



Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires

Fuero Contencioso Administrativo y Tributario

2021 - Año del Bicentenario de la Universidad de Buenos Aires

JUZGADO DE 1ª INSTANCIA EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y TRIBUTARIO N° 13 SECRETARÍA
N°26

L.A, A. S. Y OTROS CONTRA GOBIERNO DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES SOBRE
AMPARO - EDUCACION-OTROS

Ciudad de Buenos Aires.

VISTOS Y CONSIDERANDO:

I. Que la presente acción de amparo colectivo fue iniciada por padres y madres de diferentes alumnos de los niveles inicial y primario que asisten a instituciones educativas de gestión estatal o privada de esta Ciudad, en los términos del art. 14 de la Constitución de la Ciudad Autónoma y ley 2145, contra el GOBIERNO DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES en resguardo de sus derecho a la salud, a la vida, a la educación y a la dignidad y con el objeto de que se “*derogue la resolución conjunta MEMS N° 1/2021 y dicte en consecuencia una nueva normativa que se adecue a estos primigenios e inexorables preceptos legales, con especial ahínco en el art. 2 inciso C*”.

En tal sentido, solicitaron –en síntesis- se ordene a la demandada dictar un nuevo protocolo que permita a los padres, madres y/o representantes legales de los alumnos -sin distinción ni discriminación alguna por edad, enfermedades preexistentes, ni cualquier otro criterio restrictivo- elegir el modo de educación (presencial o a distancia) hasta tanto se declare el fin del Distanciamiento Social Preventivo y Obligatorio (en adelante, DISPO), o hasta que exista certeza sobre el control de la pandemia, sosteniendo y garantizando la trazabilidad pedagógica, la regularidad, la vacante escolar y las becas, y sin que ello se traduzca en una quita de tales derechos, como ser la supresión de vacantes, la quita de la regularidad, becas, prestaciones o la falta de goce de haberes/descuentos hacía trabajadores, o cualquier otro tipo de emolumentos que pudiesen legalmente corresponder.

Asimismo solicitaron, como medida cautelar, se ordene a la aquí accionada, y hasta tanto se decrete el fin del DISPO en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires, garantizar un real y efectivo acondicionamiento de los espacios edilicios de los establecimientos educativos, así como también la correcta provisión de insumos de higiene, se erija un hábil e idóneo sistema de transporte, se complete el retardado plan de vacunación que inocule en su totalidad al personal docente y no docente que expresamente haya indicado su voluntad, se prohíba taxativamente cualquier tipo de quita de vacante escolar, aplicación de sanciones administrativas, cuantificación indebida de faltas, baja de cualquier tipo de becas, asignaciones y/o estímulos, como así también la expresa obligatoriedad de garantizar positivamente contenidos curriculares adaptables a una formación a distancia, telemática y/o virtual y, en este sentido, se respete la decisión de aquellas familias que decidan no concurrir a dichos

establecimientos, sin que esto signifique la supresión de la vacante escolar, la quita de beca alguna, la pérdida de regularidad, ni el conteo de “faltas” o cualquier otro tipo de sanción administrativa intra-escolar; y tengan el derecho a llevarlo a cabo de manera virtual o a distancia sin ninguna merma curricular.

Adujeron que debe valorarse no solo el retorno a clases, sino las acciones adicionales que ello conlleva y que también deben preverse.

En este punto, destacaron el incremento desmedido de casos desde que se inició la presencialidad, con especial mención al aumento de reportes de niños, niñas, adolescentes, docentes y no docentes, padres y madres infectados en el marco de la aplicación obligatoria de esta presencialidad.

Por otro lado, sostuvieron que se observaron aglomeraciones en los ingresos y egresos de las escuelas, sin el menor cumplimiento del distanciamiento social.

Asimismo, enfatizaron la problemática que acarrea la ida y vuelta de los establecimientos educativos y manifestaron que no han existido medidas plausibles que contengan u ordenen la situación ni coadyuven a mejorarla, ya que las pocas que existen no han sido debidamente informadas, y las que se desprenden de la página Web resultan poco claras y con inespecíficos controles.

A su vez, indicaron que la campaña de vacunación no avanza en la Ciudad de Buenos Aires “*sino más bien SE PRIVATIZA*”. En este punto señalaron que “*se han detectado preocupantes retrasos en la inoculación masiva necesaria en nuestra Ciudad, traducida no solo en la falta de turnos, sino complicaciones en el acceso al sistema que los expone cuando no la directa imposibilidad, carencia de información, y hasta una denuncia penal propiciada por los Dres. Natalia Salvo y Yamil Castro Bianchi que han derivado en una serie de actuaciones por parte del Juez Federal Ariel Lijo, que incluyó el allanamiento del Ministerio de Salud del gobierno aquí encartado frente a la distribución poco transparente entre efectores privados de salud*”.

Por último, alegaron que al día de hoy tampoco se encuentran garantizadas -ni mucho menos han comenzado- las clases virtuales y a distancia, inclusive para los nominados como “exceptuados” de acuerdo al art 2 inc c. del anexo al protocolo precitado.

2. Que luego de una serie de cuestiones procesales vinculadas con el órgano competente para entender en la causa (ver resoluciones dictadas en las Actuaciones 370582/2021, 386722/2021, el dictamen fiscal –Actuación 424941/2021- y Actuación 426839/2021), se corrió vista al MINISTERIO PUBLICO TUTELAR y se ordenaron las medidas que surgen de la Actuación 506682/2021.

Notificado de ello, el GCBA –en primer lugar- interpuso sendos recursos de apelaciones, los que no fueron concedidos (cfme. arts. 19 y 26 de la ley 2145 —t. c. 2018- y artículo 303 del CCAyT). Frente a ello, la demandada interpuso recurso de queja por apelación denegada, actualmente en trámite por ante la Sala 2 de la Cámara de Apelaciones del fuero.

A su vez, el frente actor insistió con el dictado de la medida cautelar pretendida, por lo que se ordenó correr traslado al GCBA de tal petición, en los términos del art. 15 de la ley de amparo.



Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires

Fuero Contencioso Administrativo y Tributario

2021 - Año del Bicentenario de la Universidad de Buenos Aires

JUZGADO DE 1RA INSTANCIA EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y TRIBUTARIO N° 13 SECRETARÍA
N°26

L., A. S. Y OTROS CONTRA GOBIERNO DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES SOBRE
AMPARO - EDUCACION-OTROS

Con posterioridad a ello, el 13 de abril ppdo. el GCBA respondió la requisitoria efectuada, acompañó documentación y se expidió sobre el debate de autos, sin perjuicio de lo que pudiera expresar frente al traslado de la petición de la medida cautelar.

Así pues, el 15 de abril del año en curso el GCBA contestó dicho traslado y solicitó el rechazo del remedio precautorio intentado *“atento que el mayor grado de presencialidad hace posible el desarrollo de la salud integral de las/os niñas/os y en función su interés superior”*.

Describió la normativa vigente en la materia y la diseñada específicamente en el marco de la pandemia existente y manifestó que sostener la presencialidad en las escuelas de conformidad a lo establecido en el Protocolo para el inicio de clases presenciales 2021, aprobado por Resolución Conjunta Nro. 1-GCABAMEDGC/2021, resultaba necesario para garantizar el derecho a la educación y la salud integral de todos los estudiantes *“todo ello en acuerdo a las medidas sanitarias adoptadas y que se adopten”*.

En tal sentido, aclaró que quienes formaran parte de alguno de los grupos de riesgo establecidos por la autoridad sanitaria o conviviera con alguna persona que presentase una comorbilidad asociada a COVID-19 se encontraban exceptuados de cumplir con la presencialidad y, a su respecto, se continuaban sosteniendo las estrategias que se venían implementando de manera virtual; mientras que los docentes que presentasen alguna condición de riesgo continuarían desarrollando sus tareas de manera remota, las que serían organizadas en función de las necesidades identificadas por el propio establecimiento.

Indicó que todos los establecimientos educativos de los niveles Inicial, Primario y Secundario de gestión estatal cuentan con la instalación completa de fibra óptica, que en el marco del Plan Sarmiento BA fueron entregados en préstamo 31.298 dispositivos informáticos y que las plataformas educativas alojadas en el dominio edu.ar no consumen datos móviles, facilitando el acceso a las plataformas y herramientas educativas.

En lo que refiere al transporte público, puntualizó que el personal docente, no docente y los estudiantes -y su acompañante en su caso- que asistan a clases presenciales no solo quedan exceptuados de la prohibición del uso del servicio público de transporte de pasajeros urbano, interurbano e interjurisdiccional sino que tienen acceso prioritario, para todo lo cual deben tramitar el “Certificado Único Habilitante para Circulación - Emergencia COVID-19”, denominado “ESCOLAR”. Refirió también a los protocolos de los transportes escolares y al Programa “Sube y Baja”.

3. Que con posterioridad a ello, el 18 de abril los amparistas solicitaron el urgente dictado de la medida cautelar pretendida.

En primer lugar describieron las actuaciones llevadas a cabo en el marco de los autos caratulados “*Ortiz Romero, Lucía Concepción y otros contra GCBA sobre amparo*” EXP 108081.

Luego, refirieron a la contestación efectuada por el GCBA frente al traslado de su petición de medida cautelar y afirmaron “*que en estas últimas semanas la revista de reconocida trayectoria ‘The Lancet’ fue categórica al definir que ‘La reapertura de la escuela sin una mitigación robusta del COVID-19 corre el riesgo de acelerar la pandemia’.*”

Indicaron que el *dictado del DNU* no infunde tranquilidad a los peticionantes ya que la no presencialidad solo se extiende por 15 días y en tanto ello no es, en definitiva, lo que se está solicitando con el presente amparo.

Insistieron con que no está garantizada la enseñanza a distancia y solicitaron el pronto dictado de la medida cautelar.

Frente a ello, se corrieron las vistas correspondientes a los Ministerios Públicos Tutelar y Fiscal.

La Sra. Asesora Tutelar, MABEL LÓPEZ OLIVA, efectuó una reseña de la causa y sostuvo que de la información presentada por la accionada no surgía un plan de adecuación flexible y continuo del protocolo vigente conforme la evaluación de los casos registrados por covid19, así como tampoco que se garantizase la escolaridad remota para quienes se encontraban exceptuados de la presencialidad ni para quienes debían acceder a esta modalidad por cuestiones temporarias (covid positivo en burbuja, suspensión clases presenciales, etc). Por otro lado resaltó que no surgía un plan concreto de movilidad y transporte cuidado a los establecimientos educativos.

Asimismo, adujo que en las últimas semanas se han incrementado sustantivamente los casos covid 19 en el AMBA en la población en general y en las personas menores de edad, que si se comparaban las dos semanas previas al inicio de clases y las últimas dos semanas se observaba que los grupos de edad escolar presentan un aumento proporcional mayor al resto de las edades, que hubo un crecimiento exponencial de casos con alta velocidad de aumento, un incremento también veloz de circulación de nuevas variantes y un aumento de un 25% de utilización de transporte público, desde el inicio de las clases (con presencialidad restringida).

También destacó que en base a tales extremos se dictó el decreto de necesidad y urgencia 241/2021 y que “*ante esta situación de suma gravedad sanitaria, el GCBA sorprendentemente (en tanto en todo el 2020 no consideró que las restricciones en la presencialidad en la escuela dictadas por el Poder Ejecutivo afectaran de modo alguno la autonomía de la Ciudad sumado a que, en forma constante, se refiere a la no judicialización de decisiones de la Administración) resolvió cuestionar judicialmente dicho DNU y someter su constitucionalidad a la decisión del Máximo Tribunal del país, único competente para la resolver el presente conflicto conforme art. 116 CN y los precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”... “Más aún, el GCBA así lo entendió en tanto en su presentación ante la CSJN afirmó ‘el carácter federal de las cuestiones involucradas’.*”



Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires

Fuero Contencioso Administrativo y Tributario

2021 - Año del Bicentenario de la Universidad de Buenos Aires

JUZGADO DE 1RA INSTANCIA EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y TRIBUTARIO N° 13 SECRETARÍA
N°26

L., A. S. Y OTROS CONTRA GOBIERNO DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES SOBRE
AMPARO - EDUCACION-OTROS

Luego refirió a las acciones de amparo interpuestas en el fuero por algunas organizaciones civiles, particulares e integrantes del MINISTERIO PÚBLICO DE LA DEFENSA y MINISTERIO PÚBLICO TUTELAR que, en lo sustancial, coincidían en solicitar ante el fuero local, la inconstitucionalidad del DNU 241 y el dictado de una medida cautelar tendiente a suspender los efectos de dicha norma de política sanitaria nacional y ordenar la presencialidad en las escuelas de la Ciudad.

Resaltó que, de este modo, la Sala IV de la Cámara de Apelaciones del fuero en coincidencia con el dictamen de la Fiscal de Cámara *“pese a la inexistencia evidente de ‘caso o causa’ en tanto la pretensión de la actora y el demandado (GCBA) resultan coincidentes (es decir frente a la ausencia de controversia) y aún estando pendiente la resolución de la cuestión en el ámbito de la Corte Suprema de Justicia de la Nación a la que el propio GCBA sometió el conflicto, ordena suspender cautelarmente los efectos de un Decreto de Necesidad y Urgencia dictado en el marco de la mayor crisis sanitaria vivida en nuestro país y ordenar al GCBA que disponga la presencialidad de las clases en las escuelas de la Ciudad. Ello, sin hacer referencia alguna a un dato epidemiológico oficial y sin despachar ni ponderar la presentación efectuada en el expediente “Palacios” por la máxima autoridad en materia de salud del país (véase que la presentación en el sistema EJE de la Sra. Ministra de Salud se registra a la 17:34:12 y que la resolución de la Sala IV fue firmada a las 20:02).*

Entendió que con la falta de valoración de dicha presentación, tanto por parte de la Sra. Fiscal como por los integrantes de la Sala IV, se omitió informar a la sociedad *“a través del resolutorio que los medios hegemónicos anunciaban desde horas de la mañana, respecto de un dato clave allí indicado que es que ‘Independientemente de que las instituciones escolares sean consideradas espacios de bajo riesgo INDIVIDUAL, con adecuado cumplimiento de los protocolos, el riesgo individual bajo aumenta cuando aumenta la prevalencia de la enfermedad en la población’ y que ‘No alcanza con las medidas individuales en instituciones educativas, sino que es necesario implementar medidas colectivas para impactar en la transmisión comunitaria.’”*

En mérito a todo ello consideró procedente una tutela que ofrezca la mejor protección integral, que en este momento excepcional y para este período impone decisiones que prioricen la protección de la salud y la vida y solicitó se dicte una medida cautelar por la cual se ordene al GCBA: 1) admitir la excepción de asistencia presencial y por ello, abstenerse de computar las faltas y/o quita de vacantes, respecto del alumnado cuyos padres y/o madres, en atención al contenido del DECNU-2021-241-APNPTE, resolvieran la no concurrencia de sus hijos y/o hijas a los establecimientos educativos y, 2) garantizar la escolaridad virtual a todo el alumnado de la Ciudad. Todo

ello, hasta tanto el Máximo Tribunal del País -único Tribunal competente en la materia-, resuelva la cuestión planteada por el GCBA respecto a la constitucionalidad del art. 2 DECNU-2021-241-APNPTE o hasta cumplimiento del plazo dispuesto en dicho artículo (30 de abril de 2021), lo que ocurra el primero.

Por su parte, el Sr. Fiscal PATRICIO ESTEBAN URRESTI emitió su dictamen mediante Actuación 626096. Allí refirió a las consideraciones oportunamente efectuadas al tomar intervención en una causa análoga, caratulada “*Ruibal Mariana Beatriz y otros c/GCBA s/amparo*”, Expte. A80269/2021 para luego sostener que sin perjuicio de ello, en las últimas semanas se ha modificado sustancialmente el marco fáctico y jurídico aplicable a esta controversia, en alusión al agravamiento de la evolución epidemiológica en esta jurisdicción, el consecuente dictado, por parte del Poder Ejecutivo Nacional, del DNU 241/2021, y el fallo de la Sala IV de la Cámara de Apelaciones del fuero señalado con anterioridad.

En dicho marco, resaltó que aún no existe un pronunciamiento firme con relación a la validez de la citada norma y concluyó que el temperamento establecido por la autoridad nacional acordaría suficiente sustento al pedido realizado por los accionantes, con relación a que no se les exija asistir a los establecimientos educativos, durante la vigencia de las restricciones impuestas por el Poder Ejecutivo, por lo que estimó que “*mientras se mantenga la medida dispuesta por el Poder Ejecutivo Nacional y sus eventuales prórrogas, podría permitirse a los alumnos que se los exima de la obligación de asistir a las aulas, sin ninguna consecuencia que los pueda perjudicar en términos de inasistencia, pérdida de beneficios, etc*” y propició, en tal sentido, que se ordene al GCBA -para aquellas familias que así lo soliciten- garantizar los contenidos curriculares a través de la modalidad virtual y poner a disposición los recursos necesarios para asegurar la continuidad pedagógica por medios remotos.

Finalmente consideró que “*si bien la medida cautelar dictada por la Sala IV permite al Gobierno de la Ciudad la apertura de los establecimientos educativos, ante el marco normativo y epidemiológico actual, y mientras subsista la situación descrita, podría dispensarse a las familias que lo consideren necesario de la obligación de concurrir a las aulas, sin que ello se traduzca en ninguna mengua de su derecho constitucional a la educación*”

En este estado, son llamados los autos a resolver.

4. Que cabe señalar que las medidas cautelares tienden a impedir que durante el lapso que transcurre entre la iniciación del proceso y el pronunciamiento definitivo sobrevenga cualquier circunstancia que haga imposible o dificulte la ejecución forzada o torne inoperante los efectos de la resolución (cfme. Sala II del fuero, en autos “*La Rueda Porteña SACIFIA c/GCBA s/otros procesos incidentales*”, Expte: EXP 4073/1).

Su procedencia, conforme surge del artículo 14 de la ley 2145, se halla condicionada a que se acredite la apariencia o verosimilitud del derecho invocado por quien las solicita y el peligro en la demora, que exige evidenciar que la tutela jurídica que el actor aguarda de la sentencia definitiva pueda llegar a resultar inútil por el transcurso del tiempo.

Se exige, asimismo, que su dictado no frustre el interés público y que se fije una contracautela.



Sentado ello, y previo a analizar la presencia en el caso de los requisitos habilitantes para el dictado de la medida solicitada, ha de recordarse que la Corte Suprema ha resuelto que *“la pretensión que constituye el objeto del proceso cautelar no depende de un conocimiento exhaustivo y profundo de la materia controvertida en el proceso principal, sino de un análisis de mera probabilidad acerca de la existencia del derecho discutido. Ello es lo que permite que el juzgador se expida sin necesidad de efectuar un estudio acabado de las distintas circunstancias que rodean toda la relación jurídica”* (Fallos: 314:711, cons. 2º; 306:2060, cons. 6 y 7) y que en ciertas ocasiones, tal como ocurre con las medidas de no innovar y en las cautelares innovativas, existen fundamentos de hecho y de derecho que imponen al Tribunal expedirse provisionalmente sobre la índole de la petición formulada, sin que quepa desentenderse del tratamiento de tales alegaciones so color de incurrir en prejuzgamiento (*Fallos: 320:1633, considerando 91, citado por la Sala 2 de la Cámara del fuero al resolver en autos “Asociación Civil Casa Amarilla 2005 contra GCBA y otros sobre recusación [ART. 16 CCAYT]”, Expte. 29.56/1, el 13 de junio de 2008*).

5. Que sentado lo expuesto, corresponde señalar que el 8 de abril de 2021, en el marco de la actual pandemia generada por el virus SARS-CoV-2, el PEN dictó el DNU 235/2021 mediante el cual, ante el aumento acelerado de casos, se implementaron una serie de medidas temporarias, intensivas, focalizadas geográficamente y orientadas a las actividades y horarios que conllevan mayores riesgos con el fin de disminuir el impacto de la segunda ola en nuestro país.

Sin perjuicio de ello, en su art. 10 se dispuso que se mantendrían 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. Asimismo, se dispuso que en todos los casos se debería actuar de acuerdo a los protocolos debidamente aprobados por las autoridades correspondientes y que los Gobernadores y Gobernadoras de Provincias y el Jefe de Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires -según correspondiese- podrían suspender en forma temporaria las actividades y reiniciarlas, conforme a la evaluación del riesgo epidemiológico. También se exceptuó al personal directivo, docente y no docente y los alumnos y las alumnas -y su acompañante en su caso-, que asistiesen a clases presenciales y a actividades educativas no escolares presenciales, de la prohibición del uso del servicio público de transporte de pasajeros urbano, interurbano e interjurisdiccional, según correspondiese y a este solo efecto.

Sin embargo, con posterioridad a ello, el 15 de abril de 2021 dictó el DNU 241/2021, por el que se establecieron una serie de modificaciones al decreto precedentemente indicado y, entre otras cuestiones, se modificó el artículo 10 precitado y se estableció “*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*” (art. 2°).

Ello así, en atención a que la velocidad en el aumento en forma sostenida de los casos registrados en el Área Metropolitana de Buenos Aires (AMBA) era considerablemente mayor a la que se venía registrando y a la que se registraba en otras áreas de alto riesgo epidemiológico y sanitario del país, lo que generaba una importante tensión en el sistema de salud en todos sus niveles, así como el riesgo de su saturación y, a causa de ello, un previsible incremento en la mortalidad, todo lo cual hacía necesario incrementar las medidas ya adoptadas, en forma temporaria e intensiva.

Ahora bien, contra dicha norma se interpusieron diversas acciones de amparos, todas tendientes a asegurar el dictado de clases presenciales. Entre éstas se encuentra la causa indicada por el frente actor “*O. R., L. C. y otros contra GCBA sobre amparo*” EXP xxxxx1, que fue rechazada *in limine* por la titular del Juzgado del fuero N° 1.

Por su parte, tanto los autos “*P., M. S. y otros contra GCBA y otros sobre amparo - educación-otros*” Número: EXP 108437/2021-0 como los caratulados “*Fundación Centro de Estudios en Políticas Públicas contra GCBA y otros sobre amparo - educación-otros número*” EXP 108441/2021-0 fueron declarados conexos con la causa preciada “*O. R.*” por el Sr. Juez de turno.

Dicha decisión fue apelada por las partes en cada expediente y tales recursos fueron denegados en función de lo dispuesto en el art. 19 de la ley 2145 (t.c. por ley 6347) y el art. 135 del CCAYT (aplicable conforme el art. 26 de la ley 2145 t.c. por ley 6347), lo que motivó los correspondientes recursos de queja por apelación denegada.

En tal contexto, en el marco de los autos “*Fundación Centro de Estudios en Políticas Públicas sobre incidente de Queja por apelación denegada - Queja por apelación denegada*” INC 108441/2021-1, la sala IV de la Cámara de Apelaciones del fuero no solo resolvió hacer lugar a la queja interpuesta y admitir el recurso de apelación sino que se adentró al estudio del remedio precautorio intentado y decidió hacer lugar a la medida cautelar pretendida.

En tal sentido estableció la suspensión de lo dispuesto en el art. 2°, párrafo tercero del DNU n° 241/21 y ordenó al GCBA que en el marco de su autonomía y competencias propias dispusiera la continuidad de la presencialidad de las clases en el ámbito del territorio de la Ciudad de Buenos Aires, conforme la resolución conjunta del Ministerio de Educación y de Salud N° 1/21.

Para así decidir consideró que, en principio, el debate “*apareja la competencia del fuero local*” y que la norma cuestionada vulneraba en forma directa la autonomía de la Ciudad de Buenos Aires y su poder de policía en lo atinente a la



Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires

Fuero Contencioso Administrativo y Tributario

2021 - Año del Bicentenario de la Universidad de Buenos Aires

JUZGADO DE 1ª INSTANCIA EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y TRIBUTARIO N° 13 SECRETARÍA
N° 26

L., A. S. Y OTROS CONTRA GOBIERNO DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES SOBRE
AMPARO - EDUCACION-OTROS

prestación de la educación inicial, primaria y secundaria, con grave afectación del sistema republicano de Gobierno.

Por otro lado entendió que la modificación al decreto anterior que por esta acción de amparo se cuestiona no se encontraba motivada en datos epidemiológicos concretos sobre el área educativa de la Ciudad que justificasen razonablemente un nuevo cierre de las escuelas, y que tampoco fueron descalificadas en forma directa por el Poder Ejecutivo Nacional las medidas preventivas establecidas para ser implementadas en los establecimientos educativos de todos los niveles y modalidades de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, previstas por el protocolo aprobado por el GCBA mediante la Resolución conjunta del Ministerio de Salud y de Educación de la Ciudad N° 1/2020.

Por su parte, el GCBA ya había interpuesto una acción declarativa de inconstitucionalidad ante la CSJN contra el Estado Nacional a fin de que se declare la inconstitucionalidad del art. 2° del decreto 241/21 en tanto 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 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 dicho marco, el máximo tribunal resolvió —en el día de la fecha— declarar que la causa corresponde a la competencia originaria de la Corte y ordenó correr traslado de la demanda interpuesta contra el Estado Nacional por el plazo de cinco (5) días (CSJN 567/2021 “*Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c/ Estado Nacional [Poder Ejecutivo Nacional] s/ acción declarativa de inconstitucionalidad*”, 19 de abril de 2021).

6. Que la cuestión del complejo deslinde de competencias en materia de poder de policía entre la Nación y los entes federados —con sus múltiples aristas que se manifiestan en cada una de las ramas en que se divide la actividad del Estado constitucional— ha sido abordada desde antiguo por nuestra Corte Suprema de Justicia, que ha elaborado al respecto una doctrina a la que cabe dedicar un ajustado repaso.

Ya en los primeros tiempos de la organización nacional, se resolvió que “los actos de las legislaturas provinciales pueden ser invalidados: 1° cuando la Constitución concede al Congreso en términos expresos un poder exclusivo; 2° cuando

el ejercicio de idénticos poderes ha sido expresamente prohibido a las provincias, y 3° cuando hay una directa y absoluta incompatibilidad en ellos por estas últimas.”¹

En otra ocasión en que se alegaba el conflicto entre leyes nacionales y locales, respecto del poder de policía, la Corte analizó —a través del debate parlamentario— los objetivos perseguidos por la ley nacional. Tras reconocer la existencia de funciones concurrentes entre el Congreso Nacional y las Provincias se ha interrogado retóricamente “¿cuál es el deslinde del ejercicio de estos poderes de legislación sobre la misma materia? ¿En qué casos hay incompatibilidad en estas legislaciones dictadas por órganos distintos?”, para detallar una vez más su doctrina sobre el punto: “para que resulte incompatible el ejercicio de los dos poderes [...] es menester que haya repugnancia efectiva entre esas facultades al ejercitarse [...], en cuyo caso y siempre que la atribución se haya ejercido por la autoridad nacional dentro de la Constitución, prevalecerá el precepto federal”. En el caso en cuestión, el Máximo Tribunal concluyó que no correspondía anular la ley local, por cuanto ambas leyes regían supuestos diversos. Así, expresó, que la “compatibilidad de legislaciones de distinto orden y con distintas finalidades que permite su coexistencia está de conformidad con la doctrina de este Tribunal”.²

Más recientemente, la CSJN sostuvo que el ejercicio de la competencia de las provincias en materias *concurrentes* “reconoce excepción cuando se configure alguna de las siguientes dos hipótesis: a) que el Congreso de la Nación inequívocamente prohíba, con base en la ‘cláusula del progreso’ prevista en el inciso 18 del artículo 75 de la Constitución Nacional, que dicho poder sea ejercido por las provincias; o b) que se demuestre que, por las circunstancias del pleito, la normativa provincial dificulta o impide el adecuado cumplimiento de los propósitos del Congreso de la Nación contenidos en la normativa federal dictada con fundamento en la citada ‘cláusula del progreso’”.³

Según la Corte, el criterio expuesto constituye un *standard*, cuya función es la de permitir determinar cuándo la normativa federal —dictada con base en la “cláusula del progreso”— prevalece sobre la normativa provincial a raíz de lo establecido por el artículo 31 de la Constitución Nacional; y cuándo tal preeminencia no se configura.⁴

Al respecto, se ha ocupado de señalar reiteradamente que “el principio fundamental contenido en el art. 31 de la Constitución Nacional no significa que todas las leyes dictadas por el Congreso tengan el carácter de supremas, cualesquiera sean las disposiciones en contrario de las leyes provinciales; lo serán si han sido sancionadas *en consecuencia* de los poderes que la Constitución ha conferido al Congreso expresa o implícitamente”.⁵

1 CSJN en autos “Don Domingo Mendoza y hermano c/Provincia de San Luis” del 5 de diciembre de 1865, *Fallos*, 3: 131; en similar sentido autos “Griet Hermanos c/Provincia de Tucumán” del 3 de noviembre de 1922, *Fallos*, 137: 212, entre otros.

2 CSJN en autos “Sociedad Com. E Ind. Giménez Vargas Hnos. v. Provincia de Mendoza”, del 9 de diciembre de 1957, *Fallos*, 239: 343.

3 CSJN en autos “Boto, Armando c/Obra Social Conductores de Transporte Colectivo de Pasajeros s/diferencias salariales”, del 6 de mayo de 1997, *Fallos*, 320: 786.

4 CSJN en autos “Boto, Armando”, *cit.*

5 CSJN en autos “Sociedad Com. E Ind. Giménez Vargas Hnos”, *cit.*



Como corolario de lo repasado hasta aquí, sobre la base de las pautas que se desprenden de los pronunciamientos reseñados es posible sostener que en materia de regulaciones en el marco del denominado “poder de policía” la facultad ejercida por el Congreso de la Nación al dictar la norma en cuestión se enmarca en las denominadas *competencias concurrentes* entre las órbitas federal y la local, sin perjuicio de resaltar que nos encontraríamos frente a *poderes delegados* en lo que respecta a todas las cuestiones que conciernen a los códigos de fondo (vgr. la creación de tipos penales) o cuando se trate de regular aspectos del comercio internacional o interprovincial (art. 75, incs. 12 y 13 de la Constitución Nacional).

Dicho ello, en relación con el deslinde de las denominadas competencias concurrentes entre la órbita federal y la local, en la doctrina pueden apreciarse conclusiones similares a las que emanan de la jurisprudencia de nuestro más Alto Tribunal.

En este sentido, destaca FIORINI —con cita de VILLEGAS BASABILBASO— respecto de las normas constitucionales relacionadas con el ejercicio del poder de policía que “la interpretación lógica de las citadas disposiciones puede presentar algunas dudas en casos de funciones concurrentes; se ha dicho al respecto que cuando las reglamentaciones no presentan colisión pueden convivir bajo el amparo de la validez que les corresponde: local una y nacional la otra. Cuando haya colisión entre dos legislaciones de atribuciones concurrentes no cabe ninguna duda de que la norma jerárquica, la nacional, debe primar sobre la local”.⁶

A su turno, MUÑOZ señala que en el caso de las facultades concurrentes entre Nación y provincias, “si existiere incompatibilidad entre una ley nacional y otra provincial debe prevalecer la primera en virtud del principio de jerarquía normativa consagrado en el art. 31 de nuestra carta fundamental”.⁷

Por su parte, GORDILLO explica que “existen algunas facultades que son *concurrentes* del Congreso Nacional y de las legislaturas locales, como ser lo referente al bienestar general; pero como es obvio, esa concurrencia, por razones fácticas, muy a menudo se resuelve impropiaamente en una cierta supremacía de la ley nacional. Si bien de acuerdo con el art. 31 de la Constitución las leyes nacionales son ‘supremas’, ello debe entenderse sólo en tanto y en cuanto hayan sido dictadas dentro de las atribuciones que la propia Constitución le otorga al Congreso de la Nación; por lo demás, si no hay directa y absoluta incompatibilidad entre la ley provincial y la ley nacional, o sea, si no

⁶ FIORINI, BARTOLOMÉ, *Poder de Policía*, Buenos Aires, Alfa, 1957, p. 162.

⁷ MUÑOZ, GUILLERMO A., “Policía Sanitaria”, en MUÑOZ, GUILLERMO A. – GRECCO, CARLOS M., *Fragmentos y Testimonios del Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Ad Hoc, 1999, p. 823.

es inconciliable el ejercicio simultáneo de la potestad que acuerda la ley nacional con la que concede la ley provincial, debe mantenerse la vigencia de la ley provincial”.⁸

En suma, tanto las posiciones doctrinarias citadas como los pronunciamientos jurisprudenciales antes reseñados admiten la coexistencia de normas de policía locales y federales sobre una problemática específica en la medida en que las primeras no afecten la eficacia de las últimas.

7. Que resulta una verdad de Perogrullo que frente a una pandemia sin precedentes en más de un siglo, los diversos actores gubernamentales deben actuar coordinadamente y guiados por la ciencia para superar un flagelo que ya se ha cobrado millones de vidas a nivel global y tiene en jaque al mundo entero.

Tal necesidad de accionar conjunto se manifiesta con mayor intensidad en la denominada Área Metropolitana de Buenos Aires (AMBA) en la medida que se trata de un único conglomerado urbano de gran densidad poblacional y un importante flujo recíproco en cuanto a transporte, actividades económicas y sociales, etc. El hecho de que en esa superficie convivan la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, amplios sectores de la Provincia de Buenos Aires y la sede de los poderes nacionales le otorga una complejidad extra a esa tarea de conciliación de políticas públicas, que sin embargo no debe ni puede ser un óbice ante la gravedad de la hora.

El aumento significativo de casos experimentado en los últimos días — con un pico de casi 30.000 nuevos contagios el día viernes 16 de abril y mayor crecimiento en el AMBA— más la verificación de la circulación comunitaria de nuevas variantes del virus que afectarían con mayor gravedad a grupos etarios más jóvenes — ver informe del Ministerio de Salud de la Nación adjuntado por la Sra. Asesora Tutelar — no hace más que agudizar la necesidad de una acción enérgica, eficaz y coherente de las autoridades sanitarias.

En tal contexto, y en ejercicio del poder de policía en materia sanitaria, el Poder Ejecutivo Nacional dictó el DNU 241/2021 que dispuso “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 Área Metropolitana de Buenos Aires, medida que fue impugnada ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación por el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Con tales autos en trámite ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, y el dictamen favorable a su competencia originaria de la Dra. LAURA MONTI del día viernes 16 de abril, la Sala IV resolvió alrededor de las 20 horas del día domingo 18 de abril suspender los efectos del artículo 2º, párrafo tercero del citado DNU.

El ya de por sí delicado escenario sanitario se ve así complejizado por decisiones cruzadas entre órganos de distintos poderes y jurisdicciones, cuadro que se agudiza con el correr de las horas ante nuevas presentaciones, denuncias, declaraciones de diversos actores institucionales, etc. Un inédito cuadro de polarización extrema se va configurando progresivamente en una temática que debería encontrar un punto de consenso en la búsqueda de las medidas necesarias para preservar la salud de la población con el menor desmedro posible de la educación y otras actividades esenciales.

⁸ GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. 1, Buenos Aires, FDA, 2009, 10ª ed., p. VII-6.



En el medio de esta sorda controversia, se encuentra la comunidad educativa. Quienes tenemos hijos/as en edad escolar hemos sido azorados testigos en estas últimas horas de una escalada de confusión/violencia verbal/discusiones interminables/angustia indescriptibles. La palabra que quizás mejor define la sensación de una inmensa mayoría —aquí sí creo que podemos hablar de un “consenso”— ha sido la de incertidumbre. Incertidumbre respecto del camino a seguir, a cuál es la mejor política sanitaria y educativa que el momento requiere. Se trata de una realidad dramática y dinámica, frente a la cual los órganos ejecutivos competentes no están ofreciendo en este momento una respuesta coordinada.

En este escenario, tal como señala el Sr. Fiscal en su dictamen, “la delicada armonización de los diferentes derechos en juego exige adoptar soluciones prudentes”. Por tal motivo, en el preciso cuadro fáctico y jurídico que se ha configurado al momento de tener que resolver, considero que se encuentran reunidos los requisitos legales para la concesión —parcial y en términos diversos a la solicitada por el frente actor, art. 184 CCAyT— de la medida cautelar que propician en términos similares los representantes del Ministerio Público Tutelar y Fiscal.

8. Que por último no puedo dejar de señalar que siendo las 17.04 del día de la fecha la demandada ingresó un escrito en el que pone en mi conocimiento lo resuelto por la Sala IV del fuero en relación a la suspensión del artículo 2º, párrafo tercero del DNU 241/21, por lo que solicita que se declare abstracta la cuestión aquí debatida ya que tal sentencia fue consentida por el GCBA; y a la vez solicita que este tribunal se abstenga de dictar “resolución alguna” en estos autos “toda vez que la cuestión ya está sometida a decisión de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”.

La flagrante autocontradicción en la que incurre, priva de toda fuerza argumentativa al escrito en cuestión. En efecto, si se considera que una vez abierta la vía ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación no resultaba posible el trámite de ningún otro expediente en el fuero con alguna temática similar o más o menos relacionada, no se comprende por qué el Gobierno de la Ciudad no realizó el mismo planteo en los autos “O. R”, “Fundación Centro de Estudios en Políticas Públicas” o “Palacios”. En tales expedientes, no sólo no alegó la existencia de la acción ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación como un impedimento para su trámite sino que —al menos en uno de ellos, “O”— incluso solicitó la habilitación de horario inhábil para que, precisamente, se dicte un pronunciamiento que resuelva la cuestión planteada. En tal ocasión, no consideró que pudiese haber “riesgo de sentencias

contradictorias” ante la existencia de la vía abierta ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Curiosidades del derecho.

Sin perjuicio de lo expuesto, a criterio del suscripto lo que aquí se resuelve en modo alguno resulta contradictorio con los términos de la sentencia de la Sala IV ya referida.

Por las razones de hecho y derecho expuestas, y de conformidad con lo dictaminado por el Ministerio Público Tutelar y el Ministerio Público Fiscal, **RESUELVO:**

I. HACER LUGAR PARCIALMENTE A LA MEDIDA CAUTELAR SOLICITADA y por lo tanto ordenar al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires que: **a)** se abstenga de computar las faltas y/o quita de vacantes respecto de aquellos/as alumnos/as cuyos padres y madres resolvieran la no concurrencia de sus hijos/as a los establecimientos educativos y **b)** adoptar las medidas necesarias a fin de garantizar la escolaridad virtual del colectivo involucrado en autos. Todo ello hasta tanto la Corte Suprema de Justicia de la Nación resuelva la cuestión planteada por el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires respecto a la constitucionalidad del artículo 2º del DNU 241/2021 o hasta el cumplimiento el plazo dispuesto en dicho artículo, lo que ocurra primero.

Regístrese y notifíquese por cédula electrónica por Secretaría, con habilitación de horas inhábiles, a las partes y a la Sra. Asesora Tutelar y al Sr. Fiscal intervinientes en la causa.

Confidencial



Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires
Fuero Contencioso Administrativo y Tributario

2021 - Año del Bicentenario de la Universidad de Buenos Aires

**JUZGADO DE 1RA INSTANCIA EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y TRIBUTARIO N° 13 SECRETARÍA
N°26**

**L., A. S. Y OTROS CONTRA GOBIERNO DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES SOBRE
AMPARO - EDUCACION-OTROS**

idJudicial



**Guillermo Martin
Scheibler**
JUEZ/A
JUZGADO DE 1RA
INSTANCIA EN LO
CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO Y
TRIBUTARIO Nº 13

iJudicial