

NEUQUEN, 6 de Marzo del año 2024.

Y VISTOS:

En Acuerdo estos autos caratulados: **"QUIROGA LILIANA BEATRIZ C/CONSEJO PROVINCIAL DE EDUCACIÓN S/INCIDENTE DE APELACIÓN (AMPARO)", (JNQC13 INC N° 34248/2024)**, venidos a esta **Sala II** integrada por los vocales Patricia **CLERICI** y José **NOACCO**, con la presencia de la secretaria actuante, Micaela **ROSALES** y, de acuerdo al orden de votación sorteado, **la jueza Patricia CLERICI**

I.- La parte demandada interpuso recurso de apelación contra la resolución interlocutoria de hojas 25/27vta. del presente incidente, dictada el día 27 de diciembre de 2023, que hace lugar a la medida cautelar peticionada, ordenando a la demandada que en el plazo de dos días asigne una vacante a la menor en la EPET n° 20, con costas al vencido.

a) En su memorial de hojas 30/32vta. -presentación web n° 605188, con cargo de fecha 2 de febrero de 2024- la recurrente se agravia señalando que de acuerdo con el art. 30 de la ley 1.981, se autoriza el dictado de medidas de no innovar o de suspensión del acto impugnado, pero no de innovativas, como la cautelar de autos, por lo que la jueza de grado ha fallado contra legem.

Dice que la medida recurrida modifica una situación de hecho, que ha generado derechos adquiridos al colectivo de estudiantes que pasó por el proceso de inscripción en la escuela secundaria, según la normativa aplicable, ya que el cumplimiento de la cautelar importa el desplazamiento de alguno de los estudiantes inscriptos -aspirante al ingreso-, que fue favorecido en el sorteo debidamente realizado.

Cita jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Sigue diciendo que no se advierte el peligro en la demora, o el perjuicio inminente, en tanto la medida se adopta en el mes de diciembre de 2023, cuando el inicio de clases recién ocurrirá en marzo de 2024 y, de corresponder, incluso luego de iniciadas las clases la hija de la actora podría ser inscripta en la escuela solicitada. Vuelve a citar jurisprudencia de la Corte Suprema.

Explica cómo se organiza la educación secundaria en la provincia.

Como segundo agravio plantea que los derechos constitucionales y convencionales no son operativos, sino que se aplican en función de las leyes que reglamentan su ejercicio, como así también que existe un orden de prelación normativa que debe ser respetado por cada poder estatal. Por ello, argumenta la apelante, la jueza a quo, al habilitar la medida cautelar, no contempla la normativa que reglamenta el ejercicio de los derechos convencionales y constitucionales en los que sustenta su decisión, a la vez que no desarrolla en qué medida la demandada, al definir el método de inscripción en las escuelas de gestión estatal, incurrió en falta de razonabilidad, en qué medida excedió el límite de su competencia.

Reconoce que la asignación de una vacante en una escuela media distinta a la pretendida puede ser frustrante para las aspiraciones de una adolescente, e incluso de su familia, pero no se puede asignar al Estado la función de cumplir todo el plan de vida de todas las personas. Agrega que son muchas las familias que, por distintas razones, necesitan que sus hijos e hijas asistan a determinada escuela o turno, y entonces a todos ellos debería ofrecérsele esta misma posibilidad.

Señala que la observancia del interés superior del niño y niña implica sopesar las implicancias que tendrá la decisión en los otros adolescentes involucrados, y que del principio de igualdad que consagra el art. 16 de la Constitución

Nacional se desprende la obligación del Estado de evitar tratos desiguales injustificados.

Advierte que la intromisión judicial en la organización institucional de responsabilidad del Poder Ejecutivo, puede provocar la perturbación en el servicio público que se presta.

b) La amparista contesta el traslado del memorial en hojas 37/40 -presentación web n° 609567, con cargo de fecha 8 de febrero de 2024-.

Solicita la deserción del recurso por no reunir, el memorial, los recaudos del art. 265 del CPCyC.

Subsidiariamente rebate los agravios formulados.

Se refiere a la jerarquía constitucional de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Sostiene que no se discute la atribución de la demandada en la ejecución de la prestación del servicio educativo, pero ello implica que su conducta debe ajustarse a la normativa vigente.

Dice que las disposiciones relativas al orden de inscripción conforme a un sistema de prioridades se destacan por su opacidad, a lo que se agrega el incumplimiento, por parte de la demandada, de la carga del art. 11 de la ley 1.981, en cuanto a brindar un informe circunstanciado de lo acontecido en el caso.

Defiende la actuación del Poder Judicial en el caso.

c) En hojas 44/45 obra dictamen de la Defensoría de los Derechos del Niño y del Adolescente n° 2.

Señala que la magistrada de grado ha dado razones fundadas y ha analizado con profundidad la medida cautelar peticionada, fundamentando su concesión en garantías de

raigambre constitucional y convencional, de jerarquía superior a las normas del CPE.

Dice que los agravios formulados por la apelante resultan, en realidad, meras disconformidades, no habiéndose efectuado una crítica concreta y razonada de los argumentos del fallo.

Entiende que se encuentran reunidos los requisitos específicos para la procedencia de la tutela judicial anticipatoria.

En definitiva, propicia el rechazo de la apelación.

II.- Preliminarmente, y dado la denuncia efectuada por la amparista y por la Defensoría de los Derechos del Niño y del Adolescente, advierto que el memorial reúne los recaudos del art. 265 del CPCyC, en tanto constituye una crítica razonada y concreta del fallo recurrido.

Por ende, no corresponde declarar la deserción del recurso.

III.- La cuestión traída a conocimiento de la Alzada refiere a la medida cautelar dictada por la jueza de grado, cuyo objeto se confunde con el objeto de la acción de amparo.

El hecho que el art. 30 de la ley 1.981 no contemple expresamente a la medida innovativa como una de las cautelares que puede dictar el juez, no importa que ellas se encuentren prohibidas dentro del trámite del amparo.

Oportunamente, al sentenciar la causa "Gorriti c/ CALF" (inc. jnqcil n° 3.066/2014, 30/6/2014) señalé: "*Roberto Omar Berizonce habla de la frustración práctica del amparo como tutela urgente, señalando que la realidad muestra procedimientos urgentes que dilatan de modo exasperante la definición a través de la sentencia y, más aún, su efectivo cumplimiento (cfr. aut. cit., "Medidas cautelares anticipatorias y de urgencia en el*



proceso de amparo”, Revista de Derecho Procesal, Ed. Rubinza-Culzoni, T. 2009-2, pág. 248); circunstancia que ha llevado a decir a la Corte Suprema de Justicia de la Nación que atañe a los jueces buscar soluciones que se avengan con la urgencia que conllevan las pretensiones, para lo cual deben encauzar los trámites por vías expeditivas y evitar que el rigor de las formas pueda conducir a la frustración de derechos que cuentan con tutela de orden constitucional (cfr. Fallos 327:2177).

“La misma Corte Interamericana de Derechos Humanos se pronunció respecto a que no hay debido proceso legal si un justiciable no puede hacer valer sus derechos en forma efectiva, no considerándose satisfactorios ni efectivos los recursos que, por las condiciones generales del país en cuestión, o incluso por las circunstancias particulares de un determinado caso, resulten ilusorios (caso “Hilaire, Constantine y Benjamín y otros vs. Trinidad y Tobago”, sentencia del 21 de junio de 2002).

“Volviendo al caso concreto de autos, si bien no puede ponerse en duda la necesidad de garantizar el derecho de defensa de la demandada, la situación planteada en la causa amerita una tutela anticipada provisoria, en atención a los derechos comprometidos”.

Lo importante, entonces, a efectos de resolver la apelación de autos es analizar si se encuentran reunidos los recaudos para dictar una medida cautelar como la ordenada en estas actuaciones.

Carlos J. Ponce explica que, como toda medida cautelar, la recepción de la innovativa implica la presencia de los tres recaudos clásicos, esto es, verosimilitud del derecho invocado (*fumus bonis iuris*), peligro en la demora (*periculum in mora*) y la prestación de una cautela previa. Y, en lo que refiere a la medida innovativa, el autor citado agrega los siguientes recaudos: “Irreparabilidad del daño infligido: ...dada



su propia naturaleza, se ha dicho que la medida cautelar innovativa requiere para su configuración la presencia del recaudo del epígrafe, cual es la irreparabilidad del daño infligido por la situación de hecho o de derecho que se pretende innovar...entendemos que una aplicación extensiva y conceptual del recaudo del peligro en la demora dada su flexibilidad, bien podría comprender al del daño irreparable.

"El peligro en la demora no consiste en el simple perjuicio que irroga el tempus del proceso, sino que requiere de un elemento objetivo concreto que se vería desvirtuado si no se adopta la medida en un momento determinado, y en tal supuesto se podría provocar efectivamente un daño irreparable.

"...Carácter excepcional: Más allá de todo lo expuesto y en atención a las consecuencias que su sanción pueda traer aparejadas, la medida cautelar innovativa reviste el carácter excepcional, pues la alteración del estado de hecho o de derecho existente en el momento en que se concreta configura un anticipo de jurisdicción favorable respecto del fallo final, por lo que se requiere una mayor prudencia en la apreciación de los recaudos que hacen a su admisión" (cfr. aut. cit., "Precisiones sobre la medida cautelar innovativa" en Revista de Derecho Procesal, Ed. Rubinzal-Culzoni, T. 2009-2, pág. 163/164).

Este criterio sigue la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en orden a que: "... la viabilidad de las medidas precautorias se halla supeditada a que se demuestre la verosimilitud del derecho invocado y el peligro en la demora, y que dentro de aquellas la innovativa es una decisión excepcional porque altera el estado de hecho o de derecho existente al tiempo de su dictado, habida cuenta de que configura un anticipo de jurisdicción favorable respecto del fallo final de la causa, lo que justifica una mayor prudencia en la apreciación de los recaudos que hacen a su admisión" (autos "Bulacio Malmierca c/

Banco de la Nación Argentina”, Fallos: 316:1833, 24/8/1993; “Evolución Liberal c/ San Juan, Provincia de”, Fallos: 346:461, 9/5/2023, entre otros).

De igual modo esta Sala II ha mantenido tal criterio en autos “Westmont S.A. c/ Cons. Cop. Edificio Irigoyen” (inc. n° 1.662/2012, 20/2/2014); y “Gerez y otros c/ Consorcio Propietarios de Los Canales de Plottier” (expte. jnqci5 n° 547.014/2022, 7/9/2022), entre otros.

Analizada la medida dictada en esta causa a la luz de los conceptos antedichos entiendo que no se encuentran reunidos los recaudos para su admisión.

En efecto, en primer lugar, no encuentro que exista verosimilitud en el derecho invocado por la amparista, toda vez que de acuerdo con el art. 14 de la Constitución Nacional los derechos se gozan de acuerdo con las leyes que reglamenten su ejercicio; reglamentación que también es admitida por el art. 18 de la Constitución provincial.

El mismo art. 4 de la Convención sobre los Derechos del Niño señala que los Estados Parte, en lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales adoptarán las medidas tendientes a darles efectividad hasta el máximo de los recursos de que dispongan.

Cabe recordar el fallo rector en esta materia dictado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa “Ercolano c/ Lanteri de Renshaw”: *“Ningún... derecho reconocido por la Constitución, reviste el carácter de absoluto. Un derecho ilimitado sería una concepción antisocial. La reglamentación o limitación del ejercicio de los derechos individuales es una necesidad derivada de la convivencia social. Reglamentar un derecho es limitarlo, es hacerlo compatible con el derecho de los demás dentro de la comunidad y con los intereses superiores de esta última”* (Fallos: 136:170).

En autos existe una reglamentación del ejercicio del derecho a la educación de los adolescentes que ingresan al ciclo secundario, la que -prima facie- no aparece como irrazonable, otorgando un orden de prioridades para la inscripción en los establecimientos educativos del sistema provincial.

Conforme lo reconoce la amparista, su hija no ha podido ingresar al establecimiento educativo elegido por aplicación de esa reglamentación, aunque no se le ha negado totalmente el acceso a la educación secundaria gratuita, ya que se le ha otorgado vacante en otro establecimiento educativo.

De acuerdo con las constancias obrantes en esta etapa del proceso, como se señaló, no se advierte irrazonabilidad, ni desnaturalización del derecho reglamentado en el orden de prelación. Ello claro está sin perjuicio que se demuestre la existencia de esa irrazonabilidad o de la desnaturalización el derecho en el caso concreto, ya sea por la situación especial de la hija de la amparista o por la aplicación que se ha hecho de la reglamentación.

Y en cuanto al peligro en la demora, si bien es cierto que nos encontramos en una época cercana al comienzo de las clases en el nivel secundario, la hija de la amparista cuenta con una vacante en un colegio de nivel secundario, por lo que va a poder comenzar con la asistencia a clases en el actual ciclo lectivo, sin perjuicio de que pueda ser cambiada de establecimiento escolar si es que obtiene una sentencia definitiva favorable a su pretensión. Siendo pertinente destacar que nos encontramos en el marco de un proceso de amparo, por lo que los tiempos procesales no son extensos.

Lo dicho determina que menos aún se encuentra presente en autos aquél daño irreparable que habilita el dictado de una medida cautelar innovativa como la aquí recurrida.



Por ende, entiendo que la medida cautelar apelada debe ser dejada sin efecto.

IV.- Conforme lo dicho, propongo al Acuerdo hacer lugar al recurso de apelación de la parte demandada y revocar el resolutorio recurrido.

Recomponiendo el litigio, se rechaza la medida cautelar peticionada por la amparista.

Dado los derechos comprometidos en autos, difiero la imposición de costas por la actuación en ambas instancias y la regulación de los honorarios profesionales hasta el dictado de la sentencia definitiva.

El juez José NOACCO dijo:

Adhiero al voto que antecede, expidiéndome en igual sentido.

Por ello, esta **Sala II**

RESUELVE:

I. Revocar la resolución interlocutoria dictada el día 27 de diciembre de 2023, (hojas 25/27vta.) recomponiendo el litigio, rechazando la medida cautelar peticionada por la amparista.

II.- Diferir la imposición de costas de ambas instancias hasta el momento de dictarse sentencia definitiva.

III.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, en su oportunidad, vuelvan los autos a origen.

Dra. PATRICIA CLERICI Jueza

Dr. JOSÉ NOACCO Juez

**Dra. VALERIA JEZIOR
Secretaria**