



FISCALIA DE ESTADO
Provincia de Mendoza

26/04/20
T.G.J.A. Nº 2
Mgr CC/vcp

SE HACE PARTE
ACREDITA PERSONERIA
CONSTITUYE DOMICILIOS
CONTROL DE LEGALIDAD

SEÑORA JUEZA:

FERNANDO M. SIMÓN, Fiscal de Estado de la Provincia, me presento en los autos Nº 270.369, caratulados: "ASOCIACION CIVIL ASAMBLEA PERMANENTE DE DERECHOS HUMANOS (APDH) C/ GOBIERNO DE MENDOZA Y DIRECCION GENERAL DE ESCUELAS P/ ACCIÓN DE AMPARO", y a U.S. respetuosamente digo:

I.- ACREDITA PERSONERIA. CONSTITUYE DOMICILIO LEGAL

Acredito personería con copia digital del Decreto Nº 572/15 de designación (BO del 16/04/15) y, conforme las facultades conferidas por el art. 177 de la Constitución Provincial y Ley Nº 728 y sus modificatorias, me hago parte en estos autos en ejercicio del deber de control de legalidad y custodia del patrimonio, constituyendo domicilio legal en mi Despacho Oficial sito en la sede de Fiscalía de Estado, en la calle San Martín Nº 624 de la Ciudad de Mendoza, solicitando se me otorgue la participación procesal correspondiente, lo que solicito al Tribunal se tenga presente.

II.- DOMICILIO ELECTRONICO Y DOMICILIO PROCESAL. FIRMA DIGITAL

De conformidad con lo establecido en el art. 21 de la ley 9001 se denuncian los siguientes domicilios electrónicos en el correo oficial:

mauricio.grinspan@gmail.com y fbustos@itcsa.net, constituyendo domicilio procesal electrónico en la casilla FESTADO.

En el marco de lo dispuesto por las Acordadas de la SCJM N° 29.502, 29.508, 29.511 y conc., y en cumplimiento del aislamiento social preventivo y obligatorio dispuesto por Decreto Nacional N° 297/20 y sus prórrogas, el presente escrito es firmado digitalmente y presentado a través de la MEED, lo que pido se tenga presente.

III.- PONE EN CONOCIMIENTO

Resulta relevante a efectos de la adecuada resolución de la presente causa poner en conocimiento de V.S. que, con posterioridad a la interposición del amparo y de la contestación por parte de las demandadas directas, tanto el Poder Ejecutivo Nacional como el Provincial han dictado nueva normativa que resulta de aplicación a la materia en litigio.

Entendemos que la emisión de dichas normas no constituye hecho nuevo, en tanto el derecho se presume conocido y, por aplicación del principio *iure novit curia*, V.S. debe aplicarlo de oficio al momento de resolver.

Entendemos también pertinente mencionar que en el día de la fecha la Corte Suprema de Justicia de la Nación emitió fallo en los autos caratulados “Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c/Estado Nacional (Poder Ejecutivo Nacional) s/acción declarativa de inconstitucionalidad” (CSJ 567/2021), cuya relevancia a estos autos señalaremos.

A. Decreto Nacional de Necesidad y Urgencia N° 287/21

El P.E.N. emitió el 30 de abril pasado el Decreto de Necesidad y Urgencia N° 287/21, el que tuvo por objeto “... *establecer medidas generales de prevención respecto de la Covid-19 que se aplicarán en todo el país, y disposiciones locales y focalizadas de contención de contagios. Asimismo, tiene como objeto facultar a Gobernadores y Gobernadoras de Provincias, al Jefe de*



FISCALIA DE ESTADO
Provincia de Mendoza

Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y al Jefe de Gabinete de Ministros, según el caso, a adoptar determinadas medidas ante la verificación de determinados parámetros epidemiológicos, con el fin de mitigar la propagación del virus SARS-CoV-2 para prevenir y contener su impacto sanitario.” (art. 1°).

En dicha norma estableció cuatro categorías de riesgo epidemiológico en las que se clasifican a los Departamentos, Partidos y grandes aglomerados urbanos del país, según los parámetros allí establecidos.

Dichas categorías son “bajo riesgo”, “mediano riesgo”, “alto riesgo” y “alarma epidemiológica y sanitaria” (art. 3°); variando para cada una de ellas las medidas dispuestas. Dice el mismo artículo que la clasificación aplicable a cada zona “se detalla y se actualiza periódicamente en la página oficial del Ministerio de Salud de la Nación, en el siguiente link: <https://www.argentina.gob.ar/coronavirus/informes-diarios/partidos-de-alto-riesgo>”.

En lo que resulta relevante para la presente causa, se estableció en el art. 13, con aplicación a todo el territorio nacional, que “Se mantendrán las clases presenciales y las actividades educativas no escolares presenciales en todo el país, salvo las excepciones dispuestas en el presente decreto o que se dispongan, dando efectivo cumplimiento a los parámetros de evaluación, estratificación y determinación del nivel de riesgo epidemiológico y condiciones establecidas en las Resoluciones Nros. 364 del 2 de julio de 2020, 370 del 8 de octubre de 2020, 386 y 387 ambas del 13 de febrero de 2021 del CONSEJO FEDERAL DE EDUCACIÓN, sus complementarias y modificatorias.”, y que “Los Gobernadores y las Gobernadoras de Provincias y el Jefe de Gobierno de la CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES, según corresponda, podrán suspender en forma temporaria las actividades presenciales, conforme a la evaluación del riesgo epidemiológico, de conformidad con la normativa vigente. Solo en caso de haber dispuesto por sí la suspensión de clases, podrán disponer por sí su reinicio, según la evaluación de riesgo.”

Complementado dicha norma sólo respecto a las zonas que se encuentren en situación de “alarma epidemiológica y sanitaria”, el art. 22

establece que *“En los aglomerados urbanos, departamentos o partidos que se encuentren en situación de Alarma Epidemiológica y Sanitaria queda suspendido el dictado de clases presenciales en todos los niveles y en todas sus modalidades, durante la vigencia del presente decreto.”*

B. Decreto Provincial N° 555/21

El Poder Ejecutivo Provincial emitió el pasado domingo 2 de Mayo, el Decreto N° 555/21, que dispone *“la continuidad de todas las medidas vigentes en el ámbito territorial de la Provincia al día de la fecha, con las modificaciones y agregados que se detallan en los artículos subsiguientes.”* (art. 1°)

En dicho Decreto se establecen nuevas medidas de prevención para enfrentar la pandemia, tales como el cierre de salas de juegos y casinos, la suspensión de reuniones sociales y familiares en domicilios particulares, la compra y asistencia a restaurantes por DNI, entre otras.

En lo que hace específicamente el objeto de la presente acción, en su art. 2° establece que *“Las clases de nivel superior, se dictarán de manera virtual, y sólo se dispondrá la presencialidad física para aquellas actividades de práctica profesional docente y práctica profesionalizante que por su especificidad y complejidad requieran de la asistencia al entorno formativo, siempre bajo el estricto cumplimiento de los protocolos establecidos por la normativa vigente (RN 3298-DGE-20).”*, manteniendo para el resto de los niveles el sistema de dictado de clases establecido por la Resolución N° 390/21-DGE de fecha 22 de febrero pasado.

A fin de disponer la continuidad de dicho sistema, el Sr. Gobernador interpretó que el Decreto Nacional citado *“...en distintos pasajes, faculta a los Gobernadores y Gobernadoras de Provincias “...para adoptar disposiciones adicionales a las dispuestas en el presente decreto, focalizadas, transitorias y de alcance local.”* (consid. 5°); y *“Que en virtud de lo expresamente autorizado por la norma citada, considerando el carácter de norma general del que gozan los Decretos de Necesidad y Urgencia, de conformidad con lo establecido*



FISCALIA DE ESTADO
Provincia de Mendoza

por el art. 99 inc. 3 de la Constitución Nacional, y con el objeto de evitar y/o prevenir la propagación del Virus SaRS-CoV2 como así también unificar las reglas de conducta a las que deberá adecuarse la población de la Provincia en este contexto de crecimiento sostenido de casos de Covid-19, corresponde disponer las medidas necesarias para compatibilizar las disposiciones nacionales con las actualmente vigentes en todo el territorio provincial.”

C. Fallo de la CSJN

Como señaláramos anteriormente, en el día de la fecha la Corte Suprema de Justicia de la Nación dictó sentencia en los autos caratulados “Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c/Estado Nacional (Poder Ejecutivo Nacional) s/acción declarativa de inconstitucionalidad” (CSJ 567/2021).

Dicho pleito trató, al igual que este, respecto al establecimiento de la modalidad educativa presencial (dispuesta por el Gobierno de CABA) o su suspensión (dispuesta por el Gobierno Federal).

En la fundamentación de todos los votos emitidos se sostuvo que, aun cuando la materia en conflicto había sido sustraída por la pérdida de vigencia de la norma cuya declaración de inconstitucionalidad se solicitó, “... *el Tribunal entiende que su pronunciamiento no solo no se ha vuelto inoficioso sino que debe orientar, desde lo jurídico -no desde lo sanitario- decisiones futuras. Dicho de otro modo: no se trata solo de ponderar una decisión temporaria y circunstancial, sino de dejar establecido un criterio rector de máxima relevancia institucional en el marco del federalismo argentino.”*

De allí que la importancia de dicho precedente radica no sólo en su plena actualidad respecto a la materia en controversia en este proceso, sino también en la especial intensidad con que expresamente remarca que establece un criterio jurídico rector que debe orientar decisiones futuras, por lo que entendemos debe ser seguido.

Este fallo se pronunció sobre el reparto de competencias entre los gobiernos locales (Provincias y Ciudad de Buenos Aires) y el gobierno

federal en materia de educación y salud, refiriéndose específicamente a quién compete establecer la modalidad del servicio educativo en cada Provincia.

Exponiendo la problemática, sostuvo que *"Como se ha dicho, en una organización federal una misma actividad o incluso relación jurídica puede estar regulada por múltiples autoridades de la federación y alcanzada por diferentes jurisdicciones"*, y estableció que ambas competencias resultan concurrentes a Provincias y Nación¹,

También sostuvo que ambas competencias deben ejercerse en el marco de un federalismo de concertación y diálogo, sosteniendo *"Que al ser el federalismo un sistema cultural de convivencia, cuyas partes integrantes no actúan aisladamente, sino que interactúan en orden a una finalidad que explica su existencia y funcionamiento, el ejercicio de las competencias constitucionalmente asignadas debe ser ponderado como una interacción articulada ("La Pampa, Provincia de", Fallos: 340:1695; "Corrientes, Provincia de", Fallos: 344:251), evitando que confronten unas con otras."*

Asimismo, pronunciándose específicamente respecto a quién corresponde establecer la modalidad educativa frente a desavenencias, advierte *"Que corresponde a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires —al igual que a las provincias— la atribución para decidir sobre los modos de promover y asegurar la educación de sus habitantes..."* (del voto de los Dres. Rosatti y Maqueda); *"... resulta claro que la decisión de si la escolaridad debe realizarse bajo la modalidad presencial o virtual en los establecimientos de educación inicial, primaria y secundaria dependientes de la Ciudad de Buenos Aires o regulados por ella corresponde, en principio, a ese estado y no a la Nación."* (del voto del Dr. Rosenkrantz); *"La CABA y las provincias pueden regular la apertura de las escuelas conforme con las disposiciones de la ley 26.206 y la resolución 387/21 del Consejo*

¹ Sostiene en este sentido expresamente el voto del Dr. Lorenzetti *"Que en materia sanitaria las competencias son concurrentes entre la Nación y las Provincias"*, para agregar luego *" Que, en materia de educación, las competencias también son concurrentes."*



FISCALIA DE ESTADO
Provincia de Mendoza

Federal de Educación, priorizando la apertura y la reanudación de las clases presenciales.” (del voto del Dr. Lorenzetti).

Conforme las pautas sentadas por la Corte Nacional, entendemos que la definición de la modalidad de dictado de clases en el ámbito de la Provincia es una atribución que corresponde a las autoridades de la provincia, quienes deben ejercerla en un marco de concertación con las autoridades nacionales y conforme las pautas establecidas en los acuerdos celebrados en el ámbito del Consejo Federal de Educación.

Así resulta que, en ejercicio de esas atribuciones propias, las autoridades provinciales dispusieron el sistema de cursado de presencialidad administrada vigente, con sus excepciones, adaptando y compatibilizando las normas generales dictadas por la Nación a las particularidades, exigencias y especificidades que presenta la Provincia en cada momento.

Es contra el ejercicio de esta atribución, que la Corte ha reconocido en cabeza de las autoridades provinciales, contra la que se alza la actora, solicitando a V.S. que al dictar sentencia sustituya dicha decisión.

IV.- LA PRETENSIÓN DEL ACTOR

La parte actora deduce acción de amparo por haber una omisión de la administración Provincial de tomar determinadas medidas en materia sanitaria con impacto en la comunidad educativa, expresando en su escrito que en función de los derechos de incidencia colectiva, la vida, la salud y la integridad, según los términos del art. 43 de la CN y 25 de la CADH, requiere la suspensión de las actividades educativas presenciales por dos semanas, para los menores de 18 años en las instituciones educativas bajo manda de la DGE que hayan optado por la modalidad de escolarización presencial o combinada según art 2 de la Resolución 390/2021 de la DGE.

La actora encuadra la acción de amparo interpuesta como acción colectiva, con citas del fallo “*Halabi*” como fundamento de su legitimación

activa, por el interés colectivo en juego y por su personería jurídica amplia en materia de Derechos Humanos y de defensa del grupo supuestamente vulnerado, en este caso los menores de 18 años. Cita los requisitos que dio la Corte para que se configure la acción colectiva para violación de intereses individuales homogéneos, generales y particulares. Luego encuadra según su versión de la plataforma fáctica y los requisitos. Relata hechos y funda en derecho.

V.- FALTA DE LEGITIMACION SUSTANCIAL ACTIVA.

El actor sostiene que promueve *“la presente acción de amparo colectivo en defensa de derechos de incidencia colectiva a la vida, a la salud y a la integridad, en los términos previstos por el art. 43 de la Constitución argentina...”*, expresando posteriormente que dicha acción tiene por objeto tutelar *“los derechos de incidencia colectiva referentes a derechos individuales homogéneos no patrimoniales (vida, salud e integridad) titularizados por todas las personas menores de dieciocho años de edad que conforman las comunidades educativas de las instituciones bajo potestad administrativa de la Dirección General de Escuelas”*.

Este tipo de acciones encuentran su base normativa en el art. 43 de la Constitución Nacional, sin que hayan sido reguladas legalmente. Sin perjuicio de ello, y precisamente por dicha falta de regulación legal, la CSJN ha reconocido pretorianamente su existencia y regulado las exigencias y procedimientos requeridos para su ejercicio, criterios que han sido también receptados por nuestra Suprema Corte Provincial².

En el fallo “Halabi”³ estableció la CSJN: *“La procedencia de las acciones tendientes a la tutela de derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos —acciones de de clase— requiere la verificación de una causa fáctica común, una pretensión procesal enfocada en el*

² Entre otros *“Farres, Pablo Daniel c/ Gobierno de Mendoza y ATM”* (CUIJ: 13-04327364-1) y *“Asociación Civil Asamblea Permanente por los Derechos Humanos (A.P.D.H.) filial San Rafael c/Municipalidad de Malargue p/ acción inconstitucionalidad”* (CUIJ: 13-04459071-3).

³ Fallos 332:111.



FISCALIA DE ESTADO
Provincia de Mendoza

aspecto colectivo de los efectos de ese hecho y la constatación de que el ejercicio individual no aparece plenamente justificado”.

También sostuvo que “La admisión formal de toda acción colectiva requiere la verificación de ciertos recaudos elementales tales como la precisa identificación del grupo o colectivo afectado, la idoneidad de quien asume 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, siendo esencial que se arbitre en cada caso un procedimiento que garantice la adecuada notificación de todas las personas que puedan tener un interés en el resultado del litigio, y que se implementen medidas de publicidad orientadas a evitar la multiplicación de procesos colectivos con un mismo objeto.”

Aplicando dichas pautas al presente proceso, cabe analizar en primer lugar si el requisito de la idoneidad de quien asume la representación del colectivo se encuentra plenamente satisfecho.

En tal sentido expresa la amparista que *“En el Art. 2º de sus Estatutos se dispone: “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. Es una entidad de bien público y sin fines de lucro”. Por imperio de la Reforma constitucional de 1994, los derechos humanos que promueve la APDH se extienden formalmente a todos los reconocidos en los tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional indicados en el artículo 75, inc. 22 de nuestra carta magna”.*

Al respecto cabe preguntarse si la sola inclusión en el objeto estatutario de la defensa genérica e indiscriminada de los derechos humanos la hace idónea específicamente para representar un colectivo (los niños, niñas y adolescentes de hasta 18 años) que no integra, como expresamente reconoce al expresar que *“no hay ningún titular del derecho colectivo que actúe de forma directa”.*

Debemos analizar si la APDH tiene la idoneidad técnica y científica suficiente, tanto en lo sanitario como en lo específicamente epidemiológico, para accionar solicitando al Juez que ordene al Poder Ejecutivo modificar una de las medidas que integra la política sanitaria definida para hacer frente a la pandemia y, en su caso, imponer en toda la Provincia y para todas las escuelas y alumnos indiscriminadamente la suspensión total de cualquier régimen escolar que implique presencialidad en cualquier grado.

Como vemos, en este amparo se encuentran involucrados no sólo los derechos individuales a la educación presencial y a la salud (aquí en tensión), sino también la definición de una medida de impacto educativo, que integran un plan sanitario mucho más amplio (integrado por otras innumerables medidas que se interrelacionan en forma compleja), definido y ajustado permanentemente, para hacer frente a la pandemia que nos azota.

No dudamos de la trayectoria y compromiso con la defensa de los derechos humanos por parte de la Asociación actora, pero el presente caso presenta la particularidad de exhibir una complejidad técnica referida a la política sanitaria, y específicamente epidemiológica, de prevención de COVID-19. Es por ello que creemos que la genérica invocación de la defensa de los derechos humanos que hace la actora en su Estatuto, no resulta suficiente en este caso en particular para tener por acreditada la idoneidad exigida por la Corte, para actuar en una cuestión de tamaña especificidad y complejidad técnica y científica.

En segundo lugar, respecto a la legitimación alegada, partimos de volver a citar las palabras de la actora cuando expresa que “*no hay ningún titular del derecho colectivo que actúe de forma directa*”.

En ello debemos remarcar el error, sin dudas involuntario, de referirse a derecho colectivo, cuando de lo que se trata es de una acción colectiva en pretensa defensa de derechos que no dejan de ser individuales y, aunque homogéneos, divisibles.



FISCALIA DE ESTADO
Provincia de Mendoza

A diferencia de los derechos colectivos que resultan indivisibles para todos sus titulares, en este caso se trata del derecho individual de cada alumno de asistir o no a clases presenciales.

En este sentido cabe también preguntarse si podemos presumir que el colectivo invocado tiene una posición unánime, homogénea, o al menos mayoritaria, respecto a lo peticionado por el actor, quien invoca representarlo íntegramente.

Nuevamente debemos expresar nuestra duda sobre que el actor, que no titulariza ningún derecho de los que invoca defender, represente idóneamente a un colectivo tan heterogéneo como es el de los padres/madres/tutores de todos los menores de 18 años que concurren a las escuelas en Mendoza.

La medida solicitada por la actora se pretende idónea para la defensa de la salud, pero no podemos ignorar que a la vez perjudica el derecho a la educación, en cuanto el mismo se realiza en forma más adecuada y conveniente para los niños en forma presencial que en forma remota.

A diferencia de otros procesos colectivos en que la pretensión se encamina únicamente a la protección de un derecho, en este caso lo que se busca es la resolución de una tensión entre derechos, siendo claramente presumible que los integrantes del amplísimo colectivo invocado no puedan ser subsumidos todos en una sola posición. Así resulta que el amparista no podrá ostentar la legitimidad suficiente para acreditar la representación de las diversas posiciones, muchas seguramente contradictorias entre sí, que pueblan el amplísimo colectivo cuya representación pretende arrogarse.

Cabe agregar que es precisamente por ello que la CSJN estableció en el citado fallo “Halabi” que resulta *“esencial que se arbitre en cada caso un procedimiento que garantice la adecuada notificación de todas las personas que puedan tener un interés en el resultado del litigio”*.

Nuestro Supremo Tribunal Provincial, siguiendo los lineamientos de la Corte Nacional, en una causa donde también A.P.D.H. es actor⁴, estableció que frente a un proceso en el que se encuentra acreditado que la sentencia tendrá efectos más allá de las partes (lo que resulta evidente en el presente), debe en primer lugar declararse expresamente que se trata de un proceso colectivo, debiendo luego *“..dar curso a una etapa procesal de publicidad y notificación”*

Dicha difusión pretende precisamente evitar que los integrantes del colectivo sean representados con una posición contraria a su voluntad. En concreto, en una causa como la presente, esa sería la única vía que permitiría que se escucharan también las voces de aquellos que, integrando el colectivo, no comparten la petición de que *“... se ordene la suspensión de las actividades educativas presenciales para las personas menores de dieciocho años, en toda provincia de Mendoza, por el término de dos semanas, cuando las instituciones educativas bajo potestad administrativa de la Dirección General de Escuelas hayan optado por la forma de escolarización “presencial” o “combinada”, de conformidad a las disposiciones de la norma RESOL-2021-390-E-GDEMZA-DGE, artículo 2do, incisos a y c respectivamente.”*, como solicita la amparista en nombre del colectivo.

Tanto por la complejidad técnico-científica en aspectos sanitarios y específicamente epidemiológicos que presenta esta causa, en la que la actora no acredita conocimiento ni experiencia, como por la evidente heterogeneidad del colectivo que se pretende representar, es que entendemos que no se encuentra suficientemente acreditada por el actor la idoneidad, ni por tanto fundada la legitimación activa necesaria para la acción colectiva intentada.

⁴ “Asociación Civil Asamblea Permanente por los Derechos Humanos (A.P.D.H.) filial San Rafael c/Municipalidad de Malargüe p/ acción inconstitucionalidad” (CUIJ: 13-04459071-3).



VI.-. CONTESTA OBJETO DE LA PETICION.
CARACTERISTICAS FACTICAS. COMPLEJIDAD DE LA
DECISION

La actora solicita a la Sra. Jueza que, reemplazando la voluntad del Poder Ejecutivo provincial, tome una decisión que aquel no ha implementado hasta este momento, disponiendo la suspensión de las clases presenciales en todo Mendoza por dos semanas.

Esta petición no puede ser analizada liviana y linealmente, sin comprender el contexto completo que brinda la situación de pandemia actual, así como la complejidad que implica la decisión e implementación de la política sanitaria-epidemiológica en curso para contener sus efectos.

Cada medida que se toma con destino a la prevención epidemiológica se enmarca en una política pública sanitaria integral, en la cual deben permanentemente analizarse interrelacionadamente las otras innumerables medidas que la integran (restricciones a la circulación, al comercio, a actividades sociales, culturales y religiosas entre otras). Así también debe considerarse el impacto de medida sobre múltiples derechos de los habitantes (a la vida y a la salud en primer lugar, pero también a la educación; a trabajar, comerciar y ejercer sus profesiones e industrias; a transitar; libertad religiosa, etc.).

Además de lo anterior, debe monitorearse en forma permanente la evolución de la situación epidemiológica y la capacidad de respuesta del sistema de salud, ajustando en forma permanente las medidas implementadas. Una medida que en este momento no se considera necesario, posiblemente en un futuro muy cercano pueda resultar imprescindible

Y agregando complejidad a la complejidad, debemos remarcar que el conocimiento científico sobre el COVID-19 evoluciona en forma veloz e incesante.

Esta es apenas una breve descripción de lo complejo del tema, y consecuentemente del riesgo evidente que presenta tomar medidas

aisladas sin analizar su interrelación con todo el plan de prevención epidemiológica sin poder valorar en plenitud sus consecuencias.

Cómo sostiene el Dr. Rosenkratz en su fallo de hoy, siguiendo inveterada jurisprudencia de la CSJN, *“No debemos olvidar que, de acuerdo con el conocido canon interpretativo, no debe prescindirse de las consecuencias que se derivan de la adopción de los distintos criterios interpretativos posibles, pues ellas constituyen uno de los índices más seguros acerca de su razonabilidad y coherencia con el sistema normativo (Fallos: 310:1267; 323:3619; 324:1481; 326:417; 327:769; 328:53, entre muchos otros)”*.

Pero puede el Poder Judicial, frente a la complejidad del contexto, prever las consecuencias de imponer al Poder Ejecutivo y a toda la comunidad educativa de la Provincia una decisión como la peticionada? Puede asimismo evaluar momento a momento la evolución de la pandemia y adaptar las decisiones tomadas con la velocidad que la realidad requiere?

Queremos remarcar que una medida no puede decidirse desarticuladamente de la política sanitaria integral que se lleva a cabo y se ajusta momento a momento.

La situación epidemiológica, al igual que los conocimientos técnicos y científicos evolucionan a diario y forman una plataforma dinámica a la hora de fundamentar decisiones, lo que hoy se decida puede ser necesario modificarlo la semana que viene.

El Decreto Provincial 555/21 recientemente publicado establece una serie de restricciones a los derechos individuales, tratando de mantener el equilibrio de todas las circunstancias económica, sociales, sanitarias, educativas, religiosas, deportivas, etc. que se han visto modificadas como consecuencia de la pandemia.

Una sentencia favorable que decida específicamente sobre una medida educativa (presencialidad pura, combinada o administrada) en el marco de una emergencia sanitaria que se apoya en fundamentos técnicos que varían y



FISCALIA DE ESTADO
Provincia de Mendoza

evolucionan dinámicamente podría generar desequilibrios y desajuste profundos en esta situación de emergencia, negando derechos más allá de lo imprescindible.

La “presencialidad administrada” de la cual habla el ministro de Educación de la Nación⁵ hace referencia a una estratificación de prioridades de grupo para niños que presentan mayor dificultad en el acceso a la formación educativa, dando prioridad en la presencialidad, por lo cual desde la propia Nación se establece la mayor necesidad de establecer soluciones complejas para el tema educativo.

Asimismo, el Director General de Escuelas ha declarado a distintos medios que hay situaciones particulares y específicas que se han tratado con las especificidades del caso, como son el aislamiento de determinadas “burbujas” escolares en la modalidad de escolarización combinada, y de cierre de escuelas cuando la situación lo amerita por la detección de casos positivos. Así también la dinámica de evolución epidemiológica evidencio que la mayor tasa de contagios es en la franja de adolescentes y fuera de la escuela⁶. Todo esto demuestra que las soluciones son variadas y no hay una única manera de abordar la situación ni es posible reducir la política epidemiológica a una sola medida.

ENCUADRE JURIDICO. PRESUNCION DE LEGITIMIDAD
DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS:

⁵ <https://www.infobae.com/educacion/2021/04/23/segunda-ola-de-coronavirus-que-es-la-presencialidad-administrada-en-las-aulas-la-medida-que-analiza-el-gobierno-ante-el-aumento-de-contagios/>

⁶ Por su parte, José Thomas sostuvo: “Nuestra decisión se basa en números ciertos de la provincia de Mendoza. Lo más sensible que está registrado en jóvenes de 16 a 18 años bajó de 4,6 a 2,43%, con lo cual demuestra claramente que el problema de los contagios en esa franja etaria se producen afuera de la escuela y que las medidas están funcionando. Por eso nos resulta de suma importancia no restringir la presencialidad en este momento”...“Nosotros entendemos que, a través de los consensos del Consejo Federal de Educación que fueron construidos después de un año largo de trabajo y de habernos escuchado todos los ministros, no es bueno para Mendoza, por su geografía y por su distribución política, el cierre completo de municipios y regiones”, dijo Thomas.” <https://www.mendoza.gov.ar/prensa/escuelas/>

Todos los actos de la administración pública gozan de presunción de legitimidad y deben estar motivados técnicamente en las razones de méritos, conveniencia y oportunidad que rige en materia de administración pública.

Este tipo de decisiones basadas en criterio técnicos de sus organismos especializados gozan de mayor legitimidad en cuanto se fundan no en razones de puro mérito sino en conocimientos científicos. Aun cuando existan diversas posiciones científicas o técnicas respecto de un tema a decidir, el mero disenso con una decisión entre otras posibles, no la hace inválida. En otras palabras, que no estemos de acuerdo con la decisión del Poder Ejecutivo no la torna ilegal, no todo lo que no nos gusta es inconstitucional.

Es sólo la arbitrariedad o irrazonabilidad manifiesta lo que la invalida, y nada de eso ocurre en el presente caso donde hay sobrados elementos técnicos y científicos que apoyan las decisiones tomadas. La omisión legal que pretende la actora impone una conducta peligrosa de definir y conceptualizar que está reservada al Poder Ejecutivo por diseño constitucional.

Recordemos que el diseño constitucional de nuestros poderes establece claramente la independencia de sus atribuciones y que no pueden ser invadidas entre sí. Así lo ha ratificado la CSJN "...la CS expresó (Fallos: 321-1252), que desde antiguo se ha sostenido que la misión más delicada que compete al Poder Judicial es la de saber mantenerse dentro de la órbita de su jurisdicción, sin menoscabar las funciones que incumben a los otros poderes o jurisdicciones...", por lo cual un fallo favorable a la petición de la actora estaría colocando al Poder Judicial directamente como poder administrador y técnico, responsable de una decisión de política pública general de amplísimo impacto en la ciudadanía, desdibujando lo que es propio a la función jurisdiccional.

Esto no significa que el Poder Judicial no pueda y deba revisar la razonabilidad y los procedimientos de emisión de los actos administrativos. La pregunta que surge de manera evidente es si tiene los elementos técnicos y científicos para remplazar, mediante una sentencia, una decisión del Poder Ejecutivo que resulta esencialmente de oportunidad (definir



FISCALIA DE ESTADO
Provincia de Mendoza

cuándo corresponde suspender las clases presenciales), y que se trata de una decisión cuyos efectos se proyectan mucho más allá de las partes, máxime en un contexto de emergencia sanitaria producto de una pandemia mundial con características desconocidas para la humanidad. El deber de prudencia en la presente decisión judicial deviene en un automático rechazo de la pretensión.

Las decisiones públicas de la administración en el marco de la pandemia, y más aun las que impactan en el grueso de la población, se las analiza en función de la ponderación de derechos afectados. Cada restricción que se impone para proteger la salud y la vida, implica una afectación de otro derecho, sea al educación, al trabajo, al comercio, a transitar o simplemente al esparcimiento.

Una demanda social por el derecho a una educación en tensión con el derecho a la salud no es fácil de resolver y supone una respuesta compleja en la que se debe evaluar el equilibrio general del sistema de derechos y las consecuencias de impacto en cada variable. Dijo Lorenzetti al resolver hoy, dando una pauta de ponderación frente a la tensión descrita, “ *Que en el presente caso hay que determinar cuál es el máximo grado de satisfacción del derecho a la educación frente a una emergencia sanitaria.*”

En el presente caso la baja tasa de contagio que se han registrado en las escuelas, el cumplimiento de los protocolos sanitarios instrumentados en cada establecimiento, las medidas específicas de presencialidad combinada con la consecuentes aislamientos de “burbujas” y las consecuencias negativas que acarrearía las suspensión de la presencialidad en los grupos vulnerables de la comunidad educativa hace que la ponderación de derechos sea de muy complejo análisis y resolución, por lo cual intentar simplificar una decisión general, sanitaria, compleja y de emergencia en una amparo con acotado conocimiento y discusión sería absolutamente contraproducente y temerario.

DECISIÓN DISCRECIONAL. FUNDAMENTOS

TECNICOS:

Claramente esta actividad de ponderación implica una actividad discrecional y técnica del Estado.

Discrecional en cuanto implica una evaluación de mérito, oportunidad y conveniencia reservada a la administración ejecutiva.

Este juicio de mérito implica una ponderación que resulta atribución propia del Poder Ejecutivo y que implica no sólo elegir una entre varias alternativas posibles, sino también decidir el momento adecuado. Lo que hoy puede resultar excesivo mañana puede ser necesario.

Pero también esta decisión del estado está fundada en la actividad técnica de la administración, ya que su motivación requiere de saberes especializados. Decidir la medida más adecuada en cada momento exige contar con información veraz, actual y completa; saberes específicos para su adecuada interpretación; meritución técnica y científica de las medidas posibles y evaluación de las potenciales consecuencias, tanto de cada medida individual como de la interrelación entre ellas. Todo este proceso de análisis previo a la toma de la decisión constituye una actividad técnica que requiere de saberes multidisciplinarios especializados, y que son propios de las distintas áreas del Poder Ejecutivo y ajenas a la decisión judicial.

Precisamente reafirmando que decisiones como la pretendida por el actor son ajenas a las atribuciones del Poder Judicial, en el fallo emitido en el día de hoy sostuvo la Corte Nacional que *“... todo lo dicho anteriormente se relaciona con el modo en que deben articularse las competencias de la Nación y del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires para decidir sobre la razonabilidad de mantener o suspender las clases presenciales en el territorio de la ciudad, pero en modo alguno debe ser interpretado como abriendo juicio sobre cuál de las dos políticas es la más adecuada en cada jurisdicción para armonizar en la crisis los distintos bienes jurídicos involucrados (salud, educación, libertad de*



*circulación, entre otros), **cuestión que —naturalmente— resulta ajena a la órbita del Poder Judicial** (Fallos: 338:1583; 343:2019; entre muchos otros).”, “Que, por otra parte, **la referida evaluación no corresponde a los jueces, porque la magistratura carece de información suficiente para decidir sobre cuestiones vinculadas a la salud pública.**” y “En este aspecto queda claro **que la magistratura no está en condiciones de juzgar la conveniencia de la medida.**” (los resaltados nos pertenecen).*

Lo que hay en definitiva por parte de la actora, en la pretensión, es una mera discrepancia con una medida no tomada aún, que no puede ser zanjada en este tipo de procedimiento judicial. Recordemos lo que decía el Juez Rosatti⁷ recordando al maestro Bidart Campos “... *no todo los que no nos gusta es inconstitucional.*” De seguir el razonamiento planteado por la actora caeríamos en una especie de asambleísmo judicial, donde todas las decisiones políticas que no nos gusten serían sometidas al arbitrio judicial, dejando en suspenso y debilitado las decisiones del Poder Ejecutivo en todos sus niveles.

RAZONABILIDAD DE LAS NORMAS

El art. 14 de nuestra C.N. establece que los derechos allí reconocidos se encuentran limitados por las leyes que reglamentan su ejercicio. Como tan claramente lo expresa Ekmekdjian (Ekmekdjian, Miguel Angel; Tratado de Derecho Constitucional, Tomo III, pág. 1.), “La Corte Suprema de Justicia ha expresado que no existen derechos absolutos en la Constitución Nacional y que todo derecho debe ser compatibilizado con los demás derechos enunciados en la Constitución, con los derechos de la comunidad y con los deberes que aquélla establece.”(Fallos 304:319, 304:1293, 312:318, 311:1439, 254:58,253:134 y 304:1525). En igual sentido que nuestro art. 14, la Convención Americana sobre

⁷ “...El Poder Judicial, a mi juicio, no debe arrogarse una representatividad que no tiene ni considerarse un contrapoder”, aseguró el candidato, que para ejemplificar el caso, recordó las palabras de su maestro, German Bidart Campos, “No todo lo que no nos gusta es inconstitucional”, y reiteró “no puede haber decisiones judiciales tomadas para contrarrestar una decisión política”. <https://www.diariojudicial.com/nota/74642>

Derechos Humanos establece en su artículo 22 inciso 3 y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) en su Artículo 12 Inc. 1 prevén la posibilidad de restringir derechos cuando sea necesario para la protección de la salud pública, como es el caso.

La constitucionalidad de la reglamentación de los derechos estará sometida a su control de razonabilidad, conforme lo exige el art. 28 de la C.N. Para superar dicho test las normas deben perseguir un fin legítimo y disponer medios adecuados y proporcionales a tal fin.

Al respecto Tiene dicho nuestra CSJN que *“La reglamentación legislativa de las disposiciones constitucionales debe ser razonable, esto es, justificada por los hechos y las circunstancias que les han dado origen y por la necesidad de salvaguardar el interés público comprometido y proporcionado a los fines que se procura alcanzar, de tal modo de coordinar el interés privado con el público y los derechos individuales con el de la sociedad”*, (Fallos 312:496).

En el marco de dicha potestad de reglamentar los derechos, la CSJN concibió la doctrina del poder de policía de emergencia, sosteniendo que *“es posible el ejercicio del poder del Estado en forma más enérgica que la admisible en períodos de sosiego y normalidad”*(Fallos 238:76) Fallos: 200:450), ya que *“acontecimientos extraordinarios justifican remedios extraordinarios”* Consecuentemente podemos afirmar que el derecho de la emergencia *“no nace fuera de la Constitución, sino dentro de ella”* (Fallos: 191:388).

La constitucionalidad de las restricciones a los derechos que se dispongan en el marco de emergencias como la presente, está sujeta a los parámetros fijados por la Corte Suprema en relación a la necesidad de: 1) que se acredite una situación de emergencia, 2) que se persiga una finalidad de interés público, 3) que el remedio sea justificado, razonable, adecuado y proporcional a la finalidad y 4) que tenga una limitación temporal (Fallos 327:495 y 329:5913, entre otros. En idéntico sentido SCJM LS 300-91). En definitiva, en este caso en concreto hay aquí una aplicación razonable de las limitaciones y acciones y omisiones



FISCALIA DE ESTADO
Provincia de Mendoza

legales que hacen al equilibrio de todas las variables del sistema sanitario provincial, ponderando los derechos y facultades en posible conflicto.

Tanto las excepciones contempladas por las normas, como el proceso progresivo de flexibilización en materia de presencialidad educativa, demuestran la clara voluntad del gobierno de buscar el mejor equilibrio posible al conjugar los derechos involucrados, optando por las alternativas menos gravosas a los derechos civiles que deben ser restringidos en aras a la protección la salud pública, permitiendo progresivamente el aumento de actividades en la estricta medida que los datos epidemiológicos y los conocimientos científicos lo permiten, así como restringiéndolos cuando la evolución de la situación así lo exige.

Como conclusión, no existe irrazonabilidad ni arbitrariedad manifiesta en la decisión de no suspender, en esta instancia, la modalidad educativa que se viene implementando de “presencialidad administrada”.

La omisión legal pretendida por la actora resulta desmedida e infundada de acuerdo a todos los argumentos antes expuesto, como así también las normas que el actor ataca, resultan razonables, constitucionales y convencionales; y así ha sido sostenido por diversos tribunales en todas las causas análogas que se han planteado en el país, y por la Corte Suprema en el día de la fecha.

Cabe finalmente agregar, siguiendo asentada doctrina de la CSJN, que el control de razonabilidad que ejerce el Poder Judicial sobre los actos de los restantes poderes del Estado se manifiesta en analizar la legitimidad del fin perseguido, la adecuación del medio elegido a dicho fin, y la proporcionalidad entre el bien jurídico que se busca proteger respecto a los afectados; siendo todos estos requisitos claramente cumplidos en esta causa y debiendo por tanto superar las normas atacadas el test de razonabilidad que a V.S. corresponde realizar.

Pero no corresponde a los jueces reemplazar a los restantes poderes en el ejercicio de sus atribuciones ya que, como ha sostenido

tanto la CSJN como nuestro Superior Tribunal local “...*la jurisprudencia consolidada de este Superior Tribunal tiene dicho que la conveniencia del criterio que escoge el legislador no está sujeta a revisión judicial (conf. Fallos: 339:1583; 290:245; 306:1964; 323:2409; 324:3345;325:2600). Más bien, sobre este aspecto debe primar un criterio de deferencia por parte del Poder Judicial. Así se deriva del principio republicano de separación de las funciones del Estado en diversos órganos, el cual encuentra asidero en la Constitución Nacional (arts. 1 y 33), como así también en la Constitución de Mendoza (art. 1). Su objeto estriba en asegurar, salvo excepciones inconstitucionales, que cada una de las ramas de gobierno disponga de una específica zona de reserva, fuera de todo dominio, interferencia o expansión por parte de otros poderes del Estado.*”(SCJM en “Ortega Patricia Norma c/ Gobierno de la Provincia de Mendoza P/ APA”, CUIJ: 13-04114046-6)

Dicho criterio resulta de especial aplicación a causas como la presente, referida a la decisión de la política de salud y epidemiológica más adecuada para enfrentar la pandemia en curso, en atención a la gran complejidad científica que presenta y que supera al conocimiento del actor, de esta parte y de los jueces, como para decidir fundada y científicamente por qué medidas reemplazar la impuesta.

VII.- IMPROCEDENCIA DE LA VIA:

Sin perjuicio de adherir plenamente a lo expresado por las demandadas directas en este aspecto, cabe señalar que, como sostiene amplia doctrina, el amparo no es la vía adecuada por su insuficiencia probatoria frente a una causa de la complejidad que nos ocupa. (Ekmekdjian, op. cit., tomo IV pág 49: “*Se excluyen aquellas causas en las cuales, por su complicación y necesidad de pruebas especiales, se necesitará de la amplitud del proceso ordinario*”)

Como hemos señalado precedentemente, la base del planteo del actor es que la omisión legal de suspender la presencialidad presentaría una irrazonabilidad manifiesta, citando una serie de estadísticas y análisis científico



FISCALIA DE ESTADO
Provincia de Mendoza

que claramente determinan la complejidad de la situación y que lo único que dejan sentado, si las contrastamos con lo informado por el Ministerio de Salud, es que no es evidente ni manifiesta la postura del actor, muy el contrario se encuentra en el marco de un profundo y complejo debate científico.

Poder acreditar esa afirmación requiere un profundo debate científico que excede largamente la naturaleza sumarísima de esta vía.

La vía del amparo se reserva sólo para casos de arbitrariedad e ilegalidad manifiesta, lo que bajo ningún aspecto puede afirmarse de las normas atacadas, sea en su acción u omisión. Las mismas se basan en los criterios científico del ministerio de salud local que detenta los datos de primera mano, frente a un virus de comportamiento esquivo.

Frente a esta complejidad, no es posible afirmar que esta vía sumarísima ofrezca la amplitud probatoria y de conocimiento suficiente como para llegar a obtener Usía la certeza necesaria de que la omisión pretendida por la actora va a reducir los contagios y amenazas sobre el colectivo que dice representar.

Conforme con todo lo expuesto, esta Fiscalía de Estado solicita que la presente acción de amparo sea rechazada en todos sus términos.

VIII.- DERECHO

Fundo la presente en lo establecido por el art. 219 y conc. del CPCCyT, así como en las normas, jurisprudencia y doctrina citadas en el presente escrito.

IX.- PRUEBA

Adherimos a las pruebas ofrecidas por las demandadas directa en su escrito de contestación.

X.- PETITUM:

Por todo lo expuesto, a U.S. pido:

- 1.- Me tenga por presentado, por parte y por constituidos los domicilios.
- 2.- Tenga por contestado el traslado conferido.
- 3.- Oportunamente, dicte sentencia, rechazando en todas sus partes la demanda, con costas a la contraria.

Provea U.S. de conformidad.

SERA JUSTICIA.-



Dr. Fernando M. Simón
Fiscal de Estado
PROVINCIA DE MENDOZA