



Ministerio Público
Procuración General de la Nación

S u p r e m a C o r t e :

-I-

El titular del Juzgado Federal de Primera Instancia en lo Civil, Comercial y Contencioso Administrativo N° 1 de San Martín, provincia de Buenos Aires, y la jueza a cargo del Juzgado de Ejecución Penal N° 2 del Departamento Judicial de San Isidro discrepan en torno a su competencia para conocer en este asunto, habiéndose trabado un conflicto negativo de competencia que corresponde dilucidar a V.E., en virtud de lo establecido por el art. 24, inc. 7°, del decreto-ley 1285/58.

En ese estado, se confirió vista digital a este Ministerio Público.

-II-

El juez federal que previno declaró su incompetencia para entender en el pleito, con fundamento en las previsiones que sucintamente expongo a continuación: (i) inexistencia de materia federal preponderante; (ii) el Estado Nacional no resulta parte sustancial del litigio pues no tiene un interés directo en el mismo; (iii) las provincias retienen su plena competencia para ajustar el sistema educativo a las particularidades locales (arts. 5°, 121, 122, 123, 126 y concordantes de la Constitución Nacional).

Por su parte, en este marco, la magistrada provincial sostuvo que la acción se dirige contra una norma dictada por el Presidente de la Nación, de naturaleza sanitaria y de orden

público, y que la pretensión implica necesariamente el ejercicio de atribuciones en cabeza del Estado Nacional.

-III-

En primer término, dado que en este proceso se encuentra codemandada la Provincia de Buenos Aires, entiendo que se debe examinar si la causa corresponde a la competencia originaria de V. E., en atención a la prerrogativa jurisdiccional de la que goza aquélla.

En ese sentido, se debe poner de resalto que, por mandato constitucional expreso, las provincias sólo pueden y deben ser demandadas en la jurisdicción federal diagramada por los arts. 116 y 117 de la Constitución Nacional, ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en única instancia. De ello se desprende que cuando la causa no corresponde a la jurisdicción federal -o sea, cuando se rige por el derecho público local o por el derecho común y no existe distinta vecindad o extranjería-, las provincias deben ser demandadas ante sus propios jueces, ya que, según los arts. 121, siguientes y concordantes de la Ley Fundamental, dicha facultad no ha sido delegada al Gobierno Federal.

Sentado ello, corresponde señalar que, a los fines de dilucidar cuestiones de competencia, ha de estarse, en primer término, a los hechos que se relatan en la demanda y después, y sólo en la medida en que se adecue a ellos, al derecho que se invoca como fundamento de la pretensión, así como también a la naturaleza jurídica de la relación existente entre las partes (Fallos: 328:73; 329:5514).



Ministerio Público
Procuración General de la Nación

En el caso, de la exposición efectuada en el escrito inicial se desprende que los actores, padres y madres en representación de sus hijos menores de edad, promovieron amparo colectivo contra el Gobierno de la Provincia de Buenos Aires y el Estado Nacional, a fin de: (i) hacer cesar las conductas que -según afirmaron- en forma arbitraria e inconstitucional imposibilitan el retorno de las clases presenciales en el Municipio de San Isidro, instando a la inmediata adopción del protocolo que adjuntaron y/o protocolos adecuados que garanticen los derechos a la educación, salud, trabajo y ejercicio de toda industria lícita de los padres y personal docente; (ii) que se declare la inconstitucionalidad de las normas que limitan e impiden en forma irrazonable el derecho de los representados a recibir educación escolar en forma presencial: DNU 260/20, 297/20, 408/20 (art. 4°), 459/20 (at. 10°, inc. 1°), 493/20, 520/20, 576/20, 605/20, 641/20, 677/20, 714/20 (art. 18, inc. 1°); ley 27.550 (en tanto modifica el art. 109 de la ley 26.206); resolución del Ministerio de Educación de la Nación 108/20 y de "todas las resoluciones del Consejo Federal de Educación"; decretos provinciales 132/20 (ratificado por ley 15.174) y 771/20; resoluciones de la Dirección General de Cultura y Educación 554/20, 1819/20 y 1925/20; la resolución conjunta GDEBA-MJGM 63/20; (iii) que se declare de carácter esencial el acceso a la educación presencial y se ordene aprobar el inicio de las clases en todos los establecimientos escolares del Municipio de San Isidro, con la consiguiente emisión de las

autorizaciones para circular y excepción al aislamiento social, preventivo y obligatorio (ASPO), ajustándose a los debidos protocolos sanitarios de prevención.

Como medida cautelar, peticionaron que se ordene a las demandadas que permitan y garanticen en forma inmediata un sistema de revinculación presencial de sus hijos con sus docentes y colegios. Plantearon la inconstitucionalidad de los arts. 2° -inciso 2°-, 3°, 4°, 5°, 9°, 10°, 13 -incisos 1°, 2°, 3°, 4°-, 14 y 15 de la ley 26.854. En forma subsidiaria, solicitaron la convocatoria a una audiencia a fin de instar un acuerdo razonable que permita la reconsideración del protocolo y la reanudación de las clases presenciales de sus hijos.

-IV-

Dentro del limitado marco cognoscitivo propio de la cuestión de competencia en examen, es mi parecer que el *sub lite* no corresponde a la competencia originaria del Tribunal, en tanto la relación jurídica sustancial que da origen al reclamo es de eminente derecho público local, puesto que la demanda se dirige a cuestionar prioritariamente conductas y/o actos emanados de autoridades de la Provincia de Buenos Aires, sin que se encuentre en juego la interpretación y aplicación de normas de carácter federal en forma directa e inmediata (arts. 116 de la Constitución Nacional y 2°, inc. 1°, de la ley 48 y Fallos: 328:68).

No obsta a lo expuesto el hecho de que el asunto pueda involucrar, eventualmente, la interpretación de normas nacionales, porque tal como fue planteado el conflicto, éste configura una cuestión conjunta y no exclusivamente federal como



Ministerio Público
Procuración General de la Nación

lo requiere desde antiguo la doctrina del Tribunal para que proceda su competencia originaria (Fallos: 325:3070 y sus citas, entre otros).

Asimismo, es preciso recordar que para que proceda la competencia originaria *ratione personae* resulta ineludible examinar si la Nación o una entidad nacional participan nominalmente en el pleito -ya sea como actores, demandados o terceros- y sustancialmente, es decir, que tengan en el litigio un interés directo, de tal manera que la sentencia que se dicte les resulte obligatoria (Fallos: 311:879 y 1822; 312:1227 y 1457; 313:144; 314:508; 322:1511 y 2105; 330:4804, entre muchos otros). Tal extremo debe surgir en forma manifiesta de la realidad jurídica, más allá de la voluntad de los litigantes en sus expresiones formales, pues lo contrario importaría dejar librado al resorte de éstos la determinación de tal instancia (Fallos: 321:2751; 322:2370; 326:1530 y sentencia *in re* C. 1611, L. XLIII, Originario "Central Térmica Sorrento S.A. c/ Santa Fe, Provincia de y otros s/ acción meramente declarativa de certeza", del 24 de junio de 2008).

En mérito a lo señalado, entiendo que ese requisito no se encuentra *prima facie* cumplido en autos, toda vez que no justifica la intervención del Estado Nacional el mero hecho de que sea demandado por su actividad legislativa, lo cual sólo determina el marco jurídico aplicable (v. Fallos: 321:551; 325:961), sin pasar por ello a integrar la relación jurídica sustancial sobre la base de la cual se entabla la demanda;

supuesto que sí se verifica respecto del Gobierno de la Provincia de Buenos Aires, quien sería el único obligado y con posibilidades de cumplir con el mandato restitutorio de derechos que se denuncian como vulnerados, en el eventual supuesto de admitirse la presente demanda (doct. de Fallos: 339:1732, consids. 9° y 10, y sus citas).

Al respecto, cabe tener en cuenta lo establecido en el DNU 67/21 (B.O. 30/01/21, vigente a partir del día 1° de febrero del corriente -art. 34-), que, en lo pertinente, reza como sigue:

"EVALUACIÓN PARA REINICIO DE CLASES PRESENCIALES Y/O ACTIVIDADES EDUCATIVAS NO ESCOLARES PRESENCIALES: 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.

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

La efectiva reanudación en cada jurisdicción será decidida por las autoridades provinciales y de la CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES según corresponda, quienes podrán suspender las actividades y reiniciarlas conforme la evaluación de la situación epidemiológica, todo ello de conformidad con la normativa vigente.



Ministerio Público
Procuración General de la Nación

En aquellos casos en que resulte necesario disminuir la circulación de personas a fin de mitigar la propagación del virus SARS-CoV-2, se deberán implementar políticas sanitarias que prioricen el funcionamiento de los establecimientos educativos con modalidades presenciales.

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 que se hubieran reanudado, 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 precedentemente..." (art. 24).

Tampoco se advierte, según los términos en que fue planteada la demanda, que el asunto exija dilucidar si la actividad proveniente de la autoridad local (provincial y/o municipal) invade un ámbito que podría ser propio de la Nación en materia educativa, lo que -de ser así- determinaría que la acción se encontrara entre las especialmente regidas por la Constitución a las que alude el art. 2º, inc. 1º, de la ley 48, ya que versaría sobre la preservación de las órbitas de competencia entre una provincia y el Gobierno Nacional, de acuerdo con la doctrina de Fallos: 325:479 y 327:3883.

Según lo expuesto, a mi modo de ver, el proceso debe tramitar ante la justicia provincial, dado que el respeto del

sistema federal y de las autonomías provinciales exige que sean dichos magistrados los que intervengan en las causas en que se ventilen cuestiones de ese carácter, sin perjuicio de que las de índole federal que también puedan comprender esos pleitos sean susceptibles de adecuada tutela por la vía del recurso extraordinario regulado por el art. 14 de la ley 48 (Fallos: 318:2534 y 2551; 324:2069; 325:3070).

-V-

En tales condiciones, opino que la causa debe continuar su trámite ante la justicia de la Provincia de Buenos Aires, por intermedio del Juzgado de Ejecución Penal N° 2 del Departamento Judicial de San Isidro, que intervino en la contienda.

Buenos Aires, de febrero de 2021.