del cual surge su condición de madre o tutora; e) la Sra. Alejandra Glik, es progenitora de Juan Olmo, Maite Flor y Violeta Luna, todos de apellido Aguirre Glik (v. fs. 1, 6 y 7), con relación a los cuales acredita a fs. 20, 22 y 25 la calidad de alumnos regulares; f) la Sra. María Natalia Simón, es madre de Sara Ofelia Sonderegger (v. fs. 12/13), y comprueba la calidad alumna regular de la menor con la constancia de fs. 23; g) la Sra. Andrea Mariana Leonard, no acompañó constancia alguna que acredite la calidad que invoca; y en particular h) la Sra. Viviana Broglia, quien suscribe la demanda de amparo (v. fs. 182 vta.), acredita ser madre de la menor Julieta Selene Martínez (fs. 5), respecto de la cual a fs. 14 demuestra su calidad de alumna regular.

Tal como fue relatado, en el escrito de fs. 310/329 los letrados del Ministerio de Educación de la Provincia de Salta cuestionaron la legitimación activa de las presentantes a excepción de las Sras. María del Socorro Milagro Alaníz, Adriana Mariel Fernández y Alejandra Glik, y surge de la enumeración de las constancias de autos, que asiste razón en su defensa al excepcionante en lo que respecta a las señoras Laura Rebullida Carrique, Claudia Villarreal Cantizana y Andrea Mariana Leonard, quienes no acreditaron en modo alguno la calidad invocada, por lo que, y compartiendo en este sentido el dictamen fiscal, corresponde hacer lugar a la excepción de falta de legitimación activa interpuesta a su respecto por los representantes del Ministerio de Educación de la Provincia.

II – b) La Asociación por los Derechos Civiles (ADC), acredita con su estatuto (v. fs. 132/137, y su modificación de fs. 143) que entre sus objetivos sociales se encuentran los de promover el respeto por los derechos fundamentales del individuo, asistiéndolo en los conflictos que se susciten, defender por igual los derechos básicos de las personas, sin distinción de creencias políticas o

religiosas, y defender los derechos de los individuos a través de presentaciones ante autoridades judiciales o administrativas, así como encontrarse autorizada para funcionar con carácter de persona jurídica por la Inspección General de Justicia de la Nación (v. fs. 147), por lo que corresponde tenerla por legitimada para deducir la presente acción de amparo colectivo, en los términos del art. 43 de la Constitución de la Nación y 91 de la Constitución de la Provincia de Salta, y 47 del Código Procesal Civil y Comercial.

III) *La Vía de Amparo:* La acción de amparo es admisible frente a cualquier decisión, acto u omisión de la autoridad pública, excepto la judicial, o de particulares que, en forma actual o inminente, lesionen, restrinjan, alteren o amenacen, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, los derechos y garantías explícita o implícitamente reconocidos por las Constituciones Nacional y de la Provincia, a los fines del cese de la lesión consumada o de la amenaza (art. 87); ello, con excepción de la libertad ambulatoria del individuo, tutelada por el hábeas corpus (art. 88), y el conocimiento de los datos referidos a la persona o a sus bienes, y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos, o los privados destinados a proveer informes, que protege el hábeas data (art. 89 de la Carta Magna local).

En términos generales, puede afirmarse, según el pensamiento del más alto Tribunal de la Nación, que el amparo es un proceso excepcional, utilizable en las delicadas y extremas situaciones en las que, por carencia de otras vías legales aptas, peligra la salvaguarda de derechos fundamentales y exige, para su apertura, circunstancias muy particulares caracterizadas por la presencia de ilegalidad o arbitrariedad manifiesta, que ante la ineficacia de los procedimientos ordinarios, origina en el amparista un daño concreto y grave, sólo eventualmente reparable por este camino urgente y expeditivo (C.S.J.N., 19/03/87, en E.D. 125-544 y doctrina de Fallos 294-152; 301-1061, 306-1253, entre otros; C.J. Salta, Tomo 45:333; 47:395; 56:1181; 64:233).

Entonces, constituyendo el amparo un proceso excepcional, cabe analizar si la conducta cuestionada en autos resulta inequívoca y manifiestamente ilegal, por cuanto no es ni puede ser discrecional la facultad de los Tribunales de revisar

los actos emitidos por demandados. En efecto, no se justifica que los jueces sustituyan a los cuerpos competentes o actúen en calidad de tribunal de alzada en cuestiones que hacen directamente al ejercicio de los poderes conferidos por las leyes, sus estatutos o reglamentos. Un criterio diverso significaría menoscabar el principio de autoridad, necesario para mantener el orden (C.J. Salta, Sala I, Tomo 23:845), pues el remedio excepcional del amparo no altera el juego de las instituciones vigentes (conf. C.J. Salta, 28/01/2000, Libro 67, págs. 933/945). Más específicamente, la razón de ser de la acción de amparo no es la de someter a la supervisión judicial el desempeño de los funcionarios y organismos administrativos, ni el contralor del acierto o error con que ellos cumplen las funciones que la ley les encomienda, sino la de proveer un remedio adecuado contra la arbitraría violación de los derechos y garantías reconocidos por la Constitución. Es elemental que la acción de amparo no resulta apta para autorizar a los jueces a irrumpir en asuntos ajenos a la jurisdicción que por ley tienen conferida, en tanto la finalidad del remedio no es subrogar a la autoridad administrativa por la judicial, sino lograr una efectiva protección de derechos fundamentales, sólo cuando son amenazados o lesionados en forma arbitraria y manifiesta y de modo directo, por actos u omisiones de la autoridad estatal (CJ Salta, 24/05/99, L. 65: 257/270).

En el caso, la parte actora –genéricamente hablando- ha invocado el principio *in dubio pro acciones*, según el cual el magistrado ante la duda deberá estar a la vía escogida a los fines de dar vigencia al derecho constitucionalmente reconocido. Dicho criterio fue sustentado en distintas ocasiones por esta Cámara (CApelCC. Sala IV; tomo XXV, fº 789, 22-10-03), precedentes en los que, con cita de Gozaíni se dijo: “que ante la idoneidad de vías concurrentes y frente a tener que resolver sobre la admisibilidad formal del amparo, debe estarse a favor de la eficacia de la acción intentada (*in dubio pro acciones*) pues éste es el deber de colaboración que la Constitución pide a los jueces para realizar suficientemente la defensa y eficacia de la eventual vulneración de las garantías constitucionales”.

En esa orientación, es relevante puntualizar el novel criterio de la Corte

de Justicia de la Provincia, plasmado en el precedente Codelco vs. Municipalidad de Salta y ratificado en el presente (v. fs. 215/216), en cuanto que “el juez del amparo puede declarar la inconstitucionalidad de la norma en la que se funda el acto u omisión lesiva...De este modo, el hecho de que en la demanda de amparo se pretende también la invalidez de ciertas normas, no conduce necesariamente a la conclusión de que se trata de una acción de inconstitucionalidad”, lo que lleva a afirmar en el acierto de la vía procesal intentada en autos, más allá del resultado final del reclamo.

IV) Representatividad Adecuada: A partir del dictado del fallo en el caso “Halabi” por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el Suscripto sentó criterio en el caso “Codelco” ya citado en cuanto al control de la representatividad adecuada de quienes se presentan en el proceso arrogándose la calidad de representar los derechos e intereses del grupo o clase. En tal ocasión expresé que la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Halabi” dijo que “La eficacia de las garantías sustantivas y procesales debe ser armonizada con el ejercicio individual de los derechos que la Constitución también protege como derivación de la tutela de la propiedad, del contrato, de la libertad de comercio, del derecho de trabajar, y la esfera privada, todos derechos de ejercicio privado. Por otro lado, también debe existir una interpretación armónica con el derecho a la defensa en juicio, de modo de evitar que alguien sea perjudicado por una sentencia dictada en un proceso en el que no ha participado (doctrina de Fallos: 211:1056 y 215:357). En la búsqueda de la efectividad no cabe recurrir a criterios excesivamente indeterminados alejados de la prudencia que dicho balance exige”. Dichos lineamientos no pueden soslayarse cuando quienes intervienen efectivamente en el proceso representan a un número indeterminado de individuos a quienes alcanzarán los efectos de la sentencia, motivo que obliga a extremar recaudos a fin de garantizar los derechos de quienes no participan en él, apreciándose -independientemente de la legitimación de los actores- la adecuada representación de la clase, obteniéndose así la mejor representación posible de sus intereses. Así, la Corte Suprema de Justicia en el citado fallo ha dicho que “debe resguardarse el derecho de la defensa en juicio, de modo de

evitar que alguien pueda verse afectado por una sentencia dictada en un proceso en el que no ha tenido la posibilidad efectiva de participar. Es por ello que esta Corte entiende que *la admisión formal de toda acción colectiva requiere la verificación de ciertos recaudos elementales que hacen a su viabilidad tales como la precisa identificación del grupo o colectivo afectado, la idoneidad de quien pretenda asumir su representación y 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.* En esta línea de pensamiento debe verificarse que el candidato a representante del grupo o categoría proteja adecuadamente los intereses del grupo en juicio. *Este requisito es esencial para que sea respetado el debido proceso legal en cuanto a los miembros ausentes, y por consiguiente, para que aquellos puedan ser vinculados por la cosa juzgada producida en dicho proceso* (conf. Abraham Luis Vargas, *Legitimación activa en los procesos colectivos*”, *Procesos Colectivos*, Editorial Rubinzal Culzoni, pág.240/241), máxime cuando no existen normas al respecto que permitan la opción de participar o no en el proceso a modo del sistema americano de *opt in* y *opt out*. _____

_____ Sostienen autores como Owen Fiss –sigo diciendo- que “el hecho verdaderamente perturbador es que se crea una situación en la cual puedo ser representado en procesos sobre los cuales nada sé, por alguien que no escogí y que ni siquiera conozco” (conf. Owen Fiss, *The Political Theory of the class action, in Washington and Lee Law Review*, ps. 21-31 (1996). Reviste vital importancia el análisis de la representación adecuada, puesto que mal puede responsabilizarse a quienes se encuentran ausentes en el proceso por la correcta o incorrecta defensa desplegada, dado que quien se postula como representante de la clase o grupo no ha sido por él elegido, es decir se excede la lógica del proceso tradicional, máxime en casos como el presente donde se representa derechos ajenos por tratarse, no ya de derechos de naturaleza indivisible, sino de invocadas afectaciones patrimoniales a los miembros de la clase”. (CApel.CC. Salta Sala III, Tomo 2.009: 369, Codelco vs. Municipalidad de Salta, Expte. nº 217.828/08 sentencia de fecha 15/04/09)._____

_____En esta línea de pensamiento debe verificarse que el candidato a representante del grupo o categoría proteja adecuadamente los intereses del grupo en juicio. Este requisito es esencial para que sea respetado el debido proceso legal en cuanto a los miembros ausentes, y por consiguiente, para que aquéllos puedan ser vinculados por la cosa juzgada producida en dicho proceso._____

_____Reviste vital importancia el análisis de la representación adecuada, puesto que mal puede responsabilizarse a quienes se encuentran ausentes en el proceso por la correcta o incorrecta defensa desplegada, dado que quien se postula como representante de la clase o grupo no ha sido por él elegido, es decir se excede la lógica del proceso tradicional._____

_____Tal como las partes han planteado el caso, es importante destacar que queda en claro que la parte activa del proceso representa una minoría, en desacuerdo con una posición mayoritaria de la sociedad. Así lo advierte el Ministerio de Educación de la Provincia de Salta al contestar el informe solicitado (v. fs. 319 vta.), expresando que en la región NOA el 98,8 % profesa alguna religión y que el 69 % de los argentinos está de acuerdo con la educación religiosa._____

_____Y resulta ilustrativo al respecto citar que el Diario La Nación en nota publicada el 24 de octubre de 2010, con el título “Religiosos en lo privado, laicos en lo público”, da a conocer datos estadísticos de los que surge que –entre los encuestados- más del 70 % profesa el culto católico (un 46% católico no practicante, y un 31% católico practicante)._____

_____Es claro que presentado el conflicto ante posiciones antagónicas, y siendo que actores y demandados sostienen posturas diferentes -habiendo adherido los presentantes de fs. 508/512 y 586/590 a la posición de los accionados-, quienes invocan la calidad de representantes del colectivo actor, no están de acuerdo con el parecer de la mayoría. Ahora bien, dicha circunstancia no quita representatividad adecuada a quienes peticionan por el grupo o clase. De sostenerse ésta última postura nos encontraríamos ante la paradojal situación de dejar sin chance alguna de reclamo cualquier petición de las minorías que fuese contraria a intereses mayoritarios._____

_____ Los demandantes no invocan la representación de todos los padres de menores que cursan el ciclo de enseñanza primaria, sino sólo el de los padres de menores “no católicos” sometidos al cursado de la enseñanza obligatoria de la materia religión, por lo que la falta de coincidencia entre sus intereses y los de los demandados y adherentes de fs. 508 y 586 no resta vigor a su reclamo. En este sentido me permito disentir con el dictamen fiscal (v. fs. 787 vta. *in fine* y 788), al que también adhirió la Asesoría de Incapaces._____

_____ En cuanto a los parámetros de control de la representatividad adecuada – cuya vigencia en el caso persigue la Sra. Fiscal-, si bien comparto la posición doctrinaria que estima que dicho control integra el derecho de defensa en juicio de los miembros del grupo o clase que se encuentran ausentes en el proceso, quienes han manifestado que “Los procesos colectivos son una garantía constitucional en la República Argentina. La Constitución Nacional receptó las legitimaciones colectivas, y por tanto, implícitamente, receptó también la cosa juzgada expansiva (afirmamos esto ya que si los efectos de la sentencia no adquieren calidad de cosa juzgada para todos los miembros del grupo afectado, hablar de legitimación colectiva sería un eufemismo). No obstante, tal garantía constitucional no se encuentra aislada, y por tanto debe compatibilizarse con otras. Especialmente, con la de debido proceso legal de los miembros del grupo representado. Teniendo en cuenta el alto sacrificio que implican los procesos colectivos para la autonomía individual de las personas afectadas, y considerando que la presencia de tales personas en el marco del debate atentaría contra la razón misma de establecer este tipo de mecanismos de discusión, la única forma de compatibilizar la existencia de un sistema procesal colectivo con la garantía de debido proceso legal de los miembros del grupo es el ejercicio de un estricto control de parte del juez respecto de la calidad de quien asume su representación (parte y abogados, claro está). En este marco, y por más que no exista regulación positiva al respecto, la necesidad de que el juez controle que el representante y sus abogados ejercerán una vigorosa defensa del grupo configura una verdadera y propia exigencia constitucional. Sólo de tal modo puede justificarse la litigación colectiva del conflicto a la luz de la garantía de debido proceso legal de los

miembros del grupo. Y a dicha exigencia no escapan, aun admitiendo algunos matices diferenciales, las entidades intermedias ni los organismos públicos. Es que la posibilidad de que estos actores sociales defiendan adecuadamente los intereses de la clase siempre dependerá del contexto en el cual pretendan ejercer su legitimación colectiva. En "Halabi" la mayoría de la Corte Suprema estableció un verdadero hito al exigir el control de la calidad del representante y considerar este requisito como una de las "pautas adjetivas mínimas" que deben reunir los procesos colectivos. No obstante, creemos que debe seguirse avanzando en la discusión para obtener estándares claros que permitan a los operadores del sistema actuar con mayor seguridad en esta arena, ya que los utilizados en el fallo en comentario no resultan idóneos para lograr el resultado que persiguen" (Oteiza-Verbic, *La representatividad adecuada como requisito constitucional de los procesos colectivos. ¿Cuáles son los nuevos estándares que brinda el fallo "Halabi?*, SJA 10/3/2010, Lexis N° 0003/014882). _____

_____ En tanto dichos parámetros no cuentan con recepción legislativa, estimo que el escrutinio debe ser en extremo prudente en tanto se actúa en defensa de ausentes, pero no puede convertirse en un obstáculo al ejercicio del derecho de acción cuando -al respecto- la mora del legislador continúa presente._____

_____ Por ello, y estimando que la petición de las accionantes responde a un interés común del grupo representado, cual es evitar la vulneración de derechos constitucionales a través de la vigencia de las normas que tachan de inconstitucionales, así como de las conductas que denuncian como lesivas, habiendo ejercido la defensa de modo aceptable, considero que en el caso la representación de los ausentes ha sido desarrollada de modo adecuado y eficiente._____

_____ V) Educación religiosa en la Provincia de Salta – Marco Normativo Local: La Constitución de la Provincia de Salta en el artículo 48 prevé como fin de la educación el desarrollo integral, armonioso y permanente de la persona en la formación de un hombre capacitado para convivir en una sociedad democrática participativa basada en la libertad y la justicia social, para luego en el artículo siguiente disponer que el sistema educacional contempla las bases que allí

establece, destacándose el párrafo noveno que dice “*los padres y en su caso los tutores, tienen derecho a que sus hijos o pupilos reciban en la escuela pública la educación religiosa que esté de acuerdo con sus propias convicciones*”.

_____ Reglamentando este derecho, el legislador provincial dictó la Ley 7546, estableciendo en el art. 8 inc. m que “los padres y en su caso los tutores tienen derecho a que sus hijos o pupilos reciban en la escuela pública la educación religiosa *que esté de acuerdo con sus propias convicciones*”, en cumplimiento del artículo 49 de la Constitución ya citado, y luego en el art. 27 inc. ñ que es objetivo de la educación primaria “brindar enseñanza religiosa, la cual integra los planes de estudio y se imparte dentro de los horarios de clase, *atendiendo a la creencia de los padres y tutores quienes deciden sobre la participación de sus hijos o pupilos*. Los contenidos y la habilitación docente requerirán el aval de la respectiva autoridad religiosa”.

_____ Con rango infralegal, la Disposición Nº 045 de la Dirección General de Enseñanza Primaria y Educación Inicial (v fs. 243/246), aprobó el contenido de los formularios que como anexos forman parte de la misma. En ellos *se pide a los padres o tutores de los alumnos que concreten la opción sobre la participación o no de sus hijos o pupilos en las clases de religión, y la creencia en la que desearon fueran instruidos indicando en este último caso la religión* (ver Anexo III).

_____ VI) Marco normativo nacional y de los Tratados: Resulta ilustrativo para delinear el marco normativo de los Tratados la enumeración que la Corte Suprema de Justicia de la Nación realizó en el caso “Álvarez” en diciembre de 2010, respecto del principio de igualdad y prohibición de discriminación. Allí dijo que “el principio de igualdad y prohibición de toda discriminación, presente en la Constitución Nacional desde sus orígenes (art. 16), no ha hecho más que verse reafirmado y profundizado por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y los instrumentos de éste que, desde 1994, tienen jerarquía constitucional (Constitución Nacional, art. 75 inc. 22, segundo párrafo): Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. II); Declaración Universal de Derechos Humanos (arts. 2º y 7º); Pacto Internacional

de Derechos Civiles y Políticos (arts. 2.1 y 26); Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC, arts. 2º y 3º), y Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 1.1 y 24), además de los destinados a la materia en campos específicos: Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (esp. arts. 2º, 3º y 5º a 16) y Convención sobre los Derechos del Niño (art. 2º). Se añaden a este listado, en el plano supralegal (art. 75.22 cit., primer párrafo), vgr., la Convención relativa a la Lucha contra la Discriminación en la Esfera de la Enseñanza (UNESCO, 1960), el Protocolo en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Protocolo de San Salvador, art. 3º); la Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de Apartheid (1973); la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará, art. 6º.a) y la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad. Todo ello, por cierto, como corolario de que igual principio se encuentra sustentado por las organizaciones internacionales en el marco de las cuales fueron elaborados los instrumentos: Carta de la Organización de los Estados Americanos (art. 3.l) y Carta de las Naciones Unidas (art. 1.3 y concs.): "el hecho de establecer e imponer distinciones, exclusiones, restricciones y limitaciones fundadas únicamente sobre la raza, el color, la ascendencia o el origen nacional o étnico y que constituyen una denegación de los derechos fundamentales de la persona humana es una violación flagrante de los fines y principios de la Carta de las Naciones Unidas" (Corte Internacional de Justicia, Conséquences juridiques pour les Etats de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité, opinión consultiva del 21 de junio de 1971, Recueil 1971, párr. 131). Para la Carta Democrática Interamericana, "la eliminación de toda forma de discriminación" contribuye "al fortalecimiento de la democracia y la participación ciudadana" (art. 9º). (CSJN, Álvarez, Maximiliano y otros c/ Cencosud S.A. s/acción de

amparo)._____

En el año 1960 entró en vigor la Convención de la UNESCO concerniente a la Lucha contra la Discriminación en la esfera de la enseñanza, aprobada por la República Argentina mediante el Decreto 7.672/63, que en su artículo primero dispone que “A los efectos de la presente Convención, se entiende por “discriminación” toda distinción, exclusión, limitación o preferencia fundada en la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, las opiniones políticas o de cualquier otra índole, el origen nacional o social, la posición económica o el nacimiento, que tenga por finalidad o por efecto destruir o alterar la igualdad de trato en la esfera de la enseñanza y, en especial: Excluir a una persona o a un grupo del acceso a los diversos grados y tipos de enseñanza; Limitar a un nivel inferior la educación de una persona o de un grupo; A reserva de lo previsto en el artículo 2 de la presente Convención, instituir o mantener sistemas o establecimientos de enseñanza separados para personas o grupos; o Colocar a una persona o a un grupo de personas en una situación incompatible con la dignidad humana; A los efectos de la presente Convención, la palabra “enseñanza” se refiere a la enseñanza en sus diversos tipos y grados, y comprende el acceso a la enseñanza, el nivel y la calidad de ésta y las condiciones en que se da”. Luego, el artículo segundo expresa que “En el caso de que el Estado las admita, las situaciones siguientes no serán consideradas como constitutivas de discriminación en el sentido del artículo 1 de la presente Convención: La creación o el mantenimiento de sistemas o establecimientos de enseñanza separados para los alumnos de sexo masculino y para los de sexo femenino, siempre que estos sistemas o establecimientos ofrezcan facilidades equivalentes de acceso a la enseñanza, dispongan de un personal docente igualmente calificado, así como de locales escolares y de un equipo de igual calidad y permitan seguir los mismos programas de estudio o programas equivalentes; La creación o el mantenimiento, por motivos de orden religioso o lingüístico, de sistemas o establecimientos separados que proporcionen una enseñanza conforme a los deseos de los padres o tutores legales de los alumnos, si la participación en esos sistemas o la asistencia a estos establecimientos es

facultativa y si la enseñanza en ellos proporcionada se ajusta a las normas que las autoridades competentes puedan haber fijado o aprobado particularmente para la enseñanza del mismo grado; La creación o el mantenimiento de establecimientos de enseñanza privados, siempre que la finalidad de esos establecimientos no sea la de lograr la exclusión de cualquier grupo, sino la de añadir nuevas posibilidades de enseñanza a las que proporciona el poder público, y siempre que funcionen de conformidad con esa finalidad, y que la enseñanza dada corresponda a las normas que hayan podido prescribir o aprobar las autoridades competentes, particularmente para la enseñanza del mismo grado".____

_____ El Pacto de San José de Costa Rica o Convención Americana de los Derechos Humanos en su artículo 12 inc. 4 reconoce 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 artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece 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 seguidamente 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 imparten 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 art. 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles en el que observa que de conformidad con lo establecido en el segundo inciso del art. 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 art. 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 art. 126 reconoce como derechos de los alumnos los de "a) Una educación integral e 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. c) Concurrir a la escuela hasta completar la educación obligatoria. d) Ser protegidos/as contra toda agresión física, psicológica o moral. e) Ser evaluados/as en su desempeño y logros, conforme a criterios rigurosa y científicamente fundados, en todos los niveles, modalidades y orientaciones del sistema, e informados/as al respecto"._____

_____ VII) *La lesión constitucional invocada:* Guillermo Ormazabal Sánchez en reciente obra dedicada a analizar la discriminación y la carga de la prueba en el proceso civil, conceptualiza a la discriminación como una forma de deferir/dispensar a determinadas personas o colectividades un trato de inferioridad en razón de cierta cualidad que poseen. Implica pues una connotación negativa, un diferenciar ilegítimo, injusto, reprobable y, en todo caso, contrario a derecho. Afirma también que lo que caracteriza la

discriminación relevante para el derecho antidiscriminatorio es el hecho de tratarse de una discriminación que afecta a grupos o colectivos de personas, y que el derecho antidiscriminatorio se ocupa de actos discriminatorios que tengan su origen en factores o características definitorias de un grupo colectivo, existiendo una estrecha relación entre esta rama del derecho y la protección de las minorías (aut. cit., *Discriminación y carga de la prueba en el proceso civil*, Ed. Marcial Pons, 2011).

En el caso, los actores han invocado que la legislación cuestionada pertenece a una “categoría sospechosa”, las que aparecen enumeradas en el art. 1 de la Ley 23.592, que dispone que “Quien arbitrariamente impida, obstruya, restrinja o de algún modo menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional, será obligado, a pedido del damnificado, a dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y a reparar el daño moral y material ocasionados. A los efectos del presente artículo se considerarán particularmente los actos u omisiones discriminatorios determinados por motivos tales como raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos.”

La *suspicious classification* del Derecho Americano, ha sido prevista a los fines de la *judicial review*, o control de constitucionalidad de las normas legales, y somete a las normas que se fundan en ellas a un examen estricto de constitucionalidad. Dicha perspectiva ha sido receptada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los fallos paradigmáticos tales como el dictado en el caso “Portillo”, en el cual sostuvo que “Que el estatuto constitucional que rige nuestros destinos desde hace 135 años tiene entre sus propósitos fundamentales el de asegurar la libertad para nosotros, para nuestra posteridad y para todos los hombres del mundo que quieran habitar el suelo argentino. Las libertades consagradas en su capítulo primero requieren un ejercicio efectivo para no quedar reducidas a simples declaraciones de deseos. Pero es necesario puntualizar también, que este ejercicio puede verse sujeto a las exigencias que razonablemente establezca la ley, de tal modo de garantizar la igualdad de los

individuos que, en lo atinente a sus creencias significa que se es igual por merecer el mismo respeto y consideración cualesquiera fuesen las ideas religiosas que se sostengan, y aun cuando ninguna se sostenga. Según esta concepción en un sistema democrático como el nuestro, se impone al Estado una actitud imparcial frente a los gobernados, aun cuando éstos profesen cultos que la mayoría rechace. Ello está instituido por el art. 19 de nuestra Ley Fundamental, en el sentido que le dieron los constituyentes. En cuanto al alcance de esta última norma, cabe recordar que todas las acciones privadas de los hombres afectan de algún modo a los terceros, y si no se considerara la existencia de éstos, tampoco podría concebirse la ofensa al orden y a la moral públicos. Y al afectar a terceros, está latente la posibilidad cierta de causarles perjuicio en algún interés que sea legítimo, o sea, cuya última tutela surja de la Constitución Nacional. Ahora bien, es evidente que la legitimidad mencionada no depende de que el interés en juego pueda corresponder a una mayoría o minoría de sujetos. La libertad civil asentada por la Constitución se extiende a todos los seres humanos por su simple condición de tales, y no por la pertenencia a determinados grupos o por su profesión de fe respecto de ideales que puedan considerarse mayoritarios. La democracia, desde esta perspectiva, no es sólo una forma de organización del poder, sino un orden social destinado a la realización de la plena personalidad del ser humano. De otro modo, no se habrían establecido derechos individuales para limitar anticipadamente la acción legislativa; por el contrario, se hubiera prescripto al legislador la promoción del bienestar de la mayoría de la población, sin tener en consideración a las minorías. La garantía de la igualdad ante la ley carecería de sentido e imperaría, sin control, los intereses mayoritarios, sin importar el contenido que tuviesen. 16) Que los argentinos de esta hora nos hallamos, con fervor, comprometidos en la restauración definitiva del ideal democrático y republicano que tan sabiamente plasmaron los hombres de 1853 en la Constitución que nos cobija. Es ésta, prenda de sacrificios y de conciliaciones, de luchas y reencuentros. El presente es, también, un momento de reencuentro. *Pero el reencuentro pide por la unidad en libertad, no por la uniformidad.* Unidad que entre los hombres libres es la unidad en la diversidad, la unidad en la

tolerancia, en el mutuo respeto de credos y conciencias, acordes o no con los criterios predominantes. *Nada hay que temer de la diversidad así atendida, y sí mucho que esperar.* Es nuestra propia Constitución la que reconoce los límites del Estado frente a la autonomía individual. El art. 19 establece la esfera en la que el Estado no puede intervenir. La combinación de este artículo con los vinculados a la libertad de cultos y a la libertad de conciencia no permiten dudar respecto del cuidado que los constituyentes pusieron en respetar la diversidad de pensamientos y no obligar a los ciudadanos a una uniformidad que no se condice con la filosofía liberal que orienta a nuestra norma fundamental” (CSJN, 18/04/1989, “Portillo, Alfredo”).

Lo criterios sabiamente expuestos en el precedente Portillo alumbran –y mucho- la solución que se adoptará en la especie, dado que centra la cuestión en sus justos términos. No se trata de desconocer los derechos de la mayoría, sino de tener presente los de la minoría. 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 que nos convoca, 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 vulnerable como el de los niños.

VIII) La defensa:

VIII - 1) El informe presentado por el entonces titular del Ministerio de Educación, sostiene la constitucionalidad de las normas cuestionadas. Funda su posición en la falta de acreditación de vulneración de los derechos consagrados en los artículos impugnados, y en las disposiciones de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos, que en su art. 12 establece que “1. Toda persona tiene derecho a la libertad de conciencia y de religión. Este derecho implica la libertad de conservar su religión o sus creencias, o de cambiar de religión o de creencias, así como la libertad de profesar y divulgar su religión o sus creencias,

individual o colectivamente, tanto en público como en privado. 2. Nadie puede ser objeto de medidas restrictivas que puedan menoscabar la libertad de conservar su religión o sus creencias o de cambiar de religión o de creencias. 3. La libertad de manifestar la propia religión y las propias creencias está sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley y que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos o los derechos o libertades de los demás. 4. 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”, como también en el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional y en la Ley 26.206. Sostiene que del texto de las normas tachadas como inconstitucionales no surge cuál debe ser el contenido de la asignatura enseñanza religiosa, sino sólo la obligatoriedad de enseñar religión, la que se configurará conforme a la creencia de los padres o tutores que serán quienes decidirán sobre la participación de sus hijos o pupilos. Afirman que la pluralidad reclamada se encuentra garantizada por la Disposición N° 045/09 de la Dirección General de Ecuación Inicial y Primaria. Atribuye a los accionantes la confusión entre “actos de culto” y las clases de religión, siendo que los casos en los que se invoca que a los alumnos se los obliga a rezar oraciones o incluirlas en sus carpetas no integran la materia.

VIII - 2) El informe presentado por el representante de la Fiscalía de Estado expresa que las normas en pugna no resultan discriminatorias, sino que lo discriminatorio es pretender privar a todos esos niños y niñas de un derecho plasmado constitucionalmente, sólo porque algunas personas no alcanzan a entender el verdadero significado de garantizar ese derecho, siendo injustificado acoger la acción al no mediar ninguna conducta ilegal, ni arbitrarria de parte del Estado Provincial.

IX) *La prueba:* En autos los demandados reconocen expresamente que se ha creado un sistema implementado por la Disposición N° 045/09 por el que los padres o tutores de los alumnos deben manifestar si desean que sus hijos reciban o no educación religiosa y en caso afirmativo indiquen la religión (v. fs. 246), *nota que debe ser archivada en el legajo del alumno* (fs. 243); que en algunos

casos los padres que se expresaron por la negativa acordaron con las autoridades educativas que sus hijos ingresen más tarde (fs. 250/251); que efectivamente se concreta la práctica de rezar en algunas instituciones y que al respecto se produjeron inconvenientes (fs. 255 y 271); que los alumnos que no reciben educación religiosa permanecen igualmente en el aula mientras se dicta la clase de religión (fs. 261); que el contenido dictado en la materia enseñanza religiosa incluye temas tales como “las enseñanzas de Jesús” (fs. 262); que se solicita a los docentes que presenten el aval “eclesiástico” (fs. 262). A su vez, de la prueba rendida surge que en el caso de la Escuela N° 4752 de Campo Quijano la docente María Farfán, de Jardín de Infantes, expresó que *de acuerdo con los directivos se decidió seguir rezando y bendiciendo la mesa* (fs. 279); a fs. 712 el Director titular de la Escuela N° 4078 Dr. B. López de la localidad de Vaqueros, informa que *diariamente se realiza la oración inclusiva del Padre Nuestro pidiendo la protección de Dios... y la lectura de versículos bíblicos y reflexión. Esta práctica se realiza tomando en cuenta que la población escolar es un 97,5% cristiana (católicos, evangélicos, mormonas) y el 2% Testigos de Jehová... y que en las aulas se hace oración de agradecimiento a Dios por los alimentos recibidos, pero que estas prácticas no son obligatorias... que en ocasiones especiales se recuerda a Santos o Vírgenes por sus valores humanos y que en las fiestas patronales solo se resalta la persona de “Cayetano” por sus valores, virtudes y amor al prójimo, sin realizar rezos en su nombre.* También la Vicedirectora de la Escuela N° 4398 de Campo Quijano informó que diariamente se invita a rezar el Padre Nuestro – a la que denomina textualmente *Oración Universal* -, sin que ello implique una obligación, que las oraciones en el aula son ocasionales, y que en ocasiones de festividades patronales se invita a participar de oraciones con la autorización de los padres (fs. 724).

Tal como sostienen actores y demandados (v. fs. 319 vta.), el grupo representado por los primeros conforma una minoría, aquella que no profesa el culto católico en la Provincia de Salta, circunstancia que -no habiendo sido cuestionada- se la tiene por acreditada. Dicha minoría, conforme surge de la Disposición N° 045/09 de la Dirección General de Educación Inicial y Primaria

del Ministerio de Educación de la Provincia de Salta, ante el dictado de educación religiosa obligatoria, se ve inmersa en la circunstancia de declarar su condición de “no católicos”, para que el Estado proceda a darles una tratamiento diferenciado. Así, los demandados a fs. 317 vta. sostienen que, en cumplimiento de los arts. 8 inciso m, y 27 inciso ñ de la Ley 7546 se dictó dicha Disposición, en cuyo artículo primero se establece que, *de modo obligatorio*, las Escuelas dependientes de la Dirección General de Educación Primaria e Inicial *deberán remitir a los progenitores o tutores de los alumnos los formularios a fin de que ejerzan la opción de decidir* sobre la participación de sus hijos o pupilos en la enseñanza religiosa escolar, y en caso afirmativo deben indicar las creencias en las que serán instruidos.

_____ El maestro Bidart Campos enseñaba que “entre los múltiples aspectos que se hilvanan en la libertad religiosa hallan exemplificación en: a) *la libertad de conciencia*; b) *la libertad de culto*; c) *el derecho de los padres de decidir la orientación espiritual y religiosa de sus hijos menores hasta que éstos alcanzan la edad del discernimiento*; d) todos los derechos que han de titularizar las iglesias y comunidades para cumplir sus fines; e) *el derecho personal a no ser obligado a participar en actos o ceremonias de culto en contra de la propia conciencia, o en actos o ceremonias con sentido religioso*; f) el derecho personal a no soportar compulsión para presentar un juramento que la conciencia rechaza; g) el derecho personal a disponer de tiempo suficiente para asistir a las prácticas religiosas en los días de culto, y a no ser obligado a trabajar violando las reglas de conciencia; h) *el derecho a no sufrir discriminaciones por razones religiosas*; i) el derecho a contraer matrimonio de acuerdo con la propia religión; j) *el derecho personal a no ser obligado a recibir una enseñanza opuesta a su propia religión*; k) el derecho de las iglesias y confesiones a prestar asistencia religiosa a sus fieles en cualquier parte, incluidos hospitales, cárceles, cuarteles, etc.; k) el derecho de las iglesias y confesiones a formar ministros de su culto, y a comunicarse con sus autoridades dentro y fuera del país” (Bidart Campos, *Compendio de Derecho Constitucional*, Ed. Ediar, pág. 80/81).

_____ El régimen probatorio en materia de derecho discriminatorio es una

cuestión de incipiente desarrollo en nuestra jurisprudencia, cuestión que, por el contrario, cuenta con un profuso desarrollo en el derecho americano. Allí, con el tiempo, los tribunales federales norteamericanos han ido elaborando la jurisprudencia que consiste en que si el litigante gravado con la carga de probar aporta indicios, en el sentido de elementos o datos que revelan o sugieren la verosimilitud de los hechos o producen en el ánimo del juzgador una cierta impresión o apariencia mínimamente fundada de haberse discriminado al actor, el *onus probandi* del acto discriminatorio dejará de gravar a éste y pasará a recaer sobre el demandado, y para expresar esta idea, en ocasiones se utiliza también la expresión prueba *prima facie*, *prima facie case*. Según Palmer, el término *prima facie* se usa en los tribunales del *common law* para significar una acreditación que, si no es refutada, resultará suficiente para construir una presunción de hechos o para fijar el hecho en cuestión (conf. Ormazabal, ob. cit. pág. 65/66)._

_____ La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho que “ante la existencia de una categoría sospechosa de discriminación, el juicio de razonabilidad de la norma (arts. 14 y 28 de la Constitución Nacional), deberá estar guiado por un escrutinio estricto, que implica una inversión en la carga de la prueba, de modo tal que es la parte que defiende la constitucionalidad la que deberá realizar una cuidadosa prueba sobre los fines que había intentado resguardar y sobre los medios que había utilizado a tal efecto; los primeros, deben ser sustanciales y no bastará que sean meramente convenientes y con respecto a los segundos, será insuficiente una genérica "adecuación" a los fines, sino que deberá juzgarse si los promueven efectivamente y, además, si no existen otras alternativas menos restrictivas para los derechos en juego que las impuestas por la regulación cuestionada (voto de los Dres. Enrique Santiago Petracchi y Carmen M. Argibay; CSJN, R. 350. XLI; RHE R. A., D. c/Estado Nacional, 04/09/2007, T. 330, P. 3853).

_____ Ahora bien, el autor antes citado, separándose de la mencionada doctrina de la prueba *prima facie*, sostiene que “si se trata de medidas que ocasionan discriminación directa como en el caso de que el actor argumente y pruebe que ciertas medidas, pese a su apariencia neutra, perjudican especialmente a un

determinado colectivo (es decir, que discriminan indirectamente), parece claro que el demandado queda gravado con la justificación de que, ello no obstante, las medidas resultan razonables, proporcionadas o adecuadas. Aquí, en efecto, no nos hallaríamos ante inversión de la carga de la prueba de género alguno. El carácter razonable o proporcionado de las medidas, presuponiendo que realmente producen un impacto o efecto más adverso en un colectivo que en otro, se configura como un hecho impeditivo o excluyente, la carga de cuya alegación y prueba, por tanto, siempre correspondería al demandado. La ausencia de justificación, proporción o razonabilidad es, en efecto, un hecho negativo. Asignar al actor la carga de su acreditación sería tanto como imponerle una *probatio diabólica* (aut. y ob. cit. pág. 94).____

_____ Comparto esta última posición, y es en ese sentido que sostengo que dada una norma sobre la base de una categoría sospechosa, tal como lo es la religión, es el demandado quien debe probar que ella se encuentra suficientemente justificada, que es razonable y carente de efectos negativos, ya que todos los ciudadanos de esta Provincia tenemos derecho a exigir un tratamiento sin desigualdades reputadas ilegítimas, ya que la igualdad ante la ley, en el sentido genérico de igualdad ante los poderes públicos, constituye un postulado básico de todo ordenamiento jurídico moderno._____

_____ Lorenzetti, en su obra *Justicia Colectiva*, sostiene que la regla que dispone que la democracia funciona en base al respeto de las decisiones de la mayoría, no excluye el control por parte de los jueces, ya que las mayorías pueden adoptar decisiones contrarias a la Constitución, y por lo tanto es necesario que exista un poder independiente que le imponga límites, que la función del Poder Judicial es hacer respetar la Constitución en los casos en que las decisiones mayoritarias afecten los derechos individuales, y que el carácter contramayoritario del Poder Judicial lo coloca en una posición adecuada para hacer cumplir derechos y proteger bienes que los otros poderes podrían no atender por razones electorales. También expresa que *esta función implica que los jueces pueden tomar decisiones que tengan como consecuencia alguna modificación en la agenda pública o en el orden de prioridades de la*

administración, pero que no pueden avanzar más allá sustituyendo la voluntad del pueblo expresada a través de los representantes que ha elegido (aut. y ob. cit., ed. Rubinzel Culzoni, pág. 244). El mismo autor afirma que “una democracia constitucional implica afirmar que rige el principio de la decisión mayoritaria con el límite de los derechos fundamentales. La mayor garantía que puede otorgar a estos derechos es que no sean derogados por las mayorías ni por el mercado” (pág. 251).

En el caso nos encontramos con la producción de un efecto discriminatorio -*discriminatory effect*-, esto es, que más allá de la configuración voluntaria de discriminación a través del dictado de las normas cuestionadas, los efectos de ellas al ser implementadas resultan ser discriminatorios y violatorios de la zona de reserva que el art. 19 de la Constitución Nacional deja preservada de los poderes públicos.

Lo dicho dado que, en el caso se ha probado la producción de conductas en los colegios públicos -las que no han sido cuestionadas por la demandada, sino que por el contrario, como se destacó fueron confirmadas por esa parte-, tales como el rezo diario, la conmemoración de festividades religiosas, la permanencia de los alumnos en las clases de religión aún contra la expresa decisión de los padres o tutores, el reconocimiento de una autoridad escolar de que el Padrenuestro es la oración universal, como también la omisión estatal de atender los casos de alumnos no católicos o no creyentes asignándoles actividades curriculares en los momentos en que se dictan clases de religión, resultan todas ellas actos contrarios al derecho a la igualdad que asiste a los niños fundados en motivos que impiden justificar la diferencia, tal como es la religión que profesan o la íntima decisión de no sostener ningún culto. El Dr. Lorenzetti en ponencia presentada en las XIV Jornadas de Derecho Civil, Comisión N° 9 *El derecho frente a la discriminación*, explicaba que “uno de los criterios para distinguir la discriminación es el fundamento de la desigualdad: si se basa en el sexo, la religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, raza, posición económica o caracteres físicos (art. 2 de la Ley 23592)”. __

Parece redundante –pero resulta necesario- afirmar que la etapa de

formación de la educación primaria es crucial para el niño, y la situación de distinción que ha quedado evidenciada en los hechos no puede ser tolerada por el ordenamiento jurídico, más allá de la opinión religiosa de la mayoría, por tornarse ilegítima y sustentarse en motivos que –como se dijo- no pueden sostenerla.

_____ La elección personal respecto de las creencias religiosas de los ciudadanos pertenece a su esfera íntima, sin que el Estado, so pretexto del cumplimiento del un deber emergente del derecho de los padres a que sus hijos reciban educación religiosa, pueda vulnerarlo jurídicamente o en los hechos colocándolos en la situación de declarar si es que profesan alguna religión y en su caso cual.

_____ La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho en el caso "Giroldi" (Fallos 318:514; L.L. 1995-D, 462), sentencia dictada el 7 de abril de 1995, que la jurisprudencia de los *tribunales internacionales* debe servir de *guía para la interpretación* de los preceptos convencionales en la medida que el Estado Argentino reconoció la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Tales expresiones se reiteraron en el caso "Bramajo" (Fallos 319:1840, L.L., 1996-E, 409) y en otros fallos ulteriores. Esta línea de pensamiento ha sido acentuada por el Alto Tribunal Federal, al expresar que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como las directivas de la Comisión, constituyen una imprescindible pauta de interpretación de los deberes y obligaciones derivados del Pacto de San José (CSJN, causa "Mesquida", Fallos 329: 5382). Y es sobre la base de esta interpretación que el Estado Provincial debe garantizar a los actores, y al grupo que ellos representan, el derecho a recibir la enseñanza primaria obligatoria en el marco previsto por los tratados y por la interpretación que de ellos realizan los respectivos Comités.

_____ Resultan entonces insoslayables los parámetros fijados en la recomendación del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, cuando en la Observación General Nº 13 que dijo: "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 imparten 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” y el del Comité de Derechos Humanos, cuando mediante la Observación General N° 22 al interpreta el art. 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles observa que, de conformidad con lo establecido en el segundo inciso del art. 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 art. 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 extensión del análisis que antecede se debe a la necesidad de dar marco y motivo suficiente a la decisión a darse en el caso. Se trata de cuestiones que limitan entre la irrestricta defensa de los derechos individuales constitucionalmente reconocidos y la toma de decisiones de políticas públicas; entre los derechos de las mayorías a decidir los designios políticos de la Provincia y el derecho de las minorías a ser respetadas como tales aún en el marco de políticas mayoritarias. Se trata –en suma- de casos difíciles, que requieren un acabado abordaje de la cuestión en debate._____

_____ Dicho análisis nos muestra como el constituyente de la Provincia de Salta al dictar el art. 49, 10º párrafo, intentó repetir el texto del art. 12 inc. 4 del Pacto de San José de Costa Rica, pero fue más allá y dispuso que los padres y tutores tienen derecho a que sus hijos o pupilos reciban *en la escuela pública* la educación religiosa que esté de acuerdo con sus propias convicciones. Así, la Constitución salteña amplió el derecho de la convención y puso a cargo de la educación pública la obligación de satisfacer ese derecho. Luego, al reglamentarlo por ley 7546, el art. 8 inc. m repite el texto constitucional. Las citadas normas en nada aparecen contradiciendo la libertad de culto, ni la libertad de conciencia religiosa, ya que no imponen religión alguna y por el contrario se

muestran como normas respetuosas de ellas._____

_____ Ahora bien, los hechos relatados en el considerando relativo a la prueba, muestran circunstancias que se contraponen al trato respetuoso que impone la dignidad humana. Lo dicho enmarcado en la conceptualización que de ella realiza el art. 3 de la Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 25 de noviembre de 1981 (Resolución 36/55) que dice “la discriminación entre los seres humanos por motivos de religión o convicciones constituye una ofensa a la dignidad humana y una negación de los principios de la Carta de las Naciones Unidas, y debe ser condenada como una violación de los derechos humanos y las libertades fundamentales proclamados en la Declaración Universal de Derechos Humanos y enunciados detalladamente en los Pactos internacionales de derechos humanos, y como un obstáculo para las relaciones amistosas y pacíficas entre las naciones”._____

_____ Es –a mi entender- la Disposición N° 45 de la Dirección General de Enseñanza Primaria y Educación Inicial, la que impone una práctica que no se condice con la efectiva vigencia de los derechos que se invocan lesionados, al poner en los hechos en evidencia a quienes no profesan la religión mayoritaria, quienes deben expresar a que culto o credo pertenecen para ser separados del resto y dispuestos para realizar otras actividades, con relación a las cuales ha quedado demostrado que la desaprensión del Estado se evidencia patente y clara, para decirlo con expresiones que se ajustan al contenido de la acción de amparo, cuando se trata de conceptuar el acto ilegítimo o arbitrario que viabiliza su procedencia._____

_____ No es entonces el contenido de las normas tachadas de inconstitucionales el que impone un tratamiento discriminatorio entre los menores que asisten a los establecimientos escolares públicos, sino que es la forma práctica en que se ha implementado el dictado de la materia religión, que a través de motivos de diferenciación aparentemente neutros, los pone en una situación de evidente distinción, los obliga a mostrarse como distintos, más allá de que seamos naturales de una Provincia en la que –como se dijo- existe una evidente mayoría

de practicantes de la religión católica._____

_____ Si bien la prueba rendida muestra como cierta la afirmación de la demandada respecto a que las conmemoraciones religiosas, rezos, y demás ritos de la religión católica desarrollado en escuelas primarias públicas, aparecen llevados a cabo fuera del horario asignado para el dictado de la materia educación religiosa, no por ello se tornan en actos demostrativos de tolerancia y respeto a las creencias religiosas, sino que por el contrario muestran un contexto que debe abandonarse debiendo al respecto el Estado Provincial adoptar las medidas necesaria para que cesen dichas conductas.____

_____ Verbic, al analizar minuciosamente el caso “Mendoza” (aut. cit., El caso Mendoza y la implementación de la sentencia colectiva, Revista Jurisprudencia Argentina, 2008- IV- fascículo 5, Suplemento Corte Suprema de Justicia de la Nación, Octubre 2.008) expresa que la Corte Federal “a la hora de dotar de contenido al mentado mandato obligatorio subrayó la necesidad de limitarse a fijar “*criterios generales*” a fin de cumplir con el objeto de la pretensión y dejar en manos de la Administración Pública demandada la facultad de determinar las acciones concretas que fueran necesarias para obtener su consecución. La razón de tal postura, también puesta de manifiesto en forma expresa en la sentencia, finca en evitar un avance indebido sobre la esfera de actuación del Poder Ejecutivo, cada vez que la Administración Pública actúa en forma negativa (esto es, por omisión), absteniéndose de asumir comportamientos y emprender acciones a las cuales se encuentra obligada por la Constitución o una ley, la facultad de controlar y corregir esa conducta a través del Poder Judicial se presenta como indudable. Sucede que por medio de las decisiones tomadas en el marco de un proceso colectivo ambiental, los jueces no crean políticas públicas en la materia sino que se limitan a imponer aquellas ya establecidas por el legislador o los convencionales constituyentes”. Dicho caso si bien refiere a la protección del bien jurídico ambiente resulta paradigmático en cuanto a la gestión de un caso colectivo, y en particular a la forma en que la máxima judicatura del país resolvió el caso sin invadir competencias de otros Poderes del Estado._____

_____En fallo reciente la Corte de Justicia de Salta dispuso que “ No obstante, estimamos que debe –además- efectuarse una consideración integral del objeto que sustenta la acción de amparo interpuesta en estos autos, referida no sólo a las circunstancias atinentes a los hermanos sino a la situación en la que se encuentran los menores en estado de institucionalización en los establecimientos provinciales a los que refiere la demanda, y de los alcances de orden *estructural* de los argumentos expresados por la demandante” (CJS, Tomo 157: 341/348), lo que evidencia que nuestro tribunal local ha señalado a la judicatura, el compromiso para con la situación de sectores sociales que requieren de una solución que va más allá del caso individual.

_____ Por todo lo expuesto, y coincidiendo con el criterio del Ministerio Público Fiscal y del Asesor de Incapaces en tanto estiman que debe establecerse para la materia religión un programa curricular alternativo para los niños que profesan otras religiones o no creyentes, corresponde acoger parcialmente la demanda interpuesta y mandar a la demandada a disponer las medidas necesarias para que cesen las conductas que se desarrollan en las instituciones públicas de educación primaria que impongan prácticas de la religión católica, y también que se adopten las medidas necesarias para adecuar el dictado de la materia Educación Religiosa a los parámetros dados por la recomendación del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en la Observación General N° 13 y en la Observación General N° 22 del Comité de Derechos Humanos, referidos al dictado imparcial, objetivo y respetuoso de la libertad de conciencia y de expresión, y que no obligue a revelar las creencias religiosas de los alumnos y sus familias.

_____ X) En lo que respecta a las costas, se cargan a las tres demandantes por la excepción de falta de legitimación activa que prospera, y por el orden causado en cuanto a la acción de fondo, atento la forma en que se resuelve el presente (art. 67, primera y segunda parte, y art. 71 del Código Procesal Civil y Comercial).

_____ Por ello,

F A L L O

_____ I) **HACIENDO LUGAR PARCIALMENTE** a la excepción de falta de legitimación activa interpuesta por la demandada, respecto de Laura Rebullida Carrique, Claudia Villarreal Cantizana y Andrea Mariana Leonard, con costas respecto de las nombradas._____

_____ II) **RECHAZANDO** la pretensión de inconstitucionalidad de los arts. 27 inc. ñ y 8 inc. m de la Ley Provincial de Educación N° 7546, y art. 49 de la Constitución de la Provincia de Salta._____

_____ III) **HACIENDO LUGAR PARCIALMENTE** a la demanda, y en su mérito, **DISPONIENDO** que la demandada deberá de inmediato adoptar las medidas necesarias para que cesen las conductas que se desarrollan en las instituciones públicas de educación primaria que imponen prácticas de la religión católica, y también que se establezcan las medidas necesarias para adecuar el dictado de la materia Educación Religiosa a los parámetros consignados en el considerando VI, en particular la Observación General n° 22 del Comité de Derechos Humanos y la Observación General n° 13 num. 28 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales._____

_____ IV) **IMPONIENDO** las costas del proceso por el orden causado._____

_____ V) **CÓPIESE**, regístrese y notifíquese._____

CApel. CC. Salta, Sala III – T. 2.012 Fs. 110/132 (23/02/12)