



Villa la Angostura, 8 de Marzo del año 2021.

**Y VISTOS:** estos autos caratulados: **"MINNAARD GERARDO NESTOR Y OTROS C/ PODER EJECUTIVO DE LA PROVINCIA DEL NEUQUEN Y OTROS S/ ACCION DE AMPARO" Expte N° 15280/2020**, de los que resulta que:

I.- La parte actora se presenta denunciado como hecho nuevo el dictado de la Resolución N°0036 en el marco del Expediente N°8120-004593/2020 de fecha 26 de febrero de 2021 por parte del Consejo Provincial de Educación, por la cual se resuelve que la concurrencia presencial de las/los estudiantes a los establecimientos educativos se hará de manera escalonada y progresiva conforme cronograma que dispone por etapas desde la etapa 1 a la etapa 5 en diferentes fechas para el primero, segundo y tercer ciclo de los niveles primario, secundario y para la modalidad Técnico Profesional, Modalidad de Educación de Jóvenes y Adultos, estudiantes de nivel inicial y los de modalidad de Educación Especial, respectivamente.

Que la Resolución N°0036 se dicta asimismo en virtud de la Resolución N° RESFC-2021-1E-NEU-MS de fecha 26 de Febrero de 2021 por la cual la Ministra de Educación de la Provincia de Neuquén y la Ministra de Salud de la Provincia de Neuquén autorizan el retorno de las clases presenciales en las instituciones educativas de toda la provincia atento que se encuentran reunidas las condiciones epidemiológicas generales a tal efecto, y que las mismas se autorizan de acuerdo a las disposiciones generales y particulares del protocolo sanitario vigente aprobado por la Resolución N°0010/21 del Consejo Provincial de Educación y sus modificatorias, todo ello conforme la evaluación de riesgo sanitario y epidemiológico del territorio provincial. El Protocolo aprobado estableció como propuesta educativa un sistema de alternancia entre



“presencialidad” y “no presencialidad” o virtual a los fines de garantizar el derecho a la educación.

II.- En virtud de dicha Resolución N°0036/21 indicada, la actora solicita como medida cautelar la suspensión parcial de los efectos de la Resolución N°0036/21, a fin de que el CPE admita inmediatamente y sin limitación el inicio de todos los ciclos escolares que los directivos y supervisión conforme a la realidad edilicia sean posibles, ello en atención a que concurren los presupuestos de procedencia para el pedido cautelar, el cual no se confunde con la pretensión principal.

III.- Que ordenada la intervención y vista del Defensor de los Derechos del Niño, el mismo a fs. 476 por presentación Web N° 13382, dictamino que, no corresponde hacer lugar a la medida requerida entendiendo que de adoptarse la misma se adelantaría la pretensión primaria del proceso, solicita la fijación de audiencia con citación a la autoridad de salud, dejando aclarado que con su dictamen no estaría adelantando opinión alguna.

**Y CONSIDERANDO:** Que corresponde expedirme respecto de la medida cautelar específica solicitada, resultando necesario previamente recordar que el artículo 14 de la Constitución Nacional señala que todos los habitantes de la Nación gozan del derecho de enseñar y aprender. Y el artículo 75 inciso 19 establece la responsabilidad indelegable del Estado en la organización de la educación pública.

Por su parte, el artículo 47 de la Constitución provincial reconoce a las niñas, niños y adolescentes como sujetos activos de derechos, les garantiza su protección y su máxima satisfacción integral y simultánea, de acuerdo a la Convención de los Derechos del Niño, la que incorpora a la Constitución,



en las condiciones de su vigencia. Y los artículos 110 y siguientes establecen que el Estado provincial garantiza la educación pública, laica, gratuita y obligatoria desde el nivel inicial hasta completar el nivel medio en sus diferentes modalidades, en las condiciones que la ley establezca, procurando que en todas las escuelas se imparta cada ciclo de educación y enseñanza completo. También establece que la dirección técnica y la administración general de la enseñanza estarán a cargo de un Consejo Provincial de Educación - art.118- y que los Consejos Escolares deberán velar por el eficiente funcionamiento de las escuelas de sus respectivos distritos y por el cumplimiento de los preceptos de la Constitución en materia educacional - art.119.

Asimismo, el artículo 28 de la Convención de los Derechos del Niño -incorporada tanto a la Constitución Nacional como a la Provincial- establece que: "Los Estados Partes reconocen el derecho del niño a la educación y, a fin de que se pueda ejercer progresivamente y en condiciones de igualdad de oportunidades ese derecho, deberán en particular: ... b) Fomentar el desarrollo, en sus distintas formas, de la enseñanza secundaria, incluida la enseñanza general y profesional, hacer que todos los niños dispongan de ellas y tengan acceso a ella y adoptar todas las medidas apropiadas...". Luego, el artículo 29 señala a que debe estar encaminada la educación de los niños, del que se desprende la importancia de generar a través de las instituciones educativas del Estado, los mecanismos necesarios para que los niños desarrollen su propia personalidad y vayan adquiriendo mayores responsabilidades teniendo en cuenta su propia evolución biológica, psicológica y socio-cultural, de modo de propiciar en ellos el concepto de autonomía responsable. Es que sin educación no puede hablarse de verdadera autonomía.



La educación tiene un peso tan grande en la formación de cualquier ser humano que puede sostenerse que, sin educación no hay dignidad ni derecho al desarrollo humano, ni derecho a la identidad o al acceso a la información, no hay libertad de pensamiento y de conciencia ni libertad de expresión (cfr. Gil Domínguez, Andrés - Fama, María Victoria - Herrera, Marisa, "Derecho Constitucional de Familia", Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Editorial Ediar, 2006, t.I, ps.653 y 659).

En función de estos derechos reconocidos por las Constituciones Nacional y Provincial, no hay duda que en principio resulta admisible la medida cautelar solicitada, dado que resulta imperioso disponer el **efectivo inicio** del ciclo lectivo en forma **íntegra** y no escalonada, ya que admitir la vigencia de lo dispuesto por la Resolución N°0036/2021 implica una omisión de la autoridad pública que de tal forma restringe -con ilegalidad manifiesta y arbitrariamente- derechos reconocidos constitucional y convencionalmente (Arts. 43 de la Constitución Nacional y 59 de la Constitución Provincial), en tanto que la educación es un derecho humano intrínseco y un medio indispensable para la realización de otros derechos.

Como derecho que hace al ámbito de la autonomía de la persona, la educación es la principal herramienta que permite tanto a niños, jóvenes como adultos marginados económica y socialmente, salir de la pobreza y participar plenamente en sus comunidades. Desempeña un papel decisivo en la emancipación de la mujer, la protección de los niños contra la explotación laboral, el trabajo peligroso y la explotación sexual, la promoción de los derechos humanos y la democracia, entre muchos otros beneficios. Y, en especial, con relación a los niños y adolescentes, el derecho a la educación responde a



una exigencia de la dignidad humana. Es tanto una exigencia moral como económica. Para comer decentemente, vestirse, tener una vivienda decorosa, cuidarse y educar a sus hijos, las personas necesitan instruirse (cfr. Gil Domínguez, Andrés - Fama, María Victoria - Herrera, Marisa, "Derecho Constitucional de Familia", Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Editorial Ediar, 2006, t.I, ps. 650/651/652).

Luego el Poder Legislativo Provincial en cumplimiento de sus funciones establece en la Ley Provincial N° 2945 -Ley Orgánica de Educación- se establece "...La educación y el conocimiento son un derecho personal y social y un bien público. Ambos una obligación indelegable, imprescriptible e inalienable del Estado Provincial" (art. 1) "La educación debe brindar las posibilidades necesarias para la formación integral de las personas a lo largo de la vida, posibilitar su realización en las dimensiones cognitiva, cultural, social, estética, ética y espiritual, y promover, en cada estudiante, la capacidad de definir un proyecto de vida individual y colectivo fundado en los valores de la libertad, el respeto a la diversidad, la igualdad, la justicia, la responsabilidad, el bien común, la solidaridad y la paz" (art. 2). "El Estado provincial debe asegurar, proveer y garantizar una educación pública, gratuita, laica, integral, permanente, inclusiva, científica, equitativa, con justicia social y de excelencia." (art. 3).

"El Estado provincial es el responsable de fijar la política pública educativa en el marco de las normativas nacionales vigentes y de supervisar su aplicación en todas las instituciones educativas" (art. 4). "El Estado provincial garantiza el acceso y las condiciones para la permanencia, el egreso y la recurrencia de niñas, niños, jóvenes y adultos a la educación, en todos sus niveles y modalidades" (art. 5),



observándose en las presentes actuaciones el mismo Estado es el que ésta transgrediendo sus propias leyes en detrimento de los niños/niñas y adolescentes que ven conculcados sus derechos.

La Ley Provincial N° 242, de creación del Consejo, establece en su artículo 1° que dicho organismo será el encargado de organizar y administrar la enseñanza de todos los niveles - excepto el universitario-, disponiendo el artículo 2 que tendrá plena autarquía técnica y administrativa.

A su vez, el artículo 9 de la ley citada enumera las atribuciones del Consejo, entre las cuales resulta pertinente citar las siguientes: decidir en todo lo que se refiera a la educación, de acuerdo con la Constitución y las leyes; resolver todo cuanto se refiera a planes y programas de enseñanza, coordinar y convenir con organismos nacionales, provinciales y privados, y fijar las normas para su aplicación y control; crear, trasladar y clausurar -temporal y definitivamente- los establecimientos, de acuerdo con las necesidades; resolver sobre nombramientos, traslados, permutas, licencias, suplencias y todo lo que se refiere a movimiento de personal docente, técnico, administrativo, de maestranza y de servicio, de acuerdo con la legislación en vigencia; presentar al Poder Ejecutivo el presupuesto anual; alquilar inmuebles para escuelas y dependencias del organismo; construir, refaccionar y/o ampliar los edificios de su dependencia; y administrar el presupuesto.

De todo, entiendo que a partir de estas normas es el Poder Ejecutivo [en sus distintos niveles] a quien corresponde materializar las normas en acciones positivas que representen la concreción de los derechos de todos los habitantes de la Nación.



Es sabido que el primer garante de los derechos de las personas y la cohesión social es el Estado a través de sus tres órganos de poder, Ejecutivo, Legislativo y Judicial. Es evidente que en términos de satisfacción y/o restitución de derechos, el Poder Ejecutivo es quien se halla en mejor situación para tal fin, mediante el despliegue de distintas acciones positivas. De ahí que se sostenga que el Poder Judicial cumple un rol secundario o subsidiario, ya que éste recién entra en acción ante el incumplimiento de cualquiera de los otros dos órganos estatales (cfr. Gil Domínguez, Andrés - Fama, María Victoria - Herrera, Marisa, "Derecho Constitucional de Familia", Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Editorial Ediar, 2006, t.II, p.899).

Es que cuando la urgencia que se deriva de las particulares circunstancias de la causa impone la adopción de mandatos concretos, de cumplimiento inmediato, y en ejercicio de la jurisdicción, compete al Poder Judicial adoptar las decisiones más idóneas para asegurar la efectividad de los derechos de los accionantes, y de ningún modo puede verse en ello un propósito de sustituir a los otros poderes del Estado en la definición, programación y ejecución de las políticas públicas, ni tomarse su decisión como una valoración o emisión de juicio general respecto de situaciones cuyo gobierno le es ajeno (cfr. SCJBA, 14- 06-2010, "P., C. I. y otro c/ provincia de Buenos Aires", citado por Grosman, Cecilia - Kemelmajer de Carlucci, Aída - Lloveras, Nora (directoras) en "Derecho de Familia", Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, Buenos Aires, Editorial Abeledo Perrot, febrero 2011, ps.71/90). Es que el mandato de la Constitución que pesa sobre el Poder Judicial es el de descalificar todo acto u omisión que se oponga a aquélla (cfr. CSJN, 11-12-2003, "Recurso de hecho deducido por la defensa y por el defensor público oficial coadyuvante de Víctor Hermes Brusa en la causa



Brusa, Víctor Hermes s/ pedido de enjuiciamiento”, voto de los Dres. Boggiano y Vázquez, en En este sentido, se ha dicho que: “...corresponde a los Poderes Legislativo y Ejecutivo la determinación de las Políticas de gobierno que cumplan con la obligación constitucional de asegurar los derechos objeto de tutela (...) A su vez, la decisión en torno a los cursos de acción que resultan idóneos para hacer efectivos estos derechos es materia privativa de la ley y la administración y, a tal efecto, disponen de un amplio margen de actuación. Ello no obsta a que, tal como se sostuvo en otras oportunidades, frente a una controversia -y en caso de resultar procedente la acción por encontrarse reunidos los diferentes presupuestos procesales de admisibilidad-, corresponda al órgano jurisdiccional corroborar, en primer lugar, si el órgano político cumplió con su deber constitucional de reconocer los derechos y, a tal efecto, diseñó políticas públicas tendientes a asegurar su efectiva vigencia. En segundo término, corresponde al juzgador determinar si la política o el programa a tal efecto creados son razonables, es decir, si éstos se ajustan a los estándares constitucionales y, asimismo, si resultan adecuados para satisfacer los derechos. Si los mencionados programas cumplen con tales presupuestos, ninguna consideración corresponde hacer a los jueces sobre políticas alternativas. Finalmente, y en tercer lugar, es necesario que el magistrado compruebe si, una vez delineadas las políticas y creados los programas respectivos, éstos efectivamente se cumplen. En consecuencia, de acuerdo con lo sostenido precedentemente, es evidente que la razonabilidad y, luego, el adecuado cumplimiento de las políticas o programas creados a efectos de tutelar el derecho constituyen, en los términos señalados *supra*, una cuestión susceptible de control judicial. Con respecto a esta cuestión, este Tribunal ha recordado innumerables veces que, cuando los jueces revisan las conductas de la administración en el marco de las causas





en las cuales han sido llamados a conocer, no invaden zona de reserva alguna, sino que se limitan a cumplir con su función específica, esto es, ejercer el control de la función administrativa a fin de constatar si su ejercicio se adecua o no al ordenamiento jurídico..." (CCont.Adm.yTrib. CABA, Sala 1ª, 23-12- 2008, "Acuña, María Soledad c/ Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/ amparo", Expte. N° 15.558/0, citado por Gustavo Moreno, "El alcance adecuado de una sentencia en materia de derechos económicos, sociales y culturales", en la revista dirigida por Grosman, Cecilia - Kemelmajer de Carlucci, Aída - Lloveras, Nora, "Derecho de Familia", Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, Buenos Aires, Editorial Abeledo Perrot, febrero 2011, ps.91/100).

Así, entiendo que se da aquí el presupuesto de **urgencia** en el que se plantea que -el poder ejecutivo [provincial] y sus órganos de administración- estarían incumpliendo su deber y vulnerándose -en consecuencia- derechos fundamentales [en este caso de niños, niñas y adolescentes] por lo que debe ingresar la suscripta en el análisis de la cuestión traída a estudio.

En consecuencia, es claro que este pronunciamiento no conlleva una indebida intromisión del Poder Judicial en el diseño y aplicación de políticas públicas a cargo de los otros órganos de poder estatal. Por el contrario, esta resolución busca hacer efectivos los derechos de los todos los niños/niñas y adolescentes, a estudiar, concurriendo a un establecimiento seguro, que no ponga en riesgo su salud ni integridad física y que tal concurrencia sea efectiva e inmediata, ello a fin de que el derecho a la educación no resulte una simple invocación sino que se vea consolidado efectivamente.

Que previamente a ingresar al estudio específico de la normativa derivada de la medida cautelar requerida, debo dejar



expresamente aclarado que, la presente resolución únicamente se atiende a los términos de la medida cautelar solicitada, sin que la misma implique un prejuzgamiento ni adelantamiento de opinión, ya que ello será abordado oportunamente al momento de dictar sentencia definitiva.

Tenemos así que, la Resolución N°585 de fecha 15 de Diciembre de 2020, emitida en el Expediente 2020- 0047861-NEU-DESP#SAPPE, Anexo II establece expresamente como periodo para todos los niveles y modalidades Marzo - Diciembre, clases desde el 03 de marzo de 2021 al 21 de diciembre de 2021 conforme todos sus fundamentos y en concordancia con lo dispuesto por la Ley 25.864, art. 9 inciso "h" de la Ley Provincial 242. Ahora bien sin perjuicio del calendario de fecha única indicado, que además fuera dispuesto en coherencia con todas las medidas ordenadas derivadas de la situación epidemiológica imperante como consecuencia de la Pandemia denominada "Covid-19", específicamente la Resolución N°0010/21 Anexo Único "Camino a la Escuela Presencial", el 26 de Febrero de 2021 se dispuso la mencionada Resolución N°0036/21 que por la presente se encuentra en crisis, la cual se encuentra fundamentada en la necesidad de que el regreso a las clases presenciales en todos los niveles y modalidades del sistema educativo se realice de manera cuidada, con garantías sanitarias y pedagógicas que garanticen la salud pero también el derecho al conocimiento. Que los estudiantes en general conforman un grupo burbuja debiendo salir del formato tradicional y la necesidad de agrupar a los estudiantes para lograr el respeto del distanciamiento necesario, estando la organización de ello conforme cada institución disponga. Asimismo, dice que para lograr el cumplimiento de las normas de distanciamiento social, este regreso será paulatino, progresivo y alternado, disponiendo así en consecuencia el escalonamiento cuestionado y a criterio de la suscripta



totalmente discriminatorio sin fundamento alguno de la igualdad de derechos de las que son titulares y gozan los niños/niñas y adolescentes en general, vislumbrándose incluso una arbitrariedad en la norma ya que delega la organización en cada institución no estableciendo criterios claros de selección? de los niños y adolescentes.

De todo lo expuesto, y dejando expresamente indicado que no debe perderse la guía que consiste en siempre dar cumplimiento a todos los Protocolos de salud necesarios a los fines de continuar manteniendo el estado epidemiológico controlado, los escuetos fundamentos esgrimidos en la Resolución N°36/21 en los considerandos resultan insuficientes como para sostener el escalonamiento en las fechas de inicio de clases que dispone la parte resolutive, dicha resolución de manera incongruente y discriminatoria conculca y vulnera el efectivo resguardo de derechos de muchos niños/niñas y adolescentes de recibir su educación ya que el escalonamiento cuestionado genera una diferencia de aproximadamente un mes entre la fecha establecida por la Resolución N° 585 donde expresamente se establece el inicio del ciclo lectivo 2021 para todos los niveles y modalidades el día 03 de Marzo del corriente y la que efectivamente empezará la etapa cinco establecida en la Resolución N° 36/21.

Claramente y sin perjuicio del dictamen en contrario de la Defensoría de los Derechos del Niño/a y Adolescente, habré de hacer lugar a la medida cautelar solicitada en el convencimiento absoluto que, de manera inmediata se debe dar inicio al año lectivo 2021 en todas las modalidades y ciclos sin diferenciación de etapas y escalonamiento alguno, ya que esa es la única manera de resguardar y dejar de conculcar el derecho a la igualdad y educación de nuestros niños niñas y adolescentes.



Que por ello:

**RESUELVO:** I) A la presentación Web N° 12729: Téngase presente todo lo manifestado. Al pedido de extensión de plazo para contestar la vista solicitado por la Defensoría de los Derechos del Niño/a y Adolescente, no ha lugar por no corresponder. II) A la presentación Web N° 12762: Por contestado el traslado conferido. Téngase presente lo manifestado. III) A la presentación Web N° 13382: Por contestada la vista conferida oportunamente. Téngase presente. IV) A la medida cautelar solicitada, conforme lo manifestado en los considerandos, HAGASE LUGAR A LA MISMA ordenando al Consejo Provincial de Educación a que garantice inmediatamente el inicio del año lectivo 2021 en todos los ciclos y modalidades dejándose sin efecto el cronograma escalonado que se ordena en la Resolución N°0036 dictada en el Expediente N°8120-004593/2020 de fecha 26 de febrero de 2021, debiendo cumplirse la concurrencia presencial a los establecimientos educativos de manera inmediata dentro de las setenta y dos (72) horas de notificada la presente, con estricto cumplimiento del Protocolo establecido por el Ministerio De Salud, debiendo asegurar el efectivo dictado de clases presenciales en aquellos establecimientos educativos donde se encuentren cumplidas las condiciones edilicias para tal fin. En el caso de aquellos establecimientos donde no se encuentren dadas las condiciones adecuadas para el inicio de las clases presenciales, se deberá asegurar el efectivo inicio de clases en la modalidad "No presencial" o virtual dentro del mismo plazo, ello bajo apercibimiento de imponer QUINCE (15) JUS (valor actual del JUS \$ 2.361,36.-) en concepto de ASTREINTES por cada día de demora. V) Intimar al Consejo Provincial de Educación a que dentro del plazo de cuarenta y ocho (48) hs., presente un informe circunstanciado del estado actual edilicio de todos los establecimientos educativos correspondientes como



asimismo el resultado y respuesta a la Nota que remitiera bajo N°224/20 a los Municipios y Comisiones de Fomento, donde se les habría requerido, en cumplimiento del Decreto N°40/19 que arbitren los medios necesarios a fin de dar cumplimiento en tiempo y forma a las tareas inherentes al mantenimiento de los establecimientos escolares, ello bajo apercibimiento de imponer cinco (5) Jus (valor actual del JUS \$2.361,36.-) en concepto de ASTREINTES por cada día de demora en dar cumplimiento.

VI) PROTOCOLÍCESE DIGITALMENTE Y NOTIFÍQUESE ELECTRONICAMENTE

**DRA. ANDREA DI PRINZIO VALSAGNA - JUEZ SUBROGANTE**