



Ministerio Público
Procuración General de la Nación

Suprema Corte:

– I –

El Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires promovió la acción prevista por el artículo 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación contra el Estado Nacional, a fin de obtener que se declarara la inconstitucionalidad del art. 2º del decreto 241/21 del Poder Ejecutivo Nacional (y de todas las disposiciones reglamentarias o complementarias dictadas o que se dicten en su consecuencia), que modificó lo dispuesto por el art. 10 del decreto 235/21 y estableció –en su último párrafo– la suspensión del dictado de clases presenciales y las actividades educativas no escolares presenciales en todos los niveles y en todas sus modalidades, desde el 19 de abril hasta el 30 de abril de 2021, inclusive, en el ámbito del aglomerado urbano denominado “Área Metropolitana de Buenos Aires (AMBA)” definido por el artículo 3º del decreto 125/21.

Afirmó, en lo sustancial, que la norma impugnada vulneraba: a) la autonomía de la Ciudad de Buenos Aires, en razón de que –a su entender– la decisión adoptada por el Estado Nacional implicaba una virtual intervención federal, al arrogarse potestades eminentemente locales, tales como las materias de salud y educación; b) el principio de razonabilidad, toda vez que –desde su punto de vista– la suspensión de las clases presenciales dispuesta no se encontraba justificada en datos empíricos, sino que obedecía a la mera voluntad del Poder Ejecutivo Nacional; y c) el principio de supremacía de la Constitución Nacional consagrado por su art. 31.

En ese marco, adujo que el decreto en cuestión violaba de manera flagrante lo dispuesto por la Ley Fundamental, en cuanto garantiza el respeto de las autonomías de las provincias mientras éstas aseguren la educación primaria (art. 5º), y garantiza y establece específicamente la autonomía de la Ciudad de Buenos Aires (art. 129).

Aseveró que, con fundamento en la propagación de la segunda ola del Covid-19, el Estado Nacional hizo tabla rasa del texto y del espíritu de la Constitución Nacional para cercenar los derechos del gobierno autónomo de la Ciudad de Buenos Aires y pretender

imponer, de manera inconsulta, una solución extrema que no encontraba justificación en la situación epidemiológica actual en cuanto a su real propagación en el ámbito escolar.

Destacó que el decreto de necesidad y urgencia cuestionado no presentaba ninguna prueba o estudio para justificar la decisión adoptada con relación a un territorio que, si bien es la sede del gobierno federal, tiene en materia de salud y educación sus propias facultades autónomas, que no podían ser avasalladas de manera arbitraria e injustificada.

En ese sentido, consideró inconstitucional al decreto 241/21 por haber sido dictado sin acreditarse el requisito de necesidad. Asimismo, entendió que lo que esa norma pretendía disponer por esa vía de excepción debió hacerse con intervención del Congreso Nacional, el que no se encontraba en receso ni impedido de tratar la cuestión en forma inmediata y urgente, ni existían circunstancias excepcionales que hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos en la Constitución Nacional para la sanción de las leyes (art. 99, inc. 3°). Agregó que el decreto en cuestión suponía una forma vedada u oblicua de intervenir la jurisdicción autónoma de la Ciudad de Buenos Aires, lo cual también debía realizarse mediante la sanción de una ley del Congreso Nacional, ya que este poder no se encontraba en receso (art. 75, inc. 31, de la Constitución Nacional).

Aseguró que el Poder Ejecutivo Nacional intentaba suplantar la voluntad política del gobierno autónomo porteño que, mediante el decreto local 125/GCBA/2021, había declarado de máxima esencialidad el ámbito del Ministerio de Educación y de los establecimientos educativos, a fin de preservar su normal funcionamiento con protocolos.

Aludió a la insuficiencia de la escuela virtual para tener por cumplida la obligación de prestar el servicio de educación, y a la evidencia científica que demostraría que la falta de presencialidad ocasionaba un grave perjuicio a los niños, niñas y adolescentes en cuanto a su evolución psicológica, interpersonal y social.

Resaltó que actualmente se conocía mucho más sobre el virus y sus distintas variaciones, sus consecuencias, las personas de riesgo y, fundamentalmente, las medidas eficaces y demostradas para evitar la propagación del contagio; por ello se establecieron, de común acuerdo entre las jurisdicciones, los protocolos necesarios y suficientes para asegurar



Ministerio Público

Procuración General de la Nación

que la presencialidad escolar no impactara en el número de contagios de manera significativa; y que los estudios demostraban que la presencialidad escolar –si se respetaban los protocolos vigentes– tenía una incidencia tan mínima en el número de contagios que no se justificaba su suspensión temporaria o definitiva.

Expresó que las razones fácticas, científicas y epidemiológicas del decreto de necesidad y urgencia no alteraban lo antes expuesto y la prueba que aportó, en especial, respecto de la no necesidad del cierre de las escuelas para contener la propagación del virus; así, estimó que el real motivo de su dictado no estaría expuesto en sus fundamentos, lo que determinaba la existencia de un vicio en la motivación.

Refirió que el habitual diálogo que venían desarrollando la jurisdicción nacional y la Ciudad se vio roto sin previo aviso y en forma sorpresiva, pues el día anterior el ministro de Educación de la Nación se había reunido con los de las jurisdicciones locales y había priorizado la presencialidad escolar.

Aceptó que, si la virulencia del virus lo justificara, la restricción de la presencialidad escolar podría ser una decisión razonable, aunque consideró que, en las actuales circunstancias reales de inocuidad de aquella, no debía permitirse que los niños y adolescentes fueran privados de su derecho a recibir su formación en las escuelas.

Enumeró diversas disposiciones de los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional), como la Declaración Universal de los Derechos Humanos (art. 26), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (art. 28), en las que se destaca la importancia del derecho a la educación, en tanto contribuye al desarrollo de la personalidad humana, el respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales, y se menciona la necesidad de adoptar medidas para fomentar la asistencia regular a las escuelas y disminuir la deserción escolar.

Destacó el rol fundamental del formato presencial en la socialización de niños y adolescentes, en la promoción de la inclusión como participación efectiva en los procesos de enseñanza y en el logro de los aprendizajes fundamentales.

Puntualizó que el Ministerio de Salud de la Ciudad, como autoridad encargada de establecer los criterios epidemiológicos necesarios para determinar las condiciones para el desarrollo de las clases presenciales, indicó que, en el marco de la resolución conjunta 1-GCABA-MEDGC/21, la evidencia actual de los efectos de la educación presencial sobre el riesgo de infecciones por coronavirus mostraba que la educación presencial no resultaba ser el principal promotor de los incrementos de la infección en la comunidad y los estudiantes no estaban expuestos a mayores riesgos de infección en las escuelas en comparación con el hecho de no asistir a ellas cuando se aplican medidas de mitigación.

Mencionó las recomendaciones de organismos internacionales como el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) y el Banco Mundial, según las cuales, frente al aumento sostenido de casos positivos de COVID-19, las escuelas debían ser lo último en cerrarse debido al impacto que producía dicha decisión en la continuidad pedagógica de los estudiantes.

Sostuvo –luego de reseñar un estudio de caso publicado en la revista *The Lancet* de marzo de este año y a una publicación de 2020 del Centro Europeo para el Control de las Enfermedades que la evidencia –tanto local como internacional– daba cuenta de que en la escuela los contagios eran infrecuentes, en tanto los casos de Covid confirmados acumulados desde el 17 de marzo al 12 de abril de este año (5.006) representaban solo el 0,71% del total de personas que asistían a las escuelas; la cantidad de burbujas aisladas (945) era solamente el 2,1% del total; y que, de esos casos de aislamiento preventivo por contacto dentro de la misma burbuja, solo se positizaron el 0,012%.

Subrayó que la escuela tampoco era una carga para el transporte público, ya que, según el monitoreo de datos, desde el inicio de clases en febrero de este año había caído en un 70% aproximadamente la cantidad de viajes con boleto estudiantil, lo que significaba que casi 3 de 4 familias dejaron de usar el transporte público para ir a la escuela y buscaron otras maneras de llegar a los establecimientos escolares.



Ministerio Público

Procuración General de la Nación

Apuntó que, en un documento del Ministerio de Educación de la Ciudad actualizado al 12 de abril de este año, se destacó que variada evidencia (UNICEF, UNESCO y OMS –Organización Mundial de la Salud–) demostraba que los niños y niñas no eran actores fundamentales en la propagación del virus y eran menos vulnerables que los adultos ante potenciales contagios, así como a desarrollar formas graves de la enfermedad; por ese motivo –alegó– distintos países destacaron la importancia del retorno a la presencialidad y exhibieron los múltiples riesgos a los que quedaban expuestos los menores en un contexto de cierre generalizado de escuelas, sobre todo para aquellos estudiantes que vivían en condiciones más desfavorecidas.

Expuso que un indicador alternativo para analizar la cantidad de casos era el porcentaje de personas en edad escolar que contrajeron el virus con relación al total de contagios; en ese sentido, indicó que los niños y niñas que asistían al nivel primario representaban alrededor del 5% del total de casos positivos de COVID-19, valores que se mantenían relativamente estables hasta abril de este año, y que desde el inicio de clases podía observarse un leve aumento en su representatividad sobre el total de casos.

En cuanto al grupo de edad que teóricamente asistía al nivel secundario (población entre 13 y 18 años) se observaba, en términos generales, una disminución en la representatividad a partir del inicio de clases respecto al comienzo del año, donde llegó a representar el 15% del total de contagiados diarios, mientras que, luego de la apertura de clases presenciales, se observaban valores estables que oscilan entre el 6 y 8% del total de contagiados.

Enfatizó que las declaraciones formuladas por los ministros de Educación y de Salud de la Nación durante el 13 y el 14 de abril de este año revelaban la falta de razonabilidad de la decisión adoptada mediante el decreto 241/21, pues –según recalcó– ambos funcionarios se expidieron, el primero, respecto de la necesidad de sostener la modalidad presencial en las escuelas, y la segunda, en contra de las restricciones respecto de las actividades educativas presenciales.

Remarcó que la educación a distancia no era un sustituto natural de la educación presencial, y que la ausencia de esta última conllevaba –según estadísticas del Consejo de

Niños, Niñas y Adolescentes y datos emanados de la Oficina de Violencia Doméstica de la Corte Suprema de Justicia de la Nación– la amenaza de dejar a los niños y niñas de la Ciudad en un estado de indefensión frente a potenciales vulneraciones de sus derechos, si se tenía en cuenta el rol fundamental de la escuela y de los agentes educativos como actores necesarios dentro del sistema de promoción y protección de derechos de los menores en el marco del principio de corresponsabilidad.

Hizo referencia, también, al impacto psicológico del aislamiento social en niños y jóvenes, según estudios que individualizó en la demanda.

Explicó que las medidas sanitarias que debieran adoptarse en los establecimientos educativos en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires se encontraban reservadas a su jefe de gobierno y no al Poder Ejecutivo Nacional, por lo que no era posible avalar el ejercicio por parte del Estado Nacional de competencias que se superponían con atribuciones que ya habían sido legítimamente ejercidas por las autoridades locales de la Ciudad en uso de su autonomía.

Esgrimió que el art. 129 de la Constitución Nacional solamente limitaba la autonomía local cuando el ejercicio de las facultades locales impidiera o dificultara aquellas que ejercían las autoridades nacionales, razón por la cual, al ser la potestad de ejercer el poder de policía en materia de salud y de educación eminentemente local, no podía admitirse la intervención del poder federal en la Ciudad.

Observó que, según lo dispuesto por el artículo 2º del decreto 241/21 (que sustituyó al art. 10 del 235/21), las provincias podían decidir sobre la continuidad o suspensión de las clases presenciales, pero la Ciudad no, lo que –a su juicio– constituía una clara violación al principio de igualdad, por evidenciar una discriminación arbitraria con relación a las restantes jurisdicciones locales que traicionaba el espíritu del federalismo y lesionaba el necesario equilibrio entre los integrantes de la República.

Reiteró la tacha de inconstitucionalidad de la norma impugnada por ser contraria al principio de razonabilidad (art. 28 de la Constitución Nacional), toda vez que la suspensión de la presencialidad en las aulas en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires no se



Ministerio Público

Procuración General de la Nación

encontraba fundada en datos empíricos ni científicos, lo que –a su criterio– demostraba que lo decidido se basaba únicamente en la voluntad del órgano emisor.

Resaltó que el decreto 241/21, en cuanto dispuso la suspensión de clases presenciales, era violatorio del principio de supremacía federal consagrado por el artículo 31 de la Constitución Nacional por vulnerar varias de sus normas, entre ellas, y fundamentalmente, lo dispuesto por el artículo 129 en cuanto consagra la autonomía de la Ciudad.

En ese sentido, recalcó que, según el art. 121 de la Constitución Nacional, los poderes delegados por los entes locales en el gobierno federal están taxativamente enunciados en la Ley Fundamental y constituyen competencias de excepción, amplias, pero no por eso menos excepcionales; y que el decreto impugnado desconoció la facultad de adoptar las medidas sanitarias necesarias en los establecimientos educativos de la Ciudad, conferida por la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires.

Manifestó encontrarse legitimada para iniciar la acción, en tanto se planteaba la invalidez de actos que vulneraban atribuciones y poderes inherentes a la autonomía política de la Ciudad, según surgía de lo dispuesto por el art. 129 de la Constitución Nacional, y del mandato expreso a las autoridades constituidas de la Ciudad de preservar su autonomía, consagrado por el art. 6° de la Constitución local.

Explicó que se encontraban reunidos, en el caso, los recaudos legales y jurisprudenciales para la admisibilidad formal de la vía procesal intentada.

Ofreció la prueba documental que acompañó con la demanda.

Finalmente, pidió que se dictara una medida cautelar que dispusiera la inmediata suspensión de los efectos del artículo 2° del decreto 241/21 en cuanto determinó la suspensión de las clases presenciales en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, y que se ordenara al Estado Nacional abstenerse, hasta el dictado de la sentencia definitiva y firme, de llevar a cabo cualquier conducta que implicara ejecutar la norma cuestionada.

El 19 de abril de 2021, de conformidad con lo dictaminado por esta Procuración General, V.E. declaró que la causa corresponde a su competencia originaria y ordenó correr traslado de la demanda al Estado Nacional.

–III–

A fs. 458/514, el Estado Nacional contestó el traslado de la demanda, solicitó su rechazo, pidió que se desestime la medida cautelar, denunció escándalo jurídico, puso de manifiesto el interés público comprometido y desconoció la documental acompañada por el GCABA.

De modo preliminar, señaló que esta causa debería tramitar ante los tribunales inferiores de la Justicia Federal, toda vez que la instancia originaria de V.E. se encuentra taxativamente prevista para los casos que indica el artículo 117 de la Constitución Nacional, entre otros, en los asuntos en los que una provincia es parte. Por tal motivo dijo que aun cuando la Ciudad de Buenos Aires tiene un estatus especial -pues está dotada de “un régimen de Gobierno autónomo con facultades propias de legislación y jurisdicción”, conforme lo previsto en el artículo 129 de la Constitución Nacional y en el Estatuto organizativo que la rige- no es una provincia de la Nación Argentina.

Expresó que el Tribunal siguió aquel criterio hasta que lo modificó en el pronunciamiento dictado en Fallos: 342:533, en el cual, según la mayoría de sus integrantes, por vía de interpretación y remitiéndose, en especial, a la doctrina del precedente "Nisman" (Fallos: 339:1342), concluyó que el texto del artículo 117 de la Constitución incluye a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

En su concepto, la única posibilidad de corregir el texto expreso de la Constitución es una reforma según el procedimiento previsto en ella, pero que, no obstante, teniendo en cuenta que V.E. ya definió que el tratamiento de estos autos corresponde a su competencia originaria, en concordancia con el criterio adoptado por la mayoría del Tribunal en Fallos: 342:533, y reiterado recientemente en otras causas, igualmente respondía el traslado conferido.



Ministerio Público
Procuración General de la Nación

Sentado lo expuesto, al contestar los argumentos de la demanda, relató que el 11 de marzo de 2020 la Organización Mundial de la Salud (OMS) declaró al brote de virus SARS-CoV2 (COVID 19) como una pandemia, el cual se propagó con gran velocidad, empeorando la situación epidemiológica a nivel internacional, provocando que en el mundo entero se viera en una situación de altísima gravedad sanitaria. Por ello, y para hacer frente a la emergencia en nuestro país –indicó– se dictaron los decretos de necesidad y urgencia 260/20 y 297/20, por los cuales, respectivamente, se amplió la emergencia pública sanitaria establecida en la ley 27.541 y se dispuso el “aislamiento social, preventivo y obligatorio” (ASPO), durante el plazo comprendido entre el 20 y el 31 de marzo de aquel año, el que fue prorrogado sucesivamente. Asimismo, rememoró que ante el incremento de la cantidad de contagios se adoptaron otras medidas como la dispuesta en el decreto 520/20 y sus normas modificatorias y complementarias ordenando, según el territorio, las medidas de “distanciamiento social, preventivo y obligatorio” (DISPO) y en el decreto 167/21 que prorrogó la emergencia sanitaria sancionada por aquella ley, ampliada por su similar 260/20, hasta el 31 de diciembre de 2021.

Destacó que al momento del dictado del decreto 241/21 cuestionado por la CABA, la OMS confirmó 137,8 millones de casos y 2,9 millones de fallecidos, en un total de 223 países, áreas o territorios a causa de la pandemia. El 14 de abril de 2021 la tasa de incidencia acumulada para Argentina alcanzó 5.736 casos cada 100.000 habitantes, la letalidad llegó a 2,2% y la tasa de mortalidad a 1.287 fallecimientos por millón de habitantes.

Expuso que en esta “segunda ola” de contagios, el aumento de casos se registró en casi todas las jurisdicciones del territorio nacional y más del 50% de ellos se concentró en el Área Metropolitana de Buenos Aires (AMBA).

En ese contexto, manifestó que de no adoptarse medidas inmediatas para prevenir la velocidad de propagación del virus –aumentado en forma sostenida en dicha área, mayor aún que en otras del país– se genera una importante tensión en el sistema de salud en todos sus niveles, así como el riesgo de su saturación, y como consecuencia directa de ello, un previsible incremento de la mortalidad.

Tal situación –dijo– hizo necesario el dictado del DNU 235/2021, cuya finalidad fue incrementar las medidas ya adoptadas en forma directamente proporcional al crecimiento de casos, con carácter temporal e intensivo, focalizadas geográficamente y orientadas a las actividades y horarios que conllevan situaciones de mayores riesgos de circulación del virus.

Ahora bien –prosiguió– luego de transcurridos 7 días desde la adopción de esas medidas y en el marco de la evaluación diaria de la situación sanitaria y epidemiológica del AMBA, devino indispensable el dictado del decreto 241/21, para implementar nuevas medidas focalizadas en ese territorio tendientes a disminuir la circulación de personas y, por lo tanto, la transmisión del virus.

En ese contexto, puntualizó que se dispuso en tal decreto ampliar el horario de restricción de la circulación de personas en todo el territorio del AMBA desde las 20 hasta las 6 horas del día siguiente, suspender el funcionamiento de los centros comerciales y de todas las actividades deportivas, recreativas, sociales, culturales y religiosas que se realizan en ámbitos cerrados y “suspender en el AMBA, a partir del 19 de abril y hasta el 30 de abril de 2021, inclusive, las clases presenciales en todos los niveles y en todas las modalidades, y las actividades educativas no escolares presenciales”.

Al respecto, estimó que estas últimas son actividades que movilizan un número importante de personas o se desarrollan en espacios cerrados, habiéndose evidenciado un considerable incremento del uso, desde su inicio, del transporte público de pasajeros en el AMBA, lo que se reflejó, a su vez, en la expansión del virus.

Expuso que, para fundar tal decisión, se tuvo en cuenta que el grupo de personas de 6 a 17 años, entre las semanas 1 a 4 del año representaba el 5,3% del total de casos confirmados y entre las semanas 12 a 14 el 7,3% del total de casos. Añadió que al evaluar la proporción de casos que representaba cada grupo de edad sobre el total notificado, los de 13 a 18 años y de 20 a 29 años eran los que mayor aumento relativo habían presentado en las últimas semanas.

Destacó que “reconoce la importancia de la presencialidad en la actividad escolar y que por consiguiente ha tratado y trata de no afectarla, pero la situación epidemiológica en el



Ministerio Público

Procuración General de la Nación

AMBA alcanzó una gravedad tal que resultó insoslayable la adopción de medidas inmediatas y temporales”. Aclaró que, asimismo, para continuar garantizando el derecho a la educación se estableció la modalidad virtual hasta el reinicio posterior, luego de transcurrido ese plazo.

Recordó que al momento del dictado del decreto 241/21, esto es, al 15 de abril, la República Argentina había acumulado un total de 2.615.360 casos y 58.678 fallecidos, según los datos oficiales del Ministerio de Salud de la Nación, que le sirvieron de antecedente para su emisión.

Al describir los gráficos presentados en su escrito y la situación epidemiológica en el país a aquel momento, señaló que durante la “primera ola”, “considerando la fecha de inicio de síntomas, el 19 de octubre de 2020 fue el día en que se registró la mayor cantidad de casos (16.451), luego se produjo un descenso, pero el número de contagios se incrementó nuevamente a partir del 14 de diciembre, para volver a descender en la segunda semana de enero. Así, a partir de la semana 7 del 2021 comenzaron a aumentar nuevamente los casos dando inicio a la denominada ‘segunda ola’ cuyo pico, antes del decreto mencionado, se verificó el 5 de abril del 2021 con 22.897 contagios registrados durante ese día”. Asimismo, expresó que “del análisis genómico surge que en Argentina se identificaron las siguientes variantes: B.1.1.7 (UK), P.1 (linaje Manaus), P.2 (Río de Janeiro) y B.1.427 (California). Los datos de vigilancia genómica, mostraron un aumento de transmisión de variantes de interés representando aproximadamente el 10% principalmente en el área del AMBA. Se observó un aumento abrupto de casos en las dos semanas previas al dictado del Decreto N° 241/21, comparado con las dos semanas anteriores, en todas las regiones”.

Agregó que la situación en las jurisdicciones siguió siendo heterogénea, teniendo en cuenta la evolución observada en cada brote, las dinámicas propias de cada área con relación a la demografía y la respuesta que pudo dar el sistema de atención para hacer frente a la epidemia y que, si bien el aumento se evidenció en la mayoría de las jurisdicciones, resultó más significativo en el AMBA y en aquellos centros donde la densidad poblacional es más alta. Añadió que este año, en comparación con el 2020, el número de casos fue mucho mayor “si se

toma en cuenta el aumento porcentual semana a semana, de la semana epidemiológica 11 a la 12, los casos aumentaron un 37%, y de la 12 a la 13 un 40% (alcanzando en algunas regiones como el AMBA y Cuyo, aumentos mayores al 50% en una semana)".

En cuanto al análisis epidemiológico por la presencialidad en las escuelas, consideró importante diferenciar entre los riesgos individuales y los colectivos. Señaló que, en los primeros, el riesgo en la presencialidad escolar podría ser bajo si se acompaña y garantiza el adecuado cumplimiento de las medidas de prevención (uso correcto de barbijo, distanciamiento, higiene de manos, higiene respiratoria, ventilación adecuada, identificación temprana y aislamiento de los casos y cuarentena de contactos), pero en este supuesto debe tenerse en cuenta que, en un contexto de aumento de transmisión comunitaria del virus, todos los asistentes a establecimientos escolares tienen más probabilidad de enfermarse cuanto más circulen, por lo que el bajo riesgo mencionado anteriormente, aumenta en áreas de alta transmisión. Con referencia a los segundos (riesgos colectivos) se evidencia que "cuanto mayor es la circulación de personas mayor es la transmisión del virus, esto es aún más pronunciado cuando la prevalencia es más alta".

Desde esa perspectiva, analizó la curva epidemiológica en el grupo de población escolar, observando que, "desde el comienzo del ciclo lectivo, se ha producido un aumento exponencial del número de casos, similar –y aún mayor– a lo observado en la curva de la población en general", esto "independientemente de que las instituciones escolares sean consideradas espacios de bajo riesgo INDIVIDUAL –ello a condición del adecuado cumplimiento de los protocolos– el riesgo individual bajo aumenta cuando se incrementa la prevalencia de la enfermedad en la población".

Así pues, de la descripción de los gráficos que presentó concluyó que "si consideramos el aumento proporcional según edad, comparando las 2 semanas previas al inicio de clases y las dos semanas anteriores al DNU N° 241/2021, se observa que los grupos de edad escolar presentan un aumento proporcional mayor al resto de las edades. Esto es esperable, debido a la mayor circulación de estos grupos de edad, en áreas de alta transmisión viral". "Cuando se analizan las curvas epidémicas de la población general, y la de menores de 20 años,



Ministerio Público

Procuración General de la Nación

se puede observar cómo en 2020, cuando aumentaron los casos en la población general, los casos en menores de 20 años aumentaron en menor proporción; a diferencia de lo observado en esta ‘segunda ola de COVID-19’, en donde el grupo de menores de 20 años aumenta, incluso proporcionalmente más que la población general”. “Si aumentamos la escala en 10 veces, para los casos en menores de 20 años, se puede observar cómo en el 2020, el aumento de este grupo de edad se mantuvo siempre por debajo del aumento de la población en general, y actualmente presenta un aumento mayor”.

Por lo antedicho, y ante la imposibilidad de separar el riesgo individual de lo colectivo, observó: “Crecimiento exponencial de casos con alta velocidad de aumento. Incremento también veloz de circulación de nuevas variantes (más transmisibles, posiblemente de más gravedad y afectación de grupos etarios más jóvenes). Aumento de la utilización de transporte público, desde el inicio de las clases (con presencialidad restringida). Más de 3 millones de niños y niñas en edad escolar y 300.000 docentes y no docentes, sumado a los acompañantes, que se movilizan (dependiendo del porcentaje de presencialidad), diariamente”.

Así las cosas, aseveró que el decreto 241/21, desde el punto de vista jurídico de la necesidad y urgencia, cumple con los tres criterios establecidos por la doctrina mayoritaria: es una medida adecuada, porque sirve para disminuir la circulación y, con ello, contagios; es necesaria (menos lesiva), ya que de no recortarse la circulación en forma sustantiva, la saturación del sistema de atención de la salud y el riesgo directo o indirecto para la vida de millones de personas es concreto y palpable; y es proporcional (en sentido estricto) a la gravedad de la pandemia, en tanto hace prevalecer el derecho a la vida y a la salud, ante la presencialidad educativa –que es reemplazada, temporalmente, por la modalidad virtual–.

Reiteró, sobre la base de los informes sanitarios aportados por el Ministerio de Salud de la Nación, que el aumento de la curva de contagios fue exponencial en las últimas semanas, generando un riesgo cierto de saturación del sistema sanitario, constatándose de este modo, que a mayor circulación de personas se incrementa la velocidad de contagios, lo que hizo indispensable la adopción de medidas que redujeran la movilidad de las personas y con ello la transmisión del virus.

En ese marco, consideró que las restricciones adoptadas por el decreto cuestionado configuraron el medio idóneo para evitar el colapso del sistema sanitario producto del aumento desmedido de casos de Covid-19 y para resguardar de ese modo la salud pública y que ello fue el fundamento de decidir, entre otras medidas, suspender temporalmente la presencialidad de las clases.

Añadió que la razonabilidad de la norma se encuentra cimentada en los hechos que le han dado origen (situación epidemiológica, crecimiento exponencial de los contagios, el aumento de la ocupación de camas de terapia intensiva) y por la necesidad de salvaguardar el interés público comprometido, concretamente, la vida y la salud de la población.

Asimismo dicha medida, en su concepto, resulta proporcional a los fines que se procura alcanzar, puesto que, en cuanto al punto particular cuestionado por la actora, observó que la suspensión temporal de la presencialidad no implica una interrupción de las clases, porque ellas continuarán en la modalidad virtual; ello, sumado al hecho de que configura una medida limitada en su duración, conforme lo prescribe el mismo decreto 241/21.

Por su parte, recalcó que dicha suspensión se funda en la necesidad de reducir la movilidad de la gran cantidad de personas (docentes, no docentes, alumnos y acompañantes) que genera la presencialidad de las clases, ampliando, también, la restricción de la circulación en el horario nocturno y en la atención de los comercios, coherentemente, con el fin de reducir la circulación de personas.

Concluyó que, de este modo, se compatibiliza el deber de resguardar el derecho a la salud, a la vida y a la educación, esto es que la limitación temporal resulta proporcionada y razonable con el fin perseguido con la norma.

Expuso que “garantizar el derecho a la educación, en este contexto, ha sido uno de los objetivos fundamentales del Gobierno Nacional, en tanto se han adoptado otras medidas de trascendencia destinadas a garantizar el acceso a la educación virtual y/o a los medios tecnológicos que la facilitan, a través del dictado del DNU N° 690/2020 y las consecuentes resoluciones del ENACOM. De esta manera se buscó asegurar el acceso a la conectividad dada la necesidad imperiosa de estos tiempos de ejercer el trabajo, la educación, la medicina, entre



Ministerio Público

Procuración General de la Nación

otras actividades, mediante la modalidad virtual; remarcando que la educación es uno de los pilares fundamentales para el dictado del decreto que declaró esenciales a los servicios de información y comunicación”.

Señaló que la evaluación que justifica el dictado del decreto 241/21 se sustenta en informes del Ministerio de Salud de la Nación –organismo que monitorea la evolución de la pandemia de manera permanente– y que, en cambio, la actora pretende respaldar las afirmaciones que formula en el escrito de demanda en un glosario de documentos que presuntamente provendrían, en su mayor parte, de páginas institucionales de diversas entidades públicas y privadas, sin que se encuentren refrendados por autoridades competentes o por profesionales con incumbencias en las materias abordadas. Por tal motivo, entendió que no se puede otorgar a estos documentos valor probatorio alguno.

En cuanto al poder de policía del Estado Nacional en materia de salubridad, sostuvo que la ley 27.541 que declaró la emergencia pública, entre otras, en materia sanitaria y las normas que se dictaron en su consecuencia (decretos 260/20 y 167/21), otorgan un marco jurídico a su ejercicio por parte del Gobierno Federal, encuadrándolo en la propia Constitución Nacional y en las normas que declararon la emergencia sanitaria.

Citó jurisprudencia que, desde nuestros albores institucionales, destacó que la salud pública es el mayor bien de la sociedad y añadió que una medida como la cuestionada, sólo restringe la presencialidad en las escuelas por un lapso acotado en el tiempo, pero no implica la suspensión de las actividades educativas –las cuales pueden continuar por vía virtual–, a raíz de una situación de gravedad tal que ha generado una crisis a nivel mundial.

En lo que atañe al ejercicio del poder de policía por parte de las distintas jurisdicciones y de la Nación, entendió que no cabe considerarlo exclusivo de las provincias ya que es evidente que, para atender a los fines superiores del Estado Federal en su conjunto, la Nación requiere esas potestades como herramientas indispensables de gobierno. Agregó que en determinadas competencias el poder es concurrente y que, si existiera un interés federal en determinada materia y el criterio de las autoridades locales resultara incompatible con el del poder federal, prevalecería este último de acuerdo con el artículo 31 de la Constitución

Nacional. Recordó que la doctrina también ha dicho que cuando haya colisión entre dos legislaciones de atribuciones concurrentes no cabe ninguna duda de que la norma nacional debe primar sobre la local.

Consideró que, ante la propagación del virus que amenaza la salud de la población, las medidas implementadas por el Gobierno Federal (en el caso, el Poder Ejecutivo, en virtud de sus potestades constitucionales y de las que le otorgó el Congreso Nacional mediante la ley 27.541) resultan plenamente justificadas en pos del bien común de la Nación. Señaló que ese ejercicio se ha traducido en un plexo normativo conformado por disposiciones legales y normas de ese rango dictadas por el Poder Ejecutivo Nacional con fundamento en las atribuciones conferidas por el artículo 99, inciso 3º, de la Constitución Nacional, que gozan de la primacía que consagra el artículo 31 de la Carta Magna en favor de la normativa federal.

Por otra parte, puso de resalto el carácter interjurisdiccional del decreto 241/21, en cuanto sus previsiones en materia sanitaria alcanzan a la Ciudad de Buenos Aires y a una porción considerable –la más densamente poblada– de la Provincia de Buenos Aires, conglomerado que se identifica como AMBA. En este sentido, señaló que la problemática sanitaria generada por la pandemia del Covid-19 no reconoce fronteras internas y que la circulación masiva de personas entre el Gran Buenos Aires y la Ciudad de Buenos Aires constituye un fenómeno de la vida cotidiana e involucra el desplazamiento de personas pertenecientes a la comunidad educativa.

Expresó que las medidas adoptadas buscan proteger la vida y la salud a nivel nacional, y para ello, se puso especial énfasis en el área geográfica conocida como AMBA, por ser la región de mayor concentración de población y por ende de mayor circulación del virus. De modo que, si no se implementan las medidas necesarias, ello impactará inevitablemente hacia el resto de la población.

Añadió que, en la medida en que las decisiones sanitarias no afecten la salud de la población a nivel nacional o de las restantes jurisdicciones, pueden resultar de competencia propia de CABA. Sin embargo, cuando la acción o inacción de las autoridades locales



Ministerio Público

Procuración General de la Nación

trascienda de forma cierta, probable o inminente a otras jurisdicciones, suscita la competencia federal por la interjurisdiccionalidad de la situación configurada.

Señaló que CABA ha consentido todos y cada uno de los decretos dictados entre los años 2020 y 2021, anteriores al decreto 241/21, sin cuestionar la competencia del Poder Ejecutivo Nacional en materia sanitaria con fundamento en la calificación de pandemia por parte de la Organización Mundial de la Salud (OMS) y la preocupación por la amenaza del virus. En este sentido, advirtió que las autoridades de CABA consintieron la constitucionalidad de aquellas medidas, incluso más restrictivas que la adoptada por el decreto 241/21 respecto de la presencialidad en las escuelas y recordó que el "aislamiento social preventivo obligatorio" (ASPO) que rigió durante largos meses en el año 2020, implicó restricciones mucho más intensas que las actuales.

En el mismo orden de ideas, sostuvo que todas las medidas enmarcadas en la pandemia por Covid-19, siempre tuvieron en miras la protección de la vida y la salud de la población, disponiendo restricciones de derechos en favor del interés común. Tales normas no fueron controvertidas por la actora, ni tampoco la que restringió la posibilidad de dar enseñanza presencial en el 2020. Consideró que resulta incoherente –desde una perspectiva no solo jurídica, sino también política e institucional– que en este momento crucial, en que la situación epidemiológica se agravó con motivo de la "segunda ola" de contagios, la actora impugne esta medida, cuando durante el año pasado consintió otras de igual tenor, o aún más intensas, en un escenario más benevolente, atento a la menor cantidad de casos registrados en comparación con los actuales.

Por ello, entendió que, si con una menor tasa de contagio y de muertes por Covid-19, la restricción de la presencialidad fue válida en el pasado para la actora, más aún debería serlo ante el contexto actual. Ha existido una conducta voluntariamente asumida por la accionante, jurídicamente relevante, que ahora no puede contradecir sin ponerse en una situación palmariamente incompatible con su postura anterior.

Tras aclarar el estatus jurídico que –a su entender– tiene asignada la Ciudad por la Ley Fundamental, destacó que el dictado del decreto impugnado no apareja vulneración

alguna de la autonomía que el artículo 129 de la Constitución Nacional le confirió al GCBA, por cuanto la medida dictada responde al ejercicio del poder de policía que en materia sanitaria tiene el Estado Nacional en el ámbito federal, en función de su rol de garante del bien común de la Nación.

A su criterio, ello no es incompatible con el ejercicio del poder de policía que compete a las autoridades del GCBA en aspectos atinentes a la esfera del derecho público estrictamente local, mas advirtió que ellas no pueden, mediante su actuación u omisión, poner en crisis las medidas adoptadas por el Gobierno Federal para prevenir el riesgo a la salud y la vida de la población del país en su conjunto y, en este caso en particular, de los habitantes del AMBA.

En cuanto a la intervención federal que esgrime la actora, adujo que el decreto 241/21 no encuadra en dicho instituto ni produce efectos siquiera lejanamente asimilables a los que son propios de esa figura. Aseveró que la norma cuestionada sólo traduce un ejercicio razonable del poder de policía en materia sanitaria en la esfera federal y no implica desplazamiento de las autoridades locales, cuyas atribuciones (con el estricto alcance que les confieren el artículo 129 de la Constitución Nacional y su propio Estatuto Organizativo) en modo alguno se han visto menoscabadas, pues el alcance nacional de la problemática inherente al Covid-19 suscita la competencia federal sobre la materia.

Con respecto a la medida cautelar solicitada por la accionante tendiente a que se ordene la inmediata suspensión de los efectos del art. 2º del decreto 241/21, alegó que resulta evidente su inadmisibilidad, sea que se califique a la medida como suspensiva o innovativa (positiva, en los términos de la ley 26.854). Puso de relieve que se trata de una auténtica pretensión positiva –que requiere mayor rigurosidad en la apreciación de los recaudos–, ya que además de la suspensión de los efectos del acto de gravamen (negativo), su dictado implicaría una actividad positiva en cabeza de la Administración Nacional, que modificaría la situación de hecho y de derecho existente al tiempo de su dictado, afectando además directamente los intereses de la Provincia Buenos Aires e indirectamente los de toda la Nación, por cuanto los efectos disvaliosos que se produzcan en el AMBA se extenderán a la población en general.



Ministerio Público

Procuración General de la Nación

Con fundamento en los argumentos desarrollados para avalar la constitucionalidad de la norma impugnada y su razonabilidad, sostuvo que surge de modo prístino que no existe arbitrariedad o ilegalidad manifiesta. Reiteró que el decreto 241/21 fue dictado por el Poder Ejecutivo de conformidad con el régimen constitucional y legal aplicable y que no presenta un vicio ostensible, notorio y grave, requisitos necesarios para la admisibilidad de la medida cautelar peticionada en ese marco.

Consideró, así, que no están comprobados los requisitos para acceder al dictado de una medida excepcional como lo es una cautelar innovativa o positiva. Añadió que, aun si se estimara que la medida reclamada por la actora fuera la simple suspensión de los efectos de un acto, tampoco sería viable, porque no se comprueba ilegalidad en el accionar del Estado Nacional, ni un peligro en la demora que requiera una tutela urgente. Por el contrario, entendió que el peligro se configuraría para la población del AMBA si se concediera la pretensión cautelar.

Asimismo, esgrimió que el resultado práctico del pedido cautelar conlleva el anticipo de una eventual sentencia sobre el fondo, afectando el objeto del pleito con menoscabo de las garantías de defensa e igualdad entre las partes. Tampoco se acreditaron debidamente la existencia de verosimilitud en el derecho invocado, el peligro irreparable en la demora, ni la ausencia de afectación del interés público comprometido que se cristaliza en la defensa de la salud pública.

Finalmente, solicitó que se cite como tercero a la Provincia de Buenos Aires, en los términos del art. 94 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, pues consideró que cualquier decisión que se adopte con respecto al decreto 241/21 tendrá efectos ineludiblemente sobre la esfera de dicha provincia. También desconoció toda la prueba documental acompañada por la actora por no constarle su autenticidad ni su contenido.

–IV–

El 27 de abril de 2021, V.E. rechazó a la citación como tercero de la Provincia de Buenos Aires solicitada por el Estado Nacional, corrió traslado por 48 hs. de la prueba

documental acompañada por este último y ordenó el pase de las actuaciones a esta Procuración General, haciendo saber que debían ser devueltas en el plazo de 72 horas.

–V–

Liminarmente, corresponde señalar que la pretensión de la actora se encuentra dirigida a cuestionar la validez constitucional del decreto 241/21 –en especial, de su art. 2º, parte final–, del 15 de abril de 2021.

Al respecto, no es ocioso recordar que esta pretensión, en tanto no tenga carácter simplemente consultivo, no importe una indagación meramente especulativa y responda a un “caso” que busque precaver los efectos de un acto en ciernes, constituye causa en los términos de la Ley Fundamental (Fallos:: 308:2569; 310:606 y 977; 311:421, entre otros).

Sobre la base de estas premisas, entiendo que se encuentran reunidos los requisitos establecidos por el artículo 322 del CPCCN pues mediante el art. 2º, parte final, de dicho decreto, el Poder Ejecutivo Nacional ordena la suspensión del dictado de clases presenciales y las actividades educativas no escolares presenciales en todos los niveles y en todas sus modalidades, desde el 19 de abril hasta el 30 de abril de 2021, en el aglomerado del “Área Metropolitana De Buenos Aires” (AMBA), según está definido en el artículo 3º del decreto 125/21.

En mi parecer, dicha orden, a la que la actora atribuye ilegitimidad y lesión al régimen de autonomía de la Ciudad, representa una conducta explícita de la demandada, con entidad suficiente para sumir a la peticionante en un “estado de incertidumbre sobre la existencia, alcance y modalidad de una relación jurídica”, entendiéndose por tal a aquella que es concreta al momento de dictarse el fallo.

Tal concreción se verifica en autos, a poco que se repare que con el dictado del decreto de necesidad y urgencia cuestionado se han producido la totalidad de los presupuestos de hecho necesarios para la declaración acerca de la existencia o inexistencia del derecho discutido, condición bajo la cual puede afirmarse que el fallo aquí a dictarse pondrá fin a una controversia actual, diferenciándose de una consulta en la cual se responde acerca de la eventual



Ministerio Público

Procuración General de la Nación

solución que podría acordarse a un supuesto de hecho hipotético (arg. dictamen de este Ministerio Público in re "Newland, Leonardo Antonio c/ Provincia de Santiago del Estero", del 4 de diciembre de 1986, compartido por V.E. en Fallos: 310:606, cons. 2º, criterio reiterado en Fallos: 311:421, cons. 3º).

En el marco de lo expuesto, en mi parecer, se encuentran reunidos la totalidad de los requisitos fijados por el artículo 322 del CPCCN para la procedencia formal de la acción intentada.

Finalmente, considero que esa Corte sigue siendo competente para entender en esta causa, a tenor de lo ya dictaminado por este Ministerio Público.

–VI–

Estimo necesario recordar que en el marco de los decretos 260/20 y 297/20 y las normas complementarias que se dictaron para contener el avance de la pandemia desatada por el Covid-19, el decreto 576/20 dispuso que las clases presenciales permanecieran “suspendidas en todos los niveles y en todas sus modalidades hasta tanto se disponga el reinicio de las mismas en forma total o parcial, progresiva o alternada, y/o por zonas geográficas o niveles o secciones o modalidades, previa aprobación de los protocolos correspondientes. El MINISTERIO DE EDUCACIÓN de la Nación establecerá para cada nivel y modalidad los mecanismos y autoridades que podrán disponer el reinicio de las clases presenciales y la aprobación de protocolos, de conformidad con la normativa vigente” (art. 9º).

Posteriormente, mediante la resolución 423/20 del Ministerio de Educación de la Nación, se creó el Consejo Asesor para la Planificación del Regreso Presencial a las Aulas que, entre otras funciones, debía asesorar en lo atinente a la planificación y adopción de normas generales y de alcance federal, a fin de que el regreso de los estudiantes, docentes, personal directivo y no docente de los establecimientos educativos de todos los niveles contara con fundamentos basados en criterios técnicos y científicos, para lo cual debían considerarse también experiencias internacionales y la evolución de la pandemia en cada jurisdicción.

Aquel órgano también tenía la misión de elaborar protocolos de alcance federal que establecieran las condiciones para el reinicio de las clases presenciales, las exigencias en torno al distanciamiento social, normas de seguridad e higiene y elementos de cuidado, y brindar información y recomendaciones sobre las medidas de actuación frente a la presencia de casos sospechosos o diagnosticados en las aulas, conforme a los lineamientos de la autoridad sanitaria nacional.

En cumplimiento de aquellas directivas, el Comité Técnico Multidisciplinario del Consejo Asesor elaboró recomendaciones y determinó las condiciones para la reapertura de las escuelas, considerando que ella debe guiarse por el interés superior del estudiante y por aspectos generales de salud pública. Tras el análisis de las recomendaciones y la ponderación de lineamientos que encuadran pedagógicamente el retorno a las clases presenciales, el Consejo Federal de Educación dictó la resolución 364/20 que aprueba el anexo I “Protocolo Marco y Lineamientos Federales para el Retorno a Clases Presenciales en la Educación Obligatoria y en los Institutos Superiores” (art. 1°). Asimismo, se acordó la presentación del “Plan Jurisdiccional de Retorno a Clases Presenciales” ante el Ministerio de Educación de la Nación de conformidad con el protocolo aprobado, contemplando toda definición que se considere pertinente proponer en la implementación específica en cada jurisdicción. Finalmente, estableció que los planes jurisdiccionales que se presentaran debían tener la aprobación de la máxima autoridad educativa y de la autoridad sanitaria que se designara como responsable de avalar el protocolo sanitario de cada jurisdicción (art. 5°).

El Protocolo Marco expresó inicialmente que tiene aplicación en los establecimientos educativos de todos los niveles y modalidades de Educación Obligatoria y en los institutos superiores, estableciendo un conjunto de pautas de trabajo que promueven un ordenamiento en las actividades inherentes al retorno a las clases presenciales, basadas en criterios sanitarios y de higiene y seguridad, así como de organización escolar y pedagógica.

Entre los lineamientos generales para la reapertura de las actividades presenciales, menciona el establecimiento de criterios de implementación en cada jurisdicción según la situación o fase epidemiológica que transita y la generación de un plan en conjunto



Ministerio Público

Procuración General de la Nación

con la comunidad educativa para evaluar posibilidades de implementación por niveles y modalidades.

Seguidamente, al considerarse necesario y conveniente precisar los alcances de los protocolos vigentes, a fin de adecuar las decisiones jurisdiccionales en el sector educativo con las de otros sectores, el Consejo Federal de Educación dictó la resolución 370/20. Allí se destacó que los integrantes del Consejo Asesor para la planificación del regreso presencial a las aulas elaboraron una guía de análisis y evaluación de riesgo para el desarrollo de actividades presenciales y revinculación en las escuelas en el contexto de Covid-19, conteniendo un conjunto de elementos para el análisis jurisdiccional junto con indicadores epidemiológicos y otras condiciones que deberían tenerse en cuenta para la adopción de decisiones jurisdiccionales.

Mediante el art. 24 del decreto 67/21 se dispuso que “Podrán reanudarse las clases presenciales y las actividades educativas no escolares presenciales de acuerdo a los parámetros de evaluación, estratificación y determinación del nivel de riesgo epidemiológico y condiciones establecidas en las Resoluciones N° 364 del 2 de julio de 2020 y N° 370 del 8 de octubre de 2020 del CONSEJO FEDERAL DE EDUCACIÓN, sus complementarias y modificatorias”.

Dicha norma añadió que, en todos los casos, “se deberá actuar de acuerdo a los protocolos debidamente aprobados por las autoridades correspondientes” y que la efectiva reanudación en cada jurisdicción fuera decidida por las autoridades provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires según corresponda, quienes podrán suspender las actividades y reiniciarlas conforme la evolución de la situación epidemiológica, de conformidad con la normativa vigente. En cuanto al uso del servicio público de transporte de pasajeros urbano, interurbano e interjurisdiccional, exceptuó de la prohibición a ese solo efecto al personal directivo, docente y no docente, y los alumnos que asistan a clases presenciales y a actividades educativas no escolares presenciales que se hubieran reanudado.

A su turno, el Consejo Federal de Educación dictó las resoluciones 386/21 y 387/21 a fin de precisar los protocolos vigentes, ajustando la normativa al marco de análisis de

riesgo epidemiológico y sanitario establecido en el decreto 67/21 citado y, asimismo, efectuando un proceso de revisión integral de la organización funcional de las instituciones educativas, en lo concerniente a sus tiempos, espacios y conformación de agrupamientos para el trabajo pedagógico en todos los niveles y modalidades del sistema educativo.

En ambas resoluciones se destaca, en primer lugar, que en todas las jurisdicciones debe priorizarse el sostenimiento de clases presenciales en todos los niveles y modalidades de la educación obligatoria de acuerdo con el nivel de riesgo de los distintos aglomerados urbanos, partidos o departamento, pueblos o parajes, bajo condiciones de seguridad sanitaria. En particular, la resolución 386/21 determina que “Cada jurisdicción establecerá sus propios protocolos adecuados a sus particularidades y orientaciones específicas, manteniendo como piso mínimo las definiciones establecidas a nivel federal”.

Considero que esta normativa, en definitiva, refleja los cambios, reorganizaciones y adecuaciones que los marcos de actuación, los protocolos y planes de organización escolar requieren en este contexto excepcional, teniendo en cuenta la heterogeneidad y especificidad de cada jurisdicción.

–VII–

Bajo este prisma, pienso que debe estudiarse la pretensión de la actora, quien solicita la declaración de inconstitucionalidad del decreto de necesidad y urgencia 241/21 y de toda disposición reglamentaria o complementaria dictada o que se dicte en su consecuencia en punto a la suspensión de clases presenciales y las actividades educativas no escolares presenciales en todos los niveles y en todas sus modalidades, desde el 19 hasta el 30 de abril –inclusive– de 2021, en el ámbito de su jurisdicción.

A fin de resolver tal cuestión, considero necesario efectuar una breve reseña de las normas en ella involucradas.

El 8 de abril de este año, el Poder Ejecutivo Nacional –con invocación de las atribuciones conferidas por el artículo 99, incisos 1º y 3º, de la Constitución Nacional– dictó el decreto 235/21 (publicado en el Boletín Oficial del mismo día) con el objeto de “establecer



Ministerio Público

Procuración General de la Nación

medidas generales de prevención y disposiciones locales y focalizadas de contención, basadas en evidencia científica y en la dinámica epidemiológica, que deberán cumplir todas las personas, a fin de mitigar la propagación del virus SARS-CoV-2 y su impacto sanitario, hasta el 30 de abril de 2021, inclusive” (v. art. 1º).

En los considerandos de ese decreto, señaló –entre otras cuestiones– que “la tasa de incidencia acumulada para ARGENTINA es de 5280 casos cada 100.000 habitantes, la tasa de letalidad disminuyó levemente, siendo de DOS COMA TRES POR CIENTO (2,3 %) y la tasa de mortalidad es de MIL DOSCIENTOS TREINTA Y NUEVE (1239) fallecimientos por millón de habitantes; que “actualmente, el aumento de casos se registra en casi todas las jurisdicciones y más del SESENTA POR CIENTO (60%) de los nuevos casos corresponden al Área Metropolitana de Buenos Aires (AMBA); y que “ante la actual situación epidemiológica, las medidas de prevención de COVID-19 se deben fortalecer en todo el territorio nacional, evaluando las particularidades de cada partido o departamento, la dinámica de la epidemia y el conocimiento adquirido acerca de las actividades de mayor riesgo”.

Advirtió también que “ante el acelerado aumento de casos, se deben implementar medidas temporarias, intensivas, focalizadas geográficamente y orientadas a las actividades y horarios que conllevan mayores riesgos”; y que “las actividades que implican un significativo aumento de la circulación de las personas así como aquellas que se dan en espacios cerrados, mal ventilados o que implican aglomeración de personas y no permiten respetar las medidas de distanciamiento y el uso adecuado de barbijo, conllevan alto riesgo de transmisión del virus SARS-CoV-2”.

Más adelante, indicó que “cada jurisdicción deberá implementar estrategias específicas y adaptadas a la realidad local en relación con la prevención, atención, monitoreo y control de su situación epidemiológica y deberá identificar las actividades de alto riesgo, según la evaluación de riesgos en el ámbito regional correspondiente”, y que “asimismo, resulta fundamental el control por parte de las jurisdicciones del cumplimiento de las medidas aquí definidas y de aquellas implementadas específicamente en cada jurisdicción”.

También resaltó que “de acuerdo a las evidencias que nos brindan los guarismos señalados, al análisis de los indicadores epidemiológicos de todas las zonas del país, a la consulta efectuada a los expertos y a las expertas en la materia, al diálogo mantenido con los Gobernadores y las Gobernadoras de Provincias, con el Jefe de Gobierno de la CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES, con las Intendentas y los Intendentes y en el marco del Plan Estratégico desplegado por el Estado Nacional, se entiende que siguen conviviendo distintas realidades que deben ser abordadas de forma diferente, en materia epidemiológica, en nuestro país”.

Posteriormente, destacó que “la dinámica actual de la transmisión y la aparición de nuevos casos se origina principalmente en actividades sociales y recreativas nocturnas que implican contacto estrecho prolongado, en espacios cerrados con escasa ventilación o abiertos con aglomeración de personas que dificultan el uso de tapabocas/nariz y el mantenimiento de la distancia física, y conllevan alto riesgo de transmisión, en especial en los grupos de personas que luego se constituyen en agentes de contagio hacia los grupos de mayor riesgo”, y agregó que “esta situación se puede ver agravada por el consumo de alcohol ya que el mismo facilita el relajamiento del cumplimiento de las reglas de conducta y distanciamiento”, razón por la cual estimó que “con el objetivo de disminuir los contagios, es necesario adoptar medidas respecto de este tipo de actividades, las cuales por lo general se realizan en horario nocturno. Por ello, en los lugares de ‘Alto Riesgo Epidemiológico y Sanitario’ se establece la restricción de circular para las personas, entre las CERO (0) horas y las SEIS (6) horas del día siguiente, previéndose a dicho fin que los locales gastronómicos deban permanecer cerrados entre las VEINTITRÉS (23) horas y las SEIS (6) horas del día siguiente”, al tiempo que aclaró que “se faculta a los Gobernadores, a las Gobernadoras y al Jefe de Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires para establecer medidas adicionales a las previstas en la presente norma, en forma temporaria, proporcional y razonable, siendo responsables del dictado de dichas restricciones en virtud de la evaluación sanitaria de los departamentos o partidos de la jurisdicción a su cargo”.



Ministerio Público

Procuración General de la Nación

En ese marco, y en lo que interesa a la cuestión en examen, en el artículo 10 del decreto 235/21 se dispuso: “Se mantendrán las clases presenciales y las actividades educativas no escolares presenciales dando efectivo cumplimiento a los parámetros de evaluación, estratificación y determinación del nivel de riesgo epidemiológico y condiciones establecidas en las Resoluciones N° 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.

“En todos los casos se deberá actuar de acuerdo a los protocolos debidamente aprobados por las autoridades correspondientes.

“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 y reiniciarlas, conforme a la evaluación del riesgo epidemiológico, de conformidad con la normativa vigente.

“El personal directivo, docente y no docente y los alumnos y las alumnas –y su acompañante en su caso–, que asistan a clases presenciales y a actividades educativas no escolares presenciales, quedan exceptuados y exceptuadas de la prohibición del uso del servicio público de transporte de pasajeros urbano, interurbano e interjurisdiccional, según corresponda y a este solo efecto, conforme con lo establecido en las resoluciones enunciadas.”

El 15 de abril de este año el Poder Ejecutivo Nacional –nuevamente, con invocación de las atribuciones conferidas por el artículo 99, incisos 1° y 3°, de la Constitución Nacional–, dictó el decreto 241/21 (publicado en el Boletín Oficial del día siguiente), mediante el cual introdujo un conjunto de modificaciones al decreto 235/21, entre ellas, en lo que interesa a este caso, al artículo 10, cuyo texto quedó redactado así: “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 N° 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.

“En todos los casos se deberá actuar de acuerdo a los protocolos debidamente aprobados por las autoridades correspondientes.

“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, 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.

“El personal directivo, docente y no docente y los alumnos y las alumnas –y su acompañante en su caso–, que asistan a clases presenciales y a actividades educativas no escolares presenciales, quedan exceptuados y exceptuadas de la prohibición del uso del servicio público de transporte de pasajeros urbano, interurbano e interjurisdiccional, según corresponda y a este solo efecto, conforme con lo establecido en las resoluciones enunciadas.

“Establécese, en el aglomerado del ÁREA METROPOLITANA DE BUENOS AIRES (AMBA), según está definido en el artículo 3° del Decreto N° 125/21, la suspensión del dictado de clases presenciales y las actividades educativas no escolares presenciales en todos los niveles y en todas sus modalidades, desde el 19 de abril hasta el 30 de abril de 2021, inclusive.”

En los considerandos del decreto 241/21, mencionó que “al 14 de abril de 2021, la tasa de incidencia acumulada para ARGENTINA es de CINCO MIL SETECIENTOS TREINTA Y SEIS (5736) casos cada CIEN MIL (100.000) habitantes; la tasa de letalidad alcanza a DOS COMA DOS POR CIENTO (2,2%) y la tasa de mortalidad es de MIL DOSCIENTOS OCHENTA Y SIETE (1287) fallecimientos por millón de habitantes”, y que “actualmente, el aumento de casos se registra en casi todas las jurisdicciones del territorio nacional y más del CINCUENTA POR CIENTO (50%) de los nuevos casos se concentran en el ÁREA METROPOLITANA DE BUENOS AIRES (AMBA)”.

Subrayó que “luego de SIETE (7) días de dictado el Decreto N° 235/21 y en el marco de la evaluación diaria de la situación sanitaria y epidemiológica del ÁREA



Ministerio Público

Procuración General de la Nación

METROPOLITANA DE BUENOS AIRES (AMBA), se ha adoptado la decisión de implementar nuevas medidas focalizadas en este territorio tendientes a disminuir la circulación de personas y, por lo tanto, la circulación del virus. El crecimiento exponencial de contagios que se ha observado en los últimos días, proyectado hacia las próximas semanas, evidencia un panorama inquietante con riesgo de saturación del sistema de salud y de aumento de la mortalidad, lo que amerita el establecimiento de medidas urgentes destinadas a evitar estas gravosas consecuencias”.

Así, justificó la adopción de medidas relativas al horario de restricción de la circulación de personas, al horario de cierre de bares, restaurantes y locales comerciales en general y a la suspensión del funcionamiento de shoppings y centros comerciales y de las actividades deportivas, recreativas, sociales, culturales y religiosas que se realicen en ámbitos cerrados, actividades –todas ellas– que estimó que “movilizan un número importante de personas o se desarrollan en espacios cerrados”, motivos que “elevan el riesgo de transmisión del virus SARS-CoV-2 y su suspensión, además, también coadyuva a la disminución de la circulación de personas y, por lo tanto, del virus”.

A renglón seguido, entendió “necesario, además de la adopción de las medidas mencionadas, suspender en el ÁREA METROPOLITANA DE BUENOS AIRES (AMBA), a partir del 19 de abril y hasta el 30 de abril de 2021, inclusive, las clases presenciales en todos los niveles y en todas sus modalidades y las actividades educativas no escolares presenciales”.

Al respecto, destacó que “desde el inicio de las actividades escolares presenciales el uso de transporte público de pasajeros y pasajeras en el ÁREA METROPOLITANA DE BUENOS AIRES (AMBA) se incrementó en un VEINTICINCO POR CIENTO (25 %), según datos aportados por el MINISTERIO DE TRANSPORTE de la Nación”.

Bajo esa premisa, indicó que “en momentos de alta circulación del virus, la reducción transitoria de la circulación de personas en el ÁREA METROPOLITANA DE BUENOS AIRES (AMBA), relacionadas con las actividades de educación presencial, coadyuva a ralentizar la velocidad de transmisión del virus en un momento de crecimiento

exponencial de casos en la región y ante la necesidad de prevenir la saturación del sistema de salud”.

A continuación, mencionó que “el grupo de personas de SEIS (6) a DIECISIETE (17) años, entre las semanas UNO (1) a CUATRO (4) del año representaba el CINCO COMA TRES POR CIENTO (5,3%) del total de casos confirmados y entre las semanas DOCE (12) a CATORCE (14) representó el SIETE COMA TRES POR CIENTO (7,3%) del total de casos”, y que “al evaluar la proporción de casos que representa cada grupo de edad sobre el total notificado, los grupos de edad de TRECE (13) a DIECIOCHO (18) años y de VEINTE (20) a VEINTINUEVE (29) años son los que mayor aumento relativo presentaron en las últimas semanas”.

En los mismos considerandos, el Poder Ejecutivo destacó que “se reconoce sin dudas la importancia de la presencialidad en la actividad escolar, pero la situación epidemiológica en el ÁREA METROPOLITANA DE BUENOS AIRES (AMBA) demuestra una gravedad que exige la adopción de medidas inmediatas para disminuir la circulación de las personas, con el fin de disminuir, también, la velocidad en el crecimiento de los contagios. Por ese motivo deberán realizarse los mayores esfuerzos, durante las DOS (2) semanas de suspensión de clases presenciales para garantizar el derecho a estudiar con la modalidad virtual, hasta el reinicio posterior luego de transcurrido ese plazo. En este sentido se comparte el criterio de que la suspensión de la presencialidad en las aulas debe llevarse adelante por el menor tiempo posible, tal como han indicado prestigiosos organismos vinculados a los derechos de niños, niñas y adolescentes, como UNICEF y la Sociedad Argentina de Pediatría”.

Finalmente, en lo que se refiere a la cuestión en examen, concluyó en que “las medidas temporarias, intensivas, focalizadas geográficamente y orientadas a las actividades y horarios que conllevan situaciones de mayores riesgos y que generan gran movilidad de personas se adoptan para mitigar el incremento exponencial de casos de COVID-19”.



Ministerio Público

Procuración General de la Nación

Sentado lo anterior, considero que la primera cuestión a dilucidar consiste en determinar si la norma impugnada afecta la autonomía de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, consagrada en el artículo 129 de nuestra Norma Fundamental.

Como sustento liminar para el estudio del planteo de inconstitucionalidad, es preciso indicar que la Constitución Nacional realiza un reparto de atribuciones que determina la existencia de básicamente dos bloques de competencias –el de las esferas de gobierno local y el del Estado federal– y establece facultades exclusivas, delegadas, reservadas y concurrentes.

Así, son facultades exclusivas los poderes delegados a la Nación y prohibidos a las provincias (art. 126 de la Constitución) y los poderes reservados a las provincias (art. 121 id.), en tanto que constituyen facultades concurrentes aquellas que pueden ser ejercidas por la Nación y por las provincias.

Cabe recordar que la Corte ha puesto de resalto las especiales características con que la Constitución Nacional ha revestido la configuración política institucional de naturaleza federal, la regla y no la excepción consiste en la existencia de jurisdicciones compartidas entre la Nación y las provincias, debiendo en consecuencia ser interpretadas las normas de aquélla de modo que las autoridades de la una y de las otras se desenvuelvan armoniosamente, evitando interferencias o roces susceptibles de acrecentar los poderes del gobierno central en desmedro de las facultades provinciales, incluso del GCBA, y viceversa, y procurando que actúen para ayudarse y no para destruirse (Fallos: 334:891; 338:1183 y 342:2256).

Los sujetos de esta relación, en nuestro medio, son “las unidades orgánicas e indestructibles con poderes inherentes, que componen la Nación” (González Calderón, Juan A. “Derecho Constitucional”, Imprenta Buenos Aires, G. Kraft, 1943).

Corresponde señalar que las modificaciones introducidas por la reforma constitucional de 1994, no han hecho variar este criterio, antes bien, lo han acentuado. Pedro José Frías, al evaluar la incidencia de la reforma constitucional en el capítulo federal, pone de resalto el carácter contractual antes que estático del actual federalismo; la mayor participación de las provincias y de los órganos legislativos; la promoción del desarrollo humano con justicia social; las bases de la educación con identidad y pluralidad cultural; los poderes de policía e

imposición de las provincias en los establecimientos de utilidad nacional en tanto no interfieran en sus fines; transferencias con reasignación de recursos; el dominio originario de las provincias sobre los recursos naturales; su derecho a conservar organismos de seguridad social para sus empleados públicos y profesionales (“El Federalismo en la Reforma Constitucional”, La Ley, Tomo 1994 D. Sec. Doctrina, págs. 1123 y ss.).

La realización de las competencias concurrentes que la reforma constitucional ha afianzado en los artículos 41, 43, 75, incisos 17, 19 y 30, y 125, entre otros, no implica enervar los ámbitos de actuación de ninguna órbita del gobierno, sino que importa la interrelación, cooperación y funcionalidad en una materia común de incumbencia compartida, como es el caso de la salud pública, sin perjuicio del poder de policía de salubridad que, en primer término, está en cabeza de las provincias (Fallos: 338:1110 y 1183).

Así lo ha entendido la Corte Suprema -en composiciones que se remontan casi al origen de nuestra organización institucional, 1869- cuando expuso que “es un hecho y también un principio constitucional, que la policía de las provincias está a cargo de sus gobiernos locales, entendiéndose incluido en los poderes que se han reservado, el de proveer lo conveniente a la seguridad, salubridad y moralidad de sus vecinos” (texto citado en el primer fallo mencionado en el párrafo anterior).

En esa inteligencia, las obligaciones que atañen a la Nación en materia sanitaria no son exclusivas ni excluyentes de las que competen a sus unidades políticas en sus esferas de actuación. Es que, en la dinámica de la distribución de competencias en el campo de la salud, entre ambas jurisdicciones (Estado Nacional, por un lado, y provincias y Ciudad Autónoma de Buenos Aires, por el otro), la tendencia que prevalece es el abandono de la técnica de la separación absoluta de aquéllas entre el Estado central y sus miembros –sus competencias exclusivas–, para afianzar el esquema de las compartidas o concurrentes.

Dicho lo expuesto, en el presente caso no puede prescindirse del contexto en el cual se desenvuelven las tensiones entre los gobiernos locales y la Nación, como rasgo propio del proceso federal, que implica reconocer que el federalismo no es ya estático, sino que permite avanzar en la concreción de políticas interjurisdiccionales y una línea de gestión



Ministerio Público

Procuración General de la Nación

intergubernamental. Sobre la base de esta interpretación, las relaciones y convergencias entre distintos niveles de gobierno resignifican las políticas públicas en orden a la protección de derechos fundamentales, en áreas tales como la salud, o en su caso –y valga sólo a título ejemplificativo– en materias como el medio ambiente, en el que se prevé la competencia provincial de acuerdo a específicas circunstancias locales (art. 41, Constitución Nacional).

A partir de estas pautas, cabe destacar que la tutela del derecho a la salud es una manda consagrada por la Constitución Nacional (arts. 5º, 42 y 121), por los tratados internacionales con jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22 de la Ley Suprema; art. 12, inc. c) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; inc. 1º de los arts. 4º y 5º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos –Pacto de San José de Costa Rica–; inc. 1º, del art. 6º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; como así también el art. XI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y el art. 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; ver Fallos: 330:4647, y causa CSJ 670/2006 (42-S)/CSJ “Sánchez, Elvira Norma c/ Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados y otro”, sentencia del 15 de mayo de 2007).

Al respecto, esa Corte tiene dicho que la salud está íntimamente relacionada con el derecho a la vida, siendo éste el primer derecho de la persona humana que resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional; el hombre es el eje y centro del sistema jurídico en tanto fin en sí mismo –más allá de su naturaleza trascendente– su persona es inviolable y constituye un valor fundamental, con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental (doctrina de Fallos: 329:4918).

En relación con estos derechos (salud y vida), si bien los conflictos normativos e interjurisdiccionales son inevitables en el concierto de competencias concurrentes o compartidas en este campo, en la materia cabe seguir la regla *pro homine* que da preferencia a la aplicación de aquella norma que mejor garantiza la plena realización del derecho en cuestión.

Este ámbito presenta dos perfiles delimitables: el primero, integrado por algunas obligaciones tendientes a evitar que la salud sea dañada, ya sea por terceros –por el Estado u otros particulares– entendidas por tales como obligaciones negativas, el segundo por otros

factores controlables –tales como epidemias, prevenir enfermedades evitables mediante la implementación de campañas de vacunación– que son obligaciones positivas.

De allí que la relación entre el Estado, el GCBA y las provincias, o indistintamente entre cada uno de ellos, en lo que hace a la protección de la salud, debe estar fundada en la cooperación, atendiendo, primordialmente, a la dinámica de los cambios que se producen día a día en la evolución de las enfermedades.

De lo expuesto se colige que el poder de policía en materia de salud, si bien debe ser ejercido en principio por los entes locales, es una competencia concurrente entre Nación, provincias y Ciudad de Buenos Aires en determinadas circunstancias. De ello se deriva que la primera puede regular en materia de salud para un ámbito interjurisdiccional (en el caso, el AMBA), cuando existen razones de emergencia como las que se viven actualmente debido a la pandemia y la posibilidad de mayor transmisión del virus COVID 19 por motivos fácticos, tales como el uso del transporte entre jurisdicciones y la misma forma de propagación del virus, que no reconoce fronteras territoriales, lo que conduce a que sea el Estado Nacional el competente para regular la materia en cuestión en estas circunstancias, de tal modo que no se viola por ello la autonomía de la Ciudad de Buenos Aires, que conserva su competencia concurrente en materia de salud en lo que se limita a su jurisdicción y no tiene efectos más allá de ella.

Entiendo que no obsta a esa conclusión el hecho de que esté en juego la regulación de la educación pues, al tratarse en este caso de la primacía de la conservación de la salud y a la vida como derechos que posibilitan el disfrute de otros, debe prevalecer la competencia del Estado Nacional para su regulación, sin que se afecte por ello la autonomía de la Ciudad. En este sentido, cabe recordar que la ley 26.206, de Educación Nacional, establece que el Estado Nacional, las Provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, de manera concertada y concurrente, son los responsables de la planificación, organización, supervisión y financiación del Sistema Educativo Nacional. Garantizan el acceso a la educación en todos los niveles y modalidades, mediante la creación y administración de los establecimientos educativos de gestión estatal (art. 12). Por su parte, en el artículo 121 se dispone que los gobiernos provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en cumplimiento del



Ministerio Público

Procuración General de la Nación

mandato constitucional, deben: a) Asegurar el derecho a la educación en su ámbito territorial. Cumplir y hacer cumplir la presente ley, adecuando la legislación jurisdiccional y disponiendo las medidas necesarias para su implementación; b) Ser responsables de planificar, organizar, administrar y financiar el sistema educativo en su jurisdicción, según sus particularidades sociales, económicas y culturales. Como se advierte, ni de la Constitución ni de la ley surge que la Ciudad pueda abstenerse, al momento de organizar y regular la educación en el ámbito de su jurisdicción, de cumplir con normas nacionales dictadas en una situación de emergencia para atender a la preservación de la salud y de la vida, por lo cual el ejercicio del poder de policía de salud en estas circunstancias no altera su autonomía.

–IX–

Ahora bien, esta competencia regulatoria, limitativa de derechos, corresponde, según el orden constitucional, al Congreso de la Nación (art. 14 de la Constitución Nacional).

Sin embargo, el Poder Ejecutivo Nacional fundó su competencia para dictar el decreto 241/2021 en las facultades que excepcionalmente le confiere la Constitución Nacional en el artículo 99, inciso 3°, de la Constitución Nacional.

Por ello, es necesario dilucidar si, en el caso, concurrían las razones de necesidad y urgencia que posibilitaran al Poder Ejecutivo Nacional suspender el dictado de las clases presenciales mediante el empleo de aquella vía.

Respecto a dicha atribución, V.E. se ha pronunciado en el precedente "Peralta" (Fallos: 313:1513) al expresar que, en el ámbito de la legislación de emergencia, la validez constitucional de un decreto de necesidad y urgencia se encontraba condicionada a la existencia de una situación de grave riesgo social frente a la cual haya existido la necesidad de adoptar medidas súbitas cuya eficacia no es concebible por el trámite ordinario previsto en la Constitución para la sanción de las leyes (conf. arg. también en Fallos: 333:1928).

Vale recordar que el principio que organiza el funcionamiento del estatuto del poder es la división de funciones y el control recíproco, esquema que no ha sido modificado por la reforma constitucional de 1994. Así, el Congreso Nacional tiene la función legislativa, el

Poder Ejecutivo dispone del reglamento y el Poder Judicial dicta sentencias, con la eminente atribución de ejercer el control de constitucionalidad de las normas jurídicas. Desde esta perspectiva, no puede sostenerse, en modo alguno, que el Poder Ejecutivo puede sustituir libremente la actividad del Congreso o que no se halla sujeto al control judicial (Fallos: 333:633).

En este orden de ideas, es menester señalar que el referido artículo 99, inciso 3°, luego de la reforma constitucional del año 1994, señala que el Poder Ejecutivo sólo podrá emitir disposiciones de carácter legislativo "... cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes, y no se trate de normas que regulen materia penal, tributaria, electoral o el régimen de los partidos políticos". Estos decretos "serán decididos en acuerdo general de ministros que deberán refrendarlos, conjuntamente con el jefe de gabinete de ministros".

No puede dejar de advertirse, entonces, que el constituyente de 1994 explicitó en el artículo 99, inciso 3°, del texto constitucional, estándares judicialmente verificables respecto de las situaciones que deben concurrir para habilitar el dictado de disposiciones legislativas por parte del Presidente de la Nación. El Poder Judicial deberá entonces evaluar si las circunstancias invocadas son excepcionales, o si aparecen como manifiestamente inexistentes o irrazonables, en cuyo caso la facultad ejercida carecerá del sustento fáctico constitucional que lo legitima (Fallos: 333:633).

A esos efectos, cabe descartar de plano, como inequívoca premisa, los criterios de mera conveniencia del Poder Ejecutivo que, por ser siempre ajenos a circunstancias extremas de necesidad, no justifican nunca la decisión de su titular de imponer un derecho excepcional a la Nación en circunstancias que no lo son. El texto de la Constitución Nacional no habilita a elegir discrecionalmente entre la sanción de una ley o la imposición más rápida de ciertos contenidos materiales por medio de un decreto (Fallos: 338:1048).

En este entendimiento, V. E. resolvió, en el precedente "Verrochi" (Fallos: 322:1726), que para que el Ejecutivo pudiera ejercer válidamente las facultades legislativas excepcionales –que, en principio, le son ajenas– era necesaria la concurrencia de alguna de estas



Ministerio Público

Procuración General de la Nación

dos circunstancias: a) que sea imposible dictar la ley mediante el trámite ordinario previsto en la Constitución, o b) que la situación que requiere solución sea de una urgencia tal que deba tratarse inmediatamente en un plazo incompatible con el trámite normal de una ley.

El examen de la necesidad y urgencia exigidos por la Constitución Nacional para habilitar el dictado de decretos en los términos del artículo 99, inciso 3º, se basa también en lo dicho por V. E. en la causa “Lee Carlos c/ Provincia de Formosa”, en la que recordó lo señalado en la sentencia del 10 de septiembre de 2020 dictada en autos “Maggi, Mariano c/ Corrientes, Provincia de s/ medida autosatisfactiva”, en cuanto a que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el 9 de abril de 2020, había emitido una Declaración titulada “COVID-19 y Derechos Humanos: Los problemas y desafíos deben ser abordados con perspectiva de Derechos Humanos y respetando las obligaciones internacionales”, a fin de instar a que la adopción y la implementación de medidas, dentro de la estrategia y esfuerzos que los Estados Parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos están realizando para abordar y contener esta situación que concierne a la vida y salud pública, se efectúe en el marco del Estado de Derecho, con el pleno respeto a los instrumentos interamericanos de protección de los derechos humanos y los estándares desarrollados en la jurisprudencia de ese Tribunal. Entre las consideraciones particulares incluidas en dicha declaración, la Corte destacó, por su atinencia al caso y en tanto la compartía, que: “Todas aquellas medidas que los Estados adopten para hacer frente a esta pandemia y puedan afectar o restringir el goce y ejercicio de derechos humanos deben ser limitadas temporalmente, legales, ajustadas a los objetivos definidos conforme a criterios científicos, razonables, estrictamente necesarias y proporcionales, y acordes con los demás requisitos desarrollados en el derecho interamericano de los derechos humanos”.

Con el fin de verificar la aplicación de tales criterios al *sub lite*, corresponde recordar, una vez más, que mediante el decreto 241/2021 el Poder Ejecutivo Nacional sustituyó el artículo 10 del decreto 235/21 y, en lo que aquí interesa, estableció en el aglomerado denominado Área Metropolitana de Buenos Aires “la suspensión del dictado de clases presenciales y las actividades educativas no escolares presenciales en todos los niveles y en todas sus modalidades, desde el 19 de abril hasta el 30 de abril de 2021, inclusive”.

En la motivación de ese punto, el Poder Ejecutivo sostuvo:

- “Que, en este contexto, también resulta necesario, además de la adopción de las medidas mencionadas, suspender en el **ÁREA METROPOLITANA DE BUENOS AIRES (AMBA)**, a partir del 19 de abril y hasta el 30 de abril de 2021, inclusive, las clases presenciales en todos los niveles y en todas sus modalidades y las actividades educativas no escolares presenciales”.
- “Que desde el inicio de las actividades escolares presenciales el uso de transporte público de pasajeros y pasajeras en el **ÁREA METROPOLITANA DE BUENOS AIRES (AMBA)** se incrementó en un **VEINTICINCO POR CIENTO (25 %)**, según datos aportados por el **MINISTERIO DE TRANSPORTE** de la Nación”.
- “Que, en momentos de alta circulación del virus, la reducción transitoria de la circulación de personas en el **ÁREA METROPOLITANA DE BUENOS AIRES (AMBA)**, relacionadas con las actividades de educación presencial, coadyuva a ralentizar la velocidad de transmisión del virus en un momento de crecimiento exponencial de casos en la región y ante la necesidad de prevenir la saturación del sistema de salud”.
- “Que el grupo de personas de **SEIS (6) a DIECISIETE (17)** años, entre las semanas **UNO (1) a CUATRO (4)** del año representaba el **CINCO COMA TRES POR CIENTO (5,3 %)** del total de casos confirmados y entre las semanas **DOCE (12) a CATORCE (14)** representó el **SIETE COMA TRES POR CIENTO (7,3 %)** del total de casos”.
- “Que, al evaluar la proporción de casos que representa cada grupo de edad sobre el total notificado, los grupos de edad de **TRECE (13) a DIECIOCHO (18)** años y de **VEINTE (20) a VEINTINUEVE (29)** años son los que mayor aumento relativo presentaron en las últimas semanas”.
- “Que se reconoce sin dudas la importancia de la presencialidad en la actividad escolar, pero la situación epidemiológica en el **ÁREA METROPOLITANA DE BUENOS AIRES (AMBA)** demuestra una gravedad que exige la adopción de medidas inmediatas para disminuir la circulación de las personas, con el fin de disminuir, también, la velocidad en el crecimiento de los contagios. Por ese motivo deberán realizarse los mayores esfuerzos, durante las **DOS (2)** semanas de suspensión de clases presenciales para garantizar el derecho a estudiar con la



Ministerio Público

Procuración General de la Nación

modalidad virtual, hasta el reinicio posterior luego de transcurrido ese plazo. En este sentido se comparte el criterio de que la suspensión de la presencialidad en las aulas debe llevarse adelante por el menor tiempo posible, tal como han indicado prestigiosos organismos vinculados a los derechos de niños, niñas y adolescentes, como UNICEF y la Sociedad Argentina de Pediatría”.

- “Que las medidas temporarias, intensivas, focalizadas geográficamente y orientadas a las actividades y horarios que conllevan situaciones de mayores riesgos y que generan gran movilidad de personas se adoptan para mitigar el incremento exponencial de casos de COVID-19”.

En este marco, y en atención a la doctrina del Tribunal en referencia a los decretos de necesidad y urgencia, considero que los argumentos expuestos en la norma impugnada no alcanzan para fundar un estado de necesidad que permita legitimar la suspensión de la concurrencia a los establecimientos educativos en todos sus niveles.

Así lo creo, pues no ha sido debidamente acreditado que el dictado de clases presenciales haya sido la causa del agravamiento de la situación sanitaria a la que aludió el decreto impugnado, en cuyos considerandos se efectúan afirmaciones genéricas acerca de la necesidad de reducir la circulación de personas y el uso del transporte público, sin precisar adecuadamente la supuesta relación directa e inmediata entre las actividades de educación presencial y el crecimiento exponencial de casos en la región.

En efecto, si se compara lo expresado en el decreto 241/21 y su similar 235/21, dictado una semana antes, se advierte que si bien la tasa de incidencia acumulada para el país se incrementó de 5.280 a 5.736 casos cada 100.000 habitantes entre el primero y el segundo, no se menciona si la cantidad de testeo aumentó o se mantuvo en ese período, mientras que la tasa de letalidad que era del 2,3% al 8 de abril, bajó al 2,2% al 15 de abril.

Por otra parte, cabe destacar que en el decreto 235/21, que como he señalado había resuelto mantener “las clases presenciales y las actividades educativas no escolares presenciales”, se dice que más del 60% de los nuevos casos correspondían al AMBA, mientras que al momento de dictar el decreto 241/21 aquél había bajado a más del 50%.

A lo expuesto cabe agregar que tampoco permite tener por acreditada la necesidad de restringir el acceso a los establecimientos educativos sin cumplir con el trámite legislativo pertinente, lo afirmado en los considerandos de la norma atacada en cuanto al incremento de la representación en los casos confirmados de los menores entre seis (seis) y diecisiete (17) años, ni que “los grupos de edad de TRECE (13) a DIECIOCHO (18) años y de VEINTE (20) a VEINTINUEVE (29) años son los que mayor aumento relativo presentaron en las últimas semanas”.

Pienso que ello es así ya que el decreto no alude ni demuestra, como era menester, que los aumentos de los contagios en esas franjas etarias hayan obedecido a la realización de clases presenciales. En este punto debe repararse que la ocurrencia del aumento de casos en los menores arriba individualizados, puede ser la consecuencia de una pléyade de causas o concausas y no necesariamente derivar de la asistencia a los establecimientos educativos. Por lo tanto, la necesidad de suspender la presencialidad escolar requería un análisis más profundo sobre este último punto.

No cambia lo expuesto, el motivo referido al acrecentamiento de la utilización del transporte público de pasajeros, pues la norma no discierne entre la situación imperante en la Provincia de Buenos Aires y en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

En efecto, una decisión restrictiva de derechos como la adoptada requería un estudio pormenorizado en el que se analizara si, con el fin de disminuir el uso del transporte público de pasajeros, la suspensión de la presencialidad era necesaria en todo el AMBA o en algunas zonas determinadas de este aglomerado.

Aun cuando es cierto que no hay derechos absolutos, no lo es menos que el poder del gobierno para recortarlos de acuerdo con sus necesidades, sean o no de emergencia, es mucho menos que absoluto. Los tribunales deben examinar con creciente rigor las intervenciones en los derechos individuales, a medida que estas se tornan más intensas y prolongadas, para establecer no solo si está justificada la validez en general de la medida, sino también su alcance (Fallos: 343:1704).



Ministerio Público

Procuración General de la Nación

En este sentido y en lo vinculado a este último aspecto también se advierte que desde el regreso a la modalidad presencial del dictado de clases, siempre se les confió a los gobiernos locales su eventual suspensión temporaria así como su reinicio, de acuerdo con la evaluación que sus titulares realizaran del riesgo epidemiológico. Sin embargo, ese criterio fue modificado por el mismo Estado nacional sin que se aprecien fundamentos acerca de los motivos por los cuales asumió facultades en relación con una actividad que antes había dejado en manos de las provincias y la Ciudad de Buenos Aires, y sólo en relación con una región que comprende a esta última.

Lo expuesto adquiere mayor relevancia aún, si se tiene presente que el derecho vulnerado por la norma impugnada es el referido al acceso a la educación.

Así, el artículo 14 de la Constitución Nacional reconoce a todos los habitantes del país, el derecho de aprender (consagrado conjuntamente al de enseñar), que abarca, en el ámbito de la educación formal, el acceso a tal educación así como a no ser discriminado en ninguna de las etapas del aprendizaje. La trascendencia de la educación se evidencia al considerar sus dimensiones en tres diferentes escalas: la escala personal, la social y la cívica. En su escala personal, el proceso educativo debe permitir desarrollar en el ser humano sus potencialidades intelectuales y sus destrezas o habilidades psicomotrices. Para ello es necesario orientar la educación hacia la formación de un espíritu crítico, destinado a pensar, a discernir y a comprender. En su dimensión social, se concluye que la fortaleza de los países no puede ser ponderada exclusivamente con base en indicadores macroeconómicos sino en aspectos culturales, educativos, institucionales y sociales de la población concernida, lo que decanta en la trascendencia de la educación en el desarrollo humano. Como ha afirmado José Manuel Estrada, “del cultivo del espíritu no sólo se sigue la vigorización del individuo; se sigue la vigorización de la sociedad” (Curso de Derecho Constitucional, Científica Literaria Argentina, Buenos Aires, 1927, T.1, p. 246). Finalmente, desde la dimensión cívica, la educación constituye un elemento determinante del espíritu crítico necesario para el desarrollo del proceso deliberativo previo a la toma de decisiones públicas por una comunidad en un sistema democrático.

Es menester recordar que, mediante el artículo 75, inciso 19, de la Constitución Nacional, se confirió al Congreso de la Nación la competencia para sancionar leyes de organización y de base de la educación que consoliden la unión nacional y que respeten las particularidades provinciales y locales, así como se le impuso, entre otras obligaciones, asegurar la responsabilidad indelegable del Estado y la participación de la familia y la sociedad a fin de organizar la educación.

Por mandato de la Constitución Nacional, el Congreso está obligado a definir el modelo institucional de manera que asegure la vigencia de determinados principios y garantías que también se hallan insertos en dicha Carta y en los tratados que ella prevé, tales como la igualdad de oportunidades y posibilidades, la no discriminación y el derecho de enseñar y aprender (doctrina de Fallos: 322:919). En función de dicho cometido, el Congreso Nacional sancionó la Ley de Educación Nacional (26.206) que, entre otros principios, establece que el Estado Nacional, las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires “tienen la responsabilidad principal e indelegable de proveer una educación integral, permanente y de calidad para todos/as los/as habitantes de la Nación, garantizando la igualdad, gratuidad y equidad en el ejercicio de este derecho, con la participación de las organizaciones sociales y las familias” (art. 4°). Asimismo, dispone que el Estado debe garantizar el ejercicio del derecho constitucional de enseñar y aprender y que son responsables de las acciones educativas el Estado Nacional, las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en los términos fijados por el artículo 4°; los municipios, las confesiones religiosas reconocidas oficialmente y las organizaciones de la sociedad; y la familia, como agente natural y primario (art. 6°).

En el mismo orden de ideas, cabe destacar que la tutela preferente de los menores recibe reconocimiento expreso en un conjunto de instrumentos internacionales con jerarquía constitucional, conforme al artículo 75, inciso 22, de la norma fundamental nacional. En efecto, la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece que los niños tienen derecho a medidas especiales de protección. Con miras a ese cuidado, la Convención sobre Derechos del Niño consagra la noción del interés superior del niño, como un principio rector de la normativa particular y como una consideración primordial en la adopción de las medidas que deban ser



Ministerio Público

Procuración General de la Nación

tomadas por los tribunales, las autoridades administrativas y los órganos legislativos, proporcionando un parámetro objetivo que permite resolver cuestiones en las que están comprometidos los menores atendiendo a aquella solución que les resulte de mayor beneficio (arts. 3° de la referida Convención y 3° de la ley 26.061, y Fallos: 342:459, considerando 14 y voto del juez Rosatti, considerando 12).

De lo expuesto se advierte que la educación es la base del desarrollo personal del ser humano, por ello el Estado tiene el deber indelegable de garantizar el pleno ejercicio de ese derecho y estructurar un sistema educativo permanente.

Así entonces, y tomando en consideración los motivos informados en el decreto impugnado como así también el rol preponderante que ocupa el derecho a la educación en nuestro esquema constitucional, considero que las medidas adoptadas mediante el artículo 2°, último párrafo, del decreto 241/21, en lo que concierne a la suspensión del dictado de clases presenciales y las actividades educativas no escolares presenciales en todos los niveles y en todas sus modalidades en el aglomerado denominado AMBA, no fueron adecuadamente fundadas puesto que, sin desconocer la situación epidemiológica por la que se atraviesa, tienen por objeto restringir el derecho fundamental a la educación que la actora debe garantizar en atención a las normas vigentes que así lo disponen (v. Constitución Nacional y ley 26.206),

En este contexto, entiendo, entonces, que no es posible concluir en que fuera necesaria la adopción de medidas inmediatas que tengan por efecto suspender la concurrencia a los diferentes establecimientos educativos ubicados en el AMBA, pues no se ha demostrado el riesgo existente en ese sector ni cómo, en su caso, eso podría comprometer el interés general.

No se desconoce el enorme esfuerzo realizado por directivos, docentes, alumnos y sus grupos familiares para sostener el proceso pedagógico y garantizar el derecho a la educación en el contexto de la pandemia por el COVID-19 y la suspensión de clases presenciales dispuesta en el contexto del Aislamiento Social, Preventivo y Obligatorio (ASPO), el cual quedó demostrado durante 2020.

No obstante, documentos del Ministerio de Educación de la Nación muestran las dificultades que enfrenta la virtualidad en el proceso educativo para garantizar efectivamente

el derecho de niños, niñas y adolescentes a acceder a la educación en sus diversos niveles. Así resulta de los informes preliminares de la Evaluación Nacional del Proceso de Continuidad Pedagógica –disponible en <https://www.argentina.gob.ar/educacion/evaluacion-e-informacion-educativa/evaluacion-nacional-del-proceso-de-continuidad-pedagogica>– elaborada a partir de encuestas a equipos directivos y hogares (https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/resumen_de_datos_informes_preliminares_directivos_y_hogares_0.pdf) y a docentes (https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/datos_destacados_encuesta_a_docentes_enpc_p.pdf).

De la lectura de la primera de esas encuestas se desprende que, aunque todas las escuelas llevaron adelante propuestas de continuidad pedagógica (con disparidades en el tiempo que les demandó organizar la continuidad escolar –79% de los establecimientos lo logró en menos de dos semanas de suspendidas las clases presenciales, 16% tardó alrededor de un mes y un 5% aún no lo había conseguido al tiempo de la encuesta, realizada en junio de 2020–) y, coincidentemente, el 95% de las familias declaró que sus hijos recibieron propuestas pedagógicas durante todo el período del ASPO, los resultados de tales relevamientos permitieron concluir en que “(l)as disparidades en las experiencias de educación remota que atravesaron los estudiantes está condicionada, en gran medida, por los recursos disponibles en los hogares: menos de la mitad de ellos cuenta con acceso fijo de buena calidad en la señal a Internet, 3 de cada 10 de hogares no tienen acceso fijo a Internet: 27% accede sólo por celular y 3% no tiene internet de ningún tipo. En hogares con Internet fija, la tercera parte tiene problemas en la señal. El 53% no cuenta con una computadora liberada para uso educativo. El piso tecnológico de los hogares que asisten a escuelas del sector privado duplica al de los que asisten al sector estatal. La dotación de recursos tecnológicos para sostener la actividad educativa en los hogares es desigual según la condición económica y las regiones del país”.

Como resultado de ese relevamiento, asimismo, se remarcó que “(l)os equipos directivos también señalaron problemas en las condiciones de acceso a recursos tecnológicos: 79% indicó que las y los directores y docentes tenían limitaciones de conectividad y un 66%



Ministerio Público

Procuración General de la Nación

identificó problemas con el equipamiento. (...) En todos los casos analizados, las directoras y los directores de las escuelas privadas manifiestan una mayor frecuencia de comunicación con las y los estudiantes en comparación con las escuelas de gestión estatal. Lo mismo sucede entre las escuelas urbanas respecto de las rurales. Mientras que en el sector privado cerca del 90% de las escuelas mantuvo contacto con sus estudiantes más de una vez por semana; entre las escuelas del sector estatal, con alta inserción territorial en áreas de menor conectividad (localidades pequeñas y rurales) y la mayor cobertura de sectores sociales de menores ingresos (con menor conectividad), esa frecuencia de contacto desciende al 70%. El teléfono celular fue la vía de comunicación más utilizada para los intercambios entre docentes, estudiantes y familias, en todos los niveles de enseñanza, territorios y sectores sociales. El uso de medios que permiten una comunicación sincrónica expresa grandes diferencias según sector de gestión y ámbito, tanto desde la mirada de los equipos directivos como desde los hogares: *Plataformas para reuniones virtuales: 17% de directivos del sector estatal afirmó que las utiliza, mientras la proporción ascendió al 73% entre directivos de escuelas privadas. Un 8% de los directivos del ámbito rural y 44% en el ámbito urbano. *Plataformas educativas: 6% de uso entre las escuelas estatales y 30% en el sector privado, según las y los directores. *Sólo 1 de cada 4 familias tuvo comunicación con la escuela a través de videoconferencias o de plataformas educativas genéricas”.

Por otra parte, la encuesta a docentes arrojó como resultados “que el medio de comunicación más utilizado en nivel inicial y primario fue el teléfono celular, ya sea para enviar mensajes de texto vía SMS o WhatsApp (81% y 89%) como para realizar llamadas (50% y 65%). En el nivel secundario, el celular también fue el medio más usado pero solo para mensajes de texto o WhatsApp (75%), mientras que el segundo medio más usado fue el correo electrónico, cuestión que puede asociarse a la edad de los y las estudiantes y al manejo autónomo de este tipo de herramientas. En el mismo nivel, se destaca el uso de plataformas educativas como Google Classroom o Moodle, señalado por el 59% de los y las docentes. Las plataformas para reuniones virtuales fueron el medio elegido por un tercio de los y las docentes en los tres niveles de enseñanza, dato que debe leerse a la luz de la disponibilidad, no solo de

teléfonos celulares u otros dispositivos tecnológicos, sino de la calidad de la conexión a internet. El uso de estas plataformas presenta fuertes disparidades entre las escuelas del sector de gestión estatal y privada. En efecto, se percibe una diferencia de 50 puntos porcentuales entre los y las docentes que escogen las plataformas para reuniones virtuales en las escuelas estatales del nivel inicial y primario en relación a las escuelas privadas. Esta diferencia se reduce a casi 40 puntos porcentuales en el nivel secundario”.

Esta encuesta a docentes también mostró que “(1) a dificultad más frecuentemente señalada por las y los docentes en el desarrollo de su propuesta de enseñanza fue el logro de la participación activa por parte de sus estudiantes en las actividades propuestas. En segundo lugar, se señaló como dificultad el contacto con las y los estudiantes/familias por falta de datos y/o por la lejanía de sus hogares. Si se analiza esta dificultad según sector de gestión, se observa que para las y los docentes del sector estatal este problema se duplica en relación a sus pares del sector de gestión privada. Una brecha similar se advierte entre las respuestas de docentes del ámbito urbano y rural en nivel inicial y primario”.

Los datos recolectados permitieron señalar que “(1) as dos dificultades mayormente mencionadas [por los docentes] para llevar adelante el proceso de enseñanza durante la pandemia son tecnológicas: falta o limitaciones en la conectividad a internet (62%) y limitaciones de recursos electrónicos (59%). En tanto, sólo un tercio (36%) señaló dificultades respecto a poder compatibilizar las tareas laborales con las domésticas o de cuidado. En las escuelas secundarias y en las privadas, estas últimas dificultades fueron mencionadas con mayor frecuencia. (...) Si bien la mayoría de las y los consultados (92%) señaló tener una computadora en el hogar (de escritorio o portátil), sólo un tercio de docentes (37%) dispone de ese equipamiento para su uso exclusivo algo que, en el actual contexto, se transformó en una limitación para el desarrollo de la enseñanza desde la propia casa. (...) Por otra parte, dos tercios de los y las docentes tiene problemas con la conectividad o directamente no tiene conectividad inalámbrica a internet (wifi)”.

En relación con las dificultades de los estudiantes, la encuesta a docentes muestra que “(a) l igual que lo que consignaron en sus propios hogares, las y los docentes ubicaron en



Ministerio Público

Procuración General de la Nación

primer lugar la conectividad y el equipamiento tecnológico como principales dificultades de sus estudiantes para seguir la propuesta educativa en el período del cierre de escuelas. Asimismo, en tercer lugar se destacó la poca experiencia en el uso de recursos electrónicos y digitales y casi en la misma proporción las dificultades socioeconómicas. En cuanto a las dificultades de conectividad y equipamiento, el problema es más señalado en secundaria que en el nivel inicial. A nivel agregado las limitaciones de conectividad a internet muestran una importante brecha por sector de gestión: 92% en estatal y 70% en privada. Respecto a las dificultades socioeconómicas, estas diferencias aumentan: 64% en estatal y 19% en privada”.

En suma, la información recogida por el Ministerio de Educación de la Nación permite afirmar que, aun con el ingente esfuerzo llevado a cabo por el cuerpo directivo y docente del sistema educativo inicial, primario y secundario, tanto de gestión estatal como privada, las dificultades derivadas especialmente de la falta de medios tecnológicos disponibles para docentes y alumnos, que se ven acentuadas en el caso de educadores y alumnos de escuelas de gestión estatal, constituyen un enorme obstáculo para que la enseñanza virtual reemplace en forma eficaz a la presencialidad escolar, de modo de garantizar acabadamente el derecho a la educación consagrado por el artículo 14 de la Constitución Nacional.

Por esas razones, no cabe tener por configurada en el *sub examine* la existencia de circunstancias fácticas que el artículo 99, inciso 3º, de la Constitución Nacional, describe con rigor de vocabulario (Fallos: 322:1726 cit.), circunstancia que –en mi parecer– de manifiesto la invalidez constitucional de la norma impugnada por la actora.

–X–

A lo largo de este dictamen se ha destacado el carácter cooperativo y no competitivo que define nuestro régimen federal, del que se derivan los principios de naturaleza constitucional que informan el concepto de federalismo de concertación. Éstos subyacen en el texto de la ley 26.206 de Educación Nacional en cuanto establece la responsabilidad concertada y concurrente del Estado nacional, las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en la planificación, organización, supervisión y financiación de un sistema educativo nacional capaz

de proveer una educación integral, permanente y de calidad para todos los habitantes de la Nación.

Pienso que el hecho de que esta decisión se haya tomado primordialmente por motivos sanitarios y en ejercicio de facultades que, por lo demás, también ejerce de manera concurrente la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (Fallos: 338:1110), no impide apartarse del paradigma del federalismo concertado que debe primar en las relaciones interjurisdiccionales, especialmente si se presentan desacuerdos razonables o fricciones que la realidad impone y que no siempre se pueden evitar cuando coexisten dos gobiernos que actúan directamente sobre el mismo pueblo (K.C. Wheare, *Federal Government*, Londres, 1947, citado por Linares Quintana, *Segundo en Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*, Tomo II, Buenos Aires, 1970, pág. 102).

De hecho, como lo comprueban los antecedentes normativos expuestos, muchas de las cuestiones sanitarias vinculadas con el sistema educativo fueron consideradas en el marco del Consejo Federal de Educación, lo que permitió incorporar la necesaria perspectiva de las jurisdicciones locales en la delicada tarea de armonizar el interés superior del estudiante con los aspectos generales de la salud pública.

Es innegable que, con frecuencia, en el sistema federal la delimitación de las competencias de los distintos niveles de gobierno es, no pocas veces, ambigua, vaga y a veces en apariencia contradictoria, y que, en palabras del entonces difundido informe Rowell-Sirois sobre las provincias canadienses, “ni aun el mayor cuidado al determinar la división de los poderes en un esquema federal evitará dificultades cuando la división se aplica a la variedad y complejidad de las relaciones sociales” (op. cit. p. 126). También es cierto que esa dificultad intrínseca es aun mayor en tiempos de guerra, crisis o emergencia (p. 129). En paralelo, debe tenerse en cuenta que –como ya dije– uno de los propósitos de la reforma constitucional de 1994 fue el fortalecimiento del federalismo, pues se observaba ya con preocupación un largo proceso en el que el comportamiento federal había reacomodado las pautas y las normas más a favor de la centralización que de la descentralización; más a favor de la dependencia de las provincias que de la convergencia concertada, más con tendencia a priorizar las competencias

“Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c/ Estado Nacional (Poder Ejecutivo Nacional) s/
acción declarativa de inconstitucionalidad”
CSJ 567/2021-00



Ministerio Público

Procuración General de la Nación

federales que coordinarlas con las provincias (Bidart Campos, “El federalismo argentino desde 1930 hasta la actualidad”, en “Federalismos Latinoamericanos: México, Brasil, Argentina”, Fondo de Cultura Económica, México, 1993, p. 366).

Estas consideraciones adquieren especial relevancia frente al contexto epidemiológico actual, cuando es público y notorio que, en los últimos días, la situación se ha agravado debido a la propia dinámica y cambiantes características de la situación de la epidemia.

–XI–

En estos términos, doy por contestada la vista conferida.

Buenos Aires, 29 de abril de 2021.